

Univerza v Ljubljani
Pravna fakulteta

Vzpostavitev materialnopravne odgovornosti strank nepodpisnic v mednarodni prodaji blaga

diplomska naloga

Avtor: Žiga Dolhar, ziga@dolhar.si
Mentor: prof. dr. Miha Juhart

Ljubljana, januar 2010

Tebi.

POVZETEK

Diplomska naloga:	Vzpostavitev materialnopravne odgovornosti strank nepodpisnic v mednarodni prodaji blaga
Avtor:	Žiga Dolhar
Mentor:	prof. dr. Miha Juhart
Ključne besede:	načelo konsenzualnosti, soglasje, pogodba, agencija, cesija, direktna tožba, CISG, CAISG, Načela UNIDROIT

Načelo relativnosti učinkovanja pogodbenih obveznosti je temeljno načelo obligacijskega prava. Vendar ni vedno preprosto odgovoriti na vprašanje, kateri subjekt je pogodbeni stranka oz. je zaradi drugega pravnega razmerja odgovoren za kršitev pogodbenih obveznosti.

Zasledovanje interesov stranke, ne oziraje se na objektivno resnico ali pravičnost, je poglavitna naloga zagovornika v kakršnemkoli pravnem postopku. Za uspeh pred sodiščem ali drugim organom bo zato bistvenega pomena, da bo iz življenjskega primera odbral tista konkretna dejstva, ki prek ustrezne pravne kvalifikacije vodijo do želenega cilja – ugodnega tenorja odločbe.

V naravi pravnega odločanja je, da ni absolutno pravih odgovorov. Z ustrezno izbiro dejanskega stanja lahko zagovornik konstruira različna pravna razmerja, ki vodijo do bistveno podobne pravne posledice, kakršna ustreza željam njegove stranke. Velja tudi obratno: za doseg želenih pravnih posledic si lahko zagovornik zamisli različna pravna razmerja in retroaktivno oblikuje ustrezna dejanska stanja, če to dopuščajo izjave in dejanja udeležencev. V pomembno pomoč mu bo načelo konsenzualnosti (brezobličnosti).

Pri tem bo obstoj bistvenega elementa pravnih razmerij – soglasja – lahko dokazoval tudi z dejstvi, ki izhajajo šele iz časa po zatrjevani sklenitvi posla, a po svoji vsebini kažejo na njegov obstoj. Če stranka ravna v skladu s pravicami in obveznostmi brezoblično sklenjene pogodbe, jo torej izvršuje, to pa lahko kaže na dejstvo, da je bila takšna pogodba sklenjena, čeprav o tem ni drugega dokaza, npr. listinskega zapisa, ali pa je dejstvo sklenitve pogodbe med strankama sporno. V delu raziskujem, v kolikšni meri je pri ugotavljanju pogodbenih razmerij potrebno upoštevati vse izjave in ravnanja subjektov kot kompleksno celoto ter se ne omejevati na najbolj tipične indice, ki *prima facie* vzpostavljajo *pogodbo*.

Delo je zasnovano kot razširjena analiza 1. materialnopravnega vprašanja *16th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*-a. Zato je podan življenjski primer, iz katerega so ekipe morale skonstruirati pravno razmerje, na podlagi katerega je moč vzpostaviti pravno odgovornost pravne osebe, ki sicer ni *podpisala* nobene pogodbe, vendar je iz njenih izjav in dejanj vseeno mogoče izpeljati nastanek in njeno pripadnost določenemu pravnemu razmerju. Primeroma obdelam argumente za in proti naslednjim razmerjem: agencija (trgovsko zastopanje), cesija (pogodbeni odstop terjatve), *representation of quality* in direktna tožba. Primarno se naslanjam na nadnacionalne pravne vire: CISG, CAISG, UPICC, PECL, kot primer nacionalnega pa dodajam še slovenski OZ.

SUMMARY

Diploma thesis:	Establishment of substantive liability of non-signatory parties in international sale of goods
Author:	Žiga Dolhar
Academic supervisor:	prof. dr. Miha Juhart
Keywords:	consensuality principle, consensus, contract, agency, assignment of rights, direct contractual action, CISG, CAISG, UNIDROIT Principles

The privity of contractual obligations is a fundamental principle of the law of obligations. However, it is not always easy to answer which subject is a party to the contract or due to other legal relationship liable for the breach of contractual obligations.

The pursuit of interests of one party, without reference to objective truth or equity, is counsel's prime duty in any legal proceeding. To prevail before a court or other institution, it will be of highest import for him to select from the case those concrete facts which, subject to proper legal qualification, lead to the desired outcome – a favorable judgment.

It is in the nature of legal decision-making that there are no absolutely correct answers. With proper selection of facts a counsel can establish various legal relationships leading to substantially similar legal consequences which adhere to party's desires. The converse also holds true: to reach the desired legal consequence, counsel may bring up different legal relationships and retroactively form adhering factual cases, if the statements and conduct of parties allow. In doing so, he is likely to resort to the principle of consensuality.

In doing so, the existence of an essential element of legal relationships – the consensus – can also be argued by the facts arising from the time following the alleged conclusion of contract, if they indicate its existence. If a party acts in line with express rights and obligations of a contract and thus performs it, it may be assumed that such a contract was indeed concluded, although no other evidence, such as a written instrument, exists, or is the existence of such contract disputed. The subject of my research is how far the whole complexity of parties' statements and conduct should be taken into regard when considering the formation of contractual relationships, not limiting oneself to the most typical indications that *prima facie* establish a contract.

The present paper is conceived as an extended analysis of the 1st substantive issue of 16th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. I present the case on which the

competing teams had to establish a legal relationship, pursuant to which a liability of a non-signatory party may be construed derived from its statements and conduct that show its commitment to that relationship. I present arguments pro and contra the following relationships: agency, *cessio* (contractual assignment of rights), representation of quality and direct contractual action. Primarily, I rely on transnational law: CISG, CAISG, UPICC, PECL, and Slovenian Code of Obligations as an example of national law.

KAZALO

POVZETEK.....	III
SUMMARY	V
KAZALO.....	VII
NORMATIVNI PRAVNI VIRI	IX
AVTORITETE.....	X
SODNE ODLOČBE	XV
ARBITRAŽNE ODLOČBE	XVIII
DOKUMENTI MOOT-A.....	XIX
MEMORANDA.....	XX
OKRAJŠAVE.....	XXIV
I. UVOD	1
I.A “VZPOSTAVITEV MATERIALNOPRAVNE ODGOVORNOSTI STRANK NEPODPISNIC V MEDNARODNI PRODAJI BLAGA”	2
I.B METODOLOGIJA.....	3
I.C OBSEG OBRAVNAVANE ODGOVORNOSTI.....	3
II. ORIS DEJANSKEGA STANJA	5
II.A STRANKE RAZMERJA	5
II.B SOSLEDJE DOGODKOV	5
II.C OPREDELITEV PROBLEMA.....	7
III. PREGLED MERODAJNIH FORMALNIH PRAVNIH VIROV	8
III.A CISG (UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR INTERNATIONAL SALE OF GOODS)	8
1. Uporaba CISG	8
2. Pravna podlaga uporabe v Republiki Sloveniji	11
III.B CAISG (CONVENTION ON AGENCY IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS)	11
1. Uporaba CAISG	12
III.C UPICC (UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS).....	13
III.D PECL (PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW).....	14
III.E OZ (OBLIGACIJSKI ZAKONIK)	14
IV. VZPOSTAVITEV ODGOVORNOSTI	16
IV.A ZASTOPANJE (AGENCY)	17
1. Splošno o pravnem poslu.....	17
2. Pravna podlaga	18
2.1 Mednarodnopravna ureditev	18
2.2 Slovenska ureditev.....	18
3. Utemeljitev	18
3.1 Pravna narava razmerja je agencijska in ne distribucijska	19
3.2 Dejansko pooblastilo (Actual authority): toženec je pooblastil distributerja kot agenta za sklenitev pogodbe.....	19
3.3 Dozdevno pooblastilo (Apparent authority)	20
3.4 Odobritev posla (Ratification): toženec je posel naknadno odobril.....	22

4.	Protiargumenti.....	23
4.1	Interpretacija razmerja kot agencijskega ni možna	23
4.1.1	Konkretno razmerje je distribucijsko	23
4.1.2	Agencijska razmerja niso inherentna distribucijskim	26
4.2	Ni dejanskega pooblastila	28
4.3	Ni dozdevnega pooblastila.....	30
4.4	Toženec posla ni odobril	33
IV.B	CESIJA (ASSIGNMENT OF RIGHTS)	34
1.	Splošno o pravnem poslu.....	35
2.	Pravna podlaga	36
2.1	Mednarodnopravna ureditev	36
2.2	Slovenska ureditev.....	36
2.3	Merodajno pravo	36
3.	Utemeljitev	36
3.1	Proizvajalec je odgovoren distributerju	37
3.2	Distributer je odgovoren kupcu	37
3.3	Distributer je svoje zahteve zoper proizvajalca odstopil kupcu	37
4.	Protiargumenti.....	39
4.1	Ni ustrezne izjave volje	39
4.2	Terjatev je neprometna: izvzeta iz prenosa oz. sklenjena intuitu personae	39
4.3	Obveznost sploh ni nastala	41
4.4	Obveznost je že prenehala z izpolnitvijo.....	42
4.5	Dolžnik ne soglaša s prenosom terjatve oz. mu nasprotuje	45
4.6	Cedent ni ponudil nobenega pisnega dokazila o odstopu	46
5.	Sklepno	46
IV.C	REPRESENTATION OF QUALITY.....	47
1.	Utemeljitev	47
2.	Protiargument	48
2.1	Representation sploh ni bila podana	48
2.2	Representation ni bila podana do trenutka nastanka zatrjevanega razmera	48
IV.D	DIREKтна TOŽBA (DIRECT CONTRACTUAL ACTION)	49
1.	Utemeljitev	49
2.	Protiargumenti.....	50
2.1	Ni pravne podlage za dopustnost neposredne tožbe	50
2.1.1	Interpretacija CISG-a, ki dopušča možnost neposredne tožbe, ni mogoča.....	51
2.1.2	Merodajno pravo ne dopušča neposredne pogodbene tožbe	52
2.2	Vzpostavitev odgovornosti bi dodatno obremenila toženca	54
V.	SKLEP.....	55

NORMATIVNI PRAVNI VIRI

okrajšava	vir
CC	Code Civil (francoski)
CAISG	Convention on Agency in the International Sale of Goods (1983) dostopno na: http://www.unidroit.org/english/conventions/1983agency/1983agency-e.htm
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) dostopno na: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html
OZ	Obligacijski zakonik (OZ), Ur.l. RS, št. 83/2001, 32/2004, 28/2006, Odl.US: U-I-300/04-25, 29/2007, Odl.US: U-I-267/06-41, 40/2007, 97/2007-UPB1 dostopno na: http://zakonodaja.gov.si/rpsi/ro3/predpis_ZAKO1263.html
PECL	Principles of European Contract Law dostopno na: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/
UPICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 dostopno na: http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004-english.pdf

AVTORITETE

BEALE, HUGH	CONTRACT LAW,
HARTKAMP, ARTHUR	Hart Publishing, Oxford in Portland 2002
KÖTZ, HEIN	navajan v: §§114, 125
TALLON, DENIS	
BIANCA, CESSARE MASSIMO	COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW – THE 1980 VIENNA SALES CONVENTION,
BONELL, MICHAEL JOACHIM	Giuffrè, Milan 1987 navajan v: §207
BONELL, MICHAEL JOACHIM	The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods (1984), v: American Journal of Comparative Law, 32 (1984), str. 717- 749. navajan v: §§45, 46, 66, 116, 117
BONELL, MICHAEL JOACHIM LIGUORI, FABIO	The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law - 1997 (Part 1), v: Uniform Law Review (1997), str. 385-395 navajan v: §37
BYDLINSKI, PETER	DIE ÜBERTRAGUNG VON GESTALTUNGSRECHTEN, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Dunaj 1986 navajan v: §151
CARETTE, NICOLAS	Direct Contractual Claim of the Sub-buyer and International Sale of Goods: Applicable Law and Applicability of the CISG, v: European Review of Private Law, ⁴ (2008), str. 583-605 navajan v: §§157, 198, 204, 207, 208, 210, 211, 212
CIGOJ, STOJAN	KOMENTAR OBLIGACIJSKIH RAZMERIJ, I.-IV. KNJIGA, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1984-1986 navajan v: §§154, 157,

FERRARI, FRANCO FLECHTNER, HARRY M. BRAND, RONALD	THE DRAFT UNCITRAL DIGEST AND BEYOND: CASES, ANALYSIS AND UNRESOLVED ISSUES IN THE U.N. SALES CONVENTION, Sellier. European Law Publishers, München 2004 navajan v: §55
FLECHTNER, HARRY M.	ISSUES RELATING TO THE APPLICABILITY OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2008-07 dostopno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1118118 (10.11.2009) navajan v: §§188, 194, 199, 212
FURMSTON, MICHAEL PHILIP CHESHIRE, GEOFFREY CHEVALIER FIFOOT, CECIL HERBERT STUART	LAW OF CONTRACT (15TH ED.), Oxford University Press, Oxford 2007 navajan v: §131
HANOTIAU, BERNARD	COMPLEX ARBITRATIONS: MULTIPARTY, MULTICONTRACT, MULTI-ISSUE AND CLASS ACTIONS, Kluwer Law International, Haag 2005. navajan v: §90
HONNOLD, JOHN O.	UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION (THIRD EDITION), Kluwer Law International, Haag 1999 navajan v: §§40, 188, 199, 212, 213
JUHART, MIHA	CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1996 navajan v: §§151, 154, 156, 157, 161, 167, 168, 173, 174, 175, 177, 179, 186
KRITZER, ALBERT H.	GUIDE TO PRACTICAL APPLICATIONS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, Kluwer Law International, Haag 1994 dostopno na: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kritzer2.html#issues (izvleček, 12. 12. 2009) navajan v: §41

MALCOLM, EVANS	Explanatory Report on the Convention on Agency in the International Sale of Goods, v: Uniform Law Review, I (1983), str. 72-159 navajan v: §116
MATHER, HENRY	Choice of Law for International Sales Issues Not Resolved by the CISG, v: Journal of Law and Commerce, 20/2 (2001), str. 155-208 dostopno na: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mather1.html (9.11.2009) navajan v: §§50, 52, 139
MURRAY, CAROLE HOLLOWAY, DAVID TIMSON-HUNT, DAREN	SCHMITTHOFF'S EXPORT TRADE: THE LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL TRADE (ELEVENTH EDITION), Sweet & Maxwell, London 2007 navajan v: §94
PAVČNIK, MARIJAN	TEORIJA PRAVA (3. RAZŠIRJENA, SPREM. IN DOP. IZDAJA), GV Založba, Ljubljana 2007 navajan v: §6
PLAVŠAK, NINA JUHART, MIHA JADEK-PENSA, DUNJA KRANJC, VESNA GRILC, PETER POLAJNAR-PAVČNIK, ADA DOLENC, MILE PAVČNIK, MARIJAN VRENČUR, RENATO MOŽINA, DAMJAN ZABEL, BOJAN PODOBNIK, KLEMEN PODGORŠEK, BOJAN ILOVAR GRADIŠAR, SONJA MARKIČ, JURE	OBLIGACIJSKI ZAKONIK S KOMENTARJEM, I.-IV. KNJIGA, GV Založba, Ljubljana 2003-2004 navajan kot: KOMENTAR OZ navajan v: §§34, 41, 43, 46, 63, 67, 70, 94, 101, 113, 157, 158,

REDFERN, ALAN HUNTER, MARTIN	LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (FOURTH EDITION), Sweet & Maxwell, London 2004. navajan v: §105, 216
SCHLECHTRIEM, PETER MOŽINA, DAMJAN	PRAVO MEDNARODNE PRODAJE – KONVENCIJA ZDRUŽENIH NARODOV O MEDNARODNI PRODAJI BLAGA, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2006 navajan v: §43
SCHLECHTRIEM, PETER	COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) (SECOND EDITION), ClarendonPress, Oxford 1998 navajan v: §§207, 209
	Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG, v: Victoria University of Wellington Law Review, 36 (2005) dostopno na: http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLR/2005/36.ht ml (13. 12. 2009) navajan v: §55
TRATAR, BOŠTJAN	Mednarodno pravo: Uporaba načel UNIDROIT pred nacionalnimi in nadnacionalnimi sodišči, v: Pravna praksa, 437 (1999), str. 52. navajan v: §54
TRATNIK, MATJAŽ FERČIČ, ALEŠ	MEDNARODNO GOSPODARSKO PRAVO (DOPOLNJENA IN SPREMENJENA IZDAJA), Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor 2002 navajan v: §37
UDE, LOJZE	CIVILNO PROCESNO PRAVO, Založba Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002 navajan v: §218
UNCITRAL	UNCITRAL DIGEST OF CASE LAW ON THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (2008), UNCITRAL, Dunaj 2008 dostopno na: http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/o8- 51939_Ebook.pdf navajan v: §41

UNIDROIT	UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2004 (INTEGRAL VERSION), UNIDROIT, Rim 2004 dostopno na: http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf (22. 12. 2009) navajan kot: UNIDROIT INTEGRAL navajan v: §81
VASILJEVIĆ, MIRKO	COMPANY LAW, Službeni glasnik, Beograd 2006 navajan v: §104
GRILC, PETER	DISTRIBUCIJSKA POGODBA IN SPORNE KLAVZULE dostopno na: http://www.pf.uni-lj.si/media/grilc.distribucijska.pogodba.pdf (22. 12. 2009) navajan v: §94

SODNE ODLOČBE

AVSTRIJA

1 Ob 49/01i (22. 10. 2001)

dostopno na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011022a4.html>
(11. 10. 2009)

navajan kot: CLOUT No. 55

navajan v: §104

FRANCIJA

Thermo King v. Cigna Insurance Company of Europe SA-NV
(5. 1. 1999)

dostopno na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990105fi.html>
(11. 10. 2009)

navajan kot: Thermo King v. Cigna Insurance

navajan v: §206

NEMČIJA

31 C 534/94 (12. 5. 1995)

Landgericht Alsfeld

navajan kot: CLOUT No. 36

navajan v: §39

12 U 39/00 (25. 1. 2008)

Oberlandesgericht Hamburg

dostopno na:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/080125g1.html>
(10. 12. 2009)

navajan kot: 12 U 39/00

navajan v: §141

ZDA

Merrill Lynch Investment Managers, Plaintiff-appellee, v.
Optibase, Ltd., Defendant-appellant,

United States Court of Appeals, Second Circuit. - 337 F.3d 125
(18. 7. 2003)

dostopno na: <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F3/337/125/588077/> (18. 11. 2009)

navajan kot: Merrill Lynch v. Optibase

navajan v: §102

Thomson-CSF, S.a., Plaintiff-appellant, v. American Arbitration Association, Defendant, Evans & Sutherland Computer Corporation, Defendant-appellee

United States Court of Appeals, - 64 F.3d 773

dostopno na: <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F3/64/773/631010/> (18. 11. 2009)

navajan kot: Thomson-CSF v. AAA

navajan v: §102

Incorporated Town of Locust Grove v. Faull

1935 OK 807, 174 Okla. 466, 50 P.2d 1122

dostopno na: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/cases/clcc.html?court=ok&vol=/supreme/1935/&invol=29861> (18. 11. 2009)

navajan kot: Incorporated Town of Locust Grove v. Faull

navajan v: §90

Asante Technologies, Inc. v. PMC-Sierra, Inc.,

164 F. Supp. 2d 1142 (N.D. Cal. 2001).

dostopno na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html> (18. 11. 2009)

navajan kot: Asante Technologies v. PMC-Sierra

navajan v: §102

Caterpillar Inc. v. Usinor Industeel.,

393 F. Supp. 2d

659 (N.D. Ill. 2005).

dostopno na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050330u1.html#en18> (18. 11. 2009)

navajan kot: Caterpillar v. Usinor Industeel

navajan v: §102

George L. STANSIFER, dba Lakewood Sports Cars v.
CHRYSLER MOTORS CORPORATION, and J. O. Fisher
Corporation (Jim Fisher Motors) (30. 10. 1973)

487 F.2d 59, United States Court of Appeals for the Ninth
Circuit

navajan kot: Stansifer v. Chrysler

dostopno na: <http://www.altlaw.org/v1/cases/459778>
(18. 11. 2009)

navajan kot: Stansifer v. Chrysler

navajan v: §75

E.I. Dupont v. Rhone Poulenc Fiber Resin Intermediates
(5. 9. 2001)

U.S. State Court of Appeals for the third circuit

269 F.3d 187, 195

dostopno na:
<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/269/269.F3d.187.00-3550.html> (11. 12. 2009)

navajan kot: E.I. Dupont v. Rhone Poulenc Fiber Resin
Intermediates

navajan v: §104

ARBITRAŽNE ODLOČBE

ICAC

229/1996 (4. 6. 1997)

dostopno na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970605r1.html>
(20. 11. 2009)

navajan v: §55

ICC

7656/1994

navajan v: §37

9333 (oktober 1998)

navajan v: §55

DOKUMENTI MOOT-A

Problem

SIXTEENTH ANNUAL WILLEM C. VIS INTERNATIONAL
COMMERCIAL ARBITRATION MOOT – PROBLEM CORRECTED AND
WITH CLARIFICATIONS

dostopno na:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/moot16.pdf>

(16. 11. 2009)

navajan v: §§19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 83, 86, 92,
95, 101, 120, 121, 122, 123, 127, 129, 144, 159, 181, 190, 194, 211, 213,
216, 218

MEMORANDA

BELGRADE RESP.

navajan v: §96

UNIVERSITY OF BELGRADE

Ninčić, Ivana

Obućina, Ivana

Stojanović, Milica

Stojšić, Ivana

Todorović, Ivan

Živković, Uroš

Živković, Velimir

**CATHOLIC UNIVERSITY
CL.**

navajan v: §§72, 76, 87,
99, 109, 115

THE CATHOLIC UNIVERSITY OF AMERICA, COLUMBUS SCHOOL OF
LAW

DeMent, Meredith

Ellis, Renée-Lauren

Gogadze, Helene

Greal, Katherine

Harley, Trevor

Herman, William

Manfredi, Christina

Severson, Chelsea

Wyss, Sarah

CHULALONGKORN RESP.

