

IMA LI EUROPSKA UNIJA OVLAŠT REGULIRATI PRIVATNO (POSEBICE UGOVORNO) PRAVO?

Prof. dr. sc. Tamara Perišin *

UDK: 347.4(4)EU

339.923:061.1>(4)

Izvorni znanstveni rad

Prihvaćeno: listopad 2012.

U području privatnog prava, osobito ugovornog prava, sve je veći broj inicijativa i znanstvenih radova koji raspravljaju mogućnost opsežnijeg reguliranja tog područja na razini Europske unije. Međutim, često se ne uzima u obzir da je za donošenje europskih propisa potrebno ispuniti materijalne i formalne pretpostavke povezane s načelima prenesenih ovlasti, supsidijarnosti i proporcionalnosti. I dok su mnoge studije u tijeku, trenutno dostupni nepotpuni podaci ukazuju na to da bi Europska unija imala određene ovlasti reguliranja ugovornog prava, ali takvi pokazatelji ne postoje za ostala područja privatnog prava. Pritom, čak i kod reguliranja ugovornog prava trenutno ne postoji ovlast za harmonizaciju već samo ovlast za usvajanje sekundarnog prava koje bi u manjoj mjeri ograničavalo nacionalnu regulatornu autonomiju.

Ključne riječi: prenesene ovlasti, supsidijarnost, proporcionalnost, ugovorno pravo, privatno pravo

I. UVOD**

Unutar Europske unije danas je gotovo nezamisliva djelatnost koja bi bila potpuno izvan dosega europskog prava pa više nema ni dijelova nacionalnog prava koji bi bili izvan njegova utjecaja. Predmet reguliranja europskog prava čak su i pitanja koja su se nekada smatrala središtem nacionalne suverenosti kao

* Dr. sc. Tamara Perišin, MJur (*Oxon*), profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

** Rad je predan u listopadu 2010. godine.

što je propisivanje kaznenih djela¹ i sankcija², provođenje kaznenih postupaka³, nacionalna (ali i međunarodna) jamstava ljudskih prava⁴, oporezivanje⁵ itd.

U području privatnog prava od samih početaka europske integracije vidljivi su bili utjecaji europskog prava. Već su same odredbe osnivačkih ugovora imale određen utjecaj na privatno pravo. Na primjer, zabrana diskriminacije na temelju državljanstva⁶, koja može imati vertikalni i horizontalni izravni učinak, odavno je utjecala na sklapanje ugovora o radu, ugovora o djelu i sličnih ugovora između države i pojedinaca (u vertikalnoj situaciji) te pojedinaca međusobno (u horizontalnoj situaciji) kao i na mogućnost poslovnog nastana fizičkih i pravnih osoba u drugim državama članicama.⁷ Učinak među privatnim osobama ima i Ugovorno jamstvo jednake plaće za jednak rad muškaraca i žena.⁸ Nadalje, i sekundarni izvori europskog prava djelovali su na privatno pravo. Ponekad je to bilo samo incidentalno kao u slučajevima kada su uredbe iz nekog drugog područja, na primjer zajedničke poljoprivredne politike, djelovale na pravo vlasništva i pravo obavljanja poslovne djelatnosti.⁹ U drugim slučajevima bilo je riječ o cjelinama privatnog prava koje je u stvaranju jedinstvenog tržišta trebalo regulirati kao primarnu materiju pojedinih europskih direktiva. Na

¹ 80/86 *Criminal proceedings against Kolpinghuis Nijmegen BV* [1987] ECR 03969; 8/74 *Procureur du Roi v Dassonville* [1974] ECR 837; C-267-8/91 *Criminal proceedings against Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097.

² C-176/03 *Commission v Council* [2005] ECR I-07879; C-440/05 *Commission v Council* [2007] ECR I-09097.

³ C-105/03 *Criminal proceedings against Maria Pupino* [2005] ECR I-05285.

⁴ 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- Voratsstelle fur Getreide und Futtermittel* [1979] ECR 1125; 4/73 *Nold KG v Commission* [1974] ECR 491; T-306/01 *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2005] ECR II-03533; T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi v Council and Commission* [2005] ECR II-03649; C-402/05 P i C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities* [2008] I-06351.

⁵ 112/84 *Humblot v Directeur des Services Fiscaux* [1985] ECR 1367.

⁶ Čl. 18. UFEU (ex 12. UEZ), čl. 45. UFEU (ex 39. UEZ), čl. 49. UFEU (ex 43. UEZ), čl. 56. UFEU (ex 49. UEZ).

⁷ C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman* [1995] ECR I-4921.

⁸ 80/70 *Gabrielle Defrenne v Belgian State* [1971] ECR 00445.

⁹ *Internationalehandesgesellschaft* (bilj. 4); 44/79 *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz* [1979] ECR 03727.

primjer, sklapanje potrošačkih ugovora i drugi oblici zaštite potrošača predmet su mnogobrojnih europskih mjera.

Međutim, dok su svi spomenuti utjecaji europskog prava na privatno pravo relativno ograničeni po svom doseg, tijekom posljednjeg desetljeća pojavile su se ideje o reguliranju iznimno velikih dijelova privatnog prava, na primjer cijelog ugovornog prava, na europskoj razni. U analiziranju takve mogućnosti najvažnije je pitanje (koje se nažalost često preskače) ima li Europska unija uopće ovlast za usvajanje takve regulative. Europska komisija u svojim je dokumentima izbjegavala raspravljati o tom pitanju¹⁰, a čak ni akademski projekti u ovom području često se nisu upuštali u postojanje pravne osnove za europsko reguliranje privatnog prava. Na primjer, autori iznimno opsežnog projekta *Draft Common Frame of Reference* navode da ne znaju kakvu će sudbinu doživjeti stvarni tj. "politički" *Common Frame of Reference*, ali da su projekt ipak radili zbog njegove znanstvene vrijednosti.¹¹ I dok bi se znanstvena vrijednost tih projekata mogla priznati jer oni pridonose promišljanju i razumijevanju razlika među nacionalnim pravima i eventualnom pronalaženju boljih regulatornih rješenja (iako nije nesporna ni ta znanstvena vrijednost¹²), zanemarivanje (ne)postojanja ovlasti dovodi u pitanje praktičnu važnost tih analiza.

Stoga, predmet ovog rada nisu pojedina pravila privatnog prava ni rasprava o tome koje bi od više mogućih pravnih rješenja iz raznih država trebalo prihvatiti na europskoj razini, nego se rad bavi upravo pitanjem ima li Europska unija ovlast regulirati privatno pravo. Naglasak će biti na ugovornom pravu jer su

¹⁰ *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law*, COM(2001) 398; *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - A More Coherent European Contract Law - An Action Plan*, COM(2003) 68; *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; *Report from the Commission - First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review*, COM(2005) 456; *Report from the Commission - Second Progress Report on the Common Frame of Reference*, COM(2007) 447; *Green paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses*, COM (2010).

¹¹ C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, outline edition, Sellier. European Law Publishers, 2009, München, str. 7.

¹² Npr. Legrand osporava znanstvenost i nepristranost tog projekta, a njegova ironična rečenica dočarava bit kritike: "*Professor von Bar, a German professor of German law based in Germany, is drafting the European civil code.*", P. Legrand, *Antivonbar*, *The Journal of Comparative Law*, 1, 2006, 13, str. 14.

u tom području do sada napravljeni najveći koraci kako od strane europskih institucija tako i u znanstvenim radovima.

Rad se sastoji od pet dijelova. Nakon ovog uvodnog dijela, drugi dio izlaže pozadinu problema podjele ovlasti između razina vlasti te analizira temeljne pojmove. Treći dio ispituje načelo dodijeljenih ovlasti - posebice granice pojedinih ovlasti te mogućnost njihova korištenja kao pravne osnove za reguliranje ugovornog prava. Četvrti dio analizira načela supsidijarnosti i proporcionalnosti te pretpostavke koje mjera (poput legislative u području ugovornog prava) mora ispunjavati kako bi bila usklađena s tim načelima. Peti dio sadržava zaključke.

