

# Bitna obilježja i ustavnopravna osnova opcijskog instrumenta europskog ugovornog prava

---

**Petrić, Silvija; Bukovac Puvača, Maja**

*Source / Izvornik:* **Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2009, 46, 513 - 541**

**Journal article, Published version**

**Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)**

*Permanent link / Trajna poveznica:* <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:733292>

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

*Download date / Datum preuzimanja:* **2024-11-19**

**PRAVI**

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

Dr. sc. Silvija Petrić, izvanredni profesor  
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu  
Dr. sc. Maja Bukovac Puvača, docent  
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

## **BITNA OBILJEŽJA I USTAVNOPRAVNA OSNOVA OPCIJSKOG INSTRUMENTA EUROPSKOG UGOVORNOG PRAVA**

*UDK: 374.4 : 061.1EZ*

*Primljeno: 15. V. 2009.*

*Izvorni znanstveni rad*

Rad je posvećen analizi opcijskog instrumenta za europsko ugovorno pravo, kao jedne od mjera koje u okviru inicijative europskog ugovornog prava predlaže Europska komisija. Riječ je o sustavu općih pravila ugovornog prava i posebnih pravila za one ugovore koji su najznačajniji za funkcioniranje jedinstvenog europskog tržišta. Rad analizira razloge predlaganja donošenja ovakve mjere, njene temeljne karakteristike i svrhu, moguće načine primjene, mogući sadržaj i strukturu, odnos prema drugim aktima i mjerama komunitarnog prava, te posebno moguće ustavnopravne osnove za donošenje ovakvog akta komunitarnog prava.

**Ključne riječi:** *opcijski instrument za europsko ugovorno pravo; ugovorni  
acquis; ustavnopravna osnova.*

### **1. UVODNE NAPOMENE**

Jedna od najmarkantnijih karakteristika razvoja europskog prava u posljednja dva desetljeća svakako je postepeno strukturiranje nove oblasti iznimno žive regulatorne aktivnosti europskog zakonodavca, a to je oblast europskog privatnog prava. Naravno, to ne znači da se europsko privatno pravo počinje razvijati tek od devedesetih godina prošlog stoljeća. Naime, još od sredine sedamdesetih godina, proklamiranjem cilja «ostvarenja Europe s ljudskim licem», tada Europska ekonomska zajednica i na normativnoj razini pažnju usmjerava na ostvarenje socijalnih ciljeva, kao što su zaštita zdravlja i zaštita prava potrošača. To rezultira prvim značajnijim zadiranjima europskog zakonodavca u oblast privatnog, odnosno građanskog prava. Uglavnom je riječ o direktivama koje su posvećene nekim aspektima potrošačkih ugovora.<sup>1</sup> Novi poticaj donošenju čitavog niza akata koji se mogu smatrati dijelom privatnopravnog *acquis communautaire*-a donosi *Single European Act* iz 1986. godine, odnosno proklamiranje cilja ostvarenja

---

<sup>1</sup> Time počinje razvoj europskog prava zaštite potrošača. Više o ovoj oblasti europskog prava vidi: HOWELLS, G. - WILHELMSSON, T., *EC Consumer Law*, 1997.

jedinstvenog europskog tržišta do 1992. godine. Rad na ostvarenju ovog projekta dovodi do usvajanja velikog broja normativnih akata, uglavnom direktiva, koje uređuju privatnopravna pitanja iz oblasti ugovora, deliktne odgovornosti, a dijelom i iz stvarno-pravnih odnosa.

Naravno, Europska unija (dalje: Unija), odnosno Europska zajednica (dalje: Zajednica) nema direktnu nadležnost u uređivanju privatnopravnih (građanskopravnih odnosa), to je oblast koja je u neposrednoj nadležnosti država članica, a Unija može svojim aktima zadirati u tu oblast samo u okviru ovlasti koje su joj posebno povjerene europskim pravom, konkretno Ugovorom o osnivanju Europske unije (dalje: Ugovor).<sup>2</sup> Po Ugovoru, ove kompetencije Unija ima samo u ostvarenju ciljeva definiranih Ugovorom.

Među ciljevima koji omogućavaju intervenciju europskog zakonodavca u privatnopravno područje svakako je najznačajniji razvijanje gospodarskih aktivnosti, a taj se cilj postiže kreiranjem i održavanjem jedinstvenog europskog tržišta. Ugovor precizira da koncept jedinstvenog tržišta zahtijeva uklanjanje svih prepreka slobodnom kretanju roba, usluga, ljudi i kapitala, odnosno ostvarenje slobodne tržišne utakmice, te ovlašćuje Uniju na aproksimaciju (usklađivanje) prava država članica u mjeri u kojoj je to potrebno za funkcioniranje tog tržišta.<sup>3</sup> Naravno, riječ je o funkcionalnoj nadležnosti, što znači da je intervenciji europskog zakonodavca podložno nacionalno pravo država članica koje predstavlja prepreku funkcioniranju jedinstvenog tržišta, bez obzira radi li se o normama koje u nacionalnom pravu pripadaju korpusu privatnog ili javnog prava.<sup>4</sup> A gotovo sve europske direktive koje uređuju privatnopravnu materiju u preambuli apostrofiraju kao svoj temeljni cilj upravo uređenje i održavanje jedinstvenog europskog tržišta. Iz toga se može zaključiti da je nadležnost Unije u oblasti privatnog prava zapravo izvedena, odnosno posredna nadležnost, ona postoji samo u mjeri u kojoj je nužna radi ostvarenja višeg cilja, tj. otklanjanja prepreka koje funkcioniranju jedinstvenog tržišta postavljaju razlike između nacionalnih prava.

Zaštita prava potrošača, te «stvaranje područja slobode, sigurnosti i pravde» također se mogu smatrati Ugovorom proklamiranim ciljevima Zajednice<sup>5</sup> koji su relevantni za privatno pravo. Zaštita potrošača kao slabije strane u tržišnom odnosu može se promatrati kao jedan od oblika ostvarenja socijalnih funkcija Zajednice. No, način na koji je postavljena u Ugovoru ne pruža samostalnu osnovu za intervenciju europskog normotvorca u oblasti privatnog prava. Naime, čl. 153.

---

<sup>2</sup> *Treaty on European Union* consolidated text, Official Journal C 325 of 24 December 2002).

<sup>3</sup> Vidi: čl. 2. i 3. Ugovora o Europskoj zajednici.

<sup>4</sup> U literaturi se navodi da je od 2400 europskih direktiva donesenih do 2006. godine njih 1400 neposredno usmjereno na ostvarenje koncepta jedinstvenog europskog tržišta. Vidi: SMITS, J. M., *European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2006/3, str. 6. (dalje: SMITS).

<sup>5</sup> Vidi čl. 3. Ugovora.

Ugovora koji je posvećen zaštiti potrošača<sup>6</sup> određuje da će se zaštita potrošača kao jedan od ciljeva Europske zajednice ostvarivati aktivnostima Zajednice upravljenima na zaštitu zdravlja, sigurnosti i gospodarskih interesa potrošača, kao i prava na informiranje, obrazovanje i udruživanje, te da će se zaštita potrošača uzimati u obzir i prilikom kreiranja i ostvarivanja ostalih aktivnosti Zajednice. No, kao mjere kojima će ostvarivati tako definiranu politiku zaštite potrošača čl. 153. navodi mjere kojima se u skladu s čl. 95. Ugovora ostvaruje zajedničko tržište, te mjere podržavanja, dopunjavanja i nadziranja politike država članica u oblasti zaštite potrošača. Iz toga proizlazi da su komunitarne mjere usklađivanja nacionalnih prava u ovoj oblasti moguće jedino ukoliko doprinose uspostavljanju i funkcioniranju zajedničkog tržišta. Drugim riječima, zaštita potrošača nije samostalna osnova za donošenje europskih normi, već se ovaj cilj može ostvarivati samo ako različitosti nacionalnih normi predviđenih za zaštitu potrošača predstavljaju prepreku funkcioniranju jedinstvenog tržišta.<sup>7</sup>

I «stvaranje područja slobode, sigurnosti i pravde» jedan je od ciljeva Zajednice postavljenih po prvi put u Maastrichtskom, a do kraja razrađen u Amsterdamskom Ugovoru.<sup>8</sup> S aspekta privatnog prava ostvarenje ovog cilja značajno je utoliko što je usko povezano s slobodom kretanja ljudi na području EU, a to je jedna od četiri slobode na kojima se temelji jedinstveno tržište. Isto značenje imaju i odredbe kojima se omogućava suradnja u pravosudnim stvarima. Naime, čl. 65. Ugovora predviđa usvajanje mjera kojima se omogućava suradnja između država članica u građanskim i trgovačkim sudskim postupcima s prekograničnim implikacijama, a u opsegu u kojem su potrebne za pravilno funkcioniranje unutrašnjeg tržišta. Ove mjere uključuju: poboljšanje i pojednostavljenje sustava za prekogranično dostavljanje sudskih i izvansudskih isprava; suradnju pri izvođenju dokaza; priznanje i ovrhu odluka u građanskim i trgovačkim predmetima, uključujući i odluke u izvansudskim predmetima; promoviranje sukladnosti pravila međunarodnog privatnog prava i postupaka koja se primjenjuju u državama članicama; uklanjanje prepreka za ispravno funkcioniranje građanskog postupka, ako je to potrebno i promoviranjem sukladnosti pravila građanskog postupka koja se primjenjuju u državama članicama.

---

<sup>6</sup> Zaštita potrošača postaje i na nivou temeljnog ustavnog akta Unije jedan od njenih temeljnih ciljeva tek stupanjem na snagu Ugovora o Europskoj uniji, tzv. Maastricht-skog ugovora (*Treaty on European Union*, Official Journal EC, C 191 of 29 July 1992, Maastricht, 7. 2. 1992., stupio na snagu 1.11.1993. godine). Čl. 3(t) Ugovora postavlja načelo visokog nivoa zaštite potrošača, a Glava XI, tj. odredbe čl. 129a (današnji čl. 153 Ugovora o EZ), posvećena je isključivo zaštiti potrošača.

<sup>7</sup> Da je ovakvo gledište prevladavajuće vidi se i po tome što je proklamirana ustavna osnova za gotovo sve europske direktive koje se smatraju potrošačkim, čl. 95. ili čl. 94. Ugovora, tj. norme koje ovlašćuju europskog zakonodavca na intervenciju u cilju uspostavljanja i funkcioniranja zajedničkog europskog tržišta.

<sup>8</sup> *Treaty on European Union*, Official Journal EC 1997, C 340. Amsterdamski ugovor čitavu jednu Glavu posvećuje ovom problemu (Title IV: *Visas, asylum, immigration and other policies related to free movement of persons*), odnosno odredbe čl. 61.-69.

## 2. PRIVATNOPRAVNI ACQUIS-COMMUNAUTAIRE, KARAKTERISTIKE I NEDOSTACI

Ostvarujući navedene kompetencije europski je zakonodavac do danas usvojio značajan broj akata kojima zadire u privatno pravo, a kako se navodi u literaturi, dvadesetak europskih direktiva dotiče samu srž privatnog prava.<sup>9</sup> Gotovo sve kao pravnu osnovu apostrofiraju čl. 95. ili čl. 94. Ugovora, i iako kao cilj redovito navode i zaštitu interesa potrošača, zapravo je primarna svrha usklađivanja nacionalnih prava koje se ovim mjerama postiže osiguranje nesmetane konkurencije, uklanjanje prepreka funkcioniranju jedinstvenog tržišta, odnosno stvaranje jedinstvenih uvjeta profesionalnim subjektima za nastup na tržištu. Najveći broj akata uređuje različite aspekte ugovornih odnosa, no uvijek tzv. *patch-work* metodom, tj. samo specifične ugovore, odnosno samo pojedina specifična pitanja vezana za takve ugovore. Naime, radi se uvijek o tzv. potrošačkim ugovorima i u pravilu samo o onim aspektima tih ugovora čije različito uređenje može rezultirati poremećajem odnosa na jedinstvenom tržištu. Tako se kao teme na koje je usmjerena posebna pozornost mogu izdvojiti obveze predugovornog informiranja, pravila o obvezatnom minimalnom sadržaju ugovora, pravila o formi kao uvjetu valjanosti ugovora, te pravila o posljedicama povrede ugovora. No, mnoga od ovih pravila, iako formalno ograničena na potrošačke ugovore, zapravo zadiru u temeljna pitanja ugovornog prava, a to se posebno odnosi na pravila Direktive o nepoštenim klauzulama potrošačkih ugovora,<sup>10</sup> te Direktive o nekim aspektima prodaje potrošačkih roba i o garancijama.<sup>11</sup>

U oblasti odštetnog prava posebno su značajna pravila o odgovornosti za štetu od neispravnog proizvoda<sup>12</sup> pravila o zavaravajućem oglašavanju,<sup>13</sup> o nepoštenoj poslovnoj praksi,<sup>14</sup> te pravila o odgovornosti internet provajdera.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Tako vidi: SMITS, str. 8.

<sup>10</sup> *Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*, OJ L 095, 21/04/1993, p. 0029 – 0034.; *Directive 1999/93/EC of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures*, OJ L 13/12 19. 1. 2000.

<sup>11</sup> *Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees*, OJ EC 1999 L 171/12, p. 0012-0016.

