

EUROPSKO UGOVORNO PRAVO NA PUTU OD SOFT PREMA HARD LAW OSVRT NA OPCIONALNO ZAJEDNIČKO EUROPSKO PRAVO PRODAJE (CESL)

Mišćenić, Emilia

Source / Izvornik: **Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2012, 33, 695 - 745**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:118:258130>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-07-24**

PRAVRI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA


DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

EUROPSKO UGOVORNO PRAVO NA PUTU OD *SOFT* PREMA *HARD LAW* OSVRT NA OPCIONALNO ZAJEDNIČKO EUROPSKO PRAVO PRODAJE (CESL)

za Martu

Dr. sc. Emilia Mišćenić, viša asistentica,
znanstvena suradnica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 339.162.4::061.1EU
347.44::061.1EU
Ur.: 10. listopada 2012.
Pr.: 30. listopada 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

*Usklađivanje propisa ugovornog prava država članica EU-a predstavlja jedno od najučinkovitijih sredstava za postizanje i jačanje jedinstvenog unutarnjeg tržišta. No nedostaci u pristupu europskog zakonodavca harmonizaciji ugovornog prava država članica rezultirali su brojnim problemima koji dovode do udaljavanja od tog cilja. Stoga se na razini EU-a pokušava razviti novi i prihvatljiviji pristup harmonizaciji, a sve je popraćeno brojnim priopćenjima Komisije, rezolucijama Europskog parlamenta te projektima konsolidiranja i harmonizacije ali i pokušajima kodifikacije ugovornog prava. Spomenuta djelovanja obuhvaćaju razvoj od prve rezolucije Europskog parlamenta iz 1989., preko Landovih načela, revizije važećeg *acquis-a* u pravu zaštite potrošača, CFR-a, Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača pa sve do Komisijinog Prijedloga Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje. Budući da bi usvajanje Uredbe nedvojbeno značajno utjecalo na razvoj europskog ugovornog prava, autorica proučavanjem ključnih odredaba predloženog opcionalnog instrumenta nastoji utvrditi njegove glavne prednosti i nedostake.*

Ključne riječi: europsko privatno pravo, europsko ugovorno pravo, usklađivanje, unutarnje tržište, zajedničko europsko pravo prodaje, CESL, CISG, Direktiva 2011/83/EU.

1. UVODNO O EUROPSKOM PRIVATNOM PRAVU (CILJEVI, RAZVOJ, ISHODI)

Jedan od glavnih ciljeva Europske unije (dalje u tekstu: EU) od njezinih početaka pa sve do danas bio je i ostao stvaranje zajedničkog, odnosno unutarnjeg tržišta.¹ Polazilo se od toga da europsko zajedničko tržište počiva prije svega na jačanju unutarnje trgovine, pa je stoga i Europski sud pravde (dalje u tekstu: ESP) (sada: Sud pravde EU-a)² u presudi *Gaston-Schul*³ zajedničko tržište definirao kao cilj, čijim postignućem mora doći do otklanjanja prepreka u unutarnjoj trgovini Zajednice i do stapanja nacionalnih tržišta u jedinstveno tržište. Značaj ove sudske prakse za europsko privatno, posebice ugovorno pravo očituje se upravo u tomu što je ESP istaknuo da prednosti ovakvog tržišta imaju posebnu važnost i za one koji se profesionalno bave trgovačkom djelatnosti i za privatne osobe kada ulaze u prekogranične gospodarske transakcije. Također, u istoj je presudi ESP definirao „zajedničko“ tržište kao tržište na kojem vladaju uvjeti, koji odgovaraju što je više moguće uvjetima stvarnog „unutarnjeg“ tržišta.⁴ U skladu s čl. 26. st. 2. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje u tekstu: UFEU)⁵ unutarnje tržište obuhvaća prostor bez unutarnjih granica, u kojem je zajamčen slobodan promet robe, osoba,

- 1 Nakon završetka Drugog svjetskog rata europske integracije odvijale su se funkcionalno slijedeći prije svega cilj ekonomske integracije država članica EU-a, koji postupno prerasta u političku integraciju. U *ex* čl. 2. Ugovora o osnivanju Europske zajednice (dalje u tekstu: UEZ) (pročišćeni tekst), Official Journal (dalje u tekstu: OJ) C 325 od 24. prosinca 2002. države članice su preuzele zadatak „promicati širom Zajednice skladan, uravnotežen i održivi razvoj gospodarskih djelatnosti“.
- 2 Ugovor iz Lisabona o izmjenama Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o osnivanju Europske zajednice, OJ C 306 od 17. prosinca 2007. promijenio je dotadašnje nazive i strukturu suda, uveo promjene u postupku imenovanja sudaca i nezavisnih odvjetnika, u nadležnosti itd. U hrvatskoj pravnoj doktrini ne postoji konsenzus o tom da li treba izraz „pravda“ kao sastavni dio eng. naziva pojma prevesti kao dio službenog naziva ove institucije EU-a ili ne.
- 3 Predmet ESP, 15/81, *Gaston-Schul/Inspecteur der invoerrechten en accijnzen* [1982] ECR 1409, para. 33.
- 4 Iako je Ugovor o osnivanju Europske ekonomske zajednice (dalje u tekstu: UEEZ) iz 1957. godine sadržavao samo pojam „zajedničkog tržišta“ (čl. 3. st. 1. sl. h)), Jedinstvenim europskim aktom, OJ 1987 L 169/14 propisan je cilj ostvarenja „unutarnjeg tržišta“ do 31. prosinca 1992., čija uspostava traje još i danas (*ex* *ex* čl. 7a UEEZ, *ex* čl. 14 UEZ, čl. 26 UFEU). Vidi Pelkmans, J./Goyens, M./Burghof, H.-P./Leibfried, S., *The European Single Market – How Far From Completion?*, *Intereconomics*, br. 2., 46/2011, str. 64. U pravnoj doktrini razvio se je niz teorija o razgraničenju ova dva pojma. Prema vladajućoj teoriji oba su pojma jednakog značenja. Drugi smatraju da je zajedničko tržište specifično u odnosu unutarnje, odnosno obrnuto da je unutarnje tržište specifično u odnosu na zajedničko. ESP nije posvetio mnogo pažnje razgraničenju ova dva pojma, već je u predmetu C-350/92, *Spain v. Council* [1995] ECR I-1985 istaknuo, da je razlika između njih beznačajna za razgraničenje pravnih osnova zakonodavnih akata EU-a. Iz kasnije sudske prakse i izmjena UEZ-a proizlazi da pojam unutarnjeg tržišta predstavlja produbljenje pojma zajedničkog tržišta. Vidi Hailbronner, K./Jochum, G., *Europarecht: Binnenmarkt und Grundfreiheiten*, Kohlhammer, Stuttgart, 2006., str. 3, para. 10.
- 5 Pročišćeni tekst Ugovora o funkcioniranju Europske unije, OJ C 83/47 od 30. ožujka 2010.

usluga i kapitala u skladu s odredbama Ugovora. Uspostava unutarnjeg tržišta temelji se na četiri nosiva stupa: zabrani diskriminacije, stvaranju carinske unije i temeljnim gospodarskim slobodama, sustavu poštenog tržišnog natjecanja i privatnopravnim okvirima.⁶ I dok pravni temelji za zakonodavnu djelatnost spomenuta prva tri nosiva stupa izričito izvire iz odredbi Ugovora kao primarnog prava EU-a, okvire privatnog prava postavile su prvenstveno države članice. Glavni je zadatak tih odredbi uklanjanje svih izravnih i neizravnih prepreka cilju uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta. Pritom je uloga privatnoga prava izrazito značajna za postizanje jedinstvenog unutarnjeg tržišta, posebice zbog privatne autonomije i slobode ugovaranja, pravnog uređenja odnosa sudionika na tržištu, uređenja njihovih međusobnih prava i obveza kod sklapanja pravnih poslova i ispunjenja obveza iz istih, kao i općenito zaštite imovinskih i neimovinskih prava fizičkih i pravnih osoba.⁷ No, mnogobrojne razlike odredaba privatnog prava država članica predstavljaju ozbiljnu prepreku cilju uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta EU-a. Njihovom se otklanjanju pristupa s jedne strane putem, tzv. *negativne harmonizacije (integracije)* utvrđene primarnim, sekundarnim pravom EU-a kao i sudskom praksom ESP-a, koja se temelji na zabrani povreda temeljnih gospodarskih sloboda odredbama nacionalnih propisa država članica.⁸ S druge strane europski

6 Körber, T., *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004., str. 10.

7 Josipović, T., *Die Rolle der offenen Koordinierungsmethode bei der Harmonisierung des Privatrechtes in der Europäischen Union*, u: Bodiroga Vukobrat, N./ Sander, G. G./ Barić, S., *Die offene Methode der Koordinierung in der Europäischen Union*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2010., str. 215.

8 Prema Rodin, S./Čapeta, T. (ur.), *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, 2010., str. 84., negativna integracija se odnosi na ukidanje trgovinskih prepreka između država članica putem neprimjene nacionalnih pravnih pravila koja stvaraju te prepreke. Povreda temeljnih gospodarskih sloboda odredbama nacionalnih propisa država članica zabranjena je samim primarnim pravom i bez propisivanja posebnih zabrana u sekundarnom pravu EU-a. Iznimke od toga predstavljaju odredbe čl. 36., čl. 51.-52., čl. 62. u svezi s 51.-54. UFEU-a. Prema utvrđenoj praksi ESP-a zabranjene su mjere s učinkom istovrsnim/sličnim količinskim ograničenjima, odnosno „sva trgovinska pravila koja usvajaju države članice, a koja mogu otežati, izravno ili posredno, stvarno ili potencijalno, trgovinu unutar Unije“. Vidi predmet ESP-a, 8/74, *Dassonville* [1974] ECR 837. Osim temeljem ovdje izričito navedenih UFEU odredaba, nacionalne odredbe koje ograničavaju pristup tržištu države članice mogu biti opravdane samo iz prisilnih i neekonomskih razloga općeg interesa. ESP je utvrdio da se prepreke moraju prihvatiti u mjeri nepohodnoj za zadovoljenje prisilnih propisa koji se odnose posebice na učinkovitost fiskalnog nadzora, zaštitu javnog zdravlja, pravičnost u trgovinskim transakcijama i zaštitu potrošača. Vidi predmet ESP-a, C-120/78, *Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649. Iako je koncept zabrane mjera istovrsnog učinka početno bio namijenjen javnopravnim odredbama država članica, odredbe privatnog prava država članica također mogu predstavljati nedopušteno ograničenje temeljnih gospodarskih sloboda, što je osim u teoriji potvrđeno i brojnom praksom ESP-a. Vidi Vogel, A., *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht*, De Gruyter Recht, Berlin, 2006., str. 50., bilj. 236. Tako i Lando, O., *Optional or mandatory Europeanisation of contract law*, ERPL, br. 8, 2000., str. 61.: „The Union of today is an economic community. Its purpose is the free flow of goods, persons, services and capital. (...) All of these move by way of contracts. It should, therefore, be made easier to conclude and perform contracts and to calculate contract risks. (...) Foreign laws are often difficult for the businessmen and their local lawyers to

zakonodavac rješavanju problema pristupa vrlo rano i putem, tzv. *pozitivne harmonizacije (integracije)*, odnosno usklađivanjem pravnih propisa država članica uglavnom izvorima sekundarnog prava EU-a. Ovaj potonji pristup Komisija uvodi usvajanjem Bijele knjige o ostvarenju unutarnjeg tržišta 1985. godine koristeći naziv „Nova strategija“.⁹ Dotada su mogućnosti usvajanja mjera za harmonizaciju, odnosno usklađivanje¹⁰ propisa država članica bile ograničene na odredbu o popunjavanju pravnih praznina iz *ex ex* čl. 235. UEEZ-a (*ex* čl. 308. UEZ, čl. 352. UFEU)¹¹ i na odredbu *ex ex* čl. 100. UEEZ-a (*ex* čl. 94. UEZ, čl. 115. UFEU), koja je propisivala ovlast za usvajanje direktiva za usklađivanje zakonskih i upravnih propisa država članica koji izravno utječu na uspostavu ili funkcioniranje zajedničkog tržišta.¹² Budući da se je mjere prema *ex ex* čl. 235. UEEZ-a i direktive prema *ex ex* čl. 100. UEEZ-a moglo usvajati samo jednoglasnom odlukom, u Bijeloj knjizi se je radi ubrzanja procesa harmonizacije propisa predlagalo odustajanje od zahtjeva jednoglasnosti iz *ex ex* čl. 100. UEEZ-a. Kao posljedica toga prijedloga Jedinstvenim europskim aktom iz 1986. g. uvodi se novi *ex ex* čl. 100a. UEEZ-a (*ex* čl. 95. UEZ, čl. 114. UFEU) s ovlaštenjem usvajanja mjera usklađivanja radi uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta kvalificiranom većinom. Usklađivanjem prava država članica želi se otkloniti trgovinske prepreke prekograničnom slobodnom prometu robe, osoba, usluga i kapitala u EU, a u skladu s praksom ESP-a uspostava unutarnjeg tržišta alternativno zahtijeva i otklanjanje značajnih povreda tržišnog natjecanja. Iako time u primarno europsko pravo nije uvedena odredba koja bi sadržavala „izričitu“ opću ovlast europskom zakonodavcu za harmonizaciju privatnog prava država članica, uvođenje *ex ex* čl. 100a. UEEZ-a predstavljalo je

understand. They may keep him away from foreign markets in Europe. (...) The existing variety of contract laws in Europe may be regarded as a non-tariff barrier to trade.“

9 COM(85) 310 final, OJ C 36 od 17. veljače 1986.

10 Pojmovi „usklađivanje prava“ (eng. *approximation of laws*, njem. *Rechtsangleichung*, fran. *le rapprochement des législations*) i „harmonizacija“ (eng. *harmonisation*, njem. *Harmonisierung*, fr. *harmonisation*) se u UFEU koriste kao istoznačnice. U pravnoj doktrini nailazi se i na stajališta prema kojima pojam „usklađivanje prava“ označava postignuti rezultat procesa harmonizacije, tj. međusobno približavanje različitih pravnih sustava, dok pojam „harmonizacija prava“ označava zakonodavne procese čiji je cilj ukloniti različitosti nacionalnih sustava.

11 Različito od *ex ex* čl. 235. UEEZ-a odnosno *ex* čl. 308. UEZ-a koji su propisivali potrebu ostvarenja cilja „u okviru zajedničkog tržišta“ i propisivali konzultativni (savjetodavni) zakonodavni postupak, važeći čl. 352. UFEU-a glasi: „Ukoliko se ukaže potreba za djelovanjem Unije kako bi se u okviru politika utvrđenih Ugovorima postigao jedan od ciljeva utvrđenih Ugovorima, a da za to Ugovorima nisu predviđene potrebne ovlasti, Vijeće će jednoglasnom odlukom na prijedlog Komisije i nakon suglasnosti Europskog parlamenta usvojiti odgovarajuće mjere.“

12 Ugovor iz Lisabona prenumerirao je *ex* čl. 94. UEZ-a u čl. 115. UFEU-a i hijerarhijski ga postavio iza *ex* čl. 95. UEZ koji je prenumeriran u čl. 114. UFEU-a. Kao posljedica izmjene pojma „Zajednica“ u „Unija“ ondje propisan pojam „zajedničko tržište“ mijenja se u „unutarnje tržište“, dok je konzultativni (savjetodavni) zakonodavni postupak zamijenjen je posebnim zakonodavnim postupkom.

ključnu prekretnicu za razvoj europskog privatnog prava.¹³ Budući da odredbe privatnog prava država članica također mogu predstavljati trgovinske prepreke i nedopuštena ograničenja temeljnih gospodarskih sloboda, ovlast za usklađivanje u nekim područjima privatnog prava izvedena je posredno s ciljem usvajanja mjera potrebnih radi urednog funkcioniranja unutarnjeg tržišta. Zakonodavna djelatnost Unije usmjerila se tijekom godina na usklađivanje propisa država članica uglavnom u tržišno orijentiranim područjima privatnog prava kao što su obvezno pravo, posebice pravo zaštite potrošača, pravo osiguranja, pravo intelektualnog vlasništva, osobito patentno, autorsko i srodna prava, zatim trgovačko pravo i pravo društava, osobito pravo tržišnog natjecanja, uz poneke odredbe u području stvarnog prava, obiteljskog i nasljednog prava, radnog prava i međunarodnog privatnog prava.¹⁴ Kao glavni instrument harmonizacije u tim je područjima europski zakonodavac usvajao mnogobrojne direktive¹⁵, a manje druge mjere iz *ex čl. 249. UEZ-a* (sada: čl. 288. UFEU), primjerice uredbe. One su uglavnom bile utemeljene na *ex čl. 95. UEZ-a* (sada: čl. 114. UFEU), a neke i na *ex čl. 94. UEZ-a* (sada: čl. 115. UFEU) kao odredbama koje sadrže opću ovlast i *ex čl. 308. UEZ-a* (sada: čl. 352. UFEU)¹⁶ kao odredbi koja sadrži supsidijarnu ovlast za usklađivanje prava s ciljem uspostave i funkcioniranja unutarnjeg, odnosno zajedničkog tržišta. No, osim temeljem spomenutih odredaba, usklađivanje privatnopravnih propisa država članica provodilo se i temeljem posebnih pravnih osnova kod pojedinih Ugovorom uređenih sektorskih politika Unije, primjerice kod socijalne politike temeljem *ex čl. 137. UEZ-a* (sada: čl. 153. UFEU), politike zaštite okoliša temeljem *ex čl. 175. UEZ-a*

13 Granice usklađivanju prava postavljaju tri načela kojima se uređuje nadležnost Unije, načelo ograničenih dodijeljenih ovlasti iz čl. 5. st. 1. UEU-a (*ex čl. 5. st. 1. UEZ*), načelo supsidijarnosti iz čl. 5. st. 3. UEU-a (*ex čl. 5. st. 2. UEZ*) i načelo proporcionalnosti iz čl. 5. st. 4. UEU-a (*ex čl. 5. st. 3. UEZ*). Daljnje granice usklađivanju postavljaju zabrane koje postoje kod sektorskih politika Unije, a kojima se nadležnost Unije ograničava npr. u čl. 149. st. 2. UFEU-a (*ex čl. 129. st. 2. UEZ*) glede poticajnih mjera za promicanje suradnje i djelovanja država članica na području zapošljavanja, zatim u čl. 153. st. 2. sl. a) UFEU-a (*ex čl. 137. st. 2. sl. a) UEZ*) glede određenih mjera u socijalnoj politici i u čl. 165. st. 4. UFEU-a (*ex čl. 149. st. 4. UEZ*) glede poticajnih mjera u području općeg obrazovanja, stručnog usavršavanja, mladeži i športa. I konačno postoje područja privatnog prava u kojima je nadležnost Unije isključena, npr. glede pravila vlasničkopravnih sustava država članica u koja se ne zadiru Ugovorom (čl. 345. UFEU, *ex čl. 295. UEZ*). Vidi von Danwitz, T., B.II. d) Rechtsangleichungskompetenzen, u: Dausies, M., *EU-Wirtschaftsrecht*, 2011., Verlag C.H. Beck, München, 2011., str. 44.

14 Vidi Working Paper of Directorate General for Research of European Parliament, *The Private Law Systems in the EU*, Legal Affaires Series, JURI 103 EN, Luxembourg, 1999., iii.

15 Prema čl. 288. st. 3. UFEU-a direktiva je sekundarni izvor prava EU-a obvezujući za svaku državu članicu kojoj je upućena u pogledu rezultata koji se mora postići, ali prepušta državnim vlastima odabir oblika i metoda. O usklađivanju putem direktiva vidi Rösler, H., *Europeanisation of Private Law Through Directives – Determining Factors and Modalities of Implementation*, EJLR, 2009., str. 305 et seq.

16 Vidi recital 28. preambule Uredbe Vijeća (EZ) 2157/2001 od 8. listopada 2001. o Statutu Europskog društva (SE), OJ L 294, 10.11.2001., str. 1.-21. i prvi recital preambule Uredbe Vijeća (EEZ) 2137/85 od 25. srpnja 1985. o Europskom gospodarskom interesnom udruženju (EGIU) OJ L 199, 31.7.1985., str. 1.-9.

(sada: čl. 192. UFEU) ili politike zaštite potrošača temeljem *ex* čl. 153. UEZ-a (sada: čl. 169. UFEU).¹⁷ Pritom europski zakonodavac nije postupao prema nekoj unaprijed oblikovanoj strategiji, već se je harmonizacija provodila nesustavno, te ovisno o potrebi za pravnim uređenjem određene problematične materije. Spomenutim mjerama harmonizacije pristupilo se je usklađivanju odabranih i za unutarnje tržište najvažnijih privatnopravnih instituta najčešće zajedničkih svim državama članicama, ali i uređivanju i propisivanju nekih potpuno novih. Osobito direktive za zaštitu potrošača sadržavaju zajedničke karakteristike koje predstavljaju obilježja novoga europskog ugovornog prava, kao što su obveza informiranja, široki krug bitnih sastojaka ugovora, odredbe o obliku ugovora i teretu dokazivanja, pravo na odustanak od ugovora, kolizijske odredbe i odredbe o (polu)prisilnoj naravi odredaba direktiva. No različito, te pojmovno i sadržajno neusklađeno uređenje ovih obilježja u direktivama loše je utjecalo na nacionalno privatno pravo koje ih preuzima.¹⁸ Radi lakše integracije europskih „stranih tijela“ u privatno pravo država članica, direktive su kao najučestaliji instrument usklađivanja dugo vremena propisivale minimalni standard koji se je morao preuzeti u nacionalno pravo. Pritom je nacionalnim zakonodavcima bilo dopušteno zadržavanje važećih ili usvajanje novih nacionalnih mjera s višim stupnjem zaštite od propisanih privatnopravnih direktivama. Ovaj je pristup unatoč minimalnom stupnju usklađenosti radi mogućnosti odstupanja zakonodavaca država članica pri preuzimanju direktiva u nacionalno pravo, doveo do prevelikih razlika u uređenju spomenutih instituta. Kao rezultat je nastalo fragmentirano i na različitim razinama važeće europsko privatno

17 Treba napomenuti kako je u pravu zaštite potrošača nakon uvođenja *ex* čl. 129a., odnosno *ex* čl. 153. UEZ-a kao posebne pravne osnove, čl. 95. UEZ-a i dalje ostao glavnom pravnom osnovom za usvajanje potrošačkih direktiva, zbog toga što je *ex* čl. 153. st. 3. sl. a) UEZ-a (sada: čl. 169. st. 2. sl. a) UFEU) propisivao usvajanje mjera temeljem *ex* čl. 95. UEZ-a (sada: čl. 114. UFEU). Ostale posebne pravne osnove bile su npr. *ex* čl. 12. st. 2., *ex* čl. 13. st. 1. i *ex* čl. 141. st. 3. UEZ-a (sada: čl. 18., 19., 157. UFEU), koje propisuju opću zabranu diskriminacije i posebne antidiskriminacijske mjere, posebne osnove za usklađivanje kod temeljnih gospodarskih sloboda iz *ex* čl. 40., 44., 47., 52. i 55. UEZ-a (sada: čl. 46., 50., 53., 59. i 62. UFEU), te mjere na području pravosudne suradnje u građanskim predmetima s prekograničnim učincima iz *ex* čl. 61. i 65. UEZ-a (sada: čl. 67. i 81. UFEU) itd.

