

UGOVORNO PRAVO EUROPSKE UNIJE NA PREKRETNICI

Prof. dr. sc. Srećko Jelinić*
Dr. sc. Dubravka Akšamović**

UDK 347.44(4)EU
339.923:061.1>(4)EU
Pregledni znanstveni rad
Primljeno: travanj 2009.

U radu se razmatra problematika harmonizacije ugovornog prava u okviru EU-a. Harmonizacija ugovornog prava u EU-u provodi se na dvije razine: u okviru i pod okriljem institucija EU-a i od strane akademske zajednice.

U okviru EU-a se na planu harmonizacije ugovornog prava bilježi intenzivna zakonodavna aktivnost već duže od dva desetljeća. Temeljno je procesom harmonizacije ugovornog prava zahvaćena materija koja regulira pitanja zaštite potrošača. No, nije zanemariva ni aktivnost na području harmonizacije općega ugovornog prava gdje je donesen niz smjernica iz područja elektroničkog poslovanja, prava osiguranja, trgovačkog zastupanja, bankarskog poslovanja itd.

Cjelokupan proces harmonizacije ugovornog prava na razini EU-a, čini se, ide u pravcu objedinjavanja materije ugovornog prava u jedinstveni akt - "Europski građanski zakonik".

U radu se razmatra je li donošenje Europskoga građanskoga zakonika realna opcija za neko dogleдно vrijeme te se razmatraju (najpodobniji) pravni instrumenti za ostvarenje toga cilja.

Podredno se u radu ukazuje i na radove akademske zajednice koji predstavljaju važan doprinos harmonizaciji ugovornog prava EU-a. Posebno se u radu ističe značenje i uloga Landovih načela koja su jedan do najznačajnijih unifikatorskih akata donesenih na području harmonizacije ugovornog prava europskih država. Osim Landovih načela, u radu se analizira pravna priroda i sadržaj Draft Common Frame Reference, dokumenta koji je svojevrsni sljednik Landovih načela, a koji je Radna skupina za Europsko ugovorno pravo objavila u svibnju 2008. godine.

* Dr. sc. Srećko Jelinić, profesor Pravnoga fakulteta Sveučilišta u Osijeku, Stjepana Radića 13, Osijek

** Dr. sc. Dubravka Akšamović, viša asistentica Pravnoga fakulteta Sveučilišta u Osijeku, Stjepana Radića 13, Osijek

Zaključno se iznosi osvrt na procese harmonizacije ugovornog prava EU-a i implikacije na hrvatsko ugovorno pravo i praksu.

Ključne riječi: ugovorno pravo EU-a, harmonizacija ugovornog prava, Landova načela, Common Frame Reference, Draft Common Frame Reference, Europski građanski zakonik

1. UVODNA RAZMATRANJA

U radu se razmatra problematika harmonizacije¹ ugovornog prava EU-a ili kako se danas popularno određuje, europeizacija ugovornog prava². Ugovorno je pravo dio privatnog, civilnog prava i dijelom je nacionalnog zakonodavstva država članica. Razlikuje se od države do države.

¹ U suvremenoj se pravnoj teoriji danas za označavanje postupaka usklađivanja i ujedinjavanja prava koristi veći broj izraza, srodnog značenja, od kojih međutim svaki ima svoje posebno pravno određenje. Susrećemo se sa sljedećim pojmovima: unifikacija, harmonizacija, kodifikacija, konvergencija, internacionalizacija prava. Izraz unifikacija odnosi se na postupak donošenja jedinstvenih normi s važenjem na području jedne ili više država. Izraz harmonizacija označava postupak usklađivanja prava u cilju smanjenja i ublažavanja pravnih razlika koje su prisutne između pojedinih država ili pravnih sustava. Izraz kodifikacija odnosi se na sustavno prikupljanje i objavu pravnih pravila s važenjem na teritoriju jedne ili više država. I konačno izraz konvergencija je u uporabi u doktrini tek odnedavno te se pod njime podrazumijeva približavanje (u pravnom smislu) inače različitih pravnih sustava i pravnih rješenja. U Europskoj uniji provode se svi navedeni procesi. U radu će se radi dosljednosti koristiti izraz harmonizacija. Više o navedenom vidi: Smith, Jan, *Contract Law in the EU: Convergence or not?* Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law, Working Paper No. 2008/1, May 2008., str. 3.

² Pojam europeizacija različito se definira ovisno o kontekstu u kojem se taj izraz koristi. Općenito gledajući, riječ je o terminu kojim se označavanju svi procesi koji se poduzimaju u cilju "stvaranja" EU-a ili koji za učinak imaju stvaranje EU-a i ostvarivanje ciljeva EU-a. U tom smislu isti izraz se ne odnosi samo na proces harmonizacije prava, već i na druge institucionalne aktivnosti usmjerene na stvaranje EU-a. Za potrebe ovoga rada izraz europeizacija treba tumačiti na sljedeći način: "Europeizacija je izraz koji se koristi za označavanje aktivnosti koje se poduzimaju u okviru EU, ali i šire, s ciljem harmonizacije ugovornog i privatnog prava europskih država"; Twigg-Flesner Christian, *The Europeanisation of Contract Law*, Routledge - Cavendish, London and New York, 2008., str. 8.; Više o pojmu europeizacije vidi: Michaels, R., Jansen, N., *Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, Duke Law school legal Studies, research Paper series, research Paper No. 137, January 2007, str.19 - 27.; dostupno na <http://ssrn.com/abstract=955267> (posjećeno 21. 1. 2009.)

Takav se pravni partikularizam u reguliranju materije ugovornog prava pokazao kočnicom integracijskih procesa u Europi. Bojazan od nepoznavanja stranih prava i običaja ispriječila se masovnijem i još intenzivnijem gospodarskom poslovanju gospodarskih subjekata iz različitih država članica EU-a, a čemu politika EU-a u svakom smislu teži.

U svrhu prevladavanja uočenih prepreka i stvaranja zajedničke "europske jezgre"³ za ugovorno pravo, koja treba doprinijeti harmonizaciji ugovornog prava Zajednice i olakšati trgovačko poslovanje između gospodarskih subjekata država članica, ali i ukloniti prepreke stvaranju i funkcioniranju jedinstvenoga europskog tržišta, pristupilo se u okviru EU-a izradi niza pravnih dokumenata koji su za učinak trebali imati jedinstveno tumačenje i primjenu brojnih pravila obveznoga prava. No, ovi su napori polučili samo djelomičan uspjeh.

Unatoč do sada provedenoj harmonizaciji na području ugovornog prava, ugovorno je pravo država članica EU-a i dalje dominantno nacionalno obojeno i dalje se u značajnoj mjeri razlikuje od države do države.

Podredno, ono nije utjelovljeno u jednoj ili jedinstvenoj pravnoj kodifikaciji već je tijekom dvadeset i više godina donesen čitav niz smjernica, uredbi i drugih pravnih akata koji uređuju pojedina pravna područja ili pitanja ugovornog prava.

Stoga, ono što možemo nazvati *europskim ugovornim pravom* predstavlja "izolirane otočice u moru ugovornog prava država članica"⁴, ali i pridonosi dojmu da je ugovorno pravo EU-a, ako se uopće može govoriti o ugovornom pravu EU-a, fragmentirano, nesustavno, neučinkovito⁵.

Godine 2003., svjetlo su dana ugledala i posljednja, pravnoj struci dobro poznata Landova načela i principi ugovornog prava⁶. Ista utjelovljuju brojna pravna rješenja obveznoga prava zajednička svim ili većini europskih država.

³ Common core

⁴ Twigg-Flesner Christian, *The Europeanisation of Contract Law*, Routledge - Cavendish, London and New York, 2008., str. 10.

⁵ Lando, Ole, *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, Scandinavian Studies in Law, vol. 40, 2000, str. 346., dostupno na: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/lando01.htm (posjećeno 19. 1. 2009.); Smits, Jan, V., *Contract law in the European Union: Convergence or Not?* Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law, Working Paper No. 2008/1, May 2008, Faculty of Law Tilburg University, str. 16, dostupno na: <http://www.ssrn.com/link/Tilburg-TICOM.html> (posjećeno 20. 1. 2009.).

⁶ Principles of European Contract Law, The Hague, 1999., u daljnjem tekstu PECL.

Rečena se načela, svrstavaju među najvrednija pravna vrela donesena na području harmonizacije ugovornog prava EU-a.

Osim Landovih načela, bilježe se i brojni drugi unifikatorski akti, primjerice Draft Common Frame Reference⁷, a razmatraju se i planovi izrade Europskoga građanskoga zakonika (European Civil Code).

No unatoč, ovim brojnim i značajnim zakonodavnim aktivnostima, i dalje ostaje dvojba do koje je mjere unifikacija i harmonizacija ugovornog prava u okviru EU-a moguća, koji su pravni instrumenti najpodobniji za provedbu harmonizacije. Ostaje pitanje stupnja i nužnosti harmonizacije i brojna druga.

U radu se razmatra naznačena, ali i druga problematika u svjetlu najnovijih doktrinarnih i sudskih stajališta. Razmatraju se sva relevantna pravna vrela i aktivnosti koje se poduzimaju u okviru EU-a s ciljem ujednačavanja ugovornog prava EU-a.

Iznose se vlastita stajališta i prosudbe o ovoj intrigantnoj pravnoj problematici, za nas od velike važnosti, s obzirom na činjenicu i očekivanja skorog stjecanja punopravnog članstva Hrvatske u EU-u te imajući i u vidu okolnost da je jedan od gospodarskih prioriteta Hrvatske povećati vanjskotrgovinsku razmjenu s državama članicama EU-a.

U tom smislu, poznavanje “ugovornog prava EU-a” i pravnih mogućnosti je *conditio sine qua non* ravnopravnog sudjelovanja domaćih poduzetnika na tržištu EU-a.

2. POVIJESNI OSVRT I RAZLOZI ZA HARMONIZACIJU UGOVORNOG PRAVA EU-a

Proces harmonizacije prava općenito, pa i ugovornog prava, nije fenomen koji se pripisuje isključivo suvremenom dobu.

Koncept ugovornog prava još od klasičnih i rimskih vremena počiva, u prvom redu, na autonomiji stranaka u uređivanju njihovih međusobnih obvezopravnih (ugovornih) odnosa. Ovaj koncept nije narušen do današnjih dana.

⁷ Draft Common Frame Reference for Contract Law; u daljnjem tekstu DCFR, Tekst DCFR kao i sve aktivnosti radne skupine EU-a za Ugovorno pravo (*Study group on a European Civil Code*) dostupan je na: http://www.sgecc.net/pages/en/home/191.new_dcf_r_outline_edition.htm.

No, povijest prava u Europi bilježi procese i internacionalizacije i harmonizacije prava već u srednjem vijeku, pa i ranije. U Europi je tako primjerice u 12. stoljeću u državama kontinentalne pravne tradicije i državama common law tradicije provedena recepcija rimskog prava⁸. U srednjovjekovlju, nastaje i na snazi je *lex mercatoria*, koje se u razdoblju od 17. do 19. stoljeća inkorporiralo u nacionalne pravne sustave.

Nacionalne kodifikacije (započevši s francuskim kodifikacijama) prekidaju ovaj trend internacionalizacije prava⁹. Već tada se javljaju shvaćanja da se usporedo s nacionalnim pravom moraju stvarati pravila međunarodnog karaktera, čija se primjena ne bi ograničavala na teritorij jedne države.

Radovi na harmonizaciji suvremenoga ugovornog prava, većeg opsega, intenziviraju se krajem 19. stoljeća, a napose u dvadesetom stoljeću.

Značajan su obol harmonizaciji i unifikaciji prava u suvremeno doba, u svakom smislu dale institucije poput UNCITRAL-a¹⁰, UNIDROIT-a¹¹, ILA-e¹² i druge vladine i nevladine organizacije, koje sve do danas čine napore u pronalženju zajedničkih i srodnih načela ugovornog prava, a sve to u cilju olakšanja međunarodnog prometa robama, olakšanja međunarodne trgovine, povećanja pravne sigurnosti ili sprječavanja i/ili rješavanja sporova.

U tom smislu, svakako treba spomenuti neke od dokumenata koji su u najvećoj mjeri doprinijeli unifikaciji ugovornog prava u svijetu, kao što je Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe iz 1980 godine, UNIDROIT-ovi Principi međunarodnih trgovačkih ugovora¹³ iz 1994. godine i druge.

Stvaranje EU-a, međutim, označava početak jednoga novog, drugačijeg i dinamičnijeg razdoblja harmonizacije i unifikacije prava europskih država.

Harmonizacija prava općenito, pa između ostalog i ugovornog prava, u cilju (gospodarske) integracije europskih država i naroda postaje jedna od osnovnih zadaća EU-a.

⁸ Vidi o tome više: Buhofe, Stephen, *Structuring the Law: The Common Law and the Roman Institutional System*, Swiss Review of International and European Law, Zürich, No. 5/2007; dostupno i u elektroničkom obliku na: <http://www.szier.ch/>

⁹ Bodiroga-Vukobrat N., *Globalizacija prava versus europeizacija prava?* Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 3, 575-595 (2003.), str. 579.

¹⁰ United Nations Commission for International Trade Law; <http://www.uncitral.org/>

¹¹ International Institute for the Unification of International Private Law; <http://www.unidroit.org/>

¹² International Law Association; <http://www.ila-hq.org/>

¹³ Principles of International Commercial Contracts, UNIDROIT, Rome, 1994.

Proces harmonizacije, (a uz njega i proces unifikacije i konvergencije) ugovornog prava uviđa se kao jedna od temeljnih pretpostavki stvaranja jedinstvenoga europskog tržišta.

Radi ostvarenja toga cilja valjalo je započeti s harmoniziranjem ne samo ugovornog, građanskog i trgovačkog prava, već i drugih pravnih područja. No ne može se smatrati slučajnošću da je područje ugovornog prava (uz primjerice područje tržišnog natjecanja) upravo jedno od prioriternih područja harmonizacije prava¹⁴.

Harmonizacija ugovornog prava, osnova je i pretpostavka, ubrzane gospodarske integracije, ranije razjedinjenih tržišta europskih država.

Naime, postojanje velikog broja različitih i nekomplementarnih pravnih režima ugovornog prava nedvojbeno samo za sebe predstavlja (necarinsku) barijeru trgovini na unutarnjem tržištu¹⁵.

Nadalje, postojanje velikog broja različitih pravnih režima unutar pravne zajednice kakva je EU, suprotno je *per se* koncepciji jedinstvenog i slobodnog tržišta, kao krunskog gospodarskog cilja EU-a.

Osim toga, harmonizacijom prava je iz pravnog režima država članica trebalo ukloniti onaj dio pravnog nasljeđa, poput legislativnih i drugih ekonomskih barijera, koje su se mogle ispriječiti kao prijetnja slobodnoj trgovini i slobodnom tržišnom natjecanju na unutarnjem tržištu.

Navedena su stajališta poslužila kao idejni okvir harmonizacije ugovornog prava Zajednice.

No pored toga, trebalo je riješiti još niz pravnih dvojbi i pitanja, poput pitanja instrumenata harmonizacije, očekivanog i željenog stupnja harmonizacije i druga, na koja se često odgovaralo "u hodu" i *ad hoc*, što je za posljedicu imalo nesustavan i nesistematičan pristup reguliranja ugovornog prava EU-a.

Međutim, bez obzira na iznesene, uglavnom opravdane kritike koje se odnose na dosadašnji pristup i metodologiju harmonizacije ugovornog prava EU-a, proces harmonizacije ugovornog prava u EU-u se neprekidno odvija već više od dva desetljeća. Rezultat je toga procesa, niz vrlo vrijednih pravnih akata i bitno viša razina usklađenosti ugovornog prava država članica, nego li je to bio slučaj ranije.

¹⁴ Lando, Ole, *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, Scandinavian Studies in Law, vol. 40, 2000., str. 346., http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/lando01.htm (posjećeno 19. 1. 2009.).

¹⁵ *Ibidem*, str. 346.

Osim toga, treba naglasiti da je u velikom broju država članica EU-a (ali i država koje su države kandidatkinje za punopravno članstvo u EU-u) unazad nekoliko godina došlo do izmjene nacionalnih propisa kojima se uređuje materija ugovornog prava.

Ne može se zanijekati povezanost između procesa harmonizacije koji se provodi u okviru EU-a i zakonodavnih izmjena koje se dešavaju na unutrašnjem planu država članica EU-a, na području ugovornog prava.

Recepcija prava EU-a rezultirala je intenzivnom zakonodavnom aktivnosti u državama članicama EU-a, a potom i potrebom nove sistematizacije i usklađivanja postojećeg ili naslijeđenog zakonodavstva s novousvojenim pravilima.

Tako su nove zakone ili dijelove zakona, koji uređuju materiju ugovornog prava donijele Nizozemska 1992. godine¹⁶, potom je 2002. godine i u Njemačkoj došlo do izmjena njemačkog Zakona o obveznim odnosima¹⁷. Godine 1999. Engleska i Wales su donijele Zakon o ugovornim odnosima¹⁸. U Francuskoj su u tijeku rasprave o izmjenama obveznoga prava, 2005. godine je objavljen tzv. Catala report¹⁹.

Isti su procesi u tijeku i u brojnim istočnoeuropskim državama. Konačno i u Hrvatskoj je 2005. godine, između ostalog, s ciljem usklađivanja domaćeg zakonodavstva sa zakonodavstvom EU-a, donesen novi Zakon o obveznim odnosima²⁰.

