

Dubravka Klasiček

Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Pravni fakultet Osijek, Stjepana Radića 13, HR–31000 Osijek
dklasice@pravos.hr

Sloboda volje ugovornih strana u kontekstu adhezijskih ugovora, s naglaskom na ugovore sklopljene putem informatičke mreže

Sažetak

U 21. stoljeću možemo reći da živimo u »novom normalnom« vremenu, kada pravo – i općenito čovjekov život – promatramo kroz prizmu sveprisutne digitalne tehnologije. Digitalna tehnologija već duže vrijeme uvelike utječe na kompletno društveno funkcioniranje, a samim time i na tradicionalne institute građanskog prava, kao što su pravo vlasništva, nasljeđivanje i sklapanje ugovora. Tehnologija ove institute dovodi u novo, digitalno, okruženje, pri čemu je potrebno uvažavati posebnosti tog okruženja. Načelo dispozitivnosti jedno je od temeljnih načela građanskog prava koje posebno do izražaja dolazi prilikom sklapanja klasičnih ugovora obveznog prava. Nasuprot tome, adhezijski ugovori su ugovori čiji sadržaj diktira jedna strana, dok ih druga strana može samo prihvatiti ili odbiti – take it or leave it. U kontekstu adhezijskih ugovora, jasno je da sloboda ugovaranja može, u određenim slučajevima, biti narušena. U današnje vrijeme, ogroman broj ovakvih ugovora sklapa se putem informatičke mreže. Radi se o ugovorima na koje svaki korisnik web stranice mora pristati da bi je mogao koristiti. Problem nedostatka mogućnosti izbora onoga tko pristaje na unaprijed objavljene uvjete poslovanja jedne strane, kod ovakvih adhezijskih ugovora može doći do izražaja i više nego kod klasičnih adhezijskih ugovora. Naime, zbog nekih obilježja ovakvih ugovora, korisnici web stranice ponekada nisu ni svjesni da su nekim svojim ponašanjem pristali na uvjete poslovanja pružatelja internetskih usluga, kome pripada ta stranica. Samim time, ti korisnici ne znaju ni na što su pristali, sve dok ne nastanu problemi u odnosu između njih i pružatelja usluga. Ovom problemu svakako pridonosi i ponašanje ugovornih strana ovakvih ugovora, pri čemu se pružatelji internetskih usluga ponekada trude većinu odredaba u ugovoru okrenuti u svoju korist te prividno umanjiti važnosti tih ugovora, dok korisnici to ignoriraju i pristaju na sve ponuđeno, ponekada ni ne znajući da su uopće dali svoje pristanak.

Ključne riječi

sloboda ugovaranja, adhezijski ugovor, adhezijski ugovor sklopljen putem informatičke mreže, pružatelji internetskih usluga, *browsewrap*, *clickwrap*

1. Uvod

Sloboda volje ugovornih strana jedno je od temeljnih načela obveznog prava. Toliko je duboko utkano u naše poimanje dijela prava koje se odnosi na ugovore, da ponekada o njemu ni ne razmišljamo. Posebno ne razmišljamo o tome kako je bilo u prošlosti i što se sve trebalo dogoditi da svaka osoba danas slobodno može odlučivati o sklapanju ugovora. Moguće je da se toj slobodi pridaje i uloga koju ona nema, s obzirom na to da je ovo načelo na različite načine ograničeno. Sloboda ugovaratelja može biti ograničena propisima ili njihovom voljom pa su ugovorne strane slobodne sklapati svoje ugovore onako kako žele, samo dok se kreću unutar granica koje im postavljaju prisilni propisi i moral društva. Također, sloboda ugovaranja može biti dovedena u pitanje i kod određenih vrsta ugovora zbog njihovih osnovnih karakteristika. Naime, najveći su broj ugovora koji se sklapaju danas adhezijski ugovori. Oni

se sklapaju na način da jedna ugovorna strana prihvaća odredbe ugovora koji je sastavila druga ugovorna strana. Onaj tko prihvaća odredbe takvog ugovora ima slobodu izabrati samo jedno: hoće li pristati na njega ili ne. Na sadržaj samog ugovora, ugovorna strana koja na njega pristaje nema utjecaja jer njega diktira druga, često gospodarski jača strana.

Ovaj se rad, dakle, bavi jednim od temeljnih načela građanskog prava, koje najviše do izražaja dolazi kod sklapanja klasičnih ugovora, gdje dvije buduće ugovorne strane pregovaraju o svojem ugovoru, dogovaraju se oko njegovog sadržaja, modaliteta ispunjenja ili prestanka na neki drugi način. Rad se, nadalje, bavi ovim načelom i u kontekstu adhezijskih ugovora te određenim problemima koji mogu biti povezani s njima. Naglasak se stavlja na jednu vrstu adhezijskih ugovora čije ugovorne strane mnogi od nas postaju svakodnevno, nekad i po nekoliko puta dnevno. Radi se o adhezijskim ugovorima koji se sklapaju putem informatičke mreže.

Ovi su ugovori toliko sveprisutni, da korisnici *web* stranica često na njihove odredbe pristaju automatizmom, bez da se upoznaju s njihovim sadržajem. Korisnici ponekada svjesno biraju ne upoznati se s onim na što su pristali kada su kliknuli da se slažu s uvjetima poslovanja pružatelja internetskih usluga. No, kod jedne vrste ovih ugovora, korisnici samim dolaskom na *web* stranicu, bez da su morali izravno dati svoj pristanak, postaju ugovorne strana, što dovodi to toga da takvi korisnici vrlo često nisu ni svjesni postojanja ugovora.

Koliko se god pojam »novo normalno« veže uz izazove koje pred nas stavlja pandemija Covid-19, on bi se mogao koristiti i za izazove koje pred nas stavlja tehnologija. Ona itekako utječe na tradicionalne institute građanskog prava. Na primjer, pravni subjekti sve više u svojem vlasništvu imaju velik broj digitalnih dobara pri čemu se može postaviti pitanje što se s tim dobrima događa za života te osobe i nakon njezine smrti; tehnologija omogućava i da se oporuke prave na razne nove načine koji su ranije bili nezamislivi; mnogo onoga što se ranije obavljalo *inter personas*, sada se obavlja *online*, bez kontakta između osoba koje neki odnos stvaraju.¹ Iako se u svim ovim primjerima radi o klasičnim institutima građanskog prava, oni su sada stavljeni u digitalno okruženje čije bi se posebnosti morale početi uvažavati prilikom ocjene novonastalih odnosa. U slučaju adhezijskih ugovora koji se sklapaju putem informatičke mreže, jedno je od temeljnih pitanja, koje gotovo svi autori koji su se bavili ovom problematikom postavljaju, pitanje slobode ugovorne strane koja pristaje na uvjete takvog ugovora. Pitanje slobode može se postaviti kod sklapanja bilo koje vrste adhezijskih ugovora, ne samo onih koji se sklapaju putem informatičke mreže, no zbog posebnosti digitalnog okruženja i njegove dostupnosti svim razinama društva, može se reći da problemi kod takvih ugovora mogu biti samo izraženiji.

Prvi dio rada odnosi se na načelo slobode ugovornih strana (načelo dispozitivnosti) kod sklapanja klasičnih ugovora. Drugi dio rada bavi se općenito adhezijskim ugovorima – njihovim osnovnim obilježjima, razlogom nastanka i područjem primjene, te donosi osvrt na prednosti i nedostatke ovakvog načina sklapanja ugovora, kada se promatra kroz slobodu ugovaranja. Ovaj dio rada donosi i načine zaštite slabije ugovorne strane kod ovakvih ugovora. Treći dio rada donosi pregled osnovnih obilježja adhezijskih ugovora sklopljenih putem informatičke mreže, dok se četvrti dio bavi s njima povezanim problemima i mogućim rješenjima tih problema.

2. Načelo dispozitivnosti kod sklapanja klasičnih ugovora obveznog prava

Ugovori obveznog prava su vrsta pravnih poslova koje fizičke i pravne osobe sklapaju najčešće s obzirom na objekt ugovora, a nešto manje s obzirom na osobu s kojom ga sklapaju (iako i to ponekada može biti od ključnog značaja za sklapanje određene vrste ugovora).² Jednom kad ga sklope, ugovor za njih postaje zakon.³ Stoga bi ugovorne strane, nakon sklapanja, svoje ugovore trebale ispuniti ili sporazumno ugasiti, a što se tiče prestanka ugovora bez suglasnosti obje strane, on je moguć samo u iznimnim slučajevima navedenim u Zakonu o obveznim odnosima (ZOO),⁴ što je u skladu s jednim od temeljnih načela obveznog prava – načelom *pacta sunt servanda*.⁵ Ugovori obveznog prava nastaju prihvatom ponude koja predstavlja akt jedne od budućih ugovornih strana kojim ona inicira sklapanje ugovora.⁶ Nakon što jedan pravni subjekt da ponudu, često upućenu točno određenoj osobi, na toj osobi je da jednostranom izjavom volje tu ponudu prihvati ili odbije.⁷ Između same ponude i njezinog prihvata dolazi do faze pregovora onda, kada ponudnik ne želi prihvatiti ponudu onakvu kakva jest, već želi neke izmjene koje bi trebale biti unesene u budući ugovor. Tijekom ove faze, svaka od budućih ugovornih strana vodi računa o svojim željama i potrebama, te ukoliko jednoj od njih

1

Vidjeti više u autoričnim radovima na navedenu temu: Dubravka Klasiček, »Wills in the digital era«, *Informatologia* 49 (2016) 1–2, str. 31–40; Dubravka Klasiček, »Digital inheritance«, u: Dražen Barković *et al.* (ur.), *Interdisciplinary Management Research XIV*, Faculty of Economics in Osijek *et al.*, Opatija 2018., str. 1050–1068; Dubravka Klasiček, »21st Century Wills«, *Pravni vjesnik* 35 (2019) 2, str. 29–48; Dubravka Klasiček, »What happens to your Gmail and Facebook account after you die?«, u: Saša Drezgic, Saša Žitković, Marko Tomljanović (ur.), *Economics of Digital Transformation*, Ekonomski fakultet u Rijeci, Rijeka 2019., str. 37–56; Dubravka Klasiček, »How do terms of service agreements, as contracts of adhesion, influence users' digital accounts and their content?«, u: Zvonimir Slakoper, Ivan Tot (ur.), *Digital Technologies and the Law of Obligations*, Routledge, London 2021., str. 183–198; Dubravka Klasiček, »Declarations of Will in the Digital Environment and Wrap Contracts«, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 92 (2021), str. 173–194.

2

Ova je činjenica vidljiva, primjerice, iz pravila da se ugovori samo iznimno gase nakon smrti ugovaratelja. Većina njih prelazi na njihove nasljednika koji zauzimaju ulogu umrle ugovorne strane – bilo vjerovnika ili dužnika. Također, zabluda o nekim važnim elementima ugovora može biti razlog poboynosti, dok zabluda glede osobe s kojom se ugovor sklapa, to može biti samo iznimno: kada se ugovor sklapa s obzirom upravo na određenu osobu

jer su za drugu ugovornu stranu bitni njezin identitet i određene osobine. Petar Klarić, Martin Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb 2014., str. 489–164.

3

Silvija Petrić, »Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti prema novom Zakonu o obveznim odnosima«, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 28 (2007) 1, str. 107–155, ovdje str. 113.

4

Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18 (dalje: ZOO) određuje načine jednostranog prestanka ugovora do kojih može doći samo iznimno, uz ispunjenje točno određenih pretpostavki, a ponekada i samo po odluci suda (npr. jednostrani raskid ugovora zbog neispunjenja, čl. 360.–365. ZOO-a; promjena i raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti, čl. 369., 371. ZOO-a; jednostrani prijebaj, čl. 195.–196. ZOO-a).

5

P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, str. 381.

6

Ibid., str. 401.