<sup>12</sup> *Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products* OJ L 210, 07/08/1985 P. 0029 – 0033; izmijenjena i dopunjena direktivom *Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products*, OJ L 141 , 04/06/1999 P. 0020 – 0021.

<sup>13</sup> *Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising*, OJ L 250 , 19/09/1984 P. 0017 – 0020.

<sup>14</sup> *Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive')* (Text with EEA relevance) OJ L 149 , 11/06/2005 P. 0022 – 0039.

<sup>15</sup> *Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)* OJ L 178, 17.7.2000.

Stvarno-pravni odnosi su svakako najmanje zastupljeni u, uvjetno rečeno, privatnopravnom komunitarnom *acquis*-u. Uz jamstvo vlasništva (shvaćenog u širem smislu riječi) prema pravilima Europske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda,<sup>16</sup> značajne su odredbe o *time-sharing* ugovoru,<sup>17</sup> te o povratu kulturnih objekata.<sup>18</sup>

Naravno, ovdje su navedeni samo neki najznačajniji primjeri intervencije europskog zakonodavca u materiju privatnog prava, no i mnoga druga pravila *acquis*-a u većoj ili manjoj mjeri utječu na privatnopravne odnose. To se odnosi posebno na komunitarno pravo konkurencije, zatim na radno pravo, na pravila o trgovačkim društvima, trgovačkim zastupnicima, pravila o financijskim uslugama, pravila kojima se uređuje sustav plaćanja, pravila o zaštiti osobnih podataka, pravila o javnim uslugama, pravila o autorskim pravima, itd.

Očito je, dakle da se na sceni pored nacionalnih zakonodavaca pojavio novi i to vrlo utjecajan i značajan akter u procesu formuliranja privatnog prava, a to je Europska unija, odnosno Zajednica. Ono što je tradicionalno bilo u sferi nacionalnog privatnog prava (a na formalnoj razini je i dalje u isključivoj nadležnosti država članica) sada u složenoj i specifičnoj supra-nacionalnoj tvorevini kao što je Europska unija sa specifičnim sustavom upravljanja (vladanja) na više razina, postaje zadaća koju sve više preuzimaju njena tijela. No, proces harmonizacije nacionalnih prava kojega provedu tijela Unije, uglavnom u cilju ostvarenja gospodarskog projekta zajedničkog tržišta, nameće nacionalnim pravima prihvaćanje novih rješenja, uvijek isključivo funkcionalno orijentiranih. Često je takva rješenja teško uklopiti u postojeći privatnopravni sustav koji, barem u zemljama kontinentalnog europskog prava, funkcionira na paradigmi građanskog zakonika kao sveobuhvatnog i koherentnog sustava apstraktnih privatnopravnih pravila iz kojih se dedukcijom mogu pronaći ispravni odgovori na sva konkretna pitanja koja se javljaju u praksi. Stoga prihvaćanje europskih funkcionalno određenih pravila zahtijeva ili dublje reforme postojećeg sustava kako bi se izbjegla različita rješenja,<sup>19</sup> ili pak ima značajan dezintegrativni učinak stoga što dovodi do «cijepanja» nekada jedinstvenog korpusa privatnopravnih

---

<sup>16</sup> Europska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, (1950), Prvi protokol (1952), čl. 1.

<sup>17</sup> *Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis*, OJ L 280 , 29/10/1994 P. 0083 – 0087.

<sup>18</sup> *Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State*, OJ L 074 , 27/03/1993 P. 0074 – 0079.

<sup>19</sup> Dovoljno je podsjetiti na činjenicu da je jedan od najvažnijih razloga velikih izmjena njemačkog Građanskog zakonika iz 2002. godine (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26. 11. 2001. (BGBl. I S 3138), na snazi od 1. siječnja. 2002. godine) bilo upravo nastojanje da se komunitarna pravila u oblasti ugovornog prava sustavno uklope u njemačku građansku kodifikaciju. Više vidi: SCHÜLTE-NÖLKE, H., *The New German Law of Obligations: an Introduction*, German Law Archive, dostupno na stranici: <http://www.iuscomp.org/gla/>; SCHLECHTRIEM, P., *The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe*, German Law Archive, (2002) Oxford U Comparative L Forum 2 at [ouclf.iuscomp.org](http://ouclf.iuscomp.org)

pravila,<sup>20</sup> ili stoga što nameće nacionalnim pravima koncepta koji su mu do tada bili strani.<sup>21</sup> Zato se europski koncepti često u nacionalnim pravima doživljavaju kao tzv. «pravni iritanti»<sup>22</sup> koji disfunkcionalno djeluju na postojeći poredak, i to ne samo dok na ovaj ili na onaj način ne budu implementirani u taj poredak. Naime, takvo djelovanje zadržavaju i dalje budući da, iako dio nacionalnog prava, ne postaju čisto nacionalni, odnosno ne gube specifičnu vezu s europskim direktivama iz kojih su preuzeti zbog obveze nacionalnog suda da nacionalno pravo uvijek tumači u svjetlu izričaja i cilja direktive, a da bi postigao rezultat (cilj) postavljen konkretnom direktivom.<sup>23</sup>

Osim toga, sve češće se događa da dolazi do sukoba između normi nacionalnog privatnog prava i normi europskog *acquis*-a koje na prvi pogled ne uređuju istu oblast, ali njihova primjena u konkretnom slučaju zahtijeva drukčije rješenje od onoga koje bi diktiralo nacionalno privatno pravo. Riječ je o tzv. «dijagonalnim konfliktima», a posebno su ilustrativni slučajevi sukoba između normi komunitarnog prava konkurencije i pravila nacionalnog privatnog prava.<sup>24</sup> Do sukoba dolazi stoga što postoje dvije razine «vladanja» i normiranja. S jedne strane imamo europsko pravo koje je u određenim oblastima kao što je pravo konkurencije «nadređeni», tj. supra-nacionalni, autonomni normativni sustav, a s druge strane imamo nacionalni, odnosno «državni» privatnopravni sustav. Sukob se ne može riješiti klasičnim sredstvima kao što su pravila međunarodnog privatnog prava, niti jednostavnom primjenom doktrine supremacije europskog prava, budući da se radi o različitim i jasno razgraničenim sferama kompetencije. A primjena pravila europskog prava konkurencije veoma često ima određene

---

<sup>20</sup> Naravno, fragmentacija i dezintegracija privatnog prava nije proces koji se može pripisati isključivo, pa čak niti pretežito djelovanju europskog zakonodavca. On je započeo još u XIX. stoljeću odvajanjem građanske od trgovačke kodifikacije (da bi u XX. stoljeću u nekim sustavima došlo do napuštanja ove podjele i vraćanja na jedinstveni sustav), a posljednjih desetljeća u mnogim pravnim sustavima iz nekada jedinstvenog korpusa privatnog prava izdvajaju se nove tzv. funkcionalne grane prava, kao što su pravo zaštite potrošača, zdravstveno pravo, pravo zaštite okoliša, graditeljsko pravo, informacijsko pravo, turističko pravo, itd. No, nesumnjivo je da komunitarno pravo, posebno u oblasti zaštite potrošača, predstavlja značajan čimbenik dezintegracije postojećih nacionalnih privatnopravnih sustava. Više vidi: HESSELINK, M., *The Structure of the New European Private Law*, *European Journal of Comparative Law*, Vol. 6.4, December, 2002.

<sup>21</sup> Primjerice, za zemlje *common law* sustava takvo je značenje imalo uvođenje načela savjesnosti i poštenja kao temeljnog kriterija u određivanju valjanosti pojedinih klauzula općih uvjeta potrošačkih ugovora, a prema odredbama čl. 3. Direktive o nepoštenim klauzulama općih uvjeta potrošačkih ugovora.

<sup>22</sup> Izraz koji se često susreće u pravnoj literaturi «skovao» je Gunther Teubner (vidi: TEUBNER, G., *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, *Modern Law Review*, Vol. 61, Issue 1, January 1998. str. 11.-32.).

<sup>23</sup> Više vidi: HESSELINK, M. W., *The New European Legal Culture; u: The New European Private Law*, Kluwer Law International, 2002., str. 41. sq. (dalje: HESSELINK, *The New European Legal Culture*).

<sup>24</sup> U pravnoj se literaturi posebno spominju slučajevi *Pronuptia* (C-161/84, (1986), ECR 353) i *Courage v. Bernard Crehan* (C-453/99, (2001) ECR I-6279). Više vidi: JOERGES, C., *On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Justice-making Law for the EU Multi-level System*, vol 7.3 *ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, (September 2003), <<http://www.ejcl.org/ejcl/73/art73-3.html>> (dalje: JOERGES).

privatnopravne implikacije, odnosno u primjeni na konkretne slučajeve zadire u privatnopravno područje koje je u kompetenciji nacionalnih prava.<sup>25</sup>

Ovakav specifičan odnos europskog prava i nacionalnog privatnog prava država članica dodatno se usložnjava time što europski privatnopravni *acquis* karakterizira izrazita fragmentarnost, tj. kako je već napomenuto, privatnopravnim *acquis*-om obuhvaćeni su samo neki segmenti privatnog prava, najviše u oblasti ugovornog prava, no i tu uvijek samo specifična pitanja nekih posebnih ugovora, dok opća dogmatika ugovora ostaje uvijek izvan ovih pravila. Isto vrijedi i za ostale privatnopravne oblasti koje dotiču norme komunitarnog prava, no to je logična posljedica podjele nadležnosti između država članica i Zajednice, odnosno činjenice da je «prodor» europskog zakonodavca u privatnopravno područje moguć prema Ugovoru jedino u funkciji ostvarenja točno definiranih ciljeva Zajednice.

Osim toga, u dosadašnjoj aktivnosti europskog zakonodavca u oblasti privatnog prava teško se može nazrijeti iole sustavan pristup, izbor pitanja kojima se bavi čini se nasumičan, odnosno formiran pod utjecajem potrebe da se riješe određeni konkretni problemi u funkcioniranju tržišnih odnosa, ili da se zadovolje interesi određenih grupacija.

Kada se tome doda problem međusobne neusklađenosti, pa čak ponekad i kontradiktornih rješenja koja su prihvaćena u različitim normativnim aktima koji pripadaju privatnopravnom *acquis*-u,<sup>26</sup> ne začuđuje što on često nije dovoljno učinkovit, odnosno ne rezultira onim stupnjem usklađenosti nacionalnih prava koji se donošenjem tih akata namjeravao ostvariti.<sup>27</sup> Neučinkovitosti pridonosi i činjenica da većina direktiva koje uređuju privatnopravnu materiju pripadaju direktivama minimalne harmonizacije tako da se nacionalna rješenja, nastala implementacijom pravila direktiva, ipak u određenoj mjeri razlikuju. Osim toga, ne postoji jedinstveno «europsko» tumačenje mnogih apstraktnih pravnih pojmova koji se rabe u direktivama (kao što je, primjerice, pojam štete, naknade, povrede ugovora i sl.), a u kontekstu pojedinih nacionalnih prava ti pojmovi nerijetko dobivaju, barem dijelom, različito značenje.

---

<sup>25</sup> Više vidi: MUMFORD, R., *The Legality of the Optional Instrument in the Area of European Contract Law*, June, 2004., <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/mumford.html>. (dalje: MUMFORD).

<sup>26</sup> Tako se, primjerice, u različitim direktivama situacije koje su s aspekta tržišnih odnosa identične reguliraju na različite načine, bez opravdanog razloga. Najčešće se spominje različito uređivanje trajanja i načina izračunavanja roka za jednostrani raskid ugovora prema pravilima Direktive o distancijskoj kupoprodaji (*Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts*, OJ L 144), Direktive o prodaji izvan poslovnih prostorija trgovca (*Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises*, OJ L 372), Direktive o *time-sharing* ugovoru i Direktive o prodaji finansijskih usluga (*Directive 2002/65/EC on distance marketing of consumer financial services of 23 September 2002*, OJ L 271). Isto tako, različito se uređuju obveze informiranja potrošača, primjerice u Direktivi o elektroničkoj trgovini i dvije direktive koje uređuju distancijsko zaključivanje ugovora. Problem nastaje i kada se na isti slučaj mogu primijeniti dvije direktive koje sadrže različita rješenja (npr. Direktiva o *time-sharing* ugovoru i Direktiva o prodaji izvan poslovnih prostorija trgovca). Poseban problem su slučajevi nekonzistentnosti rješenja unutar istog normativnog akta (npr. Direktiva o elektroničkoj trgovini na različite načine rješava pitanje mjerodavnog prava za marketing i za ugovor).

<sup>27</sup> Smits smatra da privatnopravni *acquis* karakteriziraju «...tri oštre riječi: on je fragmentaran, arbitraran, nekonzistentan i neučinkovit.» Vidi: SMITS, str. 10.



