

**FORMULARNI UGOVORI
U ELEKTRONIČKOM OBLIKU**
**(Sklapanje ugovora klikom miša - elektroničkim
očitovanjem volje putem Interneta na web stranici
- *click wrap* i *browse wrap* ugovori)**

Mr. sc. Tin Matić *

UDK 347.74:004.3/4
Pregledni znanstveni rad
Priljeno: veljača 2008.

*Klik mišem na web stranici vrlo je čest oblik očitovanja volje. To je po svojoj pravnoj prirodi znak kojim se izričito i jasno očituje volja za sklapanje ugovora. Klikom miša sklapaju se formularni ugovori u elektroničkom obliku. Dva tipa ugovora koji se sklapaju na taj način su *click wrap* ugovor i *browse wrap* ugovor. Oba su ugovora zapravo podvrste adhezijskih ugovora. *Click wrap* je ugovor koji se sklapa na web stranici elektroničkim putem i u elektroničkom obliku, u kojem kupac, odnosno ponuđeni, prihvaća u potpunosti ponudu ponuditelja uz uvjet da je kupac pregledao (što ne znači da ga je uistinu i pročitao) cjelokupni tekst adhezijskog ugovora. Kod *browse wrap* ugovora od pristupatelja se unaprijed implicitno pretpostavlja da se slaže s uvjetima i odredbama tog ugovora samim time što pretražuje web stranicu na kojoj sklapa ugovor (primarna stranica), bez obzira na to pregledava li i/ili ulazi li na web stranicu koja sadržava spomenute uvjete (sekundarna stranica). Oba tipa ugovora prihvaćena su u cijelom svijetu, a za njihovu se valjanost postavljaju manje-više standardizirani uvjeti, koji se odnose na posebnost elektroničkog oblika odnosno elektroničkog načina sklapanja ugovora.*

*Ključne riječi: formularni ugovori, elektronički oblik, *click wrap* ugovor, *browse wrap* ugovor*

1. UVOD

U današnje vrijeme gotovo nema osobe koja nije pretraživala world wide web, otvorila web stranicu i odlučila, putem Interneta, kupiti proizvod ili uslugu, ili

* Mr. sc. Tin Matić, odvjetnik, Bednjanska 14, Zagreb

pak *downloadati* kompjutorski program. U tom se postupku redovito suočavamo s mnogobrojnim uputama i pozivanjem na pravne propise i uvjete ugovora koje trebamo prihvatiti prilikom kupnje i sklapanja tih ugovora.

Riječ je o tipu ugovora koji se sklapa putem Interneta, opće poznatim kao ugovor sklopljen klikom miša, dakle *click wrap*¹ ugovor, ili ugovor sklopljen pregledavanjem, dakle *browse wrap* ugovor. Premda postoje razlike između tih dvaju oblika ugovora, zajednička im je svrha omogućiti brže i jednostavnije sklapanje ugovora, posebice tzv. potrošačkih ugovora. Tema ovog rada osnovna su pravna pitanja vezana uz te (nove) vrste ugovora.

2. WEB STRANICA²

Web stanica ili *web page* jest dokument na webu u obliku u kojem se pojavljuje na zaslonu korisničkog računala³, a dokument ili isprava odnosno informacija pohranjeni su na računalu internetskog poslužitelja - servera.⁴

U pokušaju pravnog definiranja, web stranica definira se kao dokument (isprava) u elektroničkom obliku⁵ (posebno formatirani) koji je za naručitelja izradio pružatelj tog tipa usluga (provider) i koji je dostupan naručitelju uz korištenje posebnog programa. Taj dokument može biti postavljen (pohranjen) na računalu providera (servera) tako da bude dostupan samo naručitelju ili ograničenom broju naručitelja ili korisnika ili svakom korisniku navedenog programa putem Interneta ili intraneta, ako se koriste točnom adresom dokumenta i izričito zatraže ("klikanjem" miša na za to točno određenom mjestu) predstavljanje sadržaja navedenog dokumenta na zaslonu svojeg računala.

Dakle, putem Interneta ili mreže dolazi se samo do informacije koja je postavljena na www odnosno do dokumenta izrađenog u skladu s gornjim pravilima te se od tamo preuzima (*download*) ili čita. Web stranica nije na Internetu nego se Internetom do nje dolazi, jer se ona i fizički nalazi u obliku

¹ Engleski - glagol, umotati (se), ogrnuti, (se), oviti (se), zaviti (se) - prema: Željko Bujas, Veliki englesko-hrvatski rječnik, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 1999., str. 1025.

² Ovdje je dan sumarni prikaz, vidjeti detaljno u: Tin Matić: Internet - pravni aspekti, Informator, Zagreb, 2006., str. 21-27.

³ Informatički enciklopedijski rječnik englesko-hrvatski, svezak II, urednik Željko Panian, Jutarnji list, Zagreb, 2004., str. 278.

⁴ Vidjeti detaljno u: Tin Matić: Internet - pravni aspekti, Informator, Zagreb, 2006., str. 21-27.

⁵ Definiran u čl. 2. Zakona o elektroničkoj trgovini, Narodne novine RH 173/2003.

elektroničkog zapisa na računalu internetskog poslužitelja - servera, dakle na točno određenom i odredivom mjestu. Pristup tom mjestu elektroničkim putem, dakle kroz internetsku mrežu, moguć je korištenjem adrese web stranice na kojoj se nalazi upisan navedeni dokument.

3. OČITOVANJE VOLJE NA WEB STRANICI - KLIKOM MIŠA

U očitovanje volje ubrajaju se različiti oblici i mogućnosti kojima se izražava unutarnja volja subjekta. Očitovanje volje može biti usmeno, pisano, izraženo znacima i konkludentnim radnjama.⁶

Posjetitelju se na web stranici može omogućiti da očitovanjem volje, koje se sastoji od klikanja mišem na određeno područje, komunicira s programiranim sustavom. U tom se slučaju posjetitelju određene web stranice omogućuje da prilikom "posjeta" web stranici s njezinim vlasnikom sklopi ugovor. Dakle, jedan od kontrahenata "ulazi" na određenu web stranicu, na kojoj postoji ponuda ili poziv za stavljanje ponude za sklapanje ugovora neodređenom broju osoba. Iz sadržaja na web stranici mora biti vidljivo tko stavlja ponudu ili poziv za stavljanje ponude i pod kojim (osnovnim) uvjetima.

U tom slučaju očitovanje volje posjetitelja, koji je potencijalni sukontrahent postavitelju web stranice, u pravilu je svedeno na DA - NE (prihvaćam - ne prihvaćam)⁷, dakle na prihvaćanje u potpunosti ponuđenog ili odbijanje u potpunosti ponuđenog. To očitovanje vezano je uz prethodno pregledavanje (stvarno ili pretpostavljeno) određenog teksta, koji treba predstavljati tekst ugovora između vlasnika i posjetitelja web stranice.

Pri očitovanju volje klikom miša u pravilu nema *e-mail* poruke, dakle, nema pisanog očitovanja volje, ni u tradicionalnom pisanom ni u elektroničkom pisanom obliku. Međutim, na mjestu na kojem se obavlja klik mišem napisana je poruka u pisanom obliku pa bi se moglo postaviti pitanje je li ipak riječ o pisanoj poruci. No, klikom miša upućuje se sadržaj polja na kojem je klikanje izvršeno, ali se na taj način ne šalje i ne prima pisana poruka. Ne radi se o e-mailu ili tekstualnoj poruci, jer nema slanja poruke kroz internetsku mrežu unutar posebnog i za to namijenjenog programa jer onaj koji daje očitovanje ne

⁶ Vidjeti detaljno u: Martin Vedriš i Petar Klarić, *Gradansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 123.

⁷ Engleski: *I Accept - I Decline*.

ispisuje poruku i jer se njezin pošiljatelj već nalazi u računalu servera na kojem je postavljena web stranica, a poruka, koja ima točno određeno značenje, sastoji se samo u kliku mišem kao elektroničkom očitovanju volje unutar računalnog sustava ponuditelja na njegovoj web stranici.