7

Radi se o tzv. preobražajnom pravu nastanka koje omogućuje ponudniku da jednostranom izjavom volje dovede do nastanka ugovora (ukoliko prihvati ponudu) ili da ponudu odbije. – Ibid., str. 69.

ne odgovaraju odredbe koje u ugovor želi unijeti druga strana, utoliko je slobodna odbiti sklapanje ugovora s tom osobom i potražiti drugog ponuditelja s kojim će sklopiti ugovor koji joj po sadržaju više odgovara.⁸

Za ugovor, od faze pregovora, preko njegovog sklapanja pa do ispunjena, iznimno je važno načelo dispozitivnosti, koje se još naziva i »načelom slobodne inicijative«, odnosno »načelom autonomije«.⁹ Ovo je temeljno načelo građanskog prava koje ga, možda više od svih ostalih, izdvaja od drugih grana prava.¹⁰

2.1. Načelo dispozitivnosti

U odredbama ZOO-a navedeni su određeni bitni elementi koji u svakom od tamo navedenih ugovora moraju postojati da bi taj ugovor uopće mogao proizvoditi učinke radi kojih se sklapa.¹¹ Također, ZOO određuje i prirodne elemente koji uobičajeno idu uz pojedinu vrstu ugovora, bez kojih taj ugovor ipak može postojati. Osim njih, ugovornim stranama na raspolaganju su i tzv. nuzgredni sastojci pravnog posla, koje one slobodno dodaju svom ugovoru, po vlastitom nahođenju.¹² Ipak, nijedan zakon, pa tako ni ZOO, nije mogao predvidjeti sve moguće elemente koje bi ugovorne strane, u konkretnom slučaju, željele uvrstiti u svoj ugovor. Stoga je tim ugovornim stranama morala biti dana sloboda ugovaranja, tj. sloboda da svoje ugovore oblikuju sukladno svojoj volji.¹³ S obzirom na to da se u području obveznog prava uglavnom štite pojedinačni interesi, odluka o subjektivnim pravima pojedinog pravnog subjekta treba pripasti upravo tom pravnom subjektu.¹⁴

Odredba članka 2 ZOO-a sastoji se od dva dijela, prvog koji određuje autonomiju sudionika u prometu, te drugog koji je ograničava u svrhu zaštite javnog poretka.¹⁵ Temeljem ovog načela, pravni subjekti su slobodni odlučiti hoće li, i s kime, sklopiti ugovor, kakav će mu biti sadržaj te ponekada i u kojem će obliku taj ugovor biti. Također, ugovorne strane slobodno odlučuju i o promjenama do kojih može doći u njihovom ugovoru, koje mogu nastati sporazumom objiju strana ili odlukom jedne od njih.¹⁶ Osim o nastanku i promjenama do kojih može doći, ugovorne strane slobodno odlučuju i o opstanku ugovora pa ga, sukladno svojoj volji, mogu sporazumno ugasiti, umjesto da ga ispune.¹⁷ No, sukladno drugom dijelu čl. 2. ZOO-a, dok tako slobodno odlučuju, ugovorne strane trebaju voditi računa da njihov ugovor nije protivan Ustavu, moralnim shvaćanjima društva te zakonu.¹⁸ Dakle, ovo načelo ima svoje granice, no treba naglasiti da su one u obveznom pravu prilično široko postavljene i sve dok se sudionici obveznog prava kreću unutar tih granica, ovo načelo omogućuje im da slobodno oblikuju svoje odnose.

Sloboda je ugovornih strana vidljiva i po tome što one imaju mogućnost sklapanja tzv. neimenovanih (inominantnih, atipičnih) ugovora, čiji sadržaj ni naziv nisu ustaljeni. Unatoč tome, ugovorne strane ih slobodno mogu sklapati, sve dok ti ugovori udovoljavaju općim pravilima o valjanosti ugovora.¹⁹ Naime, za razliku od stvarnih prava, izvanugovornih odnosa obveznog prava, osnova nasljeđivanja, vrsta i oblika oporuka u nasljednom pravu, koje odlikuje *numerus clausus*, broj i vrsta ugovora koje u obveznom pravu ugovorne strane mogu sklapati, nisu ograničeni. U ZOO-u su određeni neki tipični ugovori, koji se najčešće sklapaju, ali to što neki ugovor nije definiran odredbama ZOO-a, ne znači da će on biti nevaljan, zbog same te činjenice.²⁰

Temeljem svega navedenoga, jasno je kolika je važnost načela dispozitivnosti i kako obvezno pravo u dijelu koji se odnosi na ugovore, teško da bi bez

njega moglo funkcionirati. Pojedini autori naglašavaju kako sloboda osobe da samostalno odabere s kim i kada će sklopiti ugovor te mogućnost da određuje njegov sadržaj, tim osobama daje osjećaj individualnosti i samodostatnosti.²¹ Naime, prije nego su sve osobe mogle slobodno odlučivati o sklapanju ugovora, njihova prava i obveze su često bile određene njihovim statusom, koji su stjecale uglavnom rođenjem ili događajima na koje, u pravilu, nisu mogle utjecati, što nije pojedince ni malo motiviralo da sudjeluju u sklapanju pravnih poslova.²² Društvo je, dajući pojedincima slobodu ugovaranja, na njih de-

8
Friedrich Kessler, »Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract Role of Compulsion in Economic Transactions«, *Columbia Law Review* 43 (1943), str. 629–642, ovdje str. 630.

9
P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, str. 8–9.

10
Za ovaj rad nisu od većeg značaja preostala dva načela građanskog prava (načelo imovinske sankcije i prometnosti prava) pa se ova načela ni neće spominjati. Također, rad se neće baviti ni funkcioniranjem načela dispozitivnosti u stvarnom i nasljednom pravu, već samo njihovom primjenom, odnosno, problemima s primjenom, u ugovornim odnosima.

11
Npr. bitni elementi kod ugovora o kupoprodaji su stvar i cijena – čl. 380., 384. ZOO-a. Postoje i izvanugovorni odnosi koji su regulirani u čl. 1045.–1162. ZOO-a, kod kojih se volja sudionika ne uzima u obzir u tolikoj mjeri kao što je to slučaj kod ugovornih odnosa, već samo u određenim slučajevima – npr. kod promjene i prestanka takvih odnosa. – P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, str. 8–9.

12
Ibid., str. 112–114.

13
F. Kessler, »Contracts of Adhesion«, str. 629.

14
Vilim Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb 2014., str. 6–7.

15
Ibid., str. 6.

16
Kada se govori o slobodi uređivanja obveznih odnosa, ona podrazumijeva slobodu zasnivanja obveznog odnosa, slobodu prilikom izbora druge ugovorne strane, slobodu izbora vrste obveznog odnosa, uređivanja njegovog sadržaja, slobodu naknadne promjene sadržaja, određivanje načina prestanka obveznog odnosa, kod odnosa koji su povezani s više pravnih

sustava, mogućnosti i izbora mjerodavnog prava. Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Savremena administracija, Beograd 1988., str. 61–62. Pravilo je da se ugovorne strane dogovaraju oko izmjene ugovora, no moguće je i da ZOO jednoj od njih daje mogućnost da nešto promijeni – npr. vjerovnik se u pravilu bez dopuštenja dužnika može odlučiti na cesiju, dok dužnik, u pravilu, ima mogućnost sam izabrati koju će od alternativnih obveza ispuniti. – P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, str. 445–446, 394–395.

17
Npr. sporazumnim raskidom ugovora, jednostranim raskidom na temelju ugovora, sporazumnim prijevodom, otpustom duga. – Ibid., str. 478–480, 485–486, 488.

18
Naime, u ZOO-u postoje i kogentne norme koje se odnose na, primjerice, zastaru (čl. 126. ZOO-a), prekluzivne rokove (npr. čl. 403., 634., 762. ZOO-a), oblike pojedinih pravnih poslova (npr. čl. 105., 620., 552. ZOO-a), njihove bitne elemente (npr. čl. 466. ZOO-a), na koje volja ugovornih strana ne utječe. Zlatko Česić, *Komentar Zakona o obveznim odnosima. Opći dio*, Knjiga I, Libertin naklada, Rijeka 2021., str. 7.

19
Primjerice, prije nego je na snagu stupio novi ZOO 2006. godine, ugovor o dosmrtnom uzdržavanju mogao se sklapati, iako nije bio regulirani nijednim zakonom u Republici Hrvatskoj. – Usp. Nikola Gavella, *Nasljedno pravo*, Informator, Zagreb 1990., str. 377–378.

20
P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, str. 110, 136–137.

21
Cheryl B. Preston, Elie McCann, »Llewellin Slept Here: A Short History of Sticky Contracts and Feudalism«, *Oregon Law Review* 91 (2012) 1, str. 129–175, ovdje str. 138.

22
Max Radin, »Contract Obligation and the Human Will«, *Columbia Law Review* 43 (1943) 5, str. 575–585, ovdje str. 576, doi: <https://doi.org/10.2307/1117227>.

legiralo djelić suvereniteta koji im omogućava da i sami sudjeluju u stvaranju prava. Može se, dakle, reći da sloboda ugovaranja znači da država nema monopol u ovome jer na to utječu i sloboda ugovornih strana te njihov pristanak na sklapanje ugovora kakav žele.²³

Ipak, treba biti svjestan da čak i sada, kada se ugovori obveznog prava sklapanju sukladno volji ugovornih strana, one to ponekada ne čine zato što to doista žele ili zato što doista imaju potpunu slobodu, već zato što nemaju drugog izbora.²⁴ Naime, često se ulazi u ugovorne odnose zato što se mora.²⁵ I danas su ponekada pojedinci ograničeni u sklapanju ugovora na načine slične onima iz prošlosti – ograničeni su mjestom na kojemu žive i rade, svojim sposobnostima i znanjem, trenutnom ponudom na tržištu, svojim kapitalom; (ne)iskustvom i količinom informacija s kojima raspolažu.²⁶ Ne postoje dvije osobe koje bi bile faktički jednake.²⁷ Sve su ovo bitne stavke koje mogu dovesti do određene neravnoteže između ugovornih strana kada odlučuju o sklapanju ugovora i one skreću pozornost na drugo bitno načelo građanskog prava – načelo ravnopravnosti. Na ovom mjestu ukratko je obrađeno i ovo načelo jer jedno bez drugoga ne mogu imati one učinke koje bi trebali imati.

2.2. Načelo ravnopravnosti

Da bi načelo dispozitivnosti moglo funkcionirati kako bi trebalo, sudionici građanskopravnih odnosa moraju biti ravnopravni. Načelo ravnopravnosti određuje da svi sudionici građanskopravnog odnosa imaju položaj koji je koordiniran, što znači da nema odnosa subordinacije među sudionicima.²⁸ Naime, ako ZOO određuje da sudionici nekog odnosa po svojoj slobodnoj volji stvaraju te odnose, mijenjaju ih i dovode do njihovog kraja, onda će oni to moći činiti jedino ako su potpuno ravnopravni.²⁹ Kad god je jedna ugovorna strana jača od druge, postoji stvarna mogućnost da će ona utjecati na slabiju stranu te da volja te slabije strane neće doći do izražaja.

Kako je gore rečeno, između strana u ugovornom odnosu često postoje razlike glede njihove pravne naobrazbe, gospodarske snage, položaja na tržištu, njihovih interesa, želja i potreba. Također, pojedini sudionici mogu imati i stav o postojanju nužde da se određeni ugovor sklopi, što može utjecati na njihovu slobodu ugovaranja.³⁰ Načelo ravnopravnosti određeno u čl. 3. ZOO-a usmjereno je upravo na uklanjanje ove neravnoteže jer se ona nastoji zaobići da bi ugovorne strane, što je više moguće, postale pravno ravnopravne.³¹

Iako ovo načelo važi za sve obveznopravne odnose, ono je na nekoliko mjesta u ZOO-u još i posebno istaknuto pa se tako pojedinim odredbama ovog zakona npr. izričito zabranjuje mogućnost isključenja odgovornosti za štetu onog dužnika koji je istu počinio namjerno ili krajnjom nepažnjom jer bi u tom slučaju on bio u boljem položaju od svog vjerovnika; određuje da sud može na zahtjev zainteresirane ugovorne strane poništiti ugovornu odredbu o isključenju i ograničenju odgovornosti za običnu nepažnju, ako je takav sporazum proizašao iz monopolskog položaja dužnika ili uopće iz neravnopravnog odnosa ugovornih strana; određena je ništetnost odredbe kojom se isključuje odgovornost otuđivatelja za materijalne nedostatke stvari, utoliko ukoliko je on, koristeći se svojim monopolskim položajem, nametnuo tu odredbu; također, određeno je da će opći uvjeti ugovora, koji dovode do očite neravnopravnosti između ugovornih strana, biti ništetni.³²

Načela dispozitivnosti i ravnopravnosti u obveznom pravu rezultiraju time da ugovorne strane ravnopravno i slobodno pregovaraju o budućem ugovoru.

ru, dogovaraju njegov sadržaj, odnosno, njegove učinke. Sve ovo, da bi obje sklopljenim ugovorom, u najvećoj mjeri, ispunile svoja očekivanja, želje i potrebe.

3. Adhezijski ugovori

Adhezijski ugovori uvelike se razlikuju od klasičnih ugovora jer kod adhezijskih ugovora nema pregovora o sadržaju ugovora. Njega unaprijed određuje jedna ugovorna strana, koja odlučuje koje će odredbe u njega ući, a ugovor će biti sklopljen samo s onima koji u potpunosti pristanu na taj sadržaj.³³ Dakle, ovo je potpuno drukčije od sklapanja ugovora koji su rezultat pregovora između dvije ugovorne strane.

3.1. Opći pregled adhezijskih ugovora

Adhezijski ugovor se sastoji od odredaba koje je u njega unijela ona ugovorna strana koja ga je sastavila i biti će sklopljen sa svakom osobom koja na njega pristane, a ispunjava pretpostavke koje je odredio sastavljač takvog ugovora.³⁴ Radi se o općim uvjetima poslovanja one strane koja je sastavila adhezijski ugovor te ovaj način sklapanja ugovora isključuje individualne pregovore koji su često ključni dio sklapanja klasičnih ugovora obveznog prava.