II. POZADINA PROBLEMA PODJELE OVLASTI I TEMELJNI POJMOVI

Europska unija organizirana je po "federalnom principu" koji "podrazumijeva ustavno zajamčenu podjelu suverenosti između dviju razina vlasti".¹³ Takva organizacija neizbježno zahtijeva donošenje složenih odluka o tome treba li se neka materija regulirati na centralnoj ili na nacionalnoj razini.

Pritom je važno što već same razlike među nacionalnim pravilima često predstavljaju prepreku funkcioniranju unutarnjeg tržišta pa je težnja za uklanjanjem tih razlika/prepreka važan motiv za centralnu regulaciju. Međutim, to nikako ne znači da sve treba biti centralno regulirano jer usprkos tome što razlike ometaju funkcioniranje unutarnjeg tržišta, one mogu imati druge značajne prednosti. Pri odlučivanju o tome hoće li se neka materija regulirati na centralnoj ili nacionalnoj razini potrebno je upitati se je li riječ o "lošoj ili dobroj heterogenosti" među nacionalnim pravilima.¹⁴ "Loša" heterogenost je ona koja nema neku korisnu svrhu te je često posljedica zastarjelih ili na drugi način

¹³ V. Bogdanor, *Federalism and the Nature of the European Union*, u: K. Nicolaïdis, S. Weatherill (ur.), *Whose Europe? National Models and the Constitution of the European Union*, Papers of a Multi-Disciplinary Conference held in Oxford in April 2003, <http://www.competition-law.ox.ac.uk/iecl/pdfs/whoseeurope.pdf>, 08. 10. 2008., str. 49, 53. Radi rasprave o tipu "federalizma" koji postoji u Europskoj uniji v. K. Lenaerts, *Federalism: Essential Concepts in Evolution - The Case of The European Union*, *Fordham International Law Journal*, 21, March 1998, 746.

¹⁴ A.O. Sykes, *The (Limited) Role of Regulatory Harmonization in International Goods and Services Markets*, *Journal of International Economic Law*, 2, 1999, 49, str. 57.

neadekvatnih propisa, često donesenih pod utjecajem lobiranja jakih političkih aktera - loša heterogenost "odražava ravnodušnost, nedovoljnu informiranost ili zarobljenost... od strane dobro organiziranih i kohezivnih interesnih skupina" i treba je eliminirati.¹⁵ Naprotiv, "dobra" heterogenost je ona koja "odražava iskrene razlike u ukusima, prihodima" i drugim važnim faktorima pa je stoga "ne samo prihvatljiva nego vjerojatno i poželjna".¹⁶ Ona podrazumijeva odlučivanje na razinama bližim građanima¹⁷, pluralizam, raznolikost, eksperimentaciju, regulatornu utakmicu te druge elemente dobre vladavine.¹⁸

U sustavima koji su usmjereni na liberalizaciju trgovine, a posebno u Europskoj uniji, "loša" heterogenost uklanja se kroz tzv. negativnu integraciju (deregulaciju) putem ugovornih zabrana određenih mjera poštovanje kojih osigurava sudbena vlast. Na primjer, temeljem članka 34. UFEU (ex čl. 28. UEZ) zabranjuju se i uklanjaju mjere koje znatno ometaju pristup tržištu (mjere s istovrsnim učinkom količinskim ograničenjima), osim ako nisu opravdane odnosno ako nemaju legitimni cilj koji nastoje ostvariti na proporcionalan način. Međutim, ako je mjera koja znatno ometa pristup tržištu opravdana, tj. ako ima neki legitimni cilj (npr. zaštitu zdravlja, okoliša, potrošača, kinematografije itd.) koji nastoji ostvariti na proporcionalan način, takva se mjera ne može niti je treba deregulirati (- niti stavljati izvan snage niti otklanjati njenu primjenu na konkretan slučaj). Ona je prepreka trgovini, ali predstavlja oblik "dobre" heterogenosti. Uklanjanje "dobre" heterogenosti može se odvijati jedino kroz pozitivnu integraciju (reregulaciju) usvajanjem europskih mjera. Takve europske

¹⁵ *Ibid.*, str. 57, 59.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Čl. 1. UEU izričito zahtijeva donošenje odluka što bliže građanima.

¹⁸ V. Lenaerts, (bilj. 13); M. W. McConnell, *Federalism: Evaluating the Founders' Design*, University of Chicago Law Review, 54, Fall 1987, 1484; E. L. Rubin, M. Feeley, *Federalism: Some Notes on a National Neurosis*, UCLA Law Review, 41, April 1994, 903; E. A. Young, *Protecting Member State Autonomy in The European Union: Some Cautionary Tales from American Federalism*, New York University Law Review, 77, December, 2002, 1612; E. A. Young, *Making Federalism Doctrine: Fidelity, Institutional Competence, and Compensating Adjustments*, William and Mary Law Review, 46, March 2005, 1733; K. Lenaerts, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, The American Journal of Comparative Law, 38, 1990, 205; D. Halberstam, R. M. Hills, Jr., *State Autonomy in Germany and the United States*, Annals of the American Academy of Political & Social Sciences, 158, March 2001, 574; A. von Bogdandy, *The European Union as Situation, Executive, and Promoter of International Law of Cultural Diversity - Elements of Beautiful Friendship*, Jean Monnet Working Paper 13/07, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/071301.rtf>, 8. 10. 2008.

mjere trebale bi omogućiti da se istovremeno ostvare liberalizacija trgovine i onaj legitimni cilj kojem je eliminirana nacionalna mjera služila. Ipak, budući da svaka mjera pozitivne integracije neizbježno smanjuje "dobru" heterogenost, pozitivna integracija mora imati granice. Jedino pozitivna integracija koja se provodi restriktivno pridonosi legitimnosti¹⁹ i dobroj vladavini unutar EU.

Težnja za restriktivnijim izvršavanjem ovlasti Europske unije te za time da svaka razina vlasti radi samo ono u čemu je najbolja odražava se i u tri pravna načela inkorporirana u osnivačkim ugovorima - načelu prenesenih ovlasti, supsidijarnosti i proporcionalnosti, izričito reguliranim u članku 5. UEU Lisabon (ex čl. 5. UEZ).

Načelo prenesenih ovlasti sadržano u članku 5(2) UEU Lisabon propisuje da "Unija djeluje samo unutar granica ovlasti koje su joj prenijele države članice u Ugovorima kako bi postigla u njima zadane ciljeve".²⁰ Lisabonskim ugovorom toj je odredbi dodana još jedna rečenica koja naglašava da sve ovlasti koje nisu prenesene na Uniju i dalje pripadaju državama članicama.²¹ Dakle, za razliku od državnih ovlasti koje su generalno definirane i podložne samo ograničenjima sadržanima u vlastitim ustavima, međunarodnom pravu i sl., Europska unija ima samo pojedine ovlasti koje su (eksplicitno ili implicitno) predviđene Ugovorima. Načelo supsidijarnosti sadržano u članku 5(3) UEU Lisabon propisuje da "... u područjima koja ne potpadaju pod njenu isključivu nadležnost, Unija djeluje... samo ako države članice, na centralnoj ili regionalnoj i lokalnoj razini, ne mogu zadovoljavajuće ostvariti ciljeve predloženog djelovanja i ako ih stoga, zbog razmjera i učinaka predloženog djelovanja, Unija može bolje ostvariti".²² Drugim riječima, kada je Ugovor dodijelio Uniji određenu ovlast, ona je mora izvršavati u skladu s dvjema kumulativno postavljenim pretpostavkama - prvo, Unija smije djelovati samo ako države ne mogu same postići željeni cilj te, drugo, Unija smije djelovati ako će zbog razmjera i učinaka djelovanja biti bolja u postizanju njegova cilja.²³ Načelo proporcionalnosti definirano u članku 5(4) UEU Lisabon postavlja daljnji zahtjev da "sadržaj i oblik Unijinog djelovanja ne

¹⁹ V. S. Weatherill, *Competence and complexity, simplification and clarification... and legitimacy too*, u: Nicolaïdis, Weatherill, (bilj 13).

²⁰ Čl 5(2) UEU Lisabon (ex čl. 5(1) UEZ).

²¹ Č. 5(2) UEU Lisabon.

²² Čl. 5(3) UEU Lisabon (ex čl. 5(2) UEZ).