Dakle, postavlja se pitanje zašto ta poruka nije potencijalna pisana elektronička poruka.⁸

Shvaćanje pisanog dokumenta trebalo bi dati svakoj izjavi pohranjenoj na bilo kojem mediju nosaču, sada poznatom ili kasnije razvijenom, iz kojeg se izjava može pročitati ili percipirati, reproducirati i priopćiti drugima bilo izravno ili uz pomoć stroja ili neke naprave.⁹ Tu izjavu nije moguće pročitati bez izrazitog poznavanja jezika računala, jer se ona kod primatelja ne pojavljuje u obliku poznatih slova i humanih komunikacijskih jezika te nije "tangible" u tradicionalnom pisanom obliku i ne može udovoljiti uvjetima pisanosti poruke prema sadašnjim pravnim standardima. No, ne može se očekivati da će jezik računala u dogledno vrijeme postati čitljiv svima. U tom slučaju ova poruka može predstavljati jedino konkludentnu radnju ili znak izvršen elektroničkim napravama elektroničkim putem i nesumnjivo jest očitovanje volje jasnog značenja. Uostalom, osim u konkretnom slučaju unutar elektroničkog medija, očitovanje volje nije moguće poduzeti na neki drugi način koji nije elektronički.¹⁰

Poruka kojom se prihvaćaju svi uvjeti ponuditelja za sklapanje ugovora (prihvat) dostupna je istog časa ponuditelju, jer je ona predana računalu odnosno ponuditelju pa nema razloga da se u tom slučaju ne primijeni čl. 15. hrvatskog Zakona o elektroničkoj trgovini,^{11, 12} što bi značilo da je ugovor

⁸ O problematici elektroničkog oblika i odnosa s tradicionalnom pisanom porukom i tradicionalnim pisanim oblikom vidjeti detaljno u: Tin Matić: Elektronički oblik ugovora i isprava - novi oblik?, Zbornik PFZ, vol. 56, br. 1, str. 165-186.

⁹ Baum, S. Michael i Peritt, H. Henry Jr.: *Electronic Contracting, Publishing and EDI Law*, John Wiley and Sons, Inc. New York itd. 1991., str. 340.

¹⁰ Tako u čl. (6) *Electronic signatures in global and National Commerce Act*, SAD, June 30, 2000., biva usvojeno pravilo po kojem se oralna komunikacija ili (audio) zapis oralne komunikacije neće smatrati elektroničkim zapisom i elektroničkom komunikacijom.

¹¹ Zakon o elektroničkoj trgovini, Narodne novine br. 173 od 31.10.2003.

¹² Taj članak glasi: Trenutak sklapanja ugovora: Članak 15.

(1) Ugovor u elektroničkom obliku sklopljen je onoga trenutka kad ponuditelj primi elektroničku poruku koja sadrži izjavu ponuđenog da prihvaća ponudu.

(2) Ponuda i prihvat, te druga očitovanja volje poduzeta elektroničkim putem, primljena su kada im osoba kojoj su upućena može pristupiti.

sklopljen onog trenutka kada je ponuditelj primio elektroničku poruku prihvata, tj. u samom trenutku kad je učinjen "klik" mišem. S obzirom na to da je riječ o web stranici ponuditelja, on može uvijek i u svakom trenutku pristupiti toj web stranici, pa tako i u času kad je prihvata na njegovoj web stranici učinjen. Naravno, sve to vrijedi pod uvjetom da web stranica predstavlja ponudu, a ne poziv za stavljanje ponude.

U konkretnom slučaju riječ je o ugovoru između prisutnih - jer su obje ugovorne strane *on line*, u neposrednom kontaktu, koji se odvija na web stranici, dakle na jednom mjestu, a očitovanje volje moguće je dati jasno i neposredno. U tom je slučaju očitovanje volje moguće dati samo u elektroničkom obliku, u obliku pisane (elektroničke) poruke ili elektroničkom radnjom klika mišem na određenom području web stranice koje podrazumijeva i zamjenjuje izrazito jasno pisano ili usmeno očitovanje. U ovom slučaju može se izravno primijeniti čl. 293. st. 2. hrvatskog ZOO-a iz kojeg proizlazi da se ponuda učinjena elektroničkim putem smatra ponudom nazočnoj osobi, ako se u konkretnom slučaju može odmah dati protuizjava.

Upitno je predstavlja li klik mišem u teorijskoj postavci konkludentnu radnju ili znak za očitovanje volje.¹³

Znak spada u izravno očitovanje volje, a konkludentna radnja u neizravno očitovanje. Naime, iz konkludentne se radnje sa sigurnošću zaključuje posrednim putem o postojanju volje. Klik miša izravno je dano očitovanje volje iz kojeg ne treba zaključivati o volji onog koji je daje, već je izraz volje pružen izravno i jasno. Dosljedno tome, klik mišem ubrajao bi se u izravno očitovanje volje kao znak. Dakle, klik mišem na određenom dijelu web stranice koji ima određeni sadržaj i upućuje određenu poruku vlasniku web stranice prema unaprijed predviđenoj programskoj strukturi web stranice izravan je znak očitovanja volje koji je općeprihvaćen i razumljiv u elektroničkom mediju web stranice, ali koji znak može dati očitovanje volje koje samo u cijelosti prihvaća ili u cijelosti odbija ponudeno.

(3) Kod potrošačkih ugovora nije dopušteno isključiti primjenu odredbe stavka 2. ovoga članka.

¹³ Vidjeti detaljno u: Martin Vedriš i Petar Klarić, *Gradansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str.123.

4. FORMULARNI UGOVORI SKLOPLJENI NA WEB STRANICI ON LINE - VRSTE

Slijedom navedenog izgleda da takvi ugovori prate način sklapanja koji je identičan načinu sklapanja formularnih ugovora, u pravilu adhezijskih, a u mnogo manjoj mjeri tipskih ili onih koji se vežu uz opće uvjete poslovanja¹⁴ iz pravne teorije i prakse prije pojave elektroničkog načina komuniciranja putem računala. Formularnim se ugovorima smatraju unaprijed pismeno formulirani obrasci po kojima se sklapa neodređen broj individualnih ugovora. U formularne ugovore ubrajaju se opći uvjeti poslovanja, tipski ugovori i adhezijski ugovori.¹⁵

Ti su ugovori u pravilu potrošačkog karaktera pa se pri ocjenjivanju uvjeta njihove valjanosti nastoji zaštititi slabiju stranu - potrošača. U skladu s navedenim nema razloga da se i pri ocjeni valjanosti ili ništetnosti pojedinih odredbi ugovora tih vrsta ne primijeni, *mutatis mutandis*, odredba čl. 296. hrvatskog ZOO-a koja regulira ništetnost pojedinih odredbi općih uvjeta.¹⁶ Ta odredba ZOO-a uostalom sačinjena je pod utjecajem Direktive Vijeća EU 93/13/EZ od 5.4.1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima.¹⁷

¹⁴ Vidjeti detaljno u: Aleksandar Goldštajn, *Trgovačko ugovorno pravo, međunarodno i komparativno*, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 108 i dalje.

¹⁵ Tako Aleksandar Goldštajn, u: *Trgovačko ugovorno pravo, međunarodno i komparativno*, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 108.

¹⁶ **Ništetnost pojedinih odredaba**

Članak 296.

(1) Ništetne su odredbe općih uvjeta ugovora koje, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzroče očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja sastavljača ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako su opći uvjeti koji ih sadrže odobreni od nadležnog tijela.

(2) Prilikom ocjene ništetnosti određene odredbe općih uvjeta ugovora uzimaju se u obzir sve okolnosti prije i u vrijeme sklapanja ugovora, pravna narav ugovora, vrsta robe ili usluge koja je objekt činidbe, ostale odredbe ugovora kao i odredbe drugog ugovora s kojim je ta odredba općih uvjeta ugovora povezana.

(3) Odredba stavka 1. ovoga članka ne primjenjuje se na one odredbe općih uvjeta ugovora čiji je sadržaj preuzet iz važećih propisa ili se prije sklapanja ugovora o njima pojedinačno pregovaralo, a druga je strana pritom mogla utjecati na njihov sadržaj te na odredbe o predmetu i cijeni ugovora ako su jasne, razumljive i lako uočljive.

¹⁷ Tako Ivica Crnić, u: *Zakon o obveznim odnosima*, Organizator, Zagreb, 2005., str. 99.

U opisanoj situaciji sklapanja ugovora na web stranici riječ je o novom načinu sklapanja ugovora putem Interneta poznatim u pravnoj praksi kao ugovor sklopljen klikom miša, u engleskoj pravnoj terminologiji *click wrap* ugovor, ili ugovor sklopljen pregledavanjem, dakle *browse wrap* ugovor.¹⁸

Valja naglasiti da u okvirima pojednostavnjenja tehnike trgovine formularni ugovori predstavljaju standardizirani oblik ugovora bilo da su adhezijski (dakle u cijelosti podređeni principu *take it or leave it*)¹⁹ ili tipski (gdje model ugovora predstavlja predložak ugovora prema kojem se dogovaraju uvjeti ugovora.)²⁰. No, nedvojbeno se u tim slučajevima radi o formularnom ugovoru²¹, koji se pojavljuje u obliku elektroničkog zapisa²².