23

F. Kessler, »Contracts of Adhesion«, str. 641; David W. Slawson, »Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power«, *Harvard Law Review* 84 (1971) 3, str. 529–566, ovdje str. 536, doi: <https://doi.org/10.2307/1339552>.

24

V. Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 9.

25

Max Radin to naziva »the compulsion to make a contract« (»nagnuće da se načini ugovor«). – M. Radin, »Contract Obligation and the Human Will«, str. 579–580.

26

Jure Plečaš, »Prevenција nepoštenih odredbi u potrošačkim ugovorima, u skladu s hrvatskim propisima i europskom pravnom stečevinom«, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru* (2016–2017), str. 149–161, ovdje str. 150.

27

V. Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 10.

28

Ravnopravnost ugovornih strana u određenom ugovornom odnosu ne vrijedi oduvijek jer je, primjerice, u rimskom pravu onaj tko potražuje, uvijek bio u boljem položaju od onoga tko duguje. – P. Klarić, M. Vedriš, *Grđansko pravo*, str. 9.

29

Ibid.

30

V. Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 9.

31

Ibid.

32

Čl. 345. st. 1.; čl. 345. st. 2., čl. 408. st. 2., čl. 528. st. 2., čl. 558. st. 2.; čl. 296. st. 1. ZOO-a. Za više vidjeti: V. Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 10.

33

Silvija Petrić, »O nepravilnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravu Europske Unije«, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 39 (2002) 1–2, str. 59–83, ovdje str. 59.

34

U nekim slučajevima, ugovorna strana koja je takav ugovor sastavila, neće imati mogućnost odbiti sklapanje ugovora s onima koji prihvate njegovo sklapanje (radi se tzv. obveznom sklapanju ugovora), a ako odbije, snosit će negativne posljedice tog svog odbijanja. – Čl. 248. ZOO-a. Npr., ugovor o uskladištenju sklapa se temeljem unaprijed objavljenih uvjeta poslovanja javnog skladišta i skladištar je dužan sklopiti ugovor o uskladištenju sa svim osobama koje ispune te uvjete. – Petar Ceronja, »Ugovor o uskladištenju u hrvatskom i makedonskom pravu«, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 61 (2011) 2, str. 821–847, ovdje str. 827.

Slijedom toga, za njih je karakteristično da sastavljač određuje sve odredbe ugovora, a druga strana ima izbor samo glede toga hoće li ih sve prihvatiti ili u potpunosti odbiti.³⁵

Ovi ugovori prvi put su se pojavili s napretkom znanosti i tehnologije, koji je proizvodnju raznih dobara i pružanje usluga, doveo na razinu koja se nije mogla usporediti sa stanjem koje je postojalo ranije. Naime, nakon što je postalo moguće masovno proizvoditi različite vrste dobara, tj. pružati različite vrste usluga, ta dobra i usluge postali su jeftiniji i dostupniji velikom broju ljudi.³⁶ S tim u vezi, brzo je postalo jasno da ugovori kod kojih dvije strane imaju mogućnost pregovarati o svakoj pojedinoj odredbi svog budućeg ugovora, više nisu dostatni.³⁷ Proizvođači su proizvodili i prodavali puno jednakih proizvoda, odnosno nudili jednake usluge, pod istim uvjetima, velikom broju osoba. Sklapanje klasičnih ugovora više nije dolazilo u obzir jer je takav način sklapanja postao preskup i zahtijevao previše vremena.³⁸ Stoga je sklapanje ugovora individualnim pregovaranjem svedeno gotovo na iznimku.³⁹

Zbog toga se moralo prijeći na novi način sklapanja ugovora koji je pojednostavljivao cijeli postupak, eliminirao fazu pregovora te ubrzavao i pojeftinjivao stjecanje dobara i usluga. Taj novi način sklapanja ugovora oslanjao se na uvjete poslovanja koje je objavila jedna ugovorna strana, a koje je druga ugovorna strana mogla samo prihvatiti ili odbiti. S tim u vezi, primjena tradicionalnih načela ugovornog prava, kao što je dispozitivnost, mogla je biti dovedena u pitanje.⁴⁰ Prelaskom na adhezijske ugovore, prešlo se s ugovora kod kojih su ugovorne strane slobodno i ravnopravno pregovarale, a koji su se razlikovali jedan od drugog po onome što su ugovorne strane željele postići, na ugovore na čije sklapanje je pozvan neograničen broj osoba, koje svoju slobodu mogu izraziti jedino pristankom ili odbijanjem pristupanja takvom ugovoru (prihvat *take it or leave it*, odnosno *en bloc*), dok na njihov sadržaj nikako ne mogu utjecati.⁴¹

Poznati francuski pravnik Raymond Saleilles početkom 20. stoljeća prvi je puta ovakve ugovore nazvao adhezijskim ugovorima (*contract d'adhésion*).⁴² On ih je definirao kao unaprijed utvrđene uvjete poslovanja kod kojih dominira volja onoga tko ih sastavlja, a upućeni su neodređenom broju osoba.⁴³ Kasnije su ostali autori koji su se bavili ovom tematikom, naveli još neka njihova obilježja – ponuda koja se nalazi u ovim ugovorima trajna je i općenita; sastavljač ovakvog ugovora u boljem je položaju i često ima veću ekonomsku moć od druge strane; ovom vrstom ugovora nudi se širok spektar dobara i usluga.⁴⁴

Adhezijski ugovori prvo su se počeli koristiti u prijevozu robe i ljudi, bankarskim uslugama i osiguranju, da bi danas, u modernom poslovanju, uvelike zamijenili ugovore koji se sklapaju nakon pregovaranja o njihovom sadržaju. Naime, većina je suglasna da su danas adhezijski ugovori postali pravilo, a ne iznimka.⁴⁵ Adhezijski ugovori danas se koriste u većini djelatnosti: isporuci različitih energenata, telekomunikaciji, bankarstvu, osiguranju, transportu, skladištenju, zdravstvu i sl., a već dulje vrijeme, ogroman broj adhezijskih ugovora svakodnevno se sklapa putem informatičke mreže.⁴⁶

3.2. Neke karakteristike adhezijskih ugovora koje bi mogle dovesti do narušavanja načela dispozitivnosti

Jasno je da adhezijski ugovori imaju znatnih prednosti, no s njima su povezani i određeni nedostaci koji se vežu uz nemogućnost izbora one strane koja

na njih pristaje glede onoga što će u takve ugovore ući. Ovi ugovori koriste se već dugi niz godina na raznim područjima i danas je nezamislivo da se brojna dobra i usluge stječu ikako drukčije, nego da se pristane na uvjete poslovanja koje je odredio onaj tko ih snabdijeva. U tom smislu, adhezijski ugovori postali su nezamjenjivi u suvremenom poslovanju.⁴⁷

Prednosti sklapanja adhezijskih ugovora su, među ostalim, mogućnost stjecanja raznih dobara i usluga puno jeftinije i brže nego što bi to bilo moguće kada bi se o svakoj transakciji individualno pregovaralo; brzo i učinkovito sklapanje ugovora koje je omogućeno svima; činjenica da se u modernom poslovanju ni ne bi moglo drukčije distribuirati toliko velik broj dobara i usluga, toliko velikom broju zainteresiranih potrošača iz cijelog svijeta.⁴⁸ Također, isti tip ugovora za sobom povlači i standardiziranje rizika poslovanja i mogućih sporova, što dovodi do efikasnog nadzora nad poslovanjem i rezanja organizacijskih troškova. Nadalje, od ovih ugovora i društvo u cjelini ima koristi upravo zato što oni omogućuju masovnu proizvodnju i potrošnju velike

35

S. Petrić, »O nepravičnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravu Europske Unije«, str. 59; Silvija Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, *Pravo u gospodarstvu* 45 (2006) 4, str. 199–243, ovdje str. 203.

36

Nora K. Duncan, »Adhesion Contracts: A Twentieth Century Problem for a Nineteenth Century Code«, *Louisiana Law Review* 34 (1974) 5, str. 1081–1100, ovdje str. 1081.

37

Vera Bolgár, »The Contract of Adhesion: A Comparison of Theory and Practice«, *The American Journal of Comparative Law* 20 (1972) 1, str. 53–78, ovdje str. 55, doi: <https://doi.org/10.2307/839488>.

38

S. Petrić, »O nepravičnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravu Europske Unije«, str. 60.

39

S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 203.

40

V. Bolgár, »The Contract of Adhesion«, str. 55.

41

Ibid., str. 57.

42

Slobodan G. Vukadinović, »Adhezioni ugovori u francuskom pravu«, *Strani pravni život* (2020), br. 1, str. 5–15, ovdje str. 7, doi: <https://doi.org/10.5937/spz64-25009>.

43

Ibid.

44

V. Bolgár, »The Contract of Adhesion«, str. 54.

45

F. Kessler, »Contracts of Adhesion«, str. 631; William Hurley, »Failure of Notice to Terms in Online Contract Formation: A Solution That Informs Consumers of Their Obligations and Rights«, *Liberty University Law Review* 14 (2019) 1, čl. 9, str. 249–279, ovdje str. 265; S. Petrić, »O nepravičnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravu Europske Unije«, str. 59.

46

C. B. Preston, E. McCann, »Llewellyn Slept Here«, str. 129. Većina se slaže da se danas ugovori uglavnom sklapaju pristupanjem unaprijed utvrđenim uvjetima poslovanja. Tako i: D. W. Slawson, »Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power«, str. 529–533.

47

S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 205; Aleksandar Goldštajn, »Opći uvjeti poslovanja«, u: Aleksandar Goldštajn (ur.), *Opći uvjeti poslovanja u međunarodnoj i unutrašnjoj trgovini*, Informator, Zagreb 1970., str. 9–47, ovdje str. 13.

48

D. W. Slawson, »Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power«, str. 529–533; S. Petrić, »O nepravičnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravu Europske Unije«, str. 60; J. Plečaš, »Prevenција nepoštenih odredbi u potrošačkim ugovorima, u skladu s hrvatskim propisima i europskom pravnom stečevinom«, str. 151; Ivan Milotić, »Sklapanje ugovora bez vođenja pregovora«, *Pravo i porezi* (2021), br. 6, str. 82–90, ovdje str. 89.

količine dobara i usluga po niskim cijenama, koje ne bi takve mogle biti kada bi se ugovori zaključivali na klasičan način.⁴⁹

No, osim značajnih prednosti, postoje i potencijalne opasnosti vezane uz adhezijske ugovore, koje spominju mnogi autori, a povezane su s mogućim narušavanjem načela dispozitivnosti. Primjerice, mnogi naglašavaju da je kod ovih ugovora, potrošačeva sloboda svedena na puku formu upravo zbog najvažnije karakteristike ovih ugovora, a to je da potrošač ni na koji način ne može utjecati na sadržaj takvog ugovora, može samo prihvatiti ili odbiti njegovo sklapanje.⁵⁰

Također, često postoji i značajna razlika u gospodarskoj snazi ugovornih strana jer je sastavljač nerijetko u boljem položaju od onoga tko prihvaća odredbe adhezijskog ugovora.⁵¹ S ovim je povezana i činjenica da na strani potrošača može postojati stvarna nužda za sklapanjem ovog ugovora jer ukoliko ne pristane na njegove odredbe, utoliko neće na drugi način moći ostvariti ono što želi. U takvom je slučaju upitno ima li ta strana uopće izbor odbiti sklapanje adhezijskog ugovora čiji sadržaj ne odgovara njezinim željama, ako ponekada pristanak na taj ugovor predstavlja jedini način ostvarenja određene životne potrebe.

Kao primjer, navesti se može sklapanje ugovora o priključenju na vodoopskrbnu, električnu ili plinsku mrežu, gdje jedna strana ima veliku ekonomsku snagu i odgovarajuću pravnu podršku te nema toliko velik interes za sklapanje upravo tog ugovora s tim jednim potrošačem, dok je druga strana u pravilu fizička osoba prosječne stručne spreme, male ekonomske moći, često bez pravnog obrazovanja i s velikim interesom da se ugovor što prije sklopi.⁵² I u ovakvim slučajevima potrošač bi mogao odbiti sklapanje ugovora jer će ponekada imati alternativni način da svoje potrebe zadovolji na nešto drukčiji način (npr. potrošač može odbiti priključenje na plinsku mrežu i odlučiti se na neki drugi način zadovoljiti svoje potrebe za grijanjem). No ponekad to neće biti moguće, kao što je slučaj kod spajanja na vodoopskrbnu mrežu, s obzirom na to da na određenom području, djelatnost vodne usluge obavlja samo jedan isporučitelj vodnih usluga.⁵³ U tom će slučaju potrošač morati prihvatiti opće uvjete poslovanja toga isporučitelja, bez obzira na to što mu oni možda neće odgovarati, pa tu on i nema neke slobode glede odlučivanja hoće li pristati na takav ugovor. On to mora učiniti jer bez vode ne može živjeti.