18 Primjerice brojne potrošačke direktive slično, ali opet različito definiraju pojmove „potrošač“, „trgovac“, „pravo na odustanak“ itd. Osim toga neke uopće ne sadrže definiciju pojma „potrošač“, već koriste druge pojmove poput „glavni ugovarač“ u Direktivi 90/314/EEZ o turističkim paket aranžmanima (OJ 1990 L 158) ili „osoba“ u Direktivi 84/450/EEZ o ujednačavanju prava država članica u pogledu zavaravanja u reklamiranju (OJ 1984 L 250) i sl. Također, umjesto pojma „trader“ se ovisno o predmetnome području koriste nazivi „seller“, „supplier“, „vendor“, „retailer“ itd. Spomenute razlike se kao posljedica preuzimanja direktiva u nacionalno pravo primjenom načela minimalne harmonizacije još više produbljuju. Tako je primjerice rok od 10 kalendarskih dana za raskid ugovora koji je bio predviđen Direktivom 94/47/EZ o zaštiti stjecatelja u pogledu određenih vidova ugovora koji se odnose na stjecanje prava uporabe nekretnina na temelju timesharea (OJ 1994 L 280) u Austriji iznosio 14 dana, u Belgiji 15 dana, na Cipru 10 dana osim u slučaju državnog praznika kada je iznosio 15 dana, u Češkoj 15 dana, u Njemačkoj 14 dana, u Italiji i Portugalu 10 radnih dana itd. Vidi EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_en.htm.

pravo, koje pravna doktrina shvaća različito i definira u užem i u širem smislu. Prema definiciji u užem smislu europsko privatno pravo obuhvaća privatnopravna pravila sadržana u Ugovorima i temeljem njih usvojeno europsko privatno pravo, odnosno privatnopravno zakonodavstvo EU-a. Dotle shvaćeno u širem smislu europsko privatno pravo pored privatnopravnih pravila sadržanih u primarnom, sekundarnom i tercijarnom pravu EU-a, obuhvaća i nacionalno pravo država članica koje se na njima temelji i koje preuzima spomenute izvore, potom međunarodno unificirano privatno pravo, neobvezujuća pravna načela znanstvenih skupina (npr. Landova načela i sl.) kao i sudsku praksu Suda pravde EU-a.¹⁹

2. RAZVOJ I POTREBA KONSOLIDIRANJA EUROPSKOG UGOVORNOG PRAVA

2.1. Usklađivanje ugovornog prava država članica EU-a

U okviru europskog privatnog prava najviše se pozornosti posvetilo usklađivanju ugovornog prava država članica EU-a, kao najučinkovitije grane prava za postizanje i jačanje jedinstvenog unutarnjeg tržišta. Iako europska i nacionalna literatura ne poznaju jedinstvenu definiciju europskog ugovornog prava, ono se u širem smislu može definirati kao ukupnost pravnih propisa EU-a i na njima utemeljenih pravnih propisa država članica EU-a o ugovornom pravu.²⁰ Harmonizacijom ugovornog prava država članica europski je zakonodavac želio ostvariti cilj povećanja broja prekograničnih transakcija, odnosno pravnih poslova, a time i cilj boljeg funkcioniranja unutarnjeg tržišta. Budući da se u europskom privatnom pravu nacionalne odredbe kojima se uređuju načela i instituti ugovornog prava promatraju prije svega u svjetlu tržišne ekonomije, njihovim usklađivanjem nastupa pomak u shvaćanju istih. Tradicionalno razumijevanje formalne privatne autonomije u nacionalnim pravnim porecima²¹ država članica razlikuje se od onoga u privatnome pravu Unije, koje na privatnu autonomiju gleda funkcionalno kao sredstvo za postizanje idealnog unutarnjeg tržišta.²² Privatna autonomija i sloboda ugovaranja kao njezin izričaj čine stoga temelj europskog ugovornog prava, što u svojoj praksi priznaje i Sud pravde EU-a.²³ Ovakvo tržišno orijentirano

19 Vogel, A., Verbrauchervertragsrecht..., op. cit., str. 5.

20 Ibid., str. 8.

21 Načelo privatne autonomije, odnosno dispozitivnosti u obveznom pravu izražava se kao sloboda ugovaranja, odnosno u čl. 2. Zakona o obveznim odnosima (NN br. 35/05., 41/08., 125/11.), kao sloboda uređivanja obveznih odnosa. Tako Vedriš, M./Klarić, P., Građansko pravo, 7. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2009., str. 8.

22 Više kod Čikara, E., Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien, Berlin i dr., LIT Verlag, 2010., str. 39.

23 Sud pravde EU-a smatra da pravni poredak Unije priznaje sva pravna načela zajednička svim pravnim porecima država članica pod pretpostavkom da su ona u skladu s ciljevima EU-a. Kako neke države članice polaze od različitog shvaćanja pojedinih načela (npr. „pacta sunt servanda“ u kontinentalnom pravu ili common lawu) nije potpuno jasno, koje shvaćanje

shvaćanje klasičnih građanskopravnih načela nedvojbeno utječe na ugovorno pravo država članica koje uslijed usklađivanja nacionalnog prava s *acquisom* integrira europske direktive. One kao proizvod „*top-down*“ europskog zakonodavstva u svojim preambulama prvenstveno slijede ekonomski cilj uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta, te u mnogočemu odstupaju ili se suprotstavljaju odredbama nacionalnog prava, sadržavajući često nepravničke definicije i pojmove.²⁴ Mnoge ih države članice stoga preuzimaju u posebne zakone kao *lex specialise*, nastojeći time sačuvati cjelovitost i konzistentnost svojih građanskih zakonika. Manji broj zakonodavaca odlučio se na integraciju europskih direktiva u građanske zakonike ili zakone o obveznim odnosima, čime su željeli postići jedinstvo privatnog prava.²⁵ No, taj je cilj izrazito teško postići primjenom bilo koje od metoda preuzimanja privatnopravnih direktiva EU-a u nacionalno građansko pravo. Iz dosadašnjih iskustava država članica, vidljivo je, da preuzimanje mnogih privatnopravnih direktiva nije imalo za posljedicu prilagodbu odredaba direktiva okvirima nacionalnog prava, već upravo suprotno, prilagodbu nacionalnih odredaba odredbama direktiva. Čak štoviše, ovisno o usklađivanoj materiji i propisanom intenzitetu usklađivanja

sud smatra zajedničkim. Vidi predmet ESP-a, C-162/96, *Racke GmbH & Co./Hauptzollamt Mainz* [1998] ECR I-3655. Pojedini autori smatraju da europsko privatno pravo počiva na novim načelima, koji ne nalaze pandan u nacionalnim pravnim poredcima. Tako se spominje načelo solidarnosti koje ugovorne strane obvezuje na međusobno uvažavanje pri ispunjavanju obveza i pravičnost. Ovo se načelo dalje dijeli na tri podnačela: jednakost ugovornih strana, ravnoteža u sadržaju ugovora i ugovorna solidarnost u užem smislu. Nadalje priznaje se i načelo legitimnih očekivanja u europskom ugovornom pravu. Ova načela stoje nasuprot pukom formalnom shvaćanju slobode ugovaranja. Vidi Rösler, H., *Die Anwendung von Prinzipien des europäischen Verbraucherprivatrechts in der jüngeren EuGH-Rechtsprechung*, *Zeus*, 2006., str. 341; Heiderhoff, B., *Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht*, *Zeus*, 2003., str. 769-788; Lurger, B., *Vertragliche Solidarität, Nomos, Baden-Baden*, 1998., str. 128-139.

- 24 Brojni primjeri kod Šarčević, S./Mišćenić, E., *Uporaba europskoga ili nacionalnoga nazivlja pri preuzimanju direktiva EU-a u hrvatsko zakonodavstvo*, u: Bratanić, M. (ur.), *Hrvatski jezik na putu u EU*, Hrvatska sveučilišna naklada, 2011.
- 25 Npr. u Austriji su Direktiva 85/577/EEZ o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija (OJ 1985 L 372), Direktiva 90/314/EEZ o turističkim paket aranžmanima (OJ 1990 L 158/59) i Direktiva 93/13/EEZ o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima (OJ 1993 L 95/29) preuzete u austrijskom Zakonu o zaštiti potrošača (Konsumentenschutzgesetz, BGBl. 140/1979, posljednje izmjene BGBl. I 77/2011). Direktiva 94/47/EZ o zaštiti stjecatelja u pogledu određenih vidova ugovora koji se odnose na stjecanje prava uporabe nekretnina na temelju *timesharea* (OJ 1994 L 280) bila je preuzeta posebnim zakonom, *Teilzeitnutzungsgesetz* (BGBl. I Nr. 32/1997), kojeg ukida novi *Teilzeitnutzungsgesetz* 2011 (BGBl. I 8/2011), koji preuzima novu Direktivu 2008/122/EZ o zaštiti potrošača s obzirom na određene aspekte ugovora o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine (timeshare), o dugoročnim proizvodima o odmoru, ponovnoj prodaji i razmjenu (OJ 2009 L 033/10). Direktiva 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanim garancijama (OJ 1999 L 171) preuzeta je u austrijski Opći građanski zakonik (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, JGS Nr. 946/1811, posljednje izmjene BGBl. I Nr. 58/2010). Sve spomenute direktive u Njemačkoj su preuzete i objedinjene u njemačkom Građanskom zakoniku (*Bürgerliches Gesetzbuch* RGBl., str. 195, kako objavljen u BGBl. I 2002/42, posljednje izmjene BGBl. I S. 1600).

(minimalna ili maksimalna harmonizacija), nacionalni je zakonodavac često prisiljen na puko „prepisivanje“ teksta direktive, želi li izbjeći negativne posljedice manjkavog preuzimanja direktiva.²⁶ Jedan od nedostataka europeizacije ugovornog prava predstavlja i nemogućnost utjecaja nacionalnog zakonodavca na jednom usklađenu pravnu materiju, odnosno nemogućnost naknadnog mijenjanja usklađenog nacionalnog zakonodavstva na način koji je suprotan ciljevima iz direktiva EU-a (tzv. blokirajući učinak direktive). Imajući u vidu prije svega cilj ostvarenja unutarnjeg tržišta, europski je zakonodavac usklađivanjem i približavanjem privatnopravnih odredaba država članica želio posebice postići istovrsno materijalno pravo koje bi adresatima ulijevalo potrebnu sigurnost za prekogranično sklapanje pravnih poslova. Ipak, opisani nedostaci harmonizacije ugovornog prava država članica u znatnoj su mjeri omeli proces ostvarenja idealnog unutarnjeg tržišta,²⁷ te su ga čak ugrozili narušavanjem ravnoteže privatnopravnih poredaka država članica EU-a. Stablnost građanskog prava, posebice ugovornog prava država članica biva potresena učestalim izmjenama koje su posljedica integriranja fragmenata europskog zakonodavstva u nacionalno pravo, a koji često ne sadrže ni cjelovita niti kvalitetna rješenja.²⁸ Kao što se nepravilnom uporabom antibiotika može oslabjeti imunološki sustav ljudskog tijela, tako se neprilagođenim usklađivanjem može oslabjeti privatno, odnosno ugovorno pravo država članica. To se je osobito pokazalo u praksi sudova nekih država članica koji su jednostavno ignorirali posebne zakone usvojene radi usklađivanja s privatnopravnim direktivama EU-a.²⁹ Udaljavanje od cilja uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta proklamiranog u aktima usklađivanja, pravno utemeljenima uglavnom na *ex čl. 95. UEZ-a* (sada: čl. 114.

26 O posljedicama manjkavog preuzimanja direktiva EU-a u nacionalno pravo država članica vidi Senden, L., *Implementing EU Law: Requirements, Pitfalls and Challenges for National Authorities*, u: Tomljenović, V./Čulinović–Herc, E./Butorac Malnar, V. (ur.), *Hrvatska na putu prema Europskom pravosuđnom području: Rješavanje trgovačkih i potrošačkih sporova*, Pravni fakultet, Rijeka, 2009., str. 13.

27 O glavnim preprekama za sklapanje prekograničnih transakcija u B2C i B2B odnosima diljem EU-a, vidjeti Eurobarometer, *European contract law in consumer transactions*, i *European contract law in business-to-business transactions Analytical Report*, 2011.

28 Tako Smits govori kao su „these fragments of European law (are) out of tune (...)“, te spominje kako je Teubner ustanovio izraz „legal irritants“ prema kojem „the rule of European origin is not so much assimilated into the national legal order, but instead disorders national legal system“. Vidi Smits, J. M., *Contract Law in the European Union: Convergence or Not?*, TICOM, br. 1., 2008., str. 18.

29 Vidi Welser, R. (ur.), *Privatrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa*, Manz, Wien, 2008. Glede sudske prakse u zemljama jugoistočne Europe vidi *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, First Regional Conference, Cavtat 2010.*, vol. I-III, Beograd, 2010. Treba napomenuti da se posljedice manjkavog usklađivanja odražavaju upravo na sudovima i drugim adresatima usklađivanih propisa. Tako je preuzimanje Direktive 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu (OJ L 133/66) u hrvatski Zakon o potrošačkom kreditiranju (NN br. 75/09., 112/12.) (ZPK), rezultiralo problematičnom situacijom, gdje su tijekom prijelaznog razdoblja od 1. siječnja 2010. do 1. siječnja 2011. istu materiju uređivala dva usporedna sustava odredbi iz Glave IX. Zakona o zaštiti potrošača (NN br. 79/07., 125/07., 79/09., 89/09., 133/09., 78/12.) i ZPK. O tome više kod Čikara, E., *Gegenwart...*, op. cit., str. 400.

UFEU), u suprotnosti je s načelom supsidijarnosti, koje uz načelo proporcionalnosti uređuje korištenje nadležnostima Unije (čl. 5. st. 1. UEU (*ex* čl. 5. st. 1. UEZ)). Ono Uniji postavlja granice kod usklađivanja prava radi ostvarenja unutarnjeg tržišta, kao područja podijeljene nadležnosti između država članica i Unije (čl. 4. st. 2. sl. a) UFEU). Prema definiciji načela supsidijarnosti iz čl. 5. st. 3. UEU-a, „u područjima koja ne spadaju u njenu isključivu nadležnost, Unija smije djelovati samo onda i ako ciljevi predloženog djelovanja ne mogu biti zadovoljavajuće ostvareni od strane država članica, bilo na središnjoj, bilo na regionalnoj ili lokalnoj razini, ali mogu, zbog razmjera ili učinaka predloženog djelovanja, biti bolje ostvareni na razini Unije“. Nadalje, načelo proporcionalnosti iz čl. 5. st. 4. UEU-a propisuje, kako „sadržaj i oblik djelovanja Unije ne smije prelaziti ono što je nužno da bi se ostvarili ciljevi Ugovora“. Upravo zbog spoznaje da pri usklađivanju ugovornog prava država članica EU-a, hoda na rubu svoje nadležnosti, europski zakonodavac u svojim novijim mjerama usklađivanja sve jače opravdava ispunjenje načela supsidijarnosti.³⁰ Pritom s istim ciljem pokušava pronaći novi i ispravan pristup harmonizaciji ugovornog prava država članica, kako bi uklonio uočene probleme i nedostatke koji potkopavaju nadležnost Unije u ovom području. Tako dolazi do promjena u intenzitetu harmonizacije, prelaskom s minimalne na tzv. maksimalnu harmonizaciju, prema kojem države članice ne smiju zadržati ili propisati odredbe u svojem nacionalnom pravu koje odstupaju od odredaba usklađenih direktivama.³¹ No, uslijed mnogobrojnih kritika usmjerenih ka njezinoj nefleksibilnosti i umanjnju sposobnosti prilagodbe direktiva nacionalnim pravnim porecima, što bi dovelo do sniženja kvalitete reguliranja kao i stupnja zaštite, postupno ju se ublažava ciljanjem na samo određena pitanja koja se usklađuju (tzv. „targeted full harmonization“), a

30 Očiti primjer je nova Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, kojima se mijenja Direktiva Vijeća 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i opoziva Direktiva Vijeća 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, OJ L 304 /64, 22. studenog 2011. (dalje u tekstu: Direktiva 2011/83/EU), koja u recitalu 65. preambule izričito ističe: „Since the objective of this Directive, namely, through the achievement of a high level of consumer protection, to contribute to the proper functioning of the internal market, cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore be better achieved at Union level, the Union may adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty on European Union. In accordance with the principle of proportionality, as set out in that Article, this Directive does not go beyond what is necessary in order to achieve that objective.“ Ugovorom iz Lisabona člankom 12. UEU-a uvedeni mehanizam konkretizira Protokol br. 2 o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti, OJ C 83/206, 30.3.2010., s time što nacionalnim parlamentima omogućava da putem, tzv. postupka narančastog ili žutog kartona u roku od osam tjedana od primitka nacрта zakonodavnog akta Unije podnesu obrazloženo mišljenje zašto smatraju da nacrt nije u skladu s načelom supsidijarnosti.

31 O različitim modelima harmonizacije više kod Josipović, T., Izazovi harmonizacije građanskog prava putem direktiva, u: Civil Law Forum for South East Europe, op. cit., p. 293. Vidi i Howells, G./Reich, N., The current limits of European harmonisation in consumer contract law, ERA Forum, 2011/12, str. 39.

polako i napušta.³² Jednako tako mijenja se i regulatorni pristup, te se pored dosada uglavnom primjenjivane rigidne zakonodavne metode Zajednice („Community method“), i u području usklađivanja ugovornog prava pokušava uvesti nove vidove približavanja putem kooperacije i koordinacije mjera različitih država članica.³³ Povrh toga, radi potrebe prilagodbe novome stupnju razvoja europskih integracija izmjene doživljava i sama metoda Zajednice. Tako, tzv. „top-down“ zakonodavni pristup postupno sve više ustupa mjesto, tzv. „bottom-up“ pristupu, kod kojeg se rezultati rada nezakonodavnih tijela, pravnih skupina, teoretičara i praktičara sve više uzimaju u obzir pri usvajanju zakonodavnih akata.³⁴ Na taj se način želi steći znanje i iskustvo, što iz učenja na vlastitim pogreškama, što temeljem znanja sakupljenog u postupcima javnih konzultacija, koje će se primijeniti u zakonodavnim postupcima usvajanja određenih pravnih akata, a koje bi trebalo rezultirati boljom regulativom na području privatnog, posebice ugovornog prava.

2.2. Pregled djelovanja u području europskog ugovornog prava

Opisani razvoj i problematiku na području europskog ugovornog prava već dugi niz godina prate brojna priopćenja i projekti Komisije, koji se u pravnoj literaturi predstavljaju i kao pokušaj konsolidiranja i harmonizacije s jedne strane, ali i kao projekti kodifikacije ugovornog prava s druge.³⁵ Prve političke inicijative krenule su već 1989. godine i 1994. godine kada je Europski parlament usvojio

32 Prvi primjeri promjene u strategiji Komisije predstavljale su Direktiva 2002/65/EZ o oglašavanju na daljinu financijskih usluga za potrošače (OJ 2002 L 271/16), Direktiva 2005/29/EZ u vezi s nepoštenim poslovnim djelovanjima poduzetnika prema potrošaču na unutarnjem tržištu (OJ 2005 L 149/22), potom Direktiva 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu (OJ L 133/66) itd. Ovdje treba napomenuti postojeći problem razgraničenja pojma maksimalne i potpune harmonizacije koji se nerijetko koriste kao istoznačnice, čak i u samim aktima EU-a. Potpuna harmonizacija je ona kod koje su s obzirom na njezin opseg i sadržaj direktivom obuhvaćeni svi aspekti nekog pravnog instituta ili pravnog područja. U čl. 4. Prijedloga Direktive o pravima potrošača, KOM(2008) 614 fin, 2 pod naslovom „potpuna harmonizacija“ bilo je propisano kako države članice ne smiju zadržati ili propisati u svojem nacionalnom pravu, odredbe koje odstupaju od onih propisanih ovom Direktivom, uključujući manje ili više stroge odredbe radi osiguravanja različitog stupnja zaštite potrošača. Suprotno naslovu ovdje se nije radilo o potpunoj harmonizaciji u smislu navedene definicije. Tako je čl. 4. Direktive 2011/83/EU izmijenjen na način da nosi naslov „Stupanj harmonizacije“, a u nastavku na navedenu definiciju dodaje „unless otherwise provided in this Directive“ (osim ako Direktivom nije propisano što drugo).

33 O potrebi uvođenja novih regulatornih tehnika vidi Cafaggi, F./Muir Watt, H., *Making European Private Law*, Elgar, Cheltenham i dr., 2008. O mogućnosti uvođenja otvorene metode koordinacije pored tradicionalne metode Zajednice stvaranjem, tzv. hibridnog modela koji kombinira koordinaciju i harmonizaciju vidi Čikara, E., *Offene Methode der Koordinierung im Verbraucherschutzbereich?* u: Bodiroga-Vukobrat, N./Gerald, G. S./Barić, S. (ur.), *Die Offene Methode...* op. cit., str. 301 et seq.

34 O razlikama između dva pristupa kod Vukadinović, R. D., *Načela Evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*, Kragujevac, 2001., str. 7.

35 Zoran pregled razvoja kod Reich, N., *Harmonisation of European contract law: with special emphasis on consumer law*, *China-EU Law J*, br. 1, 2011., str. 80 et seq.

Rezolucije u kojima je stvaranje Europskog građanskog zakonika istaknuo kao najučinkovitiju metodu usklađivanja prava s ciljem uspostave i funkcioniranja jedinstvenog unutarnjeg tržišta.³⁶ Istovremeno se odvijaju znanstveni projekti čitavog niza privatnih akademskih skupina,³⁷ od kojih je rad nekih potican i u spomenutim rezolucijama, te poduprt od Komisije, npr. projekt izrade Načela europskog ugovornog prava „Komisije za europsko ugovorno pravo“ (tzv. Landove komisije),³⁸ koju u kasnijem radu nasljeđuje „Studijska grupa o europskom građanskom zakoniku“. Poduzimanje ozbiljnijih koraka u smjeru konsolidiranja europskog ugovornog prava počinje nakon 15. i 16. listopada 1999. godine, kada Predsjedništvo Europskog vijeća u Tampereu o stvaranju zajedničkog područja slobode, sigurnosti i pravde u EU, između ostalog, donosi zaključak o nužnosti izradbe opće studije o potrebi harmonizacije propisa na području ugovornog prava

- 36 Rezolucijom A2-157/89 o usklađivanju privatnog prava država članica od 26. lipnja 1989., OJ C 158/400 Europski parlament je pozvao da se započne s pripremnim radnjama oko nacrtu Kodeksa privatnog prava Zajednice i da države članice koje prihvataju načelo unificiranja osnuju odbor znanstvenika koji će predložiti prioritete i organizirati aktivnosti potrebne za harmonizaciju privatnog prava u tim državama. Rezolucijom o harmonizaciji pojedinih područja privatnog prava u državama članicama od 25. srpnja 1994., OJ C 205/518 Europski parlament požuruje Komisiju da započne s radom glede moguće izrade nacrtu Kodeksa i osnivanja odbora znanstvenika. O kodifikaciji europskog ugovornog prava kod Lurger, B., *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, Springer, Wien, str. 2.
- 37 Tako je „Akademija europskih znanstvenika privatnog prava“ (tzv. Pavia grupa) osnovana 1992. godine sa sjedištem u Padovi (Italija), pod vodstvom prof. Gandolfija G. izradila Europski zakonik o ugovorima (Gandolfijev zakonik) radi znanstvenog doprinosa ujednačavanju, tumačenju i primjeni europskog privatnog prava (Avant-Projet). Treba spomenuti i rad akademskih skupina na drugim područjima privatnog prava kao što je rad „Europske skupine za odštetno pravo“ (tzv. Tilburg Group) koju je osnovao 1992. godine nizozemski sveučilišni prof. Spier, J., a koju organizatorno podupire European Center of Tort and Insurance Law (ECTIL) iz Beča, kojeg je 1999. g. osnovao austrijski sveučilišni prof. Koziol, H. Ova je skupina izradila Načela europskog odštetnog prava. Godine 2001. osnovana je i Komisija za europsko obiteljsko pravo koja je izradila Načela europskog obiteljskog prava radi poticanja intenzivnijeg usklađivanja obiteljskog prava radi ostvarivanja stvarne slobode kretanja osoba i stvaranja učinkovitog, jedinstvenog pravnog prostora. Vidi Winkler, S., *The Role of Soft Law in the Europeanisation of Contract Law*, u: Bodiroga-Vukobrat, N./Gerald, G. S./Barić, S. (ur.), *Die Offene Methode...* op. cit., str. 332 et seq.
- 38 Načela Komisije koju je osnovao prof. Lando, O. iz Kopenhaga nastajala su u više stadija. Prvi dio je izrađen u razdoblju od 1982. do 1995. godine i obuhvaća 59 članaka. Drugi je nastao u razdoblju od 1992. do 1999. godine i obuhvaća 73 članka. Treći dio je nastao u razdoblju od 1997. do 2002. godine i obuhvaća 69 članaka. „Studijska grupa o europskom građanskom zakoniku“ kao njezina nasljednica ima za cilj izradu Načela europskog prava u području obveznog prava i ključnih područja stvarnog prava. Vidi Petrić, S., *Uvod u Načela europskog ugovornog prava*, *Zbornik PFR*, 29 (2008), 1, str. 335. Prof. Zimmerman s pravom naglašava kako PECL „do not provide the blueprint for a codification of (general) contract law“, stoga što se oblikovalo „opća pravila“, potom Dio III. nije povezan s Dijelovima I. i II. - nedostatak vremenskih odmaka njihove izrade, također pet od osam poglavlja izlaze izvan okvira ugovornog prava, sadržavajući elemente obveznog prava općenito i najvažnije zanemaruju važeći *acquis*. Više kod Zimmerman, R., *The Present State of European Private Law*, *Mededelingen, Nieuwe Reeks*, Deel 73 br. 1, 2009., str. 8 et seq.

država članica.³⁹ Nakon toga 2001. godine slijedi Priopćenje Komisije o europskom ugovornom pravu u kojem se predlažu četiri opcije za rješavanje problema usklađivanja ugovornog prava.⁴⁰ Dok je prva opcija predviđala nedjelovanje, odnosno prepuštanje zakonitostima tržišta, druga je propisivala izradbu jedinstvenih neobvezujućih načela kao „*opt-in*“ instrumenta. Treća opcija zahtijevala je poboljšanje kvalitete važećeg europskog zakonodavstva, posebice u području zaštite potrošača, a četvrta usvajanje opsežnog i obvezujućeg zakonodavstva Unije.⁴¹ Godine 2003. u Priopćenju Komisije „Koherentnije europsko ugovorno pravo-akcijski plan“ predlaže se izradba tzv. Zajedničkog referentnog okvira (Common Frame of Reference (dalje u tekstu: CFR)) kao „*opt-in*“ instrumenta, koji bi sadržavao zajedničke odredbe i terminologiju europskog ugovornog prava i uređivao posebne ugovore iz prava potrošača.⁴² Takav bi instrument ugovornim stranama i sudovima pružio slobodu izbora hoće li ga primijeniti ili ostati izvan njega. Dodatno, akcijski je plan sadržavao još dva prijedloga, o izradbi EU standardnih uvjeta ugovora i o izradi nacrtu opcionalnog kodeksa. Ovaj je akcijski plan poslužio i kao temelj za rad „Europske istraživačke skupine važećeg privatnog prava EZ-a“ (tzv. *Acquis* grupe). Ona je u svojim Načelima sustavno objedinila i predstavila već usklađeno i ujednačeno ugovorno pravo na razini Unije radi ustanovljavanja zajedničkih pojmova europskog građanskog prava. U sljedećem Priopćenju Komisije „Europsko ugovorno pravo i revizija pravne stečevine-daljnje djelovanje“ iz 2004.,⁴³ izrada CFR-a i dalje ostaje odlučujuća za stvaranje jedinstvenog sustava privatnog prava, te ga se poima kao tzv. „handbook“ ili „toolbox“ za provedbu izmjena i usvajanje novih pravnih akata u okviru revizije važećeg *acquisa*. No, u ovom Priopćenju kao i nakon njega usvojenom „Prvom radnom izvješću o europskom ugovornom pravu“ od 23. rujna 2005.,⁴⁴ dolazi do postupnog razdvajanja postupka preispitivanja i konsolidiranja EU ugovornog prava potrošača od sveobuhvatnijeg projekta kodifikacije europskog privatnog prava. Tako je istovremeno uz potporu Komisije započeo rad na nacrtu CFR-a s jedne strane, te provođenje postupka preispitivanja i revizije važećeg *acquisa* u pravu zaštite potrošača s druge. Temeljem

39 Europska komisija, Glavno tajništvo, OJ (1999) 800, Bruxelles, 16. listopada 1999, Europsko vijeće – Tampere, 15. i 16. listopada 1999., zaključci Predsjedništva, toč. 39: „As regards substantive law, an overall study is requested on the need to approximate Member States’ legislation in civil matters in order to eliminate obstacles to the good functioning of civil proceedings.“

40 Priopćenje Europske komisije o europskom ugovornom pravu, COM(2001) 398, OJ EC 2001 C 255/1.

41 Većina sudionika javnih konzultacija poduprla je drugu i treću opciju. Vidi Van Gerven, W., *Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level*, u: Cafaggi, F., *The institutional framework of European private law*, Oxford University Press, Oxford i dr., 2006., str. 36.