navajan v: §123

CHULALONGKORN UNIVERSITY, FACULTY OF LAW

Onsrithong, Komkrit

Jittaksa, Sithtida

Tangkrisanakajorn, Kornjan

Siripatcharotorn, Athicha

Taypongsak, Pasiri

Boonyasatian, Duangrutai

Wongwilawan, Sirikanlaya

Lumjiak, Preeyanit

Wongsittipa, Phutrapee

Sakorn, Jutatip

COLUMBIA CL. navajan v: §§75, 84	COLUMBIA UNIVERSITY SCHOOL OF LAW Bhandari, Esha Heuer, Max Kaufman, Shira McCrea, Meyghan Terrien, Armand Nielsen, Aileen Train, Stephanie
COPENHAGEN CL. navajan v: §197	UNIVERSITY OF COPENHAGEN, FACULTY OF LAW Weiss Madsen, Anna Kamm, Jens Germann Skytte, Birgitte Hvelplund Pedersen, Kenneth Sonne Hendrup, Theis
FREIBURG CL. / FREIBURG RESP. navajan v: §§115, 123, 187	ALBERT-LUDWIGS UNIVERSITÄT FREIBURG Hofmann, Philipp. Horn, Alexander Knytel, Dagna Nemeczek, Heinrich Schönberger, Tobias Schöne, Maren Weitz, Katharina Wirtz, Hannah
LJUBLJANA CL. (DUNAJ) / LJUBLJANA CL. (HK) / LJUBLJANA RESP. (DUNAJ) / LJUBLJANA RESP. (HK) navajan v: §§142, 197	UNIVERSITY OF LJUBLJANA, FACULTY OF LAW Dolhar, Žiga Medved, Maja Merčun, Blaž Šetina, Eneja Šmid, Mojca

MAINZ CL. navajan v: §§84, 86	JOHANNES-GUTENBURG-UNIVERSITÄT MAINZ Frohloff, Jan Jennewein, Nils Oehm, Max W. Reynolds, Emma Streibelt, Michaela
MIAMI RESP. navajan v: §182	UNIVERSITY OF MIAMI, SCHOOL OF LAW Branscum, Christopher Gross, Nicolas Neugroschel, Sara Rangachari, Rekha Spring, Cassandra Tanner, Tyler
MÜNCHEN CL. / MÜNCHEN RESP. navajan v: §§80, 84, 115	LUDWIG-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT MÜNCHEN Kestler, Sebastian Pechtl, Maximilian Pich, Leonie Steghöfer, Dominik Svigac, Konstantin Weinmann, Franziska Zanconato, Ulrich Andreas
STOCKHOLM CL. navajan v: §77	STOCKHOLMS UNIVERSITET Cabral, Stephanie Edvall, Jessica Koryukalova, Kseniya Meyer, Laure Palmqvist, Sofia Robilotto, Jonathan
SYDNEY CL. navajan v: §§75, 77, 84, 106	UNIVERSITY OF SYDNEY, SCHOOL OF LAW Kolodizner, Irina Beamish, Thomas Campbell, Cassandra

THAMMASAT RESP.

navajan v: §196

THAMMASAT UNIVERSITY, FACULTY OF LAW

Tangkiriphimarn, Amnart

Amornthatrei, Chanon

Trakoolpaiboolpol, Chanwit

Thammaparipattra, Chayanich

Rompchoee, Chutharat

Thammavaranut, Jirapat

Sawasdeepon, Kankanit

Khaosaeng, Khanuengnit

Songcharone, Molthida

Roongrujirat, Nualpong

Eiamchamroonlarp, Piti

Srijayanta, Praopetch

Petchposri, Prayfon

Sattayakawee, Sudarat

Sriwongmaneerat, Sujitrapa

Kongcharoen, Supasiri

Sirilerkwipas, Supavadee

Yotdamnoen, Suyanee

Kuptanon, Wicharinee

TARTU CL.

navajan v: §79

UNIVERSITY OF TARTU

Kinkar, Triinu

Keres, Paul

Mäesalu, Martin

Kodar, Anti

Kull, Karl

Kütt, Marika

OKRAJŠAVE

§/§§	člen (paragraf) / členi (paragrafi)
<i>et seq.</i>	<i>et sequentes</i> , in naslednji
ev.	eventuelno
gl.	glej
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> , prav tam
<i>infra</i>	spodaj
mdr.	med drugim(i)
npr.	na primer
op.	opomba
oz.	oziroma
str.	stran
<i>supra</i>	zgoraj
t.j.	to je

I. UVOD

- 1 V šolskih primerih sporov je iz pedagoških razlogov praviloma vnaprej podan življenjski primer, ki ga mora študent rešiti z aplikacijo pravnih pravil in ob uporabi pravoznanstvenih metod ter doseči *pravilno* rešitev oz. analizo. Takšno sosledje je tudi formalnologično ustrezno in sledi metodi pravnega silogizma, ki šele s primerjanjem in iskanjem ujemanja spodnje premise (iz življenjskega primera izluščenega dejanskega stanja) in zgornje premise (iz formalnega pravnega akta izluščenega pravnega pravila) izpelje *pravo* (pravno utemeljeno) pravno posledico.
- 2 Praktično reševanje dejanskega spora pa praviloma sledi ravno obratni logiki: pravnorelevantno dejansko stanje ni vnaprej zamišljeno. Pravniki so soočeni z interesi in konkretno željo ene od vpletenih strank. Iz te želje, izražene v konkretni pravni posledici, mora dognati pravni sklep, ki do takšne posledice pripelje, in nato v tej luči skonstruirati *pravnorelevantno dejansko stanje* iz dejstev, ki so mu na voljo v življenjskem primeru.
- 3 Iz opisanega sledi presenetljiv sklep: poti klasičnega pravnega silogizma se praviloma posluži neodvisni in nepristran(sk)i udeleženec (npr. sodnik), ki analizira predloženo dejansko stanje, medtem ko zagovorniki strank sledijo ravno obratni in z vidika pravnega silogizma ter formalne logike sprevrženi regresivni logiki.
- 4 V naravi takšnega razmišljanja je tudi dejstvo, da ker do enake pravne posledice lahko pripeljejo različna dejanska stanja, tudi iskanje po obratni poti (od pravne posledice proti dejanskemu stanju) lahko pripelje do različnih relevantnih dejanskih stanj in razlogovanj. Takšna analiza zato praviloma privede do tega, da odvetnik ponudi različne pravne kvalifikacije, na podlagi katerih pa so zahtevki v svojem bistvu (t.j. v končni posledici, ki se izrazi v izreku) enaki oz. zasledujejo podobno posledico, a temeljijo na različni interpretaciji življenjsko istih, a pravno analizirano drugačnih pravotvornih dejstevih.
- 5 Odvetnik se bo pri svojem delu primarno zanašal na načelo neformalnosti pravnih poslov. Po tem načelu za veljavnost pravnega posla namreč ni predpisana določena obličnost, kar pomeni, da se lahko sklene v kakršnikoli obliki in za njegov nastanek zadostuje že golo doseženo soglasje (načelo konsenzualnosti). Obstoje soglasja se lahko dokaže tudi iz *ex post* dejstev: če stranka ravna v skladu z obveznostmi in pravicami določenega pravnega razmerja, je obstoj soglasja in pripadnost pravnemu razmerju (morda) moč dokazati z njenim ravnanjem, ki ustreza obveznostim in pravicam takšnega pravnega razmerja.

- 6 Uvodno razmišljanje lahko kleno povzamem z besedo¹ Marijana Pavčnika:

»Kot zgodovinski dogodek ni življenjski primer nikoli v celoti relevanten za pravno odločitev, sam za sebe je le »groba tvarina«, iz katere je treba izluščiti sestavine, ki ga oblikujejo kot konkretni dejanski stan v pravnem pomenu besede.«

- 7 Na zagovorniku konkretne stranke je, da iz grobe tvarine pristransko povzame tisto, kar mu najbolj godi.

I.A "VZPOSTAVITEV MATERIALNOPRAVNE ODGOVORNOSTI STRANK NEPODPISNIC V MEDNARODNI PRODAJI BLAGA"

- 8 V luči obrazloženega terja svoje pojasnilo tudi naslov diplomskega dela.

- 9 Da gre za vzpostavitev odgovornosti izhaja iz dejstva, da vpleteni subjekti o svoji odgovornosti vnaprej morda sploh niso razmišljali oz. niso razmišljali o kvalifikaciji, kakršno (*post festum!*) zatrjuje aktivna stranka. Tožnik poskuša *dokazati* nek pravni odnos, katerega stranke vnaprej sploh niso predvidele, saj ga niso sklenile v kakšni slovesni obliki, pač pa na njegov dejanski obstoj morda lahko sklepamo iz ravnanj strank, ki so sledila šele sedaj zatrjevanemu pravnemu poslu. Z vidika ene stranke gre lahko za ugotavljanje pravne odgovornosti, z vidika druge za oportunistično konstrukcijo.

- 10 *Materialnopravna odgovornost* nakazuje, da odgovornost stranke primarno izvira iz neke pravne podlage, ki je lahko pogodbene narave (dasiravno *pogodba* morda ni bila sklenjena z uporabo kakšne posebne obličnosti), ali pa je posredi učinkovanje zakonske določbe, ki je vezana na določena pravotvorna dejstva (npr. prenos terjatev insolventnega subjekta na subjekt s posebnim interesom). Obenem gre za odmejitev vprašanj *procesnopravne odgovornosti*, npr. vezanosti na arbitražni sporazum.

- 11 Neposrečen izraz *stranke nepodpisnice* ne želi nakazati zgolj na dejstvo, da pogodba ni bila *podpisana* oz. sklenjena v drugi slovesni obliki, ampak morda celo, da stranka sebe sploh ni smatrala za *stranko pogodbenico* oz. da svojih ravnanj ne želi priznati kot takšnih, ki ustvarjajo pogodbeno obveznost.

- 12 *Mednarodna prodaja blaga* služi zgolj zaokrožitvi obsega normativnih pravnih aktov, ki bodo uporabljeni. Takšna omejitev je predvsem praktičnega pomena, saj določbe CISG in CAISG ter drugih uporabljenih aktov o sklepanju pogodb in zastopanju spadajo v korpus

¹ M. Pavčnik, TEORIJA PRAVA (2007), str. 413.

splošnega dela pogodbenega prava, ki so vsebinsko *podobno* urejena v mnogih specialnih konvencijah in domačih zakonskih virih, ali pa vsaj stremé k približevanju pravnih redov.

I.B METODOLOGIJA

- 13 Delo je zamišljeno kot razširjena analiza problema *16th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*-a. Za osnovo sem vzel argumente, ki so jih v svojih memoranda postavile (in izpodbijale) ekipe, katerih izdelki so mi na voljo.
- 14 V delu najprej primeroma navajam življenjski primer oz. potencialno relevantno dejansko stanje iz problema, na katerega se bom skliceval ob analizi argumentov in protiargumentov [II]. Ob tem se na primeroma dano dejansko stanje ne bom omejeval, saj bom omenil tudi druge elemente, ki bi se lahko pojavili v hipotetičnem primeru in od katerih je lahko odvisna (ne)uspešnost argumentov. Po drugi strani pa bom dejansko stanje oklestil podatkov, ki za konkretno razpravo niso odločilni oz. so pomembni za presojo drugih vprašanj (npr. natančni datumi posamičnih dogodkov, imena oseb, ki so nastopale za posamično stranko, natančna opredelitev pomanjkljivosti blaga).
- 15 Sledi navedba uporabljenih formalnih pravnih virov ter temelj njene veljavnosti za hipotetičen primer [III]. Končno kot jedro dela navajam argumente, ki merijo na vzpostavitev odgovornosti, ter protiargumente, ki takšno konstrukcijo morda zanikajo [IV].

I.C OBSEG OBRAVNAVANE ODGOVORNOSTI

- 16 V delu se ukvarjam zgolj z vidikom odgovornosti za kršitev, ne pa tudi z vsebinskim vidikom odgovornosti, torej obstojem (bistvene) kršitve (prodajne) pogodbe (*fundamental breach* po 25. členu CISG).
- 17 Zavedam se, da obravnavano vprašanje ni *zgolj* materialnopravne narave, saj se neogibno povezuje s procesnopravnim vidikom, torej ali ima določen arbitražni tribunal, ki je sicer (morda) pristojen za spore, ki izvirajo iz pogodbe, tudi jurisdikcijo nad razmerjem, ki ga ena od strank podpisnic arbitražnega sporazuma sklene s *stranko nepodpisnico* (*non-signatory party*). Odgovor na to vprašanje je sicer bistven in mora biti rešen že pred (materialnim) vprašanjem, ki je predmet moje obravnave; po drugi strani lahko odgovor na to vprašanje hkrati služi tudi kot odgovor na materialnopravno vprašanje in obratno.

- 18 Obravnavam zlasti tiste argumente, katere si je zamislila ekipa ljubljanske Pravne fakultete ali druga ekipa, ki je sodelovala na tekmovanju. V naravi stvari seveda je, da nabor obdelanih argumentov ter razlogov za in proti ne more biti vseobsegajoč.

II. ORIS DEJANSKEGA STANJA

II.A STRANKE RAZMERJA

- 19 Stranke razmerja naslavljam po funkcionalnem nazivu, ki naj (z ozirom na njihovo karakteristično izpolnitev oz. postopkovni položaj) najbolj tipično opredeli njihovo vlogo v spornem razmerju.
- a) **Kupec (tožnik):** *Joseph Tisk*, trgovec z avtomobili
 - Uvaža nova in rabljena vozila ter jih prodaja končnim kupcem.²
 - b) **Proizvajalec (toženec):** *Universal Auto Manufacturers, S.A.*
 - Proizvaja motorna vozila *Tera* ter jih prodaja naprej izključno prek podružnic, uvoznikov ali franšizijev.³
 - c) **Distributer (prodajalec):** *UAM Distributors Oceania Ltd*
 - Joint venture med proizvajalcem (10 % delež) in joint venture partnerjem (90 % delež).⁴ V razmerju do kupca nastopa kot prodajalec, v razmerju do proizvajalca kot kupec na podlagi distributerske pogodbe.

II.B SOSLEDJE DOGODKOV

- 20 Kupec in prodajalec sta sklenila kupoprodajno pogodbo za 100 novih vozil *Tera*, ki so bila v tisku deležna ugodnih kritik.⁵ Znesek kupnine znaša \$380.000,00.
- 21 Ko je bilo prvih 25 vozil dostavljenih in so bile opravljene carinske obveznosti, je kupec vozila poskušal prepeljati do svojega salona. Med vožnjo se je izkazalo, da motorji vozil ne delujejo tekoče, vozila pa so posledično »praktično nevozna«.⁶ Kupčev najeti mehanik ni mogel natančno določiti problema, vendar je namignil na težavo z ECU⁷ komponento.

² Problem, str. 4, §3.

³ *Ibid.*, str. 4, §§5-6.

⁴ *Ibid.*, str. 4, §4.

⁵ *Ibid.*, str. 5, §9; str. 11.

⁶ *Ibid.*, str. 5, §§10-11.

⁷ *Engine Control Unit*; gre za računalnik, ki upravlja s količino vbrizganega goriva, trenutkom vbrizga in drugimi parametri delovanja motorja z notranjim izgorevanjem. (Gl. http://en.wikipedia.org/wiki/Engine_control_unit)

- 22 Kupec je o napakah obvestil distributerja in izrazil pričakovanje odgovora od distributerja in/ali proizvajalca. Distributer je odgovoril, da se bo posvetoval s svojim tehničnim osebjem.⁸
- 23 Distributer je kupcu odgovoril, da tudi njegovo osebje ni moglo natančno analizirati napak. Mdr. se je pogovarjal tudi z vodilnim managerskim in tehničnim osebjem proizvajalca. Obenem je kupcu sporočil, da naj pričakuje klic proizvajalčevega osebja. V proizvajalčevem klicu je kupec natančno opisal napako, proizvajalec pa je kupcu obrazložil (in nato pisno potrdil) možne izvore napak ter postopke za njihovo odpravo.⁹
- 24 Na kupčevo vprašanje, koliko časa naj bi popravilo trajalo, je proizvajalec odgovoril, da natančen odgovor ni mogoč, vsaj dokler proizvajalec ne pregleda in popravi vsaj enega vozila, kar pa je mogoče zgolj s transportom vozil nazaj k proizvajalcu.¹⁰
- 25 Dan kasneje je proizvajalec obvestil kupca, da se je o težavah pogovarjal s ključnim osebjem distributerja. Izjavil je, da je za stanje vozil odgovoren prodajalec, ker pa je za ugotovitev napake in njihovo odpravo potrebna posebna oprema in usposobljeno osebje, ki ga prodajalec nima, ter ker kot proizvajalec ne želi, da bi kupec imel kakršnekoli dvome o »zanesljivosti vozil Tera«, so se dogovorili, da bo popravila prevzel proizvajalec brez »priznanja odgovornosti« (*»Universal would undertake the repairs without admission of liability«*). Kupec naj pričakuje prihod proizvajalčevega tehničnega osebja in opreme z letalom v treh dneh.¹¹
- 26 Po pogovorih o roku popravila, v katerih proizvajalec ni mogel zagotoviti ne le popravila v določenem roku, temveč niti uspešnega popravila, in grozeči stavki letaliških delavcev, je kupec distributerju poslal obvestilo o odstopu od pogodbe. Do prevzema vozil bo te skladiščil na distributerjeve stroške. Obenem je zahteval vrnitev predplačila. Hkrati je o odstopu obvestil proizvajalca, češ da ta ne bo po nepotrebnem pošiljal tehničnega osebja in opreme.¹²
- 27 Po odstopu od pogodbe je kupec prejel sporočilo stečajnega upravitelja, da je distributer v stečajnem postopku; po tamkajšnjem insolvenčnem pravu naj bi pričetek stečajnega

⁸ Problem, str. 5, §12; str. 12

⁹ *Ibid.*, str. 5, §13.

¹⁰ *Ibid.*, str. 6, §14.

¹¹ *Ibid.*, str. 6, §16.

¹² *Ibid.*, str. 6, §21; str. 21-22.

postopka razveljavi (*ab initio*) vsakršno morebitno arbitražno klavzulo. Hkrati ga je pozval k prijavi morebitnih zahtevkov.¹³

28 Vozila so bila prepeljana nazaj k distributerju.¹⁴

29 Proizvajalec je kupca obvestil, da so vozila prispela in jih je uspel popraviti, kar bi bilo moč storiti tudi pri kupcu.¹⁵ Kupec je odgovoril, da ga je novica sicer razveselila, vendar da proizvajalec takšne garancije žal ni hotel dati vnaprej, in izrazil svojo zahtevo po vračilu predplačila.¹⁶

II.C OPREDELITEV PROBLEMA

30 Razvoj dogodkov je torej pripeljal do praktične težave: kupec je v neugodnem položaju, saj je njegov sopogodbenuk v stečajnem postopku, medtem ko s sicer likvidnim proizvajalcem ni v nobenem očitnem (pogodbenem) pravnem razmerju, na podlagi katerega bi lahko zoper njega uveljavljal določene zahteve (vrnitev kupnine, odškodnino ...). Prvo materialnopravno vprašanje arbitražnega tribunala, na katerega so morale odgovoriti sodelujoče ekipe, se v izvirniku glasi:

Whether Universal should be held liable for the breach of the contract by UAM.

31 Rešitev se kaže v iskanju poti, kako priti do ugotovitve, da kupec in proizvajalec sta v pravnem razmerju, na podlagi katerega bi zoper njega naperil vsaj podoben (če že ne enak) zahtev, kot bi ga lahko proti svojemu nespornemu pogodbenemu partnerju – distributerju. Dejansko stanje sicer kupcu ni preveč naklonjeno, kar se je izrazilo tudi v med udeleženci moot-a priljubljeni mantri, »nobody likes the Claimant.«

¹³ *Ibid.*, str. 8, §28.

¹⁴ *Ibid.*, str. 6, §22.

¹⁵ *Ibid.*, str. 6, §23.

¹⁶ *Ibid.*, str. 6, §24.

III. PREGLED MERODAJNIH FORMALNIH PRAVNIH VIROV

- 32 Sam problem *moot*-a že vnaprej stipulira uporabljivost določb CISG [III.A] in CAISG [III.B]; vprašanje uporabe ostalih virov – Načel UNIDROIT [III.C], Načel Evropskega pogodbenega prava [III.C] ter OZ [III.E] kot primera domačega prava – zahteva ustrezno utemeljitev.
- 33 Na mestu je potrebno tudi terminološko pojasnilo glede uporabe izrazov *nacionalno* in *domače* pravo. Z izrazom *nacionalno pravo* [*national law*] je mišljeno vse pravo, ki v državi velja, ne glede na podlago oz. vir veljavnosti. Z izrazom *domače pravo* [*domestic law*] pa je mišljeno zgolj pravo, ki ga vsebinsko sprejme nacionalni zakonodajalec. To *domače* pravo tako ne zajema dela pravil, ki sicer sestavljajo *nacionalno* pravo, a iz naslova mednarodnih pogodb oz. aktov nacionalnega zakonodajalca, s katerimi so te pogodbe vnesene v pravni red države oz. se v njem uporabljajo. Razlikovanje je potrebno zato, ker nekateri mednarodni pravni akti, ki z implementacijo postanejo del *nacionalnega prava*, včasih napotujejo na subsidiarno uporabo *nacionalnega prava* (pomensko: *domačega prava*), kar pa brez uporabe takšne terminologije pripelje do logične rekurzije.

III.A CISG (UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR INTERNATIONAL SALE OF GOODS)

- 34 Konvencija Združenih narodov o mednarodni prodaji blaga oz. Dunajska konvencija¹⁷ je temeljni instrument unifikacije prava mednarodne kupoprodajne pogodbe. Zaradi pomislekov¹⁸ o ustreznosti in celo pravilnosti trenutnega slovenskega prevoda¹⁹ konvencije, bom v nadaljevanju navajal avtentično angleško besedilo.

1. UPORABA CISG

- 35 Obseg svojega urejanja in posledično uporabe CISG določa v 1. poglavju. Uporablja se za pogodbe o prodaji blaga v primerih, ko imata obe stranki sedež v državah pogodbenicah (§1/1(a)) ali če kolizijske norme odkažejo na uporabo prava države članice (§1/1(b)). V primeru, da bo odločal tribunal države, ki ni podpisnica konvencije, je potrebno upoštevati možnost, da tribunal CISG-a ne bo uporabil, saj ga konvencija ne veže.

¹⁷ Ker gre za eno izmed mnogih »dunajskih konvencij«, bom v nadaljevanju uporabljal kratico CISG.

¹⁸ D. Možina, v: KOMENTAR OZ, III. knjiga, str. 440-441.

¹⁹ Zakon o ratifikaciji konvencije ZN o pogodbah o mednarodni prodaji blaga, Uradni list SFRJ, Mednarodne pogodbe, št. 10/1 z dne 31. 12. 1984, str. 395.