Iako navedeni zakonodavni procesi nisu rezultirali potpunim ujednačavanjem ugovornog prava država članica EU-a, a dvojbeno je da li je to uopće krajnji cilj procesa harmonizacije i unifikacije ugovornog prava EU-a²¹, pomaci su i više nego vidljivi.

¹⁶ Burgerlijk Wetboek; dostupno na: <http://www.wetboek-online.nl/wet/BW1.html>.

¹⁷ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts of 26 November 2001, BGBl I 2001, str. 3138; O reformi njemačkog obveznoga prava vidi: Zimmerman, Reinhard, *The New German Law on Obligations: Historical and Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2005.

¹⁸ Contracts (Rights of Third parties) Act, c 31, 1999., dostupno na: http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1999/ukpga_19990031_en_1.

¹⁹ Avan projet de réforme du droit des obligations et droit de la prescription, 22 September 2005.

²⁰ Narodne novine br. 35/2005.

²¹ Pogrešno bi bilo smatrati da procesi unifikacije prava imaju za cilj potpuno ujednačavanje prava država članica. Komisija takav tijek razvoja događaja negira u svojim dokumentima. Pitanje je bi li tako što uopće bilo moguće i oportuno. Središnji je ekonomski cilj procesa harmonizacije prava, ukloniti prepreke odvijanju trgovine na unutarnjem tržištu i stvaranju jedinstvenog tržišta. U ostvarenju toga cilja potrebno je učiniti sve što je moguće na planu harmonizacije da se uklone barijere slobodnoj trgovini.

Unatoč neospornoj fragmentarnosti materije ugovornog prava EU-a, zahvaljujući sveukupnim procesima harmonizacije ugovornog prava u EU-u u posljednjih 20 godina (pri čemu se napose misli na radove akademске zajednice kao što je Landova komisija i druge, a ne samo na akte donesene od strane tijela EU-a), danas se može govoriti o zajedničkoj jezgri ili platformi europskoga ugovornog prava, kao podlozi za neke buduće zakonodavne aktivnosti, koje bi u konačnici za ishod možda i mogle imati donošenje Europskoga građanskog zakonika ili drugoga pravnog akta, ekvivalentnog značenja.

Razmatrani procesi koji se trenutno odvijaju u okviru EU-a na području harmonizacije ugovornog prava, usporedivi su s procesima ujednačavanja prava u SAD-u.

U SAD-u uz nacionalne propise država članica koegzistira i federalno pravo, koje je rezultat trajnog nastojanja ublažavanja pravnih razlika koje postoje između pojedinih država, a koje su nedvojbene i često značajne.

Tako je recimo na području ugovornog prava donesen Uniform Commercial Code²², koji je, iako iznimno značajan, samo jedan od unifikatorskih akata donesenih na području reguliranja ugovornog prava, a regulira pitanja prodaje i druge trgovačke transakcije. Tu su još primjerice Uniform Consumer Lease Act (2001.), Uniform Consumer Credit Code (1968., 1974.) i brojni drugi²³.

Osim toga, u razmatranju ove materije treba spomenuti i američke *Restatements*²⁴ of Law²⁵. *Restatements of Law* donosi American Law Institute. Oni su sekundaran i neformalan izvor prava u SAD-u. Po pravnoj prirodi se svrstavaju

²² Uniform Commercial Code je inače posebno zanimljiv kao način ili model preko kojeg je provedena unifikacija trgovačkog prava u SAD-u u svim saveznm državama s obzirom na neizmijenjenu ustavnu odredbu prema kojoj reguliranje trgovine ulazi u zakonodavne nadležnosti država članica. UCC je zapravo poslužio kao model-zakon po uzoru na koji su sve države usvojile nacionalne zakone i na taj se način učinak unifikacije postigao posredno.

²³ Za cjelovit popis jednoobraznih zakona donesenih u USA vidi: <http://www.nccusl.org/nccusl/DesktopDefault.aspx?tabindex=2&tabid=60> i dalje, [http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Uniform_Acts_\(United_States\)](http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Uniform_Acts_(United_States)).

²⁴ Izraz "to restate" se definira na sljedeći način: "to express again or differently, especially more clearly or convincingly". (Kawkins and Allen, *The Oxford Encyclopedia, English Dictionary* (1992.)). U prijevodu to bi značilo ponovo se očitovati o nečemu ili se očitovati jasnije i uvjerljivije.

²⁵ Više o Restatements of law vidi: American Law Institute, *Institute projects*, dostupno na: <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.instituteprojects>.

u *soft law*. No unatoč tome, riječ je o iznimno utjecajnom pravnom vrelu u američkoj pravnoj i poslovnoj praksi.

Nastaju kao rezultat stručnog preispitivanja pozitivnopravnih vrela američkog prava, iz kojih se potom odabiru i predlažu “najbolja pravna rješenja”, s mogućnosti primjene u svih 50 američkih država.

U pravnom sustavu, kakav je američki, u kojem veliki dio prava nije kodificiran nego izvor nalazi u precedentima, smisao *restitutionsa* je učiniti pravo jednostavnijim, jasnijim te naročito, ublažiti pravnu nesigurnost²⁶ koja je posljedica postojanja mnoštva sudskih odluka.

Restatementsi nemaju dakle, ambiciju formulirati nova pravna pravila, nego samo iz nepreglednog mnoštva sudskih presuda deducirati opća i univerzalno prihvatljiva pravila koja je ta sudska praksa već stvorila²⁷.

Restatements of law donose se za različita pravna područja²⁸. Tako postoje i posebni “*restitutionsi*” za ugovorno pravo. The American Law Institute je objavio posljednju verziju *Restatements of Contract Law* 1981. godine.

Restatements of Contract Law Američkog instituta za pravo imaju posebnu važnost u kontekstu ovog rada jer su u metodološkom smislu bili uzor Landovoj komisiji pri izradi Načela i principa ugovornog prava,²⁹ iako između potonjih i *restitutionsa* postoje značajne razlike³⁰. Potom se primjenom iste metodologije

²⁶ Petrić, Silvija, *Uvod u Načela europskog ugovornog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991.) vol. 29. br. 1, str. 12., 2008.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Neka od najznačajnijih “*restitutionsa*” Američkog pravnog instituta su donesena za sljedeća pravna područja: zastupanja (*Agency Restatements*), sukoba prava (*Conflicts of Laws Restatements*), ugovornog prava (*Contracts Law Restatements*), prava vlasništva (*Property Restatements*), naknade štete (*Restitution Restatements*), radnog prava (*Employment Law Restatements*).

²⁹ Ole Lando, *The Rules of European contract law*, “Study of the system of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code” European parliament, DG for Research, Working paper, Legal Affairs series, JURI 103 EN (June 1999) Chapter III, 127 - 136).

³⁰ Sličnost između PECL-a i *restitutionsa* ogleda se u istovjetnom ili sličnom metodološkom pristupu koji je primijenjen pri izradi potonjih. I PECL kao i *restitutionsi* sadrži pravila, komentare pravila i napomene. Nadalje i PECL su kao i *restitutionsi* pravno neobvezujuća pravna pravila. Razlike između potonjih počivaju na sljedećem. Pravila koja su sadržana u *restitutionsima* izvedena su iz sudskih precedentata, a riječ je o “najboljoj praksi” koju preporučeno treba slijediti. PECL sadrži pravna rješenja koja su zajednička europskim državama, a nastaju na temelju komparativne analize poredbenih pravnih sustava. Na-

pristupilo i izradi Common Frame Reference, iako se ni CFR, kao ni PECL po pravnoj prirodi ne mogu smatrati *restatementsima*³¹.

No, otišlo se i korak dalje. Trenutno je u tijeku projekt izrade “*restatementsa europskog prava*” na Sveučilištu u Innsbrucku gdje se 1999. godine započelo s izradom *restatementsa* za područje osiguranja. Puni je naziv ovog projekta “*Restatements of European Insurance Contract Law*”³².

Ovakva pravna aktivnost svjedoči o prihvaćenosti *restatementsa* kao mogućega “*novoga*” pravnog instrumenta ujednačavanja prava u Europi.

Naime, usprkos intenzivnim procesima harmonizacije ugovornog prava u okviru EU-a, ugovorno se pravo država članica i dalje značajno razlikuje. Pravna pravila jesu usklađena u značajnom segmentu, no nerijetko se različito tumače i primjenjuju³³.

Restatementsi bi u tom segmentu mogli odigrati važnu ulogu i doprinijeti jedinstvenom tumačenju pravnih pravila na onim područjima gdje je harmonizacija prava provedena, ali se nije ostvarila i namjera europskog zakonodavca u pogledu jedinstvenog tumačenja usvojenih pravila. Do sada je tu ulogu uglavnom imao Sud EU-a.

No značenje *restatementsa* nije samo u svezi s učincima koje ima kao pravni instrument harmonizacije prava, već su *restatementsi* možda i mogući odgovor na pitanje o dilemama koje se već godinama vode u EU-u u pogledu odgovarajućih instrumenata, razine i stupnja moguće, potrebne i željene harmonizacije ugovornog prava u EU-u³⁴.

dalje, PECL se može neposredno primijeniti u praksi ako se stranke na njega pozovu, *restatementsi* ne. U tom smislu *restatementsi* su više smjernice ili upute američkim pravnicima kako treba rješavati neki pravni problem ili pitanje.

³¹ O razlikama između *restatementsa* i CFR-a vidi: Nicola, Fernanda, *Transatlanticism: The Trade in Legal Ideas in the Formation of European Private Law*, *Cardozo Journal of International Comparative Law (JICL)* Vol. 16, No 1, Research paper No. 08-51, Washington College of Law, str. 10; i dalje, Karsten, Jens, Petri, Gosta, *Towards a Handbook on European Civil Law and Beyond*, *Journal of Consumer Policy*, Springer, vol 28., 2005., str. 39.

³² Vidi o tome više: University of Innsbruck, Institute for Civil Law; dostupno na <http://www.restatement.info/>

³³ Vidi o tome primjerice: Smits, Jan, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, No. 5., 1998., str. 332; Smits, Jan, *Contract Law in The EU: Convergence of Not?* Working Paper No. 2008/1, Faculty of Law, Tilburg University, May 2008, str. 16, dostupno na: <http://www.ssrn.com/link/Tilburg-TICOM.html>.

³⁴ Vidi o tome: Smid, U., Christoph, *Bottom - Up Harmonization of European Private Law: Ius Commune and Restatements, Function and Future of European law*, Helskanen and Kulovesi (eds.), Helsinki 1999.

3. PRAVNI INSTRUMENTI HARMONIZACIJE, PRAVNI OKVIR HARMONIZACIJE I DRUGA OTVORENA PITANJA HARMONIZACIJE UGOVORNOG PRAVA EU-a

Pitanje stupnja ili razine harmonizacije ugovornog prava EU-a te pravnih instrumenata za provedbu iste³⁵, podvaja akademsku i širu stručnu javnost u Europi već niz godina³⁶.

Temeljno se mogu izdvojiti dvije pravne struje, koje načelno gledajući zastupaju oprečna stajališta. S jedne strane, postoji struja koja zagovara potrebu pune harmonizacije ugovornog prava i donošenja Europskoga građanskoga zakonika, kao krajnjeg cilja procesa harmonizacije³⁷, i druga, koja polazi sa stajališta potrebe minimalne harmonizacije te samo u mjeri u kojoj je harmonizacija nužna da ne ometa i ne usporava gospodarske procese i odvijanje trgovine na unutarnjem tržištu³⁸.

³⁵ Pitanje razine harmonizacije prava i instrumenata kojima se postiže harmonizacija prava u EU-u u bliskoj su svezi. Harmonizaciju i unifikaciju prava moguće je provesti primjenom različitih pravnih instrumenata, različite pravne snage. Temeljni su instrumenti harmonizacije prava u Europi uredbe (regulations), smjernice (directives), odluke (decisions) te preporuke i mišljenja (recomendations and opinions) kao sekundarna pravna vrela. V. o tome više: Craig, P., De Burca, G., *EU Law*, Oxford University Press, third ed., str. 111 - 116.

³⁶ Vidi primjerice: Caruso, Daniela, *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*, *European Law Journal*, Vol. 3, No. 1, March, Blackwell Publishers Ltd, 1997., str. 3 - 32.; Reich, Norbert, *A European Contract Law, or an EU Contract Law regulation for Consumers*, *Journal of Consumer Policy*, Springer, (2005.) 28: 383 - 407.

³⁷ Najznačajniji je predstavnik i zagovornik pune unifikacije ugovornog prava u EU-u, profesor Ole Lando i skupina stučnjaka okupljenih oko njega. Da je unifikacija prava donekle moguća, dokazali su donošenjem Principa i načela ugovornog prava. No rečeni akt nije pravno obvezujući, niti je nastao s ambicijom obvezatne primjene Načela od strane njegovih adresata. Vidi o tome više: Ole Lando, *Some Features of the Law on Contracts in the Third Millennium*, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 40, 2000., str. 345 - 401., dostupno na: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/lando01.htm; i dalje, Ole Lando, *The Rules of European Contract Law*, *op. cit.* bilj. 28.

³⁸ Vodeći je predstavnik onih koji se protive punoj harmonizaciji ugovornog prava u EU-u Pierre Legrand, profesor na Sveučilištu u Tilburgu u Nizozemskoj. On ne zagovara ukidanje procesa harmonizacije, on se temeljno protivi "prisilnoj" ili autoritativnoj harmonizaciji, o kojoj se sve više u EU-u raspravlja. U svojim brojnim radovima argumentira razloge protiv harmonizacije. V. o tome Legrand, Pierre, *Against a European Civil Code*,

Prvu skupinu autora možemo smatrati i zagovornicima procesa harmonizacije ugovornog prava u EU-u, dok bi općenito gledajući, drugu skupinu autora mogli smatrati protivnicima harmonizacije ugovornog prava u EU-u³⁹. No problem harmonizacije ugovornog prava EU-a nije crno-bijeli. Riječ je o izrazito složenom i slojevitom problemu, koji zahtijeva analitički pristup.

Tako se, kada govorimo o mogućoj razini i stupnju harmonizacije ugovornog prava EU-a, susrećemo s dvojbama u pogledu maksimalne *versus* minimalne harmonizacije ugovornog prava.

Maksimalna harmonizacija (*full harmonization*) podrazumijeva da će pravna materija ili pravno pitanje koje se na razini EU-a regulira, biti regulirano u svim državama članicama na jedinstven način i na jedinstven se način tumačiti.

To se može postići samo pravnim aktima obvezujućeg karaktera, primjerice uredbama.

Za razliku od maksimalne harmonizacije, minimalna harmonizacija nema za cilj tako ambiciozan zahvat u nacionalna zakonodavstva država članica. Središnji je cilj postupka minimalne harmonizacije uspostaviti minimalnu razinu usklađenosti pravne materije ili pravnog pitanja koje se regulira. Na taj se način ne uklanjaju u potpunosti pravne razlike koje postoje, već se one minimaliziraju tako da ne ometaju slobodnu trgovinu i funkcioniranje unutrašnjeg tržišta.

Temeljni su pravni instrumenti minimalne harmonizacije smjernice, no to mogu biti i drugi pravni instrumenti poput preporuka ili modela zakona⁴⁰. Koji će se pravni instrument harmonizacije primijeniti, ovisi o cilju koji se harmonizacijom želi postići.

Dvojbe se ovdje javljaju u svezi s odabirom optimalnog instrumenta harmonizacije, odnosno jesu li to instrumenti tzv. *soft law* prava, poput primjerice razmatranih *restatementsa* američke prakse ili model-zakona ili su to pretežito pravni akti kogentne naravi kao što su uredbe EU-a ili smjernice, kao pravna vrela nižeg stupnja obvezatnosti od uredbi.

The Modern Law Review Limited, January, 1997, Blackwell Publishers, Oxford.; i dalje vidi: Caruso, Daniela, *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*.

³⁹ Ova tvrdnja naravno vrijedi samo uvjetno. Nitko od spomenutih autora nije apsolutno protiv procesa harmonizacije ugovornog prava. Ono što ih podvaja jesu metode i stupanj ostvarive i moguće razine harmonizacije ugovornog prava i privatnog prava općenito.

⁴⁰ Jedna je od predloženih inicijativa da se proces harmonizacije ugovornog prava ostvari donošenjem općih uvjeta ugovora za pojedine tipove ugovora s važenjem u svim državama članicama. Vidi o tome: Twigg-Flesner Christian, *supra* bilj. 4, str. 142 - 143.

Za sada je evidentna raznovrsnost i šarolikost odabira pravnih instrumenata koji imaju za cilj ujednačiti ugovorno pravo EU-a i brojne aktivnosti koje se bilježe na području ujednačavanja prava.

Tako s jedne strane, postoji intenzivna akademska aktivnost kao važan doprinos harmonizaciji ugovornog prava, ali bez formalne obveze harmonizacije.

S druge strane, postoje brojne smjernice i drugi akti tijela EU-a.

Povrh toga, postoji i niz presuda Suda EU-a koji djeluje kao čimbenik tzv. negativne harmonizacije (integracije)⁴¹ ugovornog prava EU-a. Naime, Sud EU-a je u brojnim situacijama dao svoj doprinos tumačenju prava i formulirao konkretna pravna stajališta, oko pravnih pitanja koja su zahtijevala epilog.