42 Priopćenje Komisije od 15. ožujka 2003., Koherentnije europsko ugovorno pravo-akcijski plan, COM(2003) 68 fin., OJ EU 2003 C 63/1.

43 Priopćenje Komisije „Europsko ugovorno pravo i revizija pravne stečevine-daljnje djelovanje“, COM (2004) 651 fin. od 11. listopada 2004.

44 COM(2005) 456 final.

ugovora s Komisijom iz 2005. godine u okviru Joint Network on European Private Law (CoPECL network), spomenuta „Studijska grupa o europskom građanskom zakoniku“ i „Acquis grupa“ zajednički rade na ambicioznom projektu stvaranja CFR-a, koji će se sastojati od načela, definicija i model-pravila europskog privatnog prava, uključujući pravo potrošača. Pritom na sadržaj CFR-a osim načela „Acquis grupe“, odnosno Načela važećeg ugovornog prava EZ-a, utječu i pod utjecajem „Studijske grupe o europskom građanskom zakoniku“ izmijenjena Landova načela, ali i UNIDROIT načela međunarodnih trgovinskih ugovora. Tekst CFR-a koji je Komisiji predstavljen krajem 2007. godine, dostupan je od 2008. u obliku nacrtu privremenog izdanja, da bi konačno izdanje od tri dijela, odnosno deset knjiga bilo objavljeno 2009. godine.⁴⁵ Usporedno se je u više stadija odvijao postupak revizije važećeg *acquisa* na području europskog prava zaštite potrošača. Od strane Komisije odabrana međunarodna skupina pravnih stručnjaka izradila je u okviru znanstvenoga projekta „EC Consumer Law Compendium“ poredbenu analizu preuzimanja i primjene osam potrošačkih direktiva u dvadesetpet pravnih poredaka država članica.⁴⁶ Prvi stadij dijagnoze zaključen je usvajanjem Zelene knjige Komisije o reviziji pravne stečevine na području zaštite potrošača EZ-a od 8. veljače 2007. godine.⁴⁷ Radi pojednostavljenja i usavršavanja važeće pravne regulative zaštite potrošača Komisija u Zelenoj knjizi predlaže tri opcije revizije: vertikalni pristup,

45 von Bar, Ch. i dr. (ur.), *Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009. O utjecaju CFR-a na praksu ESP-a vidi Trstenjak, V., *Der gemeinsame Referenzrahmen und der Europäische Gerichtshof*, u: Schmidt-Kessel, M., *Der gemeinsame Referenzrahmen*, Sellier, München, 2009., str. 235 et seq. U suradnji s Komisijom 2009. godine objavljena su kao Nacrt zajedničkog referentnog okvira za ugovore o osiguranju i Načela europskog ugovornog prava osiguranja (opći dio), koja su rezultat rada međunarodne skupine znanstvenika pod nazivom *Restatement of European Insurance Contract Law (Redefiniranje europskog ugovornog prava osiguranja)*, osnovane 1999. g. u Innsbrucku na inicijativu Reicherta-Facilides F.

46 Hans Schulte-Nölke, H./Twigg-Flesner, Ch./Ebers, M., *EC Consumer Law Compendium-Comparative Analysis*, Sveučilište u Bielefeldu, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf, obuhvaća Direktivu Vijeća 85/577/EEZ od 20.12.1985. o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija, OJ 1985 L 372 (dalje u tekstu: Direktiva 85/577/EEZ), Direktivu Vijeća 90/314/EEZ od 13.6.1990. o turističkim paket aranžmanima, OJ 1990 L 158, Direktivu Vijeća 93/13/EEZ od 5.4.1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima, OJ 1993 L 95 (dalje u tekstu: Direktiva 93/13/EEZ), Direktivu 94/47/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26.10.1994. o zaštiti stjecatelja u pogledu određenih vidova ugovora koji se odnose na stjecanje prava uporabe nekretnina na temelju *timesharea*, OJ 1994 L 280, Direktivu 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 20.5.1997. o zaštiti potrošača s obzirom na ugovore na daljinu, OJ 1997 L 144 (dalje u tekstu: Direktiva 97/7/EZ), Direktivu 98/6/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16.2.1998. o zaštiti potrošača kod isticanja cijena proizvoda koji se nude potrošačima, OJ 1998 L 80, Direktivu 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25.5.1999. o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanim garancijama, OJ 1999 L 171 (dalje u tekstu: Direktiva 1999/44/EZ) i Direktivu 98/27/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19.5.1998. godine o sudskim nalogima za zaštitu kolektivnih interesa potrošača (OJ 1998 L 166).

47 COM(2006) 744 final od 8. veljače 2007.

kombinirani pristup i zadržavanje postojećeg stanja.⁴⁸ Nakon tromjesečnog razdoblja javnih konzultacija većina se sudionika priklonila kombiniranom pristupu, prema kojem je bilo potrebno usvojiti novi pravni akt, odnosno horizontalni okvirni instrument, čijim bi poljem primjene bio obuhvaćen sadržaj Direktiva 85/577/EEZ, Direktiva 93/13/EEZ, Direktiva 97/7/EZ i Direktiva 1999/44/EZ, a spomenute direktive ukinute. Svjetlo dana ugledao je 8. listopada 2008. u obliku Prijedloga Komisije o usvajanju Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o pravima potrošača,⁴⁹ primjenjivog na „business-to-consumer“ (B2C) ugovorne odnose i utemeljenog na potpunoj ciljanoj harmonizaciji. Iako je Prijedlog sadržavao mnoga dobra rješenja poput jedinstvenog uređenja zajedničkih definicija, obveza pružanja informacija, prava na odustanak kod ugovora koji se sklapaju na daljinu i izvan poslovnih prostorija trgovca i sl., sadržavao je i mnoge kontroverzne odredbe poput one o potpunoj harmonizaciji, koja primjerice nije odgovarajuće primjenjiva na pravna sredstva kod ugovora o prodaji i na nepoštene ugovorne odredbe.⁵⁰ Također nije riješio problem različitog uređenja i definiranja istih pojmova u preostalim potrošačkim direktivama, što je posebice važna okolnost za nacionalne zakonodavce koji su ključne definicije „potrošača“, „trgovca“ i sl. preuzimali uglavnom općim odredbama posebnih zakona o zaštiti potrošača koje se primjenjuju na sve vrste potrošačkih ugovora. I konačno, Prijedlog nije zadovoljavao ispunjavao pretpostavke spomenutih načela supsidijarnosti i proporcionalnosti. Naime, uvođenje potpune ciljane harmonizacije Komisija je opravdala činjenicom da je načelo minimalne harmonizacije dovelo do rascjepkanog zakonodavnog okvira diljem Europe, što je uzrokovalo značajne troškove trgovcima koji žele prekogranično trgovati i rezultiralo niskim stupnjem povjerenja potrošača koji žele prekogranično kupovati. Pritom je ignorirala činjenicu da je upravo ona 1985. godine u gore spomenutoj Bijeloj knjizi predstavila politiku minimalne harmonizacije kao osnovni element, tzv. „Nove strategije“ radi ostvarenja europskog unutarnjeg tržišta, te minimalnim klauzulama u prijedlozima pravnih akata omogućavala njihovo različito i odstupajuće preuzimanje u državama članicama. Također, stoga što nije predviđao usklađivanje svih relevantnih propisa, Prijedlog je

48 Više kod Čikara, E., *Novosti u razvoju europskog prava zaštite potrošača: Osvrt na Zelenu knjigu o reviziji pravne stečevine na području zaštite potrošača Europske zajednice*, HPR, 1/2008., str. 60.

49 COM(2008) 614 final. Vidi Čikara, E., *Pregled Predloga Komisije o Direktivi Evropskog Parlamenta i Saveta o pravima potrošača*, u: *Civil Law Forum for South East Europe*, op. cit., str. 551.

50 Treba napomenuti kako su ponuđena rješenja i dalje sadržavala mnoge nedostatke. Primjerice, definicija ugovora koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija trgovca je s jedne strane preširoka, a s druge preuska jer ne obuhvaća određene situacije, npr., tzv. izlete na kavu koje je organizirao trgovac. Definicija „potrošača“ nije uzela u obzir važeće definicije u mnogim državama članicama koje pored fizičkih obuhvaćaju i pravne osobe, nije riješila „dual use“ problematiku itd. Nadalje, Prijedlog je sadržavao brojne generalne klauzule, npr. „significant inconvenience“, „reasonable period of time“, „short period of time“ koje je potrebno razjasniti radi povećanja pravne sigurnosti. Ostalo je neriješeno pitanje kvalitete i kvantitete informacija koje se moraju pružiti potrošaču (tzv. *information overload*).

ostavio prostora daljnjim odstupanjima. Uslijedile su i kritike naspram odabranog oblika direktive kao mjere usklađivanja, koja bi zbog predloženog intenziteta harmonizacije poprimila karakteristike uredbe, te pri preuzimanju u nacionalno pravo mogla dovesti do sniženja stupnja zaštite potrošača u određenim aspektima. Stoga je budućnost ovog vrlo kritiziranog Prijedloga dugo vremena bila neizvjesna, a rasprava o njemu se je nastavila i objavljivanjem nove Zelene knjige Europske komisije o opcijama za napredak prema Europskom ugovornom pravu za potrošače i trgovce u srpnju 2010. godine.⁵¹ Cilj ove Zelene knjige koja nudi čak sedam različitih opcija za napredak Europskog ugovornog prava bio je daljnje jačanje unutarnjeg tržišta EU-a. U tu svrhu Komisija je okupila grupu stručnjaka koja je trebala proučiti izvodljivost, tzv. instrumenta o Europskom ugovornom pravu i pomoći Komisiji u izboru određenih dijelova nacrtu CFR-a koji se izravno ili neizravno odnose na ugovorno pravo i u izmjenama, reviziji i nadopuni odabranih odredbi.⁵² Prema Zelenoj knjizi instrument bi mogao biti neobvezujući ili obvezujući, ovisno o ponuđenoj opciji.⁵³ Tako je opcija 1. predviđala samo objavljivanje rezultata rada grupe stručnjaka kao praktičnog i korisnicima namijenjenog teksta, kojeg bi osim europskog mogli koristiti i nacionalni zakonodavci kao izvor inspiracije pri izradbi pravnih akata, ali i ugovorne strane pri izradbi standardiziranih uvjeta poslovanja. Opcija 2. propisivala je usvajanje službenog „toolboxa“ za EU zakonodavca, odnosno mogućnost da Komisija usvoji neki akt, bilo u obliku priopćenja ili odluke o europskom ugovornom pravu koji bi ona koristila kao instrument pri izradbi prijedloga novih zakonodavnih akata ili kod revizije važećih mjera. Opcija 3. temeljila se je na pripajanju instrumenta Europskog ugovornog prava kao pravitka Preporuci Komisije upućenoj državama članicama, koja bi ih poticala na inkorporiranje instrumenta u njihovo nacionalno pravo, kao što su američka UCC ili UNIDROIT načela. Opcija 4. predviđala je usvajanje Uredbe o

51 COM(2010) od 1. srpnja 2010.

52 Odluka Komisije od 26. travnja 2010. o osnivanju grupe stručnjaka o Zajedničkom referentnom okviru u području Europskog ugovornog prava, OJ L 105/109. Odluka se posebice poziva na Višegodišnji program 2010.-2014. u području slobode, sigurnosti i pravde, Rezolucija Europskog parlamenta od 25. studenog 2009. o Priopćenju Komisije Europskom parlamentu i Vijeću: područje slobode, sigurnosti i pravde za državljane – Stockholmski program za 2010.-2014., OJ C 285E, 21.10.2010., str. 12 i na Europu 2020. strategiju za pametan, održiv i uključiv razvoj, COM/2010/2020 final, koji potiču stvaranje opcionalnog europskog ugovornog prava. Sastav grupe stručnjaka vidjeti na http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert-group_en.pdf (22.11.2011.). O svemu više kod Fuchs, A., *European contract law: the way forward*, ERA Forum 2011./12, str. 2 et seq. Vidi i prijedloge za poboljšanje CFR-a od kojih su neki uvaženi u opcionalnom instrumentu Europskog ugovornog prava kod Hesselink, M. W., *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law*, Tulane Law Review, Vol. 83., 2009., str. 319 et seq.

53 Vrlo detaljno o svakoj opciji kod Basedow, J./ Christandl, G./ Doralt, W./Fornasier, M./Illmer, M./Kleinschmidt, J./Martens, S. A. E./Rösler, H./Schmidt, J. P./Zimmermann, R., *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, Max Planck Private Law Research Paper br. 11/2, http://www.upo.es/investiga/export/sites/investiga/dicodex/documentos/documentosparamateriales/comments_greenpaper_110128.pdf (2.1.2012).

uspostavi opcionalnog instrumenta Europskog ugovornog prava kao drugog režima u svakoj državi članici. Opcija 5. preporučala je usvajanje Direktive o Europskom ugovornom pravu, koja bi harmonizirala nacionalno ugovorno pravo na temelju minimalnih zajedničkih standarda i koja bi nadopunjavala potrošački *acquis* te obuhvaćala odredbe buduće Direktive o pravima potrošača. Ipak, Komisija se je u Zelenoj knjizi najviše zalagala za Opciju 6. o usvajanju Uredbe o Europskom ugovornom pravu i Opciju 7. o usvajanju Uredbe o Europskom građanskom zakoniku, pritom priznajući da obje opcije zadiru u osjetljivo pitanje načela supsidijarnosti i proporcionalnosti. Komisija je također uvidjela ograničenost načela maksimalne harmonizacije napominjući kako će razlike ugovornih prava država članica biti zbilja i nakon usvajanja predložene Direktive o pravima potrošača. Stoga je predložila stvaranje model pravila europskog ugovornog prava kojima želi nadvladati fragmentarnost ugovornog prava država članica te polučiti uspjeh kakav je postigla primjerice Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine (dalje u tekstu: CISG).⁵⁴ Istovremeno tijekom trajanja javnih konzultacija o Zelenoj knjizi,⁵⁵ dolazi do pomaka u pregovorima između Vijeća i Europskog parlamenta o Prijedlogu Direktive o pravima potrošača čiji Odbor za unutarnje tržište i zaštitu potrošača 1. veljače 2011. preporuča Europskom parlamentu da pri prvom čitanju u redovnom zakonodavnom postupku zauzme stajalište o čitavom nizu potrebnih izmjena. Direktivu 2011/83/EU o pravima potrošača, kojom se mijenja Direktiva 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ i opoziva Direktiva 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EZ 23. lipnja 2011. godine izglasao ju je Europski parlament, a 10. listopada 2011. potvrdilo ju je Vijeće u znatno izmijenjenoj verziji od početnog Prijedloga.⁵⁶ Time Opcija 5. spomenute Zelene knjige postaje načelno bespredmetna. No, zbog vrlo ograničenog dometa nove Direktive 2011/83/EU i slabog učinka koje će njezino preuzimanje imati na konsolidiranje potrošačkog ugovornog prava država članica, a imajući u vidu cilj jačanja unutarnjeg tržišta, potreba za usvajanjem instrumenta o Europskom ugovornom pravu ne jenjava. Stoga je grupa imenovanih stručnjaka krajem travnja 2011. godine predala tekst od 189 odredaba o ugovornom pravu relevantnih za ugovorne odnose na unutarnjem tržištu EU-a u Priritku Studije

54 Objava stupanja na snagu Konvencije Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, NN MU br. 15/98. Odnos CISG-a i budućeg opcionalnog instrumenta Europskog ugovornog prava Komisija je već spominjala i u Akcijskom planu, COM(2003) 68 fin., toč. 96: „The optional instrument could be comprehensive, i.e. covering also cross-border contracts of sale between businesses, and thereby include the area covered by the CISG. It could also exclude this area and leave it to the application of the CISG.“

55 Javne konzultacije o Zelenoj knjizi trajale su od 1. srpnja 2010. do 31. siječnja 2011. i rezultirale bogatim doprinosom od čak 320 doprinosa i osvrta brojnih znanstvenika i praktičara, vidjeti na http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm (24.11.2011.).

56 O tome više Pošćić, A., *A New Consumer Rights Directive - Reinforcing or Restating Consumer Rights?*, u: Bodirosa Vukobrat, N./Sander, G. G./Barić, S., *Invisible minorities*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2012. (u postupku objavljivanja). Vidi European Parliament, Legislative Observatory, <http://www.europarl.europa.eu/oeil/FindByProcnum.do?lang=en&procnum=COD/2008/0196> (24.11.2011.).

izvodljivosti o Europskom ugovornom pravu.⁵⁷ Tekst koji je zamišljen kao „tool-box“ u pripremi budućih inicijativa o europskom ugovornom pravu, uzima u obzir izdvojene dijelove CFR-a o ugovornom pravu,⁵⁸ odredbe CISG-a, odredbe UNIDROIT načela, kao i znanstveno-istraživački rad, naime Landova načela i načela *Principes Contractuels Communs* Asocijacije Henri Capitant i *Société de Legislation Comparée*. Na plenarnoj sjednici od 8. lipnja 2011., Europski je parlament većinom svojih glasova podržao izradbu i usvajanje opcionalnog instrumenta Europskog ugovornog prava.

3. PRIJEDLOG UREDBE O ZAJEDNIČKOM EUROPSKOM PRAVU PRODAJE

3.1. Uvod

U okviru strategije Europa 2020., Komisija potiče jačanje jedinstvenog unutarnjeg tržišta radi poticanja ekonomskog oporavka, što uključuje između ostalog i rad na oblikovanju harmoniziranih rješenja za potrošačke ugovore i model pravila europskog ugovornog prava. Također, Europska digitalna agenda⁵⁹ podupire opcionalni instrument Europskog ugovornog prava radi nadilaženja fragmentarnosti ugovornog prava i poticanja povjerenja potrošača u *e-commerce*. Različitost odredaba ugovornog prava u 27 pravnih poredaka država članica EU-a poima se kao jedan od uzroka pravne nesigurnosti malog i srednjeg poduzetništva (*small and medium-sized enterprises*, dalje u tekstu: SME) i nedostatka povjerenja potrošača. Opcionalni instrument Europskog ugovornog prava koji bi postojao kao jedinstveni i ujednačeni režim, a kojeg bi potrošači i trgovci mogli odabrati kao alternativu njihovom nacionalnom ugovornom pravu pri prekograničnom sklapanju ugovora, trebao bi prema stavu Komisije znatno uštedjeti, tzv. transakcijske troškove

57 Vidi Studiju izvodljivosti za budući instrument Europskog ugovornog prava od 3. svibnja 2011., http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf (24.11.2011.), koja je uslijedila nedugo nakon što je Odbor za pravne poslove Europskog parlamenta odobrio inicijativu Wallis, D. koja je svojim Izvještajem od 12. travnja 2011. dala potporu opcionalnom instrumentu Europskog ugovornog prava. U javnim konzultacijama o Studiji izvodljivosti koje su trajale do 1. srpnja 2011., Komisija je zaprimila 106 očitovanja. Vidi i Schulze, R., *Europäisches Vertragsrecht – die Zeit ist reif für die Gesetzgebung*, *EuZW* br. 15, 2011. str. 569.

58 Iako je CFR u početku poiman, kao tzv. „toolbox“ za provedbu izmjena i usvajanje novih pravnih akata u okviru revizije važećeg *acquisa*, Komisija ga uopće nije uzela u obzir u tekstu Direktive 2011/83/EU, a tek ograničeno u Prijedlogu opcionalnog instrumenta Europskog ugovornog prava. O tome više kod Hesselink, M. W., *The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?*, *SSRN eJournal European Private Law*, 2009.

59 Priopćenje Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom i socijalnom odboru i Odboru regija, *Europska digitalna agenda*, COM (2010) 245 final, 26.8.2010, str. 13.

prilagođavanja ugovornih odredaba i trgovačke prakse ili prevođenja i dr.⁶⁰ Stoga, 11. listopada 2011. Komisija predlaže opcionalno zajedničko europsko pravo prodaje (dalje u tekstu: CESL),⁶¹ koje bi u skladu s Opcijom 4. iz Zelene knjige iz 2010. godine trebalo biti usvojeno u obliku uredbe, a koje bi trebalo ukloniti spomenute prepreke.⁶² S jedne strane ono bi se primjenjivalo na B2C ugovorne odnose, gdje Komisija ograničenja usklađivanja na razini EU-a pripisuje i političkom protivljenju potpunoj harmonizaciji. S druge strane primjenjivalo bi se na „business-to-business“ (B2B) ugovorne odnose, na koje se primjenjuje ograničeni broj materijalno-pravnih propisa EU-a, npr. Direktiva 2011/7/EU o sprečavanju zakašnjenja u plaćanju u trgovačkim transakcijama.⁶³ Što se tiče Uredbom 593/2008 o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze (dalje u tekstu: Uredba Rim I)⁶⁴ ujednačenih kolizijskih odredaba, Komisija naglašava kako određenje mjerodavnog prava ne rješava problem postojanja razlika materijalnog ugovornog prava.⁶⁵ Ako strane nisu ugovorile

60 Spomenute poteškoće prikazane su u hipotetičkim slučajevima Publikacije rezultata Studije izvodljivosti, str. 3.-5. na: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf (25.11.2011.). Različite definicije transakcijskih troškova vidi kod Smits, J. M., Introduction to special issue: Harmonisation of contract law: an economic and behavioural perspective, Eur J Law Econ, 5.11.2011., str. 4. Načelno se misli na različite vrste troškova, od onih koji nastaju saznavanjem sadržaja stranog prava (materijalnog i postupovnog), preko troškova koji nastupaju zbog različitosti odredaba država članica (*inconsistency costs*), do troškova koji nastupaju uslijed ostvarivanja zaštite svojih prava.