- 36 Še pomembnejše (in verjetno težje) je vprašanje, kdaj se CISG *ne* uporablja. Stvarni obseg svojega urejanja (*ratione materiae*) CISG izrecno ureja v 2. (za kakšne prodajne pogodbe se ne uporablja) in 4. členu; uporablja se *zgolj* za vprašanja sklepanja kupoprodajnih pogodb ter pravic in obveznosti strank, ki iz njih izhajajo. *Implicite* sledi splošno pravilo, da se, *a contrario*, za ostala vprašanja ne uporablja. Izključitvena klavzula je dodatno konkretizirana z izločitvijo urejanja veljavnosti pogodbe oz. njenih posamičnih določb ter vprašanj prenosa lastninske pravice na blagu. Prav tako se ne uporablja (bolje: *ne ureja*) za vprašanja odgovornosti za smrt oz. poškodbe ljudi, ki nastanejo zaradi blaga.²⁰
- 37 V skladu z načelom (kolizijske in materialnopravne) avtonomije lahko stranke same izključijo uporabo določb konvencije oz. medsebojna razmerja uredijo drugače. Med drugim to lahko storijo tako, da izberejo pravo druge države, ki ni podpisnica CISG-a.²¹ Kaj pa, če izberejo pravo države, ki je članica CISG-a? Ker CISG predstavlja nacionalno pravo te države, bi se – potem kolizijske avtonomije – ponovno uporabil CISG, to pa je lahko v nasprotju z željami strank, ki so z izrecno odločitvijo za *pravo države* mislile na njeno *domače pravo*, torej ne CISG. Tribunal ICC ICA je v zadevi, v kateri sta stranki pogodbo želeli podrediti »švicarskemu pravu« odločilo, da se izrecna izbira *nacionalnega prava* ne more razumeti kot izbira *domačega prava*.²² Nemškemu sodišču tudi izrecna navedba določb nemškega BGB ni zadostovala za izključitev CISG. Ko se avtorji za učinkovanje izbire domačega prava zavzemajo za »čimbolj jasno določitev v pogodbi²³«, to verjetno ne pomeni le pozitivne določitve – izbire – izbranega prava, ampak celo negativno določitev – *izključitev* – CISG. Unifikacijski element konvencije je znaten; 6. in 12. člen za izključitev uporabe postavljata visoke zahteve, čeravno iz same ubeseditve to ni tako izrazito razvidno.
- 38 Posebno vprašanje je, kako naj se rešijo vprašanja, na katera CISG izrecno ne odgovarja, a je nanje potrebno odgovoriti. Ne zdi se mi sporna ureditev 1. odstavka 7. člena, po kateri je pri interpretaciji potrebno upoštevati mednarodno naravo in potrebo po enoviti uporabi instrumenta. Menim pa, da 2. odstavek vsebuje past:

(2) *Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles*

²⁰ CISG §5; o odgovornosti (*proizvajalca!*) za škodno nevarnost glej 155. člen OZ.

²¹ M. Tratnik, A. Ferčič, MEDNARODNO GOSPODARSKO PRAVO (2002), str. 259.

²² ICC 7656/1994; gl. tudi M. J. Bonell, F. Liguori, The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law - 1997 (Part 1), v: Uniform Law Review (1997).

²³ M. Tratnik, A. Ferčič, MEDNARODNO GOSPODARSKO PRAVO (2002), str. 260.

*on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.*²⁴

39 V praksi se pojavljajo primeri, da se sodniki in arbitri pri iskanju pravne podlage za uporabo drugih instrumentov, ki urejajo sporna vprašanja, na katera je potrebno odgovoriti, a CISG o njih molči (npr. prenos obveznosti, izračun obresti), sklicujejo na ta odstavek.²⁵ Menim, da je takšno sklicevanje napačno iz dveh razlogov:

1. Odstavek ponuja rešitev (oz. navodila) zgolj za zadeve, ki jih CISG sicer ureja (*governs*), a ne uredi v celoti (*not expressly settled*). Nekateri argumentirajo, da med takšne zadeve spada vse, kar spada v okvir prodajne pogodbe (in jo konvencija nesporno ureja). Takšna argumentacija ni sprejemljiva, saj CISG-u lahko podredi vse pravne institute, ki se lahko pojavijo v pogodbi oz. sporu.
2. Načelo *iura novit curia* ne pomeni le, da sodnik pozna pravo in njegovo vsebino, ampak tudi, da mora za vsako relevantno vprašanje določiti merodajno pravo. Za to ne potrebuje nobenega (pedagoškega?) napotka v pravnem viru, ki zadevnega vprašanja sploh ne ureja. Vprašanje je, ali sploh sme upoštevati napotek v pravnem viru, ki zadevnega vprašanja sploh ne ureja, in se torej sodnik z vprašanjem, katero pravo uporabiti, nanj sploh ne bi smel obrniti (kaj šele opreti).

40 Takšno stališče (glede vprašanj prevare in sposobnosti zastopnika) lepo povzame prof. Honnold²⁶ v komentarju 2. odstavka 7. člena:

Nor does the Convention govern rights based on fraud or the capacity of an agent to bind the principal /../. Since these areas are not "governed" by the Convention they are beyond the reach of "gap-filling" under Article 7(2).

41 S stališča pravne teorije gre za razlikovanje med t.i. internimi in eksternimi prazninami. Napotek 2. odstavka 7. člena govori o prazninah znotraj področja veljave CISG-a, torej o internih pravnih prazninah. Če pa gre za vprašanja, ki so izvzeta iz področja uporabe, torej za eksterne pravne praznine, je njih reševanje neposredno prepuščeno nacionalnemu pravnemu redu, na katerega bodo odkazale kolizijske norme.²⁷ Konvencija si (v okviru 1.

²⁴ CISG §7/2

²⁵ Gl. npr. CLOUT No. 36.

²⁶ J. O. Honnold, *UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION* (Third Edition, 2001), str. 105, §98; Gl. tudi *infra*, §§207-209, in tam navedeno literaturo.

²⁷ UNCITRAL, *UNCITRAL DIGEST OF CASE LAW ON THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS* (2008), str. 9, §6; D. Možina, v: *KOMENTAR OZ*, III. knjiga, str. 440.

odstavka 7. člena) ne prizadeva za enovito razreševanje vprašanj, ki jih ne ureja.²⁸ Ne glede na povedano pa je potrebno upoštevati tudi 2. odstavek 9. člena, po katerem se šteje, da so stranke kot merodajno pravo izbrale tudi pravne običaje mednarodne trgovine. Če se uspe pravno praznino zapolniti s podreditvijo določenega pravnega vira temu členu, ne bo prišlo do uporabe kolizijskega prava.²⁹

- 42 Samostojno vprašanje, ki je onkraj dosega tega dela, je tudi kritična presoja, ali sploh gre za vprašanje, ki ga pravo ureja oz. bi ga moralo urejati, ali pa gre morda za pravno neurejeno področje, ki naj tudi ostane zunaj dosega pravnega urejanja.

2. PRAVNA PODLAGA UPORABE V REPUBLIKI SLOVENIJI³⁰

- 43 Državni zbor RS je dne 22. 11. 1993 sprejel *Akt o nasledstvu konvencij Komisije Združenih narodov za mednarodno trgovinsko pravo in mednarodnih pogodb Mednarodne telekomunikacijske zveze* in notificiral nasledstvo CISG, katere ustanovna članica je bila sicer SFRJ.³¹ Ker pa mednarodne pogodbe, ki jih je sklenila Jugoslavija in se nanašajo na RS, veljajo na njenem ozemlju že na podlagi 3. člena Ustavnega zakona za izvedbo temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije, je Slovenija članica konvencije že od 25. junija 1991.

III.B CAISG (CONVENTION ON AGENCY IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS)

- 44 Konvencija je nastala pod okriljem inštituta UNIDROIT, vendar še ni stopila v veljavo (27. 10. 2009), saj jo je od dneva sprejetja (17. 2. 1983) podpisalo oz. ratificiralo le 9 držav od zahtevanih vsaj 10.³² Republike Slovenije ni med njimi.³³
- 45 Namen konvencije, kakor izhaja iz njene preambule, je dopolnitev poenotenja pravne ureditve mednarodne prodaje blaga tudi na področju zastopanja, ki sicer ne spada v področje urejanja CISG-a.³⁴

²⁸ A. H. Kritzer, GUIDE TO PRACTICAL APPLICATIONS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, poglavje »*Issues That Are Not Specifically Addressed by the Convention*«.

²⁹ Gl. tudi *infra*, §55.

³⁰ P. Schlechtriem, D. Možina, PRAVO MEDNARODNE PRODAJE (2006), str. 225; D. Možina v: KOMENTAR OZ, III. knjiga, str. 437.

³¹ Ur. l. SFRJ – Mednarodne pogodbe, št. 10/1 z dne 31. decembra 1984

³² Za aktualen podatek stanju ratifikacij gl. <http://www.unidroit.org/english/implementation/i-83.pdf>.

³³ Za potrebe moot-a je fingirano, da konvencija že velja in se v konkretnem sporu lahko uporabi.

46 Obenem je potrebno omeniti pomembno razlikovanje med *civil law* in *common law* konceptom agencije, saj slednji mdr. zajema nekatera pravna razmerja, ki v kontinentalnem sistemu ne spadajo v okvir trgovinskega zastopanja.³⁵ Prav tako kontinentalni sistemi³⁶ praviloma zahtevajo, da agent ravna v imenu in za račun principala (*disclosed agency*), anglo-ameriški koncept pa agenciji podreja tudi primere, ko dejstvo zastopanja tretji stranki ni razodeto (*undisclosed agency*).

1. UPORABA CAISG

- 47 Doseg svoje uporabe CAISG določa v 1. poglavju. Uporablja se, kadar ima oseba (*agent*) pooblastilo oz. trdi, da ima pooblastilo drugega (*principala*) za sklenitev kupoprodajne pogodbe s tretjo osebo (§1/1). Ureja le odnose med tretjim na eni strani in agentom in/ali principalom na drugi, ne pa tudi zastopniškega razmerja med slednjima (§1/3). Uporabi se le v primerih mednarodne prodaje, t.j. kadar imata principal in tretji sedež v različnih državah, in ima agent sedež v državi podpisnici ali kadar kolizijske norme odkažejo na uporabo prava države podpisnice (§2/1(a, b)).
- 48 Iz svojega obsega izključuje določene oblike agencije (§3), s čimer se v tem delu približuje kontinentalnemu razumevanju agencije.
- 49 V skladu z materialno in kolizijsko avtonomijo ter dispozitivno naravo konvencije lahko stranke pogodbe (t.j. principal ali agent v okviru svojega pooblastila v soglasju s tretjim) izključijo uporabo konvencije (§5). Glede interpretacije in zapolnjevanja praznin konvencija v 6. členu vsebuje smiselno enako pravilo kot CISG v 7. členu.³⁷
- 50 Teoretik Mather uporabo CAISG (v mednarodni trgovini) priporoča tudi organom držav, ki konvencije sicer niso ratificirale (konkretno ZDA). Sodišča naj bi s tem prispevala k večji enotnosti sodne prakse, predvidljivosti in nasplošno k pospeševanju mednarodne trgovine.³⁸

³⁴ O razlogih za nastanek in genezi gl. tudi M. J. Bonell, *The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods* (1984), v: *American Journal of Comparative Law*, 32 (1984), str. 722 *et seq.*

³⁵ B. Zabel, v: *KOMENTAR OZ*, IV. knjiga, str. 403.

³⁶ Doslednost zopet zahteva poudarek, da tudi med njimi obstajajo večje razlike. O tem gl. M. J. Bonell, *The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods* (1984), v: *American Journal of Comparative Law*, 32 (1984), str. 718 *et seq.*

³⁷ Gl. *supra*, §§38-41.

³⁸ H. Mather, *Choice of Law for International Sales Issues Not Resolved by the CISG*, v: *Journal of Law and Commerce*, 20/2 (2001), str. 179.

III.C UPICC (UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS)

- 51 Načela UNIDROIT za mednarodne gospodarske pogodbe po svoji naravi niso *načela*, pač pa *pravila*. Za razliko od večine drugih nadnacionalnih kodifikacij niso namenjena ratifikaciji oz. pristopu držav, ampak naj se prvenstveno uporabijo na podlagi avtonomije strank.
- 52 V preambuli so našteje različne podlage, na katerih UPICC sprejmejo svojo uporabo.³⁹ Nesporno, upoštevajoč načelo pogodbene avtonomije strank, naj *se uporabijo* (*»shall be applied«*), če jih stranke izrecno izberejo. Lahko pa se uporabijo (*»may be applied«*) tudi v drugih primerih, mdr. kadar se stranke sklicujejo na splošna pravna načela, *lex mercatoria*, ali celo kadar stranke niso izbrale merodajnega prava. Pomagajo naj pri interpretaciji ali dopolnjevanju domačega (*domestic!*) prava ali kot vzorec za nacionalne ali nadnacionalne pravodajalce.
- 53 Posebno pomembno sprejemno podlago po mojem mnenju predstavlja 5. odstavek preambule:
- They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.*
- 54 S tem UPICC izrecno sprejemajo (bolje: priporočajo) svojo uporabo v primerih, ko nanje odkažejo mednarodni instrumenti unifikacije, kakršna sta npr. CISG in CAISG. Menim, da je UPICC tako pravni vir, ki lahko ustrezno zapolni praznine v smislu 7. člena CISG in 6. člena CAISG, seveda upoštevaje dejstvo, da kot nezavezujoč (oz. neratificiran) pravni akt ne more učinkovito zagotavljati svoje uporabe. V tej luči je dvomljiv zapis komentatorja, da *»za Načela UNIDROIT Dunajska konvencija ne pušča nobenega prostora za zatočišče.«*⁴⁰
- 55 Nekateri teoretiki in tribunali podlago za uporabo UPICC vidijo tudi v 2. odstavku 9. člena CISG,⁴¹ po katerem se šteje, da sta stranki kot merodajno pravo izbrali tudi običaje mednarodne trgovine, ki so strankam podobnih pogodb znani ali bi jim morali biti znani;

³⁹ Razloge, zakaj je uporaba UPICC oz. drugega vira *legis mercatoriae* lahko priporočljivejša od uporabe nacionalnega prava, gl. v H. Mather, Choice of Law for International Sales Issues Not Resolved by the CISG, v: Journal of Law and Commerce, 20/2 (2001), str. 180 *et seq.*

⁴⁰ B. Tratar, Mednarodno pravo: Uporaba načel UNIDROIT pred nacionalnimi in nadnacionalnimi sodišči, v: Pravna praksa, 437 (1999), str. 52.

⁴¹ Prim. tudi 12. člen OZ.

uporaba naj bi bila upravičena, saj naj bi UPICC odražal te običaje;⁴² Schlechtriem na to možnost sicer opozori, vendar se do vprašanja, ali je konkretne določbe UPICC moč podrediti členu 9(2), ne opredeli.⁴³

III.D PECL (PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW)

- 56 Tudi Načela evropskega pogodbenega prava, podobno kot UPICC, spadajo med t.i. *soft-law*: predstavljajo poskus povzetja skupnih načel (zopet bolje: pravil) pogodbenega prava držav članic EU in morebitno pripravljalno gradivo za evropski civilni zakonik.
- 57 Doseg svoje uporabe PECL določa v 1:101. členu, ki vsebinsko smiselno ustreza preambuli UPICC.

III.E OZ (OBLIGACIJSKI ZAKONIK)

- 58 Obligacijski zakonik oz. domači pravni akt, ki ureja pogodbeno razmerja, se bo moral uporabiti v dveh primerih:
1. Za vprašanja, ki niso urejena v področnem zakonu oz. konvenciji, a je nanje potrebno odgovoriti, pa kolizijska norma odkaže na slovensko (oz. drugo nacionalno) pravo. Menim, da posebno napotilo iz področne zakonodaje (npr. CISG) ni potrebno, saj iz narave pravnega odločanja izhaja, da je za vsako vprašanje potrebno najti – *iura novit curia!* – ustrezno pravno pravilo.⁴⁴
 2. Zanimivejše vprašanje nastane v primeru, ko stranki pogodbe določita pravo, ki naj se uporabi. Če stranki izbereta pravo neke države (npr. Slovenije), pride do vprašanja prave volje strank. Ker npr. CISG sestavlja *slovenski [nacionalni] pravni red*, bi izbira *prava Slovenije (nacionalnega prava)* pomenila izbiro oz. vključitev konvencije. Vprašanje je, ali sta stranki res to želeli? Če bi, bi verjetno izbrali neposredno CISG ali pa prava sploh ne bi določili, saj bi se določilo z uporabo kolizijskih norm, ki bi odkazalo na uporabo CISG. V takšnih primerih je torej možno, da sta stranki s *pravom Slovenije* v bistvu mislili na njeno *domače pravo*,

⁴² ICAC 229/1996; ICC 9333; F. Ferrari, H. M. Flechtner, R. Brand, THE DRAFT UNCITRAL DIGEST AND BEYOND: CASES, ANALYSIS AND UNRESOLVED ISSUES IN THE U.N. SALES CONVENTION (2004), str. 563, §18; str. 204.

⁴³ P. Schlechtriem, Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG, v: Victoria University of Wellington Law Review, 36 (2005), op. 40; gl. tudi *supra*, §41.

⁴⁴ Gl. tudi *supra*, §§38-41.

torej OZ oz. želeli izrečno izključiti uporabo določb CISG, a na način, ki sodeč po sodni praksi tega ne bo zagotovil.⁴⁵

⁴⁵ Gl. tudi *supra*, §37.

IV. VZPOSTAVITEV ODGOVORNOSTI

- 59 Najpogostejša argumenta, ki so ju zagovarjale ekipe, sta *Agencija [IV.A]* in *Sprememba pogodbe*. Večina ekip je v svojem memorandumu za tožnika predstavila vsaj enega, če ne podredno obeh argumentov, vendar ravno ta dva argumenta v življenjskem primeru ponujata tudi največ tehtnih protiargumentov. Svojevrsten unikum predstavlja argument *Cesije [IV.B]*, med zanimivejšimi sta tudi *Representation of quality [IV.C]* in *Neposredna tožba [IV.D]*.
- 60 V delu se omejujem zgolj na navedene argumente; seznam torej ni izčrpen. Podrobnejšo obdelavo bi si sicer zaslužili tudi naslednji argumenti:
- a) Sprememba pogodbe (*Modification of contract*); sorodna argumenta sta tudi Prezem obveznosti oz. izpolnitve (*Assumption of obligation*) in Prenos obveznosti (*Transfer of obligation*) kot zrcalna slika odstopa terjatve; Prenos pogodbe (*Transfer of contract*) kot sinteza prenosa terjatev in obveznosti;
 - b) Spregled pravne subjektivitete (*Piercing the corporate veil; Alter ego*);
 - c) Korporacijskoppravna skupina (*Group of companies*);
 - d) Garancija za brezhibno delovanje (*Manufacturer's Warranty*) in Produktna odgovornost (*Product liability*) v smislu odgovornosti za stvarne napake in ne škodnih posledic uporabe stvari;
 - e) Načelo dobre vere (*Good faith*) in doktrina *Estoppel* kot ustreznica maksime *venire contra factum proprium*.
- 61 Zanimive posledice na način utemeljevanja je kazalo mešanje arbitrov in zagovornikov, ki so prihajali iz različnih pravnih sistemov. Medtem ko so ekipe iz anglosaksonskih sistemov predstavljale argumente na precej pragmatični ravni (načela pravičnosti, ekonomičnosti, opiranje na precedense ...), so bile relativno šibke pri odgovarjanju na kar rutinsko vprašanje kontinentalnih arbitrov – »*but do you have any legal ground?*« Nasprotno velja za kontinentalne zagovornike, ki s(m)o prvenstveno predstavljali formalne pozitivnopravne vire, hkrati pa bili primorani množico *case-law*-a, ki je z njimi morda v nasprotju, argumentirano zavračati predvsem na podlagi razlike v dejstvih med trenutnim in že odločenim primerom.

IV.A ZASTOPANJE (AGENCY)

- 62 Gre za najpogostejši argument, s katerim so zagovorniki tožnika zatrjevali odgovornost tožene stranke, vendar se zdi, da ima takšna konstrukcija trhlo podlago v dejstvih oz. je z njimi celo v nasprotju.

1. SPLOŠNO O PRAVNEM POSLU

- 63 Zastopanje pomeni »dajanje in sprejemanje izjav volje v imenu in za račun zastopanega,«⁴⁶ torej ravnanje, ki ustvarja neposredne pravne posledice za zastopanega.
- 64 Stranke tristranega razmerja so:
- a) **zastopnik (agent)**: v imenu in za račun zastopanega daje in sprejema izjave volje ter tako zanj neposredno ustvarja pravne učinke;
 - b) **zastopani (principal)**: oseba, v imenu in za račun katere zastopnik daje in sprejema izjave volje;
 - c) **tretji** oz. pogodbeni stranka: oseba, s katero zastopnik sklene posel za zastopanega.
- 65 Med njimi redno obstajata dve pravni razmerji:
- a) **zastopniško** razmerje med zastopnikom in zastopanim, ter
 - b) **pravnoposlovno** razmerje med zastopnikom in tretjim.
- 66 V izjemnih primerih, ko pogodbo sklene (zastopanja) neupravičena oseba (*falsus procurator*), se poleg ali namesto teh dveh razmerij vzpostavi še razmerje med tretjim in neupravičeno osebo.⁴⁷
- 67 Obstoj zastopniškega razmerja je bistven za veljaven nastanek pravnoposlovnega razmerja zastopanega s tretjim.⁴⁸ Pravno podlago zastopniškega razmerja praviloma predstavlja pogodba o trgovskem zastopanju oz. agencijska pogodba.
- 68 Težava pa nastane v primerih, ko zastopniško razmerje ne obstaja, obstaja pa potreba po varstvu dobrovernega udeleženca pravnega prometa. Poleg klasičnega ravnanja *ultra vires* (postopanja brez ali onkraj meja pooblastila) govorimo o primerih t.i. impliciranega pooblastila ali navideznega pooblastila, ko zastopnik sicer nima pooblastila, vendar je iz

⁴⁶ N. Plavšak, v: KOMENTAR OZ, I. knjiga, str. 409.

⁴⁷ O pravni naravi odgovornosti neupravičene osebe v primerjalnem pravu gl. M. J. Bonell, The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods (1984), v: American Journal of Comparative Law, 32 (1984), str. 743.

⁴⁸ N. Plavšak, v: KOMENTAR OZ, I. knjiga, str. 410.

okolščin in ravnanj principala razumeti, da ga ima, ali pa o naknadni odobritvi (ratifikaciji) posla.

2. PRAVNA PODLAGA

2.1 MEDNARODNOPRAVNA UREDITEV

- 69 Agenciji je v svoji celoti posvečen CAISG. UPICC vprašanje ureja v 2. odseku 2. poglavja (členi 2.2.1 do 2.2.10), pri čemer je vsebinsko smiselno enak ureditvi po CAISG. PECL vprašanje ureja v 3. poglavju (členi 3:101 do 3:304).