Osnovno svojstvo *click wrap* i *browse wrap* ugovora sklopljenih između dviju ili više stranaka jest da se uvjeti i odredbe ugovora, kao i suglasnost s njima, priopćuju elektroničkim putem korištenjem Interneta.²³ Jedna strana, u pravilu ponuditelj, stavlja uvjete za sklapanje ugovora na web stranicu do koje Internetom dolazi potencijalni prihvatitelj ponude, koji putem Interneta na zaslonu svojeg računala može pročitati te uvjete i prihvatiti ih ili ne odgovarajućim očitovanjem volje.

Click wrap i *browse wrap* kao pojmovi elektroničkog poslovanja i prava elektroničke trgovine nastali su iz prethodnice tzv. *shrink wrapa*, odnosno "skraćenog" načina sklapanja ugovora.

¹⁸ Tako John S. Chip Rainey, u: *Online Contract Formation*, Oceana Publications; Inc., New York, 2004., str. 325.

¹⁹ Tako Aleksandar Goldštajn: *Trgovačko ugovorno pravo, međunarodno i komparativno*, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 114.

²⁰ Tako Aleksandar Goldštajn: *Trgovačko ugovorno pravo, međunarodno i komparativno*, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 114.

²¹ Vidjeti detaljnije u: Aleksandar Goldštajn, *Trgovačko ugovorno pravo, međunarodno i komparativno*, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 108-115.

²² O elektroničkom obliku i zapisu vidjeti detaljno u: Tin Matić, *Elektronički oblik ugovora i isprava - novi oblik?*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 1, str. 165-185.

²³ Za pravno određenje Interneta vidjeti u: Tin Matić, *Internet - pravni aspekti*, Informator br. 5195, godina VIII, 20.1.2006., str. 21-27., te tamo navedenu literaturu.

A. *Shrink wrap* ugovor

Ovaj se formularni ugovor počeo primjenjivati u praksi naročito za računalne igre i za softver, ali i za ostale proizvode koji se prodaju i predstavljaju kupcu unutar zatvorenog pakovanja te se kupac sa svim uvjetima ugovora o prodaji može upoznati tek nakon što je proizvod kupio i fizički ga odmotao - *unwrap*.

Moglo bi se zaključiti da je riječ o formularnom ugovoru²⁴ posebnog tipa, u kojem je kupcu prije sklapanja ugovora poznat samo dio standardiziranih ugovornih uvjeta. Ostali uvjeti kao i sam kupljeni proizvod kupcu postaju poznati tek nakon kupnje proizvoda i sklapanja ugovora o kupoprodaji. U takvim se situacijama opravdano postavilo pitanje je li moguće sklopiti ugovor kada kupac odnosno prihvatitelj ponude nije u mogućnosti saznati sve uvjete ugovora, niti u cijelosti percipirati predmet ugovora. Ipak, mora se naglasiti da je taj tip ugovora opravdan samo u slučaju kad je nemoguće na razmjerno mali paket ili omot proizvoda otisnuti potpuni sadržaj ugovora, koji bi kod kupnje proizvoda mogli sklopiti kupac i prodavatelj, što je posebno slučaj kod prodaje *softvera*. U suprotnom slučaju moglo bi se raditi o pokušaju skrivanja određenih bitnih elemenata predmeta ugovora od potencijalnog kupca, što nikako ne bi smjelo uživati pravnu zaštitu. Američka pravna praksa pružila je zaštitu *shrink wrap* ugovorima, navodeći između ostalog da se zaštita pruža ako su uvjeti kupnje proizvoda koji su skriveni ili "neodmotani" razumno postavljeni u odnosu prema kupcu.²⁵

Očigledno je da se na taj način zapravo sklapa ugovor pod djelomično nepoznatim uvjetima i u pogledu djelomično nepoznatog sadržaja predmeta ugovora, ali sadržaj je u svakom svom dijelu, kako onom poznatom tako i onom nepoznatom prije sklapanja ugovora, potpuno standardiziran, dakle u potpunosti je

²⁴ Formularni ugovor definira se kao pismeno formulirani obrazac po kojem poduzeće sklapa neodređen broj individualnih ugovora - Aleksandar Goldštajn, Trgovačko ugovorno pravo, međunarodno i komparativno, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 108.

²⁵ Tako u slučaju *Pro CD, Inc., V. Zeidenberg*, prikazanom u knjizi: N. Stephen Kinsella, Andrew F. Simpson, general editors, *Online contract formation*, Oceana Publications Inc., New York, 2004., str. 327. "Under the 7th Circuit's analysis, Zeidenberg was the offeror, and had proposed a contract that the buyer would accept by using the software after having an opportunity to read the license. When Zeidenberg used the software he accepted, creating a contract including the terms of the shrink-wrap agreement."

adhezijske prirode. Takvi ugovori dnevno se sklapaju u velikom broju i u našoj praksi nisu izazivali nedoumice, to više što do sada nisu niti prepoznati kao poseban tip ugovora, iako to nedvojbeno jesu. Ti ugovori podsjećaju na one koji se sklapaju na temelju općih uvjeta prodavateljeva poslovanja za koje se mogu pretpostaviti (i pretpostavljaju se) da su kupcu poznati (npr. prijevoznika i sl.), iako stvarno kupcu, u pravilu, nisu poznati. No, za pružanje pravne zaštite takvom bi tipu ugovora nesumnjivo bilo nužno da je na kutiji otisnut tekst koji upozorava potencijalnog kupca da se proizvod kupuje i pod uvjetima koji su navedeni i specificirani na samom proizvodu koji se nalazi unutar kutije.²⁶ Jedino tako kupac može znati da postoje dodatni uvjeti kupnje. Očito je da kupac ne može utjecati na sadržaj bilo kojeg uvjeta ugovora, bilo onog vidljivog ili nevidljivog, te je po tome ovaj tip ugovora identičan adhezijskom. Razlika od tradicionalnog adhezijskog ugovora jest pojavnost ostalih uvjeta tek kad se otvori kutija i najčešće tek kad se oni pročitaju u elektroničkom obliku s medija nosača podataka, koji sadržava kupljeni proizvod ili se nalaze na posebnom papiru unutar kutije.

Shrink wrap ugovor kao formularni ugovor može se javiti u više pojavnih oblika, odnosno više nosača sadržaja tog ugovora. Moguće je da takav ugovor bude samo u tradicionalnom pisanom obliku (na papiru na kutiji i na papiru unutar kutije) ili u kombinaciji tradicionalnog pisanog oblika i elektroničkog oblika: na tradicionalnom papirnom u onom dijelu koji je otisnut na kutiji i u elektroničkom obliku kao elektronički zapis na mediju nosaču - u pravilu CD-u, koji se može čitati samo kao elektronički zapis na proizvodu odnosno predmetu kupoprodaje - u pravilu nekom programskom CD-u.

²⁶ U pravilu natpis na kutiji proizvoda sadržava ovaj tekst: "The software inside this box is sealed inside a separate envelope. Please read this license carefully before opening that envelope or using the software. By opening that envelope, you are presumed to have used the software, and by using the software, you are agreeing to be bound by the terms of this licenses. This license contains an obligation for you to arbitrate any disputes you have with If you do not agree to the terms of this licenses, promptly return the unused and unopened software to the place where you obtained it with your receipt and your money will be refunded, if you purchased the software within the last 30 days. If you purchased the software more than thirty days ago, but you have not opened the sealed envelope, you may still return the software and receive a credit against the purchase of other software from ..." Citirano prema: *Shrink wrap license (ugovor)* - prema: John S. Chip Rainey, u: *Online Contract Formation*, Oceana Publications; Inc., New York, 2004., str. 413.

No, taj oblik naoko odstupa od dosada poznatih tradicionalnih oblika formularnih ugovora, jer ga se ne može podvesti ni pod tradicionalni adhezijski ugovor (budući da svi sastojci ugovora nisu poznati) ni pod formularni ugovor koji se koristi općim uvjetima poslovanja (za koje se na neki način mora pretpostavljati da su poznati kupcu). No, nesumnjivo je riječ o ugovoru potpuno standardiziranog sadržaja.