61 Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o zajedničkom europskom pravu prodaje, COM(2011) 635 final, Brussels.

62 Već u Akcijskom planu COM(2003) 68 fin., toč. 92. Komisija se je zalagala za usvajanje opcionalnog instrumenta ili u obliku uredbe ili preporuke: „As to its form one could think of EU wide contract law rules in the form of a regulation or a recommendation, which would exist in parallel with, rather than instead of national contract laws.“ Također u Priopćenju „Preuzimanje Lisabonskog programa Zajednice: Strategija za pojednostavlivanje regulatornog okruženja“ COM(2005) 0535 fin., Komisija izražava svoju namjeru prijelaza od direktiva spram uredbi. Zalaganje za harmonizaciju putem uredbi vidi kod Twigg-Flesner, C., Good-Bye Harmonisation by Directives, Hello Cross-Border only Regulation? – A way forward for EU Consumer Contract Law, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/309_en.pdf, str. 13. Isto kod Monti, M., A New Strategy for the Single Market – At the Service of Europe’s Economy and Society, Brussels, 2010., http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf (31.12.2011.): „There is thus a growing case for choosing regulations rather than directives as the preferred legal technique for regulating the single market. Regulation brings the advantages of clarity, predictability and effectiveness. It establishes a level playing field for citizens and business and carries a greater potential for private enforcement.“

63 Direktiva 2011/7/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 2011. o sprečavanju zakašnjenja u plaćanju u trgovačkim transakcijama, OJ L 48/1, 23.2.2011.

64 Uredba (EZ) 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze (Rim I), OJ L 2008/177, str. 6.

65 Za pravila o izboru mjerodavnog prava kod obveza koje nastaju u pregovorima koji prethode sklapanju ugovora (*culpa in contrahendo*) nije primjenjiva Uredba Rim I (čl. 1 st. 2 sl. i), već Uredba (EZ) 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. srpnja 2007. o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze (Rim II), OJ L 2007/199, str. 40 (čl. 12. st. 1.). Vidi Kunda, I., Uredba Rim II: Ujednačena pravila o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze u Europskoj uniji, Zbornik PFR, vol. 28, 2/2007, str. 1274.

mjerodavno pravo (čl. 3. Uredbe Rim I), ono će biti određeno prema objektivnoj poveznici iz čl. 4. Uredbe Rim I. U skladu sa zahtjevima čl. 6. st. 1. Uredbe Rim I koji propisuje posebnu poveznicu za potrošačke ugovore, ako strane nisu odabrale mjerodavno pravo, uvijek kada trgovac svoju djelatnost obavlja u ili usmjerava prema državi članici redovnog boravišta potrošača, mora se uskladiti s ugovornim pravom te države. Ako su ugovorne strane odabrale drugo mjerodavno pravo, a kogentne odredbe o zaštiti potrošača države članice uobičajena boravišta potrošača pružaju viši stupanj zaštite, potonje se moraju poštivati (čl. 6. st. 2. Uredbe Rim I).⁶⁶ U naporima trgovca da sazna pruža li pravo potrošačeva uobičajena boravišta viši stupanj zaštite i usklađivanju sa spomenutim zahtjevima uviđa se značajan transakcijski trošak. U prekograničnim transakcijama trgovaca, postoje i neki drugi troškovi, npr. troškovi pregovaranja o primjeni mjerodavnog prava, troškovi u svezi sa saznavanjem njegova sadržaja i primjene i dr. U nadilaženju spomenutih nedostataka primjenom CISG-a kao instrumenta međunarodne unifikacije glede B2B odnosa, Komisija vidi nedostatak u činjenici što CISG nisu ratificirale sve države članice EU-a, zatim što se ne primjenjuje sveobuhvatno na sva pitanja vezana uz ugovor (npr. nepoštene ugovorne odredbe i dr.), jer otvara mogućnost različitog tumačenja od strane nacionalnih sudova, ali i u rijetkoj primjeni CISG-a u ugovornim odnosima trgovaca.⁶⁷ Prema čl. 1. st. 1. CISG-a ova se Konvencija primjenjuje na ugovore o prodaji robe, sklopljene između strana koja imaju svoja sjedišta na teritorijima različitih država: a) kada su te države ugovornice ili b) kada pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na primjenu prava jedne države ugovornice. Nadalje, CISG se primjenjuje samo kada su države ratificirale CISG u vrijeme sklapanja ugovora, te kada je u dotičnoj državi Konvencija stupila na snagu (čl. 1. st. 1. sl. a) CISG).⁶⁸ CESL bi kao instrument trebao postojati kao drugi nacionalni režim unutar ugovornog prava države članice i za razliku od CISG-a koji je automatski primjenjiv ako njegovu primjenu ugovorne strane nisu isključile (*opt-*

66 O prednostima i nedostacima spomenutog uređenja detaljno kod Čikara, E., *Gegenwart...*, op. cit., str. 471 et seq. Vidi Meškić, Z., *Kolizione norme za zaštitu potrošača u direktivama Evropske zajednice i Uredbi Rim I - novi izazov za ZRSZ*, Zbornik PFR, vol. 30, 2/2009, str. 1019. et seq.

67 Priopćenje Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom i socijalnom odboru i Odboru regija, *Zajedničko europsko pravo prodaje radi olakšanja prekograničnih transakcija na unutarnjem tržištu*, COM(2011) 636 final, Brussels, 11. listopada 2011., str. 5. O ulozi CISG-a u praksi vidi Schwenzer, I./ Hachem, P., *The CISG - Successes and Pitfalls*, *American Journal of Comparative Law*, 57/2009., str. 462.

68 A prema čl. 100. st. 1. CISG-a, ova se Konvencija primjenjuje na sklapanje ugovora samo kada je prijedlog za sklapanje ugovora učinjen na dan ili poslije dana stupanja na snagu ove Konvencije u odnosu na države ugovornice o kojima je riječ u čl. 1. st. 1. sl. a) ili državu ugovornicu o kojoj je riječ u čl. 1. sl. 1. sl. b). Prema čl. 100. st. 2. ova se Konvencija primjenjuje samo na ugovore sklopljene na dan ili nakon dana stupanja na snagu Konvencije u odnosu prema državama ugovornicama o kojima je riječ u čl. 1. st. 1. sl. a) ili državu ugovornicu o kojoj je riječ u čl. 1. st. 1. sl. b).

out), njegovu bi primjenu ugovorne strane mogle odabrati (*opt-in*).⁶⁹ Mogućnost ugovaranja njegove primjene za ugovore koji se sklapaju prekogranično, ugovornim stranama pružalo bi nacionalno materijalno pravo, a ne međunarodno privatno pravo.⁷⁰ U ugovorima koji se sklapaju prekogranično, međunarodno privatno pravo, točnije kolizijske odredbe ukazale bi tako na mjerodavno pravo države članice unutar kojega bi ugovorne strane mogle odabrati između važećeg nacionalnog ugovornog prava i novog drugog režima identičnog u svim državama članicama, naime CESL-a. Također bi čl. 6. st. 2. Uredbe Rim I u B2C ugovorima bio neutraliziran CESL-om koji bi sadržavao potpuno harmonizirane kogentne odredbe o zaštiti potrošača važeće u svim državama članicama, zbog čega stupanj zaštite potrošača u državi njegova uobičajena boravišta ne bi mogao biti viši. Time se je otklonio u literaturi raspravljani problem koji bi nastao zbog mogućnosti odabira CESL-a kao mjerodavnog prava prema čl. 3. Uredbe Rim I, a koji bi za posljedicu imao primjenu svih njezinih odredaba, pa i čl. 6. st. 2. glede primjene kogentnih normi nacionalnih prava potrošača.⁷¹ Iako bi se spornim moglo tumačiti recital 13. Uredbe Rim I, prema kojem Uredba ne sprječava strane da u ugovor upućivanjem inkorporiraju neki nedržavni sustav pravila ili međunarodnu konvenciju, odnosno njegov odnos

69 Treba razlikovati poimanje opcionalnog instrumenta Europskog ugovornog prava kao 28. pravnog režima koji bi postojao pored nacionalnih ugovornih prava od Prijedloga Uredbe o ustanovljavanju drugog režima ugovornog prava unutar nacionalnog prava države članice. Prvo bi poimanje rezultiralo izborom mjerodavnog prava u smislu čl. 3. Uredbe Rim I, dok do drugog dolazi već samim ugovaranjem nacionalnog prava države članice kao mjerodavnog. Vidi recital 9. preambule Prijedloga Uredbe: „(...) It harmonises the contract laws of the Member States not by requiring amendments to the pre-existing national contract law, but by creating within each Member State’s national law a second contract law regime for contracts within its scope. This second regime should be identical throughout the Union and exist alongside the pre-existing rules of national contract law. The Common European Sales Law should apply on a voluntary basis, upon an express agreement of the parties, to a cross-border contract.“ Vidi Hesselink, M. W., *How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission’s Proposal for a Regulation*, Centre for the Study of European Contract Law, WPS br. 2011-15, str. 2.

70 Vidi recital 10. preambule Prijedloga Uredbe: „The agreement to use the Common European Sales Law should be a choice exercised within the scope of the respective national law which is applicable pursuant to Regulation (EC) No 593/2008 or, in relation to pre-contractual information duties, pursuant to Regulation (EC) No 864/2007 (...), or any other relevant conflict of law rule. The agreement to use the Common European Sales Law should therefore *not amount to, and not be confused with, a choice of the applicable law* within the meaning of the conflict-of-law rules and should be without prejudice to them.(...)“.

71 Iako čl. 3. Uredbe Rim I ne spominje akte prava Unije kao mjerodavno pravo koje stranke mogu izabrati, čl. 3. st. 2. Prijedloga Uredbe Rim I (COM(2005) 650 fin. od 15. prosinca 2005. predviđao je mogućnost odabira prava različitog od prava države kao mjerodavnog („(...) choose as the applicable law the principles and rules of the substantive law of contract recognized internationally or in the Community“). U debati o usvajanju instrumenta Europskog ugovornog prava, razmišljalo se o vraćanju spomenute odredbe u Uredbu Rim I. Isto tako je čl. 22(b) Prijedloga Uredbe Rim I propisivao da Uredba Rim I neće utjecati na primjenu ili usvajanje mjera Zajednice koje uređuju ugovorne obveze i koje se voljom strana primjenjuju u kolizijskopравnim situacijama. O tome Diedrich, F., *Rechtswahlfreiheit und Vertragsstatut – eine Zwischenbilanz angesichts der Rom I-Verordnung*, RIW, 2009., str. 378.

s CESL-om, recital 14. propisuje ako Zajednica odgovarajućim pravnim aktom usvoji pravila materijalnog ugovornog prava, uključujući standardne odredbe, tim se aktima stranama može omogućiti da ih izaberu kao mjerodavno pravo.⁷² Nadalje, glede B2B ugovora, recital 25. Prijedloga Uredbe propisuje da ako bi se na ugovor trebao primijeniti CISG, izbor CESL-a implicira sporazum ugovornih strana o isključenju primjene CISG-a. Time se rješava problem koji bi nastupio kod B2B ugovora, da se i CESL i CISG, koji se temelji na „opt-out“ principu, primjenjuju na isti ugovorni odnos, pritom uređujući određena pitanja različito. No, u skladu s načelom autonomije ugovornih strana i dispozitivnim karakterom CISG-a, prema čl. 6. CISG-a ugovorne strane mogu isključiti njenu primjenu ili, pod rezervom odredaba čl. 12. CISG-a, odstupiti bilo od koje od njezinih odredaba ili izmijeniti njihov učinak. Kako opseg ovog „opt-out“ ovisi upravo o odredbama CISG-a kao prava mjerodavnog za ugovor, u literaturi se s pravom smatra da spomenuti recital Prijedloga Uredbe djeluje *ultra vires*.⁷³ Problemi bi također mogli nastati u slučaju izbora različitih mjerodavnih prava za različite dijelove ugovora (*dépeçage*), koje Prijedlog Uredbe dopušta kod B2B ugovora, a koji bi mogli dovesti do preklapanja u uređenju nekih pitanja, odnosno pravnih praznina glede drugih.

Prijedlog Uredbe, pravno utemeljen na čl. 114. UFEU-a, prema mišljenju Komisije donosi set potpuno harmoniziranih pravila ugovornog prava usklađen s načelima supsidijarnosti i proporcionalnosti, a ima za cilj poboljšanje uvjeta za uspostavu i funkcioniranje unutarnjeg tržišta.⁷⁴ Tako u skladu s čl. 1. st. 2. Prijedloga Uredbe, ona trgovcima omogućava snižavanje transakcijskih troškova i visoki stupanj pravne sigurnosti oslanjanjem na zajednički set pravila i korištenjem istih ugovornih odredaba u svim prekograničnim transakcijama. Istovremeno, u skladu s čl. 114. st. 3. UFEU-a jamči i visoki stupanj zaštite potrošača što jača njihovo povjerenje u unutarnje tržište i ohrabruje ih na prekograničnu kupnju (čl. 1. st. 3. Prijedloga Uredbe).

3.2. Struktura

Prijedlog po svojoj strukturi obuhvaća tri glavna dijela: Uredbu, Pravitak I. s pravilima ugovornog prava o zajedničkom europskom pravu prodaje (CESL) i Pravitak II. s obavijesti o standardnim informacijama. Uredba koja prema Prijedlogu sadrži 16 članaka, u svojem čl. 1. uređuje cilj i sadržaj, a u čl. 2. sadrži listu definicija od kojih su neki pojmovi usklađeni s važećim *acquisom* (npr.

72 Babić, D./Jessel Holst, Ch., *Međunarodno privatno pravo*, zbirka unutarnjih, europskih i međunarodnih propisa, Narodne novine, 2011., str. 190.

73 Hesselink, M. W., *How to...*, op. cit., str. 4.

74 Recital 36. preambule Uredbe. U recitalu 37. Uredbe naglašava se njezina usklađenost s Poveljom temeljnih prava Europske unije, OJ C 83/389 od 30. ožujka 2010., posebice čl. 16. (gospodarska sloboda), čl. 38. (zaštita potrošača) i čl. 47. (pravo na učinkovito pravno pravično sredstvo i nepristran sud).

*trader, consumer, goods, distance contract, off-premises contract*⁷⁵ itd.)⁷⁶ dok se neki definiraju po prvi puta (npr. *related service*). Članak 3. uređuje opcionalnu narav odredaba o ugovornom pravu, propisujući da se strane mogu sporazumjeti o tomu da CESL uređuje njihove ugovore o prodaji robe, dobavljanju digitalnog sadržaja i pružanju povezanih usluga koji se sklapaju prekogranično. Uredba pritom ne određuje trenutak u kojem strane mogu odabrati primjenu CESL-a, što znači da odabir može nastupiti u bilo kojem trenutku, prije ili nakon sklapanja ugovora uključujući i trenutak nastanka spora.⁷⁷ Potom slijede odredbe koje uređuju polje primjene *ratione teritorii* (čl. 4.), *ratione materiae* (čl. 5.-6.) i *ratione personae* (čl. 7.). Članak 8. Uredbe propisuje način „opt-in“ u CESL sporazumom stranaka, a čl. 10. utvrđuje sankcije za povredu ondje i u čl. 9. propisanih pravila. Postojanje sporazuma stranaka i njegova valjanost uvjetovani su ispunjenjem zahtjeva iz čl. 8. st. 2. i 3. i čl. 9. Uredbe i relevantnih odredaba CESL-a. Tako će u B2C odnosima sporazum o korištenju CESL-a biti valjan, jedino ako je potrošačev pristanak dan izričitom izjavom odvojenom od izjave kojom pristaje na sklapanje ugovora, a trgovac će potrošaču priskrbiti potvrdu sporazuma na trajnom mediju. Stoga u B2C odnosima nije moguće ugovoriti korištenje CESL-a pukim uglavljivanjem u odredbi ugovora koji se sklapa ili u odredbi trgovčevih standardnih uvjeta, npr. općih uvjeta poslovanja. Nadalje, u B2C odnosima nije moguć odabir primjene dijela CESL-a, već samo u cijelosti, čime se sprječava, tzv. *cherry picking*. No, ovi se posebni zahtjevi ne odnose na B2B ugovorne odnose, u kojima su postojanje takvog sporazuma i njegova valjanost uvjetovani odredbama samog CESL-a. Iz odredaba proizlazi da sporazum o korištenju CESL-a u B2B odnosima može biti i prešutan i djelomičan.⁷⁸ Članak 9. dalje utvrđuje posebne obveze informiranja kod B2C

75 No, definicijama su upućene mnoge kritike. Tako npr. Council of the Notariats of the European Union smatraju da definicija ugovora koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija trgovca treba biti nadopunjena sljedećom odredbom: „Contracts which, in accordance with the provisions of Member States, are established by a public office-holder, like a civil law notary, who has a statutory obligation to be independent and impartial and who must ensure, by providing comprehensive legal information, that the consumer only concludes the contract on the basis of careful legal consideration and with knowledge of its legal scope shall not be considered as off-premise contracts.“ Ova bi se definicija trebala *mutatis mutandis* primjenjivati i na ugovore koji se sklapaju na daljinu. Vidi Notaries of Europe, http://www.netvoice.be/cnue-2009/pdf/pdf_en_20111212053051-80.pdf (28.12.2011.).

76 Ipak treba napomenuti kako definicije svih pojmova nisu usklađene s važećim *acquisom*. Tako se npr. u čl. 2. sl. w) Uredbe pojam „creditor“ definira kao osoba koja ima pravo da joj dužnik izvrši (ne)novčanu obvezu. Ovaj se pojam „vjerovnika“ suštinski razlikuje od pojma „creditor“ iz čl. 3. b) Direktive 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23.4.2008. o ugovorima o potrošačkom kreditu kojom se opoziva Direktiva Vijeća 87/102/EEZ, OJ L 133/66 od 22.5.2008., a gdje se radi o fizičkoj ili pravnoj osobi, koja u okviru izvršavanja svoje poslovne ili profesionalne djelatnosti odobrava kredit ili obećava odobriti kredit.

77 Kod B2C ugovora predlaže se uvođenje ograničenja glede odabira CESL-a nakon što je nastupio spor ako bi odabir bio na štetu potrošača, budući da bi trgovac tako mogao odabrati primjenu za sebe povoljnijih odredaba. Vidi Hesselink, M. W., *How to...*, op. cit., str. 9.

78 Poglavlje 3. CESL-a o sklapanju ugovora, u čl. 30. propisuje pretpostavke za sklapanje ugovora, prema čijem se st. 3. volja strana da sporazumom ostvare pravne učinke određuje iz

ugovora, kao dodatak predugovornim informacijama iz CESL-a. Naime, trgovac mora potrošaču skrenuti pozornost na namjeravanu primjenu CESL-a prije sklapanja ugovora, time što će mu na jasan način pružiti informacije iz Privitka II. Privitak II. sadrži standardne informacije o CESL-u koje trgovac mora pružiti potrošaču prije nego što su se sporazumjeli o njegovu korištenju.⁷⁹ Ukoliko se te informacije daju elektroničkim putem, moraju sadržavati „*hyperlink*“ ili u svim ostalim okolnostima sadržavati upućivanje na web-stranicu putem kojom se može nenaplatno pristupiti tekstu CESL-a.⁸⁰ Posljedice valjanog izbora CESL-a objašnjene su u čl. 11., prema kojem izborom CESL postaje jedino mjerodavno pravo za pitanja koja regulira i posljedično glede njih isključuje primjenu nacionalnog prava. Retroaktivno CESL će se primjenjivati i na pitanja sukladnosti sa i na pravne lijekove zbog povrede predugovorne obveze informiranja. Članak 12. pojašnjava odnos naspram Direktive 2006/123/EZ o uslugama na unutarnjem tržištu.⁸¹ U čl. 13. omogućava se državama članicama usvajanje zakonodavstva koje bi CESL pod određenim pretpostavkama učinilo dostupnim i za primjenu u tuzemnim odnosima. Članak 14. zahtijeva od

njihovih izjava i ponašanja. Nadalje, prema čl. 58. st. 1. iz Poglavlja 6. CESL-a o tumačenju ugovora, ugovor mora biti tumačen u skladu sa zajedničkom namjerom strana čak i ako odstupa od uobičajenog značenja izraza koji se koriste u njemu. Prema čl. 58. st. 2. CESL-a ako jedna strana koristi izraz s namjerom da mu da posebno značenje, čega je druga strana bila ili se može očekivati da je svjesna, izraz se tumači na taj način. U nedostatku ovih ugovor se tumači kako bi to učinila razumna osoba (čl. 58. st. 3.). Nadalje, *a contrario* odredbama čl. 8. Uredbe proizlazi da je u B2B odnosima moguće uglaviti korištenje CESL-a u odredbama trgovčevih standardnih uvjeta kao i odabrati primjenu dijela CESL-a.

79 Standardne informacije iz Privitka II odnose se na ključna pitanja, npr. prava prije potpisivanja ugovora, prava nakon potpisivanja ugovora, nepoštene ugovorne odredbe i sl. Pritom sadrži i neobične formulacije u vidu upozorenja: „This list of rights is only a summary and therefore not exhaustive, nor does it contain all details. (...) In case of dispute you may wish to ask for legal advice.“ To je suprotno od Komisije proklamiranim visokim stupnjem zaštite potrošača koji jamči CESL.

80 Prema čl. 9. st. 2. reč. 2. Uredbe, ako je ugovor o korištenju CESL-a sklopljen telefonski ili drugim sredstvom koje ne omogućava pribavljanje potrošaču obrasca s informacijama ili ako trgovac nije pružio informacije, potrošač neće biti vezan ugovorom dok ne dobije potvrdu iz čl. 8. st. 2. popraćenu obrascem informacija i dok izričito naknadno ne pristane na korištenje CESL-a. Time se otklanjaju kritike upućene opcionalnom instrumentu Europskog ugovornog prava glede ograničenja privatne autonomije i slobode ugovaranja kod potrošača, prema kojima potrošač koji ugovor sklapa online ili offline ne bi razumio da pritiskom, na tzv. *blue button*, odnosno pristankom na standardne uvjete trgovca, kojima odabire primjenu instrumenta gubi zaštitu koju inače uživa prema pravu države uobičajena boravišta. Kao što je spomenuto u B2C odnosima takav način odabira korištenja CELS-a nije moguć. O tome Whittaker, S., *The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*, ERCL, ožujak 2011., str. 15., toč. 34. et seq. Izraz *blue button* koristi se za označavanje načina na koji bi klijent prihvatio primjenu opcionalnog instrumenta prilikom online kupnje, tako što bi „kliknuo“, odnosno odabrao ikonu s europskom plavom zastavom i dvanaest zvjezdica i natpisom „Prodaja prema EU pravu“. Vidi Schulte-Nölke, H., *EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the ‘Blue Button’*, ERCL, br. 3, 2007., str. 332.

81 Direktiva 2006/123/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o uslugama na unutarnjem tržištu, OJ 376/36.

država članica da obavještavaju o pravomoćnim presudama nacionalnih sudova o tumačenju CESL-a ili odredaba Uredbe, koje bi potom ušle u bazu podataka. Uredba u čl. 15. sadrži, tzv. *review* klauzulu koja bi nakon pet godina primjene omogućila provjeru i učinke primjene, ali i izmjene CESL-a uzimajući u obzir potrebu proširenja polja primjene *ratione materiae* u području B2B ugovora i s obzirom na razvoj tržišta i tehnološki razvoj u svezi s digitalnim sadržajima te budući razvoj *acquisa*. Stupanje na snagu i početak primjene Uredbe uređeni su čl. 16.

3.3. Polje primjene

3.3.1. Polje primjene *ratione personae*

Prema čl. 7. Uredbe CESL može se koristiti⁸² samo ako je prodavatelj robe ili dobavljač digitalnog sadržaja trgovac, pri čemu se u B2B ugovornim odnosima može koristiti samo ako je barem jedna od strana SME. U ograničenju polja primjene *ratione personae* na B2B ugovorne odnose od kojih je barem jedan SME i na B2C ugovorne odnose, Komisija vidi usklađenost s načelom proporcionalnosti. Pritom je definicija SME-a iz čl. 7. st. 2. usklađena sa zahtjevima Preporuke Komisije 2003/361 od 6. svibnja 2003. o definiciji mikro, malog i srednjeg poduzetništva,⁸³ prema kojoj je SME trgovac koji zapošljava manje od 250 osoba i ima godišnje prihode koji ne prelaze 50 milijuna eura ili godišnji obračun koji ne prelazi 43 milijuna eura ili za SME koje ima uobičajeno boravište u državi članici čija valuta nije euro ili u trećoj državi, koji ne prelaze odgovarajući iznos u valuti te države. No, člankom 13. Uredbe predviđa se mogućnost državam članicama da usvoje zakonodavstvo koje CESL čini dostupnim i za ugovore gdje su obje strane trgovci, ali nijedna nije SME. U svakome slučaju u recitalu 21. preambule Uredbe potiče se trgovce da u B2B odnosima crpe inspiraciju iz odredaba CESL-a pri sastavljanju ugovornih odredaba.