2.2 SLOVENSKA UREDITEV

- 70 Institut zastopanja OZ ureja v členih 69-81 splošnega dela. V posebnem delu ureja še pogodbo o trgovskem zasopanju (agencijsko pogodbo) kot nominatni kontrakt (členi 807-836). Omeniti velja, da gre pri slednjem za ureditev notranjega agencijskega razmerja med principalom in agentom, ki je v primeru CAISG (§1/3), UPICC (§2.2.1(2)) in PECL (§3:103(3)) izključena iz njihovega obsega urejanja ravno zaradi temeljnih konceptualnih razlik med *civil* in *common law* sistemi.⁴⁹

3. UTEMELJITEV

- 71 Čeprav je pogodbeno razmerje med proizvajalcem in distributerjem označeno kot *distributersko*, tožniki utemeljujejo, da okoliščine in ravnanja strank kažejo na *agencijsko* pravno naravo razmerja [3.1]. Ker je razmerje sporno in ker tudi sicer zunanji spoznavni znaki ne kažejo na klasično, *razkrito* agencijsko razmerje (*disclosed agency*), saj je distributer nastopal uporabljajoč lastno firmo, bo za dokaz takšnega položaja ključnega pomena presoja ravnanja podjetja, ki sicer ni podpisalo pogodbe, a je kljub temu ravnalo tako, da je pri nasprotni stranki vzbudilo razumevanje, da je vpleteno v pogodbo. Možnih je več interpretacij: poleg klasične agencije na podlagi in v mejah pooblastila (*actual authority*) [3.2] tudi dozdevno pooblastilo (*apparent authority*) [3.3] in naknadna odobritev posla (*subsequent ratification*) [3.4].

⁴⁹ O viru slovenske pozitivnopravne ureditve gl. tudi B. Zabel, v: KOMENTAR OZ, IV. knjiga, str. 404; gl. tudi *supra*, §46, in tam navedeno literaturo.

3.1 PRAVNA NARAVA RAZMERJA JE AGENCIJSKA IN NE DISTRIBUCIJSKA

- 72 Memorandum Catholic University⁵⁰ obstoj dejanskega pooblastila dokazuje s koristjo, ki jo ima toženec od distributerjevega poslovanja, in toženčevo dejansko oblastjo nad delovanjem distributerja.
- 73 Ekipa utemeljuje, da je imel toženec nadzor nad distributerjevim poslovanjem, to pa je tipično za agencijska razmerja, sploh takšna, v katerih agent deluje ekskluzivno za enega proizvajalca. Argument v tej točki nakazuje na distributerjevo odvisnost od principala.
- 74 Tudi korist, ki jo ima toženec od vsakega po distributerju sklenjenega posla, naj bi kazala na agencijsko razmerje. V tej točki, nasprotno prejšnji, utemeljujejo odvisnost principala od agenta – proizvajalec namreč poleg distributerja ni imel druge tržne poti za dostop do trga, saj posluje izključno z distributerji. Njegova korist se torej poveča vsakič, ko kdo od njih sklene prodajno pogodbo.

3.2 DEJANSKO POOBLASTILO (ACTUAL AUTHORITY): TOŽENEC JE POOBLASTIL DISTRIBUTERJA KOT AGENTA ZA SKLENITEV POGODBE

- 75 Za podelitev pooblastila 10. člen CAISG sprejema načelo brezobličnosti; pooblastilo je agentu lahko podano izrečno ali implicitno (9. člen CAISG). Tožnik zatrjuje,⁵¹ da bi toženec *morda lahko* pooblastil distributerja za sklepanje kupoprodajnih pogodb za tožnika že v distribucijski pogodbi. Ekipa Columbie celo zatrjuje, da v razmerjih med proizvajalci in distributerji velja domneva agencije, če ta ni izrečno izključena; pri tem se sklicuje na primer *Stansifer v. Chrysler*, v katerem naj bi ameriško sodišče neekskluzivnega distributerja spoznalo kot ne-agenta zaradi tega, ker je pogodba med njima vsebovala izrečno klavzulo, da distributer ni agent.⁵²
- 76 Ekipa Catholic University tudi trdi, da je tožnik »vedel ali bi mogel vedeti«, da je distributer ravnal v imenu toženca (in na podlagi ter v okviru pooblastila) ter ga tako zavezal.⁵³ Omenjajo tudi, da bi tožnik »moral«⁵³ vedeti za takšno pooblastilo in ravnanje.

⁵⁰ Catholic University Cl., §§48-51.

⁵¹ Sydney Cl., §29.

⁵² *Stansifer v. Chrysler*, §30 *et seq.*; Columbia Cl., §70. V memorandumu sicer omenja, da gre za klavzulo, da »the distributor was not a manufacturer«, vendar gre verjetno za *lapsus scriptae*.

⁵³ Catholic University Cl., §§53-56.

3.3 DOZDEVNO POOBLASTILO (APPARENT AUTHORITY)⁵⁴

77 Argument se sklicuje na institut t.i. *apparent authority*, torej ravnanja na podlagi dozdevnega pooblastila. Koncept je definiran v 2. odstavku 14. člena CAISG:

(2) *Nevertheless, where the conduct of the principal causes the third party reasonably and in good faith to believe that the agent has authority to act on behalf of the principal and that the agent is acting within the scope of that authority, the principal may not invoke against the third party the lack of authority of the agent.*

78 Skoraj enako besedilo predstavlja 2. odstavek člena 2.2.5 UPICC, smiselno enako določa tudi 3:201 člen PECL.

79 Pogoje za dozdevno pooblastilo lahko povzamemo takole:⁵⁵

1. obstajati mora predstava [*representation*], da ima agent pooblastilo;
2. ta predstava mora izvirati od nekoga, ki je sposoben dati takšno predstavo (t.j. od principala); in
3. tretji se mora na takšno predstavo zanesti.

80 Izjave ali ravnanja, ki naj bi ustvarila videz pooblastila, morajo biti jasna in nedvoumna (*»clear and unequivocal«*).⁵⁶

81 Gre za svojevrstno specializacijo načela *venire contra factum proprium* oz. *estoppel*⁵⁷ na področju zastopanja. Gre sicer za splošno pravno načelo, ki pa je v splošnejši (t.j. ne omejujoč se na zastopanje) obliki kodificirano v členu 1.8 UPICC kot *»inconsistent behaviour«*.⁵⁸ Za presojo je ključno ravnanje principala: ali je ta ravnal tako, da je pri (razumnem in dobrovernem) sopogodbniku vzbudil prepričanje, da njegov agent ima njegovo pooblastilo in da ravna znotraj njegovih meja. Če je odgovor pritrdilen, se principal ne more naknadno sklicevati, da agent ni imel ustreznega pooblastila oz. da ga je prekoračil, saj je takšno prepričanje utrdil sam.

⁵⁴ Gl. Stockholm Cl., §19 *et seq.*; Sydney Cl., §§30-31.

⁵⁵ R. Bradgate, F. White, *COMMERCIAL LAW* (2007), str. 71, §5.4.1, cit. po: Tartu Cl., §59.

⁵⁶ G. H. L. Fridman: *THE LAW OF AGENCY* (6TH ED.) (1990), str. 101, cit. po: München Resp., §9.

⁵⁷ Od tu tudi drug izraz za agencijo na podlagi dozdevnega pooblastila, *agency by estoppel*.

⁵⁸ Gl. tudi UNIDROIT INTEGRAL, str. 83. Komentator konkretno pravilo poveže z načelom dobre vere in poštenja ter prepovedjo *»inconsistent behaviour«*.

- 82 Povedano pomeni, da tudi če distributer (oz. zastopnik kot *falsus procurator*) ni imel pooblastila za sklenitev konkretne kupoprodajne pogodbe, je toženec vezan kot principal zaradi svojega lastnega ravnanja v zvezi s tem poslom.
- 83 Utemeljevanje nato preide na dejstva, iz katerih izhaja toženčevo ravnanje in tožnikovo razumevanje toženčeve vloge v poslu. Mdr. trdijo, da je potrebno upoštevati:
- a) tožnikova **pričakovanja ob naznanitvi napak**: tožnik je v sporočilu pričakoval pomoč s strani distributerja *in/ali* proizvajalca.
 - b) **ravnanje distributerja po naznanitvi napak**: distributer je takoj obvestil svojega principala – proizvajalca.
 - c) **ravnanje proizvajalca ob naznanitvi napak**: tožnik ni le sam pričakoval odziva proizvajalca, pač pa se je ta tudi dejansko odzval in ponudil svoje osebje in opremo za popravilo; tudi sicer je prevzel dogovarjanje in stroške, povezane z odpravo napak. Distributer v tem dogovarjanju ni igral pomembnejše vloge, kar bi bila sicer njegova klasična obveznost, če bi bil res »prodajalec«. V pismu je toženec tudi zapisal, da se veseli »trajnega in vzajemno dobičkonosnega razmerja« s tožnikom.⁵⁹
- 84 Poleg okoliščin, ki izhajajo iz sklenitve konkretne pogodbe, tožniki navajajo še kapitalske in statusne povezave:⁶⁰
- d) **podobnost firm**: tožnik je kupil vozila proizvajalca »Universal Auto Manufacturers« preko zastopnika »UAM Distributors«, kjer »UAM« pomeni »Universal Auto Manufacturers«. Podobnost se odraža tudi v spletnih domenah (*uam.eq* in *uamdo.oc*). Podobnost naj bi končne kupce napeljala k prepričanju, da dejansko sklepajo pogodbo z renomiranim proizvajalcem. Tožnik oz. povprečen kupec naj pri poslovanju sploh ne bi ločil med obema subjektoma ali pa bi verjel, da dejansko pogodbo sklepa s principalom (v takšnem primeru gre po naravi stvari že za *disclosed agency*).
 - e) **distributerji so edini obraz proizvajalca na trgu**: ker proizvajalec vozil ni prodajal neposredno končnim kupcem, ampak le svojim distributerjem, so bili ti edini stik proizvajalca s trgom. Kupci so tako, ker ni bilo *intra-brand* konkurence (pri kateri bi zaradi množice ponudnikov lahko sklepali, da ne nastopajo vsi v imenu proizvajalca), domnevali, da poslujejo neposredno s proizvajalcem. Tudi

⁵⁹ Problem, str. 15, §6.

⁶⁰ Sydney Cl., §31; Mainz Cl., §§65-66; Columbia Cl., §§73-75.

tožnik relativno visokega pologa ne bi plačal »nekemu naključnemu distributerju«, ampak kvečjemu renomiranemu in zaupanja vrednemu proizvajalcu.⁶¹

- f) tožnik ima **korporacijski delež** v distributerju;
- g) tožnik imenuje **člana uprave** distributerja;
- h) tožnik in distributer sta petnajst let »tesno sodelovala« pri **vzpostavljanju trga** za tožnikovo blago;
- i) tožnik je **obogaten** na račun vsake pogodbe, ki jo sklene distributer.⁶²
- j) tožnik je **pregledal pogodbe**, ki jih je s končnimi kupci sklepal distributer; takšen nadzor je ustrezen le, če distributer nastopa kot proizvajalčev agent.⁶³

3.4 ODOBRITEV POSLA (RATIFICATION): TOŽENEC JE POSEL NAKNADNO ODOBIL

- 85 Če pa distributer ni imel že vnaprej pooblastila (dejanskega ali očitnega) za sklenitev pogodbe, navajajo tožniki, je toženec posel naknadno odobril. Po odobritvi ima pravni posel za gospodarja posla enak učinek, kot če bi agent že od začetka imel pooblastilo (CAISG §15(1)). Tudi za odobritev velja, da ni podrejena obličnostnim zahtevam in je lahko izrecna ali razvidna iz ravnanja principala (CAISG §15(8)).⁶⁴
- 86 Po tožnikovem razlogovanju naj bi toženec posel odobril, ko je prevzel popravilo vozil. Pri tem se sklicuje na toženčevo pripravljenost, da za zagotovitev čimhitrejšega popravila stori vse, kar je v njegovi moči.⁶⁵ S tem naj bi toženec dejansko izvrševal pogodbene obveznosti in tako odobril posel.⁶⁶
- 87 Catholic University pa opozarja tudi na vidik toženčeve pasivnosti po sklenitvi pogodbe;⁶⁷ če bi bila pogodba res sklenjena *ultra vires*, bi toženec – vsaj glede na velikost naročila – v naslednjih dneh moral ugovarjati ter storiti potrebno za preklic naročila. Ker tega ni storil, je pogodbo molče odobril.
- 88 Hkrati je potrebno upoštevati tudi morebitno toženčevo odklonitev odobritve oz. zanikanje odgovornosti. Toženec je v pismu izrecno zapisal, da popravilo prevzema

⁶¹ München Cl., §13.

⁶² Columbia Cl. §73.

⁶³ Columbia Cl., §75.

⁶⁴ Gl. tudi UPICC §2.2.9, PECL §3:207.

⁶⁵ Problem, str. 17, 2. odstavek.

⁶⁶ Mainz Cl., §71.

⁶⁷ Catholic University Cl., 59.

»without admission of liability«. Vendar je takšen demanti možen le pred trenutkom odobritve: ko je odobritev dana, je po 2. odstavku 15. člena CAISG namreč ni moč zanikati:

(5) *Ratification shall take effect when notice of it reaches the third party or the ratification otherwise comes to his attention. Once effective, it may not be revoked.*

4. PROTIARGUMENTI

- 89 Osebnost težave trdnosti argumenta vidim predvsem v dejstvih, ki ne podpirajo konstrukcije agencije oz. ji občasno celo neposredno nasprotujejo. Toženec namreč v kupoprodajni pogodbi ni omenjen, saj kot prodajalec nastopa izključno distributer.
- 90 Agencijsko razmerje se sicer nikoli ne domneva; dokazno breme je na stranki, ki se na agencijsko razmerje in njeno učinkovanje sklicuje.⁶⁸

4.1 INTERPRETACIJA RAZMERJA KOT AGENCIJSKEGA NI MOŽNA

- 91 Ekipa ljubljanske fakultete argument izpodbija v dveh korakih: najprej opredeli pravno naravo konkretnega razmerja med proizvajalcem in distributerjem ter ga utemelji kot distribucijsko [4.1.1], nato pa pokaže na neustreznost impliciranja, da distribucijska razmerja inherentno vsebujejo tudi agencijo [4.1.2].

4.1.1 KONKRETNO RAZMERJE JE DISTRIBUCIJSKO

- 92 Da gre za *distribucijsko razmerje*, izhaja iz odgovora na razjasnitveno vprašanje.⁶⁹ Ker gre že izjave strank in navedena dejstva smatrati kot »resnična in pravilno opisana«, ⁷⁰ mora to še tolikanj bolj veljati za nepristransko podana dejstva, kar odgovori na razjasnitvena vprašanja so.
- 93 Gre za strogo formalističen argument, ki lahko deluje v okviru simulacije, nikakor pa ne v resnični pravdi, saj bi negiralo načelo proste presoje dokazov. Trditev, da gre pri določenem razmerju za določeno pogodbo, ne more izhajati iz denominacije razmerja, pač pa je prvenstveno potrebna analiza medsebojnih pravic in obveznosti; takšen argument presojo – nápak – onemogoča. Poimenovanje razmerja kot *distribucijskega* torej še ne

⁶⁸ Incorporated Town of Locust Grove v. Faull; B. Hanotiau, COMPLEX ARBITRATIONS: MULTIPARTY, MULTICONTRACT, MULTI-ISSUE AND CLASS ACTIONS (2005), §20, sicer v kontekstu, ali lahko agent s podpisom arbitražnega sporazuma zaveže principala.

⁶⁹ Problem, str. 43, §13.

⁷⁰ Ibid., str. 42, §10.

pomeni, da ne more iti za kakšno drugo razmerje, npr. agencijsko ali franšizijsko, ali da bi bil tribunal na takšno opredelitev vezan.

94 V pravni naravi distribucijskih razmerij je, da ne gre za čiste pogodbe, saj vsebujejo elemente agencijske in prodajne pogodbe, pri čemer prevladujejo elementi slednje. Bistvene razlike med distribucijsko in agencijsko pogodbo, ki hkrati nakazujejo na prevlado prodajne, so:⁷¹

- a) distributer **posluje** v lastnem imenu in za svoj račun (agencija: v imenu in za račun principala, kar se kaže tudi v tem, da je v primeru agencije sklenjena ena kupoprodajna pogodba, v primeru distribucije pa vsaj dve);
- b) **kavza** distribucije je prodaja nadaljnim kupcem v svojem imenu in za svoj račun (agencija: spravlanje končnih kupcev v stik s principalom);
- c) **plačilo** distributerja je razlika v ceni – marža (agencija: provizija);
- d) **lastništvo blaga** preide s principala na distributerja in nato z distributerja na kupca (agencija: lastništvo preide neposredno s principala na kupca).

	distribucija	agencija
poslovanje	v lastnem imenu in za svoj račun (sklenjeni vsaj dve kupoprodajni pogodbi)	v imenu in za račun principala (sklenjena le ena kupoprodajna pogodba)
kavza razmerja	prodaja nadaljnim kupcem	spravljanje končnih kupcev v stik s principalom
plačilo	razlika v ceni – marža	provizija
prehod lastništva blaga	s principala na distributerja, nato z distributerja na kupca	neposredno s principala na kupca

95 V konkretnem primeru je toženec »prodal« vozila distributerju in je »odgovoren po CISG za okvare na vozilih, ki jih je prodal UAM-u [distributerju]«. ⁷² Izhaja tudi, da je distributer »kupil vozila od Universala [proizvajalca]«. ⁷³ Vsa vozila »v posesti UAM-a [distributerja] pripadajo [belong] UAM-u [distributerju]«, »Universal [proizvajalec] je zanje prejel polno

⁷¹ P. Grilc, DISTRIBUCIJSKA POGODBA IN SPORNE KLAUZULE; C. Murray, D. Holloway, D. Timson-Hunt, SCHMITTHOFF'S EXPORT TRADE: THE LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL TRADE (2007), str. 807-809, §30-003; B. Zabel, v: KOMENTAR OZ, IV. knjiga, str. 410-411.

⁷² Problem, str. 43, §15.

⁷³ Ibid., str. 44, §20.

plačilo». ⁷⁴ Ko je tožnik odstopil od pogodbe, je »lastništvo vozil prešlo nazaj [reverted] na UAM [distributerja]«. Toženec, ki je želel na njih pridobiti posest, jih je moral odkupiti nazaj od distributerja, ⁷⁵ kar ne bi bilo potrebno, če bi bil zgolj principal v agencijskem razmerju.

- 96 Navedena dejstva po mojem mnenju jasno nakazujejo, da so elementi prodajne pogodbe v distribucijski pogodbi prevladali do takšne mere, da ne dopuščajo interpretacije razmerja kot preproste agencije. Ne gre za primer *falsa nominatio*, saj naziv pogodbe ustrezno odseva njeno naravo in vsebino. ⁷⁶
- 97 Vendar je tudi v zvezi s prejšnjima odstavkoma na mestu kritičen pridržek. Nekatera dejstva, na katera se sklicujem, po svoji naravi niso dejstva oz. *dejanska vprašanja*, pač pa pravni sklepi oz. posledice – *pravna vprašanja*. Ti pa so odvisni ravno od presoje razmerja, ki je obstajalo med proizvajalcem in distributerjem, in ne obratno. Ali je torej distributer postal lastnik vozil je odvisno od razmerja med njima in napak je argumentirati, da je razmerje distribucijsko, *ker* je lastništvo prešlo na distributerja. Gre za mešanje vzroka in posledice. Ta kot *dejstva* predstavljena pravna vprašanja so kvečjemu konsekventni indici, ki naj retroaktivno kažejo na izvirno razmerje, od katerega so konstitutivno odvisni. Enako velja npr. za izraz »*kupnina*«, ki naj dokaže obstoj kupoprodajne pogodbe: kot dejstvo je moč šteti le, da je bil izročen določen denarni znesek; ali pa gre pri tem za kupnino ali morda kakšno drugačno odmeno (npr. provizijo agentu), je nujno podrejeno pravni presoji in ne zgolj denominaciji.
- 98 Presojajoči subjekt mora biti torej dvakratno pozoren: ne zadošča, da se ne pusti zavesti le denominaciji razmerja; pozoren mora biti tudi pri poimenovanju vseh posameznih pravnih institutov, saj ga lahko stranke zavedejo že/še na tej točki. Za presojo distribucijskega/agencijskega razmerja ne bo zadostovalo, da se odloči glede na to, ali je plačilo imenovano marža/provizija, ampak se mora najprej prepričati o naravi tega plačila, ga sam ustrezno poimenovati in šele na to lastno ugotovitev opreti opredelitev razmerja.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, str. 44, §21.

⁷⁶ Belgrade Resp., §69.

4.1.2 AGENCIJSKA RAZMERJA NISO INHERENTNA DISTRIBUCIJSKIM

- 99 Menim, da so argumenti ekipe Catholic University,⁷⁷ ki agencijsko razmerje utemeljuje s kontrolo delovanja in finančnimi koristmi principala, nesklepčni oz. formalnologično napačni, saj mešajo vzrok in posledico.
- 100 Drži, da imajo v agencijskih razmerjih proizvajalci oz. dobavitelji določen vpliv na poslovanje agenta. Vendar je to implikacija ($A \Rightarrow B$) in ne ekvivalenca ($A \Leftrightarrow B$). Goli obstoj kontrole *per sé* ne dokazuje obstoja agencijskega razmerja, saj lahko izhaja tudi iz drugih pravnih razmerij, npr. distribucijskega, franšiznega ... Prav tako je kontrola (oz. vpliv), kakršno omenja tožnik, tipična za vsakega proizvajalca kakršnegakoli blaga: praviloma je proizvajalec tisti, ki oblikuje blago (po pričakovanju trga), opravlja tehnično najbolj zahtevno servisiranje, nudi pomoč uporabnikom in ostale podporne storitve. Drži, da ima toženec 10 % delež v distributerju, vendar gre za *non-blocking* manjšinski delež v primerjavi z 90 % deležem edinega drugega družbenika. Takšen delež ne more zagotoviti korporacijskega nadzora, saj je lahko v vsakem trenutku preglasovan, medtem ko sam nikoli ne more preglasovati edinega preostalega družbenika.
- 101 Drži tudi, da ima toženec finančno korist od distributerjeve prodaje. Vendar to velja za vsako produkcijsko verigo, kjer so posamezne stopnje produkcije ločene. Vsaki predhodni stopnji koristi prodaja vsake kasnejše stopnje in vsaka kasnejša stopnja je v določeni meri odvisna od predhodnih. Tudi tukaj takšna implikacija ne more biti obrnjena: obstoj ekonomske sovisnosti *per sé* ne more konstituirati agencijskega razmerja. »Samo dejstvo, da kupuje za prodajo, ni odločilno, saj gre za to pri vseh trgovinskih podjetjih.«⁷⁸ Nasprotno stališče bi pomenilo, da je vsak trgovec z živili zgolj agent *tudi najbolj oddaljenega kmeta v Palermu* (in ta tako odgovoren končnim kupcem po vsem svetu za napake kruha, pečenega iz njegovega pridelka). V primeru, ko bi vsakega proizvajalca že zaradi njegovega interesa v prodaji končnemu kupcu šteli za [agencijskega] principala, ne glede na to, od koga so bila vozila kupljena, bi bila nepotrebna tudi vsa pravna pravila o produktni odgovornosti, saj bi ta (proti proizvajalcu) obstajala že na podlagi kupoprodajne pogodbe, sklenjene preko verige distributerjev. Konstrukt bi tudi povzročil, da bi bili proizvajalci odgovorni za druge kršitve pogodb (npr. zamudo pri dobavi), ki izhajajo izključno iz sfere distributerjev. Tudi v konkretnem primeru medsebojna odvisnost ni bila popolna: proizvajalec se je takoj po

⁷⁷ Gl. *supra*, §§72-74.