Sve navedeno svjedoči da uvodno iznesene dvojbe i pravna pitanja oko stupnja ili razine harmonizacije ugovornog prava nisu prethodno institucionalno riješene na razini EU-a te da se unifikaciji ugovornog prava EU-a često pristupalo bez jasne vizije i *ad hoc*, ali i dosta oprezno.

Potonje iz razloga, jer je zabilježen očekivani otpor dijela stručne javnosti u državama članicama EU-a, koja se protivila harmonizaciji ugovornog prava, budući da je riječ o pravnom području koje je dijelom privatnoga prava i koje počiva na pravnim, kulturološkim, povijesnim i inim specifičnostima⁴².

Pored toga, budući da je ugovorno pravo dio privatnoga prava država članica, kompetencije tijela EU-a u provedbi harmonizacije privatnoga prava država članica su i donekle limitirane.

Temeljni je članak koji služi kao pravni okvir harmonizacije ugovornog prava u EU-u članak 95. Ugovora o EU-u⁴³. Njime se predviđa ovlast Europskog parlamenta i Vijeća da poduzme mjere ujednačavanja prava (*approximation*

⁴¹ Negativna harmonizacija (ili integracija) jedan je vidova harmonizacije ugovornog prava. Centralna je figura negativne harmonizacije Sud EZ-a. Sud EZ-a je u okviru svoje ingerencije preuzeo ulogu čimbenika integracije tako da je u svojim odlukama tumačio pravo Zajednice, uvijek imajući u pozadini tumačenja ideju o uklanjanju prepreka funkcioniranju unutarnjeg tržišta. Odluke Suda EZ-a poslužile su kao podloga za ukidanje propisa, odredbi propisa ili odluka država članica koje su predstavljale barijeru slobodnoj trgovini na unutarnjem tržištu. Vidi o tome više: Nicola, Fernanda, *supra* bilj. 30., str. 124 - 126.

⁴² Vidi o tome: Legrand, Pierre, *Against a European Civil Code*, The Modern Law Review, January, 1997, Blackwell Publisher, Oxford.

⁴³ Vidi o tome više: Rutgers, Jacobien, *The Rule of Reason and Private Law of the Limits to Harmonization, Rule of Reason; Rethinking another Classic of EC Legal Doctrine*, Annette Schrauwen (ed.), *The Hogendorp Papers (4)*, Groningen, Europa Law Publishers, ISBN 9076871345

of the laws) i druge administrativne ili regulatorne mjere koje će za cilj imati uspostavljanje i funkcioniranje unutarnjeg tržišta.

Iz ove se odredbe, osim legitimiteta tijela EU-a za poduzimanje mjera harmonizacije iščitavaju i granice doseg članka 95. Ugovora o EU-u kao instrumenta harmonizacije. Harmonizacija je moguća samo u odnosu na ona pravna pitanja i područja gdje je zbog pravnih razlika i pravnih rješenja koja postoje u nacionalnim zakonodavstvima dovedeno u pitanje stvaranje i funkcioniranje unutarnjeg tržišta.

Drugačije rečeno, ako stvaranje i funkcioniranje unutarnjeg tržišta nije ugroženo, nema pravnog temelja za donošenje akata koji za učinak imaju harmonizaciju materije ugovornog prava.

Države članice EU-a su se nerijetko opirale obvezi harmonizacije⁴⁴, pozivajući se upravo na ograničeni doseg članka 95. Ugovora o EU-u kao instrumenta harmonizacije⁴⁵.

Vodeći je predmet koji slikovito opisuje ograničenja članka 95. kao instrumenta harmonizacije tzv. Tobacco Advertising⁴⁶.

U ovome je predmetu Sud EU-a na temelju tužbe podnesene od strane Njemačke stavio izvan snage već donesenu Smjernicu 98/43/EC o reklamiranju i

⁴⁴ U pravnoj se teoriji spominje više vidova otpora harmonizaciji. Tako se s jedne strane spominje zakonodavni otpor harmonizaciji (*legislative resistance*) o kojem je riječ kada države članice odbijaju uskladiti svoje zakonodavstvo sa zakonodavstvom EU-u. Primjer je recimo slučaj Francuske koja je odbila implementirati u nacionalno zakonodavstvo odredbe Smjernice o odgovornosti za proizvode s nedostatkom. Nadalje se u doktrini govori o sudskom otporu harmonizaciji (*judicial resistance*), o kojemu je riječ kada sudovi u tumačenju prava odbijaju prilagoditi sudsku praksu europskoj praksi ili novousvojenim pravilima "europskog prava". I konačno se govori i o tzv. pasivnom otporu harmonizaciji (*passive resistance*). Pod pasivnim otporom harmonizaciji se misli na situacije kada su propisi EU-a implementirani od strane država članica, ali one nisu istovremeno poduzele druge potrebne mjere da bi novousvojeni propisi bili primjenjivi u praksi. To znači da su nova pravila ili u koliziji s već postojećim pravom države članice ili da postojeći zakonodavni okvir ne podržava primjenu novih pravila *acquisa*. U tom slučaju, unatoč tome što je neki propis EU-a implementiran u nacionalno zakonodavstvo države članice, on u praksi ne može zaživjeti jer za to nisu ispunjene neke druge pretpostavke.

⁴⁵ Upućuje se i na sljedeće slučajeve: Case C-70/88 Parliament v. Council (1991.) ECR I-4529, t. 17, Case C 300/89 Commission v. Council (1991.) ECR I-2867 (the Titanium Dioxide Judgement) t. 23.

⁴⁶ Case C-376/98 Germany v. European Parliament and Council for the European Union (2000.) ECR-I-8419.

sponsoriranju duhanskih proizvoda⁴⁷. Tužitelj je u postupku bila Njemačka. U tužbi protiv Europskog parlamenta, Njemačka navodi da Europski parlament na temelju članka 95. Ugovora o EU-u nije imao ovlast donijeti osporavani pravni akt budući da Smjernica nema za učinak unapređenje uvjeta i funkcioniranja unutarnjeg tržišta, a što je nužna pretpostavka primjene članka 95. Ugovora o EU-u kao pravnog instrumenta harmonizacije.

Osporavana je Smjernica sadržavala niz odredbi o zabrani svakog oblika reklamiranja i sponzoriranja duhanskih proizvoda diljem Zajednice, što je bilo suprotno rješenjima njemačkog zakonodavstva. Njemačka se stoga usprotivila izmjeni svojih propisa i njihovom usklađivanju s odredbama rečene smjernice, navodeći da postojeća pravila nisu barijera stvaranju ili funkcioniranju unutarnjeg tržišta, te da stoga, uopće ne postoji legitimitet Europskog parlamenta i Vijeća na donošenje rečenog akta.

Europski sud se u postupku ocjene usredotočio na utvrđivanje sljedećih činjenica: 1. jesu li postojeća pravila njemačkog zakonodavstva prepreka slobodnom tržišnom natjecanju na tržištu duhanskim proizvodima te ometaju li funkcioniranje unutarnjeg tržišta, 2. imaju li odredbe Smjernice, čija je zakonitost dovedena u pitanje, za učinak unapređenje tržišnog natjecanja i funkcioniranje unutarnjeg tržišta⁴⁸. Kako se u provedenom postupku nije potvrdila ni prva ni druga pretpostavka, Sud EU-a donosi odluku kojom izvan snage stavlja rečenu Smjernicu.

Kada je riječ o harmonizaciji dijela materije ugovornog prava koja se odnosi na reguliranje pitanja zaštite potrošača, situacija je bitno drugačija.

Pravni je okvir za provedbu harmonizacije ovdje temeljno članak 153. Ugovora o EU-u⁴⁹. On nedvosmisleno i izričito u većem broju stavaka regulira

⁴⁷ Directive 98/43/EC - Advertising and sponsorship of tobacco products.

⁴⁸ Case C-376/98 Germany v. European Parliament and Council for the European Union (2000.) ECR-I-8419 t. 85 i t. 108. odluke.

⁴⁹ Članak 153. Ugovora o EZ-u glasi: 1. *Radi unapređenja interesa potrošača i osiguranja visoke razine zaštite potrošača, Zajednica će voditi računa o zaštiti zdravlja, sigurnosti i ekonomskim interesima potrošača kao i o pravu potrošača na obaviještenost, obrazovanje i organiziranje.* 2. *U definiranju i primjeni politike i aktivnosti Zajednice, posebno će se uzeti u obzir interesi zaštite potrošača.* 3. *Zaštita potrošača ostvarit će se: (a) mjerama donesenim u skladu s člankom 95. Ugovora o EZ te (b) mjerama čiji je cilj nadzirati, poticati i nadopuniti mjere i politiku država članica koje se odnose na pitanje zaštite potrošača.* 4. *Vijeće će djelujući u skladu s procedurom predviđenom člankom 251. Ugovora o EZ i nakon konzultacija sa odborom zaduženim za ekonomsku i socijalnu*

pitanja zaštite potrošača i kompetencije tijela EU-a da poduzmu potrebne mjere radi osiguranja iste razine zaštite potrošača diljem Europe.

Stoga pitanje kompetencije tijela EU-a da provode harmonizaciju u domeni zaštite potrošača nije nikada dovedeno u pitanje na način kako je osporavana kompetencija tijela EU-a na ujednačavanje prava na temelju članka 95. Ugovora o EU-u.

No, ovdje se javlja jedan drugi problem, a taj je u svezi sa tumačenjem članka 153. stavka 5. koji dopušta da države članice usvoje višu razinu zaštite potrošača od one koja je predviđena dokumentima Europskog Vijeća i parlamenta.

Članak 153. stavak 5. određuje da “...mjere koje donese Europski parlament i Vijeće nisu prepreka državama članicama da usvoje mjere zaštite potrošača koje su strože od mjera koje je usvojio Europski parlament i Vijeće u svojim dokumentima”.

Posljedica je postojanja ovog pravila u praksi, da su u različitim državama usvojeni različiti standardi zaštite potrošača, u nekim viši, a nekim niži.

Takva je situacija u državama članicama postojala i prije donošenja smjernica kojima se uređuju pitanja zaštite potrošača.

Stoga se sasvim ispravno postavilo pitanje, je li cilj harmonizacije bio osigurati najnižu i barem minimalnu razinu zaštite potrošača u svim državama članicama ili ujednačenu razinu zaštite potrošača u svim državama članicama.

Naime, ako je cilj harmonizacije bio osigurati barem minimalnu razinu zaštite potrošača u svim državama članicama, onda se mora znati da sva suvremena zakonodavstva, a bez svake sumnje sva europska zakonodavstva, posvećuju veliku pažnju pitanju zaštite potrošača i da su minimalni standardi zaštite potrošača u svim zakonodavstvima, u nekom obliku, usvojeni još davnih dana.

Ako je s druge strane, cilj harmonizacije prava o zaštiti potrošača bio osigurati ujednačenu razinu zaštite potrošača u svim državama članicama, a što je s obzirom na cilj stvaranja jedinstvenoga europskog tržišta logičnije, onda rečena odredba tome ne ide u prilog. Iako u pozadini te odredbe zasigurno stoji najbolja intencija zakonodavca, a ta je maksimalna moguća zaštita potrošača na razini cijelog EU-a, ona je zapravo dovela do “nove neujednačenosti” u pogledu razine zaštite potrošača, nastale kao posljedica harmonizacije.

politiku donositi mjere iz prethodnog stavka. 5. Donesene mjere međutim, nisu prepreka da države članice donesu mjere zaštite potrošača koje su strože od mjera koje donese Europski parlament i Vijeće. Takve mjere moraju biti kompatibilne s odredbama Ugovora o EZ. Komisija će o njima biti obaviještena.

Naime, ako je državama dopušteno da same odrede razinu zaštite koja ne može biti niža od one koja je kao najniža propisana smjernicom, tada će to za posljedicu imati da će potrošači biti zaštićeniji na nekom tržištu, primjerice Njemačkom, jer se Njemačka odlučila usvojiti viši standard zaštite od onog propisanog Smjernicom, dok će uživati manju razinu zaštite na primjerice talijanskom tržištu, jer se Italija odlučila usvojiti najniži standard zaštite propisan smjernicom (koji je već i otprije možda postojao).

Ovakvo tumačenje zasigurno ne ide u prilog ideji o stvaranju jedinstvenog tržišta, na kojem trebaju vladati slični ili isti tržišni uvjeti i standardi zaštite.

Jedno je od otvorenih pitanja harmonizacije ugovornog prava EU-a, koje također u okviru razmatranog zahtijeva razradu, a na koje službena politika EU-a također do sada još uvijek nije dala definitivan odgovor, pitanje potpune *versus* djelomične harmonizacije ugovornog prava EU-a.

Puna harmonizacija podrazumijeva da je procesom harmonizacije obuhvaćena cjelokupna građa ugovornog prava. Konačnim se ciljem pune harmonizacije može smatrati donošenje Europskoga građanskoga zakonika koji bi zamijenio nacionalne propise koji reguliraju materiju ugovornog prava.

Djelomična harmonizacija, koja je trenutno u EU-u na snazi kada je riječ o ugovornom pravu, podrazumijeva selektivan pristup u reguliranju materije ugovornog prava. To znači da su postupkom harmonizacije obuhvaćeni samo pojedini dijelovi materije ugovornog prava, pojedina pravna područja i to ona za koje je razvidno da predstavljaju najznačajniju prepreku stvaranju i/ili funkcioniranju unutarnjeg tržišta. Iz dosadašnjih radova proizlazi da je to pitanje zaštite potrošača.

Prateći kronološki rasprave provedene u EU-u ovom pitanju, može se zaključiti da su se stajališta nadležnih tijela EU-a s vremenom bitno mijenjala.

Od polaznog stajališta o potrebi minimalne harmonizacije i to samo pojedinih pravnih područja, koje je prevladavalo prije desetak godina, danas je sve zastupljeniji stav o potrebi pune harmonizacije i maksimalne razine harmonizacije⁵⁰.

Uzroci promjene stava počivaju na većem broju razloga. Jedan je od temeljnih razloga taj što minimalna harmonizacija nije polučila onaj uspjeh koji se očekivao poduzimanjem mjera minimalne harmonizacije, odnosno, provedena harmonizacija nije rezultirala ujednačavanjem prava u mjeri u kojoj se to željelo.

⁵⁰ Vidi o tome: Twigg-Flesner Christian, *supra* bilj. 4., str. 54.

Naime, opće je poznato da smjernice, koje su najčešće primijenjen instrument harmonizacije, ne obvezuju države članice na doslovnu implementaciju odredbi smjernice u nacionalna zakonodavstva, već ostavljaju značajna diskrecijska prava nacionalnim zakonodavcima da implementiraju odredbe smjernice u nacionalno zakonodavstvo na način na koji je za njih to najprihvatljivije, vodeći pri tome računa o postojećem sustavu pravila, običajima i drugom.

To je dovelo do situacije da se “harmonizirana područja” i dalje značajno razlikuju, od države do države⁵¹.

No osim toga, i onda kad su pravila koje države članice usvoje naizgled ista ili vrlo slična, javlja se problem njihova različitog tumačenja u praksi, što je zapravo značajniji problem od činjenice da pravna pravila nisu potpuno identična.

Činjenica je da se harmonizacija prava, do određene razine, može provesti isključivo zakonodavnim mjerama, što se sada na pravnom planu i provodi.

Međutim, potom slijedi jednako važan i složen zadatak, a taj je osigurati jedinstveno tumačenje novih pravila od strane sudova, jer ako će na razini EU-a postojati potpuno oprečne interpretacije istih pravnih pravila i različiti sudski pravorijeci na isto ili slično činjenično stanje, to će opet za posljedicu imati neravnopravan položaj sudionika obveznih odnosa na području jedne države članice u odnosu na pravnu zaštitu koju bi dobili u drugoj državi članici.

U tom smislu, sudovi će u tom slučaju biti čimbenik dezintegracije. Stoga, ovom segmentu harmonizacije također treba posvetiti jednaku, ako ne i veću pozornost, nego li zakonodavnim aktivnostima⁵².

Dosadašnja iskustva pokazuju da su sudovi država članica nerijetko ignorirali prilagođavanje svoje prakse novome pravnom režimu⁵³. To je zasigurno

⁵¹ *Ibidem*, str. 55.

⁵² O ovome je problemu Komisija EU-a progovorila u većem broju svojih dokumenata. U dokumentu pod nazivom *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract law* (Brussels 11. 7. 2001. COM (2001.) 398 final) se navodi da “europski zakonodavac mora osigurati konzistentnost kako u izradi zakonodavstva, tako i u njegovoj implementaciji i primjeni od strane država članica. Mjere usvojene Europskoj zajednici moraju biti konzistentne jedna s drugom, ali i interpretirane i s istim učincima u svim državama članicama.” Vidi o tome više: *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract law* (Brussels 11. 7. 2001. COM (2001.) 398 final), t. 3.4.

⁵³ Vidi o tome više: Caruso, Daniela, *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*, *European Law Journal*, Vol. 3. No. 1., March 1997. str. 3. - 32.

problem s kojim ćemo se vrlo brzo suočiti i mi u Hrvatskoj. No, nedvojbeno je riječ o pravnom problemu koji dijeli, a i dalje će dijeliti, pravne stručnjake u europskim državama.