### 3. OPCIJSKI INSTRUMENT

#### 3.1. Projekt europskog privatnog (ugovornog) prava

Nedovoljna učinkovitost napora ka harmonizaciji, negativni efekti koje komunitarno pravo proizvodi u korpusu nacionalnih privatnopravnih sustava, te sve češće napetosti i sukobi koji nastaju između komunitarnog i nacionalnog prava, temeljni su razlozi što se već devedesetih godina prošlog stoljeća, ne samo u pravnoj teoriji nego i na razini institucija Unije, sve češće pokreće pitanje da li je potrebno pristupiti izradi opće kodifikacije europskog privatnog prava ili barem općeg referentnog okvira privatnog, a posebno ugovornog prava. Prve inicijative od strane institucija EU dao je Europski parlament (dalje: Parlament) još 1989.<sup>28</sup> i 1994.<sup>29</sup> godine, u rezolucijama u kojima se zalaže za izradu Europskog građanskog zakonika. Ovakvo opredjeljenje Parlament izražava i u svojim kasnijim aktima.<sup>30</sup> Europsko vijeće je na sastanku u Tampereu 1999. godine također na određeni način izrazilo zainteresiranost za ovakvu ideju i obvezalo Europsku komisiju (dalje: Komisija) na aktivnosti usmjerene ka postizanju većeg stupnja usklađenosti u oblasti privatnog prava.<sup>31</sup>

Nakon inicijative Europskog vijeća Komisija započinje intenzivnu aktivnost na projektu europskog privatnog/ugovornog prava. U srpnju 2001. godine donosi *Saopćenje Komisije Vijeću i Europskom parlamentu o europskom ugovornom pravu*,<sup>32</sup> (dalje: Saopćenje 2001.) kojim inicira postupak konzultacija sa svim zainteresiranim subjektima (pravnim znanstvenicima, pravicima praktičarima, predstavnicima poslovnih krugova, udruga potrošača i dr.) o mogućim pravcima buduće aktivnosti u ovoj oblasti.<sup>33</sup> Saopćenje analizira nedostatke postojećeg *acquis*-a i predlaže za raspravu četiri moguće opcije: nepoduzimanje nikakve aktivnosti na nivou Zajednice, tj. prepuštanje rješavanja problema tržišnim mehanizmima; utvrđivanje zajedničkih načela ugovornog prava svih država članica; revizija i dogradnja postojećeg *acquis*-a; usvajanje novog sveobuhvatnog normativnog akta koji bi sadržavao opće odredbe ugovornog prava i pravila o pojedinim ugovorima.<sup>34</sup> Nakon prikupljenih priloga 181 sudionika u raspravi Komisija u veljači 2003. donosi *Saopćenje Komisije Europskom parlamentu i*

---

<sup>28</sup> Resolution A2-157/89, Official Journal C 158, 26.6.1989, p. 400.

<sup>29</sup> Resolution A3-0329/94, OJ C 205, 25/7/94, p. 518.

<sup>30</sup> 2000. godine Europski parlament poziva Komisiju na aktivnosti u svezi s usklađivanjem ugovornog prava (Resolution B5-0228, 0229 – 0230 / 2000, Official Journal C 377, 29.12.2000, p. 323.).

<sup>31</sup> Tampere European Council, 15 and 16 October 1999, *Conclusions of the Chair*, SI(1999) 800, točka 39.

<sup>32</sup> *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law*, COM(2001) 398 final, Bruxelles, 11.7.2001.

<sup>33</sup> Više o ovom Saopćenju vidi: WEATHERILL, S, The European Commission's Green Paper on European Contract Law: Context, Content and Constitutionality, *Journal of Consumer Policy* 2001/ 24, str. 339.-399.

<sup>34</sup> Vidi: točke 46.-69. Saopćenja iz 2001.

Vijeću: *Koherentnije europsko ugovorno pravo, Akcijski plan*<sup>35</sup> (dalje: Akcijski plan), a u listopadu 2004. godine, opet na temelju prikupljenih mišljenja zainteresiranih subjekata, donosi *Saopćenje Europskom parlamentu i Vijeću: Europsko ugovorno pravo i revizija acquis-a: put naprijed*<sup>36</sup> (dalje: Saopćenje 2004.).

U ovim aktima Komisija, na temelju analize postojećeg stanja i rezultata provedenih konzultacija, zaključuje da je nužna daljnja aktivnost Zajednice u oblasti ugovornog prava, te predlaže kombiniranje regulatornih i ne-regulatornih mjera. Naglasak je očito na aktivnosti usmjerenoj na reviziju postojećeg *acquis-a* i na njegovu dogradnju, dakle na nastavak tehnike sektorske harmonizacije. No, to ne znači da se ostale mogućnosti (osim prve, tj. suzdržavanje od bilo kakve akcije) napuštaju. I Akcijski plan i Saopćenje iz 2004. godine naglašavaju da se svi problemi ne mogu riješiti isključivo sektorskim mjerama, te govore o potrebi izrade općih pravila ugovornog prava kao horizontalne mjere. To znači da se ostaje pri drugoj opciji iz Saopćenja iz 2001. godine, no ona se predstavlja prvenstveno kao sredstvo za ostvarenje treće opcije, tj. revizije i dopune postojećeg *acquis-a*. Naime, Komisija inicira postupak izrade tzv. «zajedničkog referentnog okvira za ugovorno pravo»<sup>37</sup> koji će sadržavati opća pravila ugovornog prava, te posebna pravila za one ugovore koji su naročito značajni za trans-granično poslovanje. Temeljna svrha CFR-a, prema stavu Komisije, jest da posluži kao «priručnik» prilikom revizije postojećih i izrade budućih akata europskog ugovornog prava. U siječnju 2008. godine objavljen je *Draft-Common Frame of Reference for a European private law* (dalje: DCFR), odnosno «Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo»,<sup>38</sup> koji je nastao kao rezultat višegodišnjeg rada dvije istraživačke skupine: *Study Group on a European Civil Code* (SGECC) i *Research Group on the Existing EC Private Law* (tzv. «*acquis-group*»)<sup>39</sup>. DCFR će poslužiti kao baza za donošenje tzv. «političkog» CFR-a.

---

<sup>35</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A More Coherent European Contract Law, An Action Plan* COM (2003) 68 final.

<sup>36</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward*, COM (2004) 651 final.

<sup>37</sup> *Common frame of reference* (dalje: CFR).

<sup>38</sup> VON BAR, C. – CLIVE, E. – SCHULTE-NÖLKE, H., (editors), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition*, Sellier, Munich, 2008. Tekst DCFR-a dostupan je i na stranici: <http://www.law-net.eu>

<sup>39</sup> U radu na tekstu DCFR-a sudjelovalo je preko 100 pravnih znanstvenika i pravnika praktičara iz svih zemalja Unije, okupljenih u navedenim istraživačkim grupama. Iako je rad obje istraživačke skupine počeo još znatno ranije, njihova suradnja s Komisijom na projektu izrade DCFR-a formalizirana je 2005. godine uključivanjem obje skupine u tzv. «Mrežu izvrsnosti: Zajednička načela europskog ugovornog prava» («*Common Principles of European Contract Law*» Network – CoPECL), a u okviru *Sixth Framework Programme for research and technological development (FP6)*. Više o radu SGECC-a vidi: VON BAR, C., Working Together Toward a Common Frame of Reference, *Juridica International*, X/2005, str. 17.-26.; VON BAR, C., The Study Group on a European Civil Code, «Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code», *European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN* (June 1999), Chapter III, 137-150 (dostupno i na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonbar2.html>). Više o radu *Acquis-group* vidi: SCHULTE-NÖLKE, H., The Commission's Action Plan on European Contract Law and the Research of the *Acquis Group*, ERA Conference on «European Contract Law», Trier, 3. April 2003., [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/stakeholders/5-18.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-18.pdf).

Osim toga, u navedenim aktima iznosi se i mogućnost ostvarenja četvrte opcije iz Saopćenja iz 2001. godine, tj. izrada tzv. opcijskog instrumenta za ugovorno pravo, odnosno sveobuhvatnog normativnog akta koji bi sadržavao opća pravila ugovornog prava i pravila za posebne ugovore, dakle horizontalne, ne-sektorske mjere koja bi predstavljala poseban, 28. pravni režim za ugovore, odnosno režim koji bi postojao pored nacionalnih prava država članica. CFR bi, po stavu Komisije, trebao poslužiti kao osnova za odlučivanje o potrebi donošenja, ali i o eventualnom sadržaju i opsegu budućeg opcijskog instrumenta.

Ova ideja Komisije naišla je na podršku značajnog dijela sudionika u konzultacijama povodom Saopćenja 2001. i Akcijskog plana.<sup>40</sup> Vijeće je u Rezoluciji kojom odgovara na Akcijski plan Komisije istaklo da je potrebno daljnje razmatranje ideje opcijskog instrumenta od strane Komisije u tijesnoj suradnji s državama članicama, te da pri tome treba voditi računa o načelu slobode ugovaranja.<sup>41</sup> Parlament je u rezolucijama kojima odgovara na Saopćenje 2001.,<sup>42</sup> Akcijski plan,<sup>43</sup> te Saopćenje 2004.,<sup>44</sup> snažno podržao ideju izrade opcijskog instrumenta. Parlament izradu ovog akta smatra prioritetnom zadaćom Komisije, te poziva na rad na jednom ili više opcijskih instrumenata, posebno u oblasti potrošačkih ugovora i ugovora o osiguranju. Osim toga, ističe da opcijski instrument(i) moraju biti sadržajno utemeljeni na tekstu CFR-a.

## 3.2. Bitna obilježja opcijskog instrumenta

### 3.2.1. Svrha i način primjene

U svojim programskim aktima vezanim za inicijativu europskog ugovornog prava Komisija navodi neka od mogućih obilježja budućeg opcijskog instrumenta, no mnoga pitanja ostavlja otvorenima. Temelj ideje uvođenja opcijskog instrumenta jest olakšanje trans-graničnog poslovanja na jedinstvenom europskom tržištu. Naime, opcijski instrument, kao moderan sustav općih pravila ugovornog prava prilagođenih potrebama zajedničkog tržišta, postojao bi pored nacionalnih prava, a stranke u ugovoru bi ga mogle koristiti kao mjerodavno pravo da bi izbjegle poteškoće koje jednoj od njih donosi primjena stranog prava, te olakšale i pojeftinile postupak pregovaranja. Smatra se da bi to bilo naročito pogodno za male i srednje poduzetnike (*small and medium enterprises* – SME) i za potrošače

---

<sup>40</sup> Više vidi: Aneks Akcijskog plana (str. 27.-44.) i Saopćenje 2004., str. 9.-10.; Aneks II (str. 18.-23.)

<sup>41</sup> Vidi: *Council Resolution On «A More Coherent European Contract Law»*, 14.10.2003, OJ C 246/1.

<sup>42</sup> *European Parliament resolution on the approximation of the civil and commercial law of the Member States*, 15.11.2001, OJ C140E, 538-542.

<sup>43</sup> *European Parliament resolution on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A more coherent European contract law – An action plan*, 02.09.2003, P5\_TA(2003)0355.

<sup>44</sup> *European contract law and the revision of the acquis; the way forward* (2005/2022(INI)), 23.03.2006, P6\_TA(2006)0109, OJ C 292E, 109-111.

koji zbog ograničenih financijskih sredstava često nemaju mogućnosti ispitivati strano pravo, i to ih odvraća od upuštanja u trans-granične transakcije.<sup>45</sup> Način primjene opcijskog instrumenta Komisija ostavlja otvorenim. Naime, opcijski instrument bi se primjenjivao ili po sustavu *opt-in*, tj. samo ako stranke ugovore primjenu ovog akta, ili po sustavu *opt-out*, tj. primjenjivao bi se ako stranke nisu njegovu primjenu izričito isključile.<sup>46</sup> Osim toga, smatra se da bi strankama koje su izabrale opcijski instrument kao mjerodavno pravo trebalo ostaviti mogućnost da ta pravila u određenoj mjeri prilagode svojim konkretnim potrebama.<sup>47</sup>

Očito je da Komisija smatra da bi ovakav skup općih pravila ugovornog prava, koji ne zamjenjuje nacionalna prava nego postoji pored njih, mogao pomoći rješavanju problema u funkcioniranju trans-graničnog poslovanja na jedinstvenom tržištu. Naime, EU nema kompetencije da jedinstveno uređuje ugovorno pravo,<sup>48</sup> ali može ponuditi sustav pravila ugovornog prava posebno prilagođen potrebama ugovora s međunarodnim elementom, sustav koji će u najvećoj mogućoj mjeri poštovati potrebe svih sudionika na tržištu, bez obzira na njihovu ekonomsku moć, a istovremeno biti nacionalno neutralan i time otkloniti nedostatke koje sa sobom donosi primjena pravila stranog prava za jednog<sup>49</sup> od sudionika u poslu.<sup>50</sup> Ideja koja leži u osnovi projekta opcijskog instrumenta zapravo odgovara ideji Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji roba,<sup>51</sup> s tim što je opseg opcijskog instrumenta mnogo širi jer bi obuhvatio opća pravila ugovornog prava i posebna pravila za niz ugovora, dok je Bečka konvencija ograničena na pravila za ugovor o kupoprodaji roba. Naravno, da bi takav instrument funkcionirao i ostvario svoju svrhu pravila moraju biti dovoljno privlačna za sudionike tako da ih izaberu umjesto nekog od nacionalnih prava, ili u soluciji *opt-out*, da njegovu primjenu izričito ne isključe.

Prva solucija, tj. *opt-in* sustav, bi po stavu Komisije, davala strankama veću mogućnost slobode ugovaranja od *opt-out* sustava. No, u pravnoj teoriji se opravdano ističe da ovakvo rezoniranje u pravilu nije utemeljeno.<sup>52</sup> Naime, ako stranke ne iskoriste mogućnost izbora prava, na ugovor se uvijek primjenjuje neki pravni režim prema pravilima međunarodnog privatnog prava, pa je s aspekta

---

<sup>45</sup> Više vidi: Akcijski plan, točke 89.-91.