3.3.2. Polje primjene *ratione materiae*

Iako je polje primjene *ratione materiae* izričito uređeno čl. 5.-6. Uredbe, ono se može iščitati već u čl. 1. koji propisujući cilj i sadržaj Uredbe govori o CESL

82 Uredba u čitavom tekstu koristi izraz „koristiti“ (eng. *use*, njem. *verwenden*) CESL, što *Hesselink* s pravom kritizira. Tako čl. 4. st. 1. Uredbe glasi: „Zajedničko europsko pravo prodaje može se koristiti za ugovore koji se sklapaju prekogranično.“ Budući da su korisnici CESL-a ugovorne strane, možda se željelo naglasiti „user friendly“ narav instrumenta. Za razliku od njemačke i engleske jezične verzije, francuska koristi izraz „primijeniti“ (fran. *appliquer*). No, taj bi izraz prije ukazivao na primjenu propisa od strane sudova i drugih primjenjivača, negoli ugovornih strana. Ispravno primjećuje *Hesselink* da bi se čitavim tekstom Prijedloga Uredbe trebao protezati izraz koji ukazuje na mogućnost strana da ugovore primjenu CESL-a odnosno da se sporazume o njoj, kao što je to uređeno u čl. 3. Uredbe: „The parties may agree (...)“. Vidi *Hesselink*, M. W., *How to...*, op. cit., str. 7.

83 OJ L 124/36 od 20. svibnja 2003.

pravilima koja se mogu koristiti u prekograničnim transakcijama prodaje robe, dobavljanja digitalnog sadržaja i povezanih usluga. Prema čl. 5. Uredbe, CESL se može koristiti za a) ugovore o prodaji; b) ugovore o dobavljanju digitalnog sadržaja koji je ili nije dostupan na materijalnom mediju, kojeg korisnik može spremati, preraditi ili mu pristupiti ili iznova upotrijebiti, neovisno o tomu je li digitalni sadržaj dobavljen naplatno ili ne;⁸⁴ c) ugovore o povezanim uslugama, neovisno o tomu je li za povezanu uslugu ugovorena posebna cijena.⁸⁵ Pritom čl. 2. sl. k) Uredbe definira ugovor o prodaji kao svaki ugovor kod kojeg trgovac (prodavatelj) prenosi ili preuzima obvezu prenijeti vlasništvo robe drugoj osobi (kupcu) i kupac plaća ili preuzima obvezu platiti cijenu, uključujući ugovor o dobavljanju robe koja se mora izraditi ili proizvesti i isključuje ugovore o prodaji u ovršnom postupku ili koji na drugi način uključuju vršenje javne vlasti (prisilna javna prodaja).⁸⁶ U čl. 2. sl. l) Uredbe razlikuje se potrošački ugovor o prodaji, pozivajući se na definiciju ugovora o prodaji u kojem kao strane sudjeluju trgovac kao prodavatelj i potrošač kao kupac. Također valja napomenuti kako definicija pojma „roba“ iz čl. 2. sl. h) Uredbe (u kombinaciji s čl. 2. sl. k)) načelno sadržajno odgovara definiciji tog pojma iz čl. 2. st. 3. Direktive 2011/83/EU. Roba je svaka materijalna pokretna stvar osim struje i prirodnog plina, te vode i drugih vrsta plina, osim kada su namijenjeni za prodaju u ograničenoj ili određenoj količini.⁸⁷ Iako obuhvaćanje ugovora o dobavljanju

84 Prema recitalu 18. preambule Uredbe dostupnost CESL-a se ne uvjetuje s naplatnosti usluge radi postojeće prakse dobavljanja digitalnog sadržaja ne za određenu cijenu, već kombiniranjem s odvojenim, ali plaćenim uslugama ili robom ili nenaplatno u zamjenu za nenaplatan pristup osobnim podacima gdje se očekuje da će potrošač kasnije kupiti dodatni ili bolji digitalni sadržaj. Npr. besplatno preuzimanje određenog softwera („*free download*“) koji se može koristiti ili samo određeno vrijeme („*free trial*“) ili se kvalitetnija verzija istog može preuzeti samo naplatno.

85 Neki autori dvoje o potrebi uređivanja ugovora o prodaji, budući da smatraju da su isti već dovoljno uređeni europskim pravom, odnosno Direktivom 1999/44/EZ te međunarodnim unificiranim pravom, odnosno CISG-om. Tako Loos smatra da naglasak treba staviti na ugovore o uslugama te na uređenje nekih specijalnih ugovora franšizing i ugovore o distribuciji, Vidi Loos, M., *Scope and application of the Optional Instrument*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper br. 14., 2011., str. 7.

86 CISG koja ne definira pojam ugovora o prodaji u čl. 3. st. 1. utvrđuje kako se njima smatraju i oni ugovori o isporuci robe koja se tek treba izraditi ili proizvesti, osim ako je naručitelj bio obavezan isporučiti bitan dio sastojaka potrebnih za tu izradu ili proizvodnju. Nadalje u čl. 3. st. 2. određuje kako se CISG ne primjenjuje na ugovore u kojima se pretežiti dio obveza isporučitelja sastoji u obavljanju nekog rada ili pružanju nekih usluga (npr. ugovor o radu, ugovor o djelu, ugovor o prijevozu i sl.). Ipak stranke iz država ugovornica mogu ugovoriti primjenu CISG-a za ugovor koji ne potpada pod njenu primjenu, u kojem slučaju se primjenjuju ograničenja koja u tom pogledu postoje u *legis fori* (prisilni propisi).

87 Ograničenje na pokretnine recital 16. preambule Uredbe temelji na obrazloženju da se radi o ekonomski najvažnijim vrstama ugovora koje bi mogle potaknuti rast prekogranične trgovine, posebice u *e-commerce*. Iako ne daje izričitu definiciju robe, CISG se također odnosi na sve prodaje robe kao tjelesnih stvari (ne prava) izuzev robe kupljene za osobnu ili obiteljsku upotrebu ili za potrebe domaćinstva, osim ako prodavatelj u bilo koje vrijeme prije ili u trenutku sklapanja ugovora nije znao niti je mogao znati da se roba kupuje za takvu upotrebu; b) na javnoj dražbi; c) u slučaju zapljene ili nekog drugog postupka sudskih vlasti;

digitalnog sadržaja poljem primjene predstavlja značajan iskorak, on biva uvelike ograničen definicijom digitalnog sadržaja u čl. 2. sl. j). Prema njoj digitalni sadržaj označava podatke koji se proizvode ili dobavljaju u digitalnom obliku, prema ili bez specifikacija kupca, uključujući video, audio, slikovni ili pisani digitalni sadržaj, digitalne igre, software i digitalni sadržaj koji omogućuje personalizaciju postojećeg hardwarea ili softwarea. No, pritom su isključene: i) financijske usluge, uključujući online bankovne usluge; ii) pravni ili financijski savjeti koji se pružaju u elektroničkom obliku; iii) elektroničke zdravstvene usluge; iv) elektroničke komunikacijske usluge i mreže i povezane infrastrukture i usluge; v) kockanje; vi) stvaranje novog i izmjene postojećeg digitalnog sadržaja od potrošača ili druga interakcija s kreacijama drugih korisnika. Novinu zasigurno predstavlja definicija povezanih usluga u čl. 2. sl. m) Uredbe koja se odnosi na svaku uslugu povezanu s robom ili digitalnim sadržajem, kao što su montaža, održavanje, popravak ili druge radnje, koja pruža prodavatelj robe ili dobavljač digitalnog sadržaja u okviru odnosnih ugovora ili odvojenog ugovora o povezanoj usluzi koji je sklopljen u isto vrijeme kada i ugovor o prodaji ili ugovor o dobavljanju digitalnog sadržaja. Isključene su usluge transporta, obrazovanja (*training services*), usluge potpore u telekomunikacijama i financijske usluge. CESL se tako ne bi trebao primjenjivati na ugovore o povezanim uslugama koje pruža treća osoba, stoga što ona nije strana u ugovoru kojim su se one obvezale primjenjivati CESL. Na te bi se ugovore i dalje primjenjivalo odnosno nacionalno pravo određeno Uredbom Rim I odnosno Uredbom Rim II. No to bi prema mišljenju autorice u praksi moglo predstavljati značajan nedostatak u stupnju zaštite, budući da posebice u B2C ugovorima potrošači suugovornike iz glavnog ugovora te sporednog s njime povezanog ugovora, nerijetko zbog njihove međusobne faktične ili pravne povezanosti poimaju kao jednu ugovornu stranu. Osim putem samih definicija iz čl. 2. Uredbe polje primjene *ratione materiae* suženo je isključenjem mješovitih ugovora i ugovora povezanih s potrošačkim kreditom u čl. 6. On u st. 1. ograničava isključenje na mješovite ugovore koji uključuju bilo koji drugi element izvan ugovora pokrivenih člankom 5., a u st. 2. isključuje ugovore kod kojih trgovac odobrava ili obećava odobriti potrošački kredit u obliku odgode plaćanja, zajma ili neke druge slične financijske pomoći.⁸⁸ CESL se može primijeniti na B2C ugovore kod kojih se roba, digitalni sadržaj ili povezane usluge iste vrste kontinuirano dobavljaju i potrošač ih plaća obročno za vrijeme njihova dobavljanja.⁸⁹

d) vrijednosnih papira i novca; e) brodova, glisera na zračni jastuk i zrakoplova; f) električne energije (čl. 2.).

88 Detaljnije kod Mišćenić, E., *Povezani ugovori o kreditu*, Zbornik PFR, vol. 32, 1/2011, str. 155.

89 Kod spomenutih ugovora nedostaje element kreditiranja, budući da jedna strana pruža uslugu, odnosno isporučuje robu u određenim vremenskim razmacima u kojima je potrošač plaća.

3.3.3. Polje primjene racione teritorii

Uredba bi se prostorno trebala primjenjivati u cijelosti i neposredno u svim državama članicama EU-a, kao i u Europskom gospodarskom prostoru, koje pored 27 država članica EU-a obuhvaća i tri EFTA države, naime Island, Lihtenštajn i Norvešku. Ona primjenu CESL-a ograničava na ugovore koji se sklapaju prekogranično, što se određuje u trenutku sporazuma o korištenju CESL-a (čl. 4. Uredbe). Tako bi u B2B ugovorima spomenuti uvjet bio ispunjen ako bi strane imale uobičajeno boravište u različitim zemljama od kojih je barem jedna država članica. U B2C ugovorima uvjet prekogranične naravi bio bi ispunjen ako se adresa potrošača, adresa za dostavu ili adresa za slanje računa nalazi u državi različitoj od one u kojoj trgovac ima svoje uobičajeno boravište i ako je najmanje jedna od tih država članica.⁹⁰ U svrhu Uredbe uobičajeno boravište trgovačkih društava, udruga i pravnih osoba je mjesto njihove središnje, odnosno glavne uprave, dok je uobičajeno boravište trgovca koji je fizička osoba njegovo glavno poslovno sjedište, odnosno glavno mjesto poslovanja (čl. 4. st. 4. Uredbe). Definicija uobičajenog boravišta odgovara onoj iz čl. 19. Uredbe Rim I. Ako bi ugovor bio sklopljen u okviru radnji koje poduzima podružnica, agencija ili neki drugi nastan trgovca, mjesto gdje je smješten/a uzet će se kao mjesto uobičajena boravišta trgovca.⁹¹ Iz same definicije ugovora, koji se sklapaju prekogranično, proizlazi da se primjena CESL-a neće ograničiti samo na odnose ugovornih strana iz država članica EU-a, već bi trebao biti na raspolaganju za ugovore u kojima je jedna od strana rezident izvan Unije, kada do njegove primjene dođe kolizijskim odredbama međunarodnog privatnog prava. Budući da bi trgovci koji posluju tuzemno i prekogranično, možda željeli koristiti ujednačena ugovorna pravila za sve svoje transakcije, u čl. 13. Uredbe predviđa se mogućnost državama članicama da usvoje zakonodavstvo koje CESL čini dostupnim i za ugovore bez međunarodnog obilježja kao i za B2B ugovore, od kojih niti jedan nije SME.⁹² No ova bi opcija mogla imati negativu posljedicu u smislu da bi

90 Za razliku od Prijedloga Uredbe, CISG svoju primjenu veže samo uz sjedište ugovornih strana na područjima različitih država, a ne uz građanski ili trgovački značaj strana ili ugovora (čl. 1. st. 3.). Prema čl. 10. CISG-a ako jedna strana ima više sjedišta, uzima se u obzir ono koje ima najužu vezu s ugovorom i njegovim izvršenjem, uzimajući u obzir okolnosti koje su bile poznate stranama ili koje su strane imale na umu u vrijeme prije ili u trenutku sklapanja ugovora, a ako jedna strana nema sjedište, uzima se u obzir njezino uobičajeno boravište.

91 Tako se osobito kod online transakcija javlja problem lokaliziranja mjesta poslovanja trgovca u online okruženju, kao i potrošačeva uobičajena boravišta. Odgovor nudi Konvencija UN-a o uporabi elektroničkih komunikacija u međunarodnim Ugovorima iz 2005. godine, a koje Republika Hrvatska nije potpisnica, prema čijem čl. 6. st. 1. „(...) party's place of business is presumed to be the location indicated by that party (...)“ dok u slučaju fizičkih osoba „(...) to be made to the person's habitual residence“ (čl. 6. st. 3.). Nadalje prema čl. 6. st. 4. i 5. ni lokacija tehničke opreme koju koristi ugovorna strana, kao ni okolnost da je domena ili e-mail adresa vezana uz određenu zemlju nije odlučujuća.

92 Odnosno ugovore gdje su uobičajena boravišta trgovaca ili kod B2C ugovora, uobičajeno boravište trgovca, adresa naznačena od potrošača, adresa za dostavu i slanje računa, nalaze u državi članici; i/ili ugovore gdje su obje strane trgovci, ali nijedna nije SME u smislu čl. 7. st. 2.

trgovci odabirom CESL-a mogli zaobići primjenu kogentnih odredaba njihovog 1. nacionalnog režima. Naime, prema čl. 3. st. 3. Uredbe Rim I ako su strane odabrale pravo mjerodavno za ugovor, a svi su drugi elementi relevantni za ugovor vezani uz drugu državu, a ne državu čije je pravo odabrano, moraju se primijeniti kogentne odredbe zaista pogođene države, odnosno „odredbe od kojih se ne može odstupiti sporazumom“. Tomu nasuprot primjenom CESL-a na tuzemne ugovorne odnose zaobišla bi se primjena kogentnih odredaba domaćeg prava. No, treba napomenuti kako će ograničavanje primjene CESL-a na ugovore koji se sklapaju prekogranično trgovcima također predstavljati znančajne transakcijske troškove radi sklapanja ugovora prema dva režima, naime prema CESL-u kao opcionalnom i prema vlastitom nacionalnom režimu. Ti bi se transakcijski troškovi osim u saznavanju sadržaja i praćenju promjena u oba režima, sastojali i u prilagođavanju standardnih uvjeta poslovanja. Neki autori smatraju da bi se takvim uređenjem kršilo i načelo slobode ugovaranja i načelo zabrane diskriminacije.⁹³ No, iako se odredbe nalaze u sukobu s argumentacijom Komisije glede ušteda na transakcijskim troškovima proširenje primjene CESL-a pored ugovora koji se sklapaju prekogranično i na ugovore koji se sklapaju tuzemno, naišlo bi na jak otpor država članica te se ne bi moglo opravdati u okvirima granica koje postavljaju načelo supsidijarnosti i proporcionalnosti.⁹⁴

4. OPCIONALNI INSTRUMENT ZAJEDNIČKOG EUROPSKOG PRAVA PRODAJE (CESL)

4.1. Općenito

Prema recitalu 26. Uredbe, CESL bi trebao uređivati pitanja od praktične važnosti tijekom trajanja ugovora koji su pokriveni njegovim poljem primjene *ratione personae* i *materiae*, posebice onih koji se sklapaju online.⁹⁵ Stoga, kao što

93 Vidi Kabacińska, N., *Issues on the Harmonization of European Contract Law and the Polish Presidency Proposal Concerning an Optional Instrument*, University Of Warsaw, 2011., str. 12. Isto glede B2B ugovornih odnosa smatra i Komisija u Zelenoj knjizi iz 2010. godine, COM(2010)348 fin., str. 12.

94 Kada se ne bi radilo o režimu koji bi bio paralelan nacionalnom ugovornom pravu *Twigg-Flesner* smatra da bi se ispunilo zatjeve spomenutih načela s obzirom na B2C ugovore koji se sklapaju prekogranično, budući da su države članice sposobne usvajati legislativu o zaštiti potrošača na domaćoj razini, ali ne mogu to činiti glede pravnih poslova koji se zaključuju u drugoj državi članici odnosno glede prekograničnih transakcija. Dalje potkrijepljuje načelo proporcionalnosti praksom ESP-a koji u predmetu C-344/04 *European Low Fares Airline Association v Department for Transport* [2006] ECR I-403, para. 80. kaže da EU zakonodavac ima “broad discretion in areas which involve political, economic and social choices on its part”, u smislu da samo “measure (which) is manifestly inappropriate having regard to the objective which the competent institution is seeking to pursue”. Vidi *Twigg-Flesner, C.*, op. cit., str. 13.

95 Tako Komisija u Zelenoj knjizi iz 2010. godine, COM(2010)348 fin., str. 12 primjećuje da ugovori koji se sklapaju u online okruženju „constitute a significant proportion of cross-border transactions in the internal market and have the highest potential for growth“.

se vidi iz niže predstavljene strukture CESL-a, izuzev prava i obveza ugovornih strana te lijekova zbog neispunjenja ugovornih obveza, on bi trebao uređivati obvezu pružanja predugovornih informacija, zaključenje ugovora uključujući zahtjeve glede oblika ugovora, pravo na odustanak i njegove posljedice, poništaj ugovora zbog zablude, prijevare, prijetnje ili nepoštene zlouporabe kao i učinke, odnosno posljedice poništaja, tumačenje, sadržaj i učinke ugovora, ocjenu i posljedice nepoštenosti ugovornih odredaba, povrat primljenoga nakon poništaja i raskida ugovora te zastaru. Sva ostala pitanja ugovorne i izvanugovorne prirode ostaju i dalje uređena važećim odredbama nacionalnog prava do čije se primjene dolazi odredbama Uredaba Rim I i Rim II ili ostalim primjenjivim odredbama međunarodnog privatnog prava. Njihovu ulogu u tom pogledu *Twigg-Flesner* naziva „gap-filler“.⁹⁶ Prema recitalu 27. Uredbe to su pitanja koja se odnose na pravnu osobnost, ništetnost ugovora zbog nedostatka poslovne sposobnosti, nezakonitost ili protivnost moralu društva, jezik ugovora, zabranu diskriminacije, zastupanje, pluralističke obveze s više dužnika i vjerovnika, promjene na strani subjekata uključujući cesiju, prijeboj i sjedinjenje, stvarno pravo uključujući prijenos vlasništva, pravo intelektualnog vlasništva i izvanugovorno odštetno pravo. CESL-om također nije pokriveno pitanje mogu li se konkurirajući tužbeni zahtjevi iz ugovorne i izvanugovorne odgovornosti postavljati zajedno. Iako se u obrazloženju Prijedloga Uredbe navodi kako CESL ne uređuje neka „manje bitna“ pitanja, zanimljivo je napomenuti kako je već i sama Zelena knjiga iz srpnja 2010. priznala da europski opcionalni instrument ugovornog prava neće postići svoju ekonomsku svrhu ako se ne bude mogao primijeniti na sva pitanja koja bi moglo uređivati određeno mjerodavno nacionalno pravo. U tom smislu ne samo da je problematična okolnost što se CESL-om ne uređuju neka od izuzetih područja građanskog prava, a koja su izuzetno bitna za sklapanje ugovora (npr. prijenos vlasništva),⁹⁷ već i što CESL ne pokriva sva bitna pitanja ugovornog prava. Posebice se to odnosi na nedostatak odredaba o poslovnoj sposobnosti,⁹⁸ o zastupanju, nezakonitosti ili protivnosti moralu društva, jeziku ugovora i sl. Ako se ugovorne strane sporazume o primjeni CESL-a na ugovor koji se sklapa prekogranično, a jedna od strana ima 15 godina, prema pravu koje države će se odrediti je li ona poslovno sposobna? Iako u većini država članica maloljetnici mogu sklapati ugovore uz suglasnost svojih roditelja (ali ne u svima), postoje druge iznimke koje se razlikuju u državama članicama.⁹⁹ To stvara nesigurnost za trgovce pri sklapanju ugovora, jer

96 Twigg-Flesner, C., op. cit., str. 15.

97 Iako čl. 345. UFEU-a (ex čl. 295. UEZ) propisuje kako se Ugovorima neće utjecati na pravila država članica kojima uređuju vlasničkopravni sustav, ESP je u svojoj praksi mnogo puta ocjenjivao predstavljaju li spomenute odredbe povredu temeljnih gospodarskih sloboda. Tako gledano, određeni bi ključni aspekti mogli biti predmetom uređenja opcionalnog instrumenta. Vidi ESP, predmet C-302/97 *Konle v. Austria* [1999] ECR I-3099; predmet C-222/97 *Trummer and Mayer* [1999] ECR I-1661; predmet C-224/97 *Ciola* [1999] ECR I-2517.

98 Tako i DCFR nije sadržavao odredbe o poslovnoj sposobnosti, jer „it is more a matter of the law of persons than of contract proper“. Vidi von Bar, Ch. i dr. (ur.), op. cit., str. 451.

99 O različitim uređenjima u državama članicama vidi Loos, M., op. cit., str. 14. Tako prema čl. 18. st. 2. Zakona o obveznim odnosima, NN br. 35/05., 41/08., 125/11. (dalje u tekstu:

su maloljetnici prema pravu jedne države članice (ograničeno) poslovno sposobni za sklapanje ugovora, dok u drugoj nisu. Problem nastaje posebice u online okruženju gdje je vrlo teško provjeriti dob ugovorne strane, pa trgovci u takvim slučajevima ne bi mogli biti sigurni je li sklopljeni ugovor valjan, ništetan ili pobojan. Budući da bi se takva pitanja ako bi nastupila, rješavala prema mjerodavnom nacionalnom pravu, dok bi ostala bila podvrgnuta CESL-u, takvi bi slučajevi podvrgavanja ugovora čak dvama režimima za ugovorne strane bili kompleksniji od pukog neodabira CESL-a. Osim toga sporno je i uređuje li CESL, kao drugi režim, neka pitanja možda suprotno i nespojivo s odredbama nacionalnog prava neke od država članica (npr. common lawa), čime bi mogao odstupati od obveza i prava koje ugovorne strane uobičajeno očekuju pri sklapanju ugovora prema nacionalnom pravu.¹⁰⁰ Ovo je osobito važno uzme li se u obzir mogućnost primjene CESL-a prema čl. 13. Uredbe i na ugovore bez međunarodnog obilježja.

4.2. Struktura Privitka I. Uredbe s pravilima zajedničkog europskog prava prodaje (CESL)

Odredbe zajedničkog europskog prava prodaje (186 članaka) propisane su u Privitku I. Prijedloga Uredbe i vrlo su slične odredbama iz privitka Studije izvodljivosti. CESL sadrži osam dijelova i dva privitka, od kojih jedan propisuje model-upute o odustanku koje trgovac mora pružiti potrošaču prije sklapanja ugovora na daljinu ili izvan poslovnih prostorija, dok drugi sadrži model-obrazac za odustanak.¹⁰¹ Uvodne odredbe (Dio I., Poglavlje I., Odjeljak I.) utvrđuju opća

ZOO) poslovnu sposobnost fizička osoba stječe punoljetnošću, no prema st. 3. osoba koja nije punoljetna može stvarati samo pravne učinke određene zakonom, a prema st. 4. umjesto osobe koja nema poslovnu sposobnost očitovat će svoju volju njezin zakonski zastupnik ili skrbnik. Osobe s ograničenom poslovnom sposobnošću mogu sklapati, tzv. šepave pravne poslove, koji su valjani tek kad ih odobri zakonski zastupnik. Prema čl. 276. st. 1. ZOO-a za sklapanje pravovaljanog ugovora potrebno je da ugovaratelj ima poslovnu sposobnost koja se zahtijeva za sklapanje toga ugovora. Ograničeno poslovno sposobna osoba može bez odobrenja svoga zakonskog zastupnika sklapati samo one ugovore čije joj je sklapanje dopušteno zakonom, odnosno sve ugovore čije sklapanje odlukom suda o djelomičnom lišenju poslovne sposobnosti nije zabranjeno (čl. 276. st. 2.). Prema čl. 276. st. 3. ZOO-a ostali su ugovori tih osoba, ako su sklopljeni bez odobrenja zakonskog zastupnika, pobojni, ali mogu biti osnaženi njegovim naknadnim odobrenjem.