Inače, ako potrošač smatra da uvjeti poslovanja jednog ponuđača nisu ono što odgovara njegovim željama i mogućnostima, uvijek može odabrati sklapanje ugovora s nekim drugim pružateljem istih dobara ili usluga. No, treba voditi računa o tome da uvjeti poslovanja drugih ponuđača mogu biti jednaki ili slični uvjetima poslovanja ponuđača kojeg je potrošač odbio.⁵⁴ Problem sličnosti ili identičnosti uvjeta poslovanja poslovnih subjekata koji se bave istom ili sličnom djelatnošću može biti rezultat njihovog dogovaranja i usuglašavanja oko tih uvjeta, ali i spontanog ujednačavanja sadržaja adhezijskih ugovora u okviru iste djelatnosti.⁵⁵ Naime, ne mora doći do toga da se osobe koje obavljaju istu djelatnost dogovore da će imati jednake uvjete poslovanja, već je moguće da do ovoga dođe »lančanom reakcijom«.⁵⁶ S tim u vezi, također se može postaviti pitanje slobode koju takav potrošač ima – koliko je on doista slobodan u izboru druge ugovorne strane i njezinih uvjeta poslovanja, kad se oni ne razlikuju (mnogo) od uvjeta poslovanja svih ostalih koji se bave istom djelatnošću?

Postoje adhezijski ugovori kod kojih potrošač čak nema ni mogućnost odbiti sklapanje ugovora jer je ona obvezna za određene kategorije osoba, zato što

tako nalaže zakon.⁵⁷ Primjerice, vlasnik motornog vozila koji to vozilo želi registrirati i koristiti, dužan je sklopiti ugovor o osiguranju od odgovornosti za štetu koju uporabom vozila može nanijeti trećim osobama.⁵⁸ On, dakle, nema ni onaj minimum izbora koji se inače veže uz adhezijske ugovore: hoće li ga prihvatiti ili ne. Kod ovakvih ugovora on može birati samo s kim će taj ugovor sklopiti. Treba napomenuti i to da je kod sklapanja ugovora o obveznom osiguranju od automobilske odgovornosti, njegovo sklapanje obvezno i za ugovaratelja osiguranja i za osiguratelja.⁵⁹ Nesumnjivo je da je kod ovakvih adhezijskih ugovora sloboda ugovaranja najснаžnije ograničena.⁶⁰

Zbog svega navedenog, većina autora koji se bave ovom problematikom slaže se u tome da kod adhezijskih ugovora načelo dispozitivnosti potencijalno može biti narušeno na strani potrošača koji pristupa takvom ugovoru.⁶¹

49

S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 205.

50

S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 205; V. Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 459–460.

51

Ibid.

52

V. Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 10.

53

Čl. 8. st. 1. Zakona o vodnim uslugama, Narodne novine 66/19.

54

Zvonimir Slakoper, »Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore«, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 22 (2001) 1, str. 181–208, ovdje str. 182; Margaret Jane Radin, »Online Standardization and the Integration of Text and Machine«, *Fordham Law Review* 70 (2002) 4, str. 1125–1146, ovdje str. 1135; S. G. Vukadinović, »Adhezioni ugovori u francuskom pravu«, str. 6; S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 203 (bilj. 23), str. 205; A. Goldštajn, *Opći uvjeti poslovanja*, str. 15.

55

S. Petrić, »O nepravilnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravu Europske Unije«, str. 60.

56

Slobodan Vukadinović, »Domašaj pravila *contra proferentem* u tumačenju općih uslova ugovora«, *Pravni zapisi* 11 (2020) 1, str. 141–172, ovdje str. 155, doi: <https://doi.org/10.5937/pravzap0-27038>.

57

Zakon o obveznim osiguranjima u prometu, Narodne novine 151/05, 36/09, 75/09, 76/13,

152/14, u čl. 2. st. 2. kao jedno o obveznih osiguranja propisuje osiguranje od automobilske odgovornosti.

58

Zakon o obveznim osiguranjima u prometu, čl. 22. st. 1.

59

Više u: Berislav Matijević, »Sloboda uređivanja obveznih odnosa i obvezno osiguranje od automobilske odgovornosti«, *IUS-INFO*, str. 1–11, ovdje str. 3. Dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/sloboda-ure%C4%91ivanja-obveznih-odnosa-i-obvezno-osiguranje-od-automobilske-odgovornosti> (pristupljeno 31. 1. 2022.).

60

Nataša Petrović Tomić, »O ograničenoj i usmerenoj slobodi ugovaranja u ugovornom pravu osiguranja: Fenomen 'pokoravanja' ugovora o osiguranju«, *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu* 68 (2020) 1, str. 100–125, ovdje str. 103–104, 120. Posebno o ograničenju slobode odlučivanja hoće li ugovor o osiguranju uopće biti sklopljen; izboru suugovaratelja te sadržaju ugovora: str. 105–113. Treba naglasiti da i inače postoji određeni broj onih koji sastavljaju adhezijske ugovore (npr. pravne osobe koje isporučuju električnu energiju, plin, vodu, telekomunikacijske usluge, usluge prijevoza i sl.), koji nisu slobodni kada to čine. Naime, oni moraju voditi računa o bitnim elementima koji u takav ugovor moraju ući te o uvjetima pod kojima pružaju takve djelatnosti. Kod nekih je od njih način na koji obavljaju svoju djelatnost određen propisom; često ne mogu odbiti sklapanje ugovora s onima koji ispunjavaju njihove unaprijed utvrđene uvjete poslovanja; propisana je odgovornost za štetu ako to ipak učine (čl. 1083. i 1084. ZOO-a), često i neke druge sankcije.

61

S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 205; Z. Slakoper, »Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s

Neravnoteža između ugovornih strana kod adhezijskih ugovora postoji u faktičnoj, ne pravnoj moći, no, i ta faktična neravnoteža može dovesti do toga da sastavljač adhezijskog ugovora ima npr. prednosti u slučaju spora te da ima mogućnost raspolagati pravnim i poslovnim informacijama i znanjima, koje potrošač nema. Također, s obzirom na to da je onome tko pristupa takvim ugovorima ostavljena mogućnost izbora samo oko toga hoće li pristati ili ne na odredbe ugovora koji je samostalno sastavila druga strana, postoji rizik da onaj tko određuje sadržaj adhezijskog ugovora u njega unese odredbe kojima će osigurati ispunjenje svojih vlastitih interesa, ne vodeći previše računa o interesima druge strane, pri čemu može doći do nepravičnih situacija.⁶² U ovom slučaju takve osobe mogu i zlorabiti svoj položaj te u ugovor unijeti odredbe koje su za njih povoljnije, dok su za drugu stranu nepovoljne i štetne.⁶³ Može se raditi o odredbama kojima se ograničava ili isključuje odgovornost sastavljača za povrede ugovornih odredbi, ograničenje ili isključenje odgovornosti za štetu koju pretrpi druga strana; odredbe kojima se isključuju ili ograničavaju prava koja bi druga strana inače imala, odnosno nameću joj se obveze koje inače ne bi imala; odredbe koje sastavljaču daju mogućnost da jednostrano utječe na sadržaj i izmjene ugovora.⁶⁴

3.3. *Zaštita potrošača kao slabije strane*

Upravo zbog svega gore navedenog, ZOO štiti slabiju stranu od utjecaja jače strane, određujući: a) ništetnost odredbi ovakvih ugovora, koje suprotno načelu savjesnosti i poštenja, dovode do očite neravnopravnosti među ugovornim stranama, na štetu osobe koja pristaje na njih i b) ništetnost odredbi koje ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora.⁶⁵ Pri ocjeni ništetnosti u obzir se uzimaju sve okolnosti koje su postojale prije i u vrijeme sklapanja ugovora, njegova pravna narav, vrsta robe ili usluge koja je bila objekt ugovora, te odredbe drugog ugovora s kojim je odredba o čijoj ništetnosti se odlučuje bila povezana.⁶⁶ ZOO štiti osobu koja pristaje na unaprijed objavljene uvjete poslovanja druge strane na još jedan način: kada u takvom ugovoru postoje nejasne odredbe, one će se tumačiti u njezinu korist, a protiv sastavljača (*contra proferentem*).⁶⁷ Cilj je ovog pravila zaštita slabije strane od njezinog suugovaratelja koji je dominantnija, jača strana te sprečavanje unošenja dvosmislenih i nejasnih odredaba u ugovor, s obzirom na to da će se one, ako dođe do spora, tumačiti na teret onoga tko ih je i unio u ugovor.⁶⁸ I čl. 295. u st. 4. i 5. štiti potrošače na način da određuje kako će opći uvjeti ugovora morati biti objavljeni na uobičajen način te će ugovornu stranu obvezivati samo ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora. Formulacija »morali biti poznati« odnosila bi se na ugovore kod kojih dolazi do prešutnog pristanka na odredbe ugovora, a smisao joj je da i u onim slučajevima kada potrošač prihvaća adhezijski ugovor neizravno, on mora imati mogućnost upoznati se s odredbama ugovora, ukoliko upotrijebi potreban stupanj pažnje.⁶⁹

Također, i Zakon o zaštiti potrošača (ZZP)⁷⁰ u dijelu koji se odnosi na nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima (čl. 49.), određuje da će se nepoštenom smatrati ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, ako uzrokuje znatnu neravnotežu u pravima i obvezama druge strane, na štetu potrošača, a suprotno načelu savjesnosti i poštenja. Jasno je da se ovdje misli i na odredbe adhezijskih ugovora, s obzirom na to da se o njima nikada ne pregovara, a ako sastavljač ugovora tvrdi da se o spornoj odredbi pojedinačno pregovaralo, to mora i dokazati.⁷¹ Nepoštena odredba smatrat će se ništetnom,

što će dovesti do djelomične ništetnosti ugovora jer ta jedna odredba neće za sobom povući ništetnost cijelog ugovora ako on bez nje može opstati.⁷² Osim ove generalne klauzule, koja određuje što se smatra nepoštenom odredbom, ZZP ide i korak dalje pa donosi listu primjera odredaba koje bi se, uz ispunjenje pretpostavki iz čl. 49., mogle smatrati nepoštenima.

»1. odredba o ograničenju ili isključenju odgovornosti trgovca za štetu uzrokovanu smrću ili tjelesnom ozljedom potrošača, ako je šteta posljedica štetne radnje trgovca; 2. odredba o ograničenju ili isključenju prava koja potrošač ima prema trgovcu ili nekoj trećoj osobi u slučaju potpunog ili djelomičnog neispunjenja ugovora, uključujući i odredbu o isključenju prijeboga potrošačeva duga s dugom koji trgovac ima prema potrošaču; 3. odredba kojom se potrošač obvezuje na ispunjenje ugovorne činidbe, dok je ispunjenje obveze trgovca uvjetovano okolnošću čije ispunjenje ovisi isključivo o volji trgovca; 4. odredba kojom se predviđa da trgovac zadrži plaćeno od strane potrošača kada ovaj odluči da neće sklopiti, odnosno ne ispuni ugovor, dok se isto pravo ne predviđa za potrošača u slučaju da trgovac ne želi sklopiti, odnosno ne ispuni ugovor; 5. odredba kojom se potrošač obvezuje platiti nadoknadu štete zbog neispunjenja koja je znatno veća od stvarne štete; 6. odredba kojom se trgovca ovlašćuje na raskid ugovora na temelju njegove diskrecijske ocjene, dok isto pravo nije predviđeno i za potrošača; 7. odredba kojom se trgovca ovlašćuje da, u slučaju kada raskine ugovor, zadrži plaćeno za usluge koje još nije obavio; 8. odredba kojom se trgovca ovlašćuje na otkaz ugovora sklopljenog na neodređeno vrijeme bez ostavljanja primjerenog otkaznog roka, osim u slučajevima kada postoje opravdani razlozi za otkaz; 9. odredba kojom se određuje da će se ugovor na određeno vrijeme produljiti na neodređeno ili određeno vrijeme ne izjavi li potrošač, prije prestanka ugovora, da ne želi produljenje ugovora, ako je rok u kojem potrošač to može izjaviti neprimjeren kratk; 10. odredba kojom se potrošaču nameću određene obveze, a da potrošač prije sklapanja ugovora nije bio u mogućnosti upoznati se s tom odredbom; 11. odredba kojom se trgovcu dopušta da jednostrano mijenja ugovorne odredbe bez valjanog, ugovorom predviđenog razloga; 12. odredba kojom se trgovcu dopušta da jednostrano mijenja obilježja proizvoda ili usluge koji su predmet ugovora, bez valjanog razloga; 13. odredba kojom se cijena robe ili usluge utvrđuje u vrijeme isporuke robe, odnosno pružanja usluge ili odredba kojom se trgovcu dopušta povećanje cijene, u oba

posebnim osvrtom na potrošačke ugovore«, str. 183; Anita Petrović, »Opći uvjeti poslovanja sa osvrtom na nepravedne klauzule u ugovoru o potrošačkom kreditu«, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Bijaču* (2011) 1, str. 121–145, ovdje str. 125; Slobodan G. Vukadinović, »Adhezioni ugovori u francuskom pravu«, str. 6; I. Milotić, »Sklapanje ugovora bez vođenja pregovora«, str. 83.