⁷⁸ B. Zabel, v: KOMENTAR OZ, IV. knjiga, str. 411.

stečaju dogovoril z novim distributerjem in tudi distributer se je še pred stečajem dogovarjal za distribucijo vozil drugega proizvajalca.⁷⁹

102 Tudi ameriško pritožbeno sodišče je odločilo, da vzajemna korist (*»mutual benefits«*) še ne zadošča za vzpostavitev agencijskega razmerja.⁸⁰ Ustaljeno je tudi stališče, da distributerji niso agenti proizvajalca.⁸¹

103 Vprašljiva je tudi že sama navedba, da ima proizvajalec neposredno korist od vsake pogodbe, sklenjene s končnim kupcem, saj je ravno plačilo ena izmed ključnih opredelilnih razlik agencijskega in distribucijskega razmerja. Medtem ko je plačilo zastopanca (t.j. provizija) in principala praviloma vezano na sklenitev pogodbe s končnim kupcem (in ev. tudi njeno izpolnitev), sta poplačili distributerja in njegovega principala praviloma neodvisni. Principal plačilo prejme na podlagi svoje prodaje blaga distributerju, neodvisno od tega, ali ta blago naprej sploh proda ter ali končni kupec izpolni svojo obveznost. Distributer pa se poplača iz svoje realizacije v obliki razlike v ceni – marži. Za presojo spornega razmerja je torej potrebno analizirati dejansko naravo teh plačil in jih torej na tej podlagi pravno okvalificirati kot *kupnino* ali *provizijo*; napak se je nasloniti neposredno na uporabljeno poimenovanje.⁸²

104 Zanimivo je, da mnogi tožniki (tudi pri ostalih argumentih) poudarjajo korporacijskopravno povezavo med proizvajalcem in distributerjem ter na tej podlagi vzpostavljajo agencijsko razmerje, medtem ko toženci izpostavljajo, da delež (10 %) ne zagotavlja učinkovite kontrole nad delom distributerja. V obeh primerih menim, da vprašanje ne more razrešiti dileme o obstoju agencijskega razmerja; tudi morebiten popoln nadzor (100 % delež) še ne pomeni, da je hčerinska družba agent matične.⁸³ *»One corporation whose shares are owned by a second corporation does not, by that fact alone, become the agent of the second company.«*⁸⁴ Tudi ob morebitnem sledenju argumentu bi prišli do ugotovitve nesklepčnosti, saj bi bil na njegovi podlagi odgovoren kvečjemu večinski (90 %) družbenik.

⁷⁹ Problem, str. 46, §32.

⁸⁰ *Merrill Lynch v. Optibase*; *Thomson-CSF v. AAA*; v obeh primerih gre sicer za vprašanje, ali je moč stranko vezati na arbitražni dogovor, sklenjen z agentom.

⁸¹ *Caterpillar v. Usinor Industeel*; *Asante Technologies v. PMC-Sierra*.

⁸² Gl. tudi *supra*, §§97-98.

⁸³ M. Vasiljević, *COMPANY LAW* (2006), str. 480-481, §828: kot pravno posledico ločenosti subjektivitet omenja tudi *»no mutual representation without special authorisation«*; gl. tudi CLOUT No. 55, v katerem se je avstrijsko vrhovno sodišče za presojo obstoja agencije lotilo vsebinske analize kljub tem, da je imela matična družba 100 % delež v hčerinski. Ključno vprašanje je, v čigavem imenu je nastopal manager hčerinske družbe in ne korporacijskopravno razmerje.

⁸⁴ *E.I. Dupont v. Rhone Poulenc Fiber Resin Intermediates*, §43;

- 105 Prav tako je potrebno upoštevati, da je ustvarjanje ločenih pravnih subjektov zasnovano z namenom omejevanja odgovornosti družbenikov (t.j. tudi pravnih oseb kot ustanoviteljev). Konstrukt, po katerem bi takšni hčerinski subjekti avtomatično zavezovali matične (t.j. družbenike), bi ta namen izjalovil.⁸⁵

4.2 NI DEJANSKEGA POOBLASTILA

- 106 Medtem ko je sicer res mogoče, da bi pooblastilo v distributerski pogodbi obstajalo, v konkretnem primeru tega ni moč dokazati, saj pogodba ni dostopna. Prav tako me moti formulacija utemeljitve, v kateri tožnik⁸⁶ ne navaja, da pooblastilo »*obstaja*«, pač pa da bi »*lahko obstajalo*« [»*may*«]. Ker za legitimacijo ne zadošča zgolj špekulacija o obstoju, ampak je potrebno njeno zatrjevanje, se sprašujem, če v primeru takšne ubeseditve ne gre celo za pomanjkanje procesne legitimacije oz. nesklepčnost zahtevka.
- 107 V konkretni pravdi bi se pojavilo vprašanje, kdo mora obstoj takšnega pooblastila dokazati. Ker se agencija sicer ne domneva, dokazno breme ostaja na tožniku;⁸⁷ ta pa bi obstoj lahko dokazal le s predložitvijo pogodbe, ki je sklenjena med drugimi strankami in on sam do nje nima dostopa. Ali je moč od principala/agenta zahtevati predložitev takšne listine? Vprašanje odpira naslednje dileme:
1. Ali je moč od stranke postopka zahtevati predložitev listine, ki gre [morda] njej v breme? Če tega ne stori, kako sme sodišče presoditi to odklonitev?
 2. Tudi v primeru, ko listina sicer ne vsebuje iskanega dejstva, stranka morda ni zainteresirana za predložitev iz drugih razlogov, npr. varstva poslovne ali druge skrivnosti.
 3. Ali lahko sodišče zahteva predložitev od druge osebe (npr. agenta), ki v konkretnem sporu ne nastopa kot stranka (npr. če bi bil v tem primeru tožen zgolj proizvajalec in ne tudi distributer)? Kakšen je položaj arbitražnega tribunala kot nedržavnega organa brez podeljene pristojnosti v razmerju do tretjega?
- 108 Ker gre za procesno vprašanje, ki je že onkraj dosega pričujočega razpravljanja, naj le na kratko opozorim, da bo potrebno poiskati merodajen pravni vir, ki ureja postopek odločujočega tribunala. Pri tem menim, da se bo potrebno ozreti tudi na vidik morebitne instančne sodne kontrole ali delibacijskega postopka, saj preširoka edicijska dolžnost ali

⁸⁵ A. Redfern, M. Hunter, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (FOURTH EDITION) (2004), str. 148, §3-31;

⁸⁶ Sydney Cl., §29; gl. *supra*, §75

⁸⁷ Gl. tudi *supra*, §88, in tam navedeno literaturo.

morebitne negativne domneve, ki izhajajo iz zavrnitve predložitve, lahko prerastejo v nasprotovanje temeljnim pravnim načelom in ev. javnemu redu, zaradi česar odločba ne bo učinkovita (izvršljiva). Tudi sicer lahko trčimo ob primer zlorabe pravic – tožnik bi spor npr. zaigral ravno z namenom dostopa do določenih listin, ali pa bi obstoj zgolj oportuno zatrjeval, čeprav o njem ne bi bil prepričan (*fishing expedition!*).

- 109 Glede argumenta Catholic University⁸⁸ o tožnikovi vednosti glede obstoja pooblastila menim, da je nesklepčen iz dveh razlogov. Sklicujejo se na 12. člen CAISG, ki se glasi:

Where an agent acts on behalf of a principal within the scope of his authority and the third party knew or ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall directly bind the principal and the third party to each other, unless it follows from the circumstances of the case, for example, by a reference to a contract of commission, that the agent undertakes to bind himself only.

- 110 Člen postavlja dva kumulativna pogoja.⁸⁹

1. da agent ravna v imenu in za račun [»on behalf«] principala, in
2. sopogodbenu to ve ali bi lahko vedel.

- 111 Zgolj dejstvo, da bi sopogodbenu *lahko* vedel za pooblastilo tako ne zadostuje: potrebno je tudi, da agent dejansko ima takšno pooblastilo. Če je izpolnjen zgolj drugi pogoj, ni pa podan prvi, ne more iti za dejansko pooblastilo, gre pa ev. lahko za položaj dozdevnega pooblastila⁹⁰ ali naknadne odobritve posla.⁹¹

- 112 Drugi razlog nesklepčnosti je ubeseditev argumentacije. Besedilo člena v angleščini govori o tem, da je stranka za dejstvo zastopanja »*knew or ought to have known*«. Medtem ko je prva od alternativnih hipotez, *vednost*, interpretacijsko neproblematična, se mi porajajo dvomi o pomenu druge. Dobesedni prevod bi bil, da bi stranka »*morala vedeti*« za zastopanje. A s takšno interpretacijo pridemo v položaj, ko stranki njena nevednost (nepoznavanje dejstev) ne le ne škoduje, ampak celo koristi. Če stranka za dejstvo zastopanja ni ne gotovo vedela niti si ga ni (upravičeno ali neupravičeno) domišljala, se ne more sklicevati, da bi zanj morala vedeti, saj je posredi njena malomarnost. V trenutku sklepanja pogodbe je bila prepričana, da sklepa pogodbo neposredno z nasprotno stranko, t.j. *distributerjem*. Naknadno bi svoje zahteve uveljavljala proti tretjemu, *kvazi-principalu*,

⁸⁸ Gl. *supra*, §76.

⁸⁹ Tretjega, negativnega, na tem mestu vedoma zanemarjam.

⁹⁰ Gl. *supra*, §§77-84, in *infra*, §§115-124.

⁹¹ Gl. *supra*, §§85-88, in *infra*, §§125-134.

čeprav ga sploh nikoli ni štela za stranko, niti ni nikoli razmišljala, da bi imela kakršnekoli zahteve zoper njega. Brez takšne določbe je stranka v takšnem pravnem položaju, kakršnega je razumela ob sklepanju pogodbe, torej da ji je zavezan zgolj sopogodbenik; nasprotna interpretacija pa strankin pravni položaj nenadejano izboljša.

- 113 Ustreznejša se mi zdi interpretacija, katere namen je ščititi stranko, ki se je lahko iz upravičenih razlogov zanesla na svoje prepričanje (in je ob tem pokazala ustrezno skrbnost), čeprav morda to ne sloni na neomajnih dejstvih. Ni potrebe po ščitenju stranke, ki pri sklepanju posla ni ravnala s potrebno skrbnostjo.⁹² Eventuelno menim, da določba CAISG v svojem bistvu ščiti položaj *agenta* (in *principala*), ne tretjega. Če agent razkrije obstoj zastopanja in ravna v njegovem okviru, potem pravne posledice posla ne morejo zadeti njega, pač pa zgolj *principala*. Če je sopogodbenik vedel ali bi moral vedeti, da agent zastopa *principala*, je zavezan *principal*; obratno, če za dejstvo zastopanja ne ve, posel intimno sklepa z agentom, ki ga smatra kot pogodbeno stranko in ga tako zaveže.
- 114 Pri tem se opiram tudi na teoretika Bealea,⁹³ ko govori o primeru *agenta*, ki sicer ravna na podlagi pooblastila in za račun *principala*, vendar dejstva zastopanja (torej nastopanja v imenu *principala*) tretjemu ne razgrne (t.i. *undisclosed agency*) oz. sopogodbenik nima razloga za domnevo, da gre za zastopanje. V takšnem primeru je zavezan in upravičen zgolj agent, saj je posel za *principala res inter alios acta* in težko upravičljiv z vidika relativnega učinkovanja pogodbenih razmerij.⁹⁴

4.3 NI DOZDEVNEGA POOBLASTILA

- 115 Medtem ko se mnogi tožniki sklicujejo na dejstva, ki kažejo na ravnanje *principala* po pojavu napak, se nekatere ekipe ustrezno omejujejo na ravnanja zgolj do trenutka sklenitve kupoprodajne pogodbe.⁹⁵ 2. odstavek 14. člena je namreč potrebno brati skupaj s 1. odstavkom 1. člena CAISG, saj je bistvena posledica (in namen) zastopanja ravno *sklenitev* pogodbe.

This Convention applies where one person, the agent, has authority or purports to have authority on behalf of another person, the principal, to conclude a contract of sale of goods with a third party.

⁹² V zvezi s 70. členom OZ glej N. Plavšak, v: KOMENTAR OZ, I. knjiga, str. 430-431.

⁹³ H. Kötz v: H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, CONTRACT LAW (2002), str. 922.

⁹⁴ Odgovor v sistemu *common law* agencije bi bil drugačen. *Ibid.*

⁹⁵ Catholic University Cl., §58; München Resp., §9; Freiburg Resp., §18.

- 116 Nesklepčno je torej utemeljevanje dozdevnega pooblastila na ravnanjih, ki sklenitvi pogodbe šele slede, saj tožnika niso mogla napeljati k sklenitvi pogodbe; so pa ta ravnanja lahko upoštevana pri presoji morebitne naknadne odobritve posla. Prvi stik tožnika s tožencem se je zgodil šele več kot 5 tednov po sklenitvi pogodbe. Teorija dozdevne pristojnosti ščiti strankina dobroverna pričakovanja⁹⁶ glede tega, kdo je njen pogodbeni partner, ta pa je lahko *izbran* najkasneje ob sklenitvi pogodbe.⁹⁷ Nesklepčna je tudi trditev nekaterih tožnikov, da je toženec podal pooblastilo [šele] *med* izvrševanjem pogodbe.
- 117 Čeprav v besedilu člena to ni izrečno zapisano, se določba nanaša izključno na primere, v katerih lažni agent odkrito ravna v *imenu* principala.⁹⁸ Menim, da bi nasprotno razlogovanje pomenilo, da bi nekdo sklenil posel v svojem imenu (torej ne v imenu principala), za svoj račun (brez pooblastila), vendar bi si nekdo tretji kot samooklicani principal zgolj s svojimi izjavami prizadeval za prisvojitvev takšnega objektivno in subjektivno tujega posla.
- 118 Protiargument bo sicer uspešen že, če bo uspel dokaz neizpolnjevanja vsaj enega od pogojev, ki so potrebni za dozdevno pooblastilo.⁹⁹ V konkretnem primeru ni izpolnjen že predpogoj, opredeljen v prejšnjem odstavku, saj je na pisni pogodbi kot pogodbeni stranka opredeljen distributer in ne toženec (oz. distributer ni nikoli nastopal v imenu proizvajalca). Najizraziteje pa v oči bije zadnji pogoj – dejstvo, da se je tožnik zanesel na predstavo, da je distributer zgolj agent toženca. Pogoj je še dodatno kvalificiran s standardoma razumnosti ter dobrovernosti.
- 119 Menim, da je pri utemeljevanju dejstva, da tožnik distributerja ni smatral kot agenta, dopustno tudi sklicevanje na ravnanja (tožnika), ki časovno spadajo v obdobje po sklenitvi kupoprodajne pogodbe. Če tožnik distributerja ni smatral za agenta niti po pojavu spora (ko je za to imel občuten interes), ga je očitno še tolikanj manj smatral pred sklenitvijo.
- 120 Toženec je tožniku v medsebojni komunikaciji večkrat predstavil svoje stališče glede odgovornosti za napake na vozilih. V pismu ga je obvestil, da je »UAM [distributer] odgovoren ...«. V istem pismu je tudi izjavil, da bo »prevzel popravila brez priznanja odgovornosti«. Iz tega izhaja, da prevzema zgolj popravilo dobavljenih vozil, ne pa celotne

⁹⁶ J. M. Bonell, The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods (1984), v: American Journal of Comparative Law, 32 (1984), str. 740; E. Malcolm, Explanatory Report on the Convention on Agency in the International Sale of Goods, v: Uniform Law Review (1984), str. 133, §84.

⁹⁷ Gl. tudi *supra*, §§112-114.

⁹⁸ M. J. Bonell, The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods (1984), v: American Journal of Comparative Law, 32 (1984), str. 739.

⁹⁹ Gl. *supra*, §79.

distributerjeve obveznosti. Na to kaže tudi njegova izjava v omenjenem pismu, da je »UAM [distributer], seveda, odgovoren za stanje prodanih vozil«. ¹⁰⁰

- 121 Takšnemu stališču toženca tožnik ob nobeni priložnosti ni ugovarjal. Nasprotno, v svojem odgovoru je celo zapisal, da je zadovoljen, da toženec »prevzema [zgolj?] popravilo«. ¹⁰¹
- 122 Tudi sicer tožnik toženca ni obravnaval kot pogodbene stranke. Pogodbo je sklenil z distributerjem, ki je nastopal v svojem imenu (pod svojo firmo) in za svoj račun (kupnino je toženec poravnal distributerju). Dogovarjanje glede popravil je pričel in končal z distributerjem. Stroške skladiščenja do prevzema vozil je uredil na distributerjev račun; medtem ko je distributerju poslal sporočilo, da odstopa od pogodbe, je proizvajalcu poslal obvestilo o odstopu pogodbe »z distributerjem«. Proizvajalca je tudi obvestil zgolj glede tega (toženec bo v praksi raje zapisal: »z namenom«), da preneha s pripravami na transport tehničnega osebja in opreme, potrebne za popravilo, medtem ko je distributerja obvestil tudi, da ni potrebe po pošiljanju preostalih še nedobavljenih vozil. Prvič se je na toženca kot na *stranko* obrnil šele 20. 6. 2008 (t.j. 4 mesece po odstopu od pogodbe), saj je takrat prvič omenil, da bo zahteval vračilo kupnine »od enega ali drugega«. ¹⁰² *Estoppel* tako zadane nazaj tožnika.
- 123 Glede razlogov statusne in kapitalske povezanosti menim, da se je potrebno opreti na standard skrbnega gospodarstvenika in poleg tega upoštevati tudi naravo konkretnega trgovca. Če bi opazoval enkratnega kupca, potrošnika, bi dopuščal razmislek o vprašanju, ali distributerja dojema zgolj kot *alter ego* proizvajalca ali celo kot identiteto. Težko pa takšno razumevanje dopustim pri trgovcu, ki mora poznati delovanje distribucijske verige in dejstvo, da si posamezni člani uspeh na trgu zagotavljajo tudi s prevzemanjem podobnih firm, saj je takšna ureditev v distribucijskih in franšiznih razmerjih pogosta. Menim, da pri nakupu oblačil, jedi ali avta ni razumna predstava, da sklepamo pogodbo neposredno z italijansko družino, podjetjem kalifornijskih bratov ali štutgartskim birojem. ¹⁰³ Obenem je svoje razumevanje odnosa med proizvajalcem in distributerjem opisal že sam tožnik v tožbi. ¹⁰⁴ Na tezo ekipe iz Freiburga ¹⁰⁵ – »If a child bears one's name, one is expected to be the parent« - odgovarjam z vprašanjem: »In otrok se šteje za zastopnika staršev?«

¹⁰⁰ Problem, str. 15, 3. in 4. odstavek.

¹⁰¹ *Ibid.*, str. 16, 2. odstavek.

¹⁰² *Ibid.*, str. 24, 6. odstavek.

¹⁰³ Franšizi Benetton in McDonald's ter Porsche kot distributer raznih blagovnih znamk.

¹⁰⁴ Problem, str. 4-5, §§6-7.

¹⁰⁵ Freiburg Cl., §25; ob tem opozarjam tudi na vprašanje, ali se *starš* (matična družba) res lahko šteje tudi za zastopanca – gl. *supra*, §104.

- 124 Vsled navedenega smatram, da tudi če bi ravnanja toženca lahko kazala na videz pooblastila, se tožnik nanj ni zanesel in se zato ne more sklicevati na dozdevno pooblastilo.

4.4 TOŽENEC POSLA NI ODOBRIL

- 125 Odobritev mora jasno (izrecno ali implicitno) izkazati stališče principala, da potrjuje in prevzema tisto, kar je bilo storjeno.¹⁰⁶

- 126 Tožniki se primarno opirajo na pismo toženca, v katerem je tožnika obvestil, da prevzema popravilo dostavljenih vozil. Argumentirajo, da je takšno izjavo potrebno interpretirati v luči, da bo opravil tisto, k čemur je sicer zavezana pogodbeni stranka. Ker se s tem sam postavlja v vlogo stranke, očitno odobrava tisto, kar je bilo sklenjeno, kakor da bi bilo sklenjeno v njegovem imenu in za njegov račun.

- 127 Menim, da takšna široka interpretacija ni smiselna. Toženčeva izjava je preprosta:¹⁰⁷

Therefore, we have agreed with Mr. High [distributer] that Universal [toženec] would undertake the repairs without admission of liability.

- 128 Obljuba je omejena in se nanaša na:

a) (zgolj) **popravilo**

b) **dobavljenih** (25) vozil.

- 129 Pri tem gre le za majhen del celotne distributerjeve – prodajalčeve – obveznosti, ki predstavlja dobavo 100 ustreznih vozil. Pripravljenosti prevzeti manjši del distributerjevih obveznosti ni moč razumno razlagati kot pripravljenosti za prevzem celotne obveznosti distributerja. Pri tem je potrebno upoštevati tudi tožnikovo takratno razumevanje te izjave, kakor izhaja iz neposrednega odgovora¹⁰⁸ na to ponudbo: »*I am very pleased that Universal will undertake the repairs /../.*«

- 130 Takšno ravnanje torej ni moglo pomeniti odobritve posla. Interpretacija je formalnologično dopustna zgolj v primerih nejasne ubeseditve; v tem primeru je ubeseditvev – »*popravilo dobavljenih vozil*« - jasna. *In claris non fit interpretatio.*

- 131 Tožniki pa večkrat spregledajo, da za odobritev posla ne zadostuje le, da je bila pogodba sklenjena brez oz. onkraj pooblastila (*ultra vires*), pač pa je potrebno, da je agent ravnal

¹⁰⁶ H. Kötz v: H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, CONTRACT LAW (2002), str. 930.

¹⁰⁷ Problem, str. 15, 4. odstavek.

¹⁰⁸ *Ibid.*, str. 16, 2. odstavek.

(čeprav kot *falsus procurator*) v imenu in za račun principala.¹⁰⁹ V nasprotnem primeru sicer ni možna odobritev posla v smislu 15. člena CAISG, ampak ev. prevzem izpolnitve ali sprememba pogodbe.¹¹⁰

132 Argument odobritve s pasivnostjo¹¹¹ se mi zdi primeren zgolj v primeru, da sta kumulativno izpolnjena dva pogoja:

1. domnevni principal se zaveda, da je bila sklenjena konkretna pogodba, in
2. da je bila kljub neobstoju pooblastila sklenjena v njegovem imenu.

133 Nasprotno stališče bi v primeru neizpolnjevanja 1. pogoja pomenilo, da bi proizvajalci avtomatično postali stranke razmerij, katerih obstoj jim je neznan; pomanjkanje drugega pogoja pa bi pripeljalo v položaj, v katerem bi moral vsak proizvajalec vsakemu končnemu kupcu (v kombinaciji s pomanjkanjem 1. pogoja – *neznanemu* končnemu kupcu) podati izjavo, da ni stranka razmerja oz. ga ne odobrava, čeprav posel sploh ni bil sklenjen v njegovem imenu.