²³ D. A. Wyatt, *Could a "Yellow Card" For National Parliaments Strengthen Judicial as well as Political Policing of Subsidiarity?*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2, 2006, 1, str. 6 - 7.

smije ići dalje od onog što je potrebno za postizanje ciljeva Ugovora”.²⁴ Proporcionalnost na taj način određuje gdje u konkretnoj situaciji prestaju ovlasti.

Navedena tri načela međusobno su usko povezana jer se sva zasnivaju na ideji da se odluke trebaju donositi što je bliže moguće građanima Unije, a u ovom članku za tu temeljnu ideju koristit će se naziv supsidijarnost *largo sensu*. Ova ideja izričito je sadržana Preambuli Ugovora o Europskoj uniji, u člancima 1(2) i 10(3) UEU Lisabon, te u Preambuli Protokola o supsidijarnosti i proporcionalnosti (PSP) koji je dodan osnivačkim ugovorima još u Amsterdamu.²⁵

Ideja supsidijarnosti *largo sensu* vidi se već u samoj podjeli ovlasti *in abstracto*, koja je utvrđena u sudskoj praksi i sada izričito definirana Lisabonskim ugovorom.²⁶ Prvo, Uniji je kao isključiva ovlast povjereno obavljanje zadataka za koje se smatra da ih same članice nikada ne mogu adekvatno ostvariti te da će zbog razmjera i učinaka potrebnog djelovanja Unija biti bolja u njihovu ostvarivanju.²⁷ Drugo, podijeljene ovlasti odnose se na one zadatke za koje ovisi o konkretnim okolnostima hoće li ih članice ili Unija bolje ostvarivati.²⁸ Ako je zbog konkretnih okolnosti Unija regulirala određenu materiju unutar nekog područja, tada države članice više tu materiju ne smiju same regulirati jer bi time mogle osujetiti učinke europskog prava (*pre-emption*).²⁹ Međutim, novi članak 2(2) UFEU te

²⁴ Čl. 5(4) UEU Lisabon (ex čl. 5(3) UEZ).

²⁵ Sve te odredbe, osim čl. 10(3), postojale su i prije Lisabonskog ugovora u UEU te Protokolu o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti, OJ 1997, C 340/105.

²⁶ Čl. 2. - 6. UFEU.

²⁷ Prema članku 3. UFEU, Unija ima isključive ovlasti u sljedećim taksativno navedenim područjima: carinskoj uniji; uspostavi pravila o tržišnoj utakmici nužnih za funkcioniranje unutarnjeg tržišta; monetarnoj politici za države članice kojih je valuta euro; očuvanju morskih bioloških resursa u okviru zajedničke politike ribarstva; zajedničkoj trgovinskoj politici; zaključivanju međunarodnog ugovora kada je njegovo zaključivanje predviđeno zakonodavnim aktom Unije ili je nužno da bi se omogućilo Uniji izvršavanje njene unutarnje ovlasti ili ako njegovo zaključivanje može utjecati na zajednička pravila ili mijenjati njihov doseg. Sudska praksa npr. 804/79 *Commission v United Kingdom* [1981] ECR 01045.

²⁸ Članak 4. UFEU nabroja sljedeće podijeljene ovlasti: unutarnje tržište; socijalna politika, za aspekte definirane Ugovorom; ekonomska, socijalna i teritorijalna kohezija; poljoprivreda i ribarstvo, isključujući očuvanje morskih bioloških resursa; okoliš; zaštita potrošača; transport; transeuropske mreže; energija; područje slobode, sigurnosti i pravde; zajednička sigurnosna pitanja u stvarima javnog zdravlja, za aspekte definirane Ugovorom.

²⁹ O razvoju instituta “*pre-emption*” v. R. Schütze, *Supremacy without Pre-Emption? The Very Slowly Emergent Doctrine of Community Pre-Emption*, *Common Market Law Review*, 43, 2006, 1023.

novi Protokol o izvršavanju podijeljenih ovlasti izričito naglašavaju da države zadržavaju ovlast regulirati preostalu materiju unutar istog područja koja nije pokrivena regulativom Unije³⁰ te da ako Unija odluči prestati izvršavati svoje ovlasti u pogledu neke materije, te ovlasti ponovo preuzimaju države članice.³¹ Treća kategorija ovlasti odnosi se na područja u kojima Unija ima jedino ovlast podupirati, koordinirati ili dopunjavati djelatnosti država članica jer se smatra da ta područja same države mogu regulirati bolje, a da im Unija u tome može samo pomoći.³² Pritom nije relevantno jesu li države objektivno bolje u reguliranju tih područja, već se može raditi o tome da svaka država smatra svoj sustav boljim od sustava koje zagovaraju druge članice pa bi stoga zajednička pravila bila "subjektivno" lošija. Četvrto, sve preostale ovlasti koje ni na koji način nisu prenesene na Uniju pripadaju državama članicama. Još je u predmetu *van Gend en Loos* Sud utvrdio da "Zajednica predstavlja novi pravni poredak međunarodnog prava u korist kojeg su države ograničile svoja suverena prava, premda u ograničenim područjima",³³ no do danas je ostalo nejasno koja su to ograničena područja. Ugovor iz Lisabona također naglašava da sve ovlasti koje nisu prenesene na Uniju i dalje pripadaju državama članicama, ali dok se sve ovlasti prenesene na Uniju izričito nabrajaju kao isključive, podijeljene i komplementarne, ova se četvrta kategorija ovlasti koja je ostavljena državama ne specificira.

Supsidijarnost *largo sensu* može biti prisutna i pri utvrđivanju postoji li ovlast u konkretnom slučaju (*in concreto*). Na primjer, u predmetu *Tobacco Advertising*³⁴ Sud je izradio test kojim se utvrđuje jesu li ispunjene pretpostavke za primjenu članka 95. UEZ³⁵ kao pravne osnove za određenu mjeru. Test uključuje provje-

³⁰ Čl. 2(2) UFEU; Protocol on the Exercise of Shared Competence, OJ 2007, C 306/168.

³¹ Čl. 2(2) UFEU, treća rečenica.

³² U tu kategoriju ovlasti ulaze: zaštita i poboljšanje ljudskog zdravlja; industrija; kultura; turizam; obrazovanje, profesionalno usavršavanje, mladež i sport; civilna zaštita; upravna suradnja (čl. 6. UFEU) te istraživanje, tehnološki razvoj, istraživanje svemira, suradnja u razvoju i humanitarna pomoć (čl. 4. (3, 4) UFEU). V. A. von Bogdandy, J. Bast, *The European Union's Vertical Order of Competences: The Current Law and Proposals for its Reform*, *Common Market Law Review*, 39, 2002, 227, str. 238 - 239.

³³ 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] ECR-00001.

³⁴ C-376/98 *Germany v European Parliament & Council* [2000] ECR I-8419, dalje u tekstu *Tobacco Advertising*.

³⁵ Danas izmijenjen čl. 114. TFEU, ex čl. 100a UEZ prije Ugovora iz Amsterdama.

ravanje koja je razina vlasti bolja reguliranju konkretne materije. U takvoj se analizi supsidijarnost *largo sensu* približava supsidijarnosti *stricto sensu*. Međutim, zasebna analiza supsidijarnosti i proporcionalnosti ostaje važna jer Protokol o supsidijarnosti i proporcionalnost³⁶ propisuje mnoge materijale i procesne pretpostavke koje predložena mjera mora ispuniti kako bi se smatrala sukladnom tim načelima (*infra*), a te se pretpostavke ne traže u analizi postojanja ovlasti.

III. NAČELO DODIJELJENIH OVLASTI

Pri odgovaranju na pitanje ima li Europska unija ovlast regulirati privatno pravo, potrebno je imati na umu da su ugovorni članci koji sadrže ovlasti Unije sročeni na apstraktan i općenit način. Iako takav sustav omogućava europskim institucijama da interpretiraju pojedine ovlasti na način koji odgovara društvenim i političkim okolnostima te da prilagođavaju aktivnosti Unije potrebama vremena (što se često naziva *creeping competences*³⁷), to ne znači da ne postoje granice korištenja ovlasti.

I. Identificiranje relevantne pravne osnove

Granice ovlasti Unije sadržane su prvenstveno u pravilima o izboru pravne osnove.³⁸ Ta pravila sprečavaju “zakonodavne” institucije da po vlastitoj preferenciji biraju osnovu za usvajanje nekog akta i time utječu na vrstu zakonodavnog postupka, vrstu akta koji se usvaja te na obujam materije koja se može regulirati.