62
S. G. Vukadinović, »Adhezioni ugovori u francuskom pravu«, str. 6; S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 202–203; V. Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 462.

63
S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 206; Mladen Pavlović, »Nevaljanost pravnog posla, odnosno ugovora i pravne posljedice nevaljanosti«, *IUS-INFO*, str. 1–28, ovdje str. 9. Dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2020B1357> (pristupljeno 31. 1. 2022.).

64
S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 206 (bilj. 32), str. 208–213.

65
Čl. 296. st. 1. ZOO-a.

66
Čl. 296. st. 2. ZOO-a. Vidjeti i M. Pavlović, »Nevaljanost pravnog posla, odnosno ugovora i pravne posljedice nevaljanosti«, str. 9.

67
Čl. 320. st. 1. ZOO-a.

68
Slobodan Vukadinović, »Domašaj pravila *contra proferentem* u tumačenju opštih uslova ugovora«, str. 149–150.

69
V. Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 460; S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 223.

70
Zakon o zaštiti potrošača, Narodne novine 41/14, 110/15, 14/19 (dalje: ZZP).

71
Ana Poščić, »Nepoštena klauzula u potrošačkim ugovorima«, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 43 (2006) 2, str. 170–171.

72
Čl. 55. ZZP-a.

slučaja ne priznajući pritom potrošaču pravo na raskid ugovora, ako je stvarna cijena znatno viša od cijene dogovorene u vrijeme sklapanja ugovora; 14. odredba kojom se trgovcu daje pravo ocijeniti je li prodani proizvod ili pružena usluga u skladu s ugovorom; 15. odredba kojom se trgovcu daje isključivo pravo tumačenja svih ili pojedinih odredaba ugovora; 16. odredba kojom se isključuje ili ograničava odgovornost trgovca za obveze koje je za njega preuzeo njegov zastupnik ili odredba kojom se dužnost poštovanja tih obveza uvjetuje ispunjenjem određenih formalnosti; 17. odredba kojom se obvezuje potrošača na ispunjenje njegovih ugovornih obveza čak i u slučajevima kada trgovac nije ispunio svoje ugovorne obveze; 18. odredba kojom se trgovcu dopušta da, bez prethodnog pristanka potrošača, prenese prava i obveze iz ugovora na treću osobu, ako se potrošač time dovodi u nepovoljniji položaj; 19. odredba kojom se isključuje, ograničava ili otežava pravo potrošača da prava iz ugovora ostvari pred sudom ili drugim nadležnim tijelom, a poglavito odredba kojom se obvezuje potrošača na rješavanje spora pred arbitražom koja nije predviđena mjerodavnim pravom, odredba koja onemogućava izvođenje dokaza koji idu u prilog potrošaču ili odredba kojom se teret dokaza prebacuje na potrošača kada bi, prema mjerodavnom pravu, teret dokaza bio na trgovcu.«⁷³

Nadalje, slično kao čl. 296. st. 2. ZOO-a, i ZZP određuje kako će se prilikom ocjene je li određena ugovorna odredba poštena, u obzir uzimati narav robe ili usluge koja je predmet ugovora, sve okolnosti koje su postojale prije i prilikom sklapanja ugovora, ostale ugovorne odredbe, a također i neki drugi ugovor koji, s obzirom na ugovor koji se ocjenjuje, predstavlja glavni ugovor.⁷⁴ Također, kao i odredba čl. 320. st. 1. ZOO-a, i ZZP određuje kako će se dvojbene ili nerazumljive odredbe tumačiti u korist potrošača.⁷⁵

Ovdje se može govoriti o zadiranju pravnog poretka u režim ugovora, što nikako nije u skladu s jednim od temeljnih načela obveznog prava – načelu *pacta sunt servanda*, no ovo zadiranje se opravdava time što prilikom sklapanja adhezijskog ugovora jedna strana nije bila u mogućnosti izraziti svoju volju, s obzirom na to da je njena sloboda bila povezana samo s odlukom hoće li ili ne sklopiti odnosni ugovor.⁷⁶ Dakle, upravo zbog faktične nejednakosti između sastavljača adhezijskog ugovora i potrošača, potrebna je intervencija pravnog poretka u njihov ugovor.⁷⁷ Ovo posebno ako se radi o sastavljaču koji svakodnevno sklapa identičan ugovor s velikim brojem osoba (masovni ugovori), jer se u takvim slučajevima odredbe ovakvih ugovora u mnogo toga približavaju općim propisima koji vrijede za sve, pa zato opći interes i njegova zaštita dolazi mnogo više do izražaja nego što je to slučaj kod klasičnih ugovora.⁷⁸

Treba napomenuti kako je Direktiva 93/13 EEZ⁷⁹, zbog koje je u ZZP i uvršten dio koji se odnosi na nepoštenne odredbe u potrošačkim ugovorima, izmijenjena Direktivom 2019/2161⁸⁰ koja određuje da su države članice do 28.11.2021. morale donijeti i objaviti mjere koje su potrebne radi usklađivanja s ovom Direktivom te će se te mjere primjenjivati od 28.5.2022. Izmjene koje donosi Direktiva 93/13, a koje su od značaja za ovaj rad, odnose se na pojačanu zaštitu potrošača od nepoštenih odredbi i to na način da države članice moraju utvrditi pravila o sankcijama protiv onih koji sastavljaju potrošačke ugovore koji sadrže nepoštenne odredbe i poduzimati sve potrebne mjere radi osiguranja njihove provedbe. Predviđene sankcije moraju biti učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće. Navedene sankcije mogu biti ograničene na situacije u kojima su ugovorne odredbe izričito definirane kao nepoštenne u svim okolnostima ili u kojima prodavatelj robe ili pružatelj usluga nastavlja koristiti ugovorne odredbe za koje je pravomoćnom odlukom utvrđeno da su nepoštenne.⁸¹ Osim toga, u novom ZZP-u postoje i noviteti koji ne proizlaze iz obveze usklađivanja s direktivama EU-om, među ostalim, odnose se na veću transparentnost ugovora sklopljenih na daljinu te pružanje obavijesti pružatelja internetskih usluga.⁸²

4. Adhezijski ugovori sklopljeni putem informatičke mreže

Adhezijski ugovori sklopljeni putem informatičke mreže su adhezijski ugovori koji se sklapaju na jednak način kao i ostali takvi ugovori, jedino što se oni sklapaju putem informatičke mreže i u digitalnom su obliku. Ovi ugovori se sklapaju svakodnevno i to u ogromnom broju. Naime, velik dio života današnjih ljudi se preselio u *online* okruženje. Na internetu se kupuje, prodaje, upoznaje, stvara, zarađuje. Puno onoga što se ranije radilo i što je postojalo samo u »fizičkom« svijetu, sada je postalo digitalno. Sva ta dobra i usluge koje se svakodnevno stječu *online* i sve što se obavlja *online*, događa se na raznim *web* stranicama. Sve te *web* stranice nekome pripadaju i netko je u njih uložio znatan novac, znanje i vrijeme. Radi se o pružateljima internetskih usluga koji korisnicima omogućuju korištenje njihovih *web* stranica, a zauzvrat od korisnika očekuju poštovanje uvjeta pod kojima njihove *web* stranice posluju.⁸³ S tim u vezi, kad god netko želi nešto kupiti s određene *web* stranice, otvoriti profil na društvenoj mreži, otvoriti adresu e-pošte ili bilo što slično, prije nego uspije u tome mora pristati na uvjete poslovanja pružatelja internetskih usluga kojemu pripada ta *web* stranica. Neki od budućih korisnika *web* stranice to čini automatizmom, ni ne razmišljajući pri tome da su klikom

73

Čl. 50. ZZP-a.

74

Čl. 51. ZZP-a.

75

Čl. 54. ZZP-a.

76

V. Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 462; S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 206.

77

Kako Petrić navodi, sredstva zaštite slabije strane slična su u većini sustava europskog kontinentalnog i *common law* sustava: među ostalim, prihvaćeno je da onaj tko pristupa adhezijskom ugovoru ima pravo biti upoznat s njegovim sadržajem te ga odredbe za čije značenje ili postojanje niti je znao, niti mogao znati, ne bi trebale obvezivati. Također, u slučaju nejasnih odredbi, takva se osoba štiti pravilom da se te odredbe tumače u njegovu korist, a na štetu sastavljača (*contra proferentem*). – S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 206–211. Slično: Zinka Bulka, »Nepoštene ugovorne odredbe u potrošačkim ugovorima«, *Pravo u gospodarstvu* 54 (2015) 1, str. 112.

78

A. Goldštajn, *Opći uvjeti poslovanja*, str. 17–18; V. Gorenc *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, str. 463.

79

Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, OJ L 095, 21. 4. 1993., str. 29–34.

80

Direktiva (EU) 2019/2161 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. studenog 2019. o izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i direktiva 98/6/EZ, 2005/29/EZ te 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća u pogledu boljeg izvršavanja i modernizacije pravila Unije o zaštiti potrošača, OJ L 328, 18.12.2019, str. 7–28.

81

Čl. 1. Direktive 2019/2161.

82

»Nacrt prijedloga zakona o zaštiti potrošača«. Dostupno na: <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=16882> (pristupljeno: 31. 1. 2022.).

83

Koristit će se pojam »korisnik« (prijevod riječi *user*) umjesto »potrošač« jer je potrošač, sukladno čl. 5. ZZP-a, »fizička osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu izvan svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti«. Kod pristupanja adhezijskim ugovorima koji se sklapaju putem informatičke mreže, na strani onoga tko pristupa, može se naći i pravna osoba (npr. pravna osoba koja želi otvoriti stranicu na nekoj društvenoj mreži, npr. *Facebook*, ili prodavati svoje proizvode na nekoj *online* platformi, npr. *Etsy*. U kontekstu onoga čime će se ovaj dio rada baviti – potencijalnih problema koji mogu biti naglašeniji u digitalnom okruženju, a povezani su uz uvjete poslovanja pružatelje internetskih usluga – i fizičke i pravne osobe mogu jednako biti njima pogođene.

mišem ili pretraživanjem stranice, stupili u ugovorni odnos s pružateljem internetskih usluga. Svakako treba naglasiti da sklapanje ugovora s pružateljem internetskih usluga ne bi ni bilo moguće na neki drugi način jer je nezamislivo da ovaj individualno pregovara sa svakom osobom koja, za bilo koju svrhu, želi koristiti njegovu *web* stranicu.⁸⁴ Sklapanje adhezijskih ugovora putem informatičke mreže omogućuje korisnicima da bez puno truda i troškova pronađu ono što žele, dobiju uvid u ugled *web* stranice i kvalitetu usluge.⁸⁵

Temeljna podjela ugovora sklopljenih putem informatičke mreže je podjela na *clickwrap* i *browsewrap* ugovore.⁸⁶ *Clickwrap* ugovori smatraju se sklopljenima kada korisnik klikne – otuda i ime – na kućicu kraj koje piše da se slaže sa sadržajem takvog ugovora (npr. »I agree.«). Bez tog klika, korisnik najčešće ne može nastaviti koristiti stranicu pružatelja internetskih usluga koji je sastavio *clickwrap* ugovor.⁸⁷ Kod ove vrste ugovora korisnik je morao izričito pristati na odredbe takvog ugovora svojim klikom te mu je dana prilika da, prije toga, taj ugovor detaljno prouči. Upravo zbog činjenice što korisnik u pravilu ne može nastaviti koristiti *web* stranicu prije nego pristane na ovaj ugovor, korisnik se naknadno ne može braniti da nije bio svjestan onoga što u *clickwrap* ugovoru piše, odnosno da taj ugovor nije mogao pronaći. Kod *clickwrap* ugovora, sam je korisnik odgovoran za pristanak na nešto što nije pročitao pa nije znao koja prava i obveze stječe temeljem tog ugovora. Po tome su *clickwrap* ugovori slični većini onih koji se sklapaju u »fizičkom« svijetu – korisnik ne može utjecati na njihov sadržaj, ali se jednostavno s njima može upoznati i odlučiti hoće li ih prihvatiti ili odbiti.