Ipak, ako se razmotri sadržaj odredbe čl. 296. hrvatskog ZOO-a, koji uvjetuje primjenjivost određenih odredbi općih uvjeta time da su objavljene na odgovarajući način, zasigurno bi se moglo prihvatiti mišljenje da je u konkretnom slučaju riječ ipak o općim uvjetima ugovora, s time da oni sadržavaju klauzulu da je određeni dio tih uvjeta naveden i dostupan tek nakon “odmatanja” proizvoda. Na taj način nesumnjivo bi se takvom tipu ugovora pružila potrebna pravna zaštita, a jasno bi bilo da se na taj ugovor primjenjuju odredbe koje se odnose na opće uvjete ugovora iz ZOO-a kao sredstvo zaštite potrošača. U suprotnom bi se slučaju moglo govoriti o tome da, s obzirom na to da dio tih uvjeta nije objavljen, on i ne može biti primijenjen, čime bi se samo stvorila još veća nesigurnost u pravnom prometu s obzirom na vrlo velik broj takvih ugovora koji se dnevno sklapa.

Neovisno o tome kako nazivali ovaj tip ugovora, sa stajališta hrvatskog Zakona o obveznim odnosima opći uvjeti tog ugovora predstavljaju opće uvjete ugovora koje regulira ZOO i koji tim uvjetima moraju udovoljiti. Stoga, bez obzira na pozitivnopravnu nepoznatost tog oblika ugovora, on podliježe pravilima koja se odnose na opće uvjete ugovora kako je naprijed navedeno. To stoga što su odredbe “neodmotanog dijela” tog ugovora po svojoj pravnoj prirodi ono što definira u čl. 295. st. 1. hrvatski ZOO - opći uvjeti ugovora.

Dakle, ovaj formularni ugovor mogao bi se odrediti kao podvrsta adhezijskog ugovora koji u pravilu ima dvojaku pojavnu formu - onu tradicionalnog pisanog zapisa i elektroničkog zapisa, ili se nalazi u tradicionalnom pisanom obliku, kod kojeg kupac saznaje prilikom sklopanja ugovora samo dio uvjeta pod kojima je ugovor sklopljen u trenutku sklopanja ugovora, a ostali dio tek nakon što se ugovor sklopi i predmet ugovora “pročita” u elektroničkom obliku odnosno tradicionalnom pisanom obliku. Dakle, dvojakost forme nije nužna. Moguće je da unutrašnji, “zamotani” dio uvjeta također bude u tradicionalnom pisanom obliku bez obzira na sadržaj predmeta kupoprodaje. Pružanje pravne zaštite tim ugovorima mora voditi računa o dopustivosti i sadržaju klauzula “skrivenog” dijela ugovora kako bi se zaštitila slabija ugovaračka strana. U skla-

du s navedenim, kod tih ugovora tumačenje odredbi čl. 295. i 296. Zakona o obveznim odnosima²⁷ trebalo bi biti još strože i u prilog potrošača odnosno pristupatelja ugovoru.

B. *Click wrap* ugovori

Click wrap ugovori sadržavaju uvjete i potencijalne odredbe ugovora na web stranici i traže od potencijalnog sukontrahtenta da putem tipke, linka ili kakvog drugog medija iskaže suglasnost s uvjetima i odredbama ugovora prije negoli nastavi s daljnjim radnjama. *Click wrap* ugovori u svojem punom tekstu prikazani su u *scroll* prozoru ili u okviru web stranice.

27

VII. OPĆI UVJETI UGOVORA

Pojam i obvezatnost

Članak 295.

- (1) Opći uvjeti ugovora su ugovorne odredbe sastavljene za veći broj ugovora koje jedna ugovorna strana (sastavljač) prije ili u trenutku sklapanja ugovora predlaže drugoj ugovornoj strani, bilo da su sadržani u formularnom (tipskom) ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva.
- (2) Opći uvjeti ugovora dopunjuju posebne pogodbe utvrđene među ugovarateljima u istom ugovoru, i u pravilu obvezuju kao i ove.
- (3) U slučaju neslaganja općih uvjeta i posebnih pogodbi, vrijede ove posljednje.
- (4) Opći uvjeti ugovora moraju se objaviti na uobičajeni način.
- (5) Opći uvjeti obvezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora.

Ništetnost pojedinih odredaba

Članak 296.

- (1) Ništetne su odredbe općih uvjeta ugovora koje, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzroče očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja sastavljača ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako su opći uvjeti koji ih sadrže odobreni od nadležnog tijela.
- (2) Prilikom ocjene ništetnosti određene odredbe općih uvjeta ugovora uzimaju se u obzir sve okolnosti prije i u vrijeme sklapanja ugovora, pravna narav ugovora, vrsta robe ili usluge koja je objekt činidbe, ostale odredbe ugovora kao i odredbe drugog ugovora s kojim je ta odredba općih uvjeta ugovora povezana.
- (3) Odredba stavka 1. ovoga članka ne primjenjuje se na one odredbe općih uvjeta ugovora čiji je sadržaj preuzet iz važećih propisa ili se prije sklapanja ugovora o njima pojedinačno pregovaralo, a druga je strana pritom mogla utjecati na njihov sadržaj te na odredbe o predmetu i cijeni ugovora ako su jasne, razumljive i lako uočljive.

Sadržaj tog ugovora potencijalni kontrahtent potpuno može otkriti na web stranici. U pravilu je moguće dati očitovanje volje samo ako je pregledan cijeli sadržaj ugovora koji se nalazi na web stranici. Očitovanje volje odnosno pristanak na ugovor takvog sadržaja očituje se putem tipke ili linka (tj. hyper-link) s natpisom “slažem se”, ili “da” koji se u pravilu grafički nalazi u blizini teksta *click wrap* ugovora, a kojem prethodi pitanje prihvaćaju li se svi navedeni uvjeti ugovora.

Ti se ugovori nazivaju i *click through* ili *click* ugovorima. Takav tip ugovora počeo se koristiti kada su prodavatelji *softver* počeli prodavati Internetom putem *downloada*. U načelu taj tip ugovora nije donio ništa bitno novo, osim načina upoznavanja stranaka sa sadržajem ugovora. Riječ je o posebnoj podvrsti adhezijskog ugovora koji se skapa na web stranici elektroničkim putem i u elektroničkom obliku, u kojem kupac - pristupatelj u ugovoru prihvaća u potpunosti ponudu ponuditelja uz uvjet da je kupac pregledao (što ne znači da ga je uistinu i pročitao) cjelokupni tekst tog adhezijskog ugovora.

Napominje se, s obzirom na to da u pravilu web stranica s predloženim tekstom ugovora predstavlja poziv na stavljanje ponude, ponuditelj za sklapanje ugovora takvog sadržaja zapravo postaje potrošač odnosno pristupatelj ugovoru (jer on daje ponudu), a ponuđeni vlasnik web stranice (jer on daje prihvata). Kako bi se izbjegla nedoumica o određenju tko u odnosu biva ponuđeni odnosno ponuditelj, potrošača je najuputnije odrediti kao pristupatelja ugovoru bez obzira na to u kojem svojstvu nastupa, jer on zapravo pristupa odnosno prihvaća sve uvjete formularnog ugovora koje je unaprijed postavio vlasnik web stranice. U tom kontekstu u ovom se radu koristi i termin pristupatelj ugovoru.

Riječ je dakle o formularnom adhezijskom ugovoru koji se sklapa na web stranici, a očitovanje volje za sklapanje ugovora dano je elektroničkim putem znakom koji izričito izražava volju onog koji pristupa tom ugovoru.²⁸

Click wrap ugovori prihvaćeni su bez dvojbi u cijelom svijetu, a za njihovu valjanost postavljaju se manje više standardizirani uvjeti, koji se odnose na posebnost elektroničkog oblika odnosno elektroničkog načina sklapanja ugovora. To su sljedeći uvjeti:

1. Tekst ugovora koji se sklapa *on line* mora biti prikazan korisniku ili pristupatelju.
2. Potencijalni pristupatelj ugovoru ne može kliknuti na “*I accept*” prije negoli mu je pružena prilika da pregleda cijeli ugovor.

²⁸ Tako Online Contract Formation, Oceana Publication, New York, str. 329.