134 Menim, da je izvrševanje obveznosti (in pravic) pogodbene stranke sicer primeren indic za morebitno argumentiranje pripadnosti subjekta pravnemu poslu, vendar je tudi v tem primeru potrebno upoštevati, da gre zgolj za implikacijo.¹¹² Stranke pogodbenih razmerij praviloma niso zavezane, da določeno storitev opravijo same; namesto oz. za njih jih lahko opravijo tako njeni zaposleni kot tudi drugi pravni subjekti, npr. podizvajalci.¹¹³ V konkretnem primeru je potrebno poudariti, da je proizvajalec s ponudbo popravila vozil res izvrševal tisto, kar je bil sicer tožniku zavezan izvršiti neposredno zavezani distributer, vendar je kavza njegovega delovanja druga: to je bil dolžan storiti, vendar na podlagi njegovega lastnega razmerja (kupoprodajne pogodbe) z distributerjem.

IV.B CESIJA (ASSIGNMENT OF RIGHTS)

135 Argument je po mojem védenju predstavila zgolj ekipa ljubljanske pravne fakultete.

¹⁰⁹ M. P. Furmston, G. C. Cheshire, C. H. S. Fifoot, *LAW OF CONTRACT* (2007), str. 608.

¹¹⁰ Ker argumentov spremembe pogodbe in prevzema izpolnitve ne obravnavam posebej, naj na tem mestu opozorim, da argument o interpretaciji proizvajalčeve izjave, da prevzema popravilo dobavljenega blaga, s katero naj bi pristopil k pogodbi oz. prevzel izpolnitev obveznosti, smatram tudi kot najmočnejši protiargument zoper zatrjevano spremembo oz. prevzem.

¹¹¹ Gl. *supra*, §87.

¹¹² Gl. tudi *supra*, §100.

¹¹³ V zvezi s pravnimi posli, sklenjenimi *intuitu personae*, gl. tudi *infra*, §§154-161, v kontekstu prenosljivosti takšne terjatve.

1. SPLOŠNO O PRAVNEM POSLU

- 136 Cesija je razpolagalni pravni posel obligacijskega prava, s katerim odstopnik (cedent) prenese na prevzemnika (cesionarja) svojo terjatev, ki jo ima zoper dolžnika (cessusa). Zanimivost položaja cesije (in s tem povezana nedosledna raba izraza v praksi) izhaja iz netipične kombinacije področja, kamor doktrinarno spada, in pravnih posledic, ki jih ustvarja. Cesija je sicer urejena v obligacijskopравnih normativnih pravnih aktih, vendar so njene posledice sorodne stvarnopravni tradiciji; gre namreč za razpolagalni pravni posel, ki neposredno prenaša lastnino (pravilneje: *imetništvo*) predmetne terjatve. Cesija *stricto sensu* zato neizbežno sledi zavezovalnemu poslu (cesija v širšem smislu) kot njeni podlagi, *causi*, ki se tipično skriva v kupoprodajni, darilni ali drugi pogodbi, ki ustreza namenu pogodbenih strank, t.j. prenos terjatve. Občasno je za ta zavezovalni posel zaslediti tudi opisni izraz *pogodba o cesiji*, vendar menim, da je v primeru, ko določbe konkretne pogodbe ne zadoščajo za razrešitev morebitnih sporov, potrebna analiza vsebine ter podreditev (verjetno nominatnemu) kontraktu, katerega cilje zasleduje konkretni pravni posel.
- 137 Vendar pa takšna ostra delitev med zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom ni vedno življenjska. V naravi konsenzualnih pravnih poslov, za katerih sklenitev zadostuje že brezoblično doseženo soglasje o bistvenih sestavinah,¹¹⁴ je, da niso nujno navzven jasno spoznavni. Ker podobno¹¹⁵ velja tudi za odstop terjatve kot razpolagalnega posla (terjatve kot brezoblične pravne abstrakcije razmerja, ideje), je sam razpolagalni del posla večkrat opravljen hkrati z zavezovalnim: stranke v pogodbi pogosto *ugotovijo*, da je s sklenitvijo (zavezovalne) pogodbe izveden tudi prenos, torej razpolagalni del posla. Razmejitev med pogodbama oz. cesijo v ožjem in širšem smislu je tako (praktično) še dodatno zabrisana.
- 138 Na mestu je primerjalna preglednica izrazov, ki se uporabljajo za označitev strank:

	slovensko (OZ)	angleško (UPICC, PECL)
cedent	odstopnik	<i>assignor</i>
cesionar	prevzemnik	<i>assignee</i>
cessus	odstopljeni dolžnik	<i>obligor</i>

¹¹⁴ OZ §15: »Pogodba je sklenjena, ko se pogodbeni stranki sporazumeta o njenih bistvenih sestavinah.«

¹¹⁵ Izjema so seveda določene terjatve, za katere pravni red zahteva posebne oblike prenosa, npr. pri določenih vrednostnih papirjih: OZ §218 *et seq.*

2. PRAVNA PODLAGA

2.1 MEDNARODNOPRAVNA UREDITEV

- 139 CISG v 4. členu pod dometom svojega urejanja izrecno vključuje zgolj pravice in obveznosti prodajalca in kupca –pogodbenih strank. *A contrario* tako izključi urejanje morebitnih zahtevkov tretjih, ki niso stranke pogodbe (t.i. *third-party exclusion*), mdr. tudi vprašanj, ki se porodé z odstopom terjatev.¹¹⁶ Za vprašanje cesije, sploh prometnosti terjatve in učinkovanja proti cessusu, je torej potrebno najprej razrešiti vprašanje izbire prava.¹¹⁷ Primarno se bom skliceval na UPICC, ki »*assignment of rights*« ureja v 1. odseku 9. poglavja (členi 9.1.1 do 9.1.15).

2.2 SLOVENSKA UREDITEV

- 140 OZ posel ureja v členih 417 *et seq.* pod naslovom oddelka »*odstop terjatve s cesijo*«. V oddelku je vsebinsko urejen razpolagalni vidik cesije (torej cesija v ožjem pomenu), saj govori o pogodbi, s katero se terjatev »*prenese*«. Na tem mestu zakon tako ne normira novega, samostojnega (zavezovalnega) nominatnega kontrakta. Kot *causa* razpolage služi drug zavezovalni posel, ki bo tipično en izmed nominatnih, npr. kupoprodajna, ali inominatnih kontraktov, npr. pogodba o faktoringu kot generalni cesiji.

2.3 MERODAJNO PRAVO

- 141 Za vprašanje prenosa terjatve (glede položaja odstopljenega dolžnika) se uporabi pravo, ki velja za preneseno terjatev (*lex causae*).¹¹⁸

3. UTEMELJITEV

- 142 Tožnik, izhajajoč da sta obe relevantni kupoprodajni pogodbi podrejeni CISG-u in sta bili bistveno kršeni, je cesijo utemeljil v treh korakih.¹¹⁹ Najprej je pokazal na odgovornost proizvajalca do distributerja [3.1], nato odgovornost distributerja do kupca ter ju primerjal in ugotovil njuno bistveno podobnost [3.2]. Končno je na dejstvih poskusil utemeljiti, da je distributer kupcu odstopil zahtevke, ki jih je imel do proizvajalca [3.3].

¹¹⁶ H. Mather, Choice of Law for International Sales Issues Not Resolved by the CISG, v: Journal of Law and Commerce, 20/2 (2001), str. 159.

¹¹⁷ *Ibid.*, str. 160; gl. tudi *supra*, §§38-41.

¹¹⁸ Gl. 12 U 39/00; 26. člen Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (Ur.l. RS, št. 56/1999 s spremembami); 2. odstavek 13. člena Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih (Rim I).

¹¹⁹ Ljubljana Cl., §§74-86.

3.1 PROIZVAJALEC JE ODGOVOREN DISTRIBUTERJU

- 143 Proizvajalec je z distributerjem sklenil serijo kupoprodajnih pogodb glede vozil *Tera*. Nekatera vozila, ki jih je na podlagi teh pogodb dobavil distributerju (in ta naprej kupcu), so se izkazala za nedelujoče. Distributer lahko zoper proizvajalca naperi zahteve, ki jih CISG ponuja v primeru prodajalčeve kršitve pogodbe. To bi se tudi sicer najverjetneje zgodilo, saj proizvajalčeva odgovornost distributerju (*mutatis mutandis*) odseva distributerjevo odgovornost kupcu.
- 144 Proizvajalčeva pravna podlaga odgovornosti v konkretnem primeru ni sporna;¹²⁰ prav tako ima toženec – kot proizvajalec – na voljo potrebno osebje, znanje in opremo, ki so potrebni za popravilo vozil in nasploh za zagotovitev dobave *ustreznih* vozil.

3.2 DISTRIBUTER JE ODGOVOREN KUPCU

- 145 Distributer in tožnik (kupec) sta 18. 1. 2008 sklenila kupoprodajno pogodbo. Pogodba je podrejena CISG-u in distributerja mdr. zavezuje k dobavi 100 ustreznih vozil. Distributer je v prvi pošiljki dobavil 25 vozil, vendar so se izkazala za nedelujoča. Tožnik je o neustreznosti blaga obvestil distributerja, ta pa je ponudil popravilo in s tem odpravo nepravilnosti. Vendar po distributerjevi ponudbi vozil ne bi popravil on sam, pač pa je kupcu naznanil, naj pričakuje telefonski klic proizvajalca, s katerim se bo dogovoril za vse potrebno glede popravil.
- 146 V konkretnem primeru ni sporno, da so bila vozila ob dobavi pokvarjena ter potrebna popravil, in da je distributer še vedno dolžan dobaviti preostalih 75 vozil. Vendar se je izkazalo, da prodajalec, ki je zgolj distributer in ne proizvajalec, ne premore ustreznih tehničnih in osebnih sredstev, ki so potrebna za diagnozo in odpravo napake; niti ni zmozel zagotoviti, da bodo bodoče dobave brez podobnih napak.
- 147 Distributer je bil tako »spoznan« za odgovornega kupcu, a hkrati tehnično nesposobnega za odpravo napak.

3.3 DISTRIBUTER JE SVOJE ZAHTEVKE ZOPER PROIZVAJALCA ODSTOPIL KUPCU

- 148 Tožnik je tako poudaril toženčevo odgovornost distributerju in njegovo tehnično sposobnost izpolnitve ter na distributerjevo smiselno enako odgovornost kupcu in njegovo tehnično nesposobnost izpolnitve.

¹²⁰ Problem, str. 43, §15.

- 149 Tožnik je bil nato obveščen o distributerjevem in toženčevem dogovoru, po katerem naj bi toženec tožniku zagotovil tisto, kar je bil sicer ta upravičen terjati od distributerja, in kar je bil toženec hkrati zavezan izpolniti distributerju. S takšnim ravnanjem je bila tožniku po njegovem razumevanju sporočena ponudba distributerja, da mu odstopi iz kršitve pogodbe izvirajoče zahtevke, ki jih ima zoper toženca.¹²¹
- 150 Isti dan je tožnik sprejel takšno *ponudbo* in o tem obvestil oba sogovornika. S tem naj bi pričel učinkovati odstop vseh zahtevkov, ki jih ponuja 45. člen CISG. Distributer, odstopnik, je na kupca, prevzemnika, prenesel vse zahtevke, ki jih je imel zoper toženca, cessusa, na podlagi njune prodajne pogodbe in njene kršitve. Med temi zahtevki so, primeroma, zahtevke na izpolnitev (CISG §46), pravica odstopa od pogodbe (CISG §49), plačilo odškodnine (CISG §§74-77), vse glede vozil, ki so do tega dne bila dobavljena kupcu oz. bi mu še morala biti. Ker je bil o ponudbi odstopa cessus že obveščen, z naznanitvijo sprejema ponudbe s strani prevzemnika ta učinkuje (tudi) proti cessusu, oz. ta postane neposredno odgovoren tožniku (UPICC §9.1.10).
- 151 Tožnik nato nadaljuje s teoretično-pragmatično utemeljitvijo odstopa in njenega gospodarskega smotra, pri čemer se prvenstveno sklicuje na Petra Bydlinskega. Opozori, da je odstop¹²² sicer nesamostojnih oblikovalnih zahtevkov v primeru nadaljnje prodaje pogost in praviloma tudi praktičen.¹²³ Temu je tako še posebej, kadar prvi kupec (distributer) ne premore potrebnega znanja in opreme za popravilo dobavljenega blaga,¹²⁴ kar ustreza tudi temu primeru. V takšnih primerih je zelo nepraktično zahtevati ustrezno (osebno) izpolnitev od prvega kupca. Tožnik poudari tudi, da so bili hkrati z odstopom zahtevkov za popravilo odstopljeni tudi drugi zahtevki po CISG. Po mnenju Bydlinskega namreč ločevanje zahtevkov ne bi bilo smiselno.¹²⁵ Tožnik nato utemelji, zakaj ločitev zahtevka za popravilo od zahtevka za odstop od pogodbe ne bi bila smotrna: če bi bilo ločevanje možno, odstop zgolj izpolnitvenega zahtevka ne bi bil smiseln, saj dolжник ne bi bil stimuliran za izpolnitev, saj neizpolnitvi ne bi sledila nobena posledica (sankcija).
- 152 Takšen odstop je celo predviden v določenih nacionalnih pravnih redih. Avstrijsko pravo predvideva obvezen odstop terjatev (*cessio necessaria*) v primeru insolventnosti vmesnega

¹²¹ Ekpa se ni opredelila, ali gre za odstop namesto izpolnitve ali v izterjavo v smislu 425. člena OZ. Odgovor na vprašanje v obeh primerih nudi pojasnitev, čemu (*causa* oz. *consideration*!) bi se distributer sploh odločil za takšen odstop – ker bi z odstopom oz. izterjavo izpolnil svojo obveznost in se razbremenil svoje odgovornosti.

¹²² O odstopu nesamostojnih oblikovalnih zahtevkov gl. tudi M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 74.

¹²³ P. Bydlinski, DIE ÜBERTRAGUNG VON GESTALTUNGSRECHTEN (1986), str. 43 in 169.

¹²⁴ *Ibid.*, str. 169

¹²⁵ *Ibid.*, str. 161.

prodajalca, medtem ko sta francosko in belgijsko pravo uvedla prenos zahtevkov že po samem zakonu (*cessio legis*) in tako omogočila direktno tožbo proti oddaljenemu prodajalcu.¹²⁶

4. PROTIARGUMENTI¹²⁷

4.1 NI USTREZNE IZJAVE VOLJE

- 153 Najosnovnejši protiargument temelji na interpretaciji izjav strank in volje, ki naj bi jo te izražale. Izjave distributerja naj torej ne gre razumeti kot željo (bolje: ponudbo) po odstopu zahtevkov. Žal so tožniki v odgovoru argument navedli zgolj pavšalno.

4.2 TERJATEV JE NEPROMETNA: IZVZETA IZ PRENOSA OZ. SKLENJENA INTUITU PERSONAE

- 154 *Neprometne terjatve*, kakor jih imenuje Cigoj, so zlasti terjatve, ki so strogo osebne, namenjene samo njihovem upniku,¹²⁸ in jih zato ne more prenesti. Takšne so lahko na podlagi izrecne opredelitve v zakonu, pogodbi, ali po svoji naravi.¹²⁹

- 155 Prvi dve kategoriji sta (ravno zaradi svoje relativne vnaprejšnje določenosti) manj problematični: upnik in dolžnik lahko skleneta dogovor (*pactum de non cedendo*), da upnik (morebitni cedent) terjatve ne bo prenesel, ali pa takšna prepoved prenosa izhaja že iz kogentnega prava. OZ omejitvi omenja v 1. in 2. odstavku 417. člena:

(1) *Upnik lahko s pogodbo, ki jo sklene s kom tretjim, prenese nanj svojo terjatev, izvzemši tiste terjatve, katerih prenos je z zakonom prepovedan, kot tudi tiste, ki so povezane z osebnostjo upnika ali njihova narava nasprotuje prenosu na drugega.*

(2) *Če sta se dolžnik in upnik dogovorila, da upnik ne bo smel prenesti terjatve na drugega, prenos nima pravnega učinka.*

- 156 Manj preprost je položaj v primeru, kadar to izhaja iz njihove narave, npr. ker so sklenjene *intuitu personae*, ali pa bi s prenosom dolžnika težje bremenile.¹³⁰

¹²⁶ Gl. tudi *infra*, poglavje IV.D o Direktni tožbi.

¹²⁷ Neposredno na argumente ljubljanske ekipe sta odgovarjali University of Miami, School of Law, ter Chulalongkorn University, Faculty of Law. Protiargumente, ki niso izrecno pripisani kakšni ekipi, so podale ekipe na ustnih zagovorih oz. jih je pripravila ekipa ljubljanske fakultete.

¹²⁸ S. Cigoj, KOMENTAR OBLIGACIJSKIH RAZMERIJ (1984), II. knjiga, str. 1284.

¹²⁹ M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 50.

- 157 Teoretiki¹³¹ kot tipična primera pogodb, ki so povezane z osebnostjo upnika (sklenjene *intuitu personae, by virtue of person*), omenjajo *podjemno pogodbo* (npr. naročilo portreta pri slikarju) in *pogodbo o zaposlitvi*. Razumljivo je, da je za stranki bistvenega pomena, kdo je slikar in koga je potrebno portretirati, kdo je delodajalec in kdo delavec. Nasprotno pa je pri kupoprodajni pogodbi smoter izmenjava blaga in kupnine, pri čemer sta konkretni stranki postranskega pomena; bistveno je blago samo. V zvezi s tem je potrebno poudariti, da v primerih, ko se prepoved cesije nanaša na *pravico*, to ne velja nujno tudi za vse posamezne zahtevke, ki iz nje izvirajo.¹³² A splošno pravilo je, da so pravice, ki izhajajo iz CISG-a, *načeloma* prenosljive.¹³³
- 158 Nesporno se (mi) zdi, da same obveznosti, ki izhajajo iz distributerske pogodbe, niso odstopljive (*non-assignable*) – praviloma že zaradi dejstva, da (še posebej selektivne) distributerske pogodbe vsebujejo *pactum de non cedendo*. Na podoben sklep me napeljuje tudi to, da je distributerska pogodba mešan kontrakt¹³⁴ z elementi agencijske pogodbe, ki pa je *zaupna*, kar se kaže tudi glede osebne izvršitve.¹³⁵ Vendar obveznost jamčevanja za stvarne napake ni obveznost, ki bi izhajala iz distributerske pogodbe; iz slednje izhaja (mdr.) obveznost sklenitve kupoprodajnih pogodb glede določenega blaga, ki naj bo predmet distribucije, jamčevalna obveznost glede blaga pa izvira iz posamičnih kupoprodajnih pogodb. Ni moč torej uveljavljati narave distributerske pogodbe, saj prenesene terjatve izvirajo iz neke druge, t.j. kupoprodajne pogodbe, ki pa z distributersko ne deli enake narave.
- 159 V konkretnem primeru (cedirane) obveznosti izhajajo iz kupoprodajne pogodbe, sklenjene med proizvajalcem (*prodajalcem*) in distributerjem (*kupcem*). Potencialni ugovor, da obveznosti ni moč cedirati, se skriva v dejstvu, da je proizvajalec sklepal prodajne pogodbe *zgoraj* z distributerji in nikoli s končnimi kupci.¹³⁶ Takšen ugovor torej ustrezno izvira iz kupoprodajne, ne distributerske pogodbe. Proizvajalec kupoprodajne pogodbe morda resda ni sklenil glede na konkretno osebo – konkretnega distributerja – pač pa z ozirom na

¹³⁰ Čeprav OZ in nekateri avtorji ločujejo med terjatvami, ki so vezane na upnikovo osebnost, in onimi, kjer njihova narava nasprotuje prenosu, se sam strinjam z Juhartom, da takšno ločevanje ni utemeljeno, saj gre tudi pri vezanosti na osebo za naravo terjatve. Gl. M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 51.

¹³¹ S. Cigoj, KOMENTAR OBLIGACIJSKIH RAZMERIJ (1984), II. knjiga, str. 1284; M. Juhart, v: KOMENTAR OZ, II. knjiga, str. 574-575; več primerov je naštetih tudi v M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 52-53.

¹³² M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 53.

¹³³ N. Carette, Direct Contractual Claim of the Sub-buyer and International Sale Of Goods, v: European Review of Private Law, 4 (2008), str. 64, §33.

¹³⁴ Gl. tudi *supra*, §94.

¹³⁵ B. Zabel, v: KOMENTAR OZ, IV. knjiga, str. 408.

¹³⁶ Problem, str. 4, §6; str. 43, §16.

njegovo konkretno kvaliteto – distributerski odnos. Ostaja pa vprašanje, ali je takšno selektivnost moč podrediti sklenitvi *intuitu personae*.

- 160 Ne glede na to so predmet odstopa lahko tudi osebne terjatve, če se s prenosom strinja dolžnik.¹³⁷
- 161 Drugi primer neprometnosti (nedenarne) terjatve zaradi njene narave predstavlja primer, ko bi njena izpolnitev s prenosom postala otežena oz. bi dolžnika dodatno obremenila (postala »*more burdensome*« v jeziku 9.1.3 člena UPICC). Čeprav OZ ne vsebuje posebne določbe za takšen primer, menim, da je položaj cessusa enako varovan s podreditvijo *naravi terjatve* (v smislu 1. odstavka 417. člena) in načelom nevtralnosti cessusovega položaja. Upoštevati je potrebno, da prepoved ni absolutna: že iz narave posla izhaja, da se obveznost s spremembo upnika v določeni meri spremeni. Problem zna nastati pri prinosninah, kjer bi sprememba upnika pomenila spremembo izpolnitvenega kraja, s čimer se lahko bistveno poslabšajo pogoji izpolnitve.¹³⁸ Vendar sem do takšnega argumenta zadržan: prenos terjatve z vidika odstopljenega dolžnika pomeni *res inter alios acta*; ker (če?) cesionar stopi v položaj cedenta, se s tem izpolnitveni kraj ne bi smel spremeniti. Nasprotno bi pomenilo, da bi lahko nasprotna stranka z enostranskim ravnanjem (brez soglasja sopogodbenika) spremenila vsebino obveznosti oz. cesija za dolžnikov položaj ne bi bila več nevtralna.

4.3 OBVEZNOST SPLOH NI NASTALA

- 162 Ker cesija pomeni »sporazumni prenos obveznosti iz ene osebe (»cedenta«) na drugo (»cesionarja«)«, ¹³⁹ cesionar stopi v cedentove čevlje in zasleduje točno tisto pravico, ki jo je imel cedent. Zlitje identitete izhaja tudi iz 1. odstavka 417. člena OZ, ki pravi, da upnik na tretjega prenese »svojo« terjatev, izrečno pa je identiteta položaja izražena v 1. odstavku 421. člena OZ:

Prevzemnik ima nasproti dolžniku enake pravice, kot jih je imel do odstopa nasproti njemu odstopnik.

- 163 Preoblikovano s stališča odstopljenega dolžnika to pomeni, da ima nasproti prevzemniku enake dolžnosti, kot jih je imel do odstopa nasproti odstopniku.

¹³⁷ UPICC §9.1.7.