Dubinu razmatranog problema slikovito opisuje sljedeći citat koji kaže: “Pravo bilo koje države je poput jezika nekog naroda, dio njegova kulturnog nasljeđa. Ono je jedan od elemenata nacionalnog identiteta. Stoga, ukoliko ne želimo iskorijeniti pravnu tradiciju stvaranu stoljećima, moramo biti oprezni da očuvamo one segmente nacionalnog prava koji imaju posebnu važnost za zajednicu u kojoj je takvo pravo nastalo i primjenjivano. Kako se ne bismo morali odreći nacionalnog identiteta i prihvatiti kozmopolitske pravne vrijednosti, harmonizacija prava treba se provesti samo u segmentu gdje su ugrožene zajedničke vrijednosti i specifične potrebe svih članica Zajednice. Proces europskog integriranja ima za cilj ostvarenje ekonomskog, političkog i pravnog jedinstva. On ne treba ići tako daleko da rezultira ukidanjem svih razlika, uključujući tu i privatno pravo država članica, posebno u onom segmentu koje je odraz kulturnog i pravnog identiteta svake države članice.”⁵⁴

4. PODRUČJE HARMONIZACIJE UGOVORNOG PRAVA EU-a: *CONSUMER AND NON-CONSUMER ACQUIS*

Radovi na harmonizaciji ugovornog prava u EU-u od samih se početaka harmonizacije odvijaju u više smjerova ili pravca. Prvo je područje zahvaćeno procesom harmonizacije ugovornog prava bilo područje zaštite potrošača (*consumer acquis*). Ovo je pravno područje obilježeno izrazito intenzivnom zakonodavnom aktivnosti i donošenjem velikog broja pravnih akata u posljednjih dvadesetak godina⁵⁵.

Usporedo s procesom ujednačavanja prava koje se odnosi na područje zaštite potrošača, provodi se harmonizacija i drugih segmenata ugovornog prava. Riječ je o raznim aspektima i pitanjima ugovornog prava (plaćanjima u trgovačkim transakcijama, materiji trgovačkog zastupanja, odgovornosti za neispravan

⁵⁴ De Boer, *The Relationship Between Uniform Substantive Law and Private International Law*, u knjizi *Towards a European Civil Code*, Hartkamp et al. (ed.), 1994.

⁵⁵ Vidi o tome: Reich, Norbert, *A Common Frame Reference - Ghost or host for integration*, Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen, Discussionpapier 7/2006, bremment, dostupno na: http://www.zerp.uni-bremen.de/deutsch/pdf/dp7_2006.pdf, str. 3.

proizvod, o materiji koja se odnosi na elektroničku trgovinu i elektroničke potpise, pravo osiguranja i druga).

Strana doktrina navedenu pravnu materiju jednoznačno označava izrazom *non-consumer acquis*⁵⁶. Ovakva se pravna kvalifikacija nedvojbeno ne može smatrati dostatno preciznom ili odgovarajućom za obilježavanje pravne materije zahvaćene harmonizacijom, no budući da ne postoji drugi i odgovarajući izraz koji bi jasnije ili na precizniji način jednoznačno upućivao na zaključak o tome što je predmet harmonizacije ugovornog prava u EU-a, u radu se prihvaća, ovakva, već ustaljena tipologija, uz napomenu da je riječ o pravnoj kvalifikaciji koja nije posebno dobro rješenje.

4.1. Harmonizacija ugovornog prava koje se odnosi na zaštitu potrošača - *Consumer Acquis*

Zaštiti potrošača danas pripada centralno mjesto među pravnim područjima ugovornog prava zahvaćenim procesom harmonizacije.

Prve se službene rasprave o harmonizaciji ugovornog prava u okviru EU-a koje se odnosi na potrošače, vode već od početka 70-tih godina dvadesetog stoljeća, pa i ranije⁵⁷.

Na samitu u Parizu, održanom 1972. godine predsjednici i premijeri europskih država složili su se da je potrebno pravno djelovati u segmentu uređenja materije zaštite prava potrošača, ističući da će reguliranje prava potrošača na razini EU-a biti izravan poticaj trgovini i boljem funkcioniranju unutarnjeg tržišta.

Po održanom samitu, uslijedio je i prvi službeni dokument EU-a, koji potom postaje i okosnicom budućega europskog aktivizma na području zaštite potrošača. Objavljen je u travnju 1975. godine pod nazivom "Preliminary Programme for a consumer protection and information policy"⁵⁸.

⁵⁶ Vidi primjerice: Twigg-Flesner Christian, *supra* bilj. 4., str. 51.

⁵⁷ Dokumenti EU-a navode 1962. godinu, kao godinu u kojoj je ustrojen Odbor za pitanja potrošača (Committee for consumer questions), koji je preteča svih današnjih tijela EU-a koje se bave pitanjima prava koje se odnosi na potrošače. V. Consumer protection and information policy, Second report, Commission of the European Communities, 1979., str. 7., dostupno na: <http://aei.pitt.edu/3102/01/000075.PDF> (posjećeno 12. 2. 2009.)

⁵⁸ Vidi o tome: Draft Action Programme of the European Communities with regard to Consumers, Commission of the European Communities, Brussels, 1979., dostupno na: http://aei.pitt.edu/3796/01/001279_1.pdf

U njemu se, kao i u dokumentima koji su uslijedili⁵⁹ potrošačima jamče sljedeća prava: 1/ pravo zaštite zdravlja i sigurnosti, 2/ pravo na zaštitu ekonomskih interesa, 3/ pravo na naknadu štete, 4/ pravo na obrazovanje i informiranost te 5/ pravo na udruživanje⁶⁰.

Iako se u potonjem i drugim dokumentima EU-a izražava jasna namjera djelovanja EU-a u domeni zaštite prava potrošača, formalne pretpostavke za poduzimanje konkretnih mjera harmonizacije ugovornog prava koje se odnosi na pitanja zaštite potrošača nisu se u potpunosti ispunile sve dok u Ugovor iz Maastrichta nije uvršten članak 153. koji neposredno daje legitimitet tijelima EU-a da poduzimaju mjere harmonizacije ugovornog prava koje se odnose na materiju prava potrošača⁶¹.

No unatoč tome, proces harmonizacije prava koje se odnosi na pitanja zaštite potrošača se odvijao. Prva je smjernica EU-a koja se odnosi na pitanja zaštite prava potrošača donesena 1985. godine, tzv. Doorstep Selling (85/577/EEC). Njome se reguliraju pitanja sklapanja ugovora između potrošača i poduzetnika, sklopljenih izvan poslovnih prostorija trgovca ili prebivališta potrošača.

⁵⁹ Do današnjih je dana EU usvojio niz strategija koje definiraju pravni okvir politike EU koja se odnosi na pitanje zaštite potrošača. Počevši sa navedenim Preliminarnim programom za zaštitu potrošača iz 1975. godine do danas su usvojeni programi za sljedeća razdoblja: za razdoblje 1981. - 1986., za razdoblje 1990. - 1993., za razdoblje 1993. - 1995., za razdoblje 1996. - 1998., za razdoblje 1999. - 2001., za razdoblje 2002. - 2006.

Posljednji je program donesen za razdoblje od 2007. do 2013. godine pod nazivom EU Consumer Policy Strategy 2007. - 2013. na temelju Odluke br. 1926/2006/EC Europskoga parlamenta i Vijeća od 18. 12. 2006. Isti je dostupan na web-adresi: http://ec.europa.eu/consumers/overview/cons_policy/doc/cps_0713_en.pdf

⁶⁰ Vidi o tome: Draft Action Programme of the European Communities with regard to Consumers, Commission of the European Communities, *supra* bilj. 56., i dalje, *Integration through Law: Europe and American Federal Experience*, Cappelletti, M., Seccombe, M., Weiler, J., Rehlinger, E., Walter de Gruyter, Berlin/New York, January, 1986. str. 102 - 105.

⁶¹ Zaštita potrošača uvrštena je u Ugovor o EU-u kao posebna politika EU-a tek Ugovorom iz Maastrichta. Do tada se pravo zaštite potrošača razvijalo bez izričite ugovorne nadležnosti, uglavnom kao dio projekta stvaranja unutarnjeg tržišta. Temelj zakonodavstva u području zaštite potrošača do donošenja Ugovora iz Maastrichta je bila Rezolucija Vijeća od 14. travnja 1975. godine o preliminarnom programu Europske ekonomske zajednice za zaštitu potrošača i politiku informiranja (OJ C 92, 1975.; vidi i bilješku 58 u radu).

Ovom je smjernicom, kao standard harmonizacije, prihvaćena i uvedena minimalna razine harmonizacije, koja se danas pokazuje kao osporavan i krivi pristup. No, o tome će posebno biti riječi na kraju ovog dijela izlaganja.

Nakon ove smjernice, uslijedilo je donošenje značajnog broja drugih smjernica. Riječ je o sljedećim dokumentima.

- Smjernica o sklapanju ugovora na daljinu ili tzv. Distance Selling (97/7/EC)⁶²
- Smjernica o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima ili tzv. Unfair Contract Terms Directive (93/13/EEC)⁶³
- Smjernica o zaštiti potrošača u ugovorima o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine tzv. Timeshare Directive (94/47/EC)⁶⁴
- Smjernica o zaštiti potrošača u ugovorima o organiziranju putovanja tzv. Package Travel Directive (90/314/EEC)⁶⁵
- Smjernica o zaštiti potrošača u ugovorima o potrošačkom kreditu ili Consumer Credit Directive (87/102/EEC)⁶⁶
- Smjernica o zaštiti potrošača pri kupnji robe i usluga na tržištu tzv. Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees Directive (99/44/EC)⁶⁷
- Smjernica o zaštiti potrošača pri određivanju cijena proizvoda koji se nude potrošačima tzv. Unit Price Directive (98/67/EC)⁶⁸
- Smjernica o povredi zaštićenih prava potrošača tzv. Injunction Directive (98/27/EC)⁶⁹
- Smjernica o oglašavanju financijskih usluga kod ugovora na daljinu ili tzv. Distance Marketing of Financial Services Directive (2002/65/EC)⁷⁰.

⁶² Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of consumers in respect of distance contracts (1997) OJ L 144/19.

⁶³ Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts (1993.) OJ L 95/29.

⁶⁴ Directive 94/47/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of purchaser in respect of certain aspects fo contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis (1994) OJ L 280/94.

⁶⁵ Directive 90/314/EEC on package travel, package holidays and package tours (1990.) OJ L 158/90.

⁶⁶ Directive 87/102/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit (1987.) OJ L 42/48.

⁶⁷ Directive 99/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (1999.) OJ L 171/12.

⁶⁸ Directive 98/67/EC on consumer protection in the indication of prices of product offered to consumers.

⁶⁹ Directive 98/27/EC on Injunctions for the protection of consumers interests.

⁷⁰ Directive 2002/65 of the European Parliament and of the Council concerning the distance marketing of consumer financial services (2002.) OJ L 271/16.

- Smjernica 2005/29/EC o nepoštenoj trgovačkoj praksi u potrošačkim ugovorima (ili Unfair Commercial Practice Directive (2005/29/EC)⁷¹.

Dvije posljednje navedene smjernice, za razliku od svih prethodnih, propisuju obvezu maksimalne harmonizacije. To znači da države članice ne mogu, a što je ranije bio slučaj, ustrojiti više, strože ili drugačije standarde zaštite od onih koje propisuje smjernica.

Ove dvije smjernice, koje su uzgred rečeno i novijeg datuma, sasvim sigurno označavaju novo poglavlje harmonizacije ugovornog prava koje se odnosi na zaštitu potrošača i posljedica su već duže vrijeme najavljivanog zaokreta službene politike EU-a po pitanju stupnja ili razine harmonizacije ugovornog prava.

One su odraz tendencije postizanja veće razine uniformnosti prava potrošača na razini EU-a.

No, u pozadini ovoga pristupa leže i možda neke druge tendencije. Naime, puna harmonizacija dijela ugovornog prava koji se odnosi na potrošače, možda je samo prvi korak čiji bi konačni ishod bio ujednačavanje cjelokupne građe ugovornog prava u EU-u.

Zasigurno su otpori pune harmonizacije ugovornog prava bitno manji kad je riječ o dijelu materije ugovornog prava koja se odnosi na pitanje zaštite potrošača. Gotovo da ne postoje oponenti pristupa koji zagovara potrebu iste i ujednačene razine pravne zaštite potrošača diljem Zajednice. Ista razina pravne zaštite potrošača znači intenzivniju trgovinu diljem Zajednice, uklanjanje strahova i dvojbi koje potrošači možda imaju zbog nepoznavanja prava koja im pripadaju na tržištu neke druge države članice, što ih odvraća do kupovine roba i usluga na tržištima drugih država članica. Stoga, svaka država članica u ujednačavanju prava koje se odnosi na potrošače u ovakvom tijeku događaja vidi svoju gospodarsku šansu.

U tom smislu, pozitivni ekonomski efekti koji se mogu očekivati od ujednačavanja ugovornog prava koje se odnosi na potrošače su neosporni.

No, s druge strane, treba uzeti u obzir i to, da su naponi punog ujednačavanja prava potrošača na razini EU-a moguća politička igra, koja će poslužiti cilju harmonizacije cjelokupne građe ugovornog prava.

⁷¹ Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, L 149/22.

Kada se pokaže da je puna harmonizacija moguća u jednom segmentu ugovornog prava, to bi mogao biti snažan argument *in favorem* daljnjeg procesa harmonizacije ugovornog prava.

Iako službena politika EU-a za sada opovrgava ovakve namjere i tvrdnje te ostavlja otvorenim sve mogućnosti, (a te su: 1/ u potpunosti zaustaviti procese harmonizacije ugovornog prava i prepustiti tržišnim silnicama proces gospodarske integracije, 2/ poticati i podržavati pristup koji bi se zasnivao na usvajanju i donošenju pravno neobvezujućih pravnih pravila poput Landovih načela, 3/ revidirati i unaprijediti postojeća pravila ugovornog prava, kako bi se uklonile pravne nejasnoće i kako bi ono bolje funkcioniralo, te 4/ usvojiti novo - ugovorno pravo EU-a, koje bi u naravi bilo kogentno, promjenom dosadašnjeg pristupa, za što je potrebno promijeniti metodologiju i instrumente harmonizacije, te umjesto smjernicama harmonizaciju provoditi uredbama (regulation)⁷²), - jasno je da su neke od iznesenih opcija apsurdne, jer je proces harmonizacije toliko odmakao da se stvari ne mogu vratiti unatrag ili jednostavno zaustaviti.

Naime, to bi s jedne strane značilo poraz europske administracije na tom planu, a s druge, da nas globalizacija i uvjeti poslovanja na globalnom tržištu tjeraju da prevladamo postojeće razlike i zajednički djelujemo.

Da su iznesene tvrdnje istinite, potvrđuje dokument Komisije EU-a objavljen 2004. godine pod nazivom *European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward*⁷³.

U potonjem dokumentu, Komisija predviđa nastavak aktivnosti harmonizacije ugovornog prava i razdvajanje materije ugovornog prava (koja je do sada obuhvaćena procesom harmonizacije) u dva dijela.

Iz dosadašnje bi se građe obuhvaćene procesom harmonizacijom trebala izdvojiti cjelokupna materija koja se odnosi na pitanja zaštite potrošača. Uz potrebnu reviziju, ona bi bila objedinjena i objavljena u jedinstvenom aktu - Uredbi o europskom ugovornom pravu potrošača (*European Consumer Contract Law Regulation*)⁷⁴.

⁷² Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, Commission of the European Communities, Brussels, 11. 7. 2001. COM (2001.) 398., str. 2.

⁷³ Communication from the European Parliament and of the Council, European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward, Brussels, 11. 10. 2004. (COM 2004.) 651 final; dostupno na: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com2004_en.pdf

⁷⁴ Vidi o tome više: Reich, Norbert, *A European Contract Law an EU Contract Law Regulation for Consumers*, Journal of Consumer Policy vol. 28., (2005.), Springer 2005., str. 398.

Naime, budući da se pravo zaštite potrošača u posljednja dva desetljeća u EU-u značajno izgradilo, Komisija EU-a smatra da je sazrijelo vrijeme za izdvajanje materije o zaštiti potrošača iz općeg dijela ugovornog prava i za priznavanje ovom dijelu pravne materije, zasebnog pravnog statusa.

Drugi bi dio materije trebao obuhvatiti ostala pravna područja ugovornog prava koja su do sada bila zahvaćena procesom harmonizacije, a gdje su zapravo otvorene sve mogućnosti u pogledu daljnjeg procesa harmonizacije.

4.2. Harmonizacija ostalih pravnih područja ugovornog prava - *non consumer acquis*

Za razliku od ugovornog prava koje se odnosi na zaštitu potrošača i gdje manje više postoji suglasnost o nužnosti i potrebi harmonizacije prava, situacija je bitno različita kada je riječ o potrebi i cilju harmonizacije općega ugovornog prava.

U prethodnom je dijelu izlaganja već istaknuto da postoje dvije struje, čiji se stavovi značajno razlikuju u pogledu potrebe i moguće razine harmonizacije ugovornog prava na razini EU-a.

Tako postoji struja koja zagovara i promiče potrebu pune harmonizacije ugovornog prava, uz osnovnu argumentaciju da je to put kojim se mora ići želi li se postići puna integracija tržišta europskih država.