Kod *browsewrap* ugovora situacija je nešto kompliciranija. Oni se često koriste na društvenim mrežama, kod pružatelja usluga e-pošte te u maloprodaji, a korisnik na njih ne pristaje izravno, kao kod *clickwrap* ugovora, već neizravno: dolaskom na stranicu i njezinim pretraživanjem (*browsing*).⁸⁸ Veliki je problem kod ove vrste ugovora to što pružatelji usluga poveznicu kojom se pristupa ovim ugovorima, postavljaju na samo dno *web* stranice, što rezultira time da je on neuočljiv i da ga je prosječnom korisniku teško pronaći.⁸⁹ Problem je i činjenica što korisnik ili uopće nije obaviješten da je dolaskom na stranicu pristao na ugovorne odredbe ili je obaviješten, no ta je obavijest također teško vidljiva na *web* stranici.⁹⁰ Kod *browsewrap* ugovora, dakle, postoji mogućnost da je korisnik na njega pristao svojim ponašanjem (dolaskom na stranicu), a da toga uopće nije svjestan. Samim time, nije svjestan ni onoga što u takvom ugovoru piše. Dakle, kod ove vrste ugovora se svakako može postaviti pitanje slobode korisnika da prihvati samo one ugovore koji mu odgovaraju, s obzirom na to da isti taj korisnik uopće ne mora znati da je postao ugovorna strana i što u tom ugovoru piše. Naime, unatoč tome što ugovorne strane nisu pregovarale o sadržaju svog budućeg adhezijskog ugovora, obje bi barem trebale biti svjesne njegovog postojanja.⁹¹

Kod nekih *browsewrap* ugovora gotovo da se stječe dojam kako pružatelji internetskih usluga svoje *web* stranice oblikuju na način da bi prosječnog korisnika odbili od čitanja tih ugovora i dali mu dojam da se u tim ugovorima ne nalazi ništa previše važno za njega i njegova prava.⁹² Ovo naravno nije istina jer ovi ugovori u sebi sadrže velik broj odredbi koji su od iznimnog značaja za korisnika. Primjerice, u njima se nalaze pravila ponašanja koja korisnik mora poštovati dok koristi *web* stranicu; sankcije za nepoštivanje tih pravila; odredbe o mjerodavnom pravu; o nadležnosti suda ili arbitraže; odredbe o intelektualnom vlasništvu; o pravima koja stjecatelj digitalnog dobra ima nad tim dobrima i ograničenja njihove uporabe; odredbe o ograničenoj odgovor-

nosti za štetu koja može nastati od, primjerice, kupljenog proizvoda; odredbe o odricanju od jamstva za ispravno funkcioniranje stvari i sl.⁹³

U nastavku rada ukratko će se analizirati mogući problema povezani sa sklapanjem i sadržajem ugovora koji se sklapaju putem informatičke mreže.

5. Problemi povezani sa sklapanjem adhezijskih ugovora sklopljenih putem informatičke mreže, koji mogu utjecati na slobodu ugovaranja

5.1. Neznanje da uopće postoji browsewrap ugovor

Određeni broj korisnika koji pristupaju *browsewrap* ugovorima uopće nisu svjesni da postoji ikakav ugovor koji regulira njihov odnos s pružateljem internetskih usluga, a da za to nisu sami krivi. Još su manje svjesni da su nekim svojim ponašanjem pristali na taj ugovor i time postali njegova ugovorna strana.⁹⁴

84

Adam Gatt, »Electronic Commerce – Click Wrap Agreements, The Enforceability of Click-wrap Agreements«, str. 405. Dostupno na: https://edisisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2056275/mod_resource/content/1/enforceability%20of%20clickwrap%20%28Adam%20Gatt%29.pdf (pristupljeno 31. 1. 2022.).

85

Florencia Marotta-Wurgler, »Some Realities of Online Contracting«, *Supreme Court Economic Review* 19 (2011) 11, str. 11–23, ovdje str. 12, doi: <https://doi.org/10.1086/664560>.

86

Tin Matić, »Formularni ugovori u elektroničkom obliku (Sklapanje ugovora klikom miša - elektroničkim očitovanjem volje putem Interneta na web stranici – click wrap i browse wrap ugovori)«, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 58 (2008) 3, str. 779–803, ovdje str. 780. Uz ove dvije vrste ugovora, često se spominju i *shrinkwrap* ugovori, ugovori koji dolaze uz kupljeni softver, isprintani i zapakirani zajedno s proizvodom. Otvaranjem paketa (*shrink wrapping*), smatra se da je kupac pristao na odredbe sadržane u tom ugovoru. Oni nisu u digitalnom obliku, već dolaze isprintani i zapakirani uz kupljeni proizvod. Unatoč tome, povezani su sa sličnim problemima koji prate ugovore koji dolaze isključivo u digitalnom obliku. Više u: A. Gatt, »Electronic Commerce«, str. 405; T. Matić, »Formularni ugovori u elektroničkom obliku«, str. 786–789.

87

C. B. Preston, E. McCann, »Llewellyn Slept Here«, str. 135.

88

Laura Cicirelli, »Online Shopping: Buy One, Lose Legal Rights for Free«, *Seton Hall Law Review* 46 (2016) 3, str. 991–1016, ovdje str. 994.

89

C. B. Preston, E. McCann, »Llewellyn Slept Here«, str. 135. Za više o tome kao prosječni korisnik percipira internet stranicu vidjeti: W. Hurley, »Failure of Notice to Terms in Online Contract Formation«, str. 265.

90

Michelle Garcia, »Browsewrap: A unique solution to the slippery slope of the clickwrap conundrum«, *Campbel Law Review* 36 (2013) 1, str. 31–74, ovdje str. 32.

91

S. G. Vukadinović, »Adhezioni ugovori u francuskom pravu«, str. 6.

92

Nancy S. Kim, »Contract's Adaptation and the Online Bargain«, *University of Cincinnati Law Review* 79 (2011) 4, str. 1327–1370, ovdje str. 1351.

93

C. B. Preston, E. McCann, »Llewellyn Slept Here«, str. 136–137; M. J. Radin, »Online Standardization and the Integration of Text and Machine«, str. 1135.

94

N. S. Kim, »Contract's Adaptation and the Online Bargain«, str. 1343–1344.

Kod ove vrste ugovora, pristanak osobe proizlazi iz njezinog ponašanja: sam dolazak i pretraživanje *web* stranice znači da je osoba pristala na odredbe sadržane u takvom ugovoru.⁹⁵ Do tog se ugovora može doći preko poveznice (*hyperlink*) koja se nalazi negdje na stranici, no pristanak na taj ugovor ne ovisi od toga. Poveznica se uglavnom nalazi na samom dnu *web* stranice pa korisnici često neće biti svjesni da se moraju spustiti »skroz dolje« da bi do njega došli. On je uglavnom pisan sitnim slovima, u boji koja ga ne ističe. Postoji čak primjer iz američke sudske prakse gdje je sud odlučivao o vidljivosti poveznice koja je bila pisana sitnim slovima iste boje kao i podloga na kojoj se nalazio, samo drugim tonom, što ga je činilo gotovo nevidljivim. Sudac je u toj odluci čak naglasio kako i on, koji je znao što i gdje treba tržiti, nije uspio pronaći tu poveznicu.⁹⁶ Moguće je i da se odredbe ugovora nalaze raštrkane na više različitih poveznica, koje se čak mogu nalaziti na raznim mjestima na *web* stranici pa je često potrebno nekoliko »klikova« da bi se došlo do onoga što se žali saznati.⁹⁷ Nadalje, osim što se poveznica koja vodi do ugovora stavlja na samo dno stranice, bez ikakve obavijesti o tome, često je i sama stranica koncipirana tako da se pozornost korisnika skreće na sve drugo, osim na traženje ugovora koji regulira njegov odnos s pružateljem internetskih usluga.⁹⁸ Sve to odaje dojam da je pružatelj internetskih usluga o čijoj stranici se radi, zbog nekog razloga, i htio da ta poveznica bude neuočljiva i da korisnici ne kliknu na nju.⁹⁹

Kada ovaj problem promotrimo kroz prizmu slobode ugovaranja, čini se da ovo načelo kod ovakvih *browsewrap* ugovora može biti itekako narušeno. Naime, svaki sudionik u prometu slobodan je barem odlučiti hoće li sklopiti određeni ugovor (osim ako se ne radi o nekom od ugovora čije sklapanje je obvezno temeljem zakona). Čak i onda kada je osobi koja pristupa adhezijskom ugovoru usluga koju bi stekao prijeko potrebna, ona to može odbiti, ako tako odluči. Dakle, onaj tko pristupa adhezijskom ugovoru, kod velike većine njih ima barem tu jednu slobodu – prihvatiti ili odbiti sklapanje ugovora. Kod *browsewrap* ugovora za korisnika te slobode nema jer oni korisnici koji ne znaju da su postali ugovorna strana u nekom ugovoru, njegovo sklapanje nisu niti mogli odbiti. Također, kod takvog ugovora jedna ugovorna strana zna da ugovor postoji, koji je njegov sadržaj i koja mu je lokacija, dok druga za to nema pojma. Samim time, pružatelj internetske usluge bit će svjestan da je ugovor sklopljen kada je korisnik došao na stranicu, pretraživao je ili s nje preuzeo neku datoteku, dok korisnik to neće znati.

Hrvatski propisi idu u prilog tome da bi obvezatna snaga ovakvih *browsewrap* ugovora mogla biti dovedena u pitanje i to upravo zato što oni nisu bili sklopljeni sukladno odredbama ZOO-a i ZZP-a. Kao prvo, ZOO određuje kako odredbe ugovora moraju biti objavljene »na uobičajen način«.¹⁰⁰ Na ovom mjestu se može postaviti pitanje značenja pojma »uobičajen način«. U slučaju *clickwrap* ugovora ne čini se spornim objavljivanje odredaba ugovora kojemu korisnik pristupa jer se tekst ugovora nalazi na ekranu i korisnik mora kliknuti da se s njim slaže. No, kod *browsewrap* ugovora nije jasno bi li uvjet objavljivanja na »uobičajen način« bio zadovoljen stavljanjem poveznice koja vodi do ugovora na samo dno stranice. Posebno ako se uzme u obzir da je ta poveznica uglavnom napisana sitnim slovima i neuočljiva, a obavijesti o postojanju ugovora i njegovoj lokaciji često nema.

Svakako bi bilo poželjno da se pružatelj internetske usluge, ako se već odlučio za opciju *browsewrap* ugovora, potruđi obavijestiti korisnika na činjenicu da neko njegovo ponašanje znači pristanak na odredbe takvog ugovora.

Problem je u tome što na određenom broju *web* stranica nikakve obavijesti nema, pa je samom korisniku ostavljeno da se snalazi i pokuša otkriti lokaciju i sadržaj ugovora.

ZOO također određuje u čl. 295., st. 5. da opći uvjeti ugovora mogu obvezivati osobu samo ako su joj bili poznati ili su joj morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora, što je povezano s gore spomenutom obvezom sastavljača. Ovdje je, dakle, prihvaćen i subjektivni i objektivni kriterij, što je i jedino moguće rješenje, s obzirom na to da se potrošački ugovori u današnje vrijeme sklapaju tako da se potrošač najčešće ne upozna sa sadržajem ugovora na koji pristaje. Stoga je važno voditi računa da, ako korisnik nije pročitao sadržaj ugovora kojemu pristupa, a mogao je uz ulaganje razumne pažnje, to neće utjecati na obvezatnu snagu tog ugovora.¹⁰¹ No, s druge strane, ako mu mogućnost saznanja za sam ugovor i njegov sadržaj nije bila dana, kao što je slučaj kod mnogih *browsewrap* ugovora, korisnik se neće moći upoznati s njime i to ne svojom nepažnjom. Nadalje, ZZP određuje kako, kod ugovora koji se sklapaju na daljinu (što *browsewrap* ugovori svakako jesu), njihov sastavljač, prije nego što potrošač sklopi ugovor ili bude obvezan odgovarajućom ponudom, istog mora na jasan i razumljiv način obavijestiti o nizu činjenica koje su bitne za njihov odnos.

»1. glavnim obilježjima robe ili usluge, u mjeri u kojoj je to prikladno s obzirom na robu ili uslugu te medij koji se koristi za prijenos obavijesti, 2. svojem nazivu i sjedištu, telefonskom broju te, ako postoji, adresi elektroničke pošte, 3. ako je primjenjivo, nazivu i sjedištu trgovca u čije ime i/ili za čiji račun nastupa, 4. zemljopisnoj adresi mjesta svojeg poslovanja, odnosno zemljopisnoj adresi mjesta poslovanja trgovca u čije ime i/ili za čiji račun on nastupa, a na koju potrošač može nasloviti svoje pritužbe, ako je to mjesto različito od sjedišta iz točke 2., 5. maloprodajnoj cijeni robe ili usluge, a ako priroda robe ili usluge ne omogućava da cijena bude izračunata unaprijed, o načinu izračuna cijene te, ako je primjenjivo, ostalim troškovima prijevoza, dostave ili poštanskih usluga, odnosno o tome da ti troškovi mogu biti naplaćeni, ako ne mogu biti razumno izračunati unaprijed, 6. troškovima uporabe sredstava daljinske komunikacije u svrhu sklapanja ugovora, ako se ti troškovi ne zaračunavaju po osnovnoj tarifi, 7. uvjetima plaćanja, uvjetima isporuke robe ili pružanja usluge, vremenu isporuke robe ili pružanja usluge te, ako postoji, načinu rješavanja potrošačkih pritužbi od strane trgovca, 8. uvjetima, rokovima i postupku izvršavanja prava na jednostrani raskid ugovora kao i o obrascu za jednostrani raskid ugovora sukladno članku 74. stavku 1. ZZP-a, u slučajevima u kojima to pravo postoji, 9. tome da je potrošač dužan snositi troškove vraćanja robe u slučaju da iskoristi svoje pravo na jednostrani raskid ugovora iz članka 72. ZZP-a, odnosno, o troškovima vraćanja robe, u slučaju

95

Ibid., str. 1330. Za primjer vidjeti: <https://www.facebook.com/terms.php> (pristupljeno: 31. 1. 2022.).