<sup>46</sup> Vidi; Akcijski plan, točka 92.; Saopćenje 2004., Aneks II., točka 2.

<sup>47</sup> Ističe se da bi opcijski instrument osiguravao ostvarenje načela slobode ugovaranja na dva načina, njegovim izborom kao mjerodavnog prava, te mogućnošću da se njegova pravila mijenjaju i prilagođavaju ovisno o potrebama stranaka.

<sup>48</sup> Osim posredno, preko svojih funkcionalnih nadležnosti utvrđenih Ugovorom.

<sup>49</sup> Ili čak za obje stranke ako za svoj ugovor izaberu pravo treće zemlje.

<sup>50</sup> U pravnoj teoriji se ističe da predloženi opcijski instrument može pridonijeti boljem funkcioniranju jedinstvenog tržišta zbog svoje «dvostruke neutralnosti», tj. nacionalno je neutralan, te prihvatljiv kako za jaču tako i za slabiju stranu (posebno za potrošače i za ŠME) u tržišnom odnosu. Vidi: HESSELINK, M.W. - RUTGERS, J. W. - DE BOOYS, T., The legal basis for an optional instrument on European contract law, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series, No. 2007/04., (dalje: HESSELINK et al.), str. 14.

<sup>51</sup> U.N. Convention for the International Sale of Goods, 11.4. 1980. (CISG).

<sup>52</sup> Vidi: HESSELINK et al., str. 17.

načela slobode ugovaranja vrijednosno neutralno je li to nacionalni ili europski pravni režim. Naravno, ako se prihvati *opt-out* sustav vrlo je vjerojatno da će to dovesti do mnogo češće primjene opcijskog instrumenta no po *opt-in* sustavu, budući da u praksi često dolazi do tzv. «pasivnog izbora», tj. stranke, posebno one slabije financijske moći koje nemaju mogućnosti uspoređivanja različitih pravnih režima, uopće ne vrše izbor mjerodavnog prava. S druge strane, ako bi većina stranaka u ugovorima s trans-graničnim elementom u praksi preferirala nacionalni sustav, a ne ponuđeni opcijski instrument, onda bi se uvođenje *opt-out* sustava moglo smatrati ograničavajućim u odnosu na načelo slobode ugovaranja upravo zbog spomenutog «pasivnog izbora» koji je, posebno u ugovorima male vrijednosti, čest slučaj. No, ovakav odnos poslovne prakse prema izboru opcijskog instrumenta kao mjerodavnog prava trebalo bi prethodno empirijski utvrditi, a konačno, takvo bi raspoloženje ozbiljno dovelo u pitanje i samu opravdanost uvođenja opcijskog instrumenta kao 28. pravnog režima.

Što se tiče forme instrumenta, Komisija i to pitanje ostavlja otvorenim, budući da to ovisi o nizu relevantnih faktora, a posebno od stupnja harmonizacije koji se ovakvim aktom želi ostvariti. Direktiva bi svakako dala zemljama članicama veću slobodu, no izbor ove forme ne otklanja jedan od glavnih nedostataka postojećeg stanja jer omogućava prihvaćanje različitih rješenja u pojedinim nacionalnim pravnim sustavima. Uredba bi bila akt koji bi omogućio uvođenje jedinstvenog sustava pravila, dok je preporuku kao oblik akta moguće uzimati u obzir samo ako se usvoji *opt-in* sustav.<sup>53</sup> Nakon obavljenih konzultacija povodom Saopćenja 2001. i Akcijskog plana Komisija, čini se, preferira uredbu kao direktno obvezujuć akt, i to bez obzira prihvati li se *opt-out* ili *opt-in* sustav.<sup>54</sup>

### 3.2.2. Načelo slobode ugovaranja

Komisija inzistira na načelu slobode ugovaranja kao temelju opcijskog instrumenta, te smatra da bi samo mali broj pravila mogao biti kogentne prirode, i to samo ako to opravdava potreba zaštite nekih posebnih interesa, kao što je, primjerice, zaštita interesa potrošača ili drugih tzv. «slabijih strana» u ugovornom odnosu.<sup>55</sup> Otvorenim se ostavlja i pitanje bi li ugovaranjem primjene opcijskog instrumenta bila isključena primjena kogentnih normi nacionalnog prava koje su u suprotnosti s pravilima izabranog opcijskog instrumenta, no čini se da Komisija

---

<sup>53</sup> Vidi: Saopćenje 2001., str. 17.-18.

<sup>54</sup> Vidi Saopćenje 2004., str. 20.

<sup>55</sup> No, treba napomenuti da je ovakvo gledište Komisije, pa čak i tekst već objavljenog DCFR-a, doživjelo kritike od dijela pravne teorije koja smatra da moderno ugovorno pravo mora imati jasno izraženu i razvijenu socijalnu notu. Tako vidi: Study Group on Social Justice in European Private Law, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto, *European Law Journal*, (2004) 16, str. 653.-674.; HESSELINK, M., Common Frame of Reference & Social Justice, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/04.

Naravno, postoje i drukčija shvaćanja, tj. ona koja inzistiraju na neo-liberalnom konceptu koji naglasak stavlja na načelo slobode ugovaranja, a ne na protektivnu ulogu ugovornog prava. Tako vidi: HARTLIEF, T., Freedom and Protection in Contemporary Contract Law, *Journal of Consumer Policy*, 27, 2004. str. 253.-267.

smatra ovakvo rješenje prihvatljivim. No, kada se raspravlja o ova dva aspekta opcijskog instrumenta treba voditi računa o tome da su oni usko povezani s nekim drugim aktivnostima europskih institucija vezanima za ugovorno pravo.

To je u prvom redu aktivnost na reviziji i dogradnji postojećeg potrošačkog *acquis*-a, budući da bi većina kogentnih normi opcijskog instrumenta bila vezana za zaštitu potrošača. Kako je jasno naglašeno u svim spomenutim aktima Komisije, revizija i dogradnja potrošačkog *acquis*-a je u ovoj fazi primarni cilj, a ujedno i glavno sredstvo ostvarenja projekta europskog ugovornog prava. U tom sektoru očito je da razvoj ide u pravcu kombiniranja tehnike maksimalne harmonizacije i uvođenja horizontalne mjere koja bi uređivala opća pravila o pravima potrošača. Naime, u svojim novijim programskim aktima iz oblasti zaštite prava potrošača Komisija izražava opredjeljenje da politiku minimalne harmonizacije, koja je rezultirala nedovoljnim stupnjem usaglašenosti nacionalnih prava, zamijeni politikom pune harmonizacije.<sup>56</sup> To znači da države članice ne mogu u svojim nacionalnim pravima predvidjeti viši stupanj zaštite potrošačkih prava od onih predviđenih europskim direktivama. Takav pristup je već realiziran, barem u većem dijelu, u novijim potrošačkim direktivama, kao što su Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi i nova Direktiva o potrošačkim kreditima.<sup>57</sup>

Što se tiče horizontalne mjere u oblasti prava zaštite potrošača, i ona je najavljuvana u komisijinim programskim aktima iz oblasti zaštite potrošača, a podržana je od velikog broja zainteresiranih aktera<sup>58</sup> u postupku konzultacija koje su uslijedile nakon objavljivanja *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*.<sup>59</sup> Horizontalna mjera bi sadržavala opća pravila potrošačkog ugovornog prava, tj. regulirala bi na generalan i sistematičan način zajedničke aspekte svih ili nekih potrošačkih «vertikalnih» mjera (direktiva). U skladu s ovakvim opredjeljenjem, Komisija je u listopadu 2008. godine usvojila Prijedlog Direktive o potrošačkim pravima,<sup>60</sup> Prijedlog «spaja» četiri Direktive koje čine srž potrošačkog ugovornog prava (Direktiva o ugovorima zaključenim izvan poslovnih prostorija trgovca, Direktiva o nepoštenim odredbama potrošačkih ugovora, Direktiva o ugovorima sklopljenim na daljinu i Direktiva o nekim aspektima prodaje potrošačkih roba i o garancijama) u jedan horizontalni instrument. U isto vrijeme Prijedlog Direktive o potrošačkim pravima pravila ovih direktiva revidira, otklanjajući nedostatke, preklapanja i nekonzistentnosti između pojedinih direktiva, popunjavajući praznine

---

<sup>56</sup> Vidi: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Consumer policy strategy 2002-2006*, (COM(2002) 208 final); *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, EU Consumer Policy strategy 2007-2013, Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them*, COM(2007) 99 final.

<sup>57</sup> *Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC*, OJ L 133, 22.5.2008, p. 66-92

<sup>58</sup> Više vidi: *Report on the outcome of the public consultation on the green paper on the review of the consumer acquis*, [http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons\\_acquis\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm)

<sup>59</sup> COM(2006) 744 Final.

<sup>60</sup> *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Consumer Rights*, COM(2008) 614 final 2008/0196 (COD).

i prilagođavajući ih promjenama u tržišnim odnosima, naročito tehnološkim.<sup>61</sup> Prijedlog Direktive o potrošačkim pravima prihvaća tehniku pune harmonizacije.

Očito je, dakle da se Komisija u oblasti zaštite potrošačkih prava opredijelila za nastavljanje i produbljivanje sektorske harmonizacije, pa čak da teži usvajanju horizonatalnog sektorskog instrumenta koji bi na generalan način uredio najznačajniji dio potrošačkog ugovornog prava. Ako se u svjetlu te činjenice promatra ideja opcijskog instrumenta postaje upitno (naravno, pod pretpostavkom da Prijedlog Direktive o potrošačkim pravima postane obvezujući akt komunitarnog prava) bi li se opcijski instrument uopće trebao odnositi i na potrošačke ugovore, ili bi ga trebalo ograničiti na tzv. B2B transakcije.<sup>62</sup> U tom slučaju ne bi postojala potreba za uvođenjem najvećeg dijela kogentnih pravila općeg ugovornog prava. Naravno, sva su ova pitanja još otvorena jer se još uvijek radi samo o Prijedlogu Direktive, a osim toga, tu je i pitanje opsega Prijedloga Direktive o potrošačkim pravima, tj. u kojoj je mjeri on obuhvatio sva relevantna pitanja potrošačkog ugovornog prava.

Drugi krug problema vezanih uz korpus kogentnih normi u budućem opcijskom instrumentu odnosi se na mogućnost da izborom opcijskog instrumenta kao mjerodavnog prava stranke u B2C<sup>63</sup> ugovorima isključe primjenu kogentnih normi nacionalnog prava zemlje potrošača. Prema pravilima čl. 6. st. 2. (2. rečenica) europske Uredbe o mjerodavnom pravu za ugovore (Rome I),<sup>64</sup> u slučaju tzv. pasivnog potrošača<sup>65</sup> nije moguće izborom mjerodavnog prava lišiti potrošača zaštite koju bi, da nije bilo izbora mjerodavnog prava, uživao prema kogentnim odredbama<sup>66</sup> prava koje bi se u tom slučaju primjenjivalo na ugovor. A u tom slučaju primjenjivala bi se pravila čl. 6. st. 1. Rome I prema kojima se na potrošačke ugovore (u slučaju pasivnog potrošača) kao mjerodavno pravo primjenjuje pravo zemlje uobičajenog prebivališta potrošača. Isto rješenje sadrži i Rimaska Konvencija o mjerodavnom pravu za ugovore.<sup>67</sup> Treba napomenuti da je ogromna većina potrošačkih ugovora s međunarodnim elementom upravo ona zaključena s pasivnim potrošačem.

Postavlja se dakle pitanje da li bi situacija bila drukčija ako bi stranke u B2C

---

<sup>61</sup> Tj. uzima se u obzir da se sve veći broj potrošačkih ugovora zaključuje elektroničkim putem, odnosno korištenjem internet-stranica.

<sup>62</sup> *Business-to-business* transakcije.

<sup>63</sup> *Business-to consumer* ugovori.

<sup>64</sup> *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, OJ L 177, 4.7.2008, p. 6.-16. Uredba je stupila na snagu 24. 07. 2008. godine, a primjenjivat će se na ugovore sklopljene nakon 17. 12. 2009. godine, osim čl. 26. koji će se primjenjivati od 17. 06. 2009. godine (vidi. čl. 29. Uredbe).

<sup>65</sup> Tj. potrošača koji sklapa ugovor s profesionalnim partnerom iz druge zemlje ne napuštajući svoje mjesto prebivališta (profesionalni partner obavlja svoju komercijalnu ili drugu profesionalnu aktivnost u zemlji potrošača ili je na bilo koji način usmjerava na zemlju potrošača). Suprotno, aktivni potrošač je onaj koji sklapa ugovor s profesionalnim partnerom u zemlji izvan svog uobičajenog prebivališta.

<sup>66</sup> Tj., pravilima «...koje stranke ne mogu derogirati ugovornim odredbama».