Po ustaljenoj sudskoj praksi Europskog suda, izbor pravne osnove nikako se ne može temeljiti na uvjerenju pojedine institucije o cilju kojem mjera teži, nego se mora temeljiti na objektivnim kriterijima podložnim sudskom nadzoru, osobito u pogledu cilja i sadržaja mjere. Nadalje, ako mjera “stremi dvostrukoj svrsi ili... ima dvostruke sastavnice i ako se jedna od tih može identificirati kao

³⁶ Protocol (No 2) on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality, OJ 2007, C 306/150, dalje u tekstu PSP Lisabon.

³⁷ S. Weatherill, *Better Competence Monitoring*, *European Law Review*, 30(1), 2005, 23.

³⁸ C-300/89 *Commission v Council* [1991] ECR I-02867 (dalje u tekstu *Titanium Dioxide*); C-338/01 *Commission v Council* [2004] ECR I-04829.

glavna ili dominantna svrha ili sastavnica, dok je druga samo usputna, mjera se mora temeljiti na jednoj pravnoj osnovi, naime onoj koju zahtijeva glavna ili dominantna svrha ili sastavnica”.³⁹ Suprotno tome, ako mjera “istovremeno stremi dvama ciljevima koji su neodvojivo povezani, a da jedan nije sekundaran ili posredan u odnosu prema drugom, mjera se mora temeljiti na njima odgovarajućim pravnim osnovama”.⁴⁰ Takve dvostruke pravne osnove ipak nisu moguće kada podrazumijevaju međusobno nepodudarne postupke odlučivanja.⁴¹ Ako se te nepodudarne pravne osnove razlikuju po načinu sudjelovanja Europskog parlamenta u procesu donošenja odluka, tada je pravilna pravna osnova ona koja zahtijeva njegovo intenzivnije sudjelovanje.⁴² Kršenje nekog od navedenih pravila i izbor pogrešne pravne osnove imaju kao posljedicu nevaljanost mjere pa se mjera treba staviti izvan snage (osim ako nije riječ o “čisto formalnom nedostatku”).⁴³

Ova pravila vrijede neovisno o materiji koja se nastoji regulirati, pa tako i u području privatnog prava.

Stoga je, na primjer, za reguliranje *stvarnog prava* relevantna odredba ugovora članak 345. UFEU (ex čl. 295. UEZ) koji propisuje “Ugovori neće ni na koji način ugrožavati pravila država članica kojima se regulira sustav vlasništva”.⁴⁴ Uz ekstenzivnu interpretaciju ova bi odredba značila da EU uopće ne smije regulirati vlasništvo. Naprotiv, uz restriktivnu interpretaciju odredba bi značila da EU smije regulirati vlasništvo, ali da ta europska pravila ne smiju ugrožavati nacionalna pravila o vlasništvu, nego da im mogu biti paralelna. No čak ako se prihvati restriktivna interpretacija ove odredbe na način da se ne brani europska regulativa vlasništva, teško je pronaći ugovornu osnovu koja bi se mogla koristiti za reguliranje tog područja.⁴⁵

³⁹ C-338/01 *Commission v Council* (bilj. 38), para 55.

⁴⁰ *Ibid.*, para 56.

⁴¹ *Ibid.*, para 57.

⁴² *Titanium Dioxide* (bilj. 38), para 20.

⁴³ C-491/01 *The Queen and Secretary of State for Health, ex parte: British American Tobacco Investments Ltd and Imperial Tobacco Ltd, supported by Japan Tobacco Inc. and JT International SA* [2002] ECR I-11453, (dalje u tekstu *Tobacco Products*), para 98.

⁴⁴ Čl. 345. UFEU, ex čl. 295. UEZ.

⁴⁵ V. S. Weatherill, *Diversity between National Laws in the Internal Market*, u: U. Drobnig, H. J. Snijders, E.-J. Zippo (ur.), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market*, Sellier. European Law Publishers, München, 2006.

U području *ugovornog prava*, Europska komisija je kao moguće pravne osnove za njegovu regulaciju navodila članke 65., 95. i 308. UEZ (danas čl. 81., 114., 352. UFEU).⁴⁶ Međutim, u idućem će se poglavlju raspraviti da je upitno može li se ijedna od tih osnova doista koristiti za opsežno reguliranje ugovornog prava.

2. Granice pojedinih ovlasti - regulacija ugovornog prava

Osim pravila o izboru pravne osnove, granice ovlasti sadržane su i svakoj pojedinoj pravnoj osnovi. Ovaj će se tekst osvrnuti na tri odredbe koje je Komisija navodila kao moguće pravne osnove za regulaciju ugovornog prava i pokazat će da ni jedna od njih ne daje ovlast široke regulacije tog područja.

2.1. Članak 65. UEZ⁴⁷

Članak 65. UEZ propisivao je da Europska zajednica ima ovlast donošenja određenih mjera u "području pravosudne suradnje u građanskim predmetima s prekograničnim implikacijama, u opsegu u kojem su potrebne za pravilno funkcioniranje unutarnjeg tržišta". Članak je dalje specificirao o kakvim se mjerama može raditi te je navodio da te mjere uključuju sljedeće: "(a) poboljšanje i pojednostavnjivanje: - sustava za prekogranično dostavljanje sudskih i izvansudskih pravnih akata; - suradnje u prikupljanju dokaza; - priznavanja i izvršenja odluka u građanskim i trgovačkim predmetima, uključujući i odluka u izvansudskim predmetima; (b) promicanje kompatibilnosti propisa koji se primjenjuju u državama članicama u pogledu sukoba zakona i nadležnosti; (c) uklanjanje prepreka za dobro funkcioniranje građanskih postupaka, po potrebi također promicanjem kompatibilnosti propisa o građanskom postupku koji se primjenjuju u državama članicama."⁴⁸

Iz samog teksta članka lako je uočiti da ne djeluje kao ispravna pravna osnova za reguliranje materijalnog privatnog prava, već je riječ o pravnoj osnovi za mjere

⁴⁶ *Communication 2004* (bilj. 10), str. 21; J. P. Trnka, *Referring to a Frame? Some Reflection on the European Contract Law Project*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 3, 2007, 533, str. 540 - 541.

⁴⁷ Danas čl. 81. UFEU.

⁴⁸ Čl. 65. UEZ.

u području građanskog procesnog te međunarodnog privatnog prava. Nadalje, protiv reguliranja materijalnog privatnog prava na ovoj pravnoj osnovi govori i činjenica da se članak 65. UEZ nalazio u glavi IV UEZ: Vize, azil, useljavanje i ostali propisi koji se odnose na slobodno kretanje osoba. Taj članak stoga se ne bi mogao koristiti za reguliranje prometa robe ili kapitala (osim u mjeri koja je relevantna za vize, azil, useljavanje i slobodno kretanje robe).⁴⁹

Lisabonskim ugovorom ovaj je članak zamijenjen novim člankom 81. UFEU (koji se nalazi u glavi V: Područje slobode, sigurnosti i pravde). Međutim, i ta nova odredba također služi sudskoj suradnji, a ne harmonizaciji materijalnog prava.

2.2. Članak 308. UEZ⁵⁰

Članak 308. UEZ (kao i njegov sljednik čl. 352. UFEU) najšira je pravna osnova predviđena Ugovorom. Ta odredba ovlašćuje Vijeće ministara da “na prijedlog Komisije i nakon konzultacija s Europskim parlamentom” jednoglasno usvaja “odgovarajuće mjere” u slučajevima da se “tijekom funkcioniranja zajedničkog tržišta pokaže nužnost djelovanja Zajednice radi postizanja jednog od njenih ciljeva, a da za to ... Ugovorom nisu utvrđene potrebne ovlasti”.