96

Long v. Provide Commerce, Inc. Dostupno na: <https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1729412.html> (pristupljeno: 31. 1. 2022.).

97

W. Hurley, »Failure of Notice to Terms in Online Contract Formation«, str. 257; Nancy S. Kim, »The Duty to Draft Reasonably and Online Contracts«, u: Larry A. DiMatteo *et al.* (ur.), *Commercial Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2013., str. 181–200, ovdje str. 193, doi: <https://doi.org/10.1017/cbo9781139235662.012>.

98

W. Hurley, »Failure of Notice to Terms in Online Contract Formation: A Solution That Informs Consumers of Their Obligations and Rights«, str. 265.

99

L. Cicirelli, »Online Shopping«, str. 1005–1012; N. S. Kim, »The Duty to Draft Reasonably and Online Contracts«, str. 193.

100

Čl. 295. st. 4. ZOO-a.

101

S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 223.

da kod ugovora sklopljenih na daljinu roba zbog svoje prirode ne može biti vraćena poštom na uobičajen način, 10. tome da će, u slučaju da iskoristi svoje pravo na jednostrani raskid ugovora iz članka 72. ZZZP-a nakon što je postavio zahtjev u skladu s člankom 64. ili člankom 70. ZZZP-a, potrošač biti dužan platiti trgovcu razumni dio cijene sukladno članku 77. stavku 7. ZZZP-a, 11. tome da se potrošač ne može koristiti pravom na jednostrani raskid ugovora, u slučajevima u kojima je temeljem članka 79. ZZZP-a, to pravo isključeno, odnosno o pretpostavkama pod kojima potrošač gubi pravo na jednostrani raskid ugovora, 12. postojanju odgovornosti za materijalne nedostatke, 13. uslugama ili pomoći koji se potrošaču nude nakon prodaje te uvjetima korištenja tih usluga ili pomoći, ako ih trgovac pruža, kao i o eventualnim jamstvima koja su izdana uz robu ili uslugu, 14. postojanju odgovarajućih pravila postupanja trgovca, kako su definirani člankom 5. točkom 18. ZZZP-a, 15. trajanju ugovora, ako je ugovor sklopljen na određeno vrijeme, odnosno uvjetima otkaza ili raskida ugovora koji je sklopljen na neodređeno vrijeme, odnosno koji se automatski produžuje, 16. minimalnom roku u kojem je potrošač vezan ugovorom, ako postoji, 17. pologu ili drugom financijskom osiguranju koje je potrošač na zahtjev trgovca dužan platiti ili pribaviti, kao i o uvjetima plaćanja toga pologa, odnosno uvjetima pribavljanja drugog financijskog osiguranja, 18. ako je primjenjivo, funkcionalnosti digitalnog sadržaja, uključujući potrebnim mjerama tehničke zaštite tih sadržaja, 19. ako je primjenjivo, interoperabilnosti digitalnog sadržaja s računalnom ili programskom opremom za koju trgovac zna ili bi morao znati, 20. mehanizmima izvansudskog rješavanja sporova, odnosno o sustavima za obeštećenje, te načinu kako ih potrošač može koristiti.«¹⁰²

Isti čl. u st. 3. određuje kako te obavijesti moraju činiti sastavni dio ugovora sklopljenog na daljinu te da se sadržaj te obavijesti može izmijeniti jedino uz izričit pristanak obiju strana. I temeljem odredaba ovog zakona jasno je da bi korisnik morao biti svjestan postojanja *browsewrap* ugovora i onoga što u njemu piše.

Dakle, i odredbe ZOO-a i ZZZP-a određuju da sastavljač ugovora treba skrenuti pozornost korisnika na činjenicu da postoji ugovor te na njegov sadržaj, jer će tek u tom slučaju korisnik moći slobodno odlučiti hoće li na njega pristati. Pojedini autori također ističu da se u novije vrijeme sve više tereti sastavljača ugovora kako bi se potrudio upoznati potrošača sa sadržajem ugovora. Ovako je bilo do sada, a vidljivo je i u novoj Direktivi 2019/2161 te u novom Zakonu o zaštiti potrošača. Ova dužnost sastavljača je usmjerena na ublažavanje faktične nejednakosti između ugovornih strana adhezijskog ugovora te na činjenicu što je sloboda ugovaranja ozbiljno ograničena kod ove vrste ugovora.¹⁰³

Problem *browsewrap* ugovora za koje će korisnik jako teško moći saznati mogao bi se jednostavno riješiti. Primjerice, poveznica koja vodi do ugovora mogla bi se postaviti na bilo koje mjesto na *web* stranici. Jednako kako ga dizajneri stranice po nalogu pružatelja internetskih usluga stavljaju na dno, mogli bi ga postaviti i na sam vrh stranice, na način da bude vidljiv korisniku čim pristupi stranici. Također bi ta poveznica mogla biti napisana uočljivim velikim slovima, u boji koja bi skrenula pozornost na njega. Ako se ipak odluče za opciju stavljanja poveznice na dno stranice, na njezinom početku bi barem trebalo staviti jasno vidljivu i razumljivu obavijest koja daje do znanja da dolazak i boravak na *web* stranici znači pristanak na njezine uvjete poslovanja te navesti gdje se oni nalaze. Ovo bi svakako bilo u skladu i s odredbama ZOO-a i ZZZP-a te se ne bi mogla dovoditi u pitanje valjanosti takvih ugovora. Ipak, kod velikog broja *browsewrap* ugovora o ovome se ne vodi računa.

U vezi s obavještanjem korisnika da postoji ovaj ugovor, može se spomenuti rješenje Direktive 2009/136/EC¹⁰⁴ koja određuje da u svim državama članicama EU, *web* stranice moraju dobiti dopuštenje od korisnika ako će pohranjivati podatke na njihovim računalima ili ih preuzimati s računala i sličnih uređaja. Stranice su dužne obavijestiti korisnika da koriste »kolačiće«, u koju

svrhu ih koriste te trebaju dobiti njihov pristanak za postavljanje »kolačića« u njihov uređaj.¹⁰⁵ Ova obavijest se uglavnom nalazi u *pop up* prozorčiću na sredini ili na dnu ekrana i korisnik će, da je ukloni, morati kliknuti da pristaje na »kolačiće«. Čini se da bi pružatelji internetskih usluga koji koriste *browsewrap* ugovore, mogli na sličan način obavještavati korisnike da su, kada su došli na njihovu *web* stranicu, pristali na njihove uvjete poslovanja do kojih mogu doći putem poveznice koja se nalazi na stranici. Također bi mogli i navesti lokaciju te poveznice, da bi ga korisnici bez problema mogli pronaći. Mogli bi čak od korisnika zahtijevati da kliknu da su pročitali tu obavijest, čime bi se sklapanje *browsewrap* ugovora približilo sklapanju *clickwrap* ugovora i izbjegli bi se mogući problemi koji naknadno mogu nastati zbog korisnikovog neznanja za postojanje ugovora.

5.2. Sadržaj adhezijskih ugovora sklopljenih putem informatičke mreže

Pojedini autori navode da jedan od problema povezanih s adhezijskim ugovorima sklopljenim putem informatičke mreže može biti i njihov sadržaj, odnosno, unošenje u takve ugovore velikog broja odredbi, od kojih neke korisnik tamo nikada ne bi očekivao, odnosno koje idu u korist sastavljača, a na štetu korisnika.¹⁰⁶ Korisnici *web* stranica često, čak i u slučaju davanja izravnog pristanka na *clickwrap* ugovore, nisu svjesni što u tim ugovorima piše. Naime, adhezijski ugovori koji se sklapaju putem informatičke mreže postoje samo u digitalnom obliku. Nalaze se ili u prozorčiću na stranici ili se, da bi korisnik došao do njih, mora kliknuti na poveznicu koja vodi do njih. Korisnici čak i kada dođu do teksta ugovora, često ne dobiju pravi dojam o tome koliko je takav ugovor dugačak te koliko i kakvih odredbi u njemu ima.¹⁰⁷ Ovaj problem nije toliko izražen kod klasičnih adhezijskih ugovora, ma koliko oni dugački bili, jer su istraživanja dokazala da većina osoba ozbiljnije pristupa tekstu koji je ispisan na papiru, nego onome koji gleda na ekranu. Puno je vjerojatnije da će se osoba koja pristupa ugovoru koji je ispisan na velikom broju stranica pažljivije upoznati s njegovim sadržajem, nego u slučaju ugo-

102

Čl. 57. st. 1. ZZZP-a.

103

S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 225. Npr. Njemački Građanski zakonik, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) od 18. 8. 1896., posljednja izmjena 10. 8. 2021. (BGB. I S. 3515), u čl. 305. st. 2. određuje kako sastavljač mora izričito skrenuti pažnju drugoj strani na opće uvjete te na razuman način dati drugoj strani da se upozna s ugovorom, ako je uočio bilo kakav fizički nedostatak te osobe.

104

Direktiva 2009/136/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009. o izmjeni Direktive 2002/22/EZ o univerzalnim uslugama i pravima korisnika s obzirom na elektroničke komunikacijske mreže i usluge (Direktiva o univerzalnim uslugama), Direktiva 2002/58/EZ o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u sektoru

elektroničkih komunikacija (Direktiva o privatnosti i elektroničkim komunikacijama) i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 o suradnji između nacionalnih tijela odgovornih za provedbu zakona o zaštiti potrošača, OJ L 337, 18. 12. 2009., str. 224–249.

105

PrivacyPolicies.com Legal Writing Team, »Ultimate Guide to EU Cookie Laws«, *Privacy Policies* (15. 11. 2021.). Dostupno na: <https://www.privacypolicies.com/blog/eu-cookie-law/> (pristupljeno 17. 12. 2021.).

106

N. S. Kim, »Contract's Adaptation and the Online Bargain«, str. 1342.

107

C. B. Preston, E. McCann, »Llewellyn Slept Here«, str. 135; N. S. Kim, »Contract's Adaptation and the Online Bargain«, str. 1349, 1351.

vora koji postoji na jednakom broju stranica, u digitalnom obliku.¹⁰⁸ Ovo nije razlog za dovođenje u pitanje valjanosti takvog ugovora jer je samo osoba koja pristaje na ugovor odgovorna za to što ga nije pažljivo pročitala, no, ovo je ipak životna realnost koju bi valjalo uvažiti kod odlučivanju o adhezijskom ugovoru i njegovoj obvezatnoj snazi.

Treba naglasiti da sama veličina ugovora nije problematična. Problem je što kod ugovora koji postoje u digitalnom obliku ta veličina ne dolazi toliko do izražaja kao kod ugovora koji su ispisani na papiru, zbog čega postoji mogućnost da će pružatelji internetskih usluga ponekada biti u iskušenju da u ugovor unesu i odredbe koje idu isključivo u njihovu korist, a na štetu korisnika te odredbe koje nisu u uskoj vezi sa svrhom ugovora. Zbog velikog broja odredbi, sasvim je moguće da korisnik ne primijeti da se u tom ugovoru nalaze takve odredbe ili ih primijeti, ali zbog nemogućnosti utjecaja na sadržaj ugovora, prihvati takve odredbe.¹⁰⁹ Moguće je i da korisnik olako vjeruje da se neće dogoditi ono zbog čega će se primjenjivati takva sporna odredba – npr. da neće doći do spora pa neće biti važno nadležnost kojeg suda ili tijela je ugovorena. Bez obzira o čemu se radilo, unošenje u ugovor ovakvih problematičnih odredbi svakako dovodi do neravnoteže između ugovornih strana, s obzirom na to da jedna može nametnuti sebi u korist razne, često i neuobičajene odredbe, dok druga ponekada ni ne zna da su one tamo, a kad bi i znala, ne bi ih mogla odbiti.