<sup>67</sup> 1980 *Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version)*, OJ C 027, 26/01/1998 P. 0034 – 0046., čl. 5.

ugovoru izabrale opcijski instrument kao mjerodavno pravo, a stupanj zaštite potrošačkih prava u opcijskom instrumentu bi bio niži od onoga predviđenog nacionalnim pravom potrošača. Odgovor na to pitanje ovisi o tome na osnovu čega će se vršiti izbor opcijskog instrumenta kao mjerodavnog prava. Ako bi se izbor vršio na temelju čl. 3. Uredbe o mjerodavnom pravu za ugovore (čl. 3. Rimske konvencije) onda bi se na ugovor primjenjivala sva pravila Uredbe uključujući i pravila čl. 6. st. 2., što znači da ne bi bila isključena primjena kogentnih normi nacionalnog prava potrošača. No, čl. 3. Uredbe ne spominje izričito akte komunitarnog prava kao moguće mjerodavno pravo koje stranke mogu izabrati.<sup>68</sup> Druga mogućnost jest da se u samom opcijskom instrumentu reguliraju pitanja izbora ovog akta kao mjerodavnog prava i posljedice takvog izbora. U tom slučaju na ugovor se ne bi primjenjivala pravila Uredbe (Rimske konvencije), pa ni odredbe čl. 6. st. 2. Takvo je rješenje zagovarala Komisija koja u Saopćenju 2004. ističe prednosti koje bi uvođenje kogentnih pravila u opcijski instrument, kao što su pravila za zaštitu potrošača, imalo za nesmetano funkcioniranje zajedničkog tržišta. Naime, u tom bi slučaju stranke izborom opcijskog instrumenta od početka točno znale koja se kogentna pravila primjenjuju na ugovor, i što je najznačajnije, profesionalni subjekti bi mogli prodavati robe i usluge na čitavom tržištu upotrebljavajući uvijek jedan isti obrazac ugovora. Sve bi to rezultiralo visokim stupnjem pravne sigurnosti.<sup>69</sup> No, Komisija ističe da to ovisi o odnosu (u to vrijeme buduće) Uredbe o mjerodavnom pravu za ugovore prema opcijskom instrumentu kao mogućem mjerodavnom pravu. Uredba, kako je već napomenuto, ne spominje izričito opcijski instrument, ali ovu drugu soluciju, čini se, omogućava odredbama čl. 23.,<sup>70</sup> prema kojima Uredba ne prejudicira primjenu odredaba akata komunitarnog prava koji sadrže pravila o mjerodavnom pravu za ugovore. Da bi budući opcijski instrument trebalo smatrati aktom komunitarnog prava u smislu čl. 23. Uredbe, govori i Recital 14. Preambule Uredbe.<sup>71</sup> Prema Recitalu 14., ako Zajednica usvoji, u odgovarajućoj pravnoj formi, pravila materijalnog ugovornog prava, takav instrument može predvidjeti da ga stranke mogu izabrati kao mjerodavno pravo.<sup>72</sup>

Sve što je rečeno za kogentna pravila o zaštiti potrošača kao mogući sadržaj opcijskog instrumenta i za odnos tih pravila prema nacionalnom pravu (ako stranke izaberu opcijski instrument) vrijedi i za tzv. prinudne propise države s kojim

---

<sup>68</sup> Iako je takvo rješenje Komisija predlagala u postupku pregovora oko sadržaja Uredbe. Vidi: HESSELINK et al., str. 22.

<sup>69</sup> Vidi: Saopćenje 2004., str. 21.-22.

<sup>70</sup> Article 23: *Relationship with other provisions of Community law*

*With the exception of Article 7, this Regulation shall not prejudice the application of provisions of Community law which, in relation to particular matters, lay down conflict-of-law rules relating to contractual obligations.*

<sup>71</sup> Recital 14.: *Should the Community adopt, in an appropriate legal instrument, rules of substantive contract law, including standard terms and conditions, such instrument may provide that the parties may choose to apply those rules.*

<sup>72</sup> Više vidi: STAUDENMAYER, D., *The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law*, *Journal of Consumer Policy* 27: 269-287, 2004., str. 282.-284.



činjenično stanje ima blisku vezu, a koji se ne mogu izborom prava isključiti (čl. 9. Uredbe),<sup>73</sup> te za odredbe tzv. javnog poretka zemlje suda (čl. 21. Uredbe).<sup>74</sup>

### 3.2.3. Područje primjene i sadržaj opcijskog instrumenta

U programskim aktima Komisije ostavljene su za raspravu različite mogućnosti vezane za personalno područje primjene opcijskog instrumenta. Moguće ga je predvidjeti samo za B2B ugovore, samo za potrošačke ugovore ili i za jedne i za druge.<sup>75</sup> Ako se prihvati solucija da opcijski instrument vrijedi za obje kategorije ugovora moguće je postaviti dva odvojena sustava pravila za svaku kategoriju ili pak jedinstvenim općim pravilima urediti obje vrste ugovora.

Očito je da Komisija smatra kako je opcijski instrument pogodan ne samo za trgovačke, nego naročito za potrošačke ugovore zbog različitog nivoa zaštite potrošačkih prava u nacionalnim pravima, pa bi njegova primjena, posebno ako bi (kako je gore objašnjeno) isključila primjenu kogentnih pravila nacionalnog potrošačkog prava, uvelike pridonosila boljem funkcioniranju jedinstvenog tržišta. I u pravnoj teoriji se ističe da bi takvo rješenje bilo naročito pogodno za suvremeni način sklapanja potrošačkih ugovora putem interneta jer bi za mnoge, posebno financijski slabije poduzetnike, mogućnost ugovaranja primjene europskog prava jednostavnim «klikom» te opcije na web-stranici<sup>76</sup> značajno pojeftinila poslovanje i time im omogućila da posluju u većem broju zemalja. Naime, prema sadašnjem stanju stvari poduzetnik koji prodaje robe ili usluge putem interneta mora za svaku zemlju na koju je usmjereno njegovo poslovanje sačiniti posebne standardne ugovore usklađene s potrošačkim (kogentnim) pravom te zemlje.<sup>77</sup>

Što se tiče uključivanja B2B ugovora u radijus opcijskog instrumenta tu se, po stavu Komisije, može javiti problem odnosa opcijskog instrumenta i Bečke konvencije, čije su stranke većina država članica EU.<sup>78</sup> Naravno, ovo se pitanje postavlja samo ako se u opseg opcijskog instrumenta uključe i pravila o B2B transakcijama i ako se u taj korpus uključe i pravila o ugovoru o prodaji roba pokrivena Bečkom konvencijom. Naime, moguće je iz opsega opcijskog instrumenta isključiti područje pokriveno Bečkom konvencijom.<sup>79</sup> No, ako se ostvari prvi scenarij, uređenje odnosa između ova dva instrumenta ugovornog prava ovisi u prvom redu od toga hoće li za opcijski instrument biti prihvaćen *op-in* ili *opt-out* sustav. Po *opt-in* sustavu stranke bi ugovaranjem opcijskog instrumenta kao mjerodavnog prava za trgovački ugovor o prodaji roba prešutno isključile

<sup>73</sup> Čl. 7. Rimske konvencije o mjerodavnom pravu za ugovore.

<sup>74</sup> Čl. 16. Rimske konvencije o mjerodavnom pravu za ugovore.

<sup>75</sup> Više vidi: Saopćenje 2004., str. 21.

<sup>76</sup> Tzv. «*click on the blue button idea*», budući da bi ova opcija (pretpostavlja se) bila označena plavom zastavicom EU.

<sup>77</sup> Tako vidi: HESSELINK et al., str. 26.-27.

<sup>78</sup> U konzultacijama povodom Akcijskog plana neki su predlagali da pravila Bečke konvencije budu inkorporirana u opcijski instrument, dok su drugi smatrali da bi opcijski instrument trebao sadržavati samo ona pravila koja ne sadrži Bečka konvencija. Vidi: Saopćenje 2004. str. 22.

<sup>79</sup> To je opcija koju i Komisija ostavlja otvorenom. Vidi: Akcijski plan, str. 25.

primjenu Bečke konvencije za svoj ugovor.<sup>80</sup> No, situacija bi bila složenija ako bi se usvojio *opt-out* sustav za opcijski instrument, budući da ga prihvaća i Bečka konvencija. Naime, u tom bi se slučaju pojavio problem određivanja mjerodavnog prava ako ga stranke u trgovačkom ugovoru posebno ne ugovore, odnosno posebno ne isključe neki od ova dva po *opt-out* sustavu primjenjivih režima. Da li bi se u takvoj situaciji primjenjivao opcijski instrument ili Bečka konvencija ili oba sustava pravila, nejasno je. Ovaj problem Komisija apostrofira kao još jedan argument u korist prihvaćanja *opt-in* sustava za opcijski instrument.<sup>81</sup>

Konačno, opcijski instrument bi se mogao primjenjivati samo na ugovore s trans-graničnim elementom ili i na ugovore između domaćih rezidenata. Iz programskih akata Komisije čini se da ona ima na umu isključivo trans-granične ugovore, što odgovara cilju zbog kojeg se i raspravlja o daljnjim akcijama u području europskog ugovornog prava, tj. omogućavanju boljeg funkcioniranja jedinstvenog europskog tržišta. No, kako se ističe u pravnoj teoriji,<sup>82</sup> nema razloga ovako ograničavati opseg primjene budućeg opcijskog instrumenta, posebice stoga što takvo razlikovanje za profesionalnog subjekta koji djeluje i na vlastitom (nacionalnom) i na drugim tržištima znači da mora poslovati po dva različita režima, tj. prilagođavati svoje opće uvjete poslovanja ovisno o tome na koje je tržište usmjerena njegova aktivnost. Takvo je ograničavanje suprotno ideji opcijskog instrumenta kao specifičnog europskog pravnog režima koji mora doprinositi pojednostavljenju poslovanja.

Sadržaj opcijskog instrumenta također je otvoreno pitanje. Većina sudionika u konzultacijama povodom Akcijskog plana smatra da bi morao sadržavati opća pravila ugovornog prava, pravila o pojedinim ugovorima koji su od značaja za nesmetano funkcioniranje zajedničkog tržišta, a neki smatraju da bi trebao obuhvatiti i područja koja su vezana za ugovorno pravo, (kao što su, primjerice, pravila o neosnovanom obogaćenju, o založnom pravu na pokretninama, o vrijednosnim papirima i sl.) a čije različito uređenje u nacionalnim pravima također predstavlja prepreku funkcioniranju jedinstvenog tržišta.<sup>83</sup> U svim programskim aktima Komisije naglašava se da će CFR služiti kao temelj za izradu opcijskog instrumenta, no otvorenim se ostavlja pitanje da li će opcijski instrument uključiti sve oblasti CFR-a ili će biti uži.

Kao što je već objašnjeno, DCFR predstavlja osnovu za izradu budućeg «političkog» CFR-a, no opseg pitanja koja je obuhvatio ovaj tekst veoma je širok. DCFR se sastoji od (za sada) 7 knjiga i to: Opće odredbe (Knjiga I.); Ugovori i drugi pravni poslovi (Knjiga II.); Obveze i ovlaštenja (Knjiga III.); Posebni ugovori i prava i obveze koje iz njih proizlaze (Knjiga IV.); Poslovodstvo bez naloga (Knjiga V.); Izvanugovorna odgovornost za štetu uzrokovanu drugome (Knjiga VI.); Neosnovano obogaćenje (Knjiga VII.). Puni tekst DCFR-a, koji se očekuje

---

<sup>80</sup> U skladu s odredbama čl. 6. Bečke konvencije.

<sup>81</sup> Vidi: Saopćenje 2004., str. 22.

<sup>82</sup> Tako vidi: HESSELINK et al., str. 28.

<sup>83</sup> Vidi: Saopćenje 2004., str. 21.

početkom 2009. godine, obuhvatit će pored objavljenog još i dopune Knjige IV. (pravila o nekim ugovorima koji nisu obrađeni u prvom izdanju), pravila o stjecanju i prestanku prava vlasništva na pokretninama (Knjiga VIII.), pravila o sredstvima osiguranja na pokretninama (Knjiga IX.), pravila o zakladama (*trusts*) (Knjiga X.). S obzirom na ovako široko zahvaćenu materiju privatnog prava u tekstu DCFR-a,<sup>84</sup> realno je očekivati da će opcijski instrument biti znatno uži od DCFR-a (CFR-a), odnosno u skladu sa svojim *ratio legis* (kao i s kompetencijama Zajednice) obuhvaćat će samo ona pitanja općeg i posebnog ugovornog prava koja su relevantna za nesmetano funkcioniranje jedinstvenog tržišta. Naravno, bilo bi korisno u opcijski instrument uvrstiti i neka pravila koja po klasičnoj klasifikaciji pravila građanskog prava ne spadaju u ugovorno pravo, ali su relevantna za odvijanje poslovanja, kao što su, primjerice, pravila o prijenosu vlasništva na pokretninama, o sredstvima osiguranja potraživanja na pokretninama i sl.

Komisija se nije do sada izjasnila ni o tome kako će materija biti strukturirana, tj. da li će postojati jedinstveni instrument koji će sadržavati opća pravila ugovornog prava i posebna pravila za sve tipove ugovora (horizontalni pristup), ili će postojati više instrumenata podijeljenih po pojedinim ugovorima, a sastojali bi se od općih i posebnih pravila (vertikalni pristup).