3. Veličina slova ugovora mora biti prihvatljiva.
4. Svi bitni uvjeti ugovora moraju biti vidljivi i potpuni i bez *hyperlinkova*²⁹ da bi se pristupilo dodatnim uvjetima ugovora.
5. Pristupatelj mora biti u mogućnosti pročitati cijeli ugovor i mora imati mogućnost pregledati ga u cijelosti kao i vidjeti i pregledati sve uvjete ugovora.
6. Jezični izričaj svih uvjeta i napomena vezanih uz ugovor mora biti razumljiv i jasan pristupatelju.
7. *Accept/Decline* dugmad moraju biti na kraju ugovora.
8. Dugmad za izricanje očitovanja volje moraju jasno izražavati *Accept* i *Decline*
9. Pristupatelj mora prihvatiti ugovor klikanjem na dugme *Accept* prije negoli mu je moguće pristupiti predmetu ugovora ili usluzi.
10. Pristupateljevo klikanje dugmeta *Decline* mora odmah onemogućiti pristupatelju pristup potencijalnom predmetu ugovora ili usluzi.
11. Pristupatelj mora primiti *on line* konfirmacijsku poruku ili stranicu potvrde svoje narudžbe ili prihvata i mora moći ispraviti pogreške u svojoj narudžbi ili prihvatu prije negoli klikne dugme *Accept* ili *Decline*.
12. Elektronički zapisi koje sastavlja provider koji i održava web stranicu, na kojoj se pristupa ugovoru, mora sadržavati: A) postupak u kojem je pristupatelj izrazio svoj pristanak, B) verziju ugovora koja se primjenjuje i vrijeme nastanka transakcije, C) pristupateljeve identifikacijske podatke, D) njegov elektronički pristanak i E) potpuni tekst svake verzije.
13. Prije dugmadi *Accept* i *Decline* mora biti tekst³⁰ koji će na odgovarajući način upozoravati potencijalnog pristupatelja na posljedice njegova postupka.³¹

Ako se razmotri čl. 295. st. 1. ZOO-a, može se zaključiti da taj ugovor odnosno da njegovi opći uvjeti udovoljavaju svim kriterijima te ih se može smatrati

²⁹ Dio unutar elektroničkog dokumenta koji ga povezuje s drugim mjestom unutar istog dokumenta ili s potpuno drugim dokumentom - vidjeti Informatički enciklopedijski rječnik, Jutarnji list, Zagreb, str. 260.

³⁰ U pravilu taj tekst glasi: "Please do read the terms and conditions of this agreement carefully. By clicking on the 'Accept' button, below, you accept the terms and conditions of this agreement when you click the 'Accept' button. If you do not accept all these terms, click on the 'Decline' button and the end of this agreement. If you click on the 'Decline' button, you will have no access to product of service."

³¹ Vidjeti u: Vicente B. Amador (Filipini), u knjizi: Online Contract Formation, Oceana Publications; Inc., New York, 2004., str. 421-422.

općim uvjetima ugovora. Posebno valja napomenuti da se njihovo navođenje i situiranje na web stranici treba smatrati objavom izvršenom na odgovarajući način u skladu sa st. 4. čl. 295. ZOO-a.

Jednako tako, neovisno o tome kako nazivali taj tip ugovora sa stajališta hrvatskog Zakona o obveznim odnosima, opći uvjeti tog ugovora predstavljaju opće uvjete ugovora koje regulira ZOO u čl. 295. st. 1. i koji tim uvjetima moraju udovoljiti. Stoga, bez obzira na pozitivnopravnu nepoznatost tog oblika ugovora, on podliježe pravilima koja se odnose na opće uvjete ugovora, kako je naprijed navedeno. To u punoj mjeri važi i za *browse wrap* ugovore.

C. *Browse wrap* ugovori

Za razliku od *click wrap* ugovora, *browse wrap* ugovori sadržavaju link ili tipku ili kakav drugi medij unutar web stranice kojim se potencijalnog pristupajućeg sukontrahenta upućuje da cjelokupni sadržaj ugovora, koji bi trebali sklopiti, pronađu na drugom mjestu odnosno na drugoj web adresi. Dakle, sadržaj *browse wrap* ugovora u pretežitom je dijelu prikazan na drugoj web stranici ili na udaljenoj lokaciji od prvobitne web stranice (npr. pri dnu dugaačke web stranice) na kojoj je potrebno izvršiti očitovanje volje za sklapanjem ugovora. Uobičajeni tekst kod tih ugovora jest - “ova prodaja regulirana je ugovorom dostupnim ovim linkom. Klikom ovog dugmeta pristajete na uvjete ugovora.”³² Dakle, uobičajena je praksa da se pristaje na te uvjete već samim pregledavanjem web stranice bez potrebe bilo kakvog izričitog i izravnog očitovanja prihvaćanja uvjeta, osim samog pregledavanja web stranice.³³ Dakle, očitovanje u smislu prihvaćanja sadržaja (općeg dijela) ugovora na sekundarnoj web stranici daje se već samim pregledavanjem (*browsing*) primarne web stranice na kojoj se sklapa ugovor.

³² Citirano prema: Online Contract Formation, Oceana Publications, Inc., New York, 2004., str. 330.

³³ Tako Gil Zvulony u članku: Are Browse Wrap (Terms of Us) Agreements Binding?: web-site owner with a browse wrap agreement on his or her site would be well advised either to add and “I accept” button (making it direct, or “Click wrap” agreement), or to add a provision to the Terms of Use saying that by using the site, the reader is assenting to these terms. Either of these can be used to demonstrate acceptance. www.zvulony.com/browse_wrap.html

Međutim, kod tog tipa ugovora u pravilu nije potrebno pročitati uvjete i odredbe ili se s njima složiti prije negoli se može očitovati volja za sklapanjem ugovora, dakle drugačije nego kod *click wrap* ugovora. No, u svakom slučaju sadržaj ugovora prezentiran na web stranici s koje se upućuje na drugu web stranicu, koja sadržava konačni tekst ugovora, mora imati dovoljno elemenata kako bi ugovor mogao nastati, tj. mora sadržavati najmanje bitne sastojke ugovora, klauzulu o upućivanju na ostale uvjete i potpuni tekst ugovora na drugoj web stranici, na koje su strane pristale.

Kod tog tipa ugovora od pristupatelja se unaprijed implicitno pretpostavlja da se slaže s uvjetima i odredbama *browse wrap* ugovora samim time što pretražuje web stranicu na kojoj sklapa ugovor (primarna stranica), bez obzira na to pregledava li i/ili ulazi li na web stranicu koja sadržava spomenute uvjete (sekundarna stranica).³⁴ (Vidjeti npr. Dellove uvjete korištenja kao primjer *browse wrap* ugovora.³⁵) *Browse wrap* ugovori nazivaju se i *web-wrap* ugovorima. Taj tip formularnog ugovora po svojim svojstvima bliži je *shrink-wrap* ugovoru negoli *click wrap* ugovoru.

Ovaj tip formularnog ugovora vrlo je sličan primjeni općih uvjeta poslovanja kako je već uvedno rečeno te njihovoj inkorporaciji u tekst samog ugovora. Naime, dio ugovora koji je “dislociran” od stranice na kojoj se sklapa ugovor zapravo sadržava opće uvjete, okvir za pojedinačni ugovor koji se sklapa na primarnoj stranici. Stoga se čini da bi i pravila u pogledu primjene općih uvjeta poslovanja odnosno njihovo inkorporiranje u sam tekst ugovora bila primjenjiva i u ovom slučaju. Naime, hrvatski ZOO³⁶ u čl. 295. st. 4. i 5. traži da opći uvjeti moraju biti objavljeni na uobičajeni način kao i da obvezuju ugovornu stranu (koja im pristupa) samo ako su joj bili poznati ili su joj morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora. U konkretnoj situaciji pozicioniranje (općih) uvjeta ugovora na drugoj web stranici trebalo bi smatrati izvršenom objavom na od-

³⁴ Tako Gil Zvulony u članku: Are Browse Wrap (Terms of Us) Agreements Binding?: “These agreements set out the terms and conditions to which the user must agree in exchange for using the site”. - www.zvulony.com./browse_wrap.html

³⁵ The following are terms of a legal agreement between you and Dell Inc (“Dell”). By accessing, browsing and/or using this site (“Site”), you acknowledge that you have read, understood, and agree, to be bound by these terms and to comply with all applicable laws and regulations, including U.S. export and re-export control laws and regulations. If you do not agree to these terms, do not use this Site.

³⁶ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/2005.

govarajući način,³⁷ a mogućnosti uvida u uvjete na toj web stranici opravdava zaključak da su oni morali biti poznati drugoj strani, s obzirom na to da njima može pristupiti u svakom trenutku jer je upozorena gdje se ti uvjeti nalaze.