¹³⁸ M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 54.

¹³⁹ UPICC §9.1.9: "Assignment of a right" means the transfer by agreement from one person (the "assignor") to another person (the "assignee"), including transfer by way of security, of the assignor's right to payment of a monetary sum or other performance from a third person ("the obligor").

- 164 To pomeni, da je za obstoj zahtevkov zoper proizvajalca (odstopljenega dolžnika) pomembna kršitev kupoprodajne pogodbe, ki jo je ta sklenil z distributerjem, ne pa kršitev kupoprodajne pogodbe med kupcem in distributerjem. Posledično se tožnik pri utemeljevanju zahtevka ne more sklicevati na kršitev neke tretje pogodbe.
- 165 To ne pomeni, da obveznost, ki naj bi bila cedirana, ne obstaja; pomeni pa, da bo v drugem koraku, ko bo stranka po dokazu cesije morala dokazovati še vsebinski zahtevek – kršitev pogodbe – morala paziti, da se bo sklicevala na okoliščine, ki bodo utemeljevale kršitev te prvotne kupoprodajne pogodbe (sklenjene med proizvajalcem in distributerjem). Te okoliščine se bodo deloma prekrivale (blago je nesporno neustrezno), deloma pa bodo lahko bistveno drugačne od tistih, ki utemeljujejo bistvenost kršitve pogodbe med kupcem in distributerjem (npr. vprašanje ustrezne ponudbe za odpravo pomanjkljivosti). Drugače povedano: morebitna bistvena kršitev kupoprodajne pogodbe med kupcem in distributerjem ne pomeni nujno tudi obstoja bistvene kršitve kupoprodajne pogodbe med proizvajalcem in distributerjem.
- 166 Menim, da je argument ljubljanskega memoranduma za tožnika na tej točki najšibkejši, saj se v drugem materialnem vprašanju utemeljuje le kršitev pogodbe med kupcem in distributerjem. Po drugi strani pa je to zgolj posledica odločitve arbitražnega panela o prepoznavi in vrstnem redu spornih vprašanj. Če bi se dognalo, da je do cesije dejansko prišlo, bi se sporno vprašanje moralo ustrezno spremeniti tako, da bi tožnik utemeljeval kršitev relevantne pogodbe.

4.4 OBVEZNOST JE ŽE PRENEHALA Z IZPOLNITVIJO

- 167 Predmet prenosa so lahko zgolj obstoječe ali (pod določenimi pogoji) bodoče terjatve,¹⁴⁰ ne pa tudi terjatve, ki so že bile izpolnjene in tako prenehale. Če je terjatev že izpolnjena, ne obstaja več – predmeta kot elementa pogodbe ni več, zato njen prenos (po izpolnitvi) ni mogoč.¹⁴¹
- 168 Drugačen je položaj, ko dolžnik izpolni svojo obveznost izvirnemu upniku (odstopniku) po odstopu terjatve, a še preden je o prenosu terjatve obveščen. Trčita interes¹⁴² dolžnika, ki je svojo obveznost že poravnal, in prevzemnika, ki želi poplačilo svoje pridobljene terjatve.

¹⁴⁰ Gl. UPICC §9.1.5; OZ vprašanja izrečno ne ureja; več v: M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 63 *et seq.*

¹⁴¹ Gl. 35. člen OZ.

¹⁴² Gl. tudi: M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 18, op. 32.

Odgovoriti bo potrebno na vprašanje, ali in kdaj se dolžnik razbremeni svoje obveznosti. Kot presečni trenutek člen 9.1.11 UPICC določa trenutek naznanitve odstopa dolžniku:

(1) Until the obligor receives a notice of the assignment from either the assignor or the assignee, it is discharged by paying the assignor.

(2) After the obligor receives such a notice, it is discharged only by paying the assignee.

169 Smiselno enako določa 2. odstavek 419. člena OZ:

(2) Izpolnitev odstopniku pred obvestilom o odstopu je veljavna in je z njo dolžnik prost obveznosti, vendar samo, če ni vedel za odstop; sicer obveznost ostane in jo mora izpolniti prevzemniku.

170 Ugovor že opravljene izpolnitve bo torej uspešen le, če bo dolžnik dokazal, da je odstopniku izpolnil – *bonae fidae!* – še pred *naznanitvijo* cesije. Če je to storil šele po obvestilu, torej v slabi veri, takšna izpolnitev nima osvobajajočega učinka; razbremenil se bo šele s pravilno izpolnitvijo prevzemniku.

171 Porodi pa se lahko vprašanje, kdaj dolžnik sploh *izve* za odstop terjatve oz. kakšen kriterij uporabiti za presojo njegove vednosti (*vernosti*). Prav lahko se namreč zgodi, da dolžnik sicer dobi neko *obvestilo*, je torej formalno obveščen o cesiji, vendar tega obvestila ne razume kot *obvestila o odstopu*. Obvestilo ne bo formulirano eksplicitno kot »*obvestilo o odstopu terjatve*«, pač pa bo vsebovalo neke izjave, opis dogajanja ipd., katerega je moč (po pravniku z nekaj domišljije) pravno kvalificirati kot dogovor o odstopu terjatve, ki je na tak način sporočen tudi dolžniku. Dolžnik je bil torej obveščen, vendar sam tega sploh ne smatra kot obvestila o odstopu (morda ga v danem trenutku tako nista razumeli niti stranki dogovora).

172 V konkretnem primeru se je proizvajalec z (zatrjevanim) dejstvom, da naj bi bila njegova obveznost, ki izhaja iz kršitve pogodbe, prenesena z distributerja na kupca, seznanil (pravno kvalificirano) šele v tožnikovem memorandumu, ev. šele na ustni obravnavi.

173 Pri odgovoru na to vprašanje bi se naslonil na pravilo o dokaznem bremenu: nezavedanje cessusa glede obstoja cesije se vselej domneva.¹⁴³ Pravilo je verjetno izvedeno iz treh temeljnih prav(d)nih načel:

¹⁴³ *Ibid.*, str. 92-93 in v opombah 233 in 239 navedeni avtorji (Blomeyer, Enneccerus-Lehmann, Esser, Larenz, Gschnitzer).

1. načela **povezanosti trditvenega in dokaznega bremena**, po katerem dejstva dokazuje tista stranka, ki se nanje sklicuje;
2. načela **formalne logike**, po katerem se praviloma dokazujejo pozitivna dejstva (torej obstoj vednosti);¹⁴⁴
3. načela **domneve dobre vere** (izpolnitev cedentu kljub naznanitvi cesije je namreč opravljena v slabi veri).

174 Juhart pravilo jedrnato povzame takole:

*Zato cesionar, ki se sklicuje na neveljavnost izpolnitve cedentu, vselej dokazuje, da je cessus izpolnil, vedoč, da je bila cesija opravljena. Relevantno je samo gotovo in utemeljeno zavedanje. Cessusu se ni treba ozirati na govorice, najave, napovedi cediranja in podobno.*¹⁴⁵

175 Takšna opredelitev sicer odpre novo vprašanje – kaj pomeni »gotovo in utemeljeno zavedanje«? Mora biti v naznanitvi jasno izražena pravna kvalifikacija posla, torej da gre za odstop terjatve, ali zadošča zadostno opisano dejansko stanje, iz katerega lahko dolžnikov pravni svetovalec razbere pravno naravo posla in obvestila? Dernburg¹⁴⁶ je analiziral pravni položaj dobrovernega cessusa v posameznih pravnih sistemih; med drugim zahteva, da je vedenje cessusa o cesiji zanesljivo, pri tem pa je celo v sistemih, ki ne zahtevajo formalne naznanitve in se zadovoljijo z zavedanjem, relevantno le *dejansko* zavedanje. »Malomarnost glede vedenja o obstoju cesije ne gre nikdar v cessusovo škodo.« Tudi Juhart se (v kontekstu slovenske ureditve še po ZOR) zavzema za enako stališče kot v primerjalnem pravu, da »ni odločilen naslov zavedanja, ampak določena stopnja kvalitete.«¹⁴⁷

176 Povedano mi nalaga opredelitev za odgovor, da v konkretnem primeru proizvajalec *ni vedel za odstop terjatve*; s svojo dobroverno izpolnitvijo cedentu se je osvobodil svoje obveznosti.

177 Poudariti pa velja, da UPICC in OZ institut *naznanitve* sprejemata v širšem pomenu: ne zahteva se klasično obvestilo (naznanitev *stricto sensu*), ampak zadostuje že dejstvo cessusovega spoznanja.¹⁴⁸ UPICC za obvestilo (kot »notice«) v členu 1.10 dopušča kakršnokoli obliko, ki ustreza okoliščinam, v 4. odstavku pa, da je lahko oblikovana kot

¹⁴⁴ *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat!*

¹⁴⁵ M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 92 in v opombi navedeni avtorji (Enneccerus-Lehman, Larenz).

¹⁴⁶ H. Dernburg, DIE SCHULDVERHÄLTNISSE (1909), cit. po M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 94.

¹⁴⁷ M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 94.

¹⁴⁸ *Ibid.*, str. 121-123.

izjava (*declaration*), zahteva (*demand, request*) ali na kakršenkoli drugačen način, s katerim se ustrezno sporoči *namen* oz. volja (*intention*).

4.5 DOLŽNIK NE SOGLAŠA S PRENOSOM TERJATVE OZ. MU NASPROTUJE

- 178 Nujni element *pogodbe*¹⁴⁹ je soglasje strank o njenih bistvenih sestavinah, zato je naj bi bilo tudi za odstop terjatve potrebno dolžnikovo soglasje, ki pa v danem primeru ni bilo dano.
- 179 Argument ne drži na formalnogični ravni, saj dolžnik ni stranka cesije,¹⁵⁰ pač pa je (njegova obveznost) njen predmet. Prav tako za njegov položaj oz. obveznost ne nastanejo (bistvene) spremembe¹⁵¹ – spremeni se le oseba, kateri mora poravnati svojo (nespremenjeno) obveznost, zato praviloma niti nima pravno priznanega interesa ugovarjati odstopu. Končno pa je ravno neodvisnost cesije od cesusove volje temeljni razlikovalni element v primerjavi s prevzemom izpolnitve ali pristopu k dolgu, s katerim je cesija dobila svoje samostojno mesto v pravnem sistemu.¹⁵²
- 180 Položaj dolžnika, ki se zgolj zaradi cesije ne sme poslabšati,¹⁵³ je varovan tudi materialnopravno: splošno že z opredelitvijo, da gre za prenos *iste* terjatve, s prepovedjo prenosa določenih terjatev, učinkovanjem dobroverne izpolnitve odstopniku.
- 181 Zagovorniki toženca so tudi opozarjali na toženčevo izjavo, da popravila prevzema »brez priznanja odgovornosti«¹⁵⁴. V okviru cesije ugovor ne more biti sklepčen, saj posel ne ustvarja oz. tožencu ne nalaga nobene nove odgovornosti, pač pa se zgolj prenaša njegova že obstoječa odgovornost proti distributerju – odstopniku.

¹⁴⁹ Na takšno zahtevo po steku volj kot dosegi soglasja kaže že sam izvir izraza: *pogoditi se*. http://bos.zrc-sazu.si/cgi/ao3.exe?name=sskj_testa&expression=pogoditi+se&hs=1.

¹⁵⁰ M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 7.

¹⁵¹ Sicer v drugačnem kontekstu, *Ibid.*, str. 19: »Cedentova pravnoprometna razpolagalna moč nima značaja oblikovalne pravice. Vsebina obveznostnega razmerja se ne spreminja, razmerje med upnikom in dolžnikom ostaja enako. Z razpolagalnim poslom se lahko spreminja subjekt, ki nastopa v upniški vlogi.«

¹⁵² *Ibid.*, str. 29-30.

¹⁵³ Napak je reči, da se položaj odstopljenega dolžnika ne sme *spremeniti*: zgolj *poslabšati* se ne sme, se pa lahko spremeni na bolje (npr. s kumulacijo pobotnih ugovorov in ugovorov iz sklenjenih *pacta de non petendo* zoper cesionarje).

¹⁵⁴ Problem, str. 15, 3. odstavek.

4.6 CEDENT NI PONUDIL NOBENEGA PISNEGA DOKAZILA O ODSTOPU

- 182 Ekipa iz Miamija trdi, da kupec ni predložil zadostnega dokazila o odstopu; zadostno dokazilo naj bi bilo »*kakršnokoli pisanje*« (»*any writing*«).¹⁵⁵ Pri tem ni jasno, ali naj bi šlo pri tem dokazilu za dokazovanje odstopa pred arbitražnim panelom ali pred proizvajalcem kot cessusom, vendar je iz sklicevanja na člen 9.1.12 UPICC moč sklepati, da gre za dokaz cessusa, katerega je o odstopu obvestil cesionar in ne cedent. Menim, da je argument nesklepčen, saj člen zahteva 2 pogoja:

(1) If notice of the assignment is given by the assignee, the obligor may request the assignee to provide within a reasonable time adequate proof that the assignment has been made.

- 183 Prvi pogoj je, da cessusa o odstopu obvesti cesionar: v tem primeru je (po konstrukciji tožnika) toženec že vedel za ponudbo odstopa, saj naj bi jo cedent oblikoval z vednostjo cessusa, cesionar pa jo je sprejel in o svojem sprejemu obvestil cessusa in cedenta.
- 184 Drugi pogoj je, da cessus zahteva ustrezen dokaz; gre za (oblikovalno?) upravičenje cessusa. Cesionar-pretendent mora predložiti ustrezen dokaz zgolj, če cessus to zahteva. Odločitev, ali bo dokaz zahteval ali ne, je glede na dikcijo člena (»*may*«) v diskreciji cessusa. Za sklepčnost ugovora bi proizvajalec torej moral vsaj zatrjevati, da je takšno dokazilo tudi zahteval.
- 185 Prav tako je pravno neutemeljena zahteva po *pisnosti* dokaza: 4. odstavek namreč zgolj primeroma (eksemplifikativno) našteva možne oblike dokazila, saj izrecno opozarja, da ne gre za zaprt krog možnosti (*numerus clausus*). Potrebna je ustrezna vsebina, ne glede na obliko, v kateri je izražena.¹⁵⁶

(4) Adequate proof includes, but is not limited to, any writing emanating from the assignor and indicating that the assignment has taken place.

5. SKLEPNO

- 186 Lepota argumenta cesije je predvsem v dejstvu, da je posel za dolžnika tuje razmerje; prenosu se načeloma ne more upreti in je omejen v svojih ugovorih. V konkretnem primeru je njegov položaj otežen zaradi dejstva, da poskuša izpodbiti posel, katerega sploh ni stranka. Lahko se sicer sklicuje na absolutno neveljavnost (ničnost), ne pa tudi na

¹⁵⁵ Miami Resp., §107.

¹⁵⁶ Glede pomislekov o določnosti in utemeljenosti vsebine gl. *infra*, §§171-176.

relativno neveljavnost (izpodbojnost), saj so izpodbojnostni upravičenci lahko le stranke posla.¹⁵⁷

IV.C REPRESENTATION OF QUALITY¹⁵⁸

187 Argument je razdelala ekipa iz Freiburga;¹⁵⁹ protiargumente so pripravile ekipe ljubljanske fakultete in fakultet iz Tulana in Thammasata. Pozitivnopravne ali precedenčne pravne podlage tožnik ni podal.

1. UTEMELJITEV

188 Tožnik trdi, da je toženčeva ravnanja potrebno razumeti kot *representation of quality*. Po CISGu naj bi bil tudi proizvajalec neposredno odgovoren končnemu kupcu v primeru, da poda neodvisno *representation*, ki med njima ustvari neposredno pravno razmerje.¹⁶⁰ Takšna izjava je lahko podana v kakršnikoli obliki (pisnost oz. izrecnost ni zahtevana)¹⁶¹ – zadostuje že oglaševanje kvalitete izdelka. Odgovornost, ki izhaja iz *representation*, učinkuje od trenutka, ko končni kupec sklene pogodbo z distributerjem.

189 Takšna argumentacija naj bi bila še bolj utemeljena v primerih, v katerih je proizvajalčeva *representation* odločilna za kupčevo odločitev, medtem ko distributer igra zgolj manjšo vlogo. Tožnik naj bi tako kupil toženčevo blago zaradi toženčevega oglaševanja, ki ga je prepričalo o kvaliteti.

190 Utemeljevanje nato iz pravnih vidikov preide na dejstva. Oglaševal jih je z omenjanjem »ugodnih časopisnih člankov«. Težave, ki so se pojavile, naj bi bile zato »presenetljive«.¹⁶² Prav tako je toženec tožniku zagotovil, da so njegova vozila »zanesljiva«.¹⁶³ Toženec je prav tako tožnika spodbujal k nakupu njegovega blaga v prihodnosti.¹⁶⁴ *Representation* je tako podana tudi takrat, ko proizvajalec neposredno kontaktira končnega kupca in ga prepriča

¹⁵⁷ M. Juhart, CESIJA – POGODBENI ODSTOP TERJATVE (1996), str. 90.

¹⁵⁸ Slovensko pravo za takšno *zaznavo* ne pozna ustreznega izraza, zato razmerje v delu navajam kot *representation*. Po vsebini je sicer še najbližje garanciji za brezhibno delovanje.

¹⁵⁹ Freiburg Cl., §§71-81.

¹⁶⁰ J. O. Honnold, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION (Third Edition, 2001), §63; H. M. Flechtner, ISSUES RELATING TO THE APPLICABILITY OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS ("CISG") (2008), §63.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Problem, str. 3, §1.

¹⁶³ *Ibid.*, str. 15, 3. odstavek.

¹⁶⁴ *Ibid.*, str. 23, 5. odstavek.

k nakupu blaga od njegovega distributerja; v tem primeru je toženec kupca pozval, naj tudi v prihodnje nakupuje njegova vozila od novega distributerja.¹⁶⁵

- 191 Toženec naj bi tudi imel bistven interes v takšni *representation*, saj gre za nov izdelek, ki se mora na trgu še uveljaviti. Težave z novimi vozili bi tako zagotovo imele negativen vpliv na ugled znamke ter prodajne rezultate in odzive v medijih.
- 192 Sklepno tožnik dodaja, da je pogodbeno razmerje (t.j. temelječe na *representation*) nastalo v trenutku, ko je tožnik sklenil pogodbo z distributerjem. Zato tudi naknadno toženčevo zanikanje odgovornosti ne more biti upoštevno.

2. PROTIARGUMENT

2.1 REPRESENTATION SPLOH NI BILA PODANA

- 193 Oglaševanje izdelkov in njihovih prednosti je tipična tržna aktivnost proizvajalcev. Poudarjanje posebnih kvalitete se tudi sicer smatra za običajno sredstvo oglaševanja, ki samo po sebi ne ustvarja posamičnih pogodbenih razmerij med proizvajalci in končnimi kupci, če ti ne sklenejo kupoprodajne pogodbe.¹⁶⁶
- 194 Pravno zavezujoča *representation* pa praviloma zahteva izrecno in tipično tudi pisno¹⁶⁷ izjavo, iz katere izhaja, da proizvajalec (oz. dajalec izjave) prevzema določeno obveznost v primeru, da blago ne bo ustrezalo določenim kvalitativnim standardom. V konkretnem primeru takšna izjava ni bila podana, niti ni toženec dal nikakršne garancije v prid tožnika.¹⁶⁸ Ohlapne izjave in članki v neodvisnih medijih, da so vozila »dobro zasnovana«, ne morejo ustvariti takšne enostranske zaveze.

2.2 REPRESENTATION NI BILA PODANA DO TRENUTKA NASTANKA ZATRJEVANEGA RAZMERA

- 195 Menim, da je tožnikov argument nesklepčen, čeprav bi podane izjave morda lahko predstavljale *representation*. Tožnik zatrjuje, da mu je toženec postal zavezan v trenutku, ko je tožnik sklenil kupoprodajno pogodbo z distributerjem. Izjave, na katere se opira, pa so bile podane šele po sklenitvi te kupoprodajne pogodbe. Nesklepčno je dokazovati obstoj pravnega razmerja na dejstvih, ki so nastala šele (v konkretnem primeru en mesec) po

¹⁶⁵ *Ibid.*, str. 24, 5. odstavek.

¹⁶⁶ V takšnem primeru so izjave (oglas) lahko pomembne mdr. za presojo obstoja stvarnih napak.

¹⁶⁷ H. M. Flechtner, ISSUES RELATING TO THE APPLICABILITY OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS ("CISG") (2008), §63.

¹⁶⁸ Problem, str. 42, §6.

nastanku zatrjevanega razmerja, čeprav naj bi bila zanj konstitutivnega pomena. Takšne izjave torej tožnika niso mogle napeljati k sklenitvi pogodbe.

- 196 Na zanimivo kvalifikacijo tega časovnega razhajanja, s katero se strinjam, je opozorjeno tudi v memorandumu ekipe iz Thammasata: zatrjevana ponudba (*offer* – izjave proizvajalca) je bila podana šele po njenem zatrjevanem sprejemu (*acceptance* – sklenitvi kupoprodajne pogodbe).¹⁶⁹

IV.D DIREKTNA TOŽBA (DIRECT CONTRACTUAL ACTION)

- 197 Argument je predstavila ekipa iz Copenhagna,¹⁷⁰ izpodbijala pa ga je ekipa ljubljanske fakultete.¹⁷¹

1. UTEMELJITEV

- 198 CISG ureja sklenitev pogodbe o mednarodni prodaji blaga in v zvezi s tem ureja pravice in obveznosti strank, ki izhajajo iz takšne pogodbe. Konvencija o kakšni *direktni tožbi* molči; vsak kupec iz verige prodajnih pogodb ima zahtevke zgolj proti svojemu neposrednemu prodajalcu.¹⁷² Ker morebitni zahtevki končnega kupca proti prvotnemu prodajalcu ne izhajajo iz med njima sklenjene prodajne pogodbe (ki seveda ne obstaja), se zdi, da takšni morebitni zahtevki ne spadajo v področje urejanja CISG.
- 199 Kljub temu teoretiki ugotavljajo, da ima v določenih primerih končni kupec interes za tožbeni zahtevek neposredno zoper proizvajalca oz. prvega prodajalca, če se mu more pripisati krivda za napake na blagu. Kot tipičen primer se navaja nesolventnost vmesnega prodajalca, v konkretnem primeru distributerja. Podobno argumentacijo navajajo za primere, ko je proizvajalec aktivno sodeloval v prodaji končnemu kupcu, pri čemer ne vidijo ovir za preboj »*buyer-seller*« ubeseditve CISG-a v prihodnosti.¹⁷³
- 200 Tožnik nadalje utemeljuje, da mora biti neposredna tožba dopuščena tudi zaradi toženčevega interesa v poslu in aktivnega sodelovanja pri izvrševanju pogodbe, s čimer naj bi pri tožniku ustvaril upravičeno prepričanje, da prevzema odgovornost za morebitno

¹⁶⁹ Thammasat Resp., §72.

¹⁷⁰ Copenhagen Cl., §§70-108

¹⁷¹ Ljubljana Resp. (Dunaj), §§70-91.