Cilj je ove široke odredbe omogućivati Europskoj uniji da se prilagođava novim okolnostima i savladava nove izazove (pa se odredba u Ustavnom ugovoru nazivala *flexibility clause*⁵¹). Međutim, ova odredba ne smije se zlorabiti za donošenje bilo kakvih mjera koje inače nisu predviđene Ugovorom. Načelo dodijeljenih ovlasti zahtijeva da se članak 308. UEZ restriktivno interpretira. U protivnom, kada bi se članak 308. UEZ mogao ekstenzivno interpretirati, kroz tu bi se osnovu mogle stalno proširivati ovlasti Zajednice/Unije mimo izmjena Ugovora. Europske bi institucije širokom interpretacijom članka 308. UEZ mogle zaobići redovitu proceduru izmjena osnivačkih ugovora i lišiti prava odlučivanja sve legitimne nacionalne aktere koji bi u takvim izmjenama morali sudjelovati - nacionalne parlamente te građane na referendumima. To nije dopustivo pa zato članak 308. UEZ ima uske granice.

⁴⁹ Trnka, (bilj. 46), str. 540.

⁵⁰ Danas izmijenjeni čl. 352. UFEU.

⁵¹ Čl. I-19. Ustavnog ugovora - Treaty Establishing a Constitution for Europe, OJ 2004, C 310.

Neke granice članka 308. UEZ navedene su već u samom tekstu te odredbe. Naime, članak 308. UEZ navodi pretpostavke pod kojima se može koristiti kao pravna osnova: prvo, mjera mora biti poduzeta za ostvarivanje nekog već postojećeg cilja Zajednice/Unije (pri čemu su ciljevi definirani samim Ugovorom); drugo, mjera mora biti nužna; treće mjera se usvaja u sklopu funkcioniranja zajedničkog tržišta, četvrto, Ugovor nije predvidio potrebnu ovlast;⁵² i konačno, mora se postupati po propisanom zakonodavnom postupku.

Nadalje, i Europski je sud naglasio granice ove odredbe kada je u *Mišljenju 2/94* odlučivao o mogućnosti pristupanja Europske zajednice Europskoj konvenciji o ljudskim pravima.⁵³ Rečeno je da ova odredba predstavlja "sastavni dio institucionalnog sustava utemeljenog na načelu prenesenih ovlasti" pa da stoga "ne može služiti kao osnova za širenje ovlasti Zajednice preko općeg okvira stvorenog odredbama Ugovora kao cjeline, a osobito onima koje definiraju aktivnosti i zadatke Zajednice. Ni u kojem se pogledu članak 235. ne može koristiti kao osnova za usvajanje odredaba kojih bi učinak, u biti, bio izmjena Ugovora bez poštivanja postupaka koji su u tu svrhu predviđeni".⁵⁴ Stoga u konkretnom slučaju Sud nije odobrio korištenje člankom 308. UEZ kao pravnom osnovom za pristupanje Zajednice Europskoj konvenciji.⁵⁵

Istina je da granice članka 308. UEZ (ni njegova sljednika čl. 352. UFEU) nikada ne mogu biti jako čvrste. Nedavno je čak Europski sud podržao korištenje tom pravnom osnovom pri usvajanju uredbe o zamrzavanju imovine pojedinaca povezanih s određenim terorističkim organizacijama. Sud je u tom predmetu utvrdio da je takva uredba koja omogućuje borbu protiv terorizma važna za funkcioniranje unutarnjeg tržišta⁵⁶ usprkos tome što bi se moglo smatrati da

⁵² Neki autori smatraju da se o pitanju je li Ugovor dodijelio potrebnu ovlast treba raspravljati zajedno s pitanjima supsidijarnosti i proporcionalnosti. V. R. Schütze, *Organized Change towards an 'Ever Closer Union': Article 308 EC and the Limits to the Community's Legislative Competence*, Yearbook of European Law, 22, 2003, 79, str. 90 - 91.

⁵³ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), ETS No 5, izmijenjena i dopunjena protokolima.

⁵⁴ *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [1996] ECR I-01759, para 30.

⁵⁵ *Ibid.*, para 35. Sud je smatrao da bi pristupanje Zajednice Europskoj konvenciji o ljudskim pravima imalo znatan utjecaj na sustav ljudskih prava koji postoji u Europskoj zajednici te bi imalo jednako fundamentalne institucionalne implikacije pa bi stoga bilo od ustavne važnosti i prelazilo doseg čl. 308. UEZ.

⁵⁶ C-402/05 P i C-415/05 P *Kadi and Al* (bilj. 4), para 225 - 235.

je zapravo riječ o materiji drugog stupa EU, zajedničkoj vanjskoj i sigurnosnoj politici. Ipak nije izgledno da bi se podržala interpretacija koja bi omogućivala korištenje tom odredbom ili izmijenjenim članakom 352. UFEU za cjelovitije reguliranje ugovornog prava.

2.3. Članak 95. UEZ⁵⁷

Članak 95., stavak 1. UEZ propisivao je da “osim u slučajevima kada je ovim Ugovorom drugačije utvrđeno, Vijeće [može u postupku suodlučivanja te] nakon konzultacija s Gospodarskim i socijalnim odborom, usvaja[ti] mjere za ujednačavanje odredbi utvrđenih zakonom, propisom ili upravnim postupkom država članica, kojih je predmet uspostava i funkcioniranje unutarnjeg tržišta”. Nakon Lisabonskog ugovora ta odredba u svom izmijenjenom obliku predstavlja članak 114. UFEU, ali relevantna sudska praksa i studije o članku 95. UEZ i dalje ostaju relevantne.

Članak 95. UEZ (tada čl. 100a) unesen je u ugovor Jedinostvenim europskim aktom⁵⁸ iz 1987. godine. Cilj odredbe (kao i ukupnih reformi 80-ih godina dvadesetog stoljeća koje su bile najavljene u Bijeloj knjizi o unutarnjem tržištu⁵⁹ te inkorporirane u Jedinostvenom europskom aktu) bio je olakšavanje pozitivne integracije u području zajedničkog tržišta radi stvaranja jedinstvenog unutarnjeg tržišta. Naime, sve do tada pozitivna integracija u Europskoj uniji bila je otežana zahtjevima za jednoglasnim odlučivanjem koji su bili prihvaćeni još Luksemburškim sporazumom 60-ih godina. Najvažnija odredba za reguliranje zajedničkog tržišta bio je članak 94. UEZ, ali je donošenje mjera na toj osnovi bilo ograničeno zahtjevom za jednoglasnošću u Vijeću ministara te činjenicom da su se na temelju članka 94. UEZ mogle usvajati jedino direktive. Uvođenje članka 95. značilo je veliku promjenu za reguliranje zajedničkog tržišta jer je omogućeno usvajanje mjera kvalificiranom većinom u Vijeću te donošenje raznih oblika mjera. Stoga je ubrzo članak 95. UEZ postao najčešće korištena pravna osnova za usvajanje europskih mjera, a članak 94. UEZ ostao je temeljna pravna osnova jedino u područjima koja su izrijekom isključena iz dosega članka 95.

⁵⁷ Danas izmijenjen čl. 114. TFEU.

⁵⁸ Single European Act, OJ 1987, L 169/1.

⁵⁹ *Completing the Internal Market, White Paper from the Commission to the European Council*, COM(85) 310, 14 June 1985.

UEZ (tj. za usvajane fiskalnih mjera te mjera u područjima slobode kretanja osoba i prava interesa zaposlenih osoba).

Međutim, i članak 95. UEZ usprkos svojoj širini ipak ima neke granice. Sud je pojasnio granice te odredbe u predmetu *Tobacco Advertising* u kojem je Njemačka osporavala zakonitost direktive kojom je zabranjeno oglašivanje duhanskih proizvoda. Pojednostavljeno rečeno, Njemačka je tvrdila da Europska zajednica nema ovlast donijeti takvu direktivu. Smatrala je da zabrana oglašivanja duhanskih proizvoda potpada pod materiju zaštite javnog zdravlja koja je u nadležnosti država članica (a ne Zajednice) i koja je harmonizacija izrijeckom zabranjena ugovorom.⁶⁰ Naprotiv, Vijeće i Parlament su tvrdili da je direktiva usvojena na ispravnoj pravnoj osnovi - člancima 95., 47. i 55. UEZ (ex čl. 100a, 57(2) i 66. UEZ, sada čl. 114., 53. i 62. UFEU). Po njihovu viđenju, zabrana oglašivanja duhanskih proizvoda potpadala je pod materiju unutarnjeg tržišta. Dakle, temeljno pravno pitanje u sporu bila je granica članka 95. UEZ.