Dakle, ovakav tip formularnog adhezijskog ugovora sklapa se na web stranici elektroničkim putem u elektroničkom obliku i ne traži se izričiti i jasni pristanak i pozitivno očitovanje volje u pogledu (općeg, okvirnog) dijela sadržaja, koji ugovor treba imati, kako je to kod *click wrap* ugovora. U *browse wrap* ugovoru pretpostavlja se da je volja za prihvaćanjem tog dijela ugovora izražena na temelju pregledavanja web stranice, na kojoj se sklapa (pojedinačni) ugovor, koji uvijek sadržava i opće ili okvirne uvjete (koji su negdje drugdje dostupni pristupatelju). U pogledu posebnog dijela sadržaja, npr. određenje predmeta ugovora, važi sve što važi i za *click wrap* ugovor, očitovanje volje dano je pozitivnom radnjom klikom miša na određeno područje web stranice na kojoj se sklapa (pojedinačni) ugovor.

Zbog navedenog problematičnom se pokazala valjanost takvih ugovora, odnosno inkorporacija općih klauzula u tekst (pojedinačnog) ugovora. Američka doktrina i praksa pruža pravnu zaštitu tim ugovorima, a izgleda da je općeprihvaćeno stajalište da se za valjanost tih ugovora moraju ispuniti uvjeti slični kao i za *click wrap* ugovor. Naravno, određeni dio može biti izmijenjen, ali samo s obzirom na prirodu tog ugovora. Takvo postupanje nužno je ponajprije radi zaštite potrošača i osiguranja ekvipariranosti položaja obiju ugovornih strana.

Click browse mogli bi biti prihvaćeni samo ako bi se za njih prihvatili uvjeti slični onima koji važe za *click wrap* ugovore, čime se nastoji zaštititi potrošača. Na taj se način *click browse* ugovori približavaju *click wrap* ugovorima. To bi bili sljedeći uvjeti:

1. Potpuni tekst ugovora koji se sklapa *on line* mora biti dostupan i na zahtjev prikazan korisniku ili pristupatelju prije sklapanja ugovora.
2. Potencijalni pristupatelj ugovoru može kliknuti na *I accept* prije negoli mu je pružena prilika da pregleda cijeli ugovor, ali samo ako mu je cjelokupni sadržaj ugovora dostupan prije negoli klikne na *I accept*.

³⁷ S obzirom na to da se ugovor sklapa *on line* u elektroničkom obliku, a web stranica se najprije u skladu sa Zakonom o medijima (NN 59/2004) i Zakonom o elektroničkim medijima (NN 122/2003) treba smatrati elektroničkom publikacijom - vidjeti detaljno u: Tin Matić, Internet - pravni aspekti (medijsko pravo), Informator, br. 5195, Zagreb, 2006., str. 26 i 27.

3. Veličina slova ugovora mora biti prihvatljiva.
4. Svi bitni uvjeti ugovora moraju biti vidljivi i potpuni i bez daljnjih ili dodatnih *hyperlinkova* kako bi se pristupilo dodatnim uvjetima ugovora najmanje na sekundarnoj web stranici, ne smije biti daljnjeg "preupućivanja".
5. Pristupatelj mora biti u mogućnosti pročitati cijeli ugovor i mora imati mogućnost pregledati ga u cijelosti kao i vidjeti i pregledati sve uvjete ugovora.
6. Jezični izričaj svih uvjeta i napomena vezanih uz ugovor mora biti razumljiv i jasan pristupatelju
7. *Accept/Decline* dugmad moraju biti na kraju web stranice na kojoj se ugovor sklapa, odnosno moraju biti tehnički postavljeni nakon što pristupatelj bude u mogućnosti pregledati cjelokupni tekst ugovora bez obzira na kojoj se web stranici nalazi.
8. Dugmad za izricanje očitovanja volje mora jasno izražavati *Accept* i *Decline*.
9. Pristupatelj mora prihvatiti ugovor klikanjem na dugme *Accept* prije negoli mu je moguće pristupiti predmetu ugovora ili usluzi.
10. Pristupateljevo klikanje dugmeta *Decline* mora odmah onemogućiti pristupatelju pristup potencijalnom predmetu ugovora ili usluzi.
11. Pristupatelj mora primiti *on line* konfirmacijsku poruku ili stranicu potvrde svoje narudžbe ili prihvata i mora moći ispraviti pogreške u svojoj narudžbi ili prihvatu prije negoli klikne dugme *Accept* ili *Decline*.³⁸
12. Elektronički zapisi koje sastavlja provider koji i održava web stranicu, na kojoj se pristupa ugovoru, mora sadržavati: A) postupak ili proceduru u kojoj je pristupatelj izrazio svoj pristanak, B) verziju ugovora koja se primjenjuje i vrijeme nastanka transakcije, C) pristupateljeve identifikacijske podatke, D) njegov elektronički pristanak i E) potpuni tekst svake verzije.
13. Prije dugmadi *Accept* i *Decline* mora biti tekst koji će na odgovarajući način upozoravati potencijalnog pristupatelja na posljedice njegova postupka.

³⁸ Tu obvezu nameće Zakon o elektroničkoj trgovini, čl. 14., kao i Direktiva o elektroničkoj trgovini u čl. 11.

5. POTVRDA SKLAPANJA UGOVORA

Nedvojbeno se odredba čl. 14. st. 1. Zakona o elektroničkoj trgovini³⁹ odnosi upravo na ovu situaciju, odnosno na *click wrap* i *browse wrap* ugovore, jer se ne primjenjuje na ugovore sklopljene putem *elektroničke* pošte ili njoj izjednačene oblike individualne komunikacije.

Postavlja se pitanje u kakvom obliku mora biti ta poruka. Je li to e-mail poruka ili elektronička poruka slična elektroničkoj konkludentnoj poruci odnosno elektronički danom znaku kao očitovanju volje? Zakon ne daje definirani odgovor. Ipak, ako su ponuđeni i prihvatitelj dali e-mail adresu, tada smatram da bi se ova odredba trebala tumačiti tako da je ponuditelj obavezan uputiti e-mail poruku na danu mu adresu. Međutim, Zakon ne spominje obvezu ponuđenog odnosno ponuditelja (zapravo pristupatelja) da pruži e-mail adresu suprotnoj ugovornoj strani. Kakva god ta poruka bila, mora biti poslana s računala ponuditelja odnosno pozivatelja na stavljanje ponude na računalo pristupatelja i mora biti čitljiva u tradicionalnom jezičnom i pismovnom obliku na zaslonu računala pristupatelja te podobna za pohranu na njegovu računalo, ali i za ispis u tradicionalnom pisanom obliku.

Nema sumnje da je takva odredba stavljena u Zakon radi zaštite potrošača, jer je za te oblike ugovora odredba kogentna. No, Zakon ne kaže da će u slučaju da ponuditelj usluge elektroničkog društva ne pošalje tu poruku ugovor biti ništav ili da neće nastati odnosno da će biti pobojan. U čl. 23. Zakona, koji sadržava kaznene odredbe, nije čak niti predviđena kazna za slučaj da on tako ne postupi. Naravno, postavlja se pitanje sankcije za povredu takve obveze prodavatelja prema pristupatelju. Moguća sankcija bila bi ništetnost ili pobojnost ugovora ili pak samo neki oblik sankcioniranja takvog protuzakonitog postupanja.

39

Ovaj članak glasi:
POTVRDA PRIMITKA

Članak 14.

- (1) Davatelj usluga informacijskog društva mora bez odgode elektroničkim putem, posebnom elektroničkom porukom, potvrditi primitak elektroničke poruke koja sadrži ponudu ili prihvata ponude za sklapanje ugovora.
- (2) Ugovorne strane koje nisu potrošači u međusobnim ugovornim odnosima mogu izričito ugovoriti odstupanje od odredbe stavka 1. ovoga članka.
- (3) Odredbe stavka 1. i 2. ovoga članka ne primjenjuju se na ugovore sklopljene putem elektroničke pošte ili njoj izjednačenog oblika individualne komunikacije.