Protivnici takva stava ističu da se puna harmonizacija ugovornog prava u cjelini ne može provesti. Oni ističu da je donošenje Europskoga građanskoga zakonika nerealan cilj te da se trgovina na jedinstvenom tržištu odvijala bez problema i do sada, da postoje međunarodni i već prihvaćeni instrumenti poput Rimske konvencije o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze⁷⁵ ili UNIDROIT-ovih principa i načela međunarodnih trgovačkih ugovora⁷⁶ i drugi, koji kao supranacionalni pravni instrumenti omogućuju zaobilazanje nacionalnih propisa država članica i sprječavaju nastanak sporova koji su u svezi s različitostima koje karakteriziraju pravne sustave i pravna rješenja.

Ne želeći se prikloniti ni jednoj ni drugoj struji, jer zagovaranje harmonizacije ili protivljenje harmonizaciji ugovornog prava u EU-u nije cilj ovoga rada, u radu će se pokušati objektivno prikazati što je na planu harmonizacije ugovornog

⁷⁵ Rome Convention on the laws Applicable to Contractual obligations of 19 June 1980.

⁷⁶ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

prava, koje nadilazi pitanje zaštite potrošača, do sada učinjeno, dokle se došlo i što su realne opcije za neko dogledno vrijeme.

Odnosno drugačije rečeno, pokušat će se odgovoriti na pitanje **je li donošenje Europskoga građanskoga zakonika realan mogući ishod procesa ujednačavanja prava** ili je pak riječ o neutemeljenim željama da se pomire možda nepomirljive pravne razlike.

Za sada je razvidno, da se unatoč svim prigovorima provedbi harmonizacije, za koje se ne može zanijekati da su često točni i pravno utemeljeni, harmonizacija ugovornog prava odvijala, doduše ne u razmjerima i intenzitetom kojim se odvijala harmonizacija ugovornog prava koje uređuje pitanja zaštite potrošača, ali je razvidno da je tamo gdje je postojao zajednički interes i zajednička potreba usklađivanja prava, do toga i došlo.

Procesom harmonizacije općega ugovornog prava prvobitno su bila zahvaćena ona pravna područja koja su “nova” i gdje “domaća” regulativa ili nije usvojena ili je tek usvojena, tako da se još nije izgradila pravna praksa koju bi trebalo mijenjati ili prilagođavati.

Kao primjer se može navesti materija elektroničke trgovine, elektroničkih plaćanja i elektroničkih potpisa. Riječ je o poslovanju koje je novo, koje ne poznaje granice države, stoga je bilo lako postići konsenzus oko prihvatanja općih i zajedničkih odredbi.

No, stremljenja europske administracije u pogledu harmonizacije ugovornog prava nadilaze samo “nova” ili pravno neregulirana područja ugovornog prava.

To potvrđuju dosadašnje aktivnosti. Ovdje se daje prikaz samo nekih najznačajnijih smjernica:

- Smjernica 86/653/EEC o usklađivanju prava država članica koja se odnose na uređenje pitanja samostalno zaposlenih trgovačkih zastupnika ⁷⁷
- Smjernica 2000/31/EC o nekim pravnim aspektima pružanja usluga informacijskog društva, posebno elektroničke trgovine na unutarnjem tržištu ⁷⁸
- Smjernica 1999/93/EC o pravnom okviru za elektroničke potpise ⁷⁹

⁷⁷ Directive 86/653/EEC on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (1986) OJ L382/86.

⁷⁸ Directive 2000/31/EC on the European Parliament and Council on certain legal aspects of information society service, in particular electronic commerce, in the Internal Market (2000) OJ L 178/81.

⁷⁹ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures.

- Smjernica 2000/35/EC o načinima rješavanja pitanja zakašnjenja plaćanja u trgovačkim ugovorima⁸⁰
- Smjernica 2002/92/EC o posredovanju u sporovima proizašlim iz ugovora o osiguranju⁸¹
- Smjernica 2002/83/EC o životnom osiguranju⁸²
- Smjernica 2006/123/EC o pružanju usluga na unutarnjem tržištu⁸³
- Smjernica 2007/64/EC o plaćanju usluga na unutarnjem tržištu⁸⁴
- Smjernica 85/374/EEC o ujednačavanju prava država članica u pogledu odgovornosti za neispravan proizvod⁸⁵, itd.

Klasificirane po predmetu reguliranja i obuhvatu, navedene i druge do sada usvojene smjernice zadiru u sljedeća pravna područja:

- 1/ bankarsko poslovanje, financijsko tržište i sustav plaćanja⁸⁶,
- 2/ elektroničko poslovanje⁸⁷,
- 3/ pitanja trgovačkog zastupanja⁸⁸,

⁸⁰ Directive 2000/35/EC on combating late payment in commercial transactions (2000.) OJ L 2000/35.

⁸¹ Directive 2002/92/EC on Insurance Mediation (2002.) OJ L 9/03.

⁸² Directive 2002/83/EC concerning Life Assurance (2002.) OJ L 345/27.

⁸³ Directive 2006/123/EC on Services in the Internal market (2006.) OJ L 376/36.

⁸⁴ Directive 2007/64/EC on Payment Service in the Internal Market (2007.) OJ L 319/1. Ova je smjernica zamijenila raniju Smjernicu o prekograničnom plaćanju putem kredita Directive 97/5/EC of the European Parliament and Council on Cross-border Credit Transfer (1997.) OJ L 43/25.

⁸⁵ Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member states concerning liability for defective products.

⁸⁶ Directive 2000/35/EC on combating late payment in commercial transactions (2000.) OJ L 2000/35); Directive 2007/64/EC on Payment Service in the Internal Market (2007.) OJ L 319/1. Ova je smjernica zamijenila raniju Smjernicu o prekograničnom plaćanju putem kredita (Directive 97/5/EC) of the European Parliament and Council on Cross-border Credit Transfer (1997.) OJ L 43/25; Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement system; Council Directive 80/390/EEC of 17 March 1980 co-ordinating the requirements for the drawing up, scrutiny and distribution of the listing particulars to be published for the admission of securities to official stock exchange listing.

⁸⁷ Directive 2000/31/EC on the European Parliament and Council on certain legal aspects of information society service, in particular electronic commerce, in the Internal Market (2000.) OJ L 178/81; Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures.

⁸⁸ Directive 86/653/EEC on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (1986) OJ L382/86.

- 4/ odgovornosti za neispravan proizvod⁸⁹,
- 5/ područje osiguranja⁹⁰,
- 6/ pravo intelektualnog vlasništva.⁹¹

Navedene smjernice ne nude sustavan koncept reguliranja materije ugovornog prava, posebno njegovoga općeg dijela, već samo pojedinih njegovih segmenata. Ocjenjuje se da one predstavljaju *ad hoc* odgovore na pojedinačne probleme koji su se javljali u svezi sa sklapanjem ugovora i odvijanjem trgovačkog poslovanja na unutarnjem tržištu.

Tamo gdje je problem odvijanja trgovine na unutarnjem tržištu bio posebno izražen ili značajan ili se opetovano javljao neko vrijeme, problem se rješavao donošenjem smjernice koja je usko fokusirana na problematično pravno pitanje ili područje.

Međutim, s druge strane, na području općega ugovornog prava EU-a postoji važan i sveobuhvatan uradak dijela akademske zajednice, koja u svojim radovima, sustavno pristupa problemu reguliranja predmetne materije. Među potonjima, posebna važnost pripada Landovim načelima ugovornog prava⁹² i dokumentu koji je još uvijek u stadiju izrade, a koji nosi naziv Common Frame Reference⁹³. Tu su i drugi radovi poput *Code européen des Contracts* koji je izradila Academy of European Private Lawyers Pavia ili tzv. Gandolfi grupa, nazvana

⁸⁹ Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member states concerning liability for defective products.

⁹⁰ Directive 2002/92/EC on Insurance Mediation (2002.) OJ L 9/03; Directive 2002/83/EC concerning Life Assurance (2002.) OJ L 345/27; Directive 92/49/EEC of 18 June 1992 on the co-ordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life insurance and amending Directive 73/239/EEC.

⁹¹ Council Directive 92/100/EEC of 19. November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property; Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights; Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs.

⁹² Engleski je prijevod Principles of European Contract Law (PECL); u daljnjem tekstu PECL.

⁹³ Sve o projektu izrade Common Frame Reference vidi na stranicama EU-a: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm; i dalje vidi o tome: VonBar, Christian, *Working Together Toward a Common Frame of Reference*, *Juridica International*, br. 10, 2005., str. 17 - 26.; Ritaine, E., *The Common Frame of Reference (CFR) and the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Springer Berlin/ Heidelberg, str. 563 - 584.

po svom najistaknutijem predstavniku profesoru Giuseppeu Gandolfiju⁹⁴, i drugi⁹⁵.

5. NAČELA EUROPSKOGA UGOVORNOG PRAVA - TZV. LANDOVA NAČELA

Landova načela ugovornog prava predstavljaju najcjelovitiji akademski doprinos harmonizaciji ugovornog prava EU-a.

Radovi na njihovoj izradi započeli su početkom osamdesetih godina, točnije 1982. godine, (što je znatno ranije nego li se na razini EU-a započelo s harmonizacijom ugovornog prava) i to kao rezultat privatne inicijative znanstvenika, profesora i pravnika koji se bave privatnim pravom, okupljenih oko začetnika ideje o donošenju rečenih Načela, profesora Olea Landa.

Profesor Ole Lando i skupina istomišljenika razvijaju tezu o potrebi i nužnosti utvrđivanja zajedničkih načela ugovornog prava svojstvenih većem broju europskih država.

U temelju te ideje leži uvjerenje da unatoč razlikama koje karakteriziraju obvezno i općenito gledajući, privatno pravo europskih država, postoji zajednička jezgra koju je moguće definirati, a koja bi u tom slučaju mogla poslužiti kao platforma za izradu Europskoga građanskoga zakona.

Ova je ideja izuzetno napredna pravna misao, uzimajući u obzir vrijeme u kojem je nastala i razvijala se. Iako je i ranije bilo pokušaja i projekata koji su provedeni s ciljem definiranja zajedničkih i srodnih načela, raznih segmenata

⁹⁴ Dok su u Landovim načelima objedinjena pravna pravila ugovornog prava država koja unutar kontinentalnoga pravnog sustava pripadaju njemačkom pravnom krugu, Pavia ili Akademija pravnika europskoga privatnog prava okupila je na izradi načela ugovornog prava pravnike koji pripadaju romanskoj, odnosno francusko-talijanskoj pravnoj tradiciji. Vidi o tome: Periñán, Bernard, *A Romanistic Approach on Unified European Private Law*, Roman Legal Tradition, vol. 1., str. 4., dostupno na: <http://www.romanlegaltradition.org/contents/2002/RLT-PERINANI.PDF> (posjećeno 17. 2. 2009.).

⁹⁵ Ovdje treba spomenuti još barem dvije akademske inicijative koje se trenutno provode s ciljem utvrđivanja zajedničkih načela ugovornog prava. To su tzv. Trento group koja izводи projekt pod nazivom "The Common Core of Private Law in Europe" sa Sveučilišta u Trentu (vidi: <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>) i Tilbourg Group sa Sveučilišta u Tilburgu.

obveznog prava, različitih država članica⁹⁶, ni jedan od njih nije konkretiziran u mjeri i na način kao što je to učinjeno u PECL-u.

Izrada PECL-a trajala je dvadeset jednu godinu. Godine 1995. objavljen je prvi dio Načela europskoga ugovornoga prava. Prvi dio PECL-a sadrži opće odredbe, odredbe o izvršenju ugovora, o neispunjenju ugovora (o povredi ugovora) i o sankcijama zbog neispunjenja ugovora⁹⁷.

Godine 1999. objavljen je drugi dio PECL-a. Drugi dio sadrži pravila o nastanku, valjanosti, tumačenju i sadržaju ugovora, pravila o zastupanju te revidiranu verziju odredbi prvog dijela PECL-a, što je za posljedicu imalo novu renumeraciju članaka.

Treći i posljednji dio PECL-a završen je 2002. godine, a objavljen je u ožujku 2003. godine. Time je Landova komisija završila svoj projekt i rad. Treći dio PECL-a sadrži pravila o obvezama s više subjekata, o asignaciji, o promjeni dužnika, o prijenosu ugovora, o prijebodu, zastari, ništetnosti ugovora, o ugovorima sklopljenim pod raskidnim ili drugim uvjetom te o kapitalizaciji kamata⁹⁸.

Konačni tekst PECL-a sastoji se od 17 poglavlja. To su opće odredbe, zaključenje ugovora, zastupanje, valjanost ugovora, tumačenje ugovora, sadržaj i učinci ugovora, ispunjenje ugovora, neispunjenje ugovora, pravne sankcije za neispunjenje ugovora, obveze s više subjekata, ustupanje tražbina, promjene dužnika, ustupanje ugovora, prijebod, zastara, ništavost ugovora, sklapanje ugovora uz uvjet i kapitalizacija kamate⁹⁹.

PECL su po pravnoj naravi pravila *soft law* prava, što znači da nisu pravno obvezujuća. Međutim, unatoč tome, riječ je o dokumentu velike važnosti, koji ima višestruku namjenu¹⁰⁰.

⁹⁶ Profesor Rudolf Schlesinger je 1968. godine objavio rezultate provedenog istraživanja, pod nazivom *Formation of Contracts: A Study on the Common Core of Legal Systems*, koje je imalo za cilj utvrditi sličnosti koje postoje u zakonodavstvima različitih europskih država u pogledu sklapanja i izvršenja ugovora. V. o tome: Bonassies, Pierre et al., *Formation of contracts: A study of the Common Core of Legal Systems* (Rudolf Schlesinger ed.), 1968.

⁹⁷ Lando & Beale (eds.) *Principles of European Contract law, Part I, Performance, Non-Performance and Remedies*, Dordrecht, 1995.

⁹⁸ Tekst trećeg dijela Načela dostupan je na: <http://webh01.ua.ac.be/storme/PECL3en.html> (posjećeno 18. 2. 2009.)

⁹⁹ Cjelovit tekst PECL-a dostupan je na: <http://webh01.ua.ac.be/storme/PECLre.html> (posjećeno 18. 2. 2009.)

¹⁰⁰ O pravnoj naravi PECL-a te svrsi i mogućoj primjeni PECL-a vidi: Smits, Jan, *The Principles of European Contract Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, objavljeno u

Prvo, PECL je mogući izvor prava za stranke. Načela se mogu neposredno primijeniti ako to stranke žele i pod uvjetom da ugovore njihovu primjenu¹⁰¹. Na taj se način uklanjaju problemi povezani s primjenom mjerodavnog prava u slučaju spora.

Iako dokumenti poput PECL-a već postoje, a to su u prvom redu UNIDROIT-ovi principi i načela međunarodnih trgovačkih ugovora, prednost PECL-a u odnosu na potonje je u tome što je PECL "europski dokument" što znači sadržajno "bliskiji" pravnicima europskih država i europskim poduzetnicima, od međunarodnih dokumenata koje donose međunarodne organizacije poput UNCITRAL-a ili UNIDROIT-a.

PECL, po logici stvari u većoj mjeri od potonjih, sadrži odredbe koje su zajedničke, srodne i poznate pravnicima diljem Europe, uz naravno obrazloženja svih onih pitanja koja se mogu nametnuti kao sporna ili različita.

Nadalje, značenje i važnost PECL-a počiva i na činjenici da rečena pravila mogu poslužiti kao uzor i vodič nacionalnim zakonodavcima i sudovima za razumijevanje i rješavanje pravnih pitanja i problema.

Autori PECL-a u uvodu ističu da je nesporna korist od formuliranja Načela u približavanju dviju velikih europskih porodica, one kontinentalnog prava i common law prava, gdje su pravne razlike i najizraženije.

I konačno, autori PECL-a kao dugoročni i možda najvažniji cilj izrade PECL-a vide u tome što PECL može poslužiti kao temelj ili platforma za izradu budućega Europskoga građanskoga zakonika.

Autori načela ističu da je riječ o pravilima koja imaju perspektivu da budu široko prihvaćena od strane poslovne zajednice te da će ona utrti svoj put u praksi "snagom svoje uvjerljivosti" (*persuasive*) jer će se s vremenom potvrditi da mogu u značajnoj mjeri olakšati razumijevanje obveznog prava i običaja država članica i trgovačko poslovanje¹⁰².

knjizi: Vacquer, A., *La Tercera Parte de Los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Valencia 2002, Tirant, str. 567 - 590, dostupno i u elektroničkom obliku na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=792545; i dalje, Twigg-Flesner, C., *supra* bilj. 4., str. 13 - 14.; Smits, J., *A European Private Law as a Mixed Legal System*, *supra* bilj. 33., str. 330 - 332.

¹⁰¹ PECL se može primijeniti i kada stranke nisu izričito ugovorile njegovu primjenu. Vidi o tome više: Petrić, Silvija, *supra* bilj. 25., str. 17.

¹⁰² Ole Lando, *The Rules of European Contract Law, Study of System of Private Law in EU with Regard to Discrimination and the Creation of a European Civil Code*, European Parliament, DG for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103, June 1999, Chapter III, str. 129.

Koliko se od ovih očekivanja autora PECL-a do sad ispunilo, odnosno koliko će ih se ispuniti, još je uvijek teško procijeniti¹⁰³.

Nitko ne osporava važnost i značenje PECL-a kao akademskog dostignuća na području ujednačavanja ugovornog prava EU-a. No, nema podataka koji bi svjedočili o tome da se PECL razvio u supranacionalno pravo koje je poslovna zajednica objeručke prihvatila i pred kojim nacionalno ugovorno (obvezno) pravo država članica polako uzmiče i gubi na važnosti.