Sud je naglasio da članak 95. UEZ ne daje zakonodavcu Zajednice opću ovlast regulirati unutarnje tržište, nego da se može koristiti samo za usvajanje mjera koje su istinski usmjerene na poboljšavanje uvjeta za uspostavu i funkcioniranje unutarnjeg tržišta.⁶¹ Navedeno je da se mjera može usvojiti na temelju članka 95. UEZ samo ako doista pridonosi jednom od sljedećih ciljeva: uklanjanju prepreka slobodi kretanja robe ili usluga ili uklanjanju znatnih poremećaja tržišne utakmice.⁶² Na temelju provedene analize Sud je utvrdio da ti uvjeti nisu bili ispunjeni u slučaju sporne direktive (odnosno nekih njenih dijelova) pa ju je ukinuo. Takvom odlukom potvrđeno je da je reguliranje oglašavanja duhana u dijelu koji nema prekogranične elemente u nadležnosti država članica (ili njihovih sastavnih jedinica, npr. njemačkih *Länder*)⁶³, a ne u nadležnosti Europske zajednice.

⁶⁰ Čl. 129(4) UEZ prije Ugovora iz Amsterdama; čl. 152(4) UEZ; sada izmijenjen čl. 168. UFEU.

⁶¹ *Tobacco Advertising* (bilj. 34), para 83. Za detaljnu analizu odluke u predmetu *Tobacco Advertising v. T. Perišin*, *Free Movement of Goods and Limits of Regulatory Autonomy in the EU and WTO*, T.M.C. Asser Press, Den Haag, 2008, str. 92 - 99.

⁶² *Ibid.*, para 95. U predmetu *Tobacco Advertising* (bilj. 34) Europski sud nije između tih triju smetnja u funkcioniranju unutarnjeg tržišta upotrebljavao veznike "ili" nego "i". Međutim, iz primjene testa se vidi da ne moraju kumulativno postojati sve tri smetnje nego da je dovoljna jedna od njih kako bi se članak 95 mogao koristiti kao pravna osnova. Ovo je poslije potvrđeno u predmetu *Tobacco Products* gdje je Europski sud promijenio formulaciju testa upotrijebivši veznik "ili". *Tobacco Products* (bilj. 43), para 60.

⁶³ Nakon ove odluke Suda usvojena je nova direktiva o oglašivanju duhanskih proizvoda te je i ta direktiva osporavana pred Europskim sudom. Međutim, Sud je potvrdio valjanost

Istina je da neke kasnije odluke ne djeluju konzistentnima s odlukom u predmetu *Tobacco Advertising*. Na primjer, Sud je u predmetu *Tobacco Products* podržao interpretaciju koja je dopustila Zajednici donošenje mjera o označivanju duhanskih proizvoda s navodnim ciljem funkcioniranja zajedničkog tržišta, a kojih je nusprodukt bio poremećaj trgovinskih kretanja zbog čega se moglo sumnjati da pravi cilj mjere nije bilo funkcioniranje tržišta, nego zaštita zdravlja (a njezinu harmonizaciju od strane Zajednice Ugovor zabranjuje).⁶⁴ Također, u predmetu *Swedish Match*, Sud je podržao europsku zabranu duhana za oralnu upotrebu usvojenu na temelju članka 95. UEZ iako bi se također moglo smatrati da zabranjivanje proizvoda ne pridonosi funkcioniranju zajedničkog tržišta, nego da je cilj mjere ponovo bila zaštita zdravlja.⁶⁵ Međutim, odluka u predmetu *Tobacco Advertising* i dalje je iznimno važna jer sadržava poruku Suda zakonodavnim institucijama o tome da članak 95. UEZ ima granice i da je Sud spreman staviti izvan snage široke akte Unije koji te granice prijeđu.

Odluka u predmetu *Tobacco Advertising* čak dovodi u pitanje valjanost nekih prije usvojenih direktiva. Na primjer, upitna je valjanost Directive 97/55 o komparativnom oglašavanju koja je usvojena na temelju članka 95. UEZ.⁶⁶ Po testu iz predmeta *Tobacco Advertising*, objektivni ciljevi direktive morali bi biti uspostava i funkcioniranje zajedničkog tržišta. U tom pogledu je važno što preambula direktive navodi da razlike u pravima država članica o usporednom oglašivanju "mogu predstavljati prepreke slobodi kretanja robe i usluga te stvarati poremećaje tržišne utakmice".⁶⁷ Međutim, ako pažljivo primijenimo test na direktivu, proizlazi da je direktiva preširoka. S jedne strane, u pogledu oglašivanja u časopisima, novinama i na drugim medijima koji imaju preko-

nove direktive smatrajući da je puno uža od svoje prethodnice te da je stoga čl. 95. UEZ bio prikladna pravna osnova za njezino usvajanje. *Directive 2003/33/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the advertising and sponsorship of tobacco products*, OJ 2003, L 152/16. C-380/03 *Germany v European Parliament and Council* [2006] ECR I-11573 (*Tobacco Advertising II*).

⁶⁴ *Tobacco Products* (bilj. 43).

⁶⁵ C-210/03 *Swedish Match AB and Swedish Match UK Ltd v Secretary of State for Health* [2004] ECR I-11893.

⁶⁶ *Directive 97/55/EC of European Parliament and the Council of 6 October 1997 amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising*, OJ 1997, L 290/18.

⁶⁷ *Ibid.*, preambula, uvlaka 3.

granično kretanje, direktiva se može temeljiti na članku 95. UEZ. S druge strane u slučajevima oglašavanja koje nema prekogranične implikacije, kao što su oglasi u kinima, na suncobranima i pepeljarama, harmonizacija oglašavanja na temelju članka 95. UEZ vjerojatno nije dopustiva. U pogledu dijela testa koji se odnosi na poremećaje tržišne utakmice, Sud bi morao ispitati postoje li takvi poremećaji ili je li vjerojatno da će nastati, jesu li ti poremećaji znatni te ako je sve to ispunjeno, onda i da li bi ih direktiva mogla ukloniti. Moguće je da bi direktiva pala i na ovom dijelu testa. Nadalje, osim ove direktive postoji još cijeli niz europskih mjera koje bi mogle pasti na testu iz predmeta *Tobacco Advertising*. Prvenstveno je dvojben valjanost mjera koje reguliraju određene načine prodaje (*certain selling arrangements*) od kojih su neke usvojene na temelju članka 94. UEZ, kao što su Direktiva o prodaji izvan poslovnih prostorija (*door-step selling*)⁶⁸, Direktiva o zavaravajućem oglašavanju⁶⁹ te Direktiva usvojena na temelju članka 95. UEZ o nepravničnim trgovinskim postupanjima.⁷⁰

Nadalje, odluka u predmetu *Tobacco Advertising* postavlja granice eventualnom budućem reguliranju unutarnjeg tržišta, a samim time i ugovornog prava. Ponajprije, svaka harmonizacija nekog širokog područja teško je zamisliva. Europski zakonodavac mora detaljno ispitati koji je pravi cilj koji mjera može ostvariti. Pritom svoje ispitivanje treba započeti s analizom trenutnog stanja i predviđanjem vjerojatnog (*likely*) budućeg razvoja te utvrditi koje bi nepoželjne pojave (prepreke slobodi kretanja robe ili usluga ili znatne poremećaje tržišne utakmice) trebalo ukloniti. Potom treba provesti test kako bi ispitaio može li mjera doista ukloniti te nepoželjne pojave. Također, odluka u predmetu *Tobacco Advertising* navodi na zaključak da se nacionalna pravila koja imaju “previše neizvjestan i neizravan učinak” (*too uncertain and indirect effect*)⁷¹ na slobodu

⁶⁸ Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, OJ 1985, L 372/31.

⁶⁹ 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 1984, L 250/17. Ova direktiva danas je na snazi s izmjenama i dopunama.

⁷⁰ 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, OJ 2005, L 149/22.