Međutim, odgovor na to pitanje treba vezati uz pravnu prirodu web stranice, koja više odgovara tradicionalnoj kategoriji oglasa i kataloga iz čl. 256. ZOO-a i kao takva predstavlja poziv za stavljanje ponude.⁴⁰

Zbog toga se u praksi svako izlaganje robe na web stranicama ili sličan sadržaj na temelju kojeg se može sklopiti ugovor izričito navodi kao poziv za stavljanje ponude, a ne ponuda. Stoga je poruka pristupatelja ugovoru ponuda, a odgovor vlasnika web stranice zapravo je prihvata ponude bez kojeg ugovor ne bi niti nastao. Na taj način jedna poruka koju šalje prodavatelj predstavlja prihvata i potvrdu primitka ponude. Naime, poruka prihvata koja se upućuje pristupatelju istodobno je i poruka potvrde. U takvoj strukturi funkcioniranja sklapanja ugovora na web stranici dileme oko pravne prirode poruke potvrde gube praktičnu vrijednost.

Teorijski se postavlja pitanje kakav učinak ima poruka potvrde primitka na nastanak ugovora odnosno na potvrdu primitka ponude, tj. prihvata.

U slučaju da vlasnik web stranice ne izvrši svoju obvezu, postavlja se pitanje može li pristupatelj ugovoru opravdano smatrati da vlasnik web stranice nije niti primio poruku ponude ili prihvata te da ugovor nije niti nastao. Takav zaključak je svakako moguć. Jednako je tako sigurno da vlasnik web stranice snosi sav rizik (ne)slanja poruke potvrde primitka, ali i prihvata ponude.

Potvrda primitka poruke može imati višestruk utjecaj na pravni učinak poruke koju treba potvrditi. Kad bi poruka djelovala konstitutivno za nastanak ugovora, tada bi ugovor nastao tek njezinim zaprimanjem od pristupatelja i odstupa se od općeg pravila u trenutku nastanka ugovora - kad ponuditelj primi prihvata ponude. Prihvatljivost i vrijednost takvog rješenja je upitna.

Očito je da i redaktori Zakona kao i Direktive EU^{41, 42} koja je bila podloga za donošenje ovog zakona nisu bili sigurni koje rješenje ponuditi. Naime, od-

⁴⁰ Vidjeti detaljno u: Tin Matić, Internet - pravni aspekti, Informator, br. 5195, Zagreb, 2006., str. 25.

⁴¹ Direktiva 2000/31/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. o pojedinim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutrašnjem tržištu, posebice elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini), Službeni list br. L 178, 17/2000, str. 0001 - 0016.

⁴² Članak 11. Direktive 2000/31/EC glasi:

Naručivanje

1. Države članice moraju osigurati, osim ako se stranke drugačije ne dogovore i te stranke nisu potrošači, da se u slučajevima kada primatelj usluge dostavlja svoju naruđbu tehnološkim putem primjenjuju sljedeća načela:

stupanje od općeg pravila sklopanja ugovora nije se činilo nikako opravdanim pa je pitanje ostavljeno da se riješi u praksi.

Međutim, kako se u zakonskoj terminologiji ipak radi o “potvrđi primitka”, dakle upućuje se na poruku koja bi trebala imati deklaratorni, a ne konstitutivni karakter, jer ona deklarira - potvrđuje, a ne konstruira pravni učinak, bilo bi moguće kao najprihvatljiviju teoriju dosega ove odredbe podvesti pod odredbe koje nemaju izravan učinak na nastanak ugovora, ali stvaraju, odnosno predstavljaju prekršaj obveze pružatelja usluge informatičkog društva, koje treba biti sankcionirano bilo ovim zakonom, što je vjerojatno ovdje omaškom propušteno, bilo drugim zakonom.

U skladu je s tim zaključkom i sugestija redaktora modela ugovora o EDI.⁴³ Kad strane propisuju potvrdu primitka poruke, moraju dati pravni značaj toj poruci potvrde. Nastojeći izbjeći moguće nedoumice glede pravne prirode potvrde, redaktori ugovora o elektroničkoj razmjeni podataka i u tom slučaju sugeriraju da i ako strana primatelj ne potvrdi poruku, poruka neće ostati bez svojeg pravnog djelovanja, osim ako se iz poruke ne može identificirati strana koja je šalje.⁴⁴ Dakle, potvrdi se nikako ne želi dati značaj konstitutivnog elementa za pravni učinak poruke koju potvrđuje, pa tako i konstitutivnog elementa za nastanak ugovora, osim u slučaju kad bi poruka, koju treba potvrditi, bila neupotrebljiva do te mjere da se ne može utvrditi tko ju je poslao. Potpuno je razumljivo da je za tu situaciju postavljena restrikcija jer u tom slučaju primatelj poruke i ne bi znao s kim stupa ili treba stupiti u ugovorni odnos. Takvo pravilo moglo bi se primijeniti i u ovom slučaju.

Rizik (ne)slanja poruke potvrde u ovom slučaju snosi vlasnik web stranice kao onaj koji poziva na sklopanje ugovora odnosno na stavljanje ponuda. Dosljedno tome, ponuditelj kao pristupatelj ugovoru može opravdano držati da

-
- davatelj usluga treba potvrditi prijam narudžbe primatelja bez nepotrebnog odgađanja elektroničkim putem,
 - narudžba i potvrda prijma smatraju se primljenima kad im stranke na koje su naslovljene mogu pristupiti.

⁴³ Elektronička razmjena podataka, vidjeti detaljno u: Tin Matić, Ugovor o elektronskoj razmjeni podataka, Zagreb, 1998., magistarski rad na PFZ, i Amelia H. Boss i Jeffrey Ritter, Electronic Data Interchange Agreements, MTK, Paris, 1993., ovdje se misli na najznačajniji model ugovora o EDI - Model sporazuma o razmjeni za međunarodnu komercijalnu upotrebu elektroničke razmjene podataka iz Preporuke br. 26. Working party on Facilitation of International Trade Procedures UN, Ženeva, Švicarska, 1995.

⁴⁴ Čl. 3.2.2. Modela ugovora WP4.

nije niti stavio ponudu osobi koja je istaknula poziv za stavljanje ponude, ako ne primi potvrdu primitka ponude.

Rizik takvih loših posljedica snosi pozivatelj na stavljanje ponude kao vlasnik web stranice, bez obzira na upitnu pravičnost takvog rješenja, koje on mora prihvatiti ako na taj način sklapa ugovore s potrošačima, kao slabijom, pa time i zakonom zaštićenijom stranom.

6. MJESTO ODAŠILJANJA I PRIMITKA ELEKTRONIČKE PORUKE

S obzirom na to da se elektronička poruka odnosno poruka elektroničke pošte može poslati u ime i za račun određenog pošiljatelja s bilo kojeg mjesta na svijetu, upitnim se može pokazati pitanje odakle je poruka upućena budući da se mogu vezati određene pravne posljedice na mjesto odakle se poruka šalje. Također postoji mogućnost da se poruka pošalje čak i izvan pravno suverenog područja. Jednako tako, *mutatis mutandis*, moguće je i u pogledu određivanja mjesta na kojem je određena elektronička poruka primljena.

ICC Terms 2004⁴⁵ u čl. 2. st. 2.3. određuje da se elektronička poruka smatra upućenom ili poslanom iz mjesta u kojem pošiljatelj ima poslovno sjedište (*place of business*), a smatra se primljenom na mjestu u kojem adresat ima svoje poslovno sjedište.⁴⁶

Takvo stajalište zastupa se i u nacrtu UNCITRAL-ove konvencije o elektroničkom sklapanju ugovora (*UNCITRAL Draft Convention on Electronic Contracting*⁴⁷) u članku 10. stavku 3. koji glasi: "A data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business..."⁴⁸

⁴⁵ ICC eTerms 2004, UNCITRAL, Working Group IV, dokument A/CN.9/WG.IV/WP.113.

⁴⁶ For the purpose of this contract, an electronic message is deemed to be dispatched or sent at the place where the sender has its place of business and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business.

⁴⁷ United Nations General Assembly A/CN.9/WG.IV/WP.108 od 18.9.2003., UNCITRAL Working Group IV (Electronic Commerce) Forty third session, New York, 15.-19. ožujka 2004., Legal Aspects of electronic commerce.

⁴⁸ "Elektronička poruka smatra se otpisanim iz mjesta u kojem njezin tvorac ima svoje poslovno sjedište, a smatra se primljenom u mjestu na kojem primatelj ima svoje poslovno sjedište..."