100 Više primjera, od kojih su neki postali bespredmetni donošenjem teksta Prijedloga Uredbe vidjeti kod Cartwright, J., *Choice is good. Really?*, ERCL 2/2011, str. 339. Tako *Howells* ukazuje na razdvajanje pravila koja se odnose na B2B i na B2C ugovorne odnose u pravu Velike Britanije, te ističe kako bi ovakav opcionalni instrument mogao negativno utjecati na spomenuti pristup. Vidi Howells, G., *European Contract Law Reform and European Consumer Law – Two Related But Distinct Regimes*, ERCL 2/2011., str. 180. Suprotno tomu, autorica smatra, kako iz strukture jasno vidljivo razdvajanje odredaba koje se odnose na B2B i na B2C ugovorne odnose, ne bi imalo negativne posljedice na spomenuti pristup.

101 Detaljnije kod Powlakić, M., *Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Savjeta o Zajedničkom evropskom pravu prodaje KOM(2011) 635 final od 11.10.2011.*, *Nova pravna revija*, br. 2, vol. 3, 2011, str. 56.

načela ugovornog prava koja moraju poštivati obje strane, točnije načelo dobre vjere i pravičnog poslovanja (čl. 2.),¹⁰² načelo slobode ugovaranja (čl. 1.) i dužnost suradnje (čl. 3.).¹⁰³ Pritom se u čl. 1. st. 2. CESL-a, načelom slobode ugovaranja jamči stranama, osim u slučaju prisilnih propisa, npr. kod prava zaštite potrošača, mogućnost odstupanja od odredaba CESL-a (dispozitivni karakter). Dio II. odnosi se na sklapanje ugovora, te je podijeljen na više poglavlja, a ona dalje na više odjeljaka. Tako Poglavlje 2. uređuje predugovorne informacije u Odjeljcima 1.-5., koji se odnose na predugovorne informacije u B2C odnosima,¹⁰⁴ u B2B odnosima,¹⁰⁵ kod ugovora koji se sklapaju elektroničkim putem,¹⁰⁶ na točnost pruženih informacija (čl. 28.) te na pravni lijek zbog povrede obveze informiranja (čl. 29.). Odredbe CESL-a koje se odnose na sklapanje ugovora nalaze se propisane u Poglavlju 3.¹⁰⁷ Poglavlje 4. sadrži detaljne odredbe o pravu na odustanak kod B2C ugovora koji se sklapaju na daljinu i izvan poslovnih prostorija (čl. 40.).¹⁰⁸ Konačno, Dio II. u Poglavlju 5. sadrži odredbe o mogućnosti zahtjevanja poništaja ugovora zbog mana volje.¹⁰⁹ Dio

102 Iako se u hrvatskome pravu kao ekvivalent načelu dobre vjere (eng. *good faith*) uzima načelo savjesnosti i poštenja (eng. *principle of conscientiousness and honesty*) kako je definirano u čl. 4. ZOO-a, NN br. 35/05., 41/08., 125/11., sadržajno se ne radi o potpuno identičnim pojmovima. Vidi Šarčević, S./Mišćenić, E., op. cit., str. 124.

103 Nadalje, sadrže i odredbe o primjeni koje se odnose na tumačenje (čl. 4.), pojam prikladnosti ili razumnosti (čl. 5.), neobvezatnost oblika ugovora (čl. 6.), ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo (čl. 7.), raskid ugovora (čl. 8.), mješovite ugovore (čl. 9.), obavijest (čl. 10.), računanje vremena (čl. 11.) te odredbu o jednostranim izjavama ili radnjama (čl. 12.).

104 Odjeljak 1. uređuje obvezu pružanja informacija prilikom zaključenja ugovora na daljinu i izvan poslovnih prostorija (čl. 13.), informacije o cijeni i dodatnim troškovima (čl. 14.), informacije o identitetu i adresi trgovca (čl. 15.), informacije o ugovornim odredbama (čl. 16.), informacije o pravu na odustanak kod ugovora koji se sklapaju na daljinu ili izvan poslovnih prostorija (čl. 17.), dodatne informacije i drugi uvjeti kod ugovora koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija (čl. 18.), dodatne informacije i drugi uvjeti kod ugovora koji se sklapaju na daljinu (čl. 19.), obveza pružanja informacija kod sklapanja drugih ugovora (čl. 20.), teret dokaza (čl. 21.), prisilna narav (čl. 22.).

105 Odjeljak 2. uređuje obvezu obavještavanja o robi i povezanim uslugama (čl. 23.). Treba napomenuti kako je obveza obavještavanja (*duty of disclosure*) mnogo širi pojam od obveze informiranja (*duty to inform*) i kako se odnosi na obvezu trgovca da obavijesti o svim okolnostima koje su bitne za sklapanje ugovora. Hrvatsko pozitivno pravo spomenuta dva pojma nerijetko koristi kao istoznačnice.

106 Odjeljak 3. uređuje dodatne dužnosti pružanja informacija (čl. 24.), dodatne uvjete (čl. 25.), teret dokaza (čl. 26.) i prisilnu narav (čl. 27.) kod ugovora koji se sklapaju na daljinu sredstvima elektroničke komunikacije.

107 Poglavlje 3. sadrži odredbe o pretpostavkama za sklapanje ugovora (čl. 30.), ponudi (čl. 31.), povlačenju (čl. 32.), odbijanju (čl. 33.) i prihvatu ponude (čl. 34.), vremenu sklapanja ugovora (čl. 35.), roku za prihvata (čl. 36.) i zakašnjelom prihvatu ponude (čl. 37.), prihvatu ponude s prijedlogom da se izmijeni (čl. 38.) te prihvatu ponude koji se odnosi na kontradiktorne standardne uvjete ugovora (čl. 39.)

108 Poglavlje 4. sadrži odredbe o vršenju, roku i učincima odustanka (čl. 41.-43.), obvezama trgovca i potrošača u slučaju odustanka (čl. 44.-45.), utjecaju na akcesorne ugovore (čl. 46.) i kogentnoj naravi odredaba poglavlja (čl. 47.)

109 Odnosno zbog zablude (čl. 48.), prijevare (čl. 49.), prijetnje (čl. 50.), nepoštene zlouporabe (zelenaški ugovor) (čl. 51.), o načinu i učincima poništaja (čl. 52.-54.), o isključenju ili ograničenju te izboru lijekova i pravu na naknadu štete (čl. 55.-57.)

III. propisuje odredbe o tumačenju ugovora (Poglavlje 6.),¹¹⁰ o sadržaju i učincima ugovora (Poglavlje 7.)¹¹¹ te nepoštenim ugovornim odredbama (Poglavlje 8.). Pritom se Poglavlje 8. dijeli na tri odjeljka, od kojih Odjeljak 1. sadrži opće odredbe o učincima, odnosno posljedici nepoštenosti ugovornih odredaba (čl. 79.), potom koje su ugovorne odredbe isključene od testa (ne)pravičnosti (čl. 80.) te o kogentnoj naravi odredaba ovoga poglavlja (čl. 81.). Daljnja dva odjeljka sadrže različite odredbe o nepoštenim ugovornim odredbama u B2C ugovorima (Odjeljak 2.)¹¹² i u B2B ugovorima (Odjeljak 3.).¹¹³ Obvezama i pravnim lijekovima kod ugovora o prodaji i ugovora o dobavljanju digitalnog sadržaja bavi se Dio IV., koji se dijeli na čak šest poglavlja (Poglavlje 9.-14). Dok Poglavlje 9. sadrži opće odredbe,¹¹⁴ Poglavlje 10. uređuje obveze prodavatelja,¹¹⁵ Poglavlje 11. pravne lijekove kupca,¹¹⁶

110 Poglavlje 6. sadrži opće pravilo o tumačenju ugovora (čl. 58.), potom nabroja okolnosti relevantne za tumačenje (čl. 59.), tumačenju ugovora kao cjeline (čl. 60.), utjecaju jezičnih verzija na ugovor (čl. 61.), prednosti ugovornih odredaba o kojima se pojedinačno pregovaralo (čl. 62.) i tumačenja prema kojem ugovorne odredbe imaju pravni učinak (čl. 63.), o tumačenju *in favorem* potrošača (čl. 64.) i *contra proferentem* pravilo (čl. 65.).

111 Poglavlje 7. sadrži odredbe: o ugovornim odredbama (čl. 66.), običajima i praksama u trgovačkim ugovorima (čl. 67.), prešutno ugovorenim odredbama (čl. 68.) i onima koje proistječu iz određenih predugovornih izjava (čl. 69.), obvezi upozoravanja na ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo (čl. 70.), dodatnim plaćanjima u B2C ugovorima (čl. 71.), klauzuli integracije (čl. 72.), određenju cijene (čl. 73.), jednostranom određivanju cijene ili drugih ugovornih odredaba (čl. 74.) i od strane treće osobe (čl. 75.), jeziku ugovora (čl. 76.), ugovorima sklopljenima na neodređeno vrijeme (čl. 77.), te ugovaranju u korist trećeg (čl. 78.).

112 Odjeljak 2. sadrži odredbu o: obvezi transparentnosti kod ugovornih odredaba o kojima se nije pojedinačno pregovaralo (čl. 82.), značenju pojma nepoštenosti (čl. 83.), crnu (čl. 84.) i sivu listu nepoštenih ugovornih odredaba (čl. 85.). Više kod Mišćenić, E., *Unfair Contract Terms in General Contract Law*, u: *Civil Law Forum for South East Europe*, 2012. (u postupku objavljivanja).

113 Odjeljak 3. sadrži odredbu o značenju pojma nepoštenosti u B2B ugovorima (čl. 86.).

114 Poglavlje 9. sadrži odredbe o: neispunjenju obveze i bitnoj povredi obveze (čl. 87.), nemogućnosti ispunjenja zbog opravdanih razloga (čl. 88.), promijenjenim okolnostima (čl. 89.), proširenoj primjeni odredaba o plaćanju i o robi ili digitalnom sadržaju koji nisu preuzeti (čl. 90.).

115 Poglavlje 10. dijeli se na više odjeljaka, od kojih Odjeljak 1. sadrži opće odredbe, Odjeljak 2. o predaji i Odjeljak 3. o sukladnosti robe i digitalnog sadržaja. Opće odredbe uređuju glavne obveze prodavatelja (čl. 91.) i povjeravanje izvršenja činidbe trećoj osobi (čl. 92.). Odredbama o predaji uređuje se mjesto (čl. 93.), način (čl. 94.) i vrijeme dostave (čl. 95.), obveze prodavatelja glede prijevoza robe (čl. 96.), obveze i prava u slučaju nepreuzimanja robe ili digitalnog sadržaja (čl. 97.) te učinci prijelaza rizika (čl. 98.). Odjeljak 3. sadrži odredbu o: sukladnosti s ugovorom (čl. 99.), kriterijima sukladnosti (čl. 100.), nepravilnoj montaži kod ugovora o prodaji (čl. 101.), pravima i zahtjevima trećih, odnosno o pravnim nedostacima (čl. 102.), ograničenjima glede sukladnosti digitalnog sadržaja (čl. 103.), kupcu poznatom nedostatku sukladnosti u B2B ugovorima (čl. 104.) te trenutku ustanovljavanja sukladnosti (čl. 105.).

116 Poglavlje 11. u Odjeljku 1. u okviru općih odredaba daje pregled lijekova kupca (čl. 106.), postavlja ograničenja lijekova kod nenaplatno dobavljenog digitalnog sadržaja (čl. 107.) te uređuje kogentnost odredaba (čl. 108.). Odjeljak 2. uređuje pitanje lijeka prodavatelja kod ponudene činidbe koja nije sukladna ugovoru (čl. 109.), a Odjeljak 3. govori o zahtjevu

Poglavlje 12. obveze kupca,¹¹⁷ Poglavlje 13. pravne lijekove prodavatelja¹¹⁸ te Poglavlje 14. prijelaz rizika.¹¹⁹ Dio V. bavi se obvezama i lijekovima strana kod ugovora o povezanim uslugama. Poglavlje 15. također sadrži više Odjeljaka (1.-4.), kojima propisuje primjenu određenih općih pravila o ugovorima o prodaji (čl. 147.), obveze pružatelja usluge,¹²⁰ obveze klijenta te lijekove.¹²¹ Razdvajanje lijekova kod ugovora o prodaji i ugovora o dobavljanju digitalnog sadržaja i kod ugovora o povezanim uslugama neki autori smatraju neuvjerljivim i nimalo *userfriendly*, tim više što se potonje odredbe glede pravnih lijekova pozivaju na odredbe iz Poglavlja 11.¹²² U Dijelu VI., u Poglavlju 16. nalaze se odredbe o šteti i kamatama, koje u Odjeljcima 1.-3. uređuju opća načela o šteti, opće odredbe o zateznim kamatama te zakašnjelo plaćanje trgovaca.¹²³ Dio VII. u Poglavlju 17. sadrži odredbe o povratu

izvršenja obveze prodavatelja (čl. 110.) i potrošačevu izboru između popravka i zamjene (čl. 111.) te vraćanju zamijenjenog predmeta (čl. 112.). Odjeljak 4. uređuje pravo kupca zadržati izvršenje svoje obveze (čl. 113.), a Odjeljak 5. pravo na raskid zbog neispunjenja (čl. 114.), raskid zbog zakašnjenja predaje nakon proteka naknadnog roka za ispunjenje (čl. 115.), raskid ugovora prije isteka roka za ispunjenje obveze (čl. 116.), opsegu prava na raskid (čl. 117.), obavijest o raskidu (čl. 118.) i gubitak prava na raskid (čl. 119.). Odjeljak 6. uređuje pitanje sniženja cijene (čl. 120.), a Odjeljak 7. uvjete za pregled robe (čl. 121.) i slanje obavijesti o nedostatku u B2B ugovorima (čl. 122.).

117 Poglavlje 12. u općim odredbama Odjeljka 1. nabroja glavne obveze kupca (čl. 123.), a Odjeljak 2. bavi se prvom obvezom, uređujući sredstva (čl. 124.), mjesto (čl. 125.) i vrijeme (čl. 126.) plaćanja cijene, plaćanje cijene povjereno trećoj osobi (čl. 127.) te računanje plaćanja u dijelovima (čl. 128.). Odjeljak 3. dalje propisuje odredbe o preuzimanju robe, odnosno dokumenata koji predstavljaju digitalni sadržaj (čl. 129.) i o preranoj isporuci i isporuci krive količine (čl. 130.).

118 Poglavlje 13. daje u općim odredbama Odjeljka 1. pregled lijekova prodavatelja (čl. 131.), u Odjeljku 2. govori se o zahtjevu za izvršenjem obveza kupca (čl. 132.), u Odjeljku 3. o pravu prodavatelja zadržati izvršenje svoje obveze (čl. 133.), u Odjeljku 4. o pravu na raskid zbog neispunjenja (čl. 134.), raskidu zbog zakašnjenja nakon proteka naknadnog roka za ispunjenje (čl. 135.), raskidu ugovora prije isteka roka za ispunjenje obveze (čl. 136.), opsegu prava na raskid (čl. 137.), obavijesti o raskidu (čl. 138.) i gubitku prava na raskid (čl. 139.).

119 Općim odredbama Odjeljka 1. uređeni su učinci prijelaza rizika (čl. 140.), utvrđivanje identifikacije robe ili digitalnog sadržaja (čl. 141.). Odjeljak 2. i Odjeljak 3. razlikuju prijelaz rizika u B2C i B2B ugovorima. Tako čl. 142. uređuje prijelaz rizika u B2C ugovorima o prodaji, dok Odjeljak 3. sadrži odredbe o trenutku prijelaza rizika (čl. 143.), o prijelazu rizika kod stavljanja robe na raspolaganje kupcu (čl. 144.), kod prijevoza robe (čl. 145.) i kod robe prodane u tranzitu (čl. 146.).

120 Odjeljak 2. utvrđuje obvezu postizanja rezultata i obvezu dužne pažnje i vještine (čl. 148.), obvezu sprječavanja štete (čl. 149.), izvršenje činidbe od treće strane (čl. 150.), obvezu pružanja računa (čl. 151.), obvezu upozoravanja na neočekivane i neekonomske troškove (čl. 152.).

121 Odjeljak 3. kao obveze klijenta utvrđuje plaćanje cijene (čl. 153.) i omogućavanje pristupa pružatelju usluge prostorijama klijenta (čl. 154.). Odjeljak 4. propisuje lijekove klijenata (čl. 155.), zahtjev za obavijesti o nedostatku u B2B ugovorima o povezanim uslugama (čl. 156.), lijekove pružatelja usluga (čl. 157.) te pravo klijenta odbiti pružanje povezane usluge (čl. 158.).

122 Loos, M., op. cit., str. 23.

123 Odjeljak 1. uređuje pravo vjerovnika na naknadu štete (čl. 159.), temelj za određenje naknade štete (čl. 160.), predvidljivost gubitka (čl. 161.), gubitak koji se može pripisati vjerovniku (čl.

primljenog u slučaju poništaja ili raskida ugovora.¹²⁴ Konačno, Dio VIII. u Poglavlju 18. propisuje učinke zastare (čl. 178.). Dijeli se na šest odjeljaka, koji pored općih odredaba, propisuju rokove zastare i njihov početak, produljenje i obnavljanje rokova zastare, učinke proteka roka u vidu prekluzije prava te mogućnost ugovornih izmjena odredaba ovog Poglavlja o zastari.¹²⁵

5. PROBLEMI HARMONIZACIJE PUTEM UREDBE O ZAJEDNIČKOM EUROPSKOM PRAVU PRODAJE (CESL)

Iako radi ograničenja prostora autorica ne može ulaziti u detaljnu analizu sadržaja pojedinih odredaba CESL-a, neophodno je ukazati na određene ključne probleme vezane uz pokušaj harmonizacije putem opcionalnog instrumenta zajedničkog europskog prava prodaje (CESL).

5.1. Pravna osnova Prijedloga Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje

Prema recitalu 36. preambule, Uredba pravno utemeljena na čl. 114. UFEU-a,¹²⁶ prema mišljenju Komisije predstavlja set potpuno harmoniziranih pravila ugovornog prava usklađenih s načelima supsidijarnosti i proporcionalnosti, koji ima za cilj poboljšanje uvjeta za uspostavu i funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Odabir čl. 114. UFEU-a kao pravne osnove za usvajanje Uredbe mogao bi se pokazati problematičnim zbog više razloga. Prije svega treba napomenuti kako CESL unatoč tomu što je predložen u uredbi kao pravnom aktu Unije,¹²⁷ predstavlja drugi

162.), smanjenje naknade (čl. 163.), zamjenski posao, odnosno pokrića (čl. 164.), važenje tekuće cijene (čl. 165.). Odjeljak 2. uređuje zatezne kamate (čl. 166.), te zatezne kamate u slučaju kad je dužnik potrošač (čl. 167.), a Odjeljak 3. kamatnu stopu (čl. 168.) i nadoknadu troškova sanacije (čl. 169.), nepoštene ugovorne odredbe koje se odnose na zatezne kamate (čl. 170.) te prisilnu narav odredaba ovog Odjeljka (čl. 171.).

124 O tome što treba biti vraćeno (čl. 172.), o plaćanju novčane vrijednosti u slučaju nemogućnosti vraćanja primljenog (čl. 173.), o plaćanju za korištenje i kamate na primljen novac (čl. 174.), naknadi troškova (čl. 175.), pravičnoj izmjeni (čl. 176.) i kognentnoj prirodni odredaba poglavlja (čl. 177.).

125 Odjeljak 1. sadrži opću odredbu pravima koja su predmet zastare (čl. 178.), Odjeljak 2. o zastarnim rokovima (čl. 179.), te kada zastara počinje teći (čl. 180.), Odjeljak 3. o prekidu zastare u slučaju sudskih i drugih postupaka (čl. 181.), o prekidu u slučaju pregovora (čl. 182.), o prekidu u slučaju poslovne nesposobnosti (čl. 183.), Odjeljak 4. o obnavljanju roka zastare (čl. 184.), Odjeljak 5. o učincima zastare (čl. 185.), Odjeljak 6. o ugovornim izmjenama odredaba ovog poglavlja o zastari (čl. 186.).

126 Prema čl. 114. st. 1. UFEU-a „(...) Europski parlament i Vijeće mogu, djelujući sukladno redovnom zakonodavnom postupku, nakon savjetovanja s Gospodarskim i socijalnim odborom, usvojiti mjere za usklađivanje odredaba utvrđenih zakonima, uredbama ili upravnim propisima država članica kojima je cilj stvaranje i djelovanje unutarnjeg tržišta.“

127 Prema čl. 288. st. 2. UFEU-a uredba ima opću primjenu, te je obvezujuća u cijelosti i neposredno primjenjiva u svim državama članicama. U smislu europskog prava nije jasno kako

režim alternativan nacionalnom režimu, čiju primjenu ugovorne strane mogu i ne moraju odabrati, te u tom smislu ne teži usklađivanju nacionalnih ugovornih prava država članica.¹²⁸ Tako je ESP u predmetu C-436/03 ustanovio da se uredba čije se utvrđenje ništetnosti zahtijeva, a koja ne mijenja različita postojeća nacionalna prava, ne može smatrati mjerom koja ima za cilj usklađivanje prava država članica.¹²⁹ S tim u vezi ESP je u predmetu *Tobacco Advertising* također ustanovio da mjere usklađivanja moraju „stvarno“ (eng. *genuinely*, njem. *tatsächlich*) imati za cilj poboljšanje uvjeta za uspostavu i funkcioniranje unutarnjeg tržišta, tako što će otklanjati prepreke temeljnim gospodarskim slobodama i tržišnome natjecanju.¹³⁰ Stoga u literaturi postoje mnoge dvojbe o tomu mogu li odredbe CESL-a ispuniti, tzv. *Tobacco test*. Da bi se primjenio čl. 114. UFEU-a kao pravna osnova potrebno je dokazati da Prijedlog Uredbe ispunjava cilj ostvarenja unutarnjeg tržišta, odnosno da različite odredbe privatnih prava država predstavljaju prepreku trgovini ili narušavaju tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu.¹³¹ Prepreke trgovini postoje, primjerice, kada je utvrđena povreda slobode kretanja robe (čl. 34. UFEU) ili usluga (čl. 56. UFEU) ili kada je vjerojatno da će nastupiti.¹³² U literaturi se nalaze različita i suprotstavljena mišljenja o tomu mogu li razlike nacionalnih odredaba privatnog prava predstavljati povredu temeljnih gospodarskih sloboda.¹³³ U starijoj

se uredba kao izvor prava EU-a, može neposredno primjeniti kao „nacionalno“ pravo. CISG koja također propisuje drugi nacionalni režim, države mogu ratificirati kao posebni propis koji se primjenjuje direktno i u primjeni ima prednost pred domaćim pravom, kao što je to u hrvatskome pravu, ili ju mogu primjenjivati indirektno u okviru nacionalnog pravnog poretka.

128 Isto tako i Hesselink, M. W./Rutgers, J. W./de Booy, T., *The legal basis for an optional instrument on European contract law*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series, br. 4, 2007., str. 7.

129 Predmet ESP, C-436/03 *European Parliament v. Council of the European Union* [2006] ECR I-3733: “The contested regulation, which leaves unchanged the different national laws already in existence, cannot be regarded as aiming to approximate the laws of the Member States”.

130 Predmet ESP, C-376/98 *Germany v. European Parliament and Council* [2000] ECR I-8419, para. 84.: „If a mere finding of disparities between national rules and of the abstract risk of obstacles to the exercise of fundamental freedoms or of distortions of competition liable to result there from were sufficient to justify the choice of Article 100A [now Article 95 EC], judicial review of compliance with the proper legal basis might be rendered nugatory.“ Ali i slučajevi ESP-a C-377/98 *The Netherlands v. European Parliament and the Council* [2001] ECR I-7079; C-66/04 *UK v. European Parliament and the Council* [2005] ECR I-10553; C-217/04 *UK v. European Parliament and the Council* [2006] ECR I-3771; C-380/03 *Germany v. European Parliament and Council* [2006] ECR I-11573.

131 U tom smislu i Priopćenje Komisije „Daljnje djelovanje“, COM (2004) 651 fin., Privitak II.: „An optional instrument should only contain those areas of contract law, whether general or specific to certain contracts, which clearly contribute to addressing identified problems, such as barriers to the smooth functioning of the internal market.“

132 Bodiroga-Vukobrat, N./Horak, H./Martinović, A., *Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji*, Inženjerski biro, Zagreb, 2011.

133 Ako bi se primjenili kriteriji iz spojenih predmeta ESP, C-267/91 i C-268/91 *Bernard Keck i Daniel Mithouard* [1993] ECR I-6097, Uredba o CESL-u se zasigurno ne bi mogla utemeljiti na čl. 114. UFEU-a kao pravnoj osnovi.

sudskoj praksi ESP je zauzeo pobijajući stav,¹³⁴ tvrdeći da samo pravila neposredne primjene mogu predstavljati povredu slobode kretanja robe, jer ugovorne strane ne mogu zaobići njihovu primjenu ni substantivnim klauzulama niti izborom mjerodavnog prava. Iako bi se takvom argumentacijom mogli opravdati i prisilni propisi o zaštiti potrošača, što donekle ide u prilog CESL-u primjenjivom na B2C ugovorne odnose, ista ne ide u prilog njegovoj primjeni na B2B odnose. Budući da se nacionalne odredbe ugovornog prava država članica temelje na načelu slobode ugovaranja te ih ugovorne strane mogu izmijeniti i prilagoditi svojim potrebama, odredbe dispozitivne naravi na kojima se temelji CESL (čl. 1. st. 2.), ne bi mogle biti predmetom mjere usklađivanja usvojene temeljem čl. 114. UFEU-a. No, treba napomenuti kako je novija praksa ESP-a dopustila spomenutu mogućnost i za dispozitivne odredbe koje mogu ograničiti slobodno uživanje prava zajamčenih temeljnim gospodarskim slobodama, zato što sloboda ugovaranja vrlo često *de facto* ne postoji.¹³⁵ Od ostalih odredaba koje bi se mogle poslužiti kao pravni temelj za usvajanje Uredbe o CESL-u, čl. 115. UFEU-a (*ex* čl. 94. UEZ) nije uziman u obzir, stoga što se temeljem njega direktive mogu usvojiti samo jednoglasnom odlukom. Nadalje, čl. 81. UFEU-a (*ex* čl. 65. UEZ) koji se odnosi na pravosudnu suradnju u građanskim stvarima s prekograničnim učincima odbačen je zbog toga što se načelno odnosi na harmonizaciju odredaba međunarodnog privatnog prava, zbog ograničenja na prekogranične transakcije, te što Ujedinjeno Kraljevstvo, Irska i Danska mogu odlučiti da se izuzmu od primjene akta usvojenog temeljem čl. 81. UFEU-a.¹³⁶ U literaturi se nailazilo na zalaganje za čl. 352. UFEU-a (*ex* čl. 308. UEZ), odnosno za tzv. klauzulu fleksibilnosti kao pravnu osnovu. Radi se o ovlasti prema kojoj će u slučaju potrebe djelovanja Unije radi postizanja jednog od ciljeva utvrđenih Ugovorima u okviru politika utvrđenih Ugovorima, a za koje Ugovorima nisu predviđene potrebne ovlasti, Vijeće jednoglasnom odlukom na prijedlog Komisije i nakon suglasnosti Europskog parlamenta usvojiti odgovarajuće mjere.¹³⁷

134 Predmet ESP, C-339/89 *Alsthom Atlantique SA v Compagnie de construction mécanique Sulzer SA* [1991] ECR I-107, para. 14.: „Furthermore, the parties to an international contract of sale are generally free to determine the law applicable to their contractual relations and can thus avoid being subject to French law.“

135 Vidi *supra*, str. 2, bilj. 8. Vidi i Hesselink, M. W./Rutgers, J. W./de Booys, T., *op. cit.*, str. 54.

136 Postoje tumačenja da se nakon izmjena uvedenih Ugovorom iz Lisabona odredba može tumačiti i u širem smislu tako da obuhvaća i harmonizaciju materijalnog prava. Vidi Protokol br. 21 o stajalištu Ujedinjenog Kraljevstva i Irske u odnosu na Područje slobode sigurnosti i pravde, OJ 2010 C 83/295 i Protokol br. 22 o stajalištu Danske s Aneksom, OJ 2010 C 83/299. Detaljnije kod Basedow, J./ Christandl, G./ Doralt, W./Fornasier, M./Illmer, M./Kleinschmidt, J./Martens S. A. E./Rösler, H./Schmidt, J. P./Zimmermann R., *op. cit.*, str. 17., toč. 37.

137 ESP postavlja ograničenja naglašavajući tako u spojenim predmetima C-402/05 i C-415/05, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation. v. Council of the European Union* ECR [2008] I-6351. para. 203.: „Article 308 EC being an integral part of an institutional system based on the principle of conferred powers, cannot serve as a basis for widening the scope of Community powers beyond the general framework created by the provisions of the EC Treaty as a whole and, in particular, by those defining the tasks and the activities of the Community.“

Cilj utvrđen Ugovorima, a kojeg slijedi CESL je uspostava ili funkcioniranje unutarnjeg tržišta prema čl. 3. st. 3. UEU i čl. 26. UFEU-a. Iako su nedostaci poput jednoglasnosti i sudjelovanja Europskog parlamenta na razini suglasnosti očiti,¹³⁸ čini se kako je s obzirom na sve navedeno spomenuta odredba najprikladnija pravna osnova za usvajanje CESL-a.¹³⁹ Pravna sigurnost koja se zahtijeva u ugovornim odnosima ne bi smjela biti potkopana mogućnošću utvrđivanja Uredbe o CESL-u ništetnom pred Sudom pravde EU-a.¹⁴⁰

5.2. Odnos Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje (CESL) i međunarodnog privatnog prava

Prema Prijedlogu Uredbe CESL bi trebao biti uređen kao drugi režim ugovornog prava koji će unutar odredaba ugovornog prava država članica važiti uz njih. Nadalje, prema recitalu 14. Uredbe Rim I, ako Unija odgovarajućim pravnim aktom usvoji pravila materijalnog ugovornog prava, uključujući standardne odredbe, tim aktima može stranama omogućiti da ista pravila izaberu kao mjerodavno pravo. Time su otklonjeni problemi koji bi nastali njegovim uređenjem kao 28. odnosno 29. pravnog režima koji bi postojao pored postojećih 27, odnosno pristupanjem RH,¹⁴¹ pored 28 nacionalnih ugovornih prava, a koji bi onda bio rezultat izbora mjerodavnog prava u smislu čl. 3. Uredbe Rim I te imao za posljedicu primjenu svih njezinih odredaba. U skladu s recitalom 10. preambule Prijedloga Uredbe sporazum o korištenju CESL-a treba biti učinjen u okviru relevantnog nacionalnog prava države članice mjerodavnog prema odredbama Uredbe Rim I. Izričito se napominje kako sporazum o korištenju CESL-a ne smije rezultirati i ne smije biti zamijenjen s izborom mjerodavnog prava u smislu kolizijskih odredaba i mora važiti neovisno o njima.¹⁴² No, spomenuto rješenje komplicira mogućnost odabira primjene CESL-a ako je jedna od ugovornih strana rezident treće zemlje izvan Unije. Ako u tom slučaju ugovorne strane nisu u skladu s čl. 3. Uredbe Rim I

138 Hesselink, M. W./Rutgers, J. W./de Booy, T., op. cit., str. 8.

139 Powlakić, M., op. cit., str. 54. Suprotan stav kod Hesselink, M. W., The Case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series, br. 1, 2012., str. 9.

140 Temeljem čl. 293. st. 1. UFEU-a Vijeće ipak može izmijeniti predloženu pravnu osnovu jednoglasnom odlukom.

141 Council of the European Union, Accession Treaty: Treaty concerning the accession of the Republic of Croatia, Brussels, 7. studenog 2011., 14409/11, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st14/st14409.en11.pdf> (7.1.2012.).

142 Tekst Prijedloga Uredbe ne sadrži posebnu odredbu o odabiru CESL-a kao 2. režima već isto uređuje (neobvezujućim) točkama preambule. Suprotan prijedlog kod Fornasier M., 28th versus 2nd Regime – An Optional European Contract Law from a Choice of Law Perspective, Max Planck Private Law Research Paper No. 11/10., str. 26.: „Sljedeći propisi se primjenjuju ukoliko su se strane sporazumjele o njihovoj primjeni na ugovor, neovisno o tome koje bi se pravo primjenjivalo na ugovor prema odredbama međunarodnog privatnog prava. Sporazum o primjeni ne podliježe ograničenjima slobode izbora prava prema međunarodnom privatnom pravu.“

kao mjerodavno pravo važeće za ugovor odabrala neko od prava država članica, a čl. 4. Uredbe Rim I uputi na pravo treće zemlje kao mjerodavno, ugovorne strane ne mogu odabrati primjenu CESL-a. Također se otvara i mogućnost budućeg rješavanja sporova u kojima će CESL, primjerice, u sporovima iz B2C ugovornih odnosa biti suprotstavljen primjeni povoljnijih kogentnih odredaba o zaštiti potrošača treće zemlje u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište.¹⁴³ Isto tako sporan može biti odnos CESL-a i važećih međunarodnih konvencija koje ne sadrže *opt-out* mogućnost. Prema čl. 25. st. 1. Uredbe Rim I, Uredba ne dira u primjenu međunarodnih konvencija u kojima su jedna ili više država članica stranke u vrijeme donošenja ove Uredbe, a kojima se utvrđuju kolizijska pravila za ugovorne obveze.¹⁴⁴ U teoriji se smatra da se čl. 25. Uredbe Rim I odnosi i na međunarodne konvencije kojima se unificira materijalno pravo poput CISG-a. U takvim bi slučajevima, neovisno o odabiru CESL-a, stoga što je međunarodno privatno pravo ukazalo na pravo države članice, međunarodno unificirano pravo imalo prednost. No, iako Prijedlog Uredbe izričito rješava odnos s CISG-om, ne rješava ga s drugim međunarodnim konvencijama koje utvrđuju kolizijska pravila.¹⁴⁵ U slučaju njihove primjene, one bi svojim kolizijskim odredbama odlučivale primjenjuje li se na ugovor pravo države članice i tako utjecale na mogućnost odabira CESL-a. Jedna od daljnjih ključnih posljedica ovakvog uređenja je i utjecaj na primjenu kogentnih odredaba, čije se ograničavajuće djelovanje CESL-om želi spriječiti. Tako, budući da CESL sadrži potpuno harmonizirane kogentne odredbe o zaštiti potrošača važeće u svim državama članicama, stupanj zaštite potrošača u državi njegova uobičajena boravišta ne može biti viši, čime se neutraliziralo djelovanje čl. 6. st. 2. Uredbe Rim I. U tom smislu CESL se, primjerice, razlikuje od CISG-a, koji ne može ograničiti primjenu nacionalnih kogentnih odredaba.¹⁴⁶ No, ključno pitanje koje se postavlja, jest, je li isključenje primjene nacionalnih kogentnih pravila odabirom CESL-a opravdano? Kada bi se primjena CESL-a postizala njegovim odabirom kao mjerodavnog prava, tada se ne bi mogla zaobići primjena pravila neposredne primjene prema čl. 9. Uredbe Rim I i čl. 16. Uredbe Rim II (*lois de police*) i pravila o javnom poretku

143 Daljnje brojne primjere problematičnih situacija vidi kod *ibid.*, str. 18 et seq.

144 Prema čl. 25. st. 2. Uredbe Rim I, ova Uredba u odnosima između država članica, ima prednost pred konvencijama koje su sklopljene isključivo između dvije ili više njih ukoliko se te konvencije odnose na područja uređena ovom Uredbom.

145 To se odnosi, npr. na Hašku konvencije o mjerodavnom pravu za međunarodnu prodaju robe od 15. lipnja 1955., 510 UNTS 147.

146 Kao rješenje protiv eventualne mogućnosti zaobilaženja primjene nacionalnih kogentnih odredaba u tuzemnim ugovorima odabirom primjene CESL-a, neki autori predlažu propisivanje odredbe u CESL-u koja bi odgovarala čl. 3. st. 3. Uredbe Rim I, prema kojem ako se svi ostali elementi činjeničnog sadržaja u vrijeme izbora prava nalaze u nekoj drugoj državi, a ne onoj čije je pravo izabrano, izbor prava ne utječe na primjenu propisa prava te druge države čija se primjena ne može isključiti ugovorom. Vidi Basedow, J./Christandl, G./Doralt, W./Fornasier, M./Illmer, M./Kleinschmidt, J./Martens, S. A. E./Rösler, H./Schmidt, J. P./Zimmermann, R., op. cit., str. 55., toč. 127.

prema čl. 21. Uredbe Rim I (*ordre public*).¹⁴⁷ No, uslijed vrlo jasnog razgraničenja načina odabira primjene CESL-a, kao i stoga što CESL ne sadrži spomenutim odredbama odgovarajuća pravila, on zapravo zaobilazi primjenu ovih ključnih odredaba. Tako čl. 9. Uredbe Rim I propisuje primjenu pravila neposredne primjene, neovisno o odabranom mjerodavnom pravu. Prema čl. 9. st. 1. Uredbe Rim I to su pravila čiju primjenu država smatra tako odlučujućom za očuvanje javnog interesa, osobito za političku, socijalnu ili gospodarsku organizaciju države, da se moraju primjenjivati na sve situacije, koje spadaju u njihovo polje primjene, neovisno o pravu mjerodavnom prema odredbama Uredbe Rim I. Prema mišljenju nekih autora ova je definicija preširoko formulirana i ne razgraničava jasno individualne interese ugovornih strana od njima nadređenih interesa. Stoga bi se mogla tumačiti i na način da obuhvaća i neke odredbe nacionalnog ugovornog prava.¹⁴⁸ U kontekstu međunarodnog ugovornog prava pravila neposredne primjene načelno se odnose na pitanja zakonitosti ili moralnosti određenih transakcija, a njihov je učinak utvrđenje sklopljenih ugovora u cijelosti ili djelomično ništetnima. Zbog bojazni da bi propisivanje primjene čl. 9. Uredbe Rim I CESL-om moglo negativno utjecati na njegovu atraktivnost,¹⁴⁹ neki autori predlažu uvođenje daljnjih odredaba u CESL, koje bi mogle imati neutralizirajući učinak na čl. 9. Uredbe Rim I. Tako *Hesselink* po pozoru na čl. II. – 7:301 DCFR-a,¹⁵⁰ predlaže propisivanje slične odredbe koja bi utvrđivala ništetnost ugovora u slučaju i u mjeri u kojoj povrjeđuje načelo priznato kao temeljno u EU, a ništetnost je potrebna da zajamči njegov učinak. U takvim slučajevima, on ne vidi način na koji bi se pravila neposredne primjene prava države suda (čl. 9. st. 2. Uredbe Rim I) ili prava države u kojoj se ugovorne obveze moraju ispuniti (čl. 9. st. 3. Uredbe Rim I) mogla primijeniti na ugovor, kada bi relevantno nacionalno pravo države suda ili države ispunjenja ugovorne obveze bio sam CESL.¹⁵¹ Znanstvenici s Max-Planck-Instituta za komparativno i međunarodno

147 U tom bi slučaju Uredba Rim I, morala biti izmijenjena kako bi omogućila spomenuti izbor. Vidi *supra*, str. 17, bilj. 71.

148 Više o definiciji kod Čikara, E., *Gegenwart...*, op.cit., str. 477, Kunda, I., *Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International Law of Contracts*, GPR, 2007., str. 210. Mankowski, P., *Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge*, IHR, 2008., str. 147.

149 Vidi Priopćenje Komisije „Daljnje djelovanje“, COM (2004) 651 fin., str. 20.: „Here it should be noted that national mandatory rules, applicable on the basis of Articles 5 and 7 of the Rome Convention, can increase transaction costs and constitute obstacles to cross-border contracts. (...) the introduction in the optional instrument of mandatory provisions in the meaning of in Articles 5 and 7 of the Rome Convention could represent a great advantage: the parties, by choosing the optional instrument as applicable law to their contract, would know from the moment of the conclusion of the contract which mandatory rules are applicable to their contractual relationship. (...) However, in such a situation, it would need to be certain that, where the parties have chosen the optional instrument as applicable law, other national mandatory rules would no longer be applicable.“

150 Čl. II. – 7:301 DCFR: *Contracts infringing fundamental principles*: „A contract is void to the extent that: (a) it infringes a principle recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union; and (b) nullity is required to give effect to that principle.“

151 *Hesselink, M.W., How to...*, op. cit., str. 5.

privatno pravo kao mogućnost spominju i propisivanje odredbe CESL-a, prema kojoj bi ugovor bio ništetan iz razloga javnog interesa ako krši pravila neposredne primjene na razini europskog prava.¹⁵² Rješenje propisivanja odgovarajuće odredbe u CESL-u predlaže se i za *ordre public*. No, dok je propisivanje kogentnih odredaba u CESL-u o zaštiti potrošača kojima se postiže visok stupanj njihove zaštite objektivno gledano moguć zadatak, sporno je bi li se mogao postići konsenzus o odredbi o javnom poretku, čije se poimanje jako razlikuje od države do države. Tako Max-Planck-Institut predlaže da se državama članicama mora dopustiti, da se u razumnim granicama oslone na domaća „temeljna načela“, ipak u okvirima koja bi nacionalnim sudovima u tumačenju ovog pojma postavio Sud pravde EU-a.¹⁵³ Unatoč negativnom utjecaju na atraktivnost CESL-a, spomenute je nedostatke potrebno otkloniti kako bi se spriječile situacije sukoba CESL-a s pravilima neposredne primjene ili s pravilima koja štite javni poredak država članica.

5.3. Praktična primjena i prihvatljivost Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje (CESL)

5.3.1. Za trgovce

Ako bi Prijedlog Uredbe o CESL-u bio i usvojen u obliku u kojem je predložen, ključno je pitanje bi li on kao opcionalni instrument, čiju primjenu ugovorne strane mogu ugovoriti, bio zaista i prihvaćen u praksi. Tako prema posljednjim analizama Eurobarometra o primjeni Europskog ugovornog prava u B2C i B2B odnosima 49% ispitanika smatra da razlike ugovornih prava država članica nisu glavna prepreka sklapanju prekograničnih pravnih poslova.¹⁵⁴ Kao glavne prepreke trgovci navode, primjerice, ispunjavanje određenih formalnih preduvjeta poslovanja, dobivanje dozvola, postupke registracije, jezičnu barijeru, pitanja oporezivanja (npr. razlike u PDV-u) te strah od prijevara i neispunjenja obveza, prvenstveno od neplaćanja. Jednu od ključnih prepreka predstavlja bojazan i trgovaca i potrošača da će se u slučaju spora, postupak njegova rješavanja voditi u stranoj zemlji i na stranome jeziku. Na upite o potencijalnome korištenju CESL-a u praksi, 34% ispitanih trgovaca smatra da bi jedinstveni europski instrument ugovornog prava omogućio proširenje sklapanja prekograničnih B2B ugovora na nove 1-2 države, dok sljedećih 35% trgovaca smatra da bi proširenje poslovanja obuhvatilo novih 3-5 država. 30% ispitanika se je izjasnilo da bi „vrlo vjerojatno“, a 40 % da bi „vjerojatno“ koristili opcionalni instrument da se takav usvoji u B2B ugovornim odnosima. No, prema mišljenju autorice ove su prognoze vrlo sporne budući da u praksi 60%

152 Basedow, J./Christandl, G./Doralt, W./Fornasier, M./Illmer, M./Kleinschmidt, J./Martens, S. A. E./Rösler, H./Schmidt, J. P./Zimmermann, R., op. cit., str. 39., toč. 89. Vidi predmet ESP, C-381/98 *Ingmar* [2000] ECR I-9305, para. 25.

153 Ibid.

154 Eurobarometer, *European contract law in consumer transactions, i European contract law in business-to-business transactions Analytical Report*, 2011.

trgovaca ugovara primjenu nacionalnog prava, dok se primjerice svega 9% odlučuje na međunarodne konvencije, UNIDROIT načela i sl. S tim u vezi postavlja se i pitanje atraktivnosti CESL-a pored već brojnih postojećih akata međunarodne harmonizacije i unifikacije posebice u domeni trgovačkih ugovora usvojenih u okviru međunarodnih projekata poput UNIDROIT-a, UNCITRAL-a, ICC-a. Tako bi primjerice u odnosu na CISG, CESL mogao postati interesantan u B2B odnosima, stoga što CISG ne uređuje sva pitanja, već su, primjerice, pitanja općeg ugovornog prava uređena odredbama nacionalnih prava.¹⁵⁵ Tako se prema CISG-u na pitanja poput sposobnosti strana za sklapanje ugovora, mane volje i druga pitanja koja utječu na valjanost ugovora, primjenjuju odredbe mjerodavnog nacionalnog prava. Budući da neka od spomenutih pitanja uređuje CESL, u tom bi smislu mogao postati zanimljiv trgovcima. Treba uočiti da i CISG sadrži neke od nedostataka koji se predbacuju CESL-u, te također trgovcima stvara transakcijske troškove saznavanja sadržaja mjerodavnog prava.¹⁵⁶

Nadalje, potrebno je imati u vidu kako u praksi trgovci u B2B odnosima uglavnom ne nastoje pronaći najbolje pravo mjerodavno za određeni ugovorni odnos, već u slučaju spora nastoje što učinkovitije neutralizirati nastupjeli problem. Također, oni uglavnom istražuju kako su drugi trgovci ili konkurenti na tržištu sastavili svoje uvjete poslovanja. Onda kada odluče ugovoriti primjenu stranog prava na svoj ugovorni odnos, uglavnom odabiru ono najbližije njihovom nacionalnom pravu, npr. nizozemski će trgovac biti sklon ugovoriti njemačko ili belgijsko pravo.¹⁵⁷ Tako bi, primjerice, iz perspektive engleskoga prava ugovorne strane u B2B odnosima mogle bi zauzeti mišljenje da CESL ide korak predaleko u uređenju određenih pitanja,¹⁵⁸ kao što je to mogućnost suda da prilagodi odredbe ugovora u slučaju promjena okolnosti (čl. 89. CESL) ili kod propisivanja obveza utemeljenih na načelu dobre vjere, glede ispunjenja obveza i lijekova, obveze obavještanja (*duty of disclosure*) i dr. U tom bi smislu CESL lako mogao ostati neiskorišten. Tako

155 Prema čl. 4 ako nije izričito drugačije predviđeno, CISG se ne odnosi na: a) pravovaljanost ugovora, bilo koju od njegovih odredaba ili običaja; (b) učinak što bi ga ugovor mogao imati na vlasništvo prodane robe. Treba napomenuti da se i u onom dijelu koji je uređen CISG-om, primjenjuju trgovački običaji.

156 Tako *Hesselink* smatra da bi EU mogla biti optužena za okretanje leđa međunarodnoj zajednici, stoga što su se prema preambuli CISG-a države ugovornice Konvencije sporazumjele da „considering that the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States“ i „being of the opinion that the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal systems would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade“. Vidi *Hesselink, M. W., An optional instrument on EU contract law: can it increase legal certainty and foster cross-border trade*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series, br. 6., 2010., str. 17.

157 Tako *Low, G., Will firms consider a European optional instrument in contract law?*, *Eur J Law Econ*, 2011., str. 14.

158 *Howells, G., op. cit.*, str. 177: „Indeed it is ironic that just as Europe looks likely to favour a private law based on the majority civil law traditions, commercial practice seems to be adopting Anglo-Saxon transaction practices.“

CESL u B2B odnosima polazi od slobode ugovaranja (čl. 1. CESL), uz ograničenje poštivanja primjenjivih prisilnih propisa, u koje se ubraja i obveza djelovanja u skladu s načelom dobre vjere i pravičnog poslovanja iz čl. 2., a koja se primjenjuje i tijekom pregovora.¹⁵⁹ Nadalje, u B2B ugovorima standardni uvjeti o kojima se nije pojedinačno pregovaralo podliježu testu (ne)pravičnosti (čl. 86. CESL),¹⁶⁰ a lijekovi zbog prijevare, prijetnje i nepoštene zlouporabe ne mogu se isključiti ili ograničiti (čl. 56. st. 1. CESL). Ove odredbe koje imaju za cilj zaštitu slabije ugovorne strane i postizanje ravnoteže ugovornih strana i u trgovačkim ugovorima, mogle bi utjecati na odluku trgovaca da ne odaberu primjenu CESL-a te da se i dalje oslanjaju na onaj pravni režim koji najbolje služi njihovim interesima.