⁷¹ Npr. C-69/88 *H Krantz GmbH & Co. v Ontvanger der Directe Belastingen and Netherlands State* [1990] ECR I-0583; C-418/93 *Semeraro Casa Uno Srl v Sindaco del Comune di Er-*

kretanja ne bi mogle harmonizirati na temelju članka 95. UEZ. Naime, takva su pravila izvan dosega negativne integracije odnosno članka 34. i 56. UFEU (ex čl. 28. te 49. UEZ) jer ne predstavljaju značajne prepreke pristupu tržištu (*significant restrictions on market access*) pa ih onda vjerojatno nije potrebno niti ih je dopušteno uklanjati niti kroz pozitivnu integraciju. (Po tome se nacionalne mjere koje su izvan dosega negativne integracije razlikuju od onih koje jesu u dosegu ugovornih članaka 34. i 56. UFEU, ali su opravdane. Ove potonje je moguće i dopušteno harmonizirati.) Istom logikom, nemoguće je harmonizirati s osnova uklanjanja prepreka slobodi kretanja roba i nacionalne mjere koje se odnose na “određene načine prodaje” (*certain selling arrangements*) koje se “primjenjuju na sve relevantne trgovce koji obavljaju djelatnost na nacionalnome području” i koje “na isti način utječu, pravno ili stvarno, na stavljanje u promet domaćih proizvoda i proizvoda iz drugih država članica” budući da se one nakon predmeta *Keck* smatraju izvan dosega članka 34. UFEU.⁷² One nisu značajne prepreke trgovini pa zato nisu u dosegu članka 34. UFEU, ali se vjerojatno zato niti ne mogu harmonizirati. Istina je da mjere o “određenim načinima prodaje” mogu biti i prepreka slobodi pružanja usluga ili poslovnog nastana⁷³ pa se u tim slučajevima mogu regulirati po tim pravnim osnovama.⁷⁴

U području ugovornog prava provedena je studija kako bi se ispitalo jesu li ispunjene pretpostavke iz predmeta *Tobacco Advertising* koje se traže za usvajanje akta na temelju članka 95. UEZ.⁷⁵ Ispitalo se predstavljaju li razlike među nacionalnim ugovornim pravima prepreke slobodi kretanja robe ili usluga ili znatni poremećaji tržišne utakmice pa da bi zbog toga reguliranje tih pitanja na

busco [1996] ECR I-2975; C-190/98 *Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH* [2000] ECR I-493.

⁷² *Keck* (bilj. 1), para 16, 17.

⁷³ C-405/98 *Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP)* [2001] ECR I-01795 para 39; C-255/97 *Pfeiffer Großhandel GmbH v Lova Warenhandel GmbH* [1999] ECR I-02835, para 20.

⁷⁴ U vrijeme odluke u predmetu *Tobacco Advertising* pravna osnova za reguliranje poslovnog nastana bio je čl. 47(2) UEZ (jer se čl. 95. UEZ nije primjenjivao na tu tržišnu slobodu). A za reguliranje usluga mogao se koristiti čl. 55. jer je čl. 95. UEZ supsidijarna pravna osnova koja se trebala primjenjivati samo u slučajevima ako drugačije nije propisano ugovorom.

⁷⁵ S. Vogenauer, S. Weatherill, *The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law - an Empirical Contribution to the Debate*, u: S. Vogenauer, S. Weatherill (ur.), *The Harmonisation of European Contract Law Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart, Oxford, 2006.

europskoj razini istinski bilo usmjereno na poboljšavanje uvjeta za uspostavu i funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Cilj ovog teksta nije prenijeti sve detalje studije, ali će se istaknuti oni podaci koji su relevantni za temu ovog rada.

Studijom je bilo obuhvaćeno "175 trgovačkih društava nastanjenih u osam država članica"⁷⁶, pri čemu se pazilo da i trgovačka društva i države čine donekle reprezentativan uzorak, uzimajući u obzir razne kriterije - tip djelatnosti, veličinu poduzeća, nacionalnu i transnacionalnu orijentiranost poslovanja, veličinu države, duljinu članstva u EU, "eurofilnu"/"eurofobnu" tradiciju itd.⁷⁷ Studija je pokazala da većina ispitanika smatra prednošću činjenicu da u prekograničnim transakcijama mogu izabrati pravo koje im odgovara.⁷⁸ Pritom je većina birala domaće pravo, ali je 4/10 ispitanika povremeno biralo i strano pravo⁷⁹ (od čega je u oko 25% slučajeva odabrano englesko pravo⁸⁰). Ipak, bez obzira na činjenicu što je moguće izabrati primjenjivo pravo, većina ispitanika je smatrala da im postojanje različitih pravnih sustava predstavlja neke prepreke (*some obstacles*)⁸¹ i da su one posljedica pravnih pitanja.⁸² Većina ispitanika smatrala je da je europsko zakonodavstvo smanjilo te prepreke⁸³, ali i da bi EU mogla imati još bolja rješenja.⁸⁴ Na pitanje kako se najbolje može ostvariti harmonizirano europsko ugovorno pravo, 38% smatralo je da se treba raditi na ujednačenoj provedbi i interpretaciji postojećih direktiva, 28% da treba stvoriti europsko ugovorno pravo koje bi postojalo paralelno s nacionalnim ugovornim pravima, a 30% zalagalo se za europsko ugovorno pravo koje bi zamijenilo nacionalna ugovorna prava.⁸⁵ Većina je smatrala da bi u slučaju da nastane europsko ugovorno pravo ono trebalo pokrivati samo opći dio koji se odnosi na sve ugovore.⁸⁶

Iako je ova studija dosada najveće empirijsko istraživanje potrebe za reguliranjem ugovornog prava na europskoj razini, ipak je njezine rezultate potrebno prihvatiti s oprezom. Kako i sami autori priznaju, studija nije sveobuhvatna i

⁷⁶ *Ibid.*, str. 117.

⁷⁷ *Ibid.*, str. 117 - 118.

⁷⁸ *Ibid.*, str. 120.

⁷⁹ *Ibid.*, str. 121.

⁸⁰ *Ibid.*, str. 121, graf na 123.

⁸¹ *Ibid.*, str. 125.

⁸² *Ibid.*, str. 125 - 126.

⁸³ *Ibid.*, str. 126 - 127.

⁸⁴ *Ibid.*, str. 130.

⁸⁵ *Ibid.*, str. 131.

⁸⁶ *Ibid.*, str. 135.

nije ispitala sve detalje problema - npr. nije ispitano treba li na europskoj razini regulirati samo trgovačke ugovore ili i potrošačke ugovore, nije ispitano zadovoljstvo ispitanika s konkretnim rješenjima koja bi bila moguća ne europskoj razini ni eventualne negativne posljedice europske regulacije tog područja, itd.⁸⁷

Istraživanja Eurobarometra također sadržavaju neke podatke relevantne za reguliranje ugovornog prava na europskoj razini međutim ne ispituju detaljno jesu li ispunjene pretpostavke iz predmeta *Tobacco Advertising*, odnosno ne ispituju postoje li relevantne prepreke trgovini i da li bi ih eventualna europska mjera uspjela ukloniti.⁸⁸ Npr. jedno izvješće navodi da pri potpisivanju ugovora s fizičkom ili pravnom osobom nastanjenom u drugoj državi članici većina građana EU (57%) preferira da se uvjeti ugovora temelje na harmoniziranom europskom pravu nego na pravu države gdje je nastanjena druga ugovorna strana.⁸⁹ Takav je podatak svakako zanimljiv, ali iz njega ne slijedi da doista postoji prepreka trgovini i kakva je narav te prepreke te se ne dokazuje da bi je europska regulativa otklonila.

Dakle, čak i kada bi se iz svih navedenih podataka moglo naslutiti da postoje prepreke trgovini koje proizlaze iz razlika među nacionalnim ugovornim pravima, za donošenje konkretne europske mjere utemeljene na članku 95. UEZ (tj. danas čl. 114. UFEU) bili bi potrebni precizniji podaci o preprekama i o tome da bi određena europska mjera o ugovornom pravu doista mogla ukloniti te prepreke. U ostalim područjima privatnog prava, opsežne studije još uvijek ne postoje tako da nema pokazatelja da su ispunjene pretpostavke za njihovu regulaciju na europskoj razini. Osim toga, postojanje ovlasti nije dovoljno da bi EU doista i smjela djelovati jer planirana mjera također mora udovoljavati načelima supsidijarnosti i proporcionalnosti.