### 3.3. Pravna osnova budućeg opcijskog instrumenta

SVAKAKO najkontroverznije pitanje vezano za budući opcijski instrument (kao i za bilo koji sličan projekt koji ima ambiciju da zadire u opća pravila privatnog/ugovornog prava) jest pitanje pravne osnove na kojoj ovakav akt može biti donesen. Raspravljanje o ovom pitanju dio je šire teorijskopravne rasprave koja pokušava odrediti čvrste normative osnove za proces stvaranja prava od strane europskog normotvorca, odnosno utvrditi temelje legitimiteta europskog prava uopće, a time i «europizacije» privatnog, odnosno ugovornog prava.<sup>85</sup>

#### 3.3.1. *Mogući ciljevi opcijskog instrumenta kao kriterij određivanja pravne osnove*

Prema odredbama čl. 5. Ugovora o Europskoj zajednici, svaka normativna aktivnost tijela Zajednice mora imati odgovarajuću pravnu osnovu u nekoj od odredaba Ugovora i mora služiti ostvarenju nekog od ciljeva određenih Ugovorom.<sup>86</sup> Takva odredba posljedica je «podjele vlasti» između država članica

<sup>84</sup> Glavna funkcija CFR-a jest da služi kao «priručnik» ili «kutija alata» za reviziju postojećeg privatnopravnog *acquis*-a i za izradu budućih komunitarnih akata u ovoj oblasti i stoga je ovakav pristup razumljiv.

<sup>85</sup> Više o ovom problemu i o mogućim osnovama legitimiteta europskog prava (tržišni racionalizam kao ustavno načelo; integracijski funkcionalizam; EU kao socijalna država – država blagostanja) vidi: JOERGES, C., *On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Justice-making Law for the EU Multi-level System*, vol 7.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (September 2003), <http://www.ejcl.org/ejcl/73/art73-3.html>.

<sup>86</sup> Article 5 (ex Article 3b): *The Community shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein.*

s jedne i Zajednice (Unije) s druge strane. Drugim riječima, Zajednica može djelovati samo onda kada su joj Ugovorom dodijeljene odgovarajuće kompetencije i samo u okviru tih kompetencija. No, kako se ističe u pravnoj teoriji, liniju jasnog razgraničenja, te ispravnost izabrane pravne osnove nije u praksi uvijek jednostavno utvrditi.<sup>87</sup>

Odgovarajuća pravna osnova značajna je ne samo stoga što bez nje akt nema legitimitet, nego i stoga što u svjetlu te pravne osnove i nacionalni sudovi i Europski sud pravde teleološki tumače pravila akta. Kako je već naglašeno, svaka Ugovorom priznata pravna osnova za djelovanje europskog zakonodavca predviđena je radi ostvarenja nekog od ciljeva Zajednice definiranih Ugovorom. Prema tome, u određivanju pravne osnove svakog akta europski normotvorac mora polaziti upravo od ciljeva koje aktom želi ostvariti i akt ustavno utemeljiti na onoj odredbi Ugovora koja mu daje kompetencije za ostvarenje tog cilja.

Mjera kao što je budući opcijski instrument ugovornog prava očito služi ostvarenju nekoliko različitih ciljeva i stoga je temeljno pitanje odgovaraju li ti ciljevi odredbama Ugovora koje određuju zakonodavnu nadležnost tijela Zajednice. Onako kako je zamišljen opcijski instrument trebao bi poslužiti ostvarenju sljedećih ciljeva.

U prvom redu, trebao bi poslužiti kao sredstvo za otklanjanje prepreka u funkcioniranju jedinstvenog europskog tržišta. Naime, različitosti nacionalnih ugovornih prava predstavljaju prepreku ostvarivanju četiri temeljne tržišne slobode. To ponajviše stoga što povećavaju troškove poslovanja, kao što su tzv. informacijski troškovi transakcije (tj. troškovi pravne ekspertize stranog prava), troškovi sastavljanja posebnih općih uvjeta poslovanja za svako nacionalno tržište, troškovi marketinga prilagođenog nacionalnim pravima, troškovi sudskih postupaka nastalih radi slabog poznavanja stranog prava, i sl.<sup>88</sup> To se posebno odnosi na SME i na potrošače za koje je trošak upoznavanja stranog prava u pravilu nerazmjerni vrijednosti transakcije. Zbog toga se nerado upuštaju u trans-granično poslovanje, strahujući od nepoznatog stranog prava. No, razlike u nacionalnim pravima predstavljaju, prema empirijskim istraživanjima, ozbiljan problem i u B2B poslovanju. U istraživanju koje je obuhvatilo 175 firmi iz osam zemalja ustanovljeno da je da se njih 25% suzdržava od nastupa na stranim tržištima upravo zbog razlika u pravilima ugovornog prava.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Tako vidi: MUMFORD, str. 5.sq. Kao faktore koji utječu na ovakvo stanje autor navodi sve značajniju ulogu Parlamenta u normativnom procesu, sve snažniju ulogu Zajednice u stvaranju prava, tj. donosi se sve više akata sekundarnog prava o sve značajnijim pitanjima, nastanak novih komunitarnih ovlasti, proširenje *locus standi* pred Europskim sudom pravde, te povećanje broja prethodnih odluka (*preliminary rulings*).

<sup>88</sup> No, treba napomenuti da u pravnoj teoriji postoje i stavovi prema kojima je inzistiranje na značajno povećanim transakcijskim troškovima kao rezultatu različitosti nacionalnih ugovornih prava u najmanju ruku upitno, a u svakom slučaju do sada empirijski nedovoljno ispitano. Tako SMITS, str. 15.-18., smatra da ozbiljniju prepreku funkcioniranju jedinstvenog tržišta predstavljaju jezične barijere, kulturne različitosti, razlike u poreskom i procesnom pravu, geografska udaljenost, te različite životne navike, nego različitosti u nacionalnim ugovornim pravima.

<sup>89</sup> Više vidi: HESSELINK et al., str. 56.

No, iako je izvjesno da bi jedinstveno uređenje ugovornog prava smanjilo ove troškove, treba napomenuti da bi uvođenje novog sustava pravila, koji još nije doživio interpretacije u sudskoj praksi i u pravnoj teoriji, sasvim sigurno dovelo do novih troškova, kao što su troškovi legislativnog procesa usvajanja novog akta, troškovi ekspertnog upoznavanja s novim sustavom, te svakako i povećani sudski troškovi, budući da bi u početnim fazama primjene zasigurno bio povećan broj sporova vezanih za tumačenje pojedinih pravila.<sup>90</sup> Prema tome, ovaj argument u korist uvođenja opcijskog instrumenta svakako zahtijeva prethodnu detaljnu *cost-benefit* analizu. Isto tako, trebalo bi ispitati ima li argument istu snagu za sve tipove prekograničnih transakcija, ili se troškovi značajno povećavaju samo u nekim oblastima poslovanja.

Povećani troškovi poslovanja kao posljedica različitosti nacionalnih ugovornih prava imaju za posljedicu, po stavu Komisije, i poremećaj u odnosima slobodne tržišne utakmice, budući da financijski slabiji sudionici kao što su SME imaju više poteškoća u nastupu na tržištu ili si uopće ne mogu priuštiti pojavljivanje na nekim područjima.<sup>91</sup> Prema tome, opcijski instrument bio bi i sredstvo otklanjanja ovih poremećaja u tržišnim odnosima. U pravnoj teoriji se u ovom kontekstu spominje i drugi mnogo složeniji problem, a to je problem već spomenutih «dijagonalnih konflikata» između europskog prava konkurencije i nacionalnog privatnog, odnosno ugovornog prava.<sup>92</sup> Jedan od mogućih načina rješavanja ovakvih pitanja je i opcijski instrument koji bi ponudio kvalitetna i usklađena pravila, i to pravila koja bi obuhvaćala sve situacije u kojima je moguće da dođe do sukoba europskog prava konkurencije i ugovornog prava.<sup>93</sup>

Kako je već navedeno, iz programski akata Komisije proizlazi da je zaštita slabije strane u ugovoru, odnosno u pravilu potrošača, također jedan je od ciljeva koji se opcijskim instrumentom žele postići. No, kako je stupanj zaštite interesa potrošača u europskom pravu već veoma visok, nije realno očekivati da će opcijski instrument podizati razinu te zaštite uvođenjem novih pravila, strožih u odnosu na postojeća. Riječ je zapravo o stavu Komisije da razlike nacionalnih ugovornih prava nepovoljno utječu na ponašanje potrošača. Ističe se naime da potrošač nerado ulazi u prekogranične transakcije zbog straha od primjene stranog prava za čije detaljno upoznavanje nema dovoljno financijske moći, odnosno interesa zbog nerazmjera informacijskog troška i vrijednosti transakcije. Takvo ponašanje potrošača predstavlja prepreku funkcioniranju jedinstvenog tržišta.

---

<sup>90</sup> MUMFORD, str. 9.-10., smatra da bi tome trebalo dodati i troškove ustrojavanja pravosudnih struktura (suci, odvjetnici, bilježnici) i pravnika praktičara osposobljenih za interpretaciju i primjenu novog sustava pravila. Isto tako naglašava da bi to dodatno opteretilo i tako već ozbiljno opterećen Europski sud pravde.

<sup>91</sup> Vidi: Akcijski plan, str. 11.

<sup>92</sup> Vidi: MUMFORD, str. 12.14.

<sup>93</sup> To je još jedan argument u korist stava da bi se opcijski instrument morao primjenjivati i na transgranične ugovore i na ugovore između domaćih rezidenata.

No, ovom se argumentu mogu uputiti određeni prigovori. Naime, on stoji jedino za tzv. aktivnog potrošača,<sup>94</sup> a udio ovakvih transakcija u ukupnoj masi potrošačkih ugovora je zanemariv. Pasivnog potrošača u visokom stupnju štite pravila čl. 6. st. 1. i st. 2. (2. rečenica) Uredbe o mjerodavnom pravu za ugovore,<sup>95</sup> prema kojima potrošača nije moguće izborom mjerodavnog prava lišiti zaštite, uživa prema kogentnim odredbama prava zemlje uobičajenog prebivališta potrošača. Osim toga, upitno je koliko potrošač zazire od kupovine u stranoj zemlji zbog straha od slabijeg stupnja zaštite svojih prava, a koliko je to rezultat nekih drugih faktora kao što je nepoznavanje stranog jezika, poteškoće s isporukom i servisiranjem proizvoda, i sl.

Dakle, opcijski instrument kao mjera koja će obuhvatiti opća pravila ugovornog prava, posebna pravila za ugovore, a bilo bi dobro i neka pravila izvan-ugovornog prava koja su relevantna za ugovorne odnose, služi ostvarenju različitih ciljeva. Iz toga proizlazi da je, s obzirom na kriterij cilja mjere, moguće raspravljati o različitim odredbama Ugovora kao pravnoj osnovi za njegovo usvajanje. Time se otvara i pitanje da li je moguće opcijski instrument utemeljiti na nekoliko različitih odredaba Ugovora, što bi mu svakako dalo snažniji legitimitet. Osim toga, kako se odredbe svakog akta moraju tumačiti u skladu s ciljem radi kojega je donesen, pozivanje na nekoliko različitih pravnih osnova dalo bi korisne smjernice za interpretaciju sadržaja opcijskog instrumenta u praksi. U europskom pravu postoje slučajevi da su normativni akti utemeljeni na nekoliko pravnih osnova.<sup>96</sup> No, važno je spomenuti da je Europski sud pravde zauzeo stav kako je upotreba višestruke pravne osnove za pojedini normativni akt dopuštena samo iznimno, tj. ako akt ima više ciljeva koji su tako neraskidivo povezani da se ni jedan od njih ne može smatrati predominantnim u odnosu na ostale. Suprotno, ako je jedan dominantan, a ostali su usputni, akt mora biti utemeljen na prvoj pravnoj osnovi.<sup>97</sup> No, u pravnoj se teoriji ovakvo stajalište Suda podvrgava kritici i ističe se da nema razloga ne dopustiti uporabu višestruke pravne osnove, pogotovo kod ovako složenih i s aspekta željenog cilja višeslojnih akata kao što je opcijski instrument.<sup>98</sup> Za ovakvu strogost Suda posebno nema razloga ako je procedura, propisana različitim odredbama Ugovora koje po kriteriju cilja akta dolaze u obzir kao njegova pravna osnova, identična.

---

<sup>94</sup> Tj. onoga koji robe i usluge pribavlja izvan mjesta svog uobičajenog prebivališta.

<sup>95</sup> Odnosno, čl. 5. Rimske konvencije o mjerodavnom pravu za ugovore.

<sup>96</sup> Primjerice, Direktiva o elektroničkoj trgovini i Direktiva o elektroničkom potpisu utemeljene su na odredbama čl. 47(2), 55. i 95. Ugovora,

<sup>97</sup> Tako je Europski sud presudio u slučaju C-491/01, *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd*. ECR [2002] I-11453, a radilo se o direktivi utemeljenoj na čl. 95. i čl. 133. Ugovora. Sud je zauzeo stavada je cilj ostvarenja funkcioniranja jedinstvenog europskog tržišta predominantan i da stoga direktiva može biti utemeljena samo na čl. 95. Slično rezoniranje ponovio je i u slučaju C-300/89 *Commission v Council (Titanium Dioxide)* [1991] ECR 2867.

<sup>98</sup> Tako vidi: MUMFORD, str. 7.