Daljnje pitanje koje se u literaturi nerijetko javlja jest, hoće li trgovci, koji imaju razvijen način trgovanja, standardizirane obrasce i ugovore biti spremni mijenjati ih, i time sebi prouzročiti transakcijske troškove.¹⁶¹ No, autorica smatra da odluka o primjeni CESL-a neće počivati na opsegu transakcijskih troškova vezanih uz prilagodbu poslovanja, budući da su oni jednokratni i vjerojatno ne previsoki. Trgovcima će biti u interesu koristi koje bi im CESL mogao donijeti, npr. proširenje poslovanja, te će za donošenje odluke o primjeni CESL-a u konačnici odlučujući biti sadržaj odredaba CESL-a. Ograničeno polje primjene *ratione materiae* Prijedloga Uredbe i u okviru njega ograničene definicije ugovora koje CESL pokriva mogli bi djelovati kontraproduktivno na atraktivnost novog instrumenta koji se u praksi tek

159 Čl. 23. st. 1. CESL-a koji uređuje obvezu obavještanja o robi i povezanim uslugama u B2B odnosima. Tako se praktičari pribojavaju da bi propisivanje obveze poslovanja u skladu s načelom dobre vjere (eng. *good faith and fair dealing*, njem. *Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs*) u B2B ugovorima, za trgovce iz *common law* sustava moglo prouzročiti nesigurnost. Ipak, iako englesko pravo ne poznaje opću obvezu sklapanja ugovora o kupoprodaji u skladu sa spomenutim načelom, za pretpostaviti je da bi se trgovci brzo uskladili s njome.

160 Čl. 86 CESL-a: "1. In a contract between traders, a contract term is unfair for the purposes of this Section only if: (a) it forms part of not individually negotiated terms within the meaning of Article 7; and (b) it is of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing". Nadalje prema čl. 81. CESL-a ugovorne strane ne mogu primjenu odredaba ovog poglavlja isključiti, derogirati ili izmijeniti njihove učinke. Vidi i Mišćenić E., *Unfair Contract Terms in Contract Law of the Republic of Croatia* u: Jessel-Holst, Ch./Josipović, T./Dollani, N. (ur.), *Civil Law Forum for South East Europe-Collection of studies and analyses*, 2012. (u postupku objavljivanja).

161 Veći problem od razlika dispozitivnog ugovornog prava za SME predstavljaju odredbe kogentnog prava država. Orgalime smatra da „differences in the non-mandatory background law is not a major problem (...). This is mainly due to the long established practice of using general contract conditions to limit the effect of such differences (...). Even if there existed a uniform non-mandatory law this practice of using general conditions would continue“. Vidi <http://www.orgalime.org/about/index.htm> (posjećeno dana 2.1.2012.). Isto ističe European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises (UEAPME) tvrdeći: "According to the experiences of our members-national professional associations representing SMEs-, the differences in contract law among the different Member states do not constitute a significant problem for cross-border transactions (...) the situation is different when talking about (...) mandatory rules". Vidi http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.5.4.pdf, str. 11 (2.1.2012.).

mora dokazati. Tako je primjerice definicija povezanih usluga iz čl. 2. sl. m) Uredbe prema mišljenju autorice vrlo ograničena, jer je njome pokriven mali broj usluga vezanih uz samu prodaju robe ili dobavljanje digitalnog sadržaja. Ako primjerice trgovac koji inače pruža i usluge održavanja i popravaka ugovor ne sklopi pod pretpostavkama iz istog članka, on ugovor o pružanju povezanih usluga neće moći podvrgnuti primjeni CESL-a, već će se na njega primijeniti mjerodavno nacionalno pravo. Do istih problema vodi i neuređenje ključnih pitanja ugovornog prava CESL-om, poput spomenutih pitanja poslovne sposobnosti, jezika ugovora, zastupanja i dr. Osim što stvaraju pravnu nesigurnost, za trgovce su ovakve situacije u kojima bi morali poznavati više pravnih režima, kompleksnije i skuplje od poteškoća vezanih uz saznavanje prava zemalja u kojima već posluju ili čije pravo uglavnom primjenjuju, a koje se u cijelosti primjenjuje na ugovorni statut.

5.3.2. Za potrošače

Prema čl. 1. st. 3. Prijedloga Uredba jamči visoki stupanj zaštite potrošača što jača njihovo povjerenje u unutarnje tržište i ohrabruje ih na prekograničnu kupnju.¹⁶² Članak 6. st. 2. Uredbe Rim I, koji bi prema Prijedlogu Uredbe primjenom CESL-a bio neutraliziran, potrošačima jamči primjenu povoljnijih odredaba o zaštiti potrošača njihova uobičajena boravišta. Prema obrazloženju Komisije, CESL sadržava potpuno harmonizirane kogentne odredbe o zaštiti potrošača važeće u svim državama članicama, zbog čega stupanj zaštite potrošača u državi njegova uobičajena boravišta ne može biti viši. No, da bi se spriječile situacije, tzv. socijalnog dumpinga,¹⁶³ u kojima bi se odabirom CESL-a derogiralo primjenu nacionalnih odredaba koje pružaju viši stupanj zaštite potrošača, on mora zajamčiti izuzetno visok stupanj zaštite potrošača.¹⁶⁴ Bojazan je opravdana i u smislu prakse ESP-a, koja je potvrdila da Ugovor ne zahtijeva od europskog zakonodavca usvajanje akata s najvišim stupnjem zaštite koji postoji u nekoj od država članica.¹⁶⁵ S tim u vezi postavlja se i pitanje stupnja zaštite potrošača u nacionalnim porecima država članica koje će ovisiti i o stupnju zaštite koji u nacionalno pravo uvodi nova Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača. Također je upitno, je li u odnosu na B2C ugovore CESL uopće potreban ima li se u vidu Direktiva 2011/83/EU? U tom smislu treba napomenuti kako je CESL glede onih vrsta potrošačkih ugovora

162 Prema Zelenoj knjizi iz 2010. godine, COM(2010)348 fin., str. 7.: „(...) the optional instrument would need to offer a manifestly high level of consumer protection“. Vidi i čl. 12. i čl. 114. st. 3. UFEU-a.

163 Rutgers, J. W., An Optional Instrument and Social Dumping, ERCL, br. 2., 2006., str. 3.

164 Tako BEUC u dopisu „EU Contract law - MEPs on the wrong track“ smatra da bi opcionalni instrument Europskog ugovornog prava „create more complexity and daily confusion instead of more confidence and legal certainty not only for consumers but also for SMEs“. Vidi BEUC, [argueshttp://eusoco.com/wp-content/uploads/2011/06/beuc_ecl_press_june2011.pdf](http://eusoco.com/wp-content/uploads/2011/06/beuc_ecl_press_june2011.pdf) (5.1.2012.).

165 Vidi predmet ESP, C-233/94, *Germany/European Parliament and Council of the European Union* [1997] ECR I-2405.

pokrivenih poljem primjene *ratione materiae* Direktive 2011/83/EU u potpunosti usuglašen s stupnjem zaštite potrošača koji ona nudi. Budući da Direktiva 2011/83/EU uređenje kupoprodaje i nepoštenih ugovornih odredaba uglavnom ostavlja netaknuto, a glede istih postoje značajna odstupanja u državama članicama, CESL bi u tom smislu mogao koezistirati s Direktivom 2011/83/EU ili ovisno o svojem sadržaju predstavljati čak bolje rješenje. Ipak, u literaturi postoje brojna suprotstavljena mišljenja. Jedni smatraju kako su ona pitanja koja su ostala izvan uređenja Direktive 2011/83/EU u mnogim državama članicama uređena na višem stupnju zaštite od CESL-a. U tom bi slučaju neprimjena CESL-a i jamstvo visokog stupnja zaštite potrošača putem čl. 6. st. 2. Uredbe Rim I bio bolji izbor od CESL-a. Drugi su mišljenja da je stupanj zaštite zajamčen CESL-om izuzetno visok, što se odražava u mnogim odredbama, npr. o pravu potrošača kao kupca na slobodan izbor između lijekova popravka, zamjene, raskida ugovora, sniženja cijene i naknade štete bez ograničenja prekluzivnim rokom u kojem moraju ostvariti svoja prava (čl. 106. st. 1. i 3. CESL), već samo općim zastarnim rokom (čl. 179. i 180.),¹⁶⁶ odredbi o nemogućnosti isključenja ili ograničenja lijekova zbog prijevare, prijetnje i nepoštene zlouporabe, a u B2C odnosima zabrani isključenja ili ograničenja na štetu potrošača lijekova kod mana volje (čl. 56. st. 1. i 2. CESL), potom u poprilično dugoj crnoj i sivoj listi nepoštenih ugovornih odredaba (čl. 84. i 85. CESL) i dr.¹⁶⁷ Iako se autorica slaže s potonjom argumentacijom, prema njezinu mišljenju CESL sadrži i neke sporne odredbe o zaštiti potrošača koje bi mogle imati suprotan učinak od onog kojeg se željelo postići. Tako je problematična, npr. odredba čl. 9. st. 2. reč. 2. Uredbe, prema kojoj, ako je ugovor o korištenju CESL-a sklopljen telefonski ili drugim sredstvom koje ne omogućava pribavljanje potrošaču obrasca s informacijama ili ako trgovac nije pružio informacije, potrošač neće biti vezan ugovorom, dok ne dobije potvrdu trgovca o sporazumu o korištenju CESL-a iz čl. 8. st. 2. popraćenu obrascem informacija i dok izričito naknadno ne pristane na korištenje CESL-a. Dio odredbe koji propisuje da „potrošač neće biti vezan ugovorom“ stvara pravnu nesigurnost. Pod pretpostavkom da CESL zaista pruža viši stupanj zaštite od odredaba nacionalnih prava o zaštiti potrošača, a koje se za to razdoblje primjenjuju na ugovor kao odredbe mjerodavnog prava, potrošač će uživati niži stupanj zaštite.

Daljnji problem vezan uz stupanj zaštite potrošača, a koji bi se u praksi mogao pojaviti u svezi s CESL-om, tiče se stvarne mogućnosti odabira potrošača.

166 Rok zastare je dvije godine od trenutka u kojem je potrošač saznao ili se moglo očekivati da zna za nesukladnost robe (stvari) i deset godina od trenutka roka za predaju stvari. Vidi čl. 179. CESL-a: „1. The short period of prescription is two years. 2. The long period of prescription is ten years or, in the case of a right to damages for personal injuries, thirty years.“ Vidi čl. 180. st. 1. i 2. CESL: „1. The short period of prescription begins to run from the time when the creditor has become, or could be expected to have become, aware of the facts as a result of which the right can be exercised. 2. The long period of prescription begins to run from the time when the debtor has to perform or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the right.“

167 Hesselink, M. W., Consumers need more than protection, *European Voice*, 2011., str. 12.

Postoji bojazan da će se sklapanje ugovora u B2C odnosima primjenom CESL-a odvijati po principu „take it, or leave it“, tako što će trgovac učiniti odabir, te robu nuditi i prodavati potrošačima samo uz primjenu CESL-a ili je nuditi i prodavati samo uz primjenu nacionalnog ugovornog prava.¹⁶⁸ Postavlja se pitanje, koliko je ispravno doći do primjene CESL-a ovim putem, zbog čega organizacije za zaštitu potrošača iskazuju svoju zabrinutost.¹⁶⁹ Nadalje, u literaturi se također napominje da potrošačev odabir primjene CESL-a mora biti stvaran, odnosno da njegova odluka mora biti, tzv. *informed decision*, tako što će znati između čega zapravo bira.¹⁷⁰ To bi osim poznavanja odredaba CESL-a podrazumijevalo i potrošačevo poznavanje sadržaja odredaba nacionalnog prava čija se primjena odabirom CESL-a derogira. Ipak, treba napomenuti kako je teško zamislivo da će prosječni potrošač čak i u slučaju odabira CESL-a, proučavati razlike u odnosu na odredbe nacionalnog prava, čiji sadržaj često ionako ne poznaje. Odabir prava mjerodavnog za ugovor nije odlučujući motiv radi kojeg se potrošači odlučuju na sklapanje ili nesklapanje ugovora.

6. ZAKLJUČAK

U okviru europskog privatnog prava najviše se pozornosti posvetilo usklađivanju propisa ugovornog prava država članica EU-a, koji u svjetlu tržišne ekonomije predstavljaju jedno od najučinkovitijih sredstava za postizanje i jačanje jedinstvenog unutarnjeg tržišta. No ostvarenje spomenutog cilja biva potkopano lošim pristupom harmonizaciji ugovornog prava država članica od strane europskog zakonodavca, koji ju je provodio bez unaprijed utvrđene strategije i sveobuhvatnog plana reagirajući na konkretne, izdvojene probleme i neusuglašavajući svoje djelovanje pri usvajanju svakog sljedećeg akta harmonizacije. Time se nije ugrozilo isključivo cilj ostvarenja idealnog unutarnjeg tržišta, već se u znatnoj mjeri narušila stabilnost ugovornog prava država članica uslijed integriranja fragmenata nerijetko nesavršenog europskog zakonodavstva u nacionalno pravo. Udaljavanje od cilja uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta proklamiranog u *ex* čl. 95. UEZ-a (sada: čl. 114. UFEU) na kojem su se akti usklađivanja uglavnom pravno temeljili, dovelo je u pitanje i ovlast Unije da području podijeljene nadležnosti između država članica

168 Tako The Law Commission and The Scottish Law Commission, *An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems*, 2011., str. vi.: “Traders are unlikely to allow consumers to choose whether to contract under the CESL or their own national law. (...) Thus consumer choice would usually be limited: either to accept the CESL or not to buy from the trader.”

169 Goyens, M., *Why the optional instrument is the wrong way for consumers*, *European Voice*, 16.6.2011., str. 14.

170 Dvojbeno je podrazumijeva li praksa ESP-a pod pojmom prosječnog potrošača „average consumer“ („a reasonably well informed and reasonably observant and circumspect“) i njegovo poznavanje prava. Vidi predmet *ESP, C-220/98 Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v. Lancaster Group GmbH* [2000] ECR I-117.

i Unije dalje djeluje, a imajući u vidu granice koje joj kod korištenja nadležnostima postavljaju načelo supsidijarnosti i proporcionalnosti. Stoga europski zakonodavac već dulje vrijeme pokušava pronaći novi i adekvatan pristup harmonizaciji ugovornog prava država članica, promjenama u intenzitetu harmonizacije, zakonodavnih metoda i dr. Spomenuta djelovanja, praćena brojnim priopćenjima Komisije, rezolucijama Europskog parlamenta, te projektima predstavljaju se kao pokušaj konsolidiranja i harmonizacije, ali i kao projekti kodifikacije ugovornog prava. Obuhvaćaju razvoj od prve rezolucije Europskog parlamenta iz 1989. godine, preko Landovih načela, revizije važećeg *acquisa* u pravu zaštite potrošača, CFR-a, Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača do usvajanja prijedloga opcionalnog instrumenta europskog ugovornog prava.

Usvajanje CESL-a značajno bi utjecalo na razvoj europskog privatnog, posebice ugovornog prava i promijenilo njegovo dosadašnje poimanje. Njegovo uređenje kao 2. pravnog režima koji važi pored nacionalnog ugovornog prava utjecalo bi na samo podučavanje ugovornog prava u državama članicama. Prema Prijedlogu Uredbe ugovorne strane bi nakon što ih kolizijske odredbe akata međunarodnog privatnog prava uputile na pravo države članice kao mjerodavno u okviru njega mogle odabrati primjenu CESL-a. Ovaj opcionalni instrument bi se prema sadašnjem Prijedlogu Uredbe trebao primjenjivati na B2C i B2B ugovore (kod potonjih je barem jedna od strana SME) o prodaji, dobavljanju digitalnog sadržaja i povezanim uslugama, koji se sklapaju prekogranično. Države članice bi imale na raspolaganju i opciju da usvoje zakonodavstvo, koje CESL čini dostupnim i za ugovore bez međunarodnog obilježja kao i za B2B ugovore, od kojih niti jedan nije SME. No prihvatljivost i atraktivnost CESL-a na kraju će dana ovisiti o kvaliteti njegova sadržaja kao opcionalnog instrumenta europskog ugovornog prava. Unatoč mnogobrojnim prednostima koje bi usvajanje CESL-a moglo donijeti, Prijedlog Uredbe trenutačno posjeduje i znatne nedostatke koji će u zakonodavnom postupku usvajanja akta zasigurno predstavljati kamen spoticanja. Tako mnogi autori dvoje o relevantnosti CESL-a za ugovore o kupoprodaji, budući da je ista bila i je predmetom ključnih akata međunarodne unifikacije kao što je CISG u B2B odnosima ili europske harmonizacije kao što je Direktiva 1999/44/EZ u B2C odnosima. Stoga iako obuhvaćanje ugovora o dobavljanju digitalnog sadržaja poljem primjene predstavlja značajan iskorak, u pravnoj doktrini je iskazano žaljenje što Prijedlog Uredbe ne obuhvaća, primjerice, ugovore o pružanju usluga, ili ugovore o *factoringu* ili neke druge specijalne ugovore. Osim toga, iako je nerealno očekivati da bi instrument europskog opcionalnog prava mogao pokrivati sva pitanja koja bi se u svezi s određenim ugovornim odnosom mogla pojaviti, CESL osim što ne rješava određena važna pitanja u kojima graniči sa stvarnim pravom (npr. prijenos vlasništva), odštetnim pravom i sl., ne rješava ni ne „manje bitna“ pitanja ugovornog prava, npr. pitanje poslovne sposobnosti, jezika ugovora, zastupanje i dr. Budući da se ta pitanja uređuju nacionalnim mjerodavnim pravom na koje ukažu kolizijske odredbe međunarodnog privatnog prava, time se otvara vrata nepotrebnom kompliciranju pravnog odnosa i pravnoj nesigurnosti za

ugovorne strane. Nadalje CESL-u se predbacuje nejasnoća njegovih odredbi, velik broj generalnih klauzula i otvorenih koncepata.¹⁷¹ No, CESL se bori i s drugim važnim boljkama, poput neadekvatnog odabira čl. 114. UFEU-a kao pravne osnove za usvajanje Uredbe, budući da kao drugi režim alternativan nacionalnom ne teži usklađivanju nacionalnih ugovornih prava država članica. Isto tako nedostaci CESL-a koji bi mogli najviše utjecati na smanjenje njegove atraktivnosti, proizlaze iz brojnih neriješenih pitanja međunarodnog privatnog prava. S obzirom na to da bi se Uredba primjenjivala na području država članica EU-a i država EFTA-e, ako bi kolizijske odredbe uputile na pravo treće zemlje kao mjerodavno za ugovor, ugovorne strane ne bi mogle odabrati primjenu CESL-a. Jednako tako sporan može biti odnos CESL-a i važećih međunarodnih konvencija, a koje bi zbog nadređenosti koju im priznaje europsko međunarodno privatno pravo svojim kolizijskim odredbama odlučivale o tomu primjenjuje li se na ugovor pravo države članice i tako utjecale na mogućnost odabira CESL-a. Daljnji neriješen problem predstavlja i mogućnost zaobilaženja primjene pravila neposredne primjene i pravila o javnom poretku država članica. Nadalje treba napomenuti kako bi u slučaju usvajanja CESL-a bilo potrebno više desetaka godina za stjecanje iskustva i razvijanje određene sudske prakse. Unatoč propisanoj obvezi državama članicama da za bazu podataka obavještavaju o pravomoćnim presudama nacionalnih sudova o tumačenju CESL-a ili odredaba Uredbe, u početku bi postojala pravna nesigurnost glede njegova tumačenja i primjene.¹⁷² Konačno, iako CESL predstavlja značajan i hrabar korak za razvoj europskog ugovornog prava, pred njim je dugi put usavršavanja želi li postati „samostalni, uniformni set pravila koji stranama nudi rješenja najvažnijih problema koji se u ugovornom pravu mogu pojaviti u prekograničnim situacijama“.¹⁷³

171 Npr. significant disadvantages, good faith, fair dealing, gross deviation, good commercial practice, dependence. Vidi Maugeri, M., *Is the DCFR ready to be adopted as an Optional Instrument?*, ECRL, br. 2., 2011., str. 2.

172 Također postoji bojazan da bi uslijed velikog broja zahtjeva za donošenje odluke o prethodnom pitanju nacionalnih sudova država članica, Sud pravde EU-a bio preopterećen.

173 Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o zajedničkom europskom pravu prodaje, COM(2011) 635 final, Brussels, Explanatory Memorandum, str. 11.

Summary

EUROPEAN CONTRACT LAW ON THE WAY FROM *SOFT* TO *HARD LAW* AN OVERVIEW OF THE OPTIONAL COMMON EUROPEAN SALES LAW (CESL)

For Marta

The approximation of regulations of EU Member States' contract laws represents one of the most efficient means for the establishment and strengthening of the single internal market. However, the shortcomings in the approach of the European legislator to the harmonisation of the EU Member States' contract law resulted in numerous problems that led to the alienation from the mentioned goal. Therefore, at the EU level efforts are made to develop a new and more acceptable approach to harmonisation, which are accompanied not only by numerous communications of the Commission, resolutions of the European Parliament and projects aimed at consolidation and harmonisation, but also by attempts of contract law codification. The latter activities encompass the development from the first Resolution of the European Parliament of 1989, over Lando principles, the revision of the existing *acquis* in the field of consumer protection law, CFR, Directive 2011/83/EU on consumer rights to the Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (CESL). Since the adoption of the Regulation would undoubtedly significantly influence the development of the European contract law, the author tries to determine its main advantages and disadvantages by analysing key provisions of the proposed optional instrument.

Key words: *European private law, European contract law, approximation, internal market, Common European Sales Law, CESL, CISG, Directive 2011/83/EU.*

Zusammenfassung

EUROPÄISCHES VERTRAGSRECHT AUF DEM WEG VON *SOFT BIS HARD LAW* EIN RÜCKBLICK AUF DAS OPTIONALE GEMEINSAME EUROPÄISCHE VERKAUFSRECHT

Für Marta

Die Angleichung der Vorschriften des Vertragsrechts von EU-Mitgliedsstaaten stellt eines der meist wirkungsvollen Mittel für die Erreichung und Stärkung des einheitlichen inneren Marktes. Aber wegen Mängel im Ansatz des europäischen Gesetzgebers zur Harmonisierung des Vertragsrechts von EU-Mitgliedsstaaten sind zahlreiche Probleme entstanden, welche zur Entfernung von diesem Ziel führten. Deswegen wird in der EU versucht, den neuen und mehr akzeptablen Ansatz zur Harmonisierung zu entwickeln, was von Berichten der Kommission, Entscheidungen des Europäischen Parlaments und Projekten der Konsolidierung und Harmonisierung aber auch von Versuchen der Kodifizierung des Vertragsrechts begleitet wird. Die genannten Aktivitäten umfassen die Entwicklung ab der ersten Entscheidung des Europäischen Parlaments aus dem Jahr 1989, bis zu Lando-Prinzipien, Revision des rechtsgültigen *acquis communautaire* im Verbraucherschutzrecht, CFR, Richtlinie 2011/83/EU über die Verbraucherrechte und bis zum Kommissionsverordnungsvorschlag über das Gemeinsame Europäische Verkaufsrecht. Da die Verordnungsannahme zweifellos die Entwicklung des europäischen Vertragsrechts sehr beeinflussen würde, versucht die Autorin durch Forschung zu den wichtigsten Verordnungen des vorgeschlagenen optionellen Instruments seine Vor- und Nachteile festzustellen.

Schlüsselwörter: *Europäisches Privatrecht, Europäisches Vertragsrecht, Angleichung, Innerer Markt, Gemeinsames Europäisches Verkaufsrecht, CESL, CISG, Richtlinie 2011/83/EU.*

Riassunto

**IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI SULLA VIA DA *SOFT*
A *HARD LAW*: CONSIDERAZIONI SUL DIRITTO COMUNE
OPZIONALE EUROPEO DELLA VENDITA (CESL)**

Per Marta

La corrispondenza delle disposizioni in materia di diritto dei contratti degli Stati membri dell'UE rappresenta uno dei mezzi più efficaci per il raggiungimento ed il consolidamento del mercato unico. Nondimeno, determinati comportamenti del legislatore europeo, dimostratisi lacunosi nel fine di armonizzare il diritto dei contratti degli Stati membri, hanno condotto a numerose difficoltà che hanno poi causato l'allontanamento da tale obiettivo. Per questo motivo sul piano europeo si sta cercando di concepire un approccio all'armonizzazione nuovo e più accettabile, che si compone di numerose comunicazioni della Commissione, risoluzioni del Parlamento europeo, progetti di consolidamento ed armonizzazione, come anche di tentativi di codificazione del diritto dei contratti. Le menzionate iniziative si sviluppano a partire dalla prima risoluzione del Parlamento europeo del 1989, attraverso i principi Lando, la revisione dell'*acquis* nel diritto dei consumatori, il CFR, la Direttiva 2011/83/UE sui diritti del consumatore per arrivare fino alla Proposta di Regolamento di un diritto comune europeo della vendita. Posto che l'eventuale emanazione del Regolamento influirebbe significativamente sullo sviluppo del diritto europeo dei contratti, l'autrice attraverso l'analisi delle più importanti disposizioni contenute nello strumento opzionale proposto tenta di individuarne i pro ed i contro.

Parole chiave: *diritto privato europeo, diritto europeo dei contratti, armonizzazione, mercato unico, diritto comune europeo della vendita, CESL, CISG, Direttiva 2011/83/UE.*