U hrvatskom pravnom sustavu ovakve odredbe bile bi ništetne, ako bi se ispunile pretpostavke iz čl. 296. ZOO-a, dakle ako bi, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, dovele do očite neravnopravnosti među ugovornim stranama, na štetu osobe koja pristaje na njih te ako bi ugrožavale postizanje svrhe sklopljenog ugovora. Slično tako određuje i čl. 49. ZZP-a. Također, i sudska praksa pokazuje da sudovi vode računa o tome da odredbe adhezijskih ugovora, osim što moraju biti razumljive i lako uočljive, moraju biti pravične za osobu koja na njih pristaje i odgovarati svrsi zbog koje se ugovor sklapa.¹¹⁰

Jedna od odredbi zbog koje često nastaju sporovi u vezi s valjanošću adhezijskih ugovora koji se sklapaju putem informatičke mreže arbitražna je klauzula.¹¹¹ Moguće je da korisnik nije svjestan da je pristao na arbitražnu klauzulu sadržanu u tom ugovoru pa mu samim time nisu poznate ni karakteristike arbitraže na koju je pristao.¹¹² Možda je i znao za tu odredbu, ali je olako vjerovao da do spora neće doći. Kako god bilo, korisnik se pristankom na arbitražnu klauzulu odrekao određenih prednosti državnog pravosuđa (poznatih procesna pravila, mogućnosti ulaganja pravnih lijekova, određenosti pravnih izvora i ustaljenosti sudske prakse), a da posljedica toga nije bio svjestan, dok nije postalo kasno.¹¹³ Također, vjerojatno je da je sastavljač ugovora, kao ekonomski jača strana, ugovorio arbitražu koja je za njega povoljnija, a koja može izazvati neravnotežu među ugovornim stranama. U takvom slučaju, čak ako je korisnik znao za i svjesno pristao na arbitražnu klauzulu, ne mora značiti da će se ona doista i primijeniti.

To potvrđuje i hrvatska sudska praksa, gdje postoje primjeri kada je sud odlučio, u nekoliko navrata, da su slične odredbe nepoštene bez obzira na činjenicu što su potrošači za njih znali i na njih pristali. Doduše, u citiranim odlukama nije se radilo o arbitražnoj klauzuli, nego o ugovaranju mjesne nadležnosti suda sastavljačevog prebivališta. U tim slučajevima sud je zauzeo stajalište da su te odredbe nepoštene, a samim time i ništetne jer su potrošačima otežavale ostvarivanja prava iz tih ugovora. Ovo zato što na odredbu o mjesnoj nadležnosti isti nisu mogli utjecati, a ona je dovela do značajne neravnoteže među

ugovornim stranama.¹¹⁴ Za očekivati je da bi ovi sudovi, pod istim uvjetima, i arbitražnu klauzulu proglasili nepoštenom.

No, odredbe u bilo kojem adhezijskom ugovoru, pa i onom sklopljenom putem informatičke mreže, ne moraju niti dovoditi do neravnopravnosti među ugovornim stranama, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, niti moraju biti protivne svrsi ugovora, da bi korisniku izazvale određene probleme. One jednostavno mogu biti takve da su neuobičajene i neočekivane za ugovor na koji korisnik pristaje. Temeljem ZOO-a i ZZP-a, takve odredbe ne bi nužno bile ništetne, a možda bi trebale biti. Kao inspiracija za rješavanje problema koji mogu nastati zbog ovakvih odredbi, mogla bi poslužiti odredba njemačkog Građanskog zakonika (dalje: BGB)¹¹⁵ koja se odnosi na ugovorne odredbe koje su iznenađujuće (*überraschene*) i dvosmislene (*mehrdeutige*) pa ih druga strana nema razloga očekivati u ugovoru. Naime, čl. 305c BGB u st. 1. određuje da se takve odredbe neće smatrati dijelom ugovora.¹¹⁶ Kao i naši propisi koji se odnose na adhezijske ugovore i BGB ima generalnu klauzulu o ništetnim odredbama u adhezijskim ugovorima – u njegovom čl. 307. određeno je

108

W. Hurley, »Failure of Notice to Terms in Online Contract Formation«, str. 273; Anne Mangen, Bente R. Walgermo, Kolbjørn Brønnick, »Reading linear texts on paper versus computer screen: Effects on reading comprehension«, *International Journal of Educational Research* 58 (2013), str. 61–68, doi: <https://doi.org/10.1016/j.ijer.2012.12.002>.

109

N. S. Kim, »Contract's Adaptation and the Online Bargain«, str. 1342, 1349–1350.

110

VSRH Rev 1173/1997-2. Dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/VSRH1997RevB1173A2> (pristupljeno: 31. 1. 2021.); VSRH Rev 345/2008-2. Dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/VSRH2008RevB345A2> (pristupljeno: 31. 1. 2022.); VSRH Rev 1000/2006-2. Dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/VSRH2006RevB1000A2> (pristupljeno: 31. 1. 2022.); Gž-3401/11-2. Dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/ZSRH2011340B1A2> (pristupljeno: 31. 1. 2022.); VTSRH Pž 7102/2003-5. Dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/VTSRH2003PzB7102A5> (pristupljeno: 31. 1. 2022.); Pž 8811/2015-3. Dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/VTSRH2015PzB8811A3> (pristupljeno: 31. 1. 2022.).

111

M. Garcia, »Browsewrap«, str. 43–44, 47; Christina L. Kunz *et al.*, »Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements«, *Business Lawyer* 59 (2003) 1, str. 279–312, ovdje str. 281.

112

Siniša Triva, »Arbitražna klauzula u općim uvjetima poslovanja«, u: A. Goldštajn (ur.), *Opći uvjeti poslovanja u međunarodnoj i unutrašnjoj trgovini*, str. 183–199, ovdje str. 186.

113

Ibid.

114

U jednom je slučaju čak bila ugovorena nadležnost suda u Klagenfurtu, što bi, da je primijenjeno, dovelo do značajne financijske neravnoteže. GŽ 1621/2016-1. Dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/ZSRH2016StGzB1621A1> (pristupljeno: 31. 1. 2022.). Vidjeti i Gž 492/2018-2. Dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/ZSRH2018VuGzB492A2> (pristupljeno: 31. 1. 2022.); Gž 141/2020-2. Dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/ZSRH2020VuGzB141A2> (pristupljeno: 31. 1. 2022.).

115

Cit. u bilj. 103.

116

BGB, čl. 305c st. 1.

117

§ 307 (1) BGB: »Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.«

da će odredbe biti ništetne, ako, suprotno dobroj vjeri, narušavaju ravnotežu između ugovornih strana.¹¹⁷ Ali, za razliku od ZOO-a i ZPP-a, BGB još posebno navodi da se odredbe koje su takve da ih druga ugovorna strana nije imala razloga očekivati u ugovoru, neće smatrati dijelom ugovora. Sličan stav je zauzet i u britanskoj sudskoj praksi gdje se od sastavljača očekuje da drugu stranu upozori na postojanje za nju bitnih klauzula, a također i na odredbe koje su neuobičajene i neočekivane u ugovoru koji se sklapa (osim toga i na odredbe koje drugoj strani nameću neuobičajene obveze, odnosno, lišavaju ju prava koja inače po zakonu ima).¹¹⁸ Čini se bi se moglo razmisliti da se ovako nešto uvrsti i hrvatske propise.

6. Zaključak

Pri sklapanju bilo koje vrste adhezijskih ugovora, sloboda koju inače povezuje sa sklapanjem klasičnih ugovora može biti u određenoj mjeri ograničena. Naime, sloboda onoga tko pristupa adhezijskom ugovoru svedena je na to s kim će ugovor sklopiti te na odluku hoće li pristati na sve odredbe ugovora ili će sklapanje ugovora odbiti. Kod manjeg broja ovakvih ugovora potrošač čak nema ni tu slobodu, jer je po zakonu obavezan sklopiti ugovor te eventualno može samo birati tko će biti njegov suugovaratelj. O sadržaju ugovora odlučuje jedna strana i time drugoj strani nameće svoju volju, dok njezinu volju glede onoga što će ući u ugovor ne uvažava.

Suvremena zakonodavstva su prepoznala moguće probleme koji mogu ići na štetu slabije strane, pa su odlučila intervenirati u ugovorni odnos između sastavljača ugovora i onoga tko mu pristupa. Tako i ZOO i ZPP određuju kada će određena odredba ovakvog ugovora biti ništetna, kakvo ponašanje se očekuje od sastavljača i što bi sve trebalo ili ne bi trebalo biti sadržano u adhezijskom ugovoru. Teret je na sastavljaču ugovora, što je i za očekivati, s obzirom na to da je on dominantniji, jer na svojoj strani ima novac, znanje i iskustvo.

Kod ugovora koji se sklapaju putem informatičke mreže, određeni problemi koji su povezani sa sklapanjem svih adhezijskih ugovora, mogu biti dodatno pojačani upravo zbog posebnosti tog okruženja. Naime, na *web* stranici vrlo je lako ugovor učiniti gotovo nevidljivima pa da korisnik uopće ne zna da je postao ugovorna strana. Nadalje, zbog njegove veličine, koje korisnici često nisu svjesni, u ugovor se mogu unijeti razne neuobičajene odredbe koje korisnik tamo ne bi očekivao, a također i odredbe koje mogu dodatno dovesti do neravnoteže među ugovornim stranama.

Glede problema koji za korisnike proizlaze iz odredaba adhezijskih ugovora koji se sklapaju putem informatičke mreže, većina nas bi se složila da su za njih krivi sami korisnici. Oni često neozbiljno pristupaju tim ugovorima, ne čitaju ih, a ako ih i pročitaju pa naiđu na nejasnoće, ne trude se pronaći dostatno objašnjenje. S druge pak strane, čini se da pružatelji internetskih usluga to dobro znaju i često iskorištavaju. Većina u radu spomenutih problema mogla bi se riješiti, kada bi to pružatelji internetskih usluga to željeli. Oni bi se mogli potruditi da skrenu pozornost korisnika na postojanje ugovora i na njegov sadržaj. Trebali bi se suzdržati od unošenja u ugovor raznih problematičnih odredbi. Također bi mogli te ugovore pisati jednostavnim riječima te ih oblikovati tako da se svaki prosječan korisnik lako u njima može snaći i pronaći ono što ga zanima. Ako pružatelji internetskih usluga to ne žele napraviti dobrovoljno, na to bi ih se trebalo prisiliti. Jedan od načina kako bi se korisniku učinkovito skrenula pozornost na postojanje *browsewrap* ugovora, mogla bi

biti obvezna *pop up* obavijest koja bi korisnika obavještavala da je dolaskom na stranicu pristao na odredbe sadržane u takvom ugovoru. Moglo bi se čak zahtijevati od korisnika da klikne na tu obavijest da bi dao do znanja da ju je pročitao. Nadalje, ako su pružatelji internetskih usluga ponekad u iskušenju u adhezijski ugovor koji se sklapa putem informatičke mreže staviti odredbe koje su iznenađujuće, pa ih korisnik nema razloga tamo očekivati, možda bi bilo dobro u ZOO-u i/ili u ZPP-u unijeti rješenje po uzoru na BGB, po kojemu se ovakve odredbe neće smatrati dijelom ugovora.*

Dubravka Klasiček

**Freedom of Contract in the Context of Contracts
of Adhesion, with the Emphasis on Online Contracts**

Abstract

In the 21st century, we live in what can be called a “new normal” when we view law through the prism of digital technology. Technology has greatly impacted the traditional parts of civil law, such as law of ownership, inheritance and contracts. Technology is bringing civil law into a new, digital environment where it is necessary to consider the specifics of that environment. The freedom of contract is the basic principle of civil law, which is mainly applied in the law of obligations, in the part concerning contracts. In contrast, adhesion contracts are contracts in which the terms are dictated by one party, while the other party can only accept or reject them – take it or leave it. In the context of adhesion contracts, it is clear that freedom of contract can be violated in certain cases. Nowadays, a large number of such contracts are concluded online. Every user of a website must agree to these contracts in order to use that website. The problem of the lack of choice of the person who agrees to the pre-announced conditions in such adhesion contracts may be more pronounced online than in classical adhesion contracts. Due to certain characteristics of such contracts, users are sometimes not even aware that by their mere behaviour they have agreed to the terms and conditions of the Internet service provider (ISP) to which the website belongs. As a result, these users do not know what they have agreed to until problems arise between them and an ISP. The behaviour of the contracting parties certainly contributes to this problem. ISPs sometimes try to turn most of the provisions of the contract in their favour and diminish their importance, while users ignore this and agree to everything that is offered to them, sometimes not even knowing that they have given their consent.

Keywords

party autonomy, adhesion contracts, online adhesion contracts, Internet Service Provider (ISP), browserwrap, clickwrap

118

Slični stavovi sreću se u pravnoj teoriji i sudskoj praksi i u drugim državama. – S. Petrić, »Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO-u«, str. 226–227. Također i A. Poščić, »Nepoštena klauzula u potrošačkim ugovorima«, str. 172–173. U oba citirana rada spominje se presuda engleskog suda u predmetu *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd, Court of Appeal*, u kojemu je sud stao na stajalište da sastavljač ugovora mora posebno upozoriti na odredbe koje su za potrošača od većeg značaja (u konkretnom slučaju radilo se od isključenju odgovornosti

sastavljača ugovora). Dostupno na: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1970/2.html> (pristupljeno: 31. 1. 2022.).

*
Ovaj je rad financirao Pravni fakultet Osijek Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku internim projektom br. IP-PRAVOS-7 »Građansko materijalno i procesno pravo u 21. stoljeću – postojeće stanje i tendencije u budućnosti«.