To ne znači da u budućnosti PECL nema perspektivu. Međutim, PECL će se moguće povijesno verificirati u drugačijem kontekstu od onoga koji su predvidjeli njegovi tvorci.

Dostignuća PECL-a su prevažna da bi bila odbačena i olako shvaćena. Tome svjedoči i činjenica da završetak izrade PECL-a 2003. godine nije označio i završetak projekta kao takvog u cjelini.

PECL je epilog dobio u aktivnostima radne skupine EU-a zadužene za izradu Europskoga građanskoga zakonika (*Study Group on European Civil Code*), čiji su brojni članovi bili članovi Landove komisije, kojoj je povjerena zadaća izrade Common Frame Reference (CFR) za ugovorno pravo.

No za razliku od PECL-a, koji je rezultat privatne inicijative akademske zajednice i pravnih stručnjaka drugih profila, radovi na izradi CFR-a rezultat su izravnih napora Komisije EU-a poduzeti s ciljem unapređenja postojećeg sustava pravila ugovornog prava i osiguranja više i kvalitetnije razine *acquisa* kojim se regulira materija ugovornog prava.

6. COMMON FRAME REFERENCE FOR CONTRACT LAW

Common Frame Reference for Contract Law ili “Zajednički okvir za ugovorno pravo” u metodološkom je smislu do sada najambiciozniji projekt u EU-u poduzet u segmentu harmonizacije ugovornog prava EU-a.

¹⁰³ Kao neki od verificiranih uspjeha PECL-a navode se sljedeći: 1. PECL je postao iznimno utjecajno pravno vrelo u akademskim krugovima, 2. sve se više razmatra mogućnost da PECL bude prihvaćen kao prednacrt Europskog zakona za ugovorno pravo, 3. ističe se sve prisutnije “oslanjanje” na PECL od strane sudova država članica. *Vidi o tome više*: Nils, Jansten, *The Authority of the Academic “Draft Common Frame of Reference”*, European Corporate Governance Institute (ECGI), 2008. dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1264011.

Nositelj toga projekta je tzv. *Study Group on a European Civil Code* osnovana 1998. godine na temelju dvije rezolucije Europskog parlamenta¹⁰⁴, a koja je jedna od dvije radne grupe¹⁰⁵ kojoj je u EU-u povjerena zadaća izrade Zajedničkih načela europskoga privatnog prava (*Common Principles of European Private Law*).

Common Frame Reference ili CFR je kako navodi Komisija, dugoročni projekt koji za cilj ima unaprijediti postojeću pravnu stečevinu u domeni ugovornog prava te osigurati veću konzistentnost zakonodavnih procesa u budućim procesima harmonizacije ugovornog prava.

U tom smislu radovi na CFR-u nisu usmjereni na donošenje i stvaranje nekoga novoga ugovornog prava EU-a, već na sistematizaciju i unapređenje postojećeg ugovornog prava, a što je nužna pretpostavka budućih procesa harmonizacije ugovornog prava.

Naime, jedan je od osnovnih prigovora procesu harmonizacije ugovornog prava u EU (osim već ranije iznesenog da se procesu harmonizacije pristupa nesustavno), da se u dosadašnjim procesima harmonizacije nije vodilo dovoljno računa o ujednačenosti terminologije, jednoobraznom tumačenju i primjeni usvojenih pravila, pa se uslijed toga određeni pravni pojmovi ili pravni instituti definiraju na različit način u različitim dokumentima EU-a, pojedini pravni pojmovi koji se javljaju u većem broju dokumenata su neobjašnjeni, neprecizni ili nedovoljno objašnjeni i slično¹⁰⁶.

Sve to uzrokuje dodatne poteškoće, u već složenim procesima i pokušajima harmonizacije ugovornog prava u EU-u.

Slijedom toga, CFR bi trebao biti svojevrsni *rezime* do sada postignutog na području harmonizacije ugovornog prava. Kada izrada CFR-a bude završena, CFR će biti osnova na kojoj će se graditi buduće ugovorno pravo EU-a. CFR

¹⁰⁴ Resolution A2-157/89 on Action to bring into line the Private Law of Member States (1989.) OJ C 158/400; Resolution A3-329/94 on the Harmonization of certain sectors of Private law of Member States (1994.) OJ C 205/518.

¹⁰⁵ Druga je radna skupina tzv. *Acquis Group* ili *European Research Group on Existing EC Private Law* (<http://www.acquis-group.org/>) koja je prvenstveno osnovana sa zadaćom analize postojeće pravne stečevine ugovornog prava (sekundarnih pravnih vrela i presuda Suda EZ-a).

¹⁰⁶ V. o tome: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: *European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward*, COM (2004) 651 final, October 2004, (u daljnjem tekstu *Communication 2004.*); dostupno na:

nije ekvivalent budućega Europskoga građanskoga zakonika ili njegov nacrt, (no ne isključuje se mogućnost da budu podloga za izradu Europskoga građanskoga zakonika)¹⁰⁷.

On je svojevrsna kodifikacija¹⁰⁸ u kojoj bi trebala biti sadržana i objedinjena do sada usvojena materija ugovornog prava EU-a, ali rasterećena svih nelogičnosti i nejasnoća koje su se javljale u svezi s implementacijom usvojenih smjernica iz materije ugovornog prava.

U pogledu svrhe i razloga izrade CFR-a, Komisija predviđa da će se CFR u prvom redu koristiti pri donošenju smjernica ili drugih akata s područja ugovornog prava, putem kojeg će se olakšati i unaprijediti buduće zakonodavne aktivnosti na planu harmonizacije ugovornog prava tako da će se spriječiti višestruke ili oprečne interpretacije pravnih instituta i pojmova koji su usvojeni u pravu EU-a.

No osim toga, Komisija EU-a, ali i drugi pravni teoretičari predviđaju višestruku funkciju CFR. Tako će CFR, osim što će poslužiti kao osnova za buduće zakonodavne procese u EU-u, biti dokument koji će biti od velike koristi i zakonodavcima u državama članicama u njihovim budućim zakonodavnim aktivnostima. Pravila sadržana u CFR-u će se moći koristiti kao model-pravila za oblikovanje vlastitih pravnih pravila.

Nadalje, očekuje se da će CFR koristiti i akademska zajednica. On može biti priručnik koji će služiti akademskoj zajednici za komparativno izučavanje i bavljenje europskim ugovornim pravom, ali i kao podloga za udžbenike koji će se baviti ugovornim pravom EU-a.

I konačno, CFR je zamišljen i kao mogući izvor prava za stranke ugovora (tzv. *optional instrument*¹⁰⁹), posebno u odnosima u kojima sudjeluju mali i srednji poduzetnici (tzv. SMEs)¹¹⁰.

CFR se može neposredno primijeniti u domaćoj ili međunarodnoj trgovini. Stoga se očekuje da će postojanje pravila kakva su CFR, olakšati poduzetnicima

¹⁰⁷ V.: Henning Grosse Ruse-Khan, *The European Draft Common Frame of Reference - A Source of Comparative Law; A New Option for Choosing the Applicable Law; or a Template for a European Civil Code*, Conference proceedings, Kuala Lumpur, November 2008, str. 1., dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319247.

¹⁰⁸ Tako i: Nils, Jansen, *supra* bilj. 99., str. 2.; Von Bar, Christian, *supra* bilj. 90., str. 22.

¹⁰⁹ Communication 2004., *supra* bilj. 70., str. 17 - 22.

¹¹⁰ Von Bar, Christian, *A Common Frame Reference for European private law - Academic Efforts and Political Realities*, Electronic Journal of Comparative Law, vol 12.1., May 2008, str. 1., dostupno na: <http://www.ejcl.org>. posjećeno 22. 2. 2009.

poslovanje na domaćem i inozemnom tržištu, ali i unaprijediti postojeću razinu povjerenja poduzetnika i potrošača u funkcioniranje unutarnjeg tržišta.

Protivnici procesa harmonizacije ugovornog prava i pravni skeptici, CFR vide kao manje ambiciozan i važan projekt. Oni smatraju da se uloga CFR-a može praktički svesti na ulogu zajedničkog rječnika europskoga ugovornog prava, koji će primarno poslužiti u svrhu terminoloških pojašnjenja izraza ili instituta koji imaju različita značenja u različitim državama članicama¹¹¹. No ima i onih, koji potpuno negiraju važnost CFR-a i smatraju da je riječ o projektu koji može biti izvorom pravnih konflikta i nejasnoća¹¹².

U pogledu potonjeg, mora se istaknuti da tvrdnja o štetnim efektima nema ni pravno ni logično uporište. CFR je značajan korak naprijed u procesima i pokušajima prevladavanja pravnih različitosti koje karakteriziraju ugovorno pravo država članica.

U najmanje optimističnoj varijanti CFR može ostati na razini akademskog uratka, a da ne naiđe na širu primjenu u praksi, što će već samo za sebe značiti i neispunjenje očekivanja njegovih autora, ali i Komisije koja je neprijeporno financijski i na druge načine podržavala i pratila ovaj projekt.

6.1. Pravna priroda i sadržaj CFR-a

CFR je po pravnoj prirodi dispozitivno pravno vrelo. Komisija EU-a CFR definira kao "tool box" ili priručnik (*handbook*)¹¹³ zajedničkih principa i načela europskoga ugovornog prava¹¹⁴.

Ovakva se (prilično nejasna i neodređena) pravna kvalifikacija ne može smatrati slučajnošću. Kako proizlazi iz svih prethodnih pojašnjenja koje je Komisija EU-a dala prigodom inauguracije ovog projekta, rečena je pravna kvalifikacija odraz namjere da se izbjegnu bilo kakve spekulacije o pravnoj prirodi CFR-a

¹¹¹ *Ibidem*, str. 3.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward; *supra* bilj. 40., str. 14.

¹¹⁴ Vidi o tome: Henning Grosse Ruse-Khan, *supra* bilj. 103., str. 2. i dalje, Von Bar, Christian, *Working Together Toward a Common Frame of Reference*, *Juridica International*, October 2005., str. 23.

ili ishitreno prejudiciranje da je riječ o pravnom vrelu koji bi bio ekvivalent Europskoga građanskoga zakonika¹¹⁵.

Ocjenjuje se da je takav pristup racionalan i mudar potez te kompromisno rješenje s obzirom na protivljenja na koja se nailazi u državama članicama u pogledu harmonizacije privatnoga prava. No, u lingvističkom smislu se moglo iznaći i bolje rješenje. Pravna teorija i praksa poznaju pravne tekstove poput pravnih vodiča, model-zakona ili jednoobraznih pravila, a što će CFR u suštini biti (i to sve dok, i ako, potonja pravila ne dobiju neko drugo pravno značenje).

Stoga bi čini se bilo uputnije da je umjesto neodređenoga pravnog izraza *Common Frame Reference*, potonji dokument nosio naziv model-pravila ili model-zakon za ugovorno pravo EU-a ili u prijevodu *Model Rules for EU Contract Law*.

Jedna je od kvalifikacija koju strana doktrina također često ističe u pogledu CFR-a, a koja je stoga vrijedna spomena i u ovome radu, da je CFR "politički akt".

Ovo zato što CFR nije rezultat inicijative poslovne ili akademske zajednice poput PECL-a, već je inicijator i "naručitelj" ovoga projekta Komisija EU-a.

Bez svake je sumnje činjenica, da je donošenje CFR-a politički potaknuto i motivirano i da je odraz težnji aktualne politike EU-a za ubrzanom i maksimalnom ekonomskom integracijom tržišta europskih država. Politički su motivi i razlozi donošenja CFR-a nesporni, no dvojbeno je, je li ta činjenica sama za sebe dostatna za tvrdnju da je riječ o političkom aktu. Stoga se takva tvrdnja čini poprilično paušalnom i jednostranom.

Radovi na izradi CFR-a traju već godinama. U izradu CFR-a uključeni su eminentni "europski" stručnjaci koji se bave ugovornim pravom. U tom smislu, CFR će biti rezultat dugogodišnjega opsežnoga komparativnoga i znanstvenog istraživanja pravnih rješenja ugovornog prava koja povezuju ili razdvajaju pravne sustave država članica EU-a.

U ovom momentu uopće nije izvjesno kakva će u konačnici biti "sudbina ovoga dokumenta" te hoće li on postati kogentno pravno vrelo s obvezom primjene u svim državama članicama. Ako i postane, tada to neće biti isključivo kao posljedica političkih pritisaka, već kao rezultat ekonomske potrebe i suglasnosti država članica.

¹¹⁵ Isto stajalište zauzima o tome i jedan od sudionika projekta izrade CFR-a, Christian von Bar. Vidi o tome: Von Bar, C., *supra* bilj. 90., str. 23.

U tom smislu, nije riječ o dokumentu koji će nastati “preko noći” i koji bi trebao zadovoljiti čiste političke težnje i ambicije, već je riječ o kvalitetnom i opsežnom pravom djelu koje treba olakšati trgovačko poslovanje gospodarskih subjekata s europskog gospodarskog prostora i omogućiti i ubrzati ekonomsku integraciju tržišta europskih država.

Kada je riječ o sadržaju i obuhvatu CFR-a, već se sada i dok su radovi na izradi CFR-a još u tijeku, može s popriličnom sigurnošću utvrditi što će CFR sadržavati i kako će biti strukturiran.

CFR bi trebao biti podijeljen u tri dijela. Prvi dio CFR sadržavat će temeljna načela ugovornog prava poput primjerice načela autonomije volje stranaka, načela slobode ugovaranja, načela *pacta sunt servanda* i druga, uz detaljno obrazloženje značenja svakog od načela i eventualnih razlika u tumačenju načela koja postoje u nacionalnim zakonodavstvima država članica.

Drugi dio CFR-a sadržavat će definicije ili određenja apstraktnih pravnih pojmova koji su već dijelom ugovornog prava država članica EU-a. Naime, brojni pravni tekstovi spominju probleme koji se javljaju uslijed različitog značenja nekih naizgled nespornih termina poput primjerice definiranja pojma ugovora ili štete¹¹⁶, kao i probleme koji su posljedica različitog pravnog definiranja određenih pravnih termina ili instituta. Tako se primjerice, postavlja pitanje tumačenja načela *good faith*, koje države kontinentalnoga pravog kruga proklamiraju kao jedno od temeljnih načela obveznog prava. S druge strane u državama common lawa postoje funkcionalno ekvivalentna pravila, kojima se pravno ostvaruje istovjetan učinak, ali ne i samo pravilo¹¹⁷.

Treći će dio CFR-a biti sadržajno najopsežniji. Za sada se predviđa da će sadržavati devet poglavlja (*sections*).

Prvo će poglavlje biti posvećeno općim pitanjima sklapanja ugovora počevši s pojmom ponude, prihvatom ponude, protuponudom, opozivom ponude, pitanjima vremena i mjesta sklapanja ugovora, valjanosti ugovora, ispunjenja ugovora i drugim.

Drugo će se poglavlje baviti pitanjima predugovorne odgovornosti i onim pitanjima koja se odnose na obvezu pravodobnog i potpunog informiranja stranaka ugovora o svim pitanjima značajnima za sklapanje i izvršenje ugovora.

¹¹⁶ Communication 2004., *supra* bilj. 70., str. 14.

¹¹⁷ S tim u svezi vidi: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Study Group on a European Civil Code, Introduction, May 2008., str. 8; dostupno na: www.seller.de posjećeno (1. 3. 2009.)

Treće će poglavlje sadržavati odredbe o ispunjenju ugovora, o raskidu ugovora i sankcijama zbog neispunjenja ugovora.

Četvrto poglavlje će biti posvećeno obvezama s više subjekata bilo na strani dužnika, bilo na strani vjerovnika. Peto poglavlje bavit će se materijom ustupanja potraživanja (ili cesije) u obveznim odnosima.

Šesto poglavlje će uređivati pitanja koja se tiču promjena na strani dužnika u obveznom odnosu. Sedmo poglavlje bit će posvećeno zastari.

Posljednja dva poglavlja bavit će se pojedinim tipovima ugovora. U osmom poglavlju obrađivat će se materija ugovora o kupoprodaji, u devetom materija ugovora o osiguranju¹¹⁸.

Izloženi sadržaj CFR-a nije konačan. Ovo je samo preliminarni nacrt sadržaja koji će se postupno nadopunjavati novim tipovima ugovora kada oni “sazriju” za jedinstvenu regulaciju na razini EU-a.

6.2. Oblik i stil CFR-a

Već je u prethodnom izlaganju navedeno da je CFR u neku ruku sukcesor ili sljedbenik PECL-a. To je posebno razvidno na planu metodologije koja će se primijeniti u izradi CFR-a. Naime, autori CFR-a ne kriju činjenicu da će kao uzor u izradi CFR koristiti tekst PECL-a^{119, 120}.

Poznato je da je PECL formuliran u obliku “Načela” tzv. (*black-letter rules*). Svako načelo prate *komentari (Comments)* i *napomene (Notes)*.

Istu metodologiju Radna skupina za ugovorno pravo planira primijeniti i u izradi Common Frame Referencea¹²¹.

Jezgru CFR-a činit će tzv. “načela” ili preciznije rečeno, pravna pravila (*model rules, black letter rules*). Budući da su ona vrlo često apstraktna te slijedom

¹¹⁸ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, Annex I, *op cit.* bilj, str. 14 - 16.