Takvo pravilo usvojeno je u *Uniform Electronic Transactions Act of 1999.* u SAD. Section 15. točka d) određuje, u slučaju da nije drugačije izričito navedeno u elektroničkim zapisima ili nije izričito drugačije dogovoreno između primatelja i pošiljatelja, da se elektronički zapis smatra poslanim iz pošiljateljeva poslovnog sjedišta, a primljenim u primateljevu poslovnom sjedištu. Za potrebe primjene ovog pravila upotrijebit će se i pravilo da u slučaju ako pošiljatelj ili primatelj imaju više od jednog poslovnog sjedišta, poslovnim sjedištem smatrat će se ono koje ima najbližu vezu ili odnos s poduzetom transakcijom. U slučaju da pošiljatelj ili primatelj nemaju poslovno sjedište, poslovnim sjedištem smatrat će se pošiljateljevo odnosno primateljevo mjesto boravišta (*residence*).⁴⁹

Iako to stajalište nije eksplicitno zastupljeno ni u jednom domaćem izravnom izvoru prava za ugovore koji se sklapaju u elektroničkom obliku, na taj se način sintetizira praksa ovog područja i istodobno se ostvaruje pravna sigurnost sudionika u postupku sklapanja ugovora u elektroničkom obliku⁵⁰ odnosno elektroničkim putem, očito je da su rješenje postojećeg problema u praksi ponudile međunarodne institucije kojih je osnovna zadaća promicanje međunarodne trgovine.⁵¹

Valja naglasiti da oba navedena izvora govore o elektroničkoj poruci, a ne elektroničkoj pisanoj poruci, pa se tako odnose i na elektroničku poruku, koja predstavlja znak kao način očitovanja volje u elektroničkom obliku. Stoga nema razloga da se to pravilo ne primijeni i na sklapanje *click wrap* i *click browse* ugovora.

U konkretnom je slučaju zapravo riječ o fikciji, jer je stvarno mjesto sklapanja ugovora i mjesto slanja i primanja poruka upravo mjesto gdje se nalazi računalo providera koji postavlja i održava web stranicu. Kako se uz mjesto primitka odnosno slanja poruke mogu vezati određeni učinci, npr. izbor mjerodavnog prava za transakciju (ako to nije moguće odrediti primjenom nekih drugih kriterija), na taj se način posredno izbjegava i mogućnost manipulacije u izboru prava mjerodavnog za ugovor, putem primjene prava mjesta gdje se

⁴⁹ UETA 1999, drafted by National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

⁵⁰ Vidjeti tako: Legal Issues in the Global Information Society, redaktori Dennis Campbell i Chrysta Ban, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, USA, 2005., str. 424.

⁵¹ Tako Karen Mills u knjizi: Legal Issues in the Global Information Society, redaktor Dennis Campbell i Chrysta Ban, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 2005., str. 426.

nalazi server koji održava i postavlja web stranicu ili sjedišta (Internet) providera bilo koje ugovorne strane, jer to u pravilu posjetitelju web stranice nije ili čak i ne može biti poznato. Naime, prema mjerodavnom kriteriju *lex loci actus* pravo mjerodavno za takve ugovore bilo bi pravo mjesta na kojem se nalazi web stranica, a to pravo ne mora imati nikakve stvarne veze ni s jednom ugovornom stranom jer provider, koji postavlja web stranicu, može imati sjedište bilo gdje u svijetu. Primjenom sugeriranog kriterija izbjegava se potencijalno kompliciranje zbog potrebe utvrđivanja činjenica koje ne moraju imati nikakve izravne veze s ugovornim stranama ili pravnim poslom (npr. odakle je poruka poslana, gdje je primljena, gdje je server bilo kojeg pošiljatelja itd.) kako bi se utvrdilo mjerodavno pravo te se omogućuje primjena ustaljenih pravila međunarodnog privatnog prava s jednakom izvjesnošću kao i kod tradicionalnih oblika komuniciranja.

Općenito pravilo za hrvatsko pravo, postavljeno u čl. 252. st. 2. ZOO-a prema kojem je ugovor sklopljen u mjestu u kojem ponuditelj ima svoje sjedište odnosno prebivalište u trenutku davanja ponude, nije suprotno gornjem načelu, naprotiv prati ga, ali ne određuje pravilo za utvrđenje s kojeg se mjesta upućuje prihvrat elektroničkim putem. Analognom primjenom tog pravila moglo bi se zaključiti da identično pravilo važi i za prihvrat, tj. da je prihvrat upućen s mjesta na kojem ponuđeni ima sjedište odnosno prebivalište. Dakle, moguće bi bilo primijeniti pravilo iz ICC 2004. kako je gore prikazano. Dosljedno tome, u slučaju sklapanja ugovora na web stranici, mjesto sklapanja ugovora jest sjedište odnosno prebivalište ponuditelja (to je zapravo pristupatelj ugovoru), ako ugovorom nije drugačije ugovoreno. I na taj se način, općim pravilom, štiti pristupatelj ugovoru, ali treba voditi računa da taj tip ugovora redovito sadržava klauzulu o izboru mjerodavnog prava za ugovor.

Summary

Tin Matić*

FORMULARY CONTRACTS IN THE ELECTRONIC FORM (The making of contracts by clicking the mouse - electronic manifestation of will via the Internet on a web page - *Click wrap* and *Browse wrap* contracts)

Formulary contracts in the electronic form (The making of contracts by clicking the mouse - electronic manifestation of will via the Internet on a web page - Click wrap and Browse wrap contracts)

A click of a mouse on a web page is a very common form of manifestation of will. In its legal nature it is a sign which expressly and clearly manifests the willingness to make a contract. Formulary contracts in the electronic form are made by a click of the mouse. Two types of contracts which are made in this way are the click wrap contract and the browse wrap contract. Both are subcategories of adhesion contracts. Click wrap is a contract made electronically on the web page in the electronic form in which the purchaser, or the offeree, accepts the offer as a whole under the condition that the purchaser has seen (which does not mean s/he has actually read) the integral text of the adhesion contract. In the case of browse wrap contract, it is implied in advance that the party agrees with conditions and regulations of a browse wrap contract by the fact that s/he searches the web page on which the contract is made (primary page) regardless of whether s/he browses or/and enters the WEB page which contains the above mentioned conditions (secondary page). Both types of contract have been accepted world-wide, and there are more or less standardised conditions for their validity related to the specific character of the electronic form, or electronic method of contract making.

Key words: forlulary contracts, electronic form, click wrap contract, browse wrap contract

* Tin Matić, LL. M., Attorney-at-law, Bednjanska 14, Zagreb

Zusammenfassung

Tin Matić**

**FORMULARVERTRÄGE IN ELEKTRONISCHER FORM
(Vertragsschluss per Maus-Klick - durch elektronische
Willenserklärung im Internet auf einer Webseite - *Click
wrap* und *Browse wrap*-Verträge)**

*Der Maus-Klick auf einer Webseite ist eine sehr häufige Form der Willenserklärung. Seiner rechtlichen Natur nach ist er ein Zeichen, das ausdrücklich und klar jemandes Willen bekundet, einen Vertrag einzugehen. Per Maus-Klick werden Formularverträge in elektronischer Form abgeschlossen. Die beiden auf diese Weise zustande kommenden Vertragstypen sind der Click wrap-Vertrag und der Browse wrap-Vertrag, die beide im Grunde eine Unterart des Adhäsionsvertrags darstellen. Der Click wrap-Vertrag wird auf elektronischem Wege und in elektronischer Form auf der Webseite geschlossen und bedeutet, dass der Käufer beziehungsweise der Adressat des Angebots das Angebot des Anbieters unter der Bedingung, dass der Käufer den Gesamttext des Adhäsionsvertrags durchgesehen hat (was nicht gleichzusetzen ist mit *Ñdurchgelesen*), komplett akzeptiert. Bei Browse wrap-Verträgen wird über den Annehmenden implizit angenommen, dass er die Bedingungen und Bestimmungen des Browse wrap-Vertrags allein dadurch akzeptiert hat, dass er die Webseite, auf welcher der Vertrag geschlossen wird (Primärseite) durchsucht, unabhängig davon, ob er die die erwähnten Bedingungen enthaltende Webseite (Sekundärseite) durchsucht und/oder besucht hat. Beide Vertragstypen genießen in der ganzen Welt Akzeptanz. Für ihre Wirksamkeit gelten im Großen und Ganzen Standardbedingungen, die sich auf die Besonderheit der elektronischen Form beziehungsweise des elektronischen Vertragsschlusses beziehen.*

Schlüsselwörter: Formularverträge, elektronische Form, Click wrap-Vertrag, Browse wrap-Vertrag

** Mag. Tin Matić, Rechtsanwalt, Bednjanska 14, Zagreb