### 3.3.2. *Moguće pravne osnove za opcijski instrument*

#### 3.3.2.1. Čl. 65. Ugovora o EZ

Poglavlje IV Ugovora o EZ (*Vize, azil, imigracija i ostale politike povezane sa slobodnim kretanjem osoba*) sadrži i odredbe koje omogućavaju harmonizaciju nacionalnih odredaba međunarodnog privatnog prava. Tako pravila čl. 65. točka b.<sup>99</sup> propisuju da će mjere u oblasti pravosudne suradnje u civilnim i trgovačkim stvarima s prekograničnim elementom, ako su nužne za pravilno funkcioniranje jedinstvenog tržišta, uključivati i promicanje kompatibilnosti nacionalnih pravila o sukobu zakona i o jurisdikciji.<sup>100</sup> Na prvi pogled ova odredba izgleda relevantna za opcijski instrument budući da se i ovdje radi o «građanskim i trgovačkim odnosima s preko-graničnim elementom». No, zapravo, jasno je da se u čl. 65. točka b. radi o mjerama koje imaju za cilj ujednačavanje pravila nacionalnog prava koja uređuju pitanja mjerodavnog prava, određuju jurisdikciju u sporovima s međunarodnim elementom, te priznavanje i izvršavanje odluka stranih sudova.<sup>101</sup> Kako sadržaj budućeg opcijskog instrumenta čine pravila supstancijalnog ugovornog prava, očito je da čl. 65. točka b. Ugovora ne može poslužiti kao zadovoljavajuća pravna osnova za njegovo donošenje.

#### 3.3.2.2. Čl. 94. i čl. 95. Ugovora o EZ

Čl. 95. Ugovora o EZ danas je najčešće upotrebljavana pravna osnova za harmonizaciju privatnog, a posebno ugovornog prava. Treba napomenuti da čl. 95. daje tzv. rezidualnu nadležnost Zajednici, tj. moguće ga je uporabiti kao pravnu osnovu samo ako neka druga odredba Ugovora ne daje odgovarajuće kompetencije za donošenje akta.<sup>102</sup> Uveden je u Ugovor *Single European Act*-om 1986. godine kako bi se otklonila ograničenja koja postavljaju odredbe čl. 94.<sup>103</sup> Tako, za razliku od čl. 94. koji zahtijeva jednoglasnu odluku Vijeća nakon postupka konzultiranja Europskog Parlamenta i Europskog Socijalnog Vijeća, po čl. 95. mjere se usvajaju

---

<sup>99</sup> Article 56: *Measures in the field of judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, to be taken in accordance with Article 67 and insofar as necessary for the proper functioning of the internal market, shall include: ... (b) promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and of jurisdiction;*

<sup>100</sup> Prema odredbama čl. 67. na čiju primjenu upućuje čl. 65., mjera se usvaja kvalificiranom većinom u Vijeću, nakon provedenog postupka su odlučivanja prema pravilima čl. 251. Tip mjere nije određen, što znači da to mogu biti direktive, uredbе, odluke, preporuke.

<sup>101</sup> Stoga je čl. 65. pravna osnova za mjere kao što je Uredba EC o jurisdikciji i priznavanju i izvršenju presuda u civilnom i trgovačkim stvarima (*Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* OJ 2001, L 12/1-23), Uredba o mjerodavnom pravu za ugovore i Uredba EC o mjerodavnom pravu za izvanugovorne obveze (*Regulation (EC) no 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)* OJ L 199/40 EN 1.7.2007).

<sup>102</sup> To proizlazi iz jezičnog tumačenja st. 1. (1. rečenica) čl. 95. (*By way of derogation from Article 94 and save where otherwise provided in this Treaty, the following provisions shall apply for the achievement of the objectives set out in Article 14.*), a prihvaćeno je i u sudskoj praksi Europskog suda pravde (vidi: HESSELINK et al., str. 45.).

<sup>103</sup> Tada čl. 100. Ugovora o EZ.

kvalificiranom većinom glasova Vijeća, a u skladu s procedurom postavljenom odredbama čl. 251. Ugovora o EZ i uz konzultiranje Europskog Socijalnog Vijeća. Osim toga, dok čl. 94. kao jedinu mjeru predviđa direktive, čl. 95. govori samo o «mjerama», što znači da se na temelju ove pravne osnove mogu pored direktiva donositi i uredbe, preporuke i odluke.<sup>104</sup> Oba aspekta, tj. način usvajanja mjere i činjenica da nije ograničen na direktive, čine čl. 95. pogodnijom pravnom osnovom za usvajanje opcijskog instrumenta od čl. 94.. Prednosti blaže procedure usvajanja ne treba posebno obrazlagati, a što se tiče vrste mjere, direktiva nije pogodna pravna forma za opcijski instrument jer zahtijeva implementaciju u nacionalne pravne sustave, a to znači da se ne bi postigla puna uniformnost rješenja. Osim toga, opcijski instrument je zamišljen kao 28. pravni režim koji bi postojao uz nacionalne i primjenjivao se direktno, voljom stranaka,<sup>105</sup> a to se direktivom, s obzirom na njenu pravnu prirodu, ne može postići.

Što se tiče područja u kojem ove dvije pravne osnove daju mogućnost djelovanja komunitarnom normotvorcu, što je za ovu raspravu od odlučujućeg značaja, također postoje razlike između čl. 94. i 95. Prema odredbama čl. 94. moguće je donositi mjere za aproksimaciju nacionalnih pravnih pravila «...koja direktno utječu na ustanovljavanje i funkcioniranje zajedničkog tržišta», dok čl. 95. st. 1. (2. rečenica) zahtijeva da se radi o nacionalnim pravilima «...koja za svoj cilj imaju ustanovljavanje i funkcioniranje zajedničkog tržišta». Na razini jezične interpretacije ovih odredbi čini se da je formulacija čl. 94. šira od one u čl. 95. budući da ova potonja zahtijeva da nacionalna pravila čijoj se aproksimaciji teži budu donesena s ciljem osiguravanja jedinstvenog tržišta. U pravnoj teoriji se ističe da je upravo ovo sužavanje područja djelovanja omogućilo da se za mjere donesene po čl. 95. odustane od zahtijeva jednoglasnosti u Vijeću (koja se zahtijeva po čl. 94.),<sup>106</sup> što je prije izmjene Ugovora *Single European Act*-om često bila glavna prepreka usvajanju predloženih mjera, budući da je svaka zemlja članica praktički imala pravo veta na bilo koju mjeru.

Ako se držimo strogo jezičnog tumačenja ove odredbe čl. 95. onda bi bilo veoma teško na njoj kao pravnoj osnovi ustanoviti opcijski instrument za ugovore. Naime, bilo bi zaista teško obrazložiti stav da su nacionalni propisi ugovornog prava donošeni s ciljem ustanovljavanja jedinstvenog europskog tržišta. No, ovako usko tumačenje čl. 95. opravdano je odbacio i Europski sud pravde u svom tumačenju njegovog značenja. U slučaju *Tobacco Advertising*<sup>107</sup> sud je ispitivao je li čl. 95. valjana pravna osnova za donošenje direktive o reklamiranju duhanskih proizvoda. Iz rezoniranja Suda proizlazi da odgovor na to pitanje ne ovisi o prirodi (cilju) nacionalnog prava koje se želi harmonizirati, nego je odlučujuće da li mjera koja se predlaže komunitarnim aktom takva da pridonosi boljem funkcioniranju ili uspostavljanju jedinstvenog tržišta.

---

<sup>104</sup> Iako je do sada na temelju čl. 95. Vijeće uglavnom donosilo direktive.

<sup>105</sup> Bez obzira prihvati li se *opt-in* ili *opt-out* sustav.

<sup>106</sup> Tako vidi: MUMFORD, str. 17.

<sup>107</sup> C-376/98, *Germany v. European Parliament and Council (Tobacco Advertising)* [2000] ECR I-8419.



No, u svom tumačenju značenja i dosega čl. 95. u slučaju *Tobacco Advertising* Sud ujedno postavlja stroge kriterije za primjenu ove odredbe Ugovora kao pravne osnove. Sud inzistira na tome da komunitarna mjera mora imati za cilj stvarno i nesumnjivo poboljšanje uvjeta za funkcioniranje jedinstvenog tržišta, odnosno otklanjanje poremećaja slobode tržišne utakmice, te da svakom svojom odredbom mora ostvarivati taj cilj. Isto tako, izražava stav da mora biti u visokom stupnju vjerojatno da će razlike u nacionalnim pravima predstavljati prepreku funkcioniranju jedinstvenog tržišta, odnosno dovesti do značajnijeg poremećaja tržišne utakmice. Drugim riječima, samo postojanje razlika između nacionalnih pravnih sustava nije dovoljno da bi opravdalo uporabu čl. 95. kao pravne osnove, ako se ne dokaže da one stvarno dovode do opisanih poremećaja ili da će u budućnosti izvjesno do njih dovesti.

S obzirom na ovakav stav Europskog suda pravde ne začuđuje što Komisija u svim navedenim programskim aktima u kojima raspravlja o opcijskom instrumentu ulaže velike napore da obrazloži kako razlike u nacionalnim ugovornim pravima ozbiljno ugrožavaju koncept jedinstvenog tržišta, ograničavaju četiri temeljne slobode, te dovode do poremećaja odnosa konkurencije. Time očito želi stvoriti podlogu za prihvaćanje opcijskog instrumenta u okviru kriterija postavljenih odredbama čl. 95.

No, uz moguću primjenu čl. 95. Ugovora kao pravne osnove za opcijski instrument postavlja se još jedan problem. Riječ je o tome kako Europski sud pravde tumači značenje sintagme «mjere aproksimacije nacionalnih prava» kao mjera na koje europskog zakonodavca ovlašćuju odredbe čl. 95. Sud smatra da ovaj izraz daje europskom zakonodavcu široke diskrecijske ovlasti u izboru vrste mjere kojom će najbolje postići željeni cilj.<sup>108</sup> No, u nekim presudama<sup>109</sup> Sud je zauzeo stav da pojam «aproksimacija nacionalnih prava» u smislu čl. 95. ne daje pravo komunitarnom zakonodavcu da donosi mjere koje će koegzistirati uz nacionalna pravila, što bi bila jedna od temeljnih karakteristika opcijskog instrumenta. Zbog toga neki autori smatraju da čl. 95. ne može biti prihvaćen kao valjana pravna osnova za donošenje opcijskog instrumenta.<sup>110</sup> No, postoje i drukčija shvaćanja, također utemeljena na stajalištima Europskog suda pravde. Analizirajući mišljenje Suda povodom Sporazuma TRIPS<sup>111</sup> i GATS<sup>112</sup> Mumford zaključuje da Sud, istina, govori o tome da se harmonizacija vrši na temelju čl. 100 i 100a (današnji čl. 94. i 95.), a uvođenje novih sustava pravila na temelju čl. 235. (današnji čl. 308.), no isto tako i da sud izričito ne isključuje mogućnost da mjere koje uvode nova pravila (kao što su TRIPS i GATS) imaju ujedno i efekt

---

<sup>108</sup> Vidi: C-66/04 *UK v. European Parliament and Council* [2005] ECR I-10553; C-217/04 *UK v. European Parliament and the Council*, ECJ [2006] ECR I-3771.

<sup>109</sup> Vidi: C-436/03 *European Parliament v. Council* [2006] 3733 para 43. sq.; C-45/86 *Commission v. Council* [1987] ECR 1493, para 13; C-350/92 *Spain v. Council* [1995] ECR I-1985, para 26. sq.; C-377/98 *The Netherlands v. European Parliament and Council* [2001] ECR I-7079, para 24.

<sup>110</sup> Vidi: HESSELINK et al., str. 50.-51.

<sup>111</sup> *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

<sup>112</sup> *General Agreement on Trade in Services*.

harmoniziranja nacionalnih prava u cilju ostvarenja jedinstvenog tržišta. Štoviše, Sud u istom Mišljenju naglašava i takvu ulogu ovih Sporazuma. Prema tome, Sud priznaje mogućnost da i nova pravila koja će koegzistirati uz nacionalna imaju, istina možda samo indirektan, harmonizirajući učinak na nacionalna prava. Ako se takav učinak priznaje međunarodnim Sporazumima kao što su TRIPS i GATS, tim više se može očekivati da će ga Sud priznati i opcijskom instrumentu koji neće imati karakter međunarodnog sporazuma.<sup>113</sup>

Kako je već objašnjeno, čl. 94. omogućava harmonizaciju onih odredaba nacionalnih prava koje «neposredno utječu na ustanovljavanje i funkcioniranje jedinstvenog tržišta» i ako bismo inzistirali na uskom jezičnom tumačenju čl. 95. predstavlja čak pogodniju pravnu osnovu za donošenje opcijskog instrumenta od čl. 95. jer se može reći da razlike između nacionalnih ugovornih prava neposredno utječu na jedinstveno tržište. No, kako je usko tumačenje tog aspekta čl. 95. odbačeno, gubi se i ova moguća prednost. Osim toga, područje primjene čl. 95. šire je od čl. 94. utoliko što čl. 95. izričito referira i na druge ciljeve kao što su zaštita zdravlja, sigurnosti, okoliša i potrošača.<sup>114</sup> Kada se tome dodaju ograničenja čl. 94. u pogledu procedure i ograničenje na direktive kao moguće mjere aproksimacije, očito je da čl. 94. ne predstavlja pogodnu pravnu osnovu za donošenje opcijskog instrumenta.