¹¹⁹ Vidi primjerice: Von Bar, Christian, *Working Together Toward a Common Frame of Reference*, *Juridica International*, October 2005.

¹²⁰ Takav stil pisanja nije svojstven samo Načelima Europskoga ugovornoga prava. Osim američkih *restatementsa* identične su strukture primjerice i UNIDROT-ovi principi međunarodnih trgovačkih ugovora. Vidi o tome: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>

¹²¹ Vidi o tome: Von Bar, Christian, *supra* bilj. 90., str. 21, 22.

toga nedovoljno precizna, svako će pravilo biti popraćeno komentarom koji predstavlja tumačenje konkretnog pravila, često uz iznošenje primjera. Takvi su komentari nužni da bi pravnici iz različitih sustava mogli razumjeti smisao, doseg i svrhu pravila. Ona sadrže vrlo detaljna obrazloženja prihvaćenih rješenja i načina na koji se pravila mogu upotrijebiti u praksi.

Napomene će, kao treći sastavni dio pravila, biti refleksija razmatranoga pravnog problema kroz nacionalne sustave. Ako autori CFR-a budu dosljedni načinu rada koji je primijenjen pri izradi PECL-a, oni se neće suzdržavati od kritiziranja i iznošenja i negativnih ocjena za pojedina pravna rješenja koja sadrže nacionalni propisi država članica.

Ovakva se metodologija i stil izrade u svakom smislu može smatrati korisnom u svrhu modernizacije prava i prevladavanja razlika koje dijele države kontinentalnog i sustava common law, kada je u pitanju ugovorno i privatno pravo, no čini se da takav pristup u sadržajnom smislu nadilazi granice onoga što je Komisija EZ-a najavila kao temeljni cilj i svrhu CFR-a, a u metodološkom smislu predstavlja odstupanje od dosadašnjeg načina rada tijela EU-a.

Naime, kako je Komisija ranije navela, primarni je cilj radne skupine zadužene za izradu CFR-a unapređenje i sistematizacija postojeće pravne stečevine.

Time ona nastoji otkloniti kritike struke koja tvrdi da je *acquis* u segmentu ugovornog prava nesređen, nesustavan te da je nužno poduzeti mjere i korake u svrhu njegova unapređenja.

To znači, da se CFR temeljno treba baviti analizom postojećeg *acquisa* i njegovom sistematizacijom, a ne formuliranjem novih, zajedničkih i univerzalnih načela europskoga ugovornog prava.

Stoga ovakav nagoviješteni sadržaj CFR-a i mogući metodološki pristup izrade CFR-a, otvara prostor za već iznesene dvojbe i spekulacije da je CFR ipak preliminarni dokument budućega Europskoga građanskoga zakona, ako ne čak i njegov nacrt.

Je li ova tvrdnja na tragu istine može se provjeriti budući da je nacrt (Draft) Common Frame Reference nedavno ugledao svjetlo dana.

7. NACRT ZAJEDNIČKOG OKVIRA ZA UGOVORNO PRAVO (DRAFT COMMON FRAME REFERENCE)

Draft Common Frame Reference (DCFR) ili Nacrt zajedničkog okvira za ugovorno pravo središnja je tema svih pravnih studija novijeg datuma koje se bave problematikom harmonizacije ugovornog prava u EU-u.

Riječ je o dokumentu koji bi se s obzirom na naslov, ali i s obzirom na misiju Radne skupine zadužene za izradu CFR-a, nedvojbeno trebao smatrati prednacrtom budućeg CFR-a ili platformom za buduće rasprave o konačnom sadržaju CFR-a.

No, otkako je DCFR ugledao svjetlo dana, postalo je jasno da se uz ovaj iznimno opsežan i sveobuhvatan dokument vezuje čitav niz kontroverzi i otvorenih pitanja na koja treba odgovoriti.

Naime, odmah po objavi DCFR-a je postalo jasno da to nije preliminarni nacrt CFR-a, već dokument kojeg njegovi autori smatraju svojevršnim sljednikom PECL-a^{122,123}, i u odnosu na budući CFR samostalnim pravnim dokumentom.

DCFR je po sadržaju sveobuhvatniji od CFR-a. On već u ovom momentu regulira pojedina pravna pitanja za koja je iz izloženoga preliminarnog sadržaja CFR-a jasno da ga isti neće sadržavati, barem ne u nekoj prvoj verziji.

Nadalje, evidentno je da DCFR po strukturi i sadržaju odstupa od uobičajene forme u kojoj se objavljuju službeni dokumenti u EU-u. DCFR i po sadržaju i po formi više nalikuje građanskom zakonu neke od europskih država nego li aktima koje uobičajeno donose tijela EU-a¹²⁴.

I konačno, pravila koja sadrži DCFR, samo u manjem segmentu dotiču materiju koja je predmetom obuhvata smjernica EU-a iz domene ugovornog prava, a što potvrđuju i sami autori. U tom smislu, DCFR nije dosljedan zadaći unapređenja postojećeg *acquisa* niti će doprinijeti njegovoj većoj sistematizaciji.

¹²² *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Study Group on a European Civil Code, Introduction, May 2008, str. 7, t 8.; dostupno na: www.seller.de posjećeno 1. 3. 2009.)

¹²³ DCFR sadrži većinu pravila koja su dijelom PECL-a. No između DCFR-a i PECL-a postoje značajne razlike. Neke od njih su sljedeće. Prva se ogleda u strukturi teksta. Ista pravila su numerički različito označena. Druga je razlika lingvističkog karaktera. Za pojedina pravila prihvaćen je drugačiji jezični izričaj. Nadalje, DCFR se značajno razlikuje i po sadržaju. DCFR je u smislu sadržaja iscrpniji i obrađuje niz ugovora koje PECL ne uređuje. Nadalje, PECL se u značajnoj mjeri oslanja na sadržaj i strukturu Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine i ona je polazište za pravno uređenje pitanja međunarodne prodaje. DCFR u većoj mjeri uzor u izradi načela i pravila nalazi u rješenjima koja su na snazi u državama članicama. V. o tome više: Nilsen, Jans, *supra* bilj. 99., str. 3.

¹²⁴ U tom smislu vidi: Jansen Nils, *The Authority of the Academic "Draft Common Frame of Reference"*, *supra* bilj. 99., str. 2.

Riječ je, kako se čini, o tekstu ili pravnom dokumentu, koji ima ambiciju na "temeljima *acquisa*", formulirati opći pravni okvir i model pravila za sklapanje ugovora između poduzetnika s europskoga gospodarskoga prostora.

S obzirom na navedeno, ali i činjenicu da DCFR objedinjuje pravna rješenja zajednička većem broju europskih država, čini se da bi se DCFR mogao smatrati nekom vrstom kvazikodifikacije obveznog prava europskih država.

Tome u prilog govore sljedeće činjenice.

1/ Riječ je o dokumentu koji poput građanskih zakona europskih država (u svom najvećem dijelu) na sustavan način obrađuje materiju obveznog prava. To proizlazi iz samog sadržaja DCFR-a.

Tekst DCFR-a obrađen je u 10 knjiga. Knjiga prva sadrži opće odredbe (o djelokrugu i tumačenju pravila). Druga knjiga bavi se općim pitanjima sklapanja ugovora, počevši s načelima za sklapanje ugovora, oblikom ugovora, valjanosti ugovora i drugim. Treća knjiga obrađuje materiju ugovornih i izvanugovornih obveza. Posebno se obrađuju pitanja ispunjenja i neispunjenja ugovora, odgovornosti zbog neispunjenja, o obvezama s više subjekata bilo na strani dužnika ili vjerovnika, o promjenama subjekata u obveznim odnosima i druga. Četvrta knjiga obrađuje pojedine ugovore¹²⁵. Posebno se ovdje izdvajaju ugovor o prodaji, ugovor o leasingu, ugovor o građenju, ugovor o skladištenju, ugovori o pružanju usluga, ugovor o franšizingu, ugovor o zastupanju, ugovor o distribuciji i drugi. Peta knjiga se bavi materijom koja je u nas dijelom materija ZOO-a koja se bavi pitanjima fakultativnih i solidarnih obveza. Šesta knjiga obrađuje pitanja izvanugovorne odgovornosti za štetu. Sedma knjiga uređuje materiju stjecanja bez osnove. Osmi, deveti i deseti knjiga još uvijek nisu objavljene. Osmi i deveti knjiga su posvećene pitanjima prava vlasništva nad pokretninama, dok deseti knjiga obrađuje materiju založnog prava (*trusts*).

2/ DCFR po uzoru na europske kodifikacije građanskog prava definira polazišne osnove i načela na kojima počiva ovaj dokument, što se može smatrati atipičnim pristupom, kada je riječ o standardnoj metodologiji pisanja dokumenta koji se donose u okviru EU-a. Da pojasnimo, ovdje nije riječ o načelima DCFR-a, već o standardima pravnog uređenja od kojih se pošlo u formuliranju pravila sadržanih u DCFR-u.

¹²⁵ Četvrta knjiga je sadržajno najopsežnija. Podijeljena je u sedam dijelova koji su označeni slovima od A do G. Svaki dio dalje sadrži poglavlja (chapters) i odjeljke (sections). Primjerice materija ugovora o prodaji se nalazi u A dijelu. Prvo poglavlje sadrži opće odredbe o prodaji i djelokrug primjene istih. Potom je djelokrug primjene dijelom prvog odjeljka, itd.

Kao neke od temeljnih vrijednosti o kojima se posebno vodilo računa pri izradi DCFR-a spominju se: zaštita ljudskih prava, ekonomsko blagostanje, načelo solidarnosti i društvene odgovornosti, načelo slobode i pravičnosti, načelo pravne sigurnosti, učinkovitosti i druga¹²⁶.

3/ Posljednja opaska je već uvodno navedena, a tiče se pravne forme DCFR-a. Općepoznata je činjenica da tijela EU-a imaju kompetencije za donošenje sljedećih pravnih akata: uredbi, smjernica, odluka, preporuka i mišljenja i drugih.

DCFR je u odnosu na navedene dokumente pravno vrelo *sui generis*. On je, kako po sadržaju, tako i po strukturi, sličniji model-zakonu ili zakonskom tekstu nego li bilo kojem pravnom aktu koji donose tijela EU-a.

Sami autori DCFR-a eksplicitno ne određuju što je po pravnoj prirodi DCFR.

Načelne kvalifikacije ne daju izravan odgovor na pitanje o kakvoj vrsti pravnog akta je riječ (pretpostavljeno zato što na taj način žele ostaviti otvorenim sve opcije).

Autori u pogledu svrhe DCFR-a ističu da je DCFR “mogući uzor na osnovu kojeg će se formulirati tekst ‘političkih’ CFR”¹²⁷.

Oni potom DCFR definiraju kao “akademski dokument” koji može poslužiti znanstvenicima za buduće rasprave o unapređenju pravnih rješenja obveznog prava, ali i kao nastavni materijal¹²⁸.

I treće, oni iznose svoja očekivanja da će DCFR biti koristan kao pravno vrelo nacionalnim zakonodavcima ali i sucima. Prvima u zakonodavnima procesima, gdje će im pravila sadržana u DCFR-u poslužiti kao uzor za izradu i oblikovanje vlastitih propisa, potonjima u rješavanju spornih pitanja ugovornog prava kada su sudionici spora gospodarski subjekti iz različitih europskih država.

Iako se u obrazloženju svrhe i cilja DCFR-a, DCFR ni jednom riječju ne spominje kao mogući okvir, (pa čak i nacrt) budućega Europskoga građanskoga zakona ili jednoga njegovog dijela, u prilog tomu govore ranije navedene činjenice.

U momentu kada je projekt izrade CFR-a započeo, Komisija možda i nije imala na umu takav ishod događaja, ali nema sumnje da su autori DCFR-a

¹²⁶ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, supra* bilj. 118., str. 13., t. 22.

¹²⁷ *Ibidem*, str. 6., t. 6.

¹²⁸ *Ibidem*, str. 6., t. 7.

pri njegovoj izradi slijedili upravo takvu viziju, a ne onu o sistematizaciji i unapređenju postojeće pravne stečevine ugovornog prava.

Slijedom dosadašnjeg tijeka događaja na planu harmonizacije ugovornog prava, donošenje Europskoga građanskoga zakona čini se kao logičan epilog dosadašnjih rasprava i procesa harmonizacije. Od nesustavnog pristupa u reguliranju pravne materije o kojoj je riječ, ide se ka sustavnom reguliranju predmetne materije na razini EU-a.

No s druge strane, i dalje stoji uvodno u radu iznesena dvojba o tome je li donošenje Europskoga građanskoga zakonika moguće, potrebno ili oportuno.

I dok jedni s puno "žara" zagovaraju donošenje takvog akta, drugi se s jednako "žara" i uz razložne argumente, tome protive¹²⁹. "Europsko društvo" se nedvojbeno dobro nosi sa svojim pravnim, kulturnim i inim razlikama. One su dio identiteta europskog prostora. Stoga se pitamo, trebamo li se odreći vlastite pravne tradicije ili je prilagođavati univerzalnim europskim vrijednostima poradi ekonomskog prosperiteta i jedinstvenoga europskog tržišta. Ako trebamo, gdje su granice mogućeg, racionalnog i potrebnoga?

Odgovor na ovo pitanje je čini se jedna od onih tema koja duboko razdvaja pravnike diljem Europe.

8. EUROPSKI GRAĐANSKI ZAKONIK - *DE LEGE FERENDA*

Europski građanski zakonik - da ili ne, pitanje je koje diljem Europe izaziva buru reakcija, pa i emocija¹³⁰. Donošenje Europskoga građanskoga zakonika je tako osim pravnog, postalo i političko pitanje, koje se raspravlja u pravnom, ali i u širem društvenom i povijesnom kontekstu¹³¹.

¹²⁹ Vidi primjerice: Caruso, Daniela, *supra* bilj. 51., str. 28., 29., Legrand, Pierre, *Against a European Civil Code*, The Modern Law Review Limited, vol 60., January 1997, str. 44 - 63., Legrand, Pierre, *European Legal System are not Converging*, International and Comparative Law Quaterly, vol 45, January 1996, str. 52 - 81; Smits, Jan, *A European private law as a Mixed Legal System*, Maastricht Journal of European Comparative Law, vol. 5, 1998., str. 328 - 340.

¹³⁰ Kallweit, Dominik, *Towards a European Contract Code: For a Prosperous Future of International Trade*, Victoria University of Wellington Law Review, vol. 9 (2004.) 35, str. 293., i dalje, Von Bar, Christian, *supra* bilj. 105., str. 3.

¹³¹ Vidi o tome primjerice Rezoluciju Europskoga parlamenta, Resolution A5-0384/2001, PARL.EUR.DOC. (Recital D) (Nov. 15, 2001)

Ideju o donošenju Europskoga građanskoga zakona, čini se, prvi promovira profesor Ole Lando, 80-tih godina prošlog stoljeća, koji PECL zamišlja kao podlogu ili bazu budućega Europskoga građanskoga zakona.

Pretpostavlja se da u momentu kada je ideja kao takva iznesena, nitko nije slutio da je riječ o projektu koji bi se jednoga dana mogao i obistiniti. No, kako ističe i sam Ole Lando: “neki će ovaj njegov prijedlog smatrati fantazijom. Međutim, na području europskog integriranja brojne su fantazije postale stvarnost”¹³².

Od iznošenja ideje o donošenju akta koji će se zvati Europski građanski zakonik ili drugačije, do danas je prošlo gotovo trideset godina, no izvjesno je da donošenje Europskoga građanskoga zakonika više nije samo ideja, već i mogući cilj - bez roka.

Za sada je razvidno da sve aktivnosti koje se poduzimaju od strane tijela EU-a idu u pravcu da se cilj donošenja Europskoga građanskoga zakonika ostvari u neko dogledno vrijeme, no mora se priznati, bez pritiska i bez prisile te s visokom razinom senzibiliteta u pogledu vremena kada bi Europski građanski zakonik mogao ugledati svjetlo dana i u kojem bi roku njegova primjena postala pravno obvezujuća.

Naime, uvažavajući činjenicu da je privatno pravo dijelom identiteta, povijesti i kulture svakoga europskog naroda, mjerodavni u EU-u dopuštaju da se proces harmonizacije ugovornog prava odvija intenzitetom i na način koji neće dovesti u pitanje stoljetne pravne vrijednosti koje su usvojene i koje su na snazi u državama članicama.

Primarna je zadaća procesa harmonizacije olakšati funkcioniranje unutrašnjeg tržišta i ukloniti prepreke koje stoje na putu slobodnoj trgovini na unutarnjem tržištu.

Donošenje Europskoga građanskoga zakonika u EU-u se ističe samo kao jedna od opcija, u svakom slučaju poželjna, ako se uzmu u obzir samo ekonomski interesi EU-a. No, ne po svaku cijenu i uz značajne otpore država članica.

Kompromisa, čini se nema, samo o pitanjima koja su bezuvjetan “europski interes”, kao što je zaštita potrošača ili slobodno tržišno natjecanje.

I dok je službena politika EU-a evidentno sklona Europskom građanskom zakoniku kao mogućoj opciji, pitanje je, jesu li i europske države i društva zrele za realizaciju ideje o Europskom građanskom zakoniku¹³³. Čini se da ne.

¹³² Ole Lando, *Some Features of The Law of Contract in Third millennium*, *supra* bilj. 14., str. 401.