¹⁷² N. Carette, Direct Contractual Claim of the Sub-buyer and International Sale Of Goods, v: European Review of Private Law, 4 (2008), str. 585.

¹⁷³ J. O. Honnold, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION (Third Edition, 2001), §63-65; H. M. Flechtner, ISSUES RELATING TO THE APPLICABILITY OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS ("CISG") (2008), §63.

kršitev pogodbe. Prav tako naj bi bila nesmiselna interpretacija CISG-a, po kateri bi insolventnost vmesnega prodajalca ščitila prvotnega prodajalca oz. proizvajalca, ki je izvirni greh za napake na blagu in ima hkrati koristi iz pogodbe.

- 201 Pravnim argumentom tožnik dodaja še bolj ekonomske. Po distributerjevem stečaju naj bi verjetno ostalo premalo kapitala za zasledovanje zahtevkov proti proizvajalcu, s čimer bi se ta ognil svoji odgovornosti. Prav tako naj dopustitev direktne tožbe toženca ne bi dodatno obremenila, saj je obseg njegove odgovornosti omejen z odgovornostjo do distributerja, pri čemer tožnik nakaže načelo *nemo plus iuris*; tožnik naj bi bil torej v razmerju proti tožencu v enakem položaju kot distributer proti tožencu. Zanihanje direktne tožbe bi po drugi strani sprožilo verigo tožbenih zahtevkov od kupcev do prodajalcev vse do proizvajalca, s čimer bi nastali nepotrebni pravdni stroški in morebitna neskladja, če bi sodišča v verigi zahtevkov npr. drugače razsodila o enakih dejstvih. Direktna tožba tako – nasprotno – spodbuja pravno in gospodarsko učinkovitost postopka.

2. PROTIARGUMENTI

- 202 Ljubljanska ekipa je argument izpodbijala v 2. korakih: najprej je poskusila dokazati, da neposredna tožba ni dopustna [2.1]. Nato se je lotila vprašanja posledic, ki bi nastale za toženca s konstrukcijo neposredne tožbe kljub njeni nedopustnosti [2.2].

2.1 NI PRAVNE PODLAGE ZA DOPUSTNOST NEPOSREDNE TOŽBE

- 203 Menim, da je tožnikovo (selektivno) navajanje avtoritet zavajajoče oz. nepopolno; te jasno navajajo predpostavke, ki so potrebne za dopustitev neposredne tožbe, ki pa v konkretnem primeru niso izpolnjene.
- 204 Na prvem mestu je potrebno opredeliti in razjasniti razliko med dvema pomembnima in ločenima vprašanjema glede uporabe CISG-a, ki sta v utemeljitvi spregledani:¹⁷⁴
1. Prvo vprašanje je **določitev dopustnosti** (*determination of admissibility*) neposredne tožbe ter prava, ki je merodajno za to presojo dopustnosti. Šele če je odgovor na to vprašanje pritrdilen, je moč pristopiti k drugemu,
 2. ali je CISG (oz. drug merodajni pravni vir) moč uporabiti za **presojo vsebine** (*assessment of claim*) neposrednega zahtevka.¹⁷⁵

¹⁷⁴ N. Carette, Direct Contractual Claim of the Sub-buyer and International Sale Of Goods, v: European Review of Private Law, 4 (2008), str. 585, §1; str. 592, §11.

205 Čeprav nekatere tožnikove trditve glede uporabe CISG-a po dopuščeni neposredni tožbi držijo, pa ne zadostujejo za samo vzpostavitev takšnega zahtevka.

2.1.1 INTERPRETACIJA CISG-A, KI DOPUŠČA MOŽNOST NEPOSREDNE TOŽBE, NI MOGOČA

206 CISG ureja zgolj pravice in obveznosti prodajalca in kupca, ki izhajajo iz kupoprodajne pogodbe (CISG §4). Interpretacija, po kateri bi CISG dovoljeval tožbo nadaljnjih kupcev, je preuranjena.¹⁷⁶

207 Upoštevajoč dejstvo, da CISG ni izčrpen, pač pa delni instrument unifikacije, ga ni mogoče razlagati, kot da dopušča zahtevek, o katerem sicer molči oz. o njem ne vsebuje nikakršnih pravil.¹⁷⁷ Ker tega področja ne ureja (neposredne tožbe niti ne omenja niti je ne izključuje), argumentacija vzpostavitve neposredne tožbe na podlagi CISG-a ne more biti pravilna.¹⁷⁸ Omeniti velja, da so nekatera vprašanja iz CISG-a namerno izpuščena zaradi razhajajočih se nacionalnih pogledov.¹⁷⁹ Eno takšnih izpuščenih vprašanj je ureditev neposredne tožbe naknadnega kupca.¹⁸⁰

208 Po drugi strani, če tožnik zatrjuje, da bi CISG moral biti *interpretiran* v luči dovolitve neposrednega zahtevka, s tem hkrati zatrjuje, da takšna razširitev ostaja znotraj stvarnega obsega urejanja CISG-a in je tako podrejena pravilom interpretacije po 7. členu. V takšnem primeru menim, da ustrezna interpretacija ne dopušča neposrednega zahtevka: ker je CISG mednarodni instrument, je v ospredju njegova unifikacijska narava. Konvencije ni moč legitimno razlagati tako, da nudi zahtevek, ki je neznan večini pravnih redov.¹⁸¹

209 Menim, da morajo biti takšne namerne izpustitve ter načelo uniformnosti spoštovani. Predmet interpretacije so lahko zgolj nejasne določbe, oz. je interpretacija z logično-formalnega vidika nedopustna v vprašanjih, ki so iz CISG-a izpuščena. Nasprotno, sledeč

¹⁷⁵ Velja opozoriti, da je CISG lahko uporabljen za presojo vsebine direktne tožbe, čeprav je sama tožba vzpostavljena na drugi pravni podlagi.

¹⁷⁶ Gl. tudi sodbo francoskega kasacijskega sodišča v zadevi *Thermo King v. Cigna Insurance*.

¹⁷⁷ N. Carette, *Direct Contractual Claim of the Sub-buyer and International Sale Of Goods*, v: *European Review of Private Law*, 4 (2008), str. 600, §27

¹⁷⁸ *Ibid.*, str. 596, §§19-20.

¹⁷⁹ Herber, v: P. Schlechtriem, *COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG)* (1998), str. 43, §4.

¹⁸⁰ O argumentu, da je vse, česar CISG ne ureja, iz njega namenoma izpuščeno in ne gre za praznino (*gap*) v smislu CISG §7/2, glej C. M. Bianca, M. J. Bonell, *COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW* (1987), str. 75, 2.3.1; Gl. tudi *supra*, §§40-41 in tam navedeno literaturo.

¹⁸¹ N. Carette, *Direct Contractual Claim of the Sub-buyer and International Sale Of Goods*, v: *European Review of Private Law*, 4 (2008), str. 595, §17.

komentarju Schlechtriema,¹⁸² »in so far as matters are not governed by the CISG, they must be dealt with according to domestic law.«

2.1.2 MERODAJNO PRAVO NE DOPUŠČA NEPOSREDNE POGODBENE TOŽBE

- 210 Pravni avtor Carette predstavlja več pristopov k razrešitvi vprašanja dopustnosti neposredne tožbe.¹⁸³ Pristopi, ki takšen zahtevek dopuščajo, predpostavljajo, da ali *lex fori* ali *lex contractus* ene od obeh relevantnih pogodb (torej tiste, sklenjene med prvim prodajalcem [proizvajalcem] in prvim kupcem [distributerjem], ali tiste, sklenjene med prvim kupcem kot drugim prodajalcem [distributerjem] in drugim [končnim] kupcem) pripozna takšen zahtevek ali ponuja avtomatični prenos zahtevkov skupaj s prehodom lastništva na blagu oz. z insolventnostjo vmesnega prodajalca.¹⁸⁴ Kot primer navaja belgijsko in francosko pravo,¹⁸⁵ po katerem so jamčevalni zahtevki neločljivo povezani (akcesorni) z lastništvom blaga in prehajajo hkrati z njim.¹⁸⁶ Tudi avtorjev pristop, *funkcionalni kompromis*, zahteva da pravo, ki ureja končno prodajno pogodbo, prepozna avtomatični prenos zahtevkov vmesnega prodajalca. V zvezi s tem vprašanjem se uporabi zgolj ustrezno domače pravo (t.j. ne CISG).¹⁸⁷
- 211 Po Carettu naj bi bilo najprimernejše pravo za presojo dopustnosti (domače) pravo prvotne kupoprodajne pogodbe.¹⁸⁸ A kateremukoli pristopu sledimo, v konkretnem primeru neposredna tožba ni dopustna, saj nobena od vpletenih držav ne ponuja ustrezne pravne podlage.¹⁸⁹
- 212 Razumljivo je, da ima končni kupec *interes* za neposredno tožbo proti oddaljenemu prodajalcu v primerih stečaja neposrednega prodajalca ali kadar ta neposredno sodeluje pri izpolnjevanju pogodbenih obveznosti.¹⁹⁰ Vendar avtorji ta interes navajajo zgolj kot

¹⁸² Herber, v: P. Schlechtriem, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) (1998), str. 43, §6.

¹⁸³ N. Carette, Direct Contractual Claim of the Sub-buyer and International Sale Of Goods, v: European Review of Private Law, 4 (2008), str. 590 *et seq.* O možnih pristopih pišem izrazito sumarno.

¹⁸⁴ *Ibid.*, str. 590 *et seq.*

¹⁸⁵ 1615. člen francoskega CC določa, da obveznost dobave blaga vključuje tudi obveznost dobave vseh »akcesorij«, pri čemer pod slednje poleg snovnih elementov štejejo tudi pravice in zahtevki, ki so (*accessorium sequitur principale!*) neločljivo povezani z blagom oz. lastninsko pravico na njem. *Ibid.*, str. 588-589, §§5-7.

¹⁸⁶ *Ibid.*, str. 586, §4.

¹⁸⁷ *Ibid.*, str. 600, §27

¹⁸⁸ *Ibid.*, str. 597, §21

¹⁸⁹ Problem, str. 42, §6.

¹⁹⁰ N. Carette, Direct Contractual Claim of the Sub-buyer and International Sale Of Goods, v: European Review of Private Law, 4 (2008), str. 585, §1; H. M. Flechtner, ISSUES RELATING TO THE APPLICABILITY OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF

okolščino, v kateri domače pravo *lahko* dopusti oz. uredi neposredno tožbo; drugače povedano, sam interes *per se* ne vzpostavi (ni *zadosten* - *sufficient*) neposredne tožbe. Enako velja za prenos jamčevalnih zahtevkov iz naslova stvarnih in pravnih napak skupaj z lastništvom blaga na kasnejšega kupca. Prenos mora zagotoviti pravo oz. ustaljena sodna praksa ali doktrina, saj golo priznanje zahtevka proti neposrednemu prodajalcu ne zadošča.¹⁹¹ Tudi upošteva dodatni pristop francoskega avtorja Leclerca¹⁹² je jasno, da »*direct contractual claim will be exceptional, given that the automatic transfer of certain rights is largely unknown in most laws.*«

- 213 Opozoriti velja tudi, da ko avtorji (Carette, Flechtner, Honnold) govoré o uporabljivosti CISG-a v primeru stečaja neposrednega prodajalca, to počno z vidika vsebinske presoje zahtevka, ne pa tudi glede presoje dopustnosti. Prof. Honnold tudi v primeru, če proizvajalec ponudi garancijo oz. drugo jamstvo v povezavi s prodajo, opozarja, da pride do neposredne pogodbe med pogodbenima strankama – proizvajalcem in končnim kupcem – vendar je vprašljivo, če je o tej pogodbi moč govoriti kot o *prodajni* in ni že onkraj razmerja *buyer-seller*.¹⁹³ Avtorja Flechtner in Honnold sicer jezika v prihodnjem razvoju uporabe CISG-a ne vidita kot nepremostljive ovire, če obstaja neko pogodbeno razmerje (t.j. garancija). V konkretnem primeru toženec takšnega jamstva ni ponudil.¹⁹⁴
- 214 Pomembno (čeprav predvsem z metodološkega stališča) je tudi opredeliti pravno naravo takšne *direktne tožbe*. Kadar gre za avtomatičen prenos pravic, gre v bistvu za zakonsko cesijo (*cessio legis*). Kasnejši kupec stopi v čevlje svojega prodajalca in se poistoveti z njegovim pravnim položajem (v razmerju proti prejšnjemu prodajalcu). Kljub temu vstopu v kupoprodajno razmerje nekateri avtorji odklanjajo uporabo CISG-a (češ da ne pride do skladja z *buyer-seller* izrazjem). Ker kasnejši kupec vstopi v predhodno razmerje (se identificira s svojim prodajalcem), je vprašljivo tudi poimenovanje *direktne tožbe*, saj gre že za tožbo med neposrednima (nič več oddaljenima) pogodbenima strankama. Enako velja za primere prostovoljnega odstopa terjatev (*cessio voluntaria*).¹⁹⁵

GOODS ("CISG") (2008), §63; J. O. Honnold, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION (Third Edition, 2001), §§63-65.

¹⁹¹ *Ibid.*, str. 591, §10.

¹⁹² *Ibid.*, str. 598, §25.

¹⁹³ J. O. Honnold, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION (Third Edition, 2001), §63.

¹⁹⁴ Problem, str. 42, §6.

¹⁹⁵ Glede cesije v primeru insolventnosti glej tudi *supra*, §152.

2.2 VZPOSTAVITEV ODGOVORNOSTI BI DODATNO OBREMENILA TOŽENCA

- 215 Na prvi pogled se morda res zdi *logično* in *učinkovito* tožniku dopustiti neposredni zahtevek zoper toženca, vendar bi takšna konstrukcija toženca obremenila z večjimi obveznostmi, kakor jih je ta prevzel s pogodbo z distributerjem.
- 216 Tudi sicer je tožnikovo utemeljevanje v tem poglavju osnovano predvsem na načelu *poštenosti in pravičnosti*. Opozoriti velja, da je tribunal vezan na pozitivno pravo; (arbitražni) tribunal pa lahko odloči *ex aequo et bono*, vendar je za takšno pooblastilo potrebno izrecno soglasje strank.¹⁹⁶ V konkretnem primeru takšnega pooblastila ni bilo.¹⁹⁷
- 217 Dopustitev neposrednega zahtevka proti tožencu brez izpolnjenih pogojev za *cessio legis* (ali *voluntaria*) bi vzpostavila novo obveznost, ki bi obstajala vzporedno z obstoječo potencialno obveznostjo proti distributerju. V takšnem primeru bi bil tudi distributer še vedno neodvisno upravičen zasledovati svoje zahteve zoper toženca.
- 218 Oba zahtevka (torej zahtevek tožnika in zahtevek distributerja) sta si tuja; ker ni podane identitete strank (tožnik ni distributer) in zahtevka (tožnikov zahtevek je ločen od distributerjevega), toženec v drugem postopku ne bi mogel podati ugovora *rei iudicatae*.¹⁹⁸ Toženec bi tako lahko dvakrat odgovarjal za isto ravnanje. Takšen preboj načela *ne bis in idem* ni dopusten ne po pozitivnem pravu ne po načelu *pravičnosti*, kakor ga propagira tožnik.
- 219 Prav tako ni gotovo, da distributer ne bo zasledoval svojega zahtevka proti proizvajalcu. Ta odločitev je v diskreciji distributerja oz. stečajnega upravitelja. Zasledovanje ni odvisno od tožnikovih špekulacij, ki tako ne morejo ustvariti novega zahtevka za tožnika.
- 220 Opozoriti velja, da bi takšna konstrukcija neposredne tožbe v konkretnem primeru tožnika nepošteno privilegirala v primerjavi z ostalimi upniki distributerja, ki bi se poplačali sorazmerno v stečajnem postopku (*par condicio creditorum*). Tudi sicer ravnanje tožnika, ki je zahtevek proti proizvajalcu naperil šele po tem, ko je izvedel za uvedbo stečajnega postopka proti distributerju, vzbuja dvome o njegovi poštenosti oz. poskusu izogibanja zakonu.

¹⁹⁶ A. Redfern, M. Hunter, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (Fourth Edition) (2004), str. 118, §2-73; Gl. tudi 3. odstavek 32. člena Zakona o arbitraži (Ur.l. RS, št. 45/2008).

¹⁹⁷ Konkretna arbitražna klavzula je navedena v Problemu, str. 11.

¹⁹⁸ Gl. tudi L. Ude, CIVILNO PROCESNO PRAVO (2002), §74/5 ter §49/2 o objektivnih, §74/6 o subjektivnih mejah pravnomočnosti.

V. SKLEP

- 221 V naravi pravnega odločanja je, da ni absolutno pravih in napačnih odgovorov. Temu je še najbližje sodba s sebi karakteristično pravnomočnostjo – pa še pri tej gre zgolj za domnevo, dasiravno neizpodbojno.
- 222 Če bi več pravnikom dali primer z nalogo, da v njem – nepristransko – poiščejo pravno razmerje, zagotovo ne bi dobili identičnih odgovorov. Toliko bolj to drži za zagovornika konkretne stranke, ki mora iz življenjskega primera vestno in prav nič nepristransko izbrati tista dejstva, ki mu edina in najbolj ustrezajo, ter zamolčati zanj neprijetna dejstva oz. pripraviti protiargumente proti tistim dejstvom in izpeljanim pravnim posledicam, ki njegovi stranki niso v prid.
- 223 Sodišče sicer res ni vezano na pravno kvalifikacijo razmerja, je pa praviloma vezano na dejstva in dokaze, ki jih predlagajo stranke. Vesten tožnik tako lahko s selektivnim prikazom uspešno izkrivi, zakrije objektivno resnico (življenjski primer v svoji spoznanju nedosegljivi celovitosti) in zavede sodišče, da na podlagi dejanskega stanja samo izvede ali sledi predlagani pravni kvalifikaciji. Edini odgovor toženca je prav tako vestna preučitev in dopolnitev predloženega dejanskega stanja, po možnosti z enako pristranskostjo, ki naj sodišče zopet zapelje proč od objektivne resnice, a v smer, ki je ugodnejša za toženca.
- 224 Ugotovitev, da iz enega življenjskega primera izhaja množstvo dejanskih stanov, ni omejena zgolj na dispozitivne predpise zasebnega prava. Karikirano si lahko predstavljamo tožbo podjemnika, ki od naročnika zahteva plačilo opravljene storitve. Ker nobena stranka ni zainteresirana za samoiniciativno razgrnitev, sodišče tožbi ugotovi, a spregleda, da je šlo za naročilo umora. Problem je mogoč tudi v kazenskem pravu – nič nenavadnega ni v tožbi državnega tožilca, ki ne omeni elementov (npr. tretjega udeleženca), ki povzroči potrebo po skrajni sili.
- 225 Cilj dela ni izčrpen prikaz vseh možnih pravnih poslov, ki bi lahko izhajali iz življenjskega primera, pač pa prikazati, kako lahko ne le iz istega življenjskega primera, pač pa celo iz istih dejstev izpeljemo različne pravne posle, oz. kako nejasne so v praktičnem reševanju lahko meje med sicer doktrinarno razdelanimi in uveljavljenimi kontrakti. Enako pozornost velja nameniti posameznim dejanjem (ali besedam), ki jih stranke lahko storé brez vnaprejšnjega razmišljanja o morebitnih pravnih posledicah. Golo dejstvo, da subjekt »ni ničesar podpisal«, je šibak argument, saj mu manjka že najbolj osnovna kvaliteta – sklepčnost. Podpisa ne gre razumeti v ožjem pomenu kot lastnoročno napravljenega znaka

na kosu celuloze, pač pa kot kakršnokoli (konkludentno) ravnanje, ki (*razumno*) kaže na strankino voljo po *pripadnosti* določenemu pravnemu poslu.

- 226 Tožniku je na voljo široka paleta podlag, na katerih lahko zatrjuje, da je toženec *stranka* razmerja. Če naj bo to že od začetka posla, naj razmisli o možnosti agencije. Če je nekdo (agent) nastopal v imenu in za račun zastopanca, ta pa ugovarja neobstoj pooblastila, naj poišče dejstva, na podlagi katerih bo pokazal na principalovo vednost o poslu in morda njegovo tiho odobravanje ali naknadno odobritev. Če je agent nastopal v lastnem imenu, pa se je principal vseeno vmešaval v razmerje, naj poskusi s tezo pristopa k pogodbi. Možnosti so široke – sprememba izvirne pogodbe (*modification of contract* po 29. členu CISG), prevzem obveznosti oz. izpolnitve (*assumption of obligation*), morda prenos obveznosti z absolucijskim učinkom za pravnega prednika (*transfer of obligation*). V izjemnih primerih mu lahko uspe dokazati celo kompleksen prenos pogodbe, ki združuje elemente prenosa terjatve in obveznosti (*transfer of contract*). Če je komunikacija potekala predvsem med drugima strankama, pa sta te dve tožniku sporočili njun dogovor – naj ga poskusi utemeljit kot altruistično pogodbo v korist tretjega (*contract in favor of a third party*). Omenjenim argumentom je skupno, da subjekt pravni posel *posvoji z dejanji* (*adoption by performance*) oz. ravna v skladu s pravicami in obveznostmi pogodbene stranke (*acting in line with express rights and obligations of a party*).
- 227 Če pogodbeni instituti ne zadoščajo, naj poseže po ev. kogentni zakonski podlagi – jamčevanje za brezhibno delovanje (*manufacturer's warranty*), produktna odgovornost (*product liability*), prenos zahtevkov hkrati s prenosom lastninske pravice ... Pri tem naj se ne omejuje na materialnopravne institute, saj lahko rešitev najde tudi v procesnopravnih. Če je nasprotnikom moč očitati zlorabo pravne oblike, naj zahteva spregled pravne osebnosti (*piercing the corporate veil*); če so zgolj medsebojno povezani, naj ne pozabi na ustaljeno sodno in arbitražno prakso, ki sta oblikovali institute kot npr. statusnopravno skupino (*group of companies, alter ego*).
- 228 V svojem poskusu naj se ne zaletava slepo v pravno kazuistiko. Tudi najbolj izdelani pravni argumenti so zgolj izpeljave obstoječih pravnih pravil in temelje predvsem na najbolj elementarnih pravnih načelih. Dediščine rimskega prava naj nikarte ne prezre. *Venire contra factum proprium nulli conceditur* (*estoppel*) pravi, da se nikomur ne sme dovoliti, da pride v navzkriž s svojimi prejšnjimi ravnanji. In za konec, tako ohlapen a vendar vseobsegajoč argument kot temelj rimskopravnih *bonae fidei* zahtevkov – načelo dobre vere in poštenja ...

... *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.¹⁹⁹

- 229 Protiargument *nepodpisa* obmolkne, vstopijo načela enakovrednosti medsebojnih dajatev, interpretacije izjav, prave volje, in zavedanje, da imamo opraviti z gospodarskim subjektom in od njega zahtevano skrbnostjo.

¹⁹⁹ »... *karkoli mora dati ali storiti po (načelu) dobre vere in poštenja*.«