### 3.3.2.3. Čl. 153. Ugovora o EZ

Kako se u Komisijinim obrazloženjima ideje opcijskog instrumenta često apostrofira potrošač kao onaj kojemu je potrebna zaštita zbog negativnog djelovanja različitosti nacionalnih ugovornih prava, čini se da bi i čl. 153. mogao biti jedna od pravnih osnova o kojima treba razmišljati. Poglavlje XIV Ugovora, odnosno čl. 153., posvećeno je zaštiti potrošača, ali on ne daje Zajednici šire mogućnosti djelovanja u pravcu zaštite interesa potrošača. Iako je zaštita potrošača jedan od temeljnih ciljeva Zajednice,<sup>115</sup> prema odredbama čl. 153. ona može djelovati u ostvarenju ovog cilja samo na dva načina. Ovlaštena je donositi mjere kojima se podržava, dopunjuje i nadzire politika država članica u toj oblasti, te donositi mjere u skladu s čl. 95. Ugovora, odnosno u kontekstu dovršenja jedinstvenog europskog tržišta.<sup>116</sup> Drugim riječima, čl. 153. Ugovora ne daje Zajednici neposrednu ovlast da donosi samostalne mjere za zaštitu potrošača već je njena nadležnost samo

---

<sup>113</sup> Vidi: MUMFORD, str. 19.-20.

<sup>114</sup> Article 95: 3. *The Commission, in its proposals envisaged in paragraph 1 concerning health, safety, environmental protection and consumer protection, will take as a base a high level of protection, taking account in particular of any new development based on scientific facts.*

<sup>115</sup> Čl. 3.(t) Ugovora.

<sup>116</sup> Čl. 153 st. 3. Ugovora: *The Community shall contribute to the attainment of the objectives referred to in paragraph 1 through:*

*(a) measures adopted pursuant to Article 95 in the context of the completion of the internal market;*

*(b) measures which support, supplement and monitor the policy pursued by the Member States.*

posredna, odnosno moguća je samo ukoliko udovoljava kriterijima iz čl. 95. i ako mjera služi ciljevima definiranim u čl. 95.<sup>117</sup> Stoga se može reći, kako se ističe i u pravnoj teoriji, da je čl. 95. potpuno «preuzeo ulogu pravne osnove» koju je potencijalno mogao imati čl. 153. u oblasti zaštite prava potrošača.<sup>118</sup>

S druge strane, kako je jedan od ciljeva budućeg opcijskog instrumenta da pružanjem jedinstvenih pravila osigura potrošačima nesmetano kretanje na tržištu bez straha od primjene stranog prava, mogao bi se smatrati mjerom koja «podržava i dopunjuje politiku država članica» u smislu čl. 153. st. 3. točka b.

#### 3.3.2.4. Čl. 308. Ugovora o EZ

Prema odredbama čl. 308. Ugovora o EZ, ako se pokaže da je zbog ostvarenja nekog od ciljeva Zajednice u kontekstu ostvarenja jedinstvenog tržišta nužna aktivnost Zajednice, a Ugovor joj za to ne daje potrebne ovlasti, Vijeće će jednoglasno usvojiti odgovarajuće mjere, na prijedlog Komisije i nakon konzultacija s Europskim Parlamentom.<sup>119</sup> Ova odredba Ugovora daje Vijeću iznimno široke ovlasti i smatra se emanacijom doktrine impliciranih ovlasti, karakterističnom za neke federalne sustave.<sup>120</sup> Ona, uz određena ograničenja, omogućava djelovanje europskog zakonodavca uvijek kada je to potrebno radi ostvarenja bilo kojeg od ciljeva Zajednice povezanog s konceptom zajedničkog tržišta i stoga se smatra tzv. «*catch-all*» odredbom.<sup>121</sup> Ovakvo razumijevanje odredbe čl. 308. jasno proizlazi iz njenog jezičnog tumačenja, a potvrdio ga je i Europski sud pravde.<sup>122</sup> Sud izričito naglašava da je riječ o odredbi koja je predviđena da popuni praznine u slučajevima kada Ugovor ne daje izričite ili implicirane ovlasti tijelima Zajednice, a njeno je djelovanje nužno radi ostvarenja ciljeva određenih Ugovorom. Prema ustaljenoj praksi Suda, to su ciljevi određeni odredbama čl. 2. i 3. Ugovora. No, istovremeno Sud napominje da čl. 308. ne može biti osnova za proširenje opsega komunitarnih ovlasti izvan okvira Ugovora gledanog u cjelini, a posebno njegovih odredaba koje definiraju ciljeve Zajednice.

Jedina ograničenja ovako definiranim ovlastima prema čl. 308. predstavlja zahtjev da odluka bude donesena jednoglasno, te zahtjev da za određenu mjeru nema neke druge pravne osnove u Ugovoru. Kako čl. 308. ne definira tip mjere

---

<sup>117</sup> Tako vidi: SMITS, str. 6.; WEATHERILL, S, The European Commission's Green Paper on European Contract Law: Context, Content and Constitutionality, *Journal of Consumer Policy* 2001/ 24, str. 339.-399. (str. 346.).

<sup>118</sup> Vidi: MUMFORD, str. 20.

<sup>119</sup> Article 308: *If action by the Community should prove necessary to attain, in the course of the operation of the common market, one of the objectives of the Community and this Treaty has not provided the necessary powers, the Council shall, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, take the appropriate measures.*

<sup>120</sup> Vidi: MUMFORD, str. 21.

<sup>121</sup> Vidi: HESSELINK et al., str. 60. sq.

<sup>122</sup> Vidi: *Opinion 2/94, Opinion pursuant to Article 228 (6) of the EC Treaty*, [1996] ECR I-1759 par. 23., 24. i 29.

koju Vijeće može donijeti, to znači da to može biti bilo koja pravna forma koja je predviđena u čl. 249. Ugovora o EZ.<sup>123</sup>

Na temelju čl. 308. do danas je donesen niz mjera u oblasti privatnog prava,<sup>124</sup> koje imaju slične karakteristike kao i predloženi opcijski instrument za ugovore. Kako se ističe u pravnoj teoriji, sve se odnose na institute privatnog prava na razini europskog prava, svi sustavi tako uvedenih pravila postoje pored različitih nacionalnih pravnih rješenja, te u svim slučajevima stranke mogu birati između nacionalnog i komunitarnog prava.<sup>125</sup> Korištena mjera u svim slučajevima jest uredba. Na temelju ovakve dosadašnje prakse razumijevanja značenja i opsega čl. 308., navedeni autori smatraju da čl. 308. može biti pogodna pravna osnova za donošenje opcijskog instrumenta. To posebno stoga što se uklapa u njegovo polje primjene jer je nesumnjivo da je cilj opcijskog instrumenta «pokriven» čl. 2. i 3. Ugovora.<sup>126</sup>

No, treba napomenuti da postoje i drukčiji stavovi.<sup>127</sup> Naime, ističe se određena rezerva prema ovako širokim ovlastima koje daje čl. 308. i postavlja se pitanje njegovog ustavnog legitimiteta, odnosno opasnosti koje ova potencijalno neograničena moć komunitarnog zakonodavca predstavlja za delikatan odnos podjele vlasti u okviru EU. U tom kontekstu ističe se i stav Europskog suda pravde, izražen u Mišljenju 2/94 od 28. 03. 1996. godine, prema kojemu čl. 308. ne može biti korišten kao pravna osnova da bi se državama članicama nametnula pravila koja imaju ustavnu dimenziju. Iz toga se izvlači zaključak da europski zakonodavac nema (ni po čl. 308.) ovlasti da nametne jedinstvenu građansku kodifikaciju državama članicama.<sup>128</sup> Naravno, predloženi opcijski instrument nema po opsegu ono značenje koje ima građanska kodifikacija, niti bi bio «nametnut» u smislu u kojemu se o ovom pitanju raspravlja povodom čl. 308., no ipak ostaje otvorenim pitanje je li i jedinstveno uređenje ugovornih odnosa na nivou Europske zajednice za sve zemlje članice problem koji na nivou nacionalnog prava ima «ustavnu dimenziju».

---

<sup>123</sup> Uredba, direktiva, odluka, preporuka i mišljenje.

<sup>124</sup> *Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE)* OJ 2001, L 294/1.; *Council Regulation EC No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE)* OJ 2003 L 207/1-24.; *Council Regulation EC No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark*, OJ 1994 L 11/1-36.

<sup>125</sup> Tako vidi: HESSELINK et al., str. 63.

<sup>126</sup> S druge strane, a slijedom ovog temeljnog argumenta, autori smatraju da tekst CFR-a ne bi mogao biti donesen na temelju čl. 308. Ugovora o EZ, budući da će (prema tekstu DCFR-a i prema stavovima izraženima u programskim aktima Komisije) sadržavati i pravila koja po kriteriju *ratione materiae*, prelaze opseg čl. 308., tj. ne mogu se neposredno obuhvatiti ciljevima Zajednice definiranim u čl. 2. i 3. Ugovora. Vidi: HESSELINK et al., str. 66.

<sup>127</sup> O ovakvim stavovima više vidi: MUMFORD, str. 22.

<sup>128</sup> Naglašava se da bi to značilo zadiranje u ustavna pitanja u zemljama *common-law* sustava.

## ZAKLJUČNE NAPOMENE

U ovoj raspravi o različitim aspektima budućeg opcijskog instrumenta ugovornog prava neka su pitanja ostala otvorena, no kako zahtijevaju dublju analizu, zbog ograničenog prostora njima pažnju treba posvetiti na drugom mjestu. To se posebno odnosi na šire elaboriranje odnosa mjere kao što je opcijski instrument i temeljnih načela europskog prava, tj. načela supsidijarnosti i proporcionalnosti. Isto tako, izbor konkretnih rješenja koji će biti ponuđeni u opcijskom instrumentu problem je koji prelazi okvire ovog rada, a zahtijeva minucioznu analizu s aspekta svrhe mjere i njene prirode sustava pravila čiji se (ne)izbor prepušta strankama. No, posebnu pozornost zaslužuje pitanje postupka u kojem bi ovakva mjera trebala biti usvojena da stekne ne samo formalni nego i stvarni legitimitet. S obzirom na prirodu mjere i njene moguće implikacije u praksi, nesumnjivo je da bi to trebala biti procedura koja osigurava poštivanje zahtjeva demokratičnosti, a u isto vrijeme traži i konsenzus svih država članica. No, s druge strane naglasak na snažnoj ulozi svake države članice kao one koja može spriječiti donošenje ovakve mjere, otvara problem koliko takav način stvaranja europskog prava sprječava djelovanje u onim oblastima koje nadilaze samo posebne nacionalne interese, a takva je upravo oblast koja se namjerava regulirati opcijskim instrumentom za ugovorno pravo. Naravno, funkcionalističko shvaćanje Europske unije a time i europskog prava polazi od sasvim drukčijih premisa i smatra da odlučujuću ulogu u stvaranju prava moraju imati tehnokratska tijela Unije<sup>129</sup> zbog svoje stručnosti i sposobnosti da ispravno riješe probleme, a Vijeće može određivati samo opće konture politike. Čini se da je najbolje rješenje pokušati pomiriti oba stajališta, tj. od svakoga uzeti ono najbolje, kao što to radi tzv. *multi-governance* shvaćanje prirode Europske unije. Ono legitimitet djelovanja europskog normotvorca nalazi u interakciji između s jedne strane sposobnosti institucija da osiguraju kooperaciju između različitih zainteresiranih aktera u stvaranju prava što dovodi do decentralizacije čitavog procesa i osigurava mu kvalitetu, te zahtijeva demokratske političke procedure s druge strane.<sup>130</sup> Upravo projekt kao što je opcijski instrument za ugovore izraz je ovakvog pristupa jer pretpostavlja poseban odnos između nacionalnih prava i komunitarnog prava. Nacionalna privatna (ugovorna) prava zadržavaju svoju unutrašnju koherentnost, no istovremeno nastaje sustav transnacionalnih pravila koji subjektima dodjeljuju određena prava i obveze, a generalno gledano proširuju područje privatne autonomije i navode nacionalna prava da se prilagode tom sustavu. Opcijski instrument se stoga može promatrati kao onaj aspekt europskog prava koji veoma ilustrativno odražava međuzavisnost između dva simultana i kompatibilna procesa, s jedne strane procesa europske integracije izgradnjom jedinstvenog tržišta, a s druge strane procesa dezintegracije u nacionalnim pravima.

---

<sup>129</sup> Prvenstveno Komisija i njena savjetodavna i druga stručna tijela.

<sup>130</sup> Kada je riječ o opcijskom instrumentu, to znači da proceduru njegove izrade i donošenja trebaju biti uključeni i Komisija sa svojih stručnim tijelima i Parlament i Vijeće.

## IMPORTANT CHARACTERISTICS AND CONSTITUTIONAL LAW BASIS OF THE OPTIONAL INSTRUMENT FOR EUROPEAN CONTRACT LAW

This paper is dedicated to the analysis of the optional instrument for European contract law as one of the measures which the European Commission suggests within the framework of the initiative of European contract law. It is about the system of general rules of contract law and particular rules for those contracts which are the most important for the functioning of a unified European market. The paper analyses the reasons for suggesting such measures, the basic characteristics and purpose, possible ways of application, potential content and structure, its relation to other Acts and measures of community law, and, in particular, the possible constitutional law basis for the bringing in of such an act of Community law.

**Key words:** *optional instrument for European Contract law; contractual  
acquis; constitutional legal basis*