¹³³ Vidi o tome: Von Bar, Christian, *supra* bilj. 90., str. 2., t. 3.

Komisija EZ-a od 2001. godine na ovamo, redovito objavljuje "okvirne dokumente" (tzv. *Communications*) o dosadašnjim i budućim aktivnostima na području harmonizacije ugovornog prava, a koji između ostalog služe i kao podloga za komunikaciju i raspravu sa širom stručnom javnosti o budućim trendovima harmonizacije ugovornog prava.

Kroz razna pitanja na koja se u svojim dokumentima Komisija osvrće, ona na taj način potiče stručnu javnost da se uključi u raspravu, da iznese svoje stavove i da se očituje u pojedinim pitanjima.

Na temelju povratnih informacija Komisija potom koncipira i planira svoje buduće aktivnosti na planu harmonizacije ugovornog prava u doglednom razdoblju.

Do sada je Komisija objavila veći broj takvih dokumenata¹³⁴ iz kojih sasvim jasno proizlazi nesklonost šire stručne javnosti da se intenziviraju aktivnosti Komisije koje bi za ishod imale donošenje Europskoga građanskoga zakona.

U tzv. *Communication 2001*¹³⁵, Komisija EU-a formulira okvirna stajališta u kojima predviđa mogući razvoj događaja u pogledu daljnjih procesa harmonizacije ugovornog prava u EU-u.

Prema prvoj opciji, Komisija predviđa zaustavljanje svih aktivnosti na planu harmonizacije ugovornog prava (tzv. *do nothing option*).

Prema drugoj opciji, Komisija EU-a predviđa donošenje zajedničkih načela ugovornog prava, izvedenih iz postojećeg *acquisa*, a koja bi trebala poslužiti boljem razumijevanju ugovornog prava EU-a, te bi bila okosnica nacionalnim zakonodavcima za donošenje novih propisa ili za njihovu modernizaciju u državama članicama¹³⁶.

Prema trećoj opciji, Komisija EU-a predviđa poduzimanje niza mjera koje bi za učinak imali poboljšanje postojećeg *acquisa* koji zadire u materiju ugovornog prava. U prvom redu predviđa reviziju postojećih pravila, usuglašavanje terminoloških dvojbi koje oterećuju postojeći *acquis* i druge mjere¹³⁷.

Kao posljednju opciju, Komisija predviđa donošenje novog i sveobuhvatnog akta koji bi sadržavao rješenja za opća pitanja koja se odnose na sklapanja

¹³⁴ Vidi o tome: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm.

¹³⁵ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM (2001) 398 final, 11 July 2001; dostupno na: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cont_law_02_en.pdf (posjećeno 12. 1. 2009.)

¹³⁶ *Ibidem*, str. 15 - 16.

¹³⁷ *Ibidem*, str. 16 - 18.

ugovora, kao i pravila za sklapanja pojedinih ugovora. Takav dokument ne bi bio nužno pravno obvezujući već bi bio tzv. opsijski instrument (optional instrument)¹³⁸.

Na izložene prijedloge, Komisija EU-a je dobila povratno očitovanje 181 subjekta (osobe)¹³⁹. Većina se sudionika ove komunikacije priklanja drugoj i trećoj opciji, što znači da se od Komisije očekuje da sve napore usmjeri na unapređenje postojećeg *acquisa*.

Nekolicina je zauzela stajalište da se proces harmonizacije ugovornog prava treba u potpunosti zaustaviti.

No, ono što je nama posebno zanimljivo je činjenica da se većina usprotivila donošenju akta u kojem bi cjelokupna materija ugovornog prava bila objedinjena u jednoj kodifikaciji.

Ovakav je rezultat, neosporan pokazatelj trenutnog raspoloženja pravne struke (i šire stručne javnosti) po pitanju konačnog ishoda harmonizacije ugovornog prava EU-a.

Odnosno, ovakav je stav jasan dokaz da se europske države još uvijek nisu spremne odreći nacionalnog ugovornog prava i prihvatiti “novo” Europsko ugovorno pravo i Europski građanski zakon, čak ni u slučaju da potonji bude dispozitivno pravno vrelo (ili kako ga Komisija EZ-a kvalificira, opsijski instrument).

Znači li ovakav ishod i stagnaciju aktivnosti na području harmonizacije ugovornog prava? U ovom je trenutku to teško procijeniti. U svakom slučaju, on znači da se planovi i vizije o Europskom građanskom zakonu, barem kratkoročno neće ostvariti.

9. UMJESTO ZAKLJUČKA - OSVRT NA PROCESSE HARMONIZACIJE UGOVORNOG PRAVA EU-a I IMPLIKACIJE NA HRVATSKO PRAVO I PRAKSU

U kojem će se pravcu u budućnosti odvijati radovi na području harmonizacije ugovornog prava EU-a, pitanje je koje zasigurno pobuđuje interes naše

¹³⁸ *Ibidem*, str. 18 - 19.

¹³⁹ Vidi o tome: Reactions to the Communication on European Contract Law (2001.) http://www.europa.eu.int/consumer/policy/developments/contract_law/comments/summaries/sum_en.pdf.

akademske, ali i šire stručne javnosti, posebno u trenutku intenzivnih priprema Hrvatske za punopravno članstvo u EU-u. Kao i druge europske države, Hrvatska prati legislativne i harmonizacijske procese u EU-u, mijenjajući pritom domaće zakonodavstvo i usklađujući ga sa zahtjevima i standardima EU-a, a na što se između ostalog obvezala sklapanjem SSP-a.

Međutim, potreba usklađivanja domaćeg zakonodavstva s pravnom stečevinom Zajednice nije samo uvjetovana obvezama preuzetim SSP-om, već i našom željom da imamo kvalitetne propise, koji našim građanima jamče visoku razinu pravne sigurnosti i pravne zaštite, našim poduzetnicima ravnopravan položaj u tržišnoj utakmici, brzu i adekvatnu pravnu zaštitu i slično.

Intenzivna zakonodavna aktivnost, na području ugovornog, obveznog prava, ali i drugih pravnih grana i disciplina koje se neposredno oslanjaju na potonje ili ih nadopunjuju¹⁴⁰, u posljednjih je nekoliko godina, rezultirala zavidnim stupnjem usklađenosti domaćeg zakonodavstva s pravnom stečevinom Zajednice.

Tako je samo pri donošenju novog ZOO-a¹⁴¹, naše obvezno pravo, djelomično ili u potpunosti usklađeno sa sljedećim smjernicama EU-a:

- Smjernicom Vijeća 85/374/EEZ, od 25. srpnja 1985. o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode
- Smjernicom 1999/34/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 10. svibnja 1999. kojom se mijenja i dopunjava Direktiva Vijeća 85/374/EEC o usklađivanju zakona, propisa i administrativnih odredbi država članica, a koje se odnose na odgovornost za neispravne proizvode
- Smjernicom Vijeća 86/653/EEZ od 18. prosinca 1986. o usklađivanju propisa država članica u svezi sa samostalnim trgovačkim zastupnicima
- Direktiva Vijeća 90/314/EEZ od 13. lipnja 1990. o paket-putovanjima, paket-odmorima i paket-turama
- Smjernicom 1999/44/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima
- Smjernicom 2000/35/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 29. lipnja 2000. o borbi protiv kašnjenja u poslovnim transakcijama.
- Smjernicom Vijeća 90/314/EEZ od 13. lipnja 1990. godine o paket-putovanjima, paket-odmorima i paket-turama.

¹⁴⁰ To su primjerice pravo društava, pravo tržišnog natjecanja, pravo potrošača, vrijednosnih papira i drugi.

¹⁴¹ Narodne novine br. 35/2005.

- Smjernicom 1999/44/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća, od 25. svibnja 1999. godine o nekim aspektima prodaja robe široke potrošnje i popratnim jamstvima.
- Smjernicom 2000/35/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća, od 29. lipnja 2000. godine o borbi protiv kašnjenja u poslovnim transakcijama.

Osim navedenoga, mora se imati u vidu i činjenicu da je Hrvatska od osamostaljenja donijela veliki broj novih propisa iz domene građanskog i trgovačkog prava i da se pri donošenju svakog od njih, uzelo u obzir pravnu stečevinu EU-a.

Posebno se mogu izdvojiti Zakon o zaštiti potrošača¹⁴², Zakon o trgovačkim društvima¹⁴³, Zakon o preuzimanju dioničkih društava¹⁴⁴, Zakon o leasingu¹⁴⁵, Zakon o osiguranju¹⁴⁶ i drugi.

Time je stvoren kvalitetan pravni okvir za gospodarsko poslovanje koji polazi od tekovina pravne stečevine EU-a (*acquis communautaire*).

No, time proces usklađivanja ugovornog prava, ali i drugih pravnih grana nije završen. Riječ je o trajnom procesu i samo o jednom od segmenata pravne aktivnosti, u kojem je potrebno trajno djelovati.

Tako nam, osim usklađivanja prava, predstoji zadaća integrirati sudove u procese adopcije novih pravnih rješenja, jer se od njih očekuje da praksu prilagode novim zakonskim propisima. Bez praćenja i analize pravnih rješenja i sudske prakse Suda EZ-a, to bi im bilo znatno otežano.

Slijedom toga, ovdje još treba posebno spomenuti i ulogu i značenje akademske zajednice kao jednog od čimbenika harmonizacije (ugovornog) prava.

Akademska zajednica u procesima harmonizacije prava i europskog integriranja ima (barem) dvojaku ulogu. S jedne strane njezina je zadaća pratiti, analizirati, komentirati i uspoređivati pravna rješenja i zakonodavne aktivnosti, domaćeg i stranog zakonodavstva i prakse.

S druge strane, njezina je zadaća pružiti potporu gospodarstvenicima tako da im svojim radovima otvori vidike i perspektive u pogledu najsuvremenijih pravnih instrumenata koji im stoje na raspolaganju u gospodarskom poslovanju,

¹⁴² Narodne novine br. 79/2007.

¹⁴³ Narodne novine br. 111/1993., 34/1999., 52/2000., 118/2003., 107/2007.

¹⁴⁴ Narodne novine br. 84/2002., 109/2007.

¹⁴⁵ Narodne novine br. 135/2006.

¹⁴⁶ Narodne novine br. 151/2005.

koje je iznjedrilo poredbeno pravo ili praksa te ih prepoznalo kao kvalitetna pravna rješenja.

Zaključno se u tom smislu može istaći, da se u radu slijedilo upravo takvu ideju.

S jedne strane, na sustavan se način prikazuje tijek i mogući krajnji ishod harmonizacije ugovornog prava EU-a, kao i probleme koji stoje na putu pune harmonizacije ugovornog prava. Polemizira se o tome je li puna harmonizacija ugovornog prava uopće smisljena na razini EU-a u uvjetima (ne regionalizacije, već) globalizacije svjetske trgovine. Ovo napose i zbog činjenice da je riječ o pravnoj grani koja je dijelom privatnog prava, uslijed čega je evidentan i značajan otpor provedbi harmonizacije ugovornog prava u državama članicama.

S druge strane, u radu se ukazuje na nove pravne instrumente "europskog ugovornog prava", kao što su Landova načela i principi ugovornog prava i Draft Common Frame Reference, koji stoje na raspolaganju poduzetnicima u njihovim poslovnim odnosima.

Podredno se u radu analiziraju i broja druga pravna pitanja, kao što su "novi" pravni instrumenti harmonizacije, primjerice *restatementsi*.

Na teorijskim osnovama se analiziraju i elaboriraju pitanja razine i stupnja harmonizacije, pravnih instrumenata harmonizacije i druga.

Imajući u vidu sve prethodno navedeno, ocjenjuje se da izgledni put harmonizacije ugovornog prava u dogledno vrijeme zahtijeva sljedeće:

- utvrđivanje temeljnih rješenja za opće ugovorno pravo,
- inkorporaciju javnog interesa koji nije u sukobu s načelom autonomije stranaka,
- ostavljanje prostora za daljnji razvoj autonomnog prava i inominatnih kontrakata,
- korištenje izvanlegislacijskih metoda u procesu unifikacije i kodifikacije u čemu se kao uspješan ogledni primjer pokazuje reguliranje trgovačkog (ugovornog) prava na primjeru SAD-a.

Metodološko pitanje unifikacije i harmonizacije prava je u svezi s provođenjem ovih procesa istovremeno i jedinstveno za sva područja (općega ugovornog prava, ugovornog prava kroz pravno reguliranje određenih ugovora - nominatnih kontrakata, prava potrošača - koje se zasigurno izdvaja i nastaje posebna pravna grana).

Posebno je pitanje praćenja odnosa regionalnog i globalnog, u svezi s konvencijskim pravom i aktivnošću UNCITRAL-a i drugih supranacionalnih institucija i organizacija.

Summary

Srećko Jelić*
Dubravka Akšamović**

EU CONTRACT LAW AT A CROSSROADS

The paper deals with the problem of the harmonization of contract law within the framework of the European Union. The harmonization of contract law in the EU is carried out at two levels: within the framework and under the auspices of EU institutions and within the academic community.

For more than two decades there have been intensive legislative activities aimed at harmonizing contract law within the EU. Matters regulating consumer protection have been basically affected by the process of harmonisation of contract law. However, it is also important to note that there have been a number of activities aimed at harmonizing general contract law where a number of directives have been passed on e-business, insurance rights, trade agency, banking, etc.

The entire process of the harmonization of contract law at the EU level, aims at unifying matters relating to contract law into a single act - "The European Civil Code".

The paper considers whether the enactment of the European Civil Code is a realistic option for the foreseeable future and analyzes the (most appropriate) legal instruments for attaining this objective.

Furthermore, the paper covers some of the work published by the academic community that represents an important contribution to the harmonization of EU law of contract. The paper particularly stresses the importance and role of the Lando Principles, which are one of the most significant unifying acts passed in the field of harmonization of the contract law in European countries. Apart from the Lando Principles, the work also analyzes the legal nature and content of the Draft Common Frame Reference, a document which is in a way the successor of the Lando Principles, and which the Working Group on European Contract Law published in May 2008.

* Srećko Jelić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Osijek, Trg Stjepana Radića 13, Osijek

** Dubravka Akšamović, Ph. D., Senior Assistant, Faculty of Law, University of Osijek, Trg Stjepana Radića 13, Osijek

The conclusion gives an overview of the process of harmonization of EU contract law and its implications on the Croatian contract law and case law.

Key words: EU contract law, harmonization of contract law, the Lando Principles, Common Frame Reference, Draft Common Frame Reference, the European Civil Code

Zusammenfassung

Srećko Jelinić*
Dubravka Akšamović**

DAS VERTRAGSRECHT DER EUROPÄISCHEN UNION AN EINEM WENDEPUNKT

In diesem Beitrag wird das Problem der Rechtsangleichung im Bereich des Vertragsrechts im Rahmen der Europäischen Union behandelt. Diese wird auf zwei Ebenen durchgeführt: im Rahmen und unter dem Schirm der EU-Institutionen und durch die akademische Gemeinschaft.

Im Rahmen der EU ist auf dem Gebiet der Harmonisierung des Vertragsrechts bereits seit über zwei Jahrzehnten eine intensive gesetzgeberische Tätigkeit zu verfolgen. Der Prozess der Vertragsrechtsangleichung erfasst hauptsächlich die Materie der Verbraucherschutzregelungen. Doch auch die Aktivitäten zur Harmonisierung des allgemeinen Vertragsrechts mit einer ganzen Reihe von Richtlinien zum elektronischen Handel, Versicherungsrecht, Handelsvertretungsrecht, Bankwesen usw. sind keineswegs unbeachtlich.

Der gesamte Angleichungsprozess des Vertragsrechts auf Ebene der EU scheint auf eine Vereinheitlichung der Vertragsrechtsmaterie in einem einheitlichen Rechtssetzungsakt, einem „Europäischen Zivilgesetzbuch“ hinauszulaufen.

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob die Verabschiedung eines Europäischen Zivilgesetzbuches in absehbarer Zeit eine reale Option darstellt, und erörtert die geeignetsten Rechtsinstrumente zur Verwirklichung dieses Zieles.

Nachrangig wird auch auf die Beiträge der akademischen Gemeinschaft hingewiesen, die der Harmonisierung des EU-Vertragsrechts wichtige Impulse verleihen. Besonderer

* Dr. Srećko Jelinić, Professor an der Juristischen Fakultät in Osijek, Trg Stjepana Radića 13, Osijek

** Dr. Dubravka Akšamović, Ober-Assistentin an der Juristischen Fakultät in Osijek, Trg Stjepana Radića 13, Osijek

Akzent wird auf die wesentliche Rolle der Lando-Prinzipien gelegt, die zu den bedeutendsten Vereinheitlichungsakten im Rahmen der Harmonisierung des Vertragsrechts der europäischen Staaten gehören. Neben den Lando-Prinzipien werden Rechtsstatus und Inhalt des Draft Common Frame Reference analysiert, einem von der Arbeitsgruppe für Europäisches Vertragsrecht im Mai 2008 veröffentlichten Dokument, das gewissermaßen den Lando-Prinzipien nachfolgt.

Abschließend werden die Harmonisierungsprozesse im Vertragsrecht der EU und deren Implikationen für das kroatische Vertragsrecht und Praxis kommentiert.

Schlüsselwörter: EU-Vertragsrecht, Harmonisierung des Vertragsrechts, Lando-Prinzipien, Common Frame Reference, Draft Common Frame Reference, Europäisches Zivilgesetzbuch