IV. SUPSIDIJARNOST I PROPORCIONALNOST

Načelo supsidijarnosti zahtijeva da Europska unija obavlja samo one aktivnosti koje države članice ili njihove sastavne jedinice ne mogu uspješno obaviti te ih zbog razmjera i učinaka tih aktivnosti Unija može bolje ostvariti. A načelo proporcionalnosti zahtijeva da u slučajevima kada Unija ima ovlast djelovati te

⁸⁷ *Ibid.*, str. 138 - 139.

⁸⁸ Special Eurobarometer 292 (2008); Flash Eurobarometer 278 (2009).

⁸⁹ Special Eurobarometer 292 (2008), str. 19.

kada postupa u skladu s načelom supsidijarnosti, njezino djelovanje po svom sadržaju i obliku ne smije ići dalje od onoga što je nužno. Stoga i pri reguliranju materije privatnog prava treba provesti analizu koje to ciljeve ne mogu same države ostvariti te u kojoj je mjeri nužno da Unija regulira ovo područje.

Pritom je važno, da Protokol o supsidijarnosti i proporcionalnosti izričito propisuje kako teret dokazivanja da je udovoljeno načelima supsidijarnosti i proporcionalnosti leži na onome tko to tvrdi, tj. na institucijama Unije koje žele regulirati neko područje.⁹⁰ Udovoljavanje tim načelima mora biti potkrijepljeno kvalitativnim te, kada god je to moguće, kvantitativnim pokazateljima.⁹¹ Takvo obrazloženje mora biti sadržano u samom nacrtu akta.⁹² Nadzor nad takvim postupanjem vrše same europske institucije, osobito Sud, ali i nacionalne institucije - Ustavni sudovi, sudovi, vlade te nacionalni parlamenti (kojih su ovlasti u tom pogledu znatno proširene stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora).⁹³

Do sada europske institucije, a čak ni relevantni znanstveni radovi u ovom području nisu dokazali, a čak nisu niti pokušali dokazivati da je udovoljeno načelima supsidijarnosti i proporcionalnosti za opsežno reguliranje privatnog prava. Čak ni za ugovorno pravo, o kojem su provedene opsežne studije o postojanju ovlasti za reguliranje (*supra*), nisu provedena istraživanja o udovoljavanju supsidijarnosti i proporcionalnosti. Međutim, i bez detaljne analize možemo zaključiti da, na primjer, opsežna harmonizacija ugovornog prava koja bi u potpunosti zamijenila nacionalna ugovorna prava vjerojatno ne bi bila u skladu sa supsidijarnosti i proporcionalnosti. Ono za što bi se eventualno moglo dokazati legitimitet reguliranja mogle bi biti neke manje invazivne mjere kao što su minimalne harmonizacije ili okvirna pravila ili razni oblici soft-law koji se usvajaju kroz otvorenu metodu koordinacije.

Europska komisija u svojim novijim dokumentima također polazi od tih postavki. Nova Zelena knjiga o europskom ugovornom pravu iz 2010. godine navodi da se izbor instrumenta kojim bi se reguliralo europsko ugovorno pravo može kretati "od neobvezujućeg instrumenta usmjerenog na poboljšanje konzistentnosti i kvalitete EU legislative do obvezujućeg instrumenta koji bi bio postavljen kao alternativa postojećem pluralizmu režimima nacionalnog

⁹⁰ Čl. 5. PSP Lisabon.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ PSP Lisabon i Protocol (No 1) on the Role of National Parliaments in the European Union, OJ 2007, C 306/148 (PNP).

ugovornog prava predstavljajući jedinstven sustav pravila ugovornog prava”.⁹⁴ Pritom Komisija navodi sedam mogućih opcija: 1) objavljivanje rezultata grupe stručnjaka; 2) službene “alatne kutije” za zakonodavca; 3) preporuke Komisije; 4) uredbu koja bi bila opcionalni instrument europskog ugovornog prava; 5) direktivu o europskom ugovornom pravu; 6) uredbu kojom se uspostavlja europsko ugovorno pravo; 7) uredbu kojom se uspostavlja Europski građanski zakonik. Vrlo je važno da za posljednja dva instrumenta koji bi bili najinvazivniji prema nacionalnoj regulatornoj autonomiji već sama Komisija priznaje da bi oni mogli biti problematični iz perspektive načela supsidijarnosti i proporcionalnosti.

V. ZAKLJUČAK

U području privatnog prava, osobito ugovornog prava, sve je veći broj europskih inicijativa i znanstvenih radova koji raspravljaju o mogućnosti reguliranja tog područja na europskoj razini. Pri toj raspravi treba posebno voditi računa o tome da svaka europska legislativa mora udovoljiti načelima prenesenih ovlasti, supsidijarnosti i proporcionalnosti. Iz gore provedene analize slijedi da postoje određeni nepotpuni pokazatelji da Europska unija ima ovlast reguliranja ugovornog prava, ali takvi pokazatelji još ne postoje za ostala područja privatnog prava. Pritom, čak i pri reguliranju ugovornog prava ne postoji ovlast za harmonizaciju već samo ovlast za usvajanje akata koji bi u manjoj mjeri ograničavali nacionalnu regulatornu autonomiju.

Pri osmišljavanju mjera koje bi trebale postojati na europskoj razini treba imati na umu da se upravo reguliranjem neke materije na nižim razinama čuvaju europska raznolikost i pluralizam, omogućava se građanima da žive u sustavu koji bolje odgovara njihovim potrebama i vrijednostima, a u pravu se olakšava stvaranje i isprobavanje novih regulatornih rješenja u (trenutačno) 27 posebnih regulatornih laboratorija. Tako i u području privatnog ili, konkretnije, ugovornog prava, usprkos preprekama trgovini koji različiti pravni sustavi predstavljaju, ipak postoji vrijednost u postojanju 27 pravnih sustava koji svaki nastoji pronaći najbolje rješenje za neku novu pravnu situaciju te ga testira na svom ograničenom teritoriju.

⁹⁴ *Green paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses* (bilj. 10), str. 7.

Summary

Tamara Perišin *

**DOES THE EUROPEAN UNION HAVE THE COMPETENCE TO
REGULATE PRIVATE (ESPECIALLY CONTRACT) LAW?**

In the field of private law, in particular in contract law, there is an increasing number of initiatives and academic projects which consider the possibility of extensively regulating that area at the European Union level. However, the fact that for adopting EU rules certain substantial and formal conditions relating to the principles of conferred competence, subsidiarity and proportionality must be met is frequently left out of the discussion. While many studies are in progress, the currently available incomplete data suggest that the EU might have a competence to regulate contract law, but there are no such data for other fields of private law. Furthermore, even for regulating contract law, there is currently no competence for harmonisation, but merely for adopting acts which would limit national regulatory autonomy to a lesser extent.

Key words: conferred competences, subsidiarity, proportionality, contract law, private law.

* Tamara Perišin, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Zusammenfassung

Tamara Perišin *

HAT DIE EUROPÄISCHE UNION BEFUGNIS, PRIVATRECHT (INSBESONDERE VERTRAGSRECHT) ZU REGULIEREN?

Im Bereich des Privatrechts, insbesondere Vertragsrechts, gibt es eine immer größere Nummer von Initiativen und wissenschaftlichen Arbeiten, die über die Möglichkeit diskutieren, eine umfängliche Regulierung dieses Gebiets auf Niveau der Europäischen Union. Aber, es wird oft nicht in Betracht genommen, dass, um die europäischen Verordnungen zu machen, es ist nötig, materielle und formelle Voraussetzungen auszufüllen gebunden mit Prinzipien von übertragener Befugnis, Subsidiarität und Proportionalität. Und während viele Studien laufen, zur Zeit erreichbare unvollständige Informationen zeigen, dass die Europäische Union bestimmte Befugnis haben würde, Vertragsrecht zu regulieren, aber solche Indikatoren existieren nicht für andere Bereiche des Privatrechts. Dabei, auch bei Regulierung von Vertragsrechts, zur Zeit gibt es kein Befugnis für Harmonisierung, sondern nur Befugnis für Annahme von Sekundärrecht, das sich in kleinerer Umgang auf nationale regulatorische Autonomie begrenzt wurde.

Schlusswörter: übertragene Befugnis, Subsidiarität, Proportionalität, Vertragsrecht, Privatrecht.

* Dr. Tamara Perišin, Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb