

MJERODAVNO PRAVO ZA UGOVORE U ELEKTRONIČKOJ TRGOVINI U HRVATSKOM I EUROPSKOM MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

Prof. dr. sc. Hrvoje Sikirić *

UDK 339.18::004.3/4
Izvorni znanstveni rad

U radu se uvodno ističu osnovne karakteristike elektroničke trgovine. Zatim se iznose osnovna materijalna pravila za elektroničku trgovinu, posebno ona sadržana u Zakonu o elektroničkoj trgovini i Direktivi 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o elektroničkoj trgovini. Posebno se ispituju kolizijskopravni učinci njihovih pravila o pravu koje se primjenjuje na pružanje usluga informacijskog društva. U središnjem dijelu rada razmatra se primjena odredbi o ugovornom statutu iz hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu i Rimske konvencije o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze na ugovore kod kojih su pregovori vođeni, sklopljeni i/ili trebaju biti izvršeni elektroničkim putem. U pogledu primarnog ugovornog statuta ističe se da je posebno važno da odredba o izboru mjerodavnog prava bude jasno vidljiva na web stranici odnosno u elektroničkoj pošti. Kad je riječ o podrednom ugovornom statutu, zaključuje se da činjenice koje slijede iz tehničke utemeljenosti poslovanja elektroničkim putem nemaju dovoljnu kolizijskopravnu težinu da bi se, u slučaju nepostojanja sporazuma ugovornih strana o izboru prava, odstupilo od primjene prava države s kojom je davatelj usluga, kao ugovorna strana koja izvršava karakterističnu činidbu, u prostornoj vezi.

Ključne riječi: elektronička trgovina, pravo mjerodavno za ugovore, međunarodno privatno pravo, europsko pravo, Rimska konvencija, Direktiva 2000/31/EZ

** Dr. sc. Hrvoje Sikirić, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

I. UVOD

Razvojem interneta svatko je u mogućnosti komunicirati na međunarodnoj razini jer je sadržaj koji je postavljen na *world wide web* dostupan iz svake zemlje u svijetu. Internet u bitnom olakšava i potiče prekogranično poslovanje i istovremeno umnogostručuje postojanje međunarodnog obilježja. Kriterij međunarodnog obilježja i činjenica da se pri tome otvaraju mnogobrojna pitanja iz područja privatnog prava, povezuje internet kao globalni medij s međunarodnim privatnim pravom, granom unutarnjeg prava koja sadržava pravila o određivanju mjerodavnog prava za privatnopravne situacije s međunarodnim obilježjem.¹ Predmet ovog rada jest pravo mjerodavno za ugovore s međunarodnim obilježjem u elektroničkoj trgovini, dakle za ugovore nastanak, sklapanje i izvršenje kojih je vezano uz korištenje interneta i elektroničke pošte,² i to ponajviše one kojih je predmet prodaja robe. Rad

¹ Sajko, Međunarodno privatno pravo, 4. izd., 2005, str. 8.

² Burnstein, Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace, Vanderbilt J. Trans. Law, 29 (1996), 75 i sl.; Bariati, Internet: aspects relatifs aux conflits de lois, Riv. dir. int. priv. proc., 34 (1996), 545 i sl.; Gautrais, Levebvre, Benyekhlef, Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la lex electronica, Ref. droit. aff. int. (1997), 547 i sl.; Hoeren, Rechtsfragen des Internet - Ein Leitfaden für die Praxis, 1998; Boele-Woelki / Kessedjan, Internet - Which Court Decides? Which Law Applies?, The Hague-London-Boston, 1998.; van Overstraeten, Droit applicable et jurisdiction compétente sur Internet, Rev. droit aff. int. (1998), 373 i sl.; Junker, Internationales Vertragsrecht im Internet, RIW (1999), 809 i sl.; Mankowski, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, RabelsZ (1999) 203 i sl.; Fezer/Koos, Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die E-Commerce Richtlinie, IPRax (2000) 349 i sl.; Jansen, Zivilrechtliche Aspekte des E-Commerce. Die EU-Richtlinie für den elektronischen Geschäftsverkehr, DSWR (2000), str. 125 i sl.; Zanobetti, Contract Law in International Electronic Commerce, Rev. droit. aff. int. (2000), 533 i sl.; Roth, Gerichtsstand und Kollisionsrecht bei Internetgeschäften, u: Gruber / Mader (Hrsg.) Internet und e-commerce: Neue Herausforderungen an das Privatrecht, 2000., str. 157 i sl.; Thünken, Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, IPRax (2001), 1 i sl.; Mankowski, Das Herkunftslandprinzip als Internationale Privatrecht der e-commerce Richtlinie, ZvglR-Wiss (2001), 137 i sl.; Mankowski, Herkunftslandprinzip und deutsche Umsetzung zur e-commerce Richtlinie, IPRax (2002), str. 257 i sl.; Grundmann, Das Internationale Privatrecht der e-commerce Richtlinie - was ist kategorial anders im Kollisionsrecht des Binnenmarkts und warum?, RabelsZ (2003), str. 246 i sl.; Spindler/Fallenböck, Das

se odnosi samo na tzv. *business to business* ugovore (B2B), a ne i na *business to consumers* ugovore (B2C).

U okviru međunarodnog privatnog prava pod električkom trgovinom razumiju se "poslovne transakcije putem interneta"³ odnosno "trgovačke aktivnosti koje se obavljaju putem računala međusobno povezanih telekomunikacijskim linijama".⁴

Uloga koju internet ima u ugovornom pravu je trovrsta. Njime se može poticati na sklapanje ugovora, putem njega se ugovor može sklopiti i izvršavati. Pri tome su moguće tri situacije⁵:

- internet se koristi radi poticanja na sklapanje ugovora, dok se samo sklapanje i izvršenje ugovora ne odvijaju preko interneta. Primjer takve situacije bila bi reklamna web stranica koja korisniku nudi samo mogućnost dobivanja određenih podataka, ali se na njoj ne nudi i sklapanje ugovora.
- internet se koristi radi poticanja na sklapanje ugovora, ugovor se sklapa preko interneta, međutim izvršenje tako sklopljenog ugovora ni na koji način ne ovisi o internetu.
- internet se koristi radi poticanja na sklapanje ugovora, ugovor se sklapa i izvršava preko interneta. Primjer takve situacije je preuzimanje *software* s interneta ili korištenje banke podataka ili informatičkih usluga.

Uloga interneta u ugovornom pravu u užem smislu odnosila bi se na poslove poduzete u elektroničkom obliku, ponajviše na sklapanje i izvršenje ugovora preko interneta (*on line*). U širem smislu njegova uloga odnosila bi se na sve situacije u kojima fizička ili pravna osoba koriste internet, uključujući i elektroničku poštu za obavljanje svoje trgovačke djelatnosti, neovisno o tome je li ugovor sklopljen ili izvršen preko interneta.

U radu se, s gledišta međunarodnog privatnog prava, razmatraju sve tri opisane situacije, odnosno uloga interneta u užem i širem smislu. S kolizijsko-

Herkunftslandprinzip der e-commerce Richtlinie und seine Umsetzung in Deutschland und Österreich, ZfRV (2003), str. 214 i sl.

³ *Colt Studio Inc. v. Budpuppy Enterprise* 75 F Supp 2d 1104 (1999).

⁴ Prel. Doc. No. 7 of 6 April 2000, Electronic Data Interchange, Internet and Electronic Commerce by Kessedjan, for the attention of the Special Commission of May 2000 on general affairs and policy of the Hague Conference on Private International Law, 17 - www.hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=progress.listing &cat=9.

⁵ Fallenböck, *Internet und internationales Privatrecht*, Wien - New York, 2001, str. 82.

pravnog gledišta analiziraju se ne samo ugovori sklopljeni preko interneta ili putem elektroničke pošte kao i ugovori koji se izvršavaju preko interneta ili putem elektroničke pošte već i samo korištenje internetom i elektroničkom poštom u trgovačkim aktivnostima. Pri tome se razmatraju kako ugovori kojih je predmet prodaja "obične" robe, tako i oni koji se odnose na digitalizirane proizvode.

Važnost elektroničke trgovine pokazuju podaci jednog međunarodnog, jednog stranog i jednog hrvatskog istraživanja. Prema podacima koje je utvrdila Haaška konferencija za međunarodno privatno pravo, vrijednost trgovine putem interneta iznosila je 2000., na svjetskoj razini, 214 mlrd. eura, a za 2004. se očekivalo da će doseći iznos od 7,64 mlrd. eura. Procjenjuje se da se četiri petine tog iznosa odnosi na B2B ugovore.⁶ Prema najnovijim američkim podacima, brojka od 45 milijuna korisnika 1995., 420 milijuna 2000., prešla je 2005. broj od jedne milijarde korisnika, točnije 1,081 milijardu! 2011. godine očekuje se brojka od 2 milijarde korisnika interneta!!! Najveći porast korisnika je u Kini, Indiji, Brazilu, Rusiji i Indoneziji. Broj korisnika interneta u razvijenim zemljama kreće se između 65% i 75% populacije, u nerazvijenim zemljama između 10% i 20% populacije.⁷ Prema ovogodišnjim podacima, u Republici Hrvatskoj 35% populacije starije od 15 godina, odnosno oko 1,2 milijuna stanovnika, korisnici su interneta.⁸ Jasno je da elektronička trgovina u bitnome preoblikuje način poslovanja osoba koje sudjeluju u trgovini.

Zbog toga što neke karakteristike elektroničke trgovine mogu biti od važnosti za određivanje ugovornog statuta, u radu se prvo obrazlažu najbitnije karakteristike elektroničke trgovine (II) a nakon toga osnovna pravila sadržana u materijalnopравnim izvorima prava elektroničke trgovine (III). Ti materijalni izvori, posebno oni hrvatskog i sekundarnog prava Europske unije, sadržavaju i načelo primjene prava države porijekla za pružanje usluga informacijskog društva, koje obuhvaćaju i elektroničku trgovinu. U vezi s tim načelom ispituje se njegova kolizijskopравna uloga (IV). Nakon toga se detaljno obrazlaže ugovorni statut u elektroničkoj trgovini (V) a rezultati razmatranja

⁶ Podaci: Prel. Doc. No 17 of February 2002, The Impact of the Internet on the Judgments Project: Thoughts for the Future, 4 - http://www.hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=progress.listing&coat=4.

⁷ Podaci: Computer Industry Almanac Inc. na dan 4. 1. 2006. - <http://www.c-i-a.com/pr0106.htm>.

⁸ Podaci: GFK - Centar za istraživanje tržišta - <http://www.gfk.hr/press/internet6.htm>.

sažeto se izlažu u zaključku (VI). U svim dijelovima rada uzimaju se u obzir i međusobno uspoređuju rješenja hrvatskog i europskog prava.

II. OSNOVNE KARAKTERISTIKE ELEKTRONIČKE TRGOVINE

Kao osnovne karakteristike elektroničke trgovine izdvajaju se one koje se odnose na prostornu vezu, odvijanje poslovanja i ugovor te težnja za razvojem elektroničke trgovine.⁹

I. Prostorna veza

Važnost određenja različitih vidova prostorne veze u elektroničkoj trgovini proizlazi iz delokalizirane prirode elektroničke trgovine, odnosno nepostojanja prostornih granica kod interneta. Teško je određenu transakciju smjestiti u određenu državu. Nadalje, jedna ugovorna strana ne mora znati identitet druge strane ili gdje se ona nalazi.

Na važnost prostorne veze u elektroničkoj trgovini utječe i problem identiteta računala koja se u toj komunikaciji koriste. Najjednostavnije poslovanje uključuje dva računala s poštanskim poslužiteljima koji prosljeđuju poruke, kao što je to slučaj s elektroničkom poštom. Komunikacija putem interneta je složenija. Ona može uključivati osobe koje sa svojih računala međusobno komuniciraju putem posredničkih poslužitelja, ili putem posredničkih poslužitelja i mreže ili poslužitelja virtualne trgovine koji rukuje informacijama i obrađuje ih. Nije nimalo neobično da korisnici elektroničke trgovine komuniciraju iz jedne države u drugu, neznajući pri tome gdje je smješten informacijski sustav putem kojeg se ostvaruje komunikacija. Mjesto nalaženja pojedinih informacijskih sustava može se promijeniti, za što osobe koje se njime koriste uopće ne moraju znati. Davatelj informacije i njezin korisnik uopće ne moraju znati gdje se nalazi poslužitelj koji služi kao posrednik. Davatelj informacije uopće ne mora znati gdje se nalazi računalo na kojem je na kraju primljena njegova informacija. Jednako tako, korisnik informacije ne mora znati gdje se nalazi računalo s kojeg je informacija poslana.

⁹ Fawcett, Harris, Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, London, 2005, str. 495.

Prostorna veza odnosi se i na problem određivanja mjesta u kojem se nalaze računala u ugovorne strane. Naime, računala se ne moraju nužno nalaziti u istoj državi u kojoj je prebivalište ili sjedište ugovornih strana. Tako npr. društvo sa sjedištem u državi A, koje posluje putem interneta tako da postavlja na internet određene informacije i naplaćuje pristup internetu, može te informacije sastavljati u državi B, a postavljati ih na internet u državi C. Pri tome se radi prijenosa podataka može koristiti posredničkim poslužiteljem koji se nalazi u državi D. Čak ako se računalo s kojeg je informacije poslana i računalo na koje je informacija preuzeta nalaze u istoj državi, ne mora značiti da se i ugovorne strane nalaze u toj istoj državi, primjerice ako je podatak preuzet na prijenosno računalo.¹⁰ Konačno, kad je riječ o prostornom određenju, a odnosi se na ugovor, može biti sporno gdje je mjesto sklapanja ugovora, njegova izvršenja, povrede ugovorne obveze, nastanka štete. Mjesto gdje se neka od navedenih činjenica dogodila može u elektroničkoj trgovini biti vrlo teško odrediti. Poslovanje i komuniciranje putem interneta uključuje niz događaja koji mogu biti raspršeni u mnogo država. Posljedica tog prostornog raspršenja relevantnih događaja jest da može biti teško odrediti mjesto u kojem su se dogodili.

2. Odvijanje poslovanja

Poslovanje putem interneta može se odvijati na različite načine. Osoba ili društvo mogu stvoriti vlastitu web stranicu, koja može biti interaktivna ili pasivna. Na interaktivnoj web stranici korisnik može razmjenjivati podatke s računalom domaćinom. Ugovor može biti sklopljen preko te web stranice. Pri tome se razina interaktivnosti i trgovačke prirode podataka koji se razmjenjuju na toj stranici može vrlo razlikovati od stranice do stranice. Kod pasivne web stranice podatak se samo postavlja na web stranicu kako bi bio dostupan korisnicima. Ugovor nije moguće sklopiti *on line*, web stranica se koristi kao oblik oglašavanja ili, u složenijem obliku, moguće je da se korisniku omogućiti postavljanje pitanja putem web stranice. Poslovanje se može putem interneta odvijati i tako da se koristi tuđom web stranicom koja pripada društvu koje se bavi aukcijom na internetu ili uslugama oglašavanja putem interneta.

¹⁰ UNCITRAL-ov Model zakona o elektroničkoj trgovini iz 1996., Vodič za unošenje u zakonodavstvo, t. 100.

Internet omogućuje da svatko tko ima odgovarajuću opremu i određeno znanje može poslovati na međunarodnoj razini, i to vrlo jeftino. Poslovanje je moguće s, doslovno, cijelim svijetom. Mogućnost pristupa korisnicima je neograničena. Međutim, posljedica te neograničenosti pristupa internetu navedene su poteškoće u određivanju prostorne veze, odnosno pri identificiranju davatelja i korisnika usluga i računala i poslužitelja koji se u poslovanju koriste i mjesta u kojima se oni nalaze.

Cilj oglašavanja putem interneta, u pravilu, cijeli je svijet odnosno svi oni kojima je moguć pristup internetu. Svatko tko posluje putem interneta može očekivati da je njegovo poslovanje dostupno svakome, bez ikakvih geografskih ograničenja.¹¹ Iznimno, poslovanje se može ograničiti pozitivno i negativno. Kod pozitivnog ograničenja osoba koja posluje putem interneta ograničuje svoje poslovanje navođenjem da se ono odnosi samo na točno određeno geografsko područje ili točno određene države. Suprotno tome, kod negativnog ograničenja, može se na web stranicama postaviti ograničenje da se određeni proizvodi ne prodaju izvan određenog geografskog područja odnosno da se ne prodaju u određene države. Međutim, takvo geografsko ograničenje može lako biti izigrano jer ništa ne može spriječiti korisnika da se lažno identifikira. Osim takvog izričitog ograničenja može postojati i prešutno ograničenje, primjerice ako je web stranica na hrvatskom jeziku, razumno se može pretpostaviti da su cilj poslovanja osobe koje se nalaze u Hrvatskoj odnosno one u svijetu koje govore hrvatski.

Za razliku od ostalih oblika komuniciranja koji u pravilu uključuju jednu aktivnu i jednu pasivnu stranu, davatelja (pošiljatelja) i korisnika (primatelja) informacije, u poslovanju putem interneta to se u mnogo čemu razlikuje. U pravilu je riječ o dvije aktivne strane, jedna koja postavlja informaciju na internet i druga koja tu informaciju preuzima s interneta, npr. prodavatelj koji stvara interaktivnu web stranicu i kupac koji pristupa toj stranici i naručuje određeni proizvod putem interneta.

¹¹ O određivanju "cilja" poslovanja - A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet, ABA, s. 30-31 - http://meetings.abanet.org/webupload/commupload/CL320000/relatedresources/Jurisdiction_Paper.pdf.

3. Ugovor

Sklapanje ugovora između odsutnih u suvremenom poslovanju opće je prihvaćeno. Ugovori se sklapaju putem telefona, razmjenom telefaksa ili putem interaktivne web stranice. U tom smislu sklapanje ugovora putem interneta nije posebna novost.

I izvršenje ugovora moguće je putem interneta. Digitalizirani proizvodi, kao npr. *software*, muzika, knjige, određeni podaci, kao npr. statistički podaci, prodaju se putem interneta, uključujući elektroničku poštu. Ti proizvodi mogu se i isporučiti putem interneta. Informacije koje sadržavaju te proizvode može davatelj usluge postaviti na poslužitelj kojem korisnik može pristupiti i preuzeti ih na svoje računalo ili davatelj usluge može korisniku te podatke poslati elektroničkom poštom. Pri tome davatelj usluge može, ako ima više istovrsnih stranica, izabrati onu s koje će se informacija dostaviti konkretnom korisniku, a da pri tome taj korisnik nema mogućnost izbora web stranice s koje će mu se podatak poslati. Isto tako, davatelj informacije ne može utjecati na to što gdje će njegovu informaciju korisnik preuzeti na svoje računalo.¹²

Dakako, davatelj informacije može *software* ili neki drugi digitalizirani proizvod spremati na disk i disk isporučiti poštom. Ostaje pitanje kvalifikacije smatra li se da je u tom slučaju riječ o tjelesnom ili netjelesnom dobru.¹³

4. Težnja za razvojem elektroničke trgovine

Suvremeni je trend poticanje elektroničkog poslovanja. Smatra se da je poslovanje putem interneta pogodno za mala i srednje velika poduzeća, da se time potiče gospodarski razvitak i ulaganje u pronalazaštvo kao i kompetitivnost industrije određene zemlje, pod uvjetom da je svakome moguć pristup internetu.

III. MATERIJALNA PRAVILA ZA ELEKTRONIČKU TRGOVINU

Materijalna pravila prava Republike Hrvatske o elektroničkoj trgovini sadržana su u Zakonu o elektroničkoj trgovini¹⁴ iz 2003. Izvor sekundarnog

¹² Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 503.

¹³ Za potrebe primjene Konvencije Ujedinjenih naroda o ugovorima u međunarodnoj prodaji robe *software* na disku smatra se robom.

¹⁴ Narodne novine br. 173 od 31. 10. 2003.

prava Europske unije koji sadržava materijalna pravila o elektroničkoj trgovini jest Direktiva 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva, posebno elektroničkoj trgovini, na unutarnjem tržištu (Direktiva o elektroničkoj trgovini)¹⁵. Na međunarodnoj razini pravila o elektroničkoj trgovini sadržana su u UNCITRAL-ovu Modelu zakona o elektroničkoj trgovini iz 1996¹⁶.

1. Zakon o elektroničkoj trgovini i Direktiva o elektroničkoj trgovini

S obzirom na to da je Zakon o elektroničkoj trgovini usklađen s tekstem Direktive o elektroničkoj trgovini, navest ćemo sumarni prikaz njihovih osnovnih odredbi.¹⁷

Zakon o elektroničkoj trgovini uređuje pružanje usluga informacijskog društva, odgovornost davatelja usluga informacijskog društva te pravila u vezi sa sklapanjem ugovora u elektroničkom obliku.¹⁸

Cilj Direktive o elektroničkoj trgovini jest osigurati slobodan protok usluga informacijskog društva između država članica¹⁹ radi osiguranja pravne sigur-

¹⁵ OJ L 178, 17. 7. 2000., 1-16. - Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ("Directive on electronic commerce"); Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"); Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"); Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico").

¹⁶ UNCITRAL-ov Model zakona o elektroničkoj trgovini s vodičem za unošenje u zakonodavstvo, Rezolucija Opće skupštine OUN br. 51/162 od 16. 12. 1996.

¹⁷ Maurović, Usporedni prikaz razvoja prava elektroničke trgovine - usklađenost Zakona o elektroničkoj trgovini Republike Hrvatske, Hrvatska pravna revija (2004) 10, str. 26 i sl.

¹⁸ Čl. 1, st. 1. Zakona o elektroničkoj trgovini.

¹⁹ Točka 8. preambule Direktive o elektroničkoj trgovini.

nosti i povjerenja potrošača²⁰ kao i potaknuti gospodarski razvoj trgovačkih društava²¹.

Pod "uslugom informacijskog društva" razumije se "usluga koja se uz naknadu pruža elektroničkim putem na individualni zahtjev korisnika, a posebno internet prodaja robe i usluga, nuđenje podataka na internetu, reklamiranje putem interneta, elektronički pretraživači, te mogućnost traženja podataka i usluga koje se prenose elektroničkom mrežom, posreduju u pristupu mreži ili pohranjuju podatke korisnika".²²

Davatelj usluga informacijskog društva ima opću dužnost informiranja, odnosno mora u obliku i na način koji je neposredno i stalno dostupan korisnicima i nadležnim tijelima pružiti osnovne podatke o sebi i svojem poslovanju, kao što su: ime i prezime odnosno naziv pravne osobe; podatak o sjedištu obrta odnosno pravne osobe; adresu, uključujući i elektroničku adresu; podatke iz javnog registra. Ako davatelj usluga prikazuje cijene, one moraju biti jasno i nedvosmisleno naznačene, a posebno se mora naznačiti jesu li u prikazane cijene uključeni troškovi dostave, ostali manipulativni troškovi, porez i drugi troškovi koji na bilo koji način utječu na prikazanu cijenu.²³

Davatelj usluga dužan je osigurati da svaki podatak iz komercijalnog priopćenja, koji je dijelom ili u cijelosti usluga informacijskog društva, jasno i nedvosmisleno omogućuje jasno identificiranje: komercijalnog priopćenja kao komercijalnog priopćenja u trenutku kad ga korisnik primi; osobe u ime koje je sastavljeno komercijalno priopćenje; svakog promotivnog poziva za stavljanje ponude iz komercijalnog priopćenja (uključujući popuste i poklone) kao takvog. On mora osigurati da su uvjeti koji se moraju ispunjavati za stavljanje ponude iz komercijalnog priopćenja lako dostupni te predloženi jasno i nedvosmisleno.²⁴

Osim ako se ugovorne strane koje nisu potrošači drugačije ne dogovore, davatelj usluga informacijskog društva dužan je mogućem korisniku usluga, prije sklapanja ugovora o pružanju usluga informacijskog društva, osigurati na jasan, razumljiv i nedvosmislen način podatke i obavijesti: različite stupnjeve koji slijede u postupku sklapanja ugovora, ugovorne odredbe, opće uvjete

²⁰ Točka 7. preambule Direktive o elektroničkoj trgovini.

²¹ Točka 2. preambule Direktive o elektroničkoj trgovini.

²² Čl. 2, t. 2. Zakona o elektroničkoj trgovini; čl. 2 (a) Direktive o elektroničkoj trgovini.

²³ Čl. 6. Zakona o elektroničkoj trgovini; čl. 5. Direktive o elektroničkoj trgovini.

²⁴ Čl. 7. Zakona o elektroničkoj trgovini; čl. 6. i 7. Direktive o elektroničkoj trgovini.

poslovanja ako su sastavni dio ugovora, jezik ponuđen za sklapanje ugovora i kodeks postupanja. Taj se zahtjev ne odnosi na ugovore sklopljene putem elektroničke pošte.²⁵

Osim ako se ugovorne strane koje nisu potrošači drugačije ne dogovore, davatelj usluga informacijskog društva mora bez odgode elektroničkim putem, posebnom elektroničkom porukom, potvrditi primitak elektroničke poruke koja sadržava ponudu ili prihvata ponude za sklapanje ugovora. Ta dužnost ne tereti davatelja usluge informacijskog društva kod ugovora sklopljenih putem elektroničke pošte.²⁶

Prema Zakonu o elektroničkoj trgovini, ugovor o pružanju usluga informacijskog društva sklopljen je onog trenutka kad ponuditelj primi elektroničku poruku koja sadržava izjavu ponuđenog da prihvaća ponudu. Ponuda i prihvata te druga očitovanja volje poduzeta elektroničkim putem primljena su kad im osoba kojoj su upućeni može pristupiti.²⁷ Direktiva o elektroničkoj trgovini ne sadržava odredbu o trenutku sklapanja ugovora ni o ponudi i prijehu.

2. UNCITRAL-ov Model zakona o elektroničkoj trgovini iz 1996.

Cilj je UNCITRAL-ova Modela zakona o elektroničkoj trgovini olakšavanje elektroničke trgovine i osiguranje jednakog postupka za korisnike papirnatih dokumentacije i elektroničkog medija. Model zakona primjenjuje se "na svaku vrstu informacije u obliku podatkovne poruke koja se koristi u okviru trgovačkih aktivnosti".²⁸ Podatkovna je poruka (*data message*) informacija učinjena, poslana, primljena, pohranjena elektroničkim, optičkim ili sličnim sredstvom, uključujući, ali ne i ograničavajući se na elektroničku razmjenu podataka (*electronic data interchange - EDI*), elektroničku poštu, telegram, teleks ili telefaks.²⁹ Pod trgovačkim aktivnostima razumiju se i domaće i međunarodne aktivnosti. Model zakona sadržava pravni okvir koji treba biti nadopunjen tehničkim pravilima u državama koje UNCITRAL-ov Model zakona unesu u svoje zakonodavstvo. Model zakona usvaja načelo funkcionalne jednakosti

²⁵ Čl. 12. Zakona o elektroničkoj trgovini; čl. 10. Direktive o elektroničkoj trgovini.

²⁶ Čl. 14. Zakona o elektroničkoj trgovini; čl. 11. Direktive o elektroničkoj trgovini.

²⁷ Čl. 15, st. 1 i 2. Zakona o elektroničkoj trgovini.

²⁸ Čl. 1. UNCITRAL-ova Modela zakona o elektroničkoj trgovini.

²⁹ Čl. 2 (a) UNCITRAL-ova Modela zakona o elektroničkoj trgovini.

(*functional equivalent approach*)³⁰. Tim načelom UNCITRAL predlaže ciljeve, svrhu i ulogu tradicionalnih pravnih zahtjeva u pravnom prometu, uključujući one koji se odnose na to da informacija mora biti dana u pisanom obliku, na potpis, na izvornike i na dokaznu vrijednost tih zahtjeva. Za svaki od njih Model zakona predlaže da se dopusti ekvivalent u elektroničkom obliku. Taj je pristup vidljiv npr. u sljedećim primjerima. Kad je prema zakonu potrebno da informacija bude u pisanom obliku, taj zahtjev ispunjava podatkovna poruka ako je informacija koju sadržava dostupna na način da se njime može koristiti za kasnije pozivanje.³¹ Kad zakon zahtijeva potpis kad je riječ o podatkovnoj poruci, tom je zahtjevu udovoljeno ako je upotrijebljena metoda da identificira osobu i da pokazuje da je njezino odobrenje sadržano u podatkovnoj poruci.³² Kad je prema zakonu potrebno da informacija treba biti predočena ili sačuvana u svojem originalnom obliku, taj je zahtjev ispunjen ako postoji odgovarajuće osiguranje za cjelovitost informacije od vremena otkad je prvi put utvrđena u svojem konačnom obliku kao podatkovna poruka.³³ Model zakona sadržava pravila kojima se ugovorne strane mogu koristiti prilikom sklapanja svojih ugovora i za popunjavanje pravnih praznina u svojim ugovorima.³⁴ Ta se pravila mogu koristiti i kao osnovni standard u situacijama kad su podaci razmijenjeni između ugovornih strana prije nego je između njih sklopljen ugovor.³⁵ To su pravila o obliku i valjanosti ugovora³⁶, priznanju podatkovne poruke od strane ugovorne strane³⁷, pripadnosti podatkovne poruke³⁸, potvrde primitka³⁹, vremena i mjesta otpreme i primitka podatkovne poruke⁴⁰. Model zakona poslužio je za zakonodavna rješenja ili je usvojen kao poseban zakon u više od 30 država odnosno pravnih područja pojedinih država s nejedinstvenim pravnim poretom.⁴¹ Modelu zakona 1998. dodan je čl. 5-*bis*.

³⁰ Vodič za unošenje uz UNCITRAL-ova Modela zakona o elektroničkoj trgovini, t. 15-18.

³¹ Čl. 6, st. 1. UNCITRAL-ova Modela zakona o elektroničkoj trgovini.

³² Čl. 7, st. 1. UNCITRAL-ova Modela zakona o elektroničkoj trgovini.

³³ Čl. 8, st. 1. UNCITRAL-ova Modela zakona o elektroničkoj trgovini.

³⁴ Vodič za unošenje uz UNCITRAL-ov Model zakona o elektroničkoj trgovini, t. 19-20.

³⁵ Vodič za unošenje uz UNCITRAL-ov Model zakona o elektroničkoj trgovini, t. 20.

³⁶ Čl. 11. UNCITRAL-ova Modela zakona o elektroničkoj trgovini.

³⁷ Čl. 12. UNCITRAL-ova Modela zakona o elektroničkoj trgovini.

³⁸ Čl. 13. UNCITRAL-ova Modela zakona o elektroničkoj trgovini.

³⁹ Čl. 14. UNCITRAL-ova Modela zakona o elektroničkoj trgovini.

⁴⁰ Čl. 15. UNCITRAL-ova Modela zakona o elektroničkoj trgovini.

⁴¹ Popis država na: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html.

Treba napomenuti da je Opća skupština UN na svojem 53. zasjedanju 2005. godine usvojila i Konvenciju Ujedinjenih naroda o upotrebi elektroničke komunikacije u međunarodnim ugovorima (*United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts* - skraćeni naziv: *UNCITRAL Use of Electronic Communications Convention* - kratica: *UUECC*) koju je izradio UNCITRAL.⁴²

IV. PRAVO DRŽAVE PORIJEKLA - NAČELO DRŽAVE PORIJEKLA

Osim materijalnih pravila koja smo sumarno izložili, Zakon o elektroničkoj trgovini i Direktiva o elektroničkoj trgovini sadržavaju i pravilo o pravu koje se primjenjuje na pružanje usluga informacijskog društva. Zakon to pravo određuje za pružanje tih usluga na području Republike Hrvatske⁴³, a Direktiva na unutarnjem tržištu između država članica Europske unije⁴⁴.

I jedan i drugi pravni izvor određuju da je pravo mjerodavno za pružanje usluga informacijskog društva pravo države porijekla (*country of origin; Herkunftsland; Etat d'origine; stato d'origine*) davatelja usluga informacijskog društva. To pravo primjenjuje se samo kad je riječ o B2B ugovorima, a ne i o ugovornim obvezama koje se odnose na potrošačke ugovore (B2C).

⁴² Konvencija ima cilj unaprijediti pravnu sigurnost i trgovačku predvidljivost kad se u međunarodnim ugovorima koristi elektronička komunikacija. Ona određuje mjesto nalaženje strane u elektroničkom okruženju, trenutak i mjesto odašiljanja i primitka elektroničke komunikacije, korištenje automatiziranih sustava za primanje i odašiljanje poruka radi sklapanja ugovora i kriterije kojima se treba koristiti radi uspostavljanja funkcionalne jednakosti između elektroničke komunikacije i papirnatih dokumenata, uključujući "izvorne" papirnatu dokumente, kao i jednakost između metoda dokazivanja autentičnosti elektroničkim putem i rukom danih potpisa. Konvencija ima četiri dijela. U prvom dijelu određuje polje primjene (čl. 1-3), u drugom sadržava opće odredbe (čl. 4-7), u trećem uređuje korištenje elektroničkom komunikacijom u međunarodnim ugovorima (čl. 8-14) i u četvrtom sadržava završne odredbe (čl. 15-25). Konvenciji još nije pristupila nijedna država. Za stupanje Konvencije na snagu potrebno je da joj pristupe tri države.

Tekst Konvencije na: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/2005Convention.pdfm/2005 Convention.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/2005Convention.pdfm/2005%20Convention.pdf).

⁴³ Čl. 3. i čl. 4, st. 1. Zakona o elektroničkoj trgovini.

⁴⁴ Čl. 3. Direktive o elektroničkoj trgovini.

1. Zakon o elektroničkoj trgovini

Zakon određuje pravo koje se primjenjuje na pružanje usluga informacijskog društva. U članku 3. sadržava osnovno pravilo, a u članku 4. predviđene su iznimke od primjene tog prava.

Prema članku 3. “[d]avatelj usluga informacijskog društva sa sjedištem u Republici Hrvatskoj dužan je postupati i pružati usluge u skladu sa zakonima i drugim propisima Republike Hrvatske”.

Zakonodavac je odredbu o “primjeni prava”, odnosno točnije o mjerodavnom pravu, ograničio samo na one davatelje usluga koji imaju sjedište u Republici Hrvatskoj. To ograničenje ima utjecaja i na prostornu dimenziju mjerodavnog prava, pa je kao njegova posljedica određena primjena hrvatskog prava. Riječ je, prema tome, o pravilu koje po svojem sadržaju funkcionalno odgovara jednostranom ili nepotpunom kolizijskom pravilu.⁴⁵ Njime se određuje da je za postupanje i pružanje usluga davatelja usluga informacijskog društva sa sjedištem u Republici Hrvatskoj mjerodavno hrvatsko pravo. Pri tome nije važno pruža li se sama usluga informacijskog društva u Republici Hrvatskoj ili u inozemstvu.

U stavku 1. članka 4. određuje se da se “[o]dredbe članka 3. ne primjenjuju /se/ na davatelja usluga čije je sjedište u zemlji članici Europske unije i koji nudi usluge informacijskog društva, čak i u slučajevima kada je usluga ciljano usmjerena prema građanima Republike Hrvatske”. Prema tome, hrvatsko pravo, odnosno terminologijom zakonodavca, “zakoni i drugi propisi Republike Hrvatske”, ne primjenjuje se kad je riječ o davateljima usluga informacijskog društva sjedište kojih je u zemlji članici Europske unije čak i onda kad je njihova usluga usmjerena prema građanima Republike Hrvatske. Hrvatski zakonodavac ne određuje koje se pravo primjenjuje na te davatelje usluga. Ako bi se rješenje iz članka 3. preoblikovalo u dvostrano, potpuno kolizijsko pravilo, i ovdje bi vrijedio kriterij sjedišta davatelja usluge informacijskog društva, odnosno za njih bi vrijedilo pravo države članice EU u kojoj imaju sjedište.

Naime, iz članka 3. i članka 4, stavka 1. slijedi da je hrvatski zakonodavac kao relevantni kriterij za određivanje prava mjerodavnog za pružanje usluga informacijskog društva prihvatio objektivni kriterij prostorne vezanosti davatelja usluga s određenim pravnim poretom, odnosno da je mjerodavno pravo države porijekla davatelja usluga informacijskog društva. Za taj objektivni

⁴⁵ V. pobliže Sajko, op. cit. u bilj. 1, 86-87.

kriterij zakonodavac je, u skladu s općim rješenjem hrvatskog međunarodnog privatnog prava kojim se određuje mjerodavno pravo za opći osobni statut pravne osobe, prihvatio poveznicu sjedišta pravne osobe.⁴⁶

Ako su davatelji usluga pravne osobe sa sjedištem u državi članici Europske unije, prema stavku 2. članka 4., stavak 1. tog članka ne primjenjuje se u "određenim područjima", *inter alia*, kad se radi o "slobodi ugovornih strana na izbor prava primjenjiva na njihov ugovor".⁴⁷ To ograničenje primjene prava države članice Europske unije u kojoj se nalazi sjedište davatelja usluga informacijskog društva je razumljivo jer je u međunarodnom ugovornom pravu sloboda izbora mjerodavnog prava na temelju sporazuma ugovornih strana temeljno načelo i smatra se "općim načelom međunarodnog privatnog prava". Treba istaknuti da je zakonodavac predvidio da će se odredbe članka 4. primjenjivati tek od dana službenog primitka Republike Hrvatske u punopravno članstvo Europske unije.⁴⁸

2. Direktiva o elektroničkoj trgovini

Prema članku 3, stavku 1, svaka država članica Europske unije osigurava da davatelj usluga informacijskog društva koji ima poslovno mjesto na njezinu području pruža usluge u skladu s unutarnjim pravilima te države članice koja ulaze u koordinirano područje.

"Koordinirano područje" "pokriva samo zahtjeve koji se odnose na *on line* aktivnosti, kao što su to *on line* podaci, online oglašavanje, online prodaja,

⁴⁶ Usp. čl. 17. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima - Narodne novine br. 53 od 8. 10. 1991.

⁴⁷ Čl. 4, st. 2. Zakona o elektroničkoj trgovini:
"Iznimno, stavak 1. ne primjenjuje se na subjekte iz stavka 1. ovoga članka, u sljedećim područjima:

- autorsko pravo i pravo intelektualnog vlasništva,
- emisija elektroničkog novca,
- valjanost u vezi s oblikom ugovora kojima se stvaraju ili prenose prava vezana uz nekretnine,
- aktivnosti osiguravajućih društava,
- ugovorne obveze iz i u vezi s potrošačkim ugovorima,
- sloboda ugovornih strana na izbor prava primjenjiva na njihov ugovor,
- dopustivost netraženih komercijalnih priopćenja elektroničkom poštom,
- promet lijekova, medicinskih proizvoda i homeopatskih proizvoda."

⁴⁸ Čl. 24. Zakona o elektroničkoj trgovini.

on line sklapanje ugovora; ono se ne odnosi na pravne zahtjeve koji se tiču robe, kao što su to sigurnosni standardi, obveze označavanja ili odgovornost za robu, uključujući prijevoz medicinskih proizvoda; koordinirano područje ne pokriva osiguranje prava prvenstva koje imaju javna tijela u odnosu na određenu robu kao što su to npr. umjetnički predmeti.”⁴⁹

Za primjenu članka 3. poslovno mjesto davatelja usluga određuje se u skladu s kriterijima utvrđenim u praksi Europskog suda, prema kojoj poslovno mjesto uključuje stvarno obavljanje trgovačke djelatnosti putem čvrstog nastana kroz neodređeno vrijeme. Taj je zahtjev također ispunjen i u slučaju kad je jedno poduzeće osnovano za određeno razdoblje. Ako poduzeće pruža usluge preko web stranice na internetu, ono nema poslovno mjesto u mjestu u kojem se nalazi tehnologija koja podržava njegovu web stranicu ili u mjestu u kojem je njegova web stranica dostupna, već u mjestu u kojem obavlja svoju trgovačku djelatnost. Ako davatelj ima više poslovnih mjesta, važno je utvrditi iz kojeg se poslovnog mjesta pruža odnosna usluga. Ako je u slučaju više poslovnih mjesta teško utvrditi mjesto iz kojeg se pruža određena usluga, takvim mjestom smatra se mjesto u kojem ponuditelj ima središte svojih aktivnosti koje se odnose na tu određenu uslugu.

Primjena prava države porijekla davatelja usluga temelji se na jednoj od osnovnih sloboda, slobodi prometa pružanja usluga u smislu članka 49. Ugovora o EZ. U osnovi te slobode jest sloboda davatelja usluga da svoju djelatnost u drugoj državi članici obavlja po istim načelima koja vrijede za davatelje usluga iz te države. Ta se sloboda odnosi kako na državljanane država članica EU, tako i na pravne osobe koje na području neke od država članica imaju svoje sjedište, glavnu upravu ili glavno poslovno mjesto.⁵⁰

Načelo primjene prava države porijekla znači da davatelj usluga informacijskog društva koji ima poslovno mjesto u jednoj državi članici, ali svoje usluge pruža u svim ili nekim državama članicama, mora pružanje usluga uskladiti s pravnim pravilima države svojeg poslovnog mjesta, a ne i sa zahtjevima ostalih država (moguće čak 24!) u kojima također pruža usluge. To načelo omogućuje svakom davatelju usluga da se pouzda u to da se prema pravu svojeg poslovnog mjesta može natjecati i u europskom prostoru.

Usluge informacijskog društva trebaju, dakle, načelno, biti podvrgnute pod pravo u kojem je poslovno mjesto davatelja tih usluga.⁵¹ Iz takvog određenja,

⁴⁹ Točka 21. preambule Direktive o elektroničkoj trgovini.

⁵⁰ Čl. 49. i čl. 55. u vezi s čl. 48. Ugovora o EZ.

⁵¹ Točka 22, rečenica 4. preambule Direktive o elektroničkoj trgovini.

o "podvrgavanju pod određeno pravo", slijedi da je svrha članka 3, stavka 1, u kojem se određuje primjena načela države porijekla davatelja usluga, kolizijskopravno upućivanje, odnosno da je svrha načela države porijekla kolizijskopravne prirode.⁵² Članku 3, stavku 1. treba se, dakle, priznati kolizijskopravni učinak. Prema tome, načelo države porijekla pravilo je o pravu koje treba primijeniti.

Načelo države porijekla treba omogućiti jedinstven europski marketinški prostor i s poduzeća skinuti teret da se na pojedinom tržištu trebaju ponašati prema pravu upravo tog tržišta i da svaki put iznova moraju prilagođivati svoja pravila reklamiranja. Primjena jednog jedinog prava, i to upravo onog koje im je poznato i za koje već imaju organiziranu pravnu podršku, trebalo bi pridonijeti uštedi troškova poslovanja i smanjenju poslovnih rizika. To bi trebalo pridonijeti, barem teorijski, smanjenju ulaznih troškova na određeno tržište i poticanju prekograničnih poduzetničkih aktivnosti u elektroničkoj trgovini. Poveznice tržišta ili mjesta ispunjenja, primjenom načela države porijekla, zamijenjene su poveznicom poslovnog mjesta⁵³. Zato se može govoriti i o načelu poslovnog mjesta.⁵⁴

Pravo države porijekla ne odnosi se na "slobodu izbora mjerodavnog prava ugovornih strana".⁵⁵ Sloboda izbora mjerodavnog prava između davatelja usluga i korisnika usluga nije, dakle, ograničena. To znači da ako davatelj usluga koji ima poslovno mjesto u državi članici Europske unije sklopi ugovor za koji je sporazumom strana kao mjerodavno pravo određeno pravo države koja nije država članica Europske unije, ne primjenjuje se načelo prava države porijekla, već pravo države koje je pravo izabrano.

Ako mjerodavno pravo nije izabrano, primjena prava države porijekla u slučaju B2B ugovora nije isključena. Prema članku 4, stavku 1. Rimske konvencije o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze, koja je izvor unificiranog

⁵² Mankowski, op. cit. u bilj. 2, (2001), str. 139.

⁵³ Poslovno mjesto poduzetnika je s vremenom postala klasična poveznica modernog međunarodnog privatnog prava, posebno kolizijskih pravila europskog porijekla. V. npr. čl. 4, st. 2, reč. 2. Rimske konvencije o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze. Ta je poveznica prihvaćena i u pravilima o nadležnosti europskog međunarodnog procesnog prava. V. npr. čl. 5, st. 5; čl. 9; čl. 15, st. 3; čl. 18, st. 2; čl. 20, st. 2 (b) Uredbe Vijeća br. 44/2001 od 22. 12. 2000. o sudskoj nadležnosti, priznanju i ovrsi odluka o građanskim i trgovačkim predmetima.

⁵⁴ Ibid., str. 140-141.

⁵⁵ Čl. 3, st. 3. i Dodatak 3. Direktive o elektroničkoj trgovini.

kolizijskog prava u državama članicama EU, u slučaju nepostojanja sporazuma ugovornih strana o izboru mjerodavnog prava, primjenjuje se pravo države s kojom ugovor ima najbližu vezu. Na temelju stavka 2. istog članka, smatra se da ugovor ima najbližu vezu s državom u kojoj u vrijeme sklapanja ugovora strana koja izvršava karakterističnu činidbu ima redovno boravište ili, ako je riječ o trgovačkim društvu, udruženju ili pravnoj osobi, glavnu upravu. Ako je pak ugovor sklopljen u obavljanju profesionalne djelatnosti takve strane, smatra se da ugovor ima najbližu vezu s državom u kojoj se nalazi glavno poslovno mjesto ili u kojoj se nalazi drugo poslovno mjesto, ako prema ugovoru navedenu radnju treba izvršiti putem tog poslovnog mjesta, a ne glavnog poslovnog mjesta. Kako se davatelj usluga informacijskog društva smatra onom ugovornom stranom koja izvršava činidbu koja je karakteristična za ugovor, to znači da će se načelo karakteristične činidbe u pravilu poklapati s načelom države porijekla.⁵⁶ Tako će biti u slučaju ako davatelj usluga ima poslovno mjesto u državi članici Europske unije.

Ako davatelj usluga ima poslovno mjesto u državi članici Europske unije, a ugovor koji ne sadržava odredbu o izboru prava sklopio je elektroničkim putem s pravnom osobom koja ima sjedište u Republici Hrvatskoj i koji predviđa da je valuta plaćanja kuna (koliko god to bilo malo vjerojatno, ali za potrebe primjera pretpostavimo da je tako) i da cijena treba biti plaćena na račun otvoren u hrvatskoj banci, kao i to da je mjesto isporuke robe koja je bila predmet ugovora u Hrvatskoj, kad bi u mogućem sporu iz tog ugovora odlučivao sud države članice Europske unije, trebao bi, po našem mišljenju, primijeniti stavak 5. članka 4. Rimske konvencije. Prema toj odredbi neće se primijeniti pravo države nositelja karakteristične činidbe, u ovom primjeru davatelja usluge, ako iz svih okolnosti izlazi da ugovor ima bližu vezu s nekom drugom državom. Država s kojom bi taj ugovor bio u najbližoj vezi jest Hrvatska. Što je u takvom slučaju s primjenom načela države porijekla? Naime, ako je primjena načela države porijekla isključena kad je riječ o izboru mjerodavnog prava za ugovor na temelju sporazuma ugovornih strana, slijedilo bi da se to načelo primjenjuje u slučaju kad ugovorne strane nisu izabrale pravo. U gornjem primjeru primjena načela porijekla podudara se s primjenom načela karakteristične činidbe, odnosno podredno mjerodavno pravo bilo je pravo davatelja usluga, pravo njegova poslovnog mjesta. Međutim, u primjeru u kojem je korisnik hrvatska pravna osoba, zbog okolnosti slučaja, pravo poslovnog

⁵⁶ Fallenböck, op. cit. u bilj. 5, str. 203; Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 1230.

mjesto davatelja usluga ne podudara se s pravom koje je podredno mjerodavno za ugovor. Direktiva u članku 1, stavku 4. određuje da ona ne stvara dodatna pravila međunarodnog privatnog prava niti se odnosi na nadležnost suda. Iz tog je jasna namjera Direktive da ne utječe na pravila međunarodnog privatnog prava država članica. Zbog toga bi trebalo smatrati da se, ako je prema supsidijarnom pravilu prava države članice mjerodavno pravo različito od prava države u kojoj davatelj usluga ima poslovno mjesto, u tom slučaju načelo države porijekla ne primjenjuje. U protivnom bi se došlo u situaciju da se to načelo ne primjenjuje ako su ugovorne strane izabrale pravo koje nije pravo države poslovnog mjesta davatelja usluge, a da bi se, kad je po podrednom pravu strano pravo mjerodavno, načelo države porijekla primjenjivalo, premda je to strano pravo pravo s kojim je ugovor u najbližoj vezi.⁵⁷

Prema članku 3, stavku 2. Direktive, države članice ne smiju slobodu prometa usluga informacijskog društva iz druge države članice ograničavati iz razloga koji ulaze u koordinirana područja. Iznimno, radi zaštite općih interesa, mogu odstupiti od načela primjene prava države porijekla. Mjere se mogu donijeti radi zaštite javnog poretka, javnog zdravstva, javne sigurnosti, potrošača, uključujući zaštitu ulagača. Te mjere moraju se odnositi na određenu uslugu i biti u razmjeru s ciljem koji se štiti.⁵⁸

V. UGOVORNI STATUT U ELEKTRONIČKOJ TRGOVINI

Znanje ugovornih strana o tome koje će se pravo primijeniti u njihovom poslovnom odnosu jedan je od kritičnih elemenata predvidljivosti potrebne u elektroničkoj trgovini kako bi se povećala njezina profitabilnost i učinkovitost. Naime, izvršavanje posla nije moguće bez poznavanja i razumijevanja prava koje je mjerodavno.

Za kolizijska pravila koja stavljaju težište na postojanje veze s određenim pravnim poretkom delokalizirana priroda elektroničke trgovine nesumnjiv je izazov. Ako ugovor koji je sklopljen elektroničkim putem ne sadržava odredbu o izboru mjerodavnog prava, trebat će utvrditi pravni poredak s kojim su ugovorne strane u vezi, što ponekad za ugovorne strane, u trenutku sklapanja ugovora, ne mora biti lako. Ovisno o okolnostima pojedinog ugovora,

⁵⁷ Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 1231.

⁵⁸ Čl. 3, st. 4. Direktive o elektroničkoj trgovini.

možda će trebati utvrditi i to gdje se nalaze računala ugovornih strana koja su korištena pri sklapanju ugovora, gdje je smještena tvrtka koja omogućuje pristup internetu, gdje je mjesto isporuke robe koja je predmet ugovora ili kamo se mora prenijeti digitalizirani proizvod, gdje se mora izvršiti plaćanje. Utvrđivanje svake od tih činjenica može, u trenutku sklapanja ugovora, biti povezano s poteškoćama.

Pravni izvori koje ćemo razmotriti jesu Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: ZRS), kao izvor hrvatskog međunarodnog privatnog prava koji sadržava kolizijska pravila o određivanju ugovornog statuta i, već spomenuta, Rimski konvencija o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze (dalje: RK), kao izvor unificiranog europskog međunarodnog privatnog prava.

I jedan i drugi pravni izvor priznaju pravo prvenstva međunarodnim ugovorima. ZRS to predviđa za međunarodne ugovore koji ulaze u područje njegove polje primjene.⁵⁹ Rimski konvencija određuje da ona ne dira u primjenu međunarodnih ugovora kojih je država ugovornica strana ili će to postati, što uključuje sve međunarodne ugovore, neovisno o tome odnose li se na njezino polje primjene ili ne⁶⁰. Obuhvaćeni su, dakle, i međunarodni ugovori koji sadržavaju unificirana materijalna pravila. U Republici Hrvatskoj odnos unutrašnjeg prava i međunarodnih ugovora općenito uređen je člankom 141. Ustava Republike Hrvatske⁶¹, odnosno za međunarodne ugovore koji su zaključeni između SFRJ i drugih država odnosno subjekata međunarodnog prava u točki III. Ustavne odluke o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske iz 1991.⁶² I jedna i druga odredba predviđaju pravo prvenstva međunarodnih ugovora pred unutrašnjim pravom.

Međunarodni ugovor koji sadržava unificirana materijalna pravila koja su od važnosti za ugovore s međunarodnim obilježjem sklopljene putem in-

⁵⁹ Čl. 3. ZRS.

Odredbe tog zakona ne primjenjuju se na odnose iz članka 1. tog zakona ako su oni regulirani drugim saveznim zakonom ili međunarodnim ugovorima.

⁶⁰ Čl. 21. Rimske konvencije.

Odnos prema drugim međunarodnim ugovorima

Ova konvencija ne dira u primjenu međunarodnih ugovora kojih je država ugovornica strana ili će to postati.

⁶¹ Narodne novine br. 56 od 22. 12. 1990.; br. 8. od 26. 1. 1998.; br. 124 od 11. 12. 2000.; br. 41 od 7. 5. 2001.

⁶² Narodne novine br. 31. od 25. 6. 1991.

terneta odnosno elektroničkom poštom jest Konvencija Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine. Konvencija je na snazi u Republici Hrvatskoj i u većini država članica Europske unije, osim u Portugalu i Ujedinjenom Kraljevstvu.⁶³ Zbog toga ćemo prvo razmotriti pravila te konvencije koja se odnose na određivanje mjerodavnog prava.

1. Primjena Konvencije Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe

Konvencija Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (dalje: Konvencija UN) sadržava unificirano materijalno pravo međunarodne prodaje robe. Njezina pravila predstavljaju u državama u kojima je na snazi tzv. posebna materijalna pravila⁶⁴ tih pravnih poredaka za ugovore o međunarodnoj prodaji robe.⁶⁵

Prema članku 1, stavku 1, Konvencija se primjenjuje na ugovore o prodaji robe sklopljene između ugovornih strana koje imaju poslovno mjesto na području različitih država: a) kad su to države ugovornice ili b) kad pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na primjenu prava jedne od država ugovornica. Odredba točke (b) upućuje, dakle, na primjenu unutarnjeg kolizijskog pravila i određivanje ugovornog statuta na temelju poveznice koju to pravilo sadržava.⁶⁶ Odredbom članka 95. omogućuje se državi ugovornici da izjavi rezervu u vezi s primjenom točke b). Republika Hrvatska takvu rezervu nije izjavila.

Osim na ugovore o prodaji robe, Konvencija UN primjenjuje se, prema članku 3., i na ugovore o isporuci robe koja se treba izraditi ili proizvesti, osim ako je strana koja je robu naručila preuzela obvezu da isporuči bitan dio materijala potrebnog za tu izradu ili proizvodnju, kao i na ugovore u kojima se manji dio obveza strane koja isporučuje robu sastoji u obavljanju nekog rada ili pružanju usluga.

⁶³ Popis država u kojima je Konvencija na snazi: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

⁶⁴ O posebnim materijalnim pravilima kao jednoj od metoda međunarodnog privatnog prava v. Sajko, op. cit. u bilj. 1, str. 276-280.

⁶⁵ O Konvenciji s gledišta međunarodnog privatnog prava v. *ibid.*, str. 280-282.

⁶⁶ Karollus, UN-Kaufrecht: eine Systematische Darstellung für Studium und Praxis, 1991., str. 30 i sl.; Posch, u: Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen (ur: Schwimann), Band V, 1997., t. 18 i sl. uz čl. 1. Konvencije.

U smislu članka 1. Konvencije UN, pod robom se razumiju samo tjelesne pokretne stvari, uz iznimke predviđene u članku 2.⁶⁷ Konvencija UN ne odnosi se na ugovore o prodaji prava. Premda pri stjecanju *know-how* isto tako može nedostajati veza s robom, prema pretežnom mišljenju standardni *software* smatra se robom u smislu Konvencije UN. Pri tome se treba dosljedno prihvatiti svojstvo standardnog *software* kao robe odvojeno od "utjelovljenja" na određenom nosaču podataka (disketi, CD) To znači da i ugovori o *on line* isporuci standardnog *software* ulaze u područje primjene Konvencije UN. Pri tome nije opravdano razlikovanje medija putem kojeg se *software* prenosi.⁶⁸

Suprotno tome, upitna je primjena Konvencije UN na ugovore o prijenosu informacija, npr. pristup bazi podataka, jer je kod tih ugovora težište na pružanju usluga, a to je, kao što je navedeno, isključeno na temelju njezina članka 3, stavka 2.

Koliko je velika važnost pravnih učinaka članka 1 (b) u praksi, najbolje pokazuje sljedeći primjer određivanja mjerodavnog prava za ugovor o prodaji robe kad bi o tome odlučivao hrvatski sud primjenom kolizijskih pravila za određivanje ugovornog statuta sadržanih u člancima 19. i 20. ZRS. Pod pretpostavkom da se ugovorne strane nisu sporazumjele o mjerodavnom pravu (čl. 19. ZRS) i pod pretpostavkom da posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo, za ugovor o prodaji koji bi kao prodavatelj sklapala hrvatska fizička osoba s prebivalištem ili pravna osoba sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, na temelju članka 20. (1) ZRS u vezi s člankom 1 (b) Konvencije UN, bilo bi mjerodavno hrvatsko pravo. Budući da je Konvencija UN sastavni dio hrvatskog prava, to bi značilo da bi se na taj ugovor, kao materijalno pravo, primjenjivala Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe. Pri tome nije od važnosti s kojom je državom druga ugovorna strana u prostornoj vezi.

Navedeni primjer, ako bi se rješavao pred sudom jedne od država članica EU u kojoj je ta konvencija na snazi, rješavao bi se uz primjenu pravila Rimske konvencije. Konkretno, to bi značilo da pod pretpostavkom da se ugovorne

⁶⁷ Prema članku 2, Konvencija se ne primjenjuje na prodaju: a) robe kupljene za osobnu ili obiteljsku upotrebu ili za potrebe domaćinstva, osim ako prodavalac bilo u koje vrijeme prije ili u trenutku sklapanja ugovora nije znao niti je morao znati da se roba kupuje za takvu upotrebu; b) na javnoj dražbi; c) u slučaju zapljene ili nekoga drugog postupka sudskih vlasti; d) vrijednosnih papira i novca; e) brodova, glisera na zračni jastuk i zrakoplova, f) električne energije.

⁶⁸ Fallenböck, op. cit. u bilj. 5, str. 96.

strane nisu sporazumjele o mjerodavnom pravu (čl. 3, st. 1. RK) i pod pretpostavkom da se ne može primijeniti izbjegavajuća klauzula sadržana u članku 4, stavku 5. Rimske konvencije, za ugovor o prodaji koji bi kao prodavatelj sklupala fizička osoba s redovnim boravištem ili trgovačko društvo kojeg je glavna uprava u državi suda, odnosno ako bi ugovor bio sklopljen u okviru profesionalne djelatnosti prodavatelja koji ima poslovno mjesto u toj državi, na temelju članka 4, stavka 2. Rimske konvencije u vezi s čl. 1 (b) Konvencije UN, bilo bi mjerodavno pravo te države članice. Budući da je Konvencija UN sastavni dio prava te države članice, to bi značilo da bi se na taj ugovor, kao materijalno pravo, primjenjivala Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

Ugovorne strane mogu primjenu Konvencije UN isključiti u cijelosti ili djelomično.⁶⁹ Mogu to učiniti izričito ili prešutno. Ako se ugovorne strane pozovu na primjenu prava države u kojoj je Konvencija UN na snazi, a pri tome ne isključe primjenu Konvencije UN, primjenjuju se odredbe Konvencije UN. To znači da se, ako se strane ugovora o međunarodnoj prodaji robe sporazumiju o primjeni hrvatskog prava, primjenjuje Konvencija UN, osim ako ugovorne strane ne isključe njezinu primjenu. Ako one njezinu primjenu isključe, a ne sporazumiju se o mjerodavnom pravu, sud koji o sporu odlučuje mjerodavno će pravo određivati svojim pravilima međunarodnog privatnog prava. Ako bi tim pravilima bilo mjerodavno pravo države u kojoj je Konvencija UN na snazi, primijenit će se njezino materijalno pravo, a neće se primijeniti odredbe Konvencije UN koje su ugovorne strane svojim sporazumom isključile.

2. Pravo mjerodavno za ugovore u elektroničkoj trgovini

2.1. *Prvenstveni ugovorni statut - sporazum ugovornih strana o izboru mjerodavnog prava*

I hrvatski zakonodavac u članku 19. ZRS i Rimska konvencija u članku 3. određuju da je za ugovor primarno mjerodavno pravo koje su ugovorne strane sporazumno izabrale. Sporazum strana o izboru prava prema tome je poveznica primarnog ugovornog statuta.

Pri tome je, nomotehnički, rješenje Rimske konvencije mnogo cjelovitije od rješenja koje je prihvatio hrvatski zakonodavac jer određuje način, predmet i

⁶⁹ Čl. 6. Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

opseg izbora mjerodavnog prava. Sadržajne manjkavosti određenja primarnog ugovornog statuta koje u hrvatskom kolizijskom pravilu postoje, po našem mišljenju, nisu prepreka da se primarni ugovorni statut ne tumači u smislu rješenja iz članka 3. Rimske konvencije i njihova tumačenja.⁷⁰

Rimska konvencija kao izraz općeg načela privatne autonomije strana predviđa da izbor mjerodavnog prava može biti izričit ili da može dovoljno sigurno izlaziti iz ugovornih odredbi ili okolnosti slučaja, što znači da se dopušta i prešutno ugovaranje mjerodavnog prava. Prešutan izbor je stvaran izbor prava, ali bez upotrebe izričitih riječi o određenju mjerodavnog prava. To je, međutim, zajednički izbor ugovornih strana i iz odredaba ugovora ili okolnosti slučaja je jasno da su one smjerale na izbor određenog prava kao prava mjerodavnog za ugovor i o tome stvorile odluku, premda tu odluku o izboru prava nisu izrazile u odredbi ugovora. Kao indiciji na temelju kojih bi se u konkretnom slučaju trebalo zaključiti postoji li ili ne prešutan izbor ugovornih strana mogu poslužiti: ugovorna odredba kojom se strane sporazumijevaju o nadležnosti suda određene države ili o nadležnosti arbitraže u državi po pravu koje se pretpostavlja primjena vlastitog prava, korištenje općim uvjetima određenog pravnog poretka, upotreba ili upućivanje na pravne izraze koji su svojstveni određenom pravu ili pozivanje na propise određenog prava, upućivanje na prije sklopljeni ugovor između istih strana koji je sadržavao odredbu o izboru prava, dosadašnja praksa između ugovornih strana, jezik ugovora itd. Prešutni izbor postoji ako je na temelju indicija moguće oblikovati zaključak o stvarnom izboru određenog prava, samo što taj izbor nije izražen riječima. Prema tome, ne može se primijeniti tzv. "hipotetska volja ugovornih strana".

U kontekstu elektroničke trgovine osvrnut ćemo se samo na dva od navedenih indicija, a to su jezik ugovora i dosadašnja praksa između ugovornih strana.

Prema članku 12, stavku 1. Zakona o elektroničkoj trgovini, odnosno članku 10, stavku 1(d) Direktive o elektroničkoj trgovini, davatelj usluga dužan je mogućem korisniku usluga, prije sklapanja ugovora o pružanju usluga informacijskog društva, osigurati na jasan, razumljiv i nedvosmislen način podatke i obavijesti, *inter alia*, i o jezicima ponuđenim za sklapanje ugovora. Moglo bi se tvrditi da jezik, nakon što je jednom utvrđen i nakon što su se o njemu

⁷⁰ Poblize o članku 19. ZRS u autorovu komentaru, u: Sajko / Sikirić / Bouček / Babić / Tepeš, Izvori hrvatskog i europskog međunarodnog privatnog prava, Zagreb, 2001., str. 288-292.

ugovorne strane sporazumjele, može biti "jednak ugovornoj odredbi koja se poziva na određeni pravni poredak, posebno ako upućuje samo na jedan poredak".⁷¹ Tako npr. ako se jedna ugovorna strana nalazi u Hrvatskoj, a druga u Njemačkoj, i ako je ugovor sklopljen na njemačkom, a činjenice slučaja ne pokazuju na postojanje veze s nekim drugim pravnim poretkom, moglo bi se smatrati da su strane prešutno izabrale njemačko pravo kao pravo mjerodavno za ugovor. Suprotno tome, ako bi jezik ugovora o kojem su se strane sporazumjele bio npr. engleski, zaključak o prešutnom, ali stvarnom izboru engleskog prava kao prava mjerodavnog za ugovor bio bi manje uvjerljiv jer engleski jezik ne upućuje na primjenu prava samo jednog pravnog poretka.

U pogledu dosadašnje prakse između ugovornih strana može se raditi o slučaju da su strane već sklopile ugovor koji je sadržavao sporazum o izboru mjerodavnog prava, ali taj ugovor nije bio sklopljen elektroničkim putem. Ako sada sklope ugovor elektroničkim putem, ali bez odredbe o mjerodavnom pravu, može li se pretpostaviti da bi za taj ugovor bilo mjerodavno isto ono pravo koje je bilo mjerodavno za prethodni ugovor koji nije bio sklopljen elektroničkim putem? Može li se s dovoljno sigurnosti zaključiti da su se ugovorne strane, makar je kasniji ugovor sklopljen sredstvom komunikacije različitim od onog kojim je sklopljen raniji ugovor, prešutno sporazumjele da je i za kasniji ugovor sklopljen elektroničkim putem mjerodavno isto ono pravo koje je bilo mjerodavno i za raniji ugovor? Trebalo bi vidjeti postoji li, osim nedostatka odredbe o izboru prava, i neka druga, bitna, sadržajna razlika između odredbi ranijeg i kasnijeg ugovora. Ako su ostale ugovorne odredbe izmijenjene, može se smatrati da nisu željele da isto pravo bude mjerodavno za oba ugovora. Ako ne postoji bitna razlika između odredbi tih ugovora, dakle da su ugovori sadržajno istovjetni, može se zaključiti da postoji stvaran, ali prešutno izražen, izbor prava koje je bilo mjerodavno za raniji ugovor kao prava mjerodavnog i za kasniji ugovor.⁷²

ZRS ne određuje koje je pravo mjerodavno za postojanje i valjanost izbora mjerodavnog prava, za njegov oblik te za ocjenu sposobnosti odnosno nesposobnosti ugovornih strana, za razliku od Rimske konvencije koja to određuje.

Prema Rimskoj konvenciji, postojanje i valjanost sporazuma o izboru prava ocjenjuje se po mjerodavnom pravu koje bi trebalo primijeniti ako bi odredba bila valjana (čl. 3, st. 4. u vezi s čl. 8, st. 1. RK). To znači da je pravo koje su ugovorne strane sporazumno izabrale kao pravo mjerodavno za ugovor

⁷¹ Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 1237.

⁷² Ibid., str. 1238; Gringras, *The Law of the Internet*, London, 2003., str. 62-63.

mjerodavno i za postojanje i valjanost ugovorne odredbe o izboru tog prava. Za oblik sporazuma o izboru mjerodavnog prava mjerodavno je pravo koje je mjerodavno i za oblik ugovora (čl. 3, st. 4. u vezi s čl. 9. RK). To pravo ovisi o tome je li ugovor sklopljen između osoba koje se nalaze u istoj državi ili osoba koje se nalaze u različitim državama. U prvom slučaju za oblik ugovora mjerodavno je pravo koje je mjerodavno za ugovor ili pravo države u kojoj je ugovor sklopljen. U drugom slučaju, za oblik ugovora mjerodavno je pravo koje je mjerodavno za ugovor ili pravo jedne od država u kojem se nalaze strane. Što se tiče sposobnosti odnosno nesposobnosti ugovornih strana, mjerodavno je pravo koje je mjerodavno za sposobnost strana za sklapanje ugovora (čl. 3, st. 4. u vezi s čl. 11. RK). To znači da radi zaštite pravnog prometa i u skladu s načelom dobre vjere, ako se ugovor sklapa između osoba koje se nalaze u istoj državi, fizička osoba koja bi bila sposobna po pravu te države ne može pozivati na svoju nesposobnost po pravu druge države, osim ako je u trenutku sklapanja ugovora druga ugovorna strana za njezinu nesposobnost ili ju je previdjela zbog svoje nemarnosti.

Ono što je u vezi s postojanjem sporazuma o izboru mjerodavnog prava važno u sklapanju ugovora elektroničkim putem jest da je odredba o izboru mjerodavnog prava koja se nalazi na internetskoj stranici ili je uključena u elektroničku poštu dovoljno vidljiva i da doista jest dvostrani sporazum ugovornih strana.

Izbor odredbe o pravu mjerodavnom za ugovor može biti unesen u ugovor ako vlasnik web stranice postavi interaktivni ugovor na stranicu tako da se od onoga koji pristupa stranici traži da prihvati odredbe ugovora, i to klikom na oznaku za prihvatanje koja se nalazi na web stranici. Ako to korisnik ne učini, web stranica neće prihvatiti njegov nalog.

U takvim situacijama kadšto može biti sporno je li ugovorna strana prihvatila odredbu o izboru prava odnosno postoji li sporazum o izboru prava. To će posebno biti sporno onda kad jedna od ugovornih strana ističe da takva odredba nije bila vidljiva na ekranu na web stranici davatelja usluga i da se mogla uočiti jedino ako se web stranica dalje otvarala prema dolje ili ako se kliknulo na poseban link. Postoji li u takvom slučaju ili ne sporazum o izboru prava, treba, kao što smo upravo naveli, ocijeniti s gledišta mjerodavnog prava koje bi trebalo primijeniti ako bi odredba o izboru prava bila valjana. To znači, ako odredba o izboru prava određuje da je mjerodavno hrvatsko pravo, s gledišta hrvatskog prava treba odrediti postoji li u takvom slučaju sporazum o izboru prava.⁷³

⁷³ Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 1235.

Na sličan način trebalo bi odgovoriti na pitanje postoji li izbor prava u slučaju kad jedna ugovorna strana ističe da je odredba o izboru mjerodavnog prava napisana presitno ili da je nečitljiva. Jesu li ugovorne strane prihvatile odredbu o izboru mjerodavnog prava koja je slabo čitljiva, za odgovor na to pitanje mjerodavno je pravo koje bi bilo mjerodavno da je odredba o izboru prava bila valjana.

Odredba o izboru mjerodavnog prava može se nalaziti i u općim uvjetima poslovanja. Ako je primjena općih uvjeta poslovanja izričito ugovorena, izričito je ugovorena i odredba o izboru mjerodavnog prava. Ako je riječ o prešutnoj primjeni općih uvjeta poslovanja, treba zaključiti da postoji i prešutan izbor prava.

U poslovanju putem interneta, koje je radi lakšeg i bržeg odvijanja usmjerenom na sklapanje mnoštva istovrsnih ugovora, primjena općih uvjeta poslovanja vrlo je česta. Zbog toga je i česta mogućnost preuzimanja odredbe o izboru mjerodavnog prava koja se nalazi u općim uvjetima poslovanja. U njima se, u pravilu, predviđa primjena prava ugovorne strane o općim uvjetima poslovanja koje je riječ. Ti opći uvjeti poslovanja mogu se nalaziti na web stranici odnosno biti priloženi uz elektroničku poštu.

Smatra li se odredba o izboru mjerodavnog prava sadržana u općim uvjetima poslovanja dijelom ugovora, kolizijiskopravno se određuje u smislu članka 3, stavka 4. u vezi s člankom 8, stavka 1. Rimske konvencije po izabranom pravu. To znači da je za postanak i valjanost takve odredbe mjerodavno pravo koje bi trebalo primijeniti ako je ta odredba u općim uvjetima poslovanja bila valjana. Pravo koje je mjerodavno po odredbi o izboru prava sadržanoj u općim uvjetima poslovanja određuje koje se materijalnopravne pretpostavke trebaju ispuniti da bi ugovorna strana za tu odredbu znala ili trebala znati i da postoji njezin pristanak na tu odredbu.

Rimska konvencija u članku 3, stavku 3. sadržava odredbu za koju ne postoji odgovarajuća odredba u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu. Prema toj odredbi, "ako su svi ostali dijelovi činjeničnog stanja u vrijeme izbora prava povezani samo s jednom državom, tada stranački izbor stranog prava - bez obzira na to je li nadopunjen sporazumom o nadležnosti stranog suda ili ne - ne utječe na primjenu odredaba prava te države koja se ne mogu isključiti ugovorom, dalje nazvane 'prisilni propisi'".

U tumačenju te odredbe pitanje je što sve obuhvaća izraz "svi ostali dijelovi činjeničnog stanja", kako slijedi iz prijevoda s njemačkog, odnosno "svi elementi od važnosti za situaciju", kako to slijedi iz prijevoda s engleskog.

Treba naglasiti da je svrha te odredbe u tome da se ugovorne strane spriječe da izborom prava (odnosno sporazumom o nadležnosti suda pravnog poretka) s kojim ne postoji objektivna veza izbjegnu primjenu prisilnih propisa onog pravnog poretka s kojim je ugovor u jedinoj vezi. Zbog toga se u slučaju npr. ugovora o prodaji koji je sklopljen između njemačkog kupca i njemačkog prodavatelja, ali putem web stranice prodavatelja na poslužitelju koji se nalazi u inozemstvu, kao “dio činjeničnog stanja” odnosno “element koji je od važnosti za situaciju” ne bi moglo smatrati mjesto u kojem se nalazi poslužitelj.⁷⁴

Kad je riječ o sklapanju ugovora elektroničkim putem odredba o izboru mjerodavnog prava može se smatrati “međunarodnom” osim ako strane imaju redovno boravište u istoj državi i ta je činjenica poznata ili se može jasno utvrditi u vrijeme sklapanja ugovora”.⁷⁵ Tako, na primjer, ako njemački davatelj usluga i njemački korisnik usluga sklope ugovor za koji se sporazumiju da je mjerodavno strano pravo, a da u trenutku sklapanja ugovora nijedna ugovorna strana nije znala za mjesto redovnog boravišta druge ugovorne strane, ne može se reći da je izbor stranog prava kao mjerodavnog učinjen radi izbjegavanja primjene njemačkog prava. U takvom slučaju, tj. kad obje ugovorne strane iskreno i opravdano smatraju da sklapaju ugovor s međunarodnim obilježjem, ugovor treba takvim i smatrati. To znači da bi se na taj ugovor primjenjivali prisilni propisi izabranog prava, a ne pravnog poretka s kojim je on objektivno u vezi.⁷⁶

Mjesto sklapanja ugovora ne bi se trebalo smatrati “dijelom činjeničnog stanja” odnosno “elementom koji je od važnosti za situaciju” radi ocjene smatra li se ugovor ugovorom s međunarodnim obilježjem ili ugovorom koji je objektivno vezan uz jedan pravni poredak. Posebno je to slučaj kod ugovora sklopljenih elektroničkim putem. Ako se ugovor sklapa razmjenom elektroničke pošte, mjesto sklapanja ugovora može biti teško utvrditi, ono može biti samovoljno, posebno u slučaju računa za elektroničku poštu (*e-mail account*) jedne ili obje ugovorne strane registriran u državi različitoj od države njezina prebivališta odnosno redovnog boravišta ili ako se pregovori o sklapanju ugovora vode za vrijeme dok su ugovorne strane u inozemstvu. Vrlo često mjesto sklapanja ugovora nema nikakvu vezu s ugovorom. To znači da ako ugovorne strane izaberu kao mjerodavno pravo države A i ako je ugovor sklopljen elek-

⁷⁴ Ibid., str. 1236; Fallenböck, op. cit. u bilj. 5, str. 99.

⁷⁵ Prel. Doc. No. 7, bilj. 4, str. 23.

⁷⁶ Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 1236.

troničkim putem u državi A, ali sve ostale činjenične okolnosti povezuju taj ugovor s državom B, onda strane izborom prava države A, u smislu članka 3, stavka 3. Rimske konvencije, ne mogu izbjeći primjenu prisilnih propisa prava države B.⁷⁷

Kod ugovora o prodaji "obične" robe, mjesto odašiljanja i primitka informacije nisu od važnosti za činjeničnu, objektivnu vezanost tog ugovora uz određeni pravni poredak. Naime, ta mjesta mogu se proizvoljno određivati, biti podložna zloupotrebama i zapravo poslije nisu od važnosti za izvršenje ugovora. Međutim, kod ugovora kojih je predmet digitalizirani proizvod, mjesto otpreme podatka, pod kojim se razumije država u kojoj se nalazi poslužitelj na koji je davatelj usluge pohranio podatak, i mjesto primitka, odnosno država u kojoj je korisnik usluge preuzeo podatak, istovjetni su mjestu otpreme, iskrcaja odnosno isporuke i primitka takve robe. A ta mjesta sigurno su od važnosti za ugovor. Zbog toga se, u takvom slučaju ne bi primjenjivao članak 3, stavak 3. Rimske konvencije, čak i da sve objektivne činjenice, osim mjesta otpreme ili primitka podatka, upućuju na pravo države B.⁷⁸

Mjesto izvršenja ugovora sigurno je od posebne važnosti za ugovor koji se odnosi na tjelesne stvari, neovisno o tome jesu li pregovori vođeni ili je ugovor sklopljen elektroničkim putem ili ne. Na jednak bi način za potrebe članka 3, stavka 3. Rimske konvencije trebalo ocijeniti mjesto izvršenja ugovora i kad je predmet ugovora prodaja digitaliziranog proizvoda, što onda uključuje i isporuku digitaliziranog proizvoda elektroničkim putem, premda je sigurno da je u takvom slučaju mjesto izvršenja teško odrediti i da ono, katkad, ne mora biti ni u kakvoj vezi s ugovorom. To će biti u slučaju ako korisnik usluge "preuzme" digitalizirani proizvod za vrijeme kratkog poslovnog boravka u inozemstvu. Međutim, sigurno je da davatelj usluge izvršava svoju obvezu da prenese informaciju u tu državu kao i to da on izvršava činidbu koja je karakteristična za taj ugovor. Zbog toga bi se kod ugovora o prodaji digitaliziranog proizvoda i njegove isporuke elektroničkim putem mjesto izvršenja ugovora trebalo smatrati "dijelom činjeničnog stanja" odnosno "elementom koji je od važnosti za situaciju" radi primjene članka 3, stavka 3. Rimske konvencije.⁷⁹

Opća ograničenja izbora mjerodavnog prava primjenjuju se i na izbor mjerodavnog prava kod ugovora sklopljenih elektroničkim putem. Ta ograničenja

⁷⁷ Ibid., str. 1236.

⁷⁸ Ibid., str. 1237.

⁷⁹ Ibid., str. 1237.

slijede iz primjene instituta javnog poretka⁸⁰ i djelovanja pravila neposredne primjene⁸¹. Kod europskog prava učinak ima i pravo Zajednice, i to kroz posebna kolizijska pravila koja su sadržana ili će biti sadržana u aktima tijela Europske zajednice ili u unutrašnjem pravu usklađenom za izvršenje tih akata⁸². To se odnosi npr. na posebna materijalna pravila sekundarnog europskog prava, kao i na članak 6, stavak 2. Ugovora o Europskoj uniji koji utvrđuje poštovanje Europske konvencije o ljudskim pravima iz 1950. kao općeg načela Europske unije. Osim toga, do ograničenja izbora mjerodavnog prava može doći i zbog odredbi primarnog prava Europske zajednice, posebno onih koja se odnose na temeljne slobode.

2.2. Podredni ugovorni statut - mjerodavno pravo ako ne postoji sporazum o izboru prava

Pravo mjerodavno za ugovore ako ugovorne strane nisu izabrale mjerodavno pravo određeno je u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu odredbom članka 20. ZRS, a u europskom pravu odredbom članka 4. Rimske konvencije.

2.2.1. Pretpostavljeno mjerodavno pravo

Prema članku 20. ZRS, ako nije izabrano mjerodavno pravo i ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo, kao mjerodavno pravo primjenjuje se, u pravilu, pravo ugovorne strane koja izvršava karakterističnu činidbu. Zakonodavac je u toj odredbi kao načelo pomoću kojeg je odredio podredni ugovorni statut prihvatio načelo karakterističnog sadržaja. U skladu s tim načelom u dvostranom ugovoru, ako ugovorne strane ne izaberu mjerodavno pravo, mjerodavno pravo jest onaj pravni poredak s kojim je u prostornoj vezi ugovorna strana koja izvršava tzv. karakterističnu činidbu, osim ako iz okolnosti slučaja ne slijedi da je ugovor u užoj vezi s nekim drugim pravom. Kao objektivnim kriterijima za određivanje prostorne veze ZRS se

⁸⁰ Čl. 4. ZRS i čl. 16. Rimske konvencije.

⁸¹ Čl. 7. Rimske konvencije.

⁸² Čl. 20. Rimske konvencije.

koristi, kad je riječ o fizičkim osobama, prebivalištem, a kad je riječ o pravnim osobama, sjedištem. Pod karakterističnom činidbom razumije se činidba koja se ne sastoji u novcu, dakle činidba koja se duguje kao protučinidba za novčanu činidbu.⁸³ Kod ugovora o prodaji pokretnih stvari ta činidba sastoji se u predaji stvari koja je predmet ugovora, a kod ugovora o pružanju usluga, karakteristična činidba je pružanje određene usluge. Karakterističnoj činidbi nasuprot, u pravilu, stoji novčana činidba. Zbog toga je kod ugovora o prodaji prodavatelj, a ne kupac ugovorna strana koja izvršava karakterističnu činidbu, jer prodavatelj izvršava naturalnu činidbu, a kupac izvršava novčanu činidbu. Učenje o karakterističnom sadržaju prihvaćeno je u doktrini hrvatskog međunarodnog privatnog prava⁸⁴ te u sudskoj⁸⁵ i arbitražnoj praksi⁸⁶. Načelo karakterističnog sadržaja usko je povezano s određivanjem prava s kojim je ugovor u najužoj vezi. Naime, opravdano se pretpostavlja da je ugovor u najužoj vezi upravo s pravnim poretkom nosioca karakteristične činidbe. To je stajalište i hrvatskog zakonodavca, premda se ZRS u članku 20. ne koristi samom poveznicom najuže veze. Nomotehnički je članak napisan tako da prava koja se za pojedine vrste ugovora navode da ih se treba primijeniti ako ne postoji sporazum strana o mjerodavnom pravu, treba razumjeti kao zakonske oborive pretpostavke o pravu najuže veze. Ta se prava neće primijeniti, dakle od zakonske pretpostavke može se odstupiti, ako iz okolnosti slučaja slijedi da je ugovor u bližoj vezi s nekim drugim pravnim poretkom, a ne s pravnim poretkom s kojim je zakonodavac pretpostavio da bi ugovor određene vrste u pravilu trebao biti najuže povezan.⁸⁷ Pozivanje na mogućnost odstupanja zbog okolnosti slučaja od pretpostavljenog mjerodavnog prava u korist prava najuže veze predstavlja tzv. izbjegavajuću klauzulu.

Nomotehničko rješenje sadržano u članku 4. Rimske konvencije je sljedeće. Prema stavku 1, ako se ugovorne strane nisu sporazumjele o primjeni prava, za ugovor je mjerodavno pravo s kojim je ugovor u najužoj vezi. Pri tome, ako se dio ugovora može odvojiti od ostatka ugovora i ako taj dio ugovora ima bližu vezu s nekom drugom državom, tada se na taj dio ugovora iznimno

⁸³ Giuliano / Lagarde Report, OJ C 282, str. 20.

⁸⁴ Sajko, op. cit. u bilj. 1, str. 161-164.

⁸⁵ VSRH, II Rev-23/83 od 6. 4. 1983.

⁸⁶ SIS HGK IS-P-12/93 od 13. 4. 1994.; IS-P-15/96 od 15. 9. 1997.; IS-P-16/97 od 15. 12. 1998.

⁸⁷ Poblje o članku 20. ZRS u autorovu komentaru u: Sajko/Sikirić/Bouček/Babić/Tepeš, op. cit. u bilj. 70, str. 292-294.

može primijeniti pravo te druge države. U stavku 2. iznosi se oboriva konvencijska pretpostavka o pravu najuže veze za ugovore.⁸⁸ Smatra se da ugovor ima najbližu vezu s državom u kojoj u vrijeme sklapanja ugovora strana koja obavlja karakterističnu činidbu ima redovno boravište ili, ako je riječ o trgovačkom društvu, udruženju ili pravnoj osobi, glavnu upravu. Ako je pak ugovor sklopljen u obavljanju profesionalne djelatnosti takve strane, smatra se da ugovor ima najbližu vezu s državom u kojoj se nalazi glavno poslovno mjesto. Glavno je poslovno mjesto kod pravnih osoba, u pravilu, mjesto u kojem se nalazi glavna uprava. Fizičke osobe imaju "glavno poslovno mjesto" u onom mjestu iz kojeg sudjeluju u pravnom i poslovnom prometu. Ako se prema ugovoru navedena činidba treba izvršiti putem drugog poslovnog mjesta, a ne glavnog poslovnog mjesta, smatra se da ugovor ima najužu vezu s državom u kojoj se nalazi to drugo poslovno mjesto. Za najužu vezu nije, dakle, dovoljno da se ugovor sklapa putem tog drugog poslovnog mjesta. Stavak 5. sadržava dvostruki korektiv za primjenu prava nositelja karakteristične činidbe. Prvo, određuje da se stavak 2. neće primijeniti ako se karakteristična činidba ne može utvrditi. Drugo, sadrži tzv. izbjegavajuću klazulu prema kojoj navedena pretpostavka ne vrijedi, dakle moguće ju je oboriti, ako iz cjelokupnih okolnosti slučaja slijedi da je ugovor u bližoj vezi s nekom drugom državom, a ne s državom nositelja karakteristične činidbe. Na taj se način ponovo dolazi do primjene stavka 1., koji kao podredni statut određuje pravo najbliže veze.

Naveli smo da je kod ugovora o prodaji ugovorna strana koja izvršava karakterističnu činidbu prodavatelj, a kod ugovora o pružanju usluga, ugovorna strana koja pruža uslugu. Na isti način, kad neka osoba plati da bi pristupila web stranici davatelja usluga i preuzme digitalizirani proizvod, karakteristična činidba je činidba davatelja usluga.

Razlikovanje u članku 4, stavku 2. Rimske konvencije između glavnog poslovnog mjesta i poslovnog mjesta koje pruža uslugu zahtijeva da se pojam poslovnog mjesta u vezi s elektroničkom trgovinom pažljivije razmotri. Prvo, pojam poslovnog mjesta treba razumjeti u značenju koje taj pojam ima u smislu članka 5 (5) Uredbe 44/2001 o nadležnosti, priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim predmetima, odnosno da je to rodni pojam koji obuhvaća i pojam "podružnica" (*branch*, *Zweigniederlassung*, *succursale*) i pojam

⁸⁸ U stavku 3. iznosi se oboriva pretpostavka o pravu najuže veze za ugovore kod kojih je predmet ugovora stvarno pravo na nekretnini ili pravo korištenja nekretnine, a u stavku 4. za ugovore o prijevozu robe.

“agentura” (*agency, Agentur, agence, agenzia*) i da zahtijeva središte poslovnog djelovanja, koje dugotrajno postoji kao vanjsko mjesto poduzeća i koje ima svoje poslovno vodstvo. O poslovnom mjestu riječ je kad je ono zaposleno pod vodstvom glavne uprave, ali je tako stvarno i organizacijski postavljeno da smije samostalno sklapati poslove i da ugovorni partner ne mora doći u vezu s glavnom upravom.⁸⁹ To znači da se samim korištenjem poslužitelja koji se nalazi u mjestu različitom od poslovnog mjesta ugovorne strane koja izvršava karakterističnu činidbu ne može utemeljiti poslovno mjesto u smislu članka 4, stavka 2. Rimske konvencije. To ćemo objasniti na dva primjera.

U vezi s primjenom poveznice poslovnog mjesta iz članka 4, stavku 2. Rimske konvencije nameće se sljedeće pitanje. Može li se smatrati da ugovorna strana koja se u svojem poslovanju koristi web stranicom na poslužitelju koji se nalazi u državi B, i što joj je jedina njezina veza s tim pravnim poretkom, u toj državi ima poslovno mjesto u smislu navedenih odredbi, a ne u državi A u kojoj posluje? Sama činjenica da se davatelj usluga u svojem poslovanju koristi web stranicom da bi promovirao svoju robu ili digitalizirane proizvode sama po sebi ne znači da u toj državi ima poslovno mjesto.⁹⁰ Ne bi se moglo smatrati da u državi B ima poslovno mjesto čak i u slučaju kad bi davatelj usluga bio vlasnik poslužitelja koji se nalazi u toj državi. Istina je da je u takvom slučaju veza s državom B mnogo čvršća, utemeljenija. Čak ako bi to i bio, i kad bi na njemu bila postavljena interaktivna web stranica koja bi korisnicima omogućavala *on line* sklapanje ugovora, a ne bi samo služila kao pasivni kanal za komunikaciju između davatelja usluga i korisnika usluga, još uvijek je i u tom slučaju web stranica samo sredstvo poslovanja za davatelja usluga, koji ostaje unatoč tome smješten u državu u kojoj posluje, a to je država poslovnog mjesta, država A. Web stranica nema posebni poslovni identitet i zbog toga se treba primijeniti pravo države A. Prema tome, tehničke strukture interneta nemaju odlučujuću ulogu, pa zbog toga geografski položaj poslužitelja, odnosno web stranice, nije od važnosti za određenje sjedišta odnosno poslovnog mjesta. S gledišta primjene članka 4, stavka 2. Rimske konvencije to znači da se ne bi moglo smatrati da bi strani izvršitelj karakteristične činidbe koji se koristi poslužiteljem koji se nalazi u npr. Austriji zbog toga imao poslovno mjesto u Austriji, u smislu tog članka.

⁸⁹ Fallenböck, op. cit. u bilj. 5, str. 103.

⁹⁰ Prel. Doc. No. 7, bilj. 4, str. 9; Fallenböck, op. cit. u bilj. 5, str. 103-109; Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 1239; Giuliano / Lagarde, op. cit. u bilj. 83, str. 20-21.

Sličan bi slučaj bio kad bi se davatelj usluga društvo iz države A koristio web stranicom društva koje se nalazi u državi B i koje ima svoj poslužitelj u toj državi. Teško bi se moglo argumentirati da bi zbog toga društvo iz države A ima kontrolu nad društvom iz države B. Društvo iz države B samostalna je osoba koja vodi vlastito neovisno poslovanje. Čak kad bi se društvo iz države A koristilo web stranicom u državi B za aukcijsku prodaju svojih proizvoda, ne bi se moglo smatrati da se njegovo sjedište odnosno poslovno mjesto nalazi u državi B. Web stranica koristi se samo radi promicanja poslovanja davatelja usluga koji se nalazi u cijelosti u državi A. Osim toga, web stranici može se pristupiti iz cijelog svijeta. Prema tome, ne bi se moglo smatrati, u smislu primjene članka 4, stavka 2. Rimske konvencije, da bi strani izvršitelj karakteristične činidbe koji se koristi poslužiteljem koji je u vlasništvu pravne osobe s poslovnim mjestom u npr. Austriji zbog toga imao poslovno mjesto u Austriji, u smislu tog članka. Suprotno shvaćanje dovelo bi do primjene prava koje nije u bliskoj vezi s ugovorom, a što je suprotno očekivanju ugovornih strana.⁹¹

Prema tome, ako davatelj usluga, kad se radi o članku 4, stavku 2. Rimske konvencije, ima poslovno mjesto u državi A, činjenica da ima poslužitelj ili da se njime koristi u državi B ne dovodi do toga da ima poslovno mjesto u državi B. Država A ostaje država njegova sjedišta odnosno poslovnog mjesta i primjenjuje se njezino pravo.

Poslužitelj ima samo pomoćnu ulogu i zbog toga se pojmovno ne može raditi o vanjskom mjestu sa samostalnim poslovanjem. Poslužitelj može biti samo sastavni dio jednog postojećeg poslovnog mjesta, ali ni u kojem slučaju ne može biti odlučujući kriterij za ustanovljenje tog poslovnog mjesta. Za određivanje poslovnog mjesta odlučujuća je organizacija poslovanja davatelja usluga. Ako takva konvencionalna organizacija poslovanja ne postoji (kao što je to slučaj kod čistih poslužiteljskih-poduzetnika), dolazi do primjene redovno boravište davatelja usluga. Zbog raznolikih tehničkih mogućnosti mjesto gdje se nalazi poslužitelj ne govori ništa o središtu poslovnog djelovanja. S obzirom na to da se mjesto na kojem se poslužitelj nalazi može vrlo lako u svakom trenutku promijeniti, takvom mjestu zapravo nedostaje jedna od osnovnih karakteristika da bi se smatralo mjestom poslovanja, a to je dugotrajnost.

Pomoćna uloga poslužitelja dolazi posebno do izražaja u neizravnoj elektroničkoj trgovini u kojoj se isporuka robe odnosno izvršenje usluge odvija

⁹¹ Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 1240.

na konvencionalni način i u kojoj se mjesto izvršenja karakteristične činidbe može, u pravilu, bez posebnih poteškoća utvrditi. Time što se logistika koja je smještena na jednom mjestu koristi za isporuku naručene robe, stvara se u pravilu veza bitna za postojanje konvencionalne organizacije poslovanja.

I u izravnoj trgovini poslužitelj ima pomoćnu ulogu i mjesto gdje se on nalazi ne može se smatrati i poslovnim mjestom davatelja usluga. I u tom slučaju treba utvrditi središte poslovnog djelovanja davatelja usluga. A to sigurno nije mjesto u kojem se nalazi poslužitelj, već mjesto u kojem davatelj usluga donosi svoje poduzetničke odluke, posebno one koje se odnose na izbor proizvoda, određivanje cijene i sl. Mjesto gdje se poslužitelj nalazi može, pod određenim okolnostima, dovesti do premještanja izvršenja pojedine činidbe, ali ne i do premještanja davatelja usluga.⁹²

Primjenom članka 20. ZRS prema kojem je, osim ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na neko drugo pravo, mjerodavno pravo prebivališta odnosno sjedišta davatelja usluga kao ugovorne strane koja izvršava karakterističnu činidbu, dolazi do podudarnosti s rješenjem koje slijedi iz članka 3. Zakona o elektroničkoj trgovini, a to je da je za davatelja usluga informacijskog društva sa sjedištem u Republici Hrvatskoj mjerodavno hrvatsko pravo, odnosno opće kolizijskopravno upućivanje na mjerodavnost prava sjedišta davatelja usluga.

Jednaka podudarnost slijedi i iz članka 4, stavka 2. Rimske konvencije koji, kao pravni poredak za koji pretpostavlja da je s ugovorom u najužoj vezi, određuje pravo davatelja usluga, odnosno pravo države u kojoj se nalazi njegova glavna uprava, glavno poslovno mjesto ili neko drugo poslovno mjesto, a to je istovremeno pravo za koje se, u skladu s načelom prava porijekla u članku 3. Direktive o elektroničkoj trgovini, određuje da se treba primijeniti u “koordiniranim područjima”, odnosno pravo njegova poslovnog mjesta.

Navedena podudarnost između prava podredno mjerodavnog za ugovor i prava koje se primjenjuje na davatelja usluga jak je argument zbog kojeg sudovi nisu skloni nadomjestiti pravo davatelja usluge kao nosioca karakteristične činidbe nekim drugim pravom, kao što je to moguće na temelju članka 20. ZRS odnosno članka 4, stavka 5. Rimske konvencije, i to pravom na koje posebne okolnosti slučaja upućuju da je s njime ugovor u užoj vezi.

Istina je da se kod ugovora sklopljenih elektroničkim putem važnost određivanja podredno mjerodavnog prava prema objektivnom kriteriju prostorne povezanosti davatelja usluga s određenim pravnim poretom može do-

⁹² Fallenböck, op. cit. u bilj. 5, str. 105.

vesti u pitanje. No to još ne znači da od takvog načina određivanja mjerodavnog prava treba olako odstupiti. Temeljni prigovor tom načinu određivanja mjerodavnog prava jest činjenica da kod ugovora koji se sklapaju elektroničkim putem preko web stranice ugovorne strane ne znaju ništa jedna o drugoj, posebno ne za državu u kojoj se strane nalaze ili u kojoj posluju. U tom smislu ugovorne strane ne očekuju da će mjerodavno pravo odrediti pomoću kriterija koji stranama nije poznat. Taj prigovor, međutim, zanemaruje činjenicu da se pri određivanju podredno mjerodavnog prava ne vodi računa o očekivanjima ugovornih strana. Ako žele zaštititi svoja očekivanja, zakonodavac im je stavio na raspolaganje i način da to ostvare, a to je da izaberu pravo koje će za njihov ugovor biti mjerodavno. Ako to strane ne učine, zakonodavac podredno mjerodavno pravo određuje na temelju onog objektivnog kriterija upućivanja, poveznice, koji po njegovu mišljenju omogućuje da se na ugovor primijeni pravo s kojim je ugovor, načelno, u najbližoj vezi. Nadalje, mnoge poveznice koje slijede iz ugovora sklopljenog elektroničkim putem vrlo su promjenljive ili od male važnosti za ugovor. Naime, mjesto sklapanja ugovora, mjesto gdje se nalazi poslužitelj na koji je davatelj usluge postavio proizvod, mjesto preuzimanja tog proizvoda sa poslužitelja, sve su to mjesta koja nemaju potrebnu mjeru dugotrajnosti veze s tim pravnim poretkom. Suprotno tome, kod objektivne poveznice koja označuje prostornu vezu ugovorne strane s određenim pravnim poretkom element trajnosti i čvrste veze postoji. Osim toga, vrlo će vjerojatno korisnik usluga znati podatke o davatelju usluga, uključujući i njegovu adresu, nego što će to biti obrnuto.⁹³ S obzirom na to da će davatelj usluga biti, u pravilu, ugovorna strana koja izvršava karakterističnu činidbu, korisnik usluga ima podatak na temelju kojeg može, pozivom na članak 20. ZRS odnosno članak 4, stavak 2. Rimske konvencije, odrediti pravo koje će biti mjerodavno, ako to pravo strane nisu izabrale.⁹⁴ Primjenu prava države sjedišta odnosno države u kojoj se nalazi mjesto glavne uprave posebno treba podržati kad je riječ o trgovačkim društvima koja su davatelji usluga jer će na njihovoj web stranici ili u komunikaciji elektroničkom poštom to, u pravilu, biti vidljivo i prema tome poznato korisniku usluga.⁹⁵ Dakako, davatelj usluga može navesti lažne podatke o tome gdje se nalazi ili o svojem poslovanju. Ako

⁹³ Čl. 6, st. 1. Zakona o elektroničkoj trgovini; čl. 5, st. 1. Direktive o elektroničkoj trgovini.

⁹⁴ Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 1240.

⁹⁵ Čl. 6. Zakona o elektroničkoj trgovini; čl. 5. Direktive o elektroničkoj trgovini.

se to dokaže, sud će, vjerojatno, biti više sklon da odstupi od primjene pretpostavljenog prava najuže veze.

Analiza pokazuje da je prihvaćeni objektivni način određivanja podredno mjerodavnog prava za ugovore sklopljene elektroničkim putem pomoću poveznica koja označuju prostornu vezu davatelja usluge, kao ugovorne strane koja izvršava karakterističnu činidbu, s određenim pravnim poretkom posebno pogodan za tu vrstu ugovora. Zbog toga nije vjerojatno da bi se od tih poveznica odstupilo pozivom na izbjegavajuću klauzulu sadržanu u članku 20. ZRS odnosno članku 4, stavku 5. Rimske konvencije. Odstupanje u korist prava s kojim je korisnik usluge u prostornoj vezi, pozivom na izbjegavajuću klauzulu, teško se može opravdati, i to ne samo zbog toga što davatelju usluge podaci o korisniku usluge ne moraju biti poznati već i zbog toga što korisnik usluge nije ugovorna strana koja izvršava karakterističnu činidbu.

Mogućnost primjene izbjegavajuće klauzule ovisi o tome povezuju li druge moguće poveznice ugovor koji je sklopljen elektroničkim putem dovoljno usko s pravnim poretkom na koji one upućuju, pa da bi se zbog toga taj pravni poredak mogao smatrati pravnim poretkom s kojim je taj ugovor u najužoj vezi, što je osnovna pretpostavka za odstupanje od primjene pretpostavljeno mjerodavnog prava davatelja usluge kao ugovorne strane koja izvršava karakterističnu činidbu i istovremeno razlog primjene izbjegavajuće klauzule.

Kod ugovora o prodaji tjelesnih pokretnih stvari, na to kamo upućuju objektivne poveznice koje su vezane uz izvršenje ugovora, kao npr. mjesto izvršenja, valuta plaćanja, nema utjecaja činjenica da su pregovori vođeni ili je ugovor sklopljen elektroničkim putem. Posebnosti možda mogu postojati u vezi s onim poveznicama na važnost kojih može ta činjenica utjecati kao i onda kad je riječ o prijenosu digitaliziranog proizvoda.

U razmatranju okolnosti koje bi mogle utjecati na to da se, ako strane nisu izabrale pravo, pozivom na izbjegavajuću klauzulu odstupi od mjerodavnosti pravnog poretka s kojim je ugovorna strana koja izvršava karakterističnu činidbu odnosno davatelj usluge u prostornoj vezi, polazimo od toga da se pojmovi odnosno poveznice: mjesto sklapanja ugovora, mjesto izvršenja ugovora, mjesto isporuke, mjesto plaćanja određuju prema pravu suda. No čak i kad neko mjesto pravo suda smatra mjestom sklapanja ugovora, izvršenja ili plaćanja, često će to mjesto sklapanja ugovora kad je riječ o ugovorima sklopljenim preko interneta ili elektroničkom poštom činjenično biti teško odrediti, jednako kao i mjesto izvršenja ugovora kad je npr. riječ o prijenosu digitaliziranog proizvoda, ili mjesto plaćanja ugovora ako je plaćanje izvršeno kreditnom ili

debitnom karticom. Već sama činjenica teškog činjeničnog utvrđenja navedenih poveznica govori u prilog tome da one ne bi trebale imati neku posebnu važnost u primjeni izbjegavajuće klauzule odnosno u određivanju prava s kojim je ugovor najuže povezan. Vrlo često bit će riječ o tehničkim okolnostima, npr. mjesto gdje se nalazi određeno računalo, a određenje mjerodavnog prava ne bi trebalo ovisiti o tehničkim pitanjima.⁹⁶ Osim toga, vrlo je vjerojatno da sve te poveznice neće upućivati na primjenu jednog te istog pravnog poretka.

2.2.2. Izbjegavajuća klauzula

Kao poveznice o kojima bi mogla ovisiti primjena izbjegavajuće klauzule navode se: mjesto prijenosa digitaliziranog proizvoda, mjesto gdje se nalazi ili u kojem posluje korisnik usluga (prebivalište, sjedište odnosno redovno boravište, glavna uprava, glavno ili drugo poslovno mjesto), mjesto plaćanja, mjesto u kojem se nalaze računala, mjesto u kojem se nalazi davatelj usluga u trenutku otpreme digitaliziranog proizvoda, mjesto u kojem se nalazi korisnik usluga u trenutku preuzimanja proizvoda s mreže, mjesto sklapanja ugovora, mjesto u kojem se nalazi poslužitelj na koji je postavljen proizvod, mjesto u kojem se nalazi osoba koja omogućuje pristup internetu, kod aukcijske prodaje mjesto u kojem se nalazi aukcijska web stranica ili mjesto vlasnika te web stranice.⁹⁷

a) Mjesto prijenosa digitaliziranog proizvoda

Kad prema ugovoru treba isporučiti tjelesnu pokretnu stvar, način komunikacije ne utječe na važnost mjesta isporuke. Kod takvih ugovora činjenica da se mjesto izvršenja ugovora nalazi izvan države ugovorne strane koja izvršava karakterističnu činidbu može biti značajna okolnost za odstupanje od primjene tog prava i primjene prava mjesta isporuke, pozivom na izbjegavajuću klauzulu. Drugi je slučaj kad je riječ o prijenosu digitaliziranog proizvoda.

Određenje mjesta u kojem je došlo do prijenosa digitaliziranog proizvoda složeno je pitanje. To može biti mjesto otpreme, mjesto primitka digitaliziranog proizvoda ili mjesto s kojim jedna od strana ima prostornu vezu.

⁹⁶ Ibid., str. 1244.

⁹⁷ Ibid., str. 1244-1251.

Mjestom otpreme, kad je riječ o transakciji putem interneta, smatra se mjesto u kojem je informacija postavljena na web stranicu i koja je dostupna korisniku. Kad je riječ o prijenosu digitaliziranog proizvoda kao priloga elektroničkom poštom, mjesto otpreme je teže odrediti.⁹⁸ No i samo određivanje mjesta u kojem je informacija postavljena na web stranicu nije bez poteškoća. Za to je od važnosti način na koji je informacija postavljena na web stranicu. "Ako je informacija postavljena (na način da je informacija dostupna putem interneta postavljanjem u područje za pohranjivanje kojim upravlja poslužitelj) i nakon toga joj je pristupio korisnik, izgleda da je mjesto otpreme mjesto u kojem je informaciju postavio davatelj usluga (tj. mjesto u kojem se nalazi poslužitelj na koji je pristupio korisnik)."⁹⁹ Postupak prijenosa informacije može biti otežan kad je riječ o informaciji koja je izvorno sadržana na računalu u državi A, ali je poslije prenesena i postavljena na poslužitelj u državi B i kojem je poslužitelju pristupio korisnik. U tom slučaju mjesto otpreme nalazi se u državi B jer je odlučan poslužitelj kojem je korisnik pristupio. Za korisnika nije važno mjesto gdje se informacija nalazila prije nego što je postavljena na poslužitelj kojem je korisnik pristupio. No informacija može biti prenesena i kao prilog elektroničkoj pošti. Smatra li se mjestom otpreme mjesto u kojem se nalazi računalo s kojeg je poslana elektronička pošta ili mjesto u kojem se nalazi računalo u kojem se informacija izvorno nalazi? Vjerojatno bi odgovor, po analogiji s mjestom nalaženja poslužitelja kojem je korisnik pristupio, trebao biti da se u takvom slučaju mjestom otpreme smatra mjesto u kojem se nalazi računalo s kojeg je poslana elektronička pošta u prilogu koje je bila informacija.

I mjesto u kojem je korisnik primio informaciju ovisi o računalu koje je za to korišteno. "Najočitije mjesto primitka će biti mjesto u kojem je informacija preuzeta (tj. postupak kojim poslužitelj isporučuje dokument kao odgovor na zahtjev korisnika) na računalo korisnika (tj. mjesto u kojem se nalazi računalo korisnika)."¹⁰⁰ Međutim, tehnički je moguće primiti informaciju i elektroničkom poštom kao prilog. U tom se slučaju kao mjesto primitka može smatrati mjesto u kojem se nalazi poštanski sandučić (*mailbox*) korisnika. On se nalazi na poslužitelju preko kojeg se korisniku isporučuje njegova elektronička pošta. A on se ne mora nalaziti u državi u kojoj korisnik posluje ili u kojem je informacija stvarno preuzeta, pokupljena iz poštanskog sandučića (*mailbox*).

⁹⁸ Na taj se način može prenijeti *software* koji je digitalizirani proizvod.

⁹⁹ Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 521.

¹⁰⁰ Ibid.

Mjesto s kojim davatelj usluga ima prostornu vezu može biti mjesto njegova prebivališta, redovnog boravišta, sjedišta, mjesto glavne uprave, glavno poslovno mjesto ili neko drugo poslovno mjesto.

Mjesto s kojim korisnik usluga ima prostornu vezu može biti mjesto njegova prebivališta, redovnog boravišta, sjedišta, mjesto glavne uprave, glavno poslovno mjesto ili neko drugo poslovno mjesto.

Primjena jednog od rješenja može ovisiti i o tome na koji je način, odnosno putem kojeg je sredstva, informacija prenesena. Ako je prenesena elektroničkom poštom kao prilog, prednost bi trebalo dati mjestu primitka jer je to mjesto u kojem korisnik informacije praktično pristupa informaciji. Mjesto primitka pokazuje da davatelj usluge ima aktivnu ulogu time što elektroničkom poštom šalje prilog, dok se korisnik usluge nalazi u pasivnoj ulozi. U slučaju da do prijenosa dolazi kad korisnik pristupi web stranici davatelja usluga, prednost ima mjesto otpreme. Naime, na tom mjestu korisnik usluga praktično pristupa informaciji.

Svako od navedenih rješenja ima svoje prednosti i nedostatke. Osvrćemo se samo na mjesto otpreme¹⁰¹ i mjesto primitka¹⁰² kao mogućih okolnosti na

¹⁰¹ Ovdje se navode okolnosti vezane uz mjesto otpreme koje su važne za ocjenu tog mjesta kao okolnosti koja bi omogućila primjenu izbjegavajuće klauzule. No ono može utjecati i na određivanje nadležnosti. Tužitelj (primatelj usluge) može uvijek tužiti tuženika (davatelja usluge) u državi njegova prebivališta (čl. 46, st. 1. ZRS; čl. 2, st. 1. Uredbe 44/2001). To će se mjesto vrlo često podudarati s mjestom u kojem se nalazi poslužitelj korisnika usluge. U vezi s određivanjem posebne nadležnosti čl. 5 (1) Uredbe 44/2001, ako se kao mjesto izvršenja obveze, što je kriterij za određivanje nadležnosti koji je tom odredbom predviđen, prihvati mjesto otpreme, što zapravo znači mjesto postavljanja na mrežu, tužitelj zapravo neće imati poseban forum različit od foruma prebivališta tuženika radi podnošenja svoje tužbe.

Protiv mjesta primitka kao poveznice za utvrđenje nadležnosti u smislu čl. 5 (1)(b) Uredbe 44/2001 ističe se da korisnik usluge može manipulirati tim mjestom tako da birajući mjesto u kojem će putem svojeg računala preuzeti informaciju s mreže na taj način bira i jurisdikciju pred sudom koje će, nadležnom kao *forum solutionis*, moći podnijeti tužbu.

¹⁰² Ovdje se navode okolnosti vezane uz mjesto primitka koje su važne za ocjenu tog mjesta kao okolnosti koja bi omogućila primjenu izbjegavajuće klauzule. No ono može utjecati i na određivanje nadležnosti. Mjesto primitka pogoduje primjeni autonomne definicije mjesta izvršenja obveze, kako je ona za ugovor u kojem je predmet prodaja pokretnih tjelesnih stvari određeno čl. 5 (1) (b) Uredbe 44/2001, odnosno kao mjesto u kojem je prodavatelj izvršio predaju te stvari. Analogija mjestu predaje stvari u slučaju elektroničke prodaje bilo bi mjesto preuzimanja informacije na računalo korisnika usluge. Osim toga, mjesto primitka, određeno kao mjesto u kojem je došlo do preuzimanja infor-

temelju kojih bi se primjenom izbjegavajuće klauzule, u slučaju kad ugovorne strane nisu izabrale pravo, odstupilo od primjene prava s kojim je davatelj usluga, kao ugovorna strana koja izvršava karakterističnu činidbu, u prostornoj vezi.

U prilog mjesta otpreme i mjesta primitka govori sigurno to da je ono što se prenosi informacija, i to od jednog računala do drugog računala, pa da s tog gledišta mjesto uz koje je jedna od strana prostorno vezana ima manje značenje. Drugo, sam postupak prijenosa informacije započinje u mjestu otpreme.

Protiv mjesta otpreme ističe se da može biti teško odrediti koje konkretno računalo čini mjesto otpreme. Mjesto otpreme kod npr. *on line* pretplate na časopise jest mjesto postavljanja informacije, tj. mjesto u kojem se nalazi poslužitelj na koji je postavljena informacija koja je dostupna korisniku usluge. Međutim, ako se informacije prenosi elektroničkom poštom kao prilog, mjesto otpreme teže je odrediti. Treba utvrditi gdje se nalaze poslužitelj odnosno računalo, što može biti povezano s teškoćama.¹⁰³ Davatelj usluga može zlorabljavati mjesto na kojem postavlja informaciju na poslužitelj. Nadalje, ono može biti nepoznato ne samo korisniku usluga već i davatelju usluga¹⁰⁴. Mjesto otpreme ne mora biti ni u kakvoj vezi s mjestom iz kojeg davatelj usluga posluje putem interneta (sjedište, glavna uprava, glavno poslovno mjesto, poslovno mjesto) ili s mjestom njegova prebivališta ili redovnog boravišta. Konačno, mjesto otpreme pogoduje davaocu usluga koji može osigurati da je to mjesto u državi s kojom je on prostorno povezan.¹⁰⁵

U prilog mjesta primitka govori činjenica da je vjerojatnije da se u vrijeme prijenosa informacije korisnik usluge nalazi tamo gdje je i njegovo računalo, a ne tamo gdje se nalazi davatelj usluge. Mjesto primitka vrlo će se često nalaziti gdje se nalazi i korisnik usluga.

macije s mreže, uklapa se u sustav Uredbe 44/2001. Ono omogućuje tužitelju (korisniku usluge) izbor suda kojem će podnijeti tužbu jer će do preuzimanja s mreže vrlo često doći u njegovoj državi. Stoga tužitelj (korisnik usluge) ima mogućnost izbora između suda prebivališta davatelja usluge (čl. 2, st. 1. Uredbe 44/2001) i suda mjesta izvršenja obveze (vrlo često njegova država) (čl. 5 (1) (b) Uredbe 44/2001).

¹⁰³ V. *supra*, II.1.

¹⁰⁴ *Gutnick v. Dow Jones* [2001] VSC 305, t. 130.

¹⁰⁵ Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 523. Kad je riječ o određenju nadležnosti, mjesto otpreme ne uklapa se na najbolji način u način određivanja nadležnosti određen u Uredbi 44/2001. Tužitelj (korisnik usluge) može uvijek tužiti tuženika (davatelja usluge) u državi tuženikovog prebivališta.

Protiv mjesta primitka navodi se da je teško odrediti računalo na kojem je došlo do primitka. Kod *on line* pretplate na časopise to će biti mjesto u kojem je informacija preuzeta na računalo korisnika, dakle mjesto u kojem je to računalo, a pri tome može biti poteškoća u određenju toga mjesta u trenutku preuzimanja informacije. Ako se informacija prenosi kao prilog elektroničkom poštom, lokaliziranje računala na kojem je primljena bit će još teže. Nadalje, davatelj usluge, u pravilu, ne zna gdje korisnik usluge skida informaciju. Mjesto primitka bit će posebno teško odrediti ako do preuzimanja dolazi u više država, npr. kad je korisnik ovlašten koristiti se određenim podacima koje pruža davatelj usluga (npr. statističkim podacima) kroz određeno vrijeme, a korisnik preuzima podatke svaki put iz različite države. Za razliku od mjesta otpreme, koje pogoduje davatelju usluga, mjesto primitka pogoduje korisniku usluga jer ono vrlo može često biti u državi s kojom je on prostorno povezan.¹⁰⁶

S gledišta članka 20. ZRS, jednako kao i s gledišta članka 4, stavka 5. Rimske konvencije, mjesto otpreme i mjesto primitka digitaliziranog proizvoda od podjednake su važnosti. U pravilu će davatelj usluge informaciju odaslati s jednog mjesta. Suprotno tome, mjesto primitka može biti različito za svakog pojedinog korisnika usluge. Zbog toga se može reći da je, s kolizijskopravnog gledišta, mjesto primitka digitaliziranog proizvoda, za potrebe primjene izbjegavajuće klauzule, manje važno od mjesta njegove otpreme. U slučaju kad se poslužitelj davatelja usluge nalazi u njegovog državi, mjesto otpreme podudarati će se s pretpostavljenim podredno mjerodavnim pravom iz članka 20. ZRS odnosno iz članka 4, stavka 2. Rimske konvencije.

Iz te kratke analize mjesta prijenosa digitaliziranog proizvoda ipak se nameće zaključak da se, u ne tako rijetkim slučajevima, to mjesto neće moći jasno utvrditi, odnosno da ne postoji trajna i bitna veza s tim mjestom, a što je pretpostavka za postojanje najuže veze s pravom tog mjesta, kako bi se, primjenom izbjegavajuće klauzule, moglo odstupiti od primjene pretpostavljeno mjerodavnog prava davatelja usluga. Prema tome, za razliku od prodaje "obične" robe, tjelesnih pokretnih stvari, u kojem slučaju činjenica da osoba koja izvršava karakterističnu obvezu tu obvezu izvršava izvan države s kojom je u prostornoj vezi ima izrazito kolizijskopravnu važnost i može dovesti do primjene izbjegavajuće klauzule, kad je riječ o digitaliziranom proizvodu, mjesto njegova prijenosa ne može, samo za sebe, dovesti do primjene izbjegavajuće klauzule.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 524.

¹⁰⁷ Ibid., str. 1246.

b) Mjesto u kojem se nalazi korisnik usluga odnosno mjesto njegova poslovanja

To mjesto može biti mjesto njegova prebivališta, redovnog boravišta, sjedišta, mjesto glavne uprave, glavno poslovno mjesto ili neko drugo poslovno mjesto.

Ta poveznica nema neku važnost kod primjene izbjegavajuće klauzule iz članka 20. ZRS odnosno članka 4, stavka 5. Rimske konvencije. Kao što smo već naveli, korisnik usluge nije ugovorna strana koja izvršava karakterističnu činidbu, davatelj usluga često u trenutku sklapanja ugovora ne može odrediti mjesto gdje se on nalazi ili mjesto njegova poslovanja. Osim toga, i Zakon o elektroničkoj trgovini i Direktiva o elektroničkoj trgovini upućuju na mjesto u kojem davatelj usluge ima sjedište odnosno davatelj usluge ima poslovno mjesto.¹⁰⁸

c) Mjesto plaćanja

Mjesto plaćanja trebalo bi odrediti prema pravu države suda. U praksi će mjesto plaćanja biti teško odrediti samo onda kad je plaćanje izvršeno preko interneta pomoću kreditne ili debitne kartice i kad ono zbog toga nema neku trajnu vezu s ugovorom. Mjesto plaćanja nije posebno važna poveznica kod "običnih" ugovora i ne predstavlja posebne okolnosti slučaja koje bi trebale opravdati odstupanje od primjene prava ugovorne strane koja izvršava karakterističnu činidbu. To manje značenje ta bi poveznica trebala imati u slučaju kad se to mjesto ne može odmah utvrditi, pa čak i ako se može, kad se pokazuje da s njim ugovor nema nikakvu stvarnu objektivnu vezu.¹⁰⁹

d) Mjesto u kojem se nalaze računala kojima se koriste ugovorne strane; mjesto u kojem se nalazi davatelj usluga u trenutku otpreme; mjesto u kojem se nalazi korisnik usluga u trenutku preuzimanja proizvoda s mreže

Geografska lokacija ugovornih strana u trenutku pregovora ili sklapanja ugovora elektroničkim putem nije okolnost koja bi mogla omogućiti odstu-

¹⁰⁸ Čl. 3. Zakona o elektroničkoj trgovini; čl. 3. Direktive o elektroničkoj trgovini.

¹⁰⁹ Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 1247.

panje od primjene pretpostavljeno mjerodavnog prava. I jedna i druga strana teško mogu odrediti gdje se nalazi računalo kojim se koristi druga strana. Pri tome treba voditi računa da svaka od njih može jednostavno lagati o mjestu gdje se to računalo nalazi. U ugovorima koji se odnose na isporuku “obične” robe i kod kojih se plaćanje odvija na konvencionalan način, činjenica da su pregovori vođeni elektroničkim putem ili je ugovor sklopljen na taj način manje je važna za određivanje države s kojom je ugovor najuže povezan od izvršenja obveze iz tog ugovora. Čak i u slučaju da se računala putem kojih je ugovor sklopljen elektroničkim putem nalaze u istoj državi, to može biti posve slučajno ako strane za to ne znaju i ako sklapaju ugovor u uvjerenju da je riječ o međunarodnom ugovoru. Mjesto gdje se računala nalaze može biti jednako slučajno. Strana se može koristiti računalom dok je zbog posla u inozemstvu. Ako su strane doista u prostornoj vezi s državom u kojoj se nalaze računala, to može biti trajan izraz veze s tim poretkom. No, u tom je slučaju razlog za primjenu tog prava prostorna veza strana s tim pravnim poretkom, a ne činjenica da se u toj istoj državi nalaze i računala kojima su se strane koristile pri sklapanju ugovora.¹¹⁰

Jednako stajalište treba prihvatiti i kad je riječ o prijenosu digitaliziranog proizvoda. Korisnik usluge ne mora znati gdje se nalazi računalo davatelja usluge u trenutku postavljanja proizvoda na poslužitelj. Davatelj usluga može u tom trenutku manipulirati mjestom na kojem se nalazi njegovo računalo, ono ne mora biti ni u kakvoj vezi s državom iz koje on vodi svoje poslovanje putem interneta.

Kad je riječ o mjestu gdje se korisnik usluge nalazio u trenutku preuzimanja digitaliziranog proizvoda s poslužitelja, premda postoji analogija s mjestom u kojem je isporučena “obična” roba kad je ona predmet ugovora, ipak vrlo je rijetko da u ugovoru postoji odredba kojom se određuje mjesto preuzimanja digitaliziranog proizvoda s poslužitelja. Davatelj usluga teško može pretpostaviti koje će to mjesto biti, čak i u onim slučajevima kad mu je poznat korisnik usluge jer korisnik usluge ne mora digitalizirani proizvod preuzeti s mreže u svojoj državi. Isto tako, kao što davatelj usluga može utjecati na mjesto u kojem se on nalazi u trenutku otpreme digitaliziranog proizvoda, korisnik usluge može utjecati na mjesto u kojem se on nalazi u trenutku preuzimanja digitaliziranog proizvoda s mreže. Važnost toga mjesta posve je neznatna u onim slučajevima kad korisnik usluga preuzima proizvod u više država, i to

¹¹⁰ Ibid.

više puta, kao što to može biti slučaj kad korisnik usluge ima pravo preuzeti podatke (npr. statističke podatke) s poslužitelja određeno dulje vrijeme.¹¹¹

e) Mjesto sklapanja ugovora

U vezi s mjestom sklapanja ugovora kojih je predmet prodaja “obične” robe ili izvršenje usluge i koji su sklopljeni klasičnim sredstvima, kad se ugovor sklapa između odsutnih, mogu se pojaviti velike poteškoće pri njegovu utvrđivanju, ono je vrlo često slučajno i ne mora biti ni u kakvoj vezi s ugovorom. Zbog toga mu je i kolizijskoppravna važnost mala. Još manje kolizijskoppravno značenje ima mjesto sklapanja kod ugovora sklopljenih elektroničkim putem. Stoga se ta činjenica koju je teško utvrditi i koja ne označuje trajnu i jaku vezu s ugovorom ne bi mogla koristiti kao okolnost za primjenu izbjegavajuće klauzule i odstupanje od primjene pretpostavljeno mjerodavnog prava.

f) Mjesto u kojem je došlo do povrede ugovora

Mjesto u kojem je jedna od ugovornih strana povrijedila svoju ugovornu obvezu nije relevantna činjenica za određivanje mjerodavnog prava.

g) Mjesto otpreme proizvoda; mjesto u kojem se nalazi poslužitelj na koji je postavljen proizvod

Kod ugovora kod kojih su pregovori vođeni elektroničkim putem ili su na taj način sklopljeni i kojih je predmet isporuku “obične” robe klasičnim putem, mjesto u kojem se nalazi web stranica davatelja usluga nema nikakvu važnost za određivanje mjerodavnog prava.

Situacija je različita u slučaju prijenosa digitaliziranog proizvoda elektroničkim putem. Mjestom otpreme u tom slučaju smatra se mjesto u kojem se nalazi poslužitelj na koji je davatelj usluga postavio proizvod.¹¹²

¹¹¹ Ibid., str. 1248.

¹¹² V. *supra*, 2.2.2.a)

Mjesto u kojem se nalazi poslužitelj na koji je davatelj usluga postavio proizvod nema trajnu vezu s ugovorom. Poslužitelj se može nalaziti čak u državi s kojom ugovor, osim po toj činjenici, nije ni u kakvoj drugoj vezi jer se u toj državi ne nalazi nijedna ugovorna strana niti u njoj ijedna od njih izvršava svoju obvezu, pa zbog toga nema nikakvog razloga da bi to mesto mogla biti valjana okolnost za primjenu izbjegavajuće klauzule.

Mjesto gdje se nalazi poslužitelj davatelja usluga nije od važnosti za primjenu izbjegavajuće klauzule ni u slučaju kad se digitalizirani proizvod prenosi kao prilog elektroničkom poštom.¹¹³

h) Mjesto u kojem se nalazi osoba koja omogućuje pristup internetu

Mjesto u kojem se nalazi osoba koja omogućuje ugovornim stranama pristup internetu nije bitno za primjenu izbjegavajuće klauzule. Nijedna od njih ne mora znati putem koje osobe druga ugovorna strana pristupa internetu. Činjenica da se obje ugovorne koriste istom osobom da bi pristupile internetu, ili različitim osobama koje omogućuju pristup internetu, ali koje se nalaze u istoj državi, nije ništa drugo nego slučajnost i nije uopće okolnost relevantna za odstupanje od primjene pretpostavljeno mjerodavnog prava. Naime, teško je zamisliti na koji bi to način pravo te države moglo biti u trajnoj i dovoljno uskoj vezi s ugovorom da bi omogućilo primjenu izbjegavajuće klauzule.¹¹⁴

i) Mjesto u kojem se nalazi web stranica druge osobe; mjesto u kojem se nalazi vlasnik te web stranice

Davatelj usluga može se u svojem poslovanju koristiti uslugama poslužitelja vlasnik kojeg je druga osoba. Od kojeg je utjecaja ta okolnost na mogućnost primjene izbjegavajuće klauzule i odstupanje od primjene pretpostavljeno mjerodavnog prava davatelja usluga?

U odgovoru na to pitanje trebalo bi razlikovati dva slučaja. Prvi je onaj kad je jasno da davatelj usluga prodaje robu ili digitalizirane proizvode u svoje ime, premda se za svoje poslovanje koristi poslužiteljem druge osobe. Drugi

¹¹³ Fawcett i dr., op. cit. u bilj. 9, str. 1250.

¹¹⁴ Ibid., str. 1251.

je slučaj kad druga osoba koja je vlasnik poslužitelja kojim se koristi davatelj usluga djeluje kao posrednik.

U prvom slučaju mjesto u kojem se nalazi web stranica davatelja usluga odnosno mjesto u kojem se nalazi taj drugi poslužitelj na kojem davatelj usluga sa svojom web stranicom gostuje nema nikakve važnosti i ne dovodi do trajne i uske veze ugovora s državom u kojoj se to mjesto nalazi. Jasno je da je ugovor sklopljen između davatelja i korisnika usluge i da mjesto u kojem se nalazi poslužitelj na kojem je web stranica davatelja usluga nije sa sklopljenim ugovorom ni u kakvoj uskoj vezi.

Drugačiji bi mogao biti zaključak u slučaju kad se roba ili digitalizirani proizvod prodaju putem web stranice na poslužitelju vlasnik kojeg je druga osoba i kad korisniku usluge zbog okolnosti nije jasno tko je izvorni davatelj usluge. To se može dogoditi kod aukcijske prodaje, odnosno kad je web stranica kojom se davatelj usluge koristi smještena na poslužitelju vlasnik kojeg je bavi *on line* aukcijom. Može li u tom slučaju doći do primjene izbjegavajuće klauzule i odstupanja od pretpostavljeno mjerodavnog prava? Ističe se da bi odgovor na to pitanje trebao biti potvrđan u slučaju kad se web stranica nalazi u istoj državi u kojoj se nalazi i vlasnik te web stranice, dakle u državi s kojom je on u prostornoj vezi putem svojeg sjedišta odnosno glavne uprave ili poslovnog mjesta. U takvom slučaju korisnik usluge mogao bi očekivati, ako ne postoji sporazum ugovornih strana o mjerodavnom pravu, da je mjerodavno pravo pravo voditelja aukcije, posebno onda ako su na web stranici navedeni podaci o toj osobi, a malo ili ništa od podataka o identitetu izvornog davatelja usluge. I davatelj usluge i korisnik usluge u takvom slučaju mogu smatrati da se može odstupiti od pretpostavljeno mjerodavnog prava u korist prava voditelja aukcije.¹¹⁵

Ako bi se web stranica kojom se koristi davatelj usluge koja je smještena na poslužitelju koji je u vlasništvu druge osobe nalazila u drugoj državi, a ne u državi sjedišta, glavne uprave, glavnog mjesta poslovanja vlasnika te web stranice, doista nema neke trajne i uske veze s državom u kojoj se web stranica nalazi i zbog toga ne bi moglo doći do odstupanja od pretpostavljeno mjerodavnog prava i primjene izbjegavajuće klauzule. Opravdano je pretpostaviti da ugovor s pravom te države nema nikakvu vezu.

¹¹⁵ Ibid., str. 1252.

VI. ZAKLJUČAK

Pojava interneta dovela je do revolucije na svjetskom tržištu. Internet kao globalni medij uklanja prostorne granice, ali i omogućuje da se svatko tko ima osnovnu tehničku opremu i znanje, bez obzira na to gdje se nalazio, njime koristi, a posljedica je toga umnogostručavanje međunarodnog obilježja. Na taj način internet na različite načine izravno zadire u područje međunarodnog privatnog prava. Jedna od posljedica interneta koja ima svoj odraz i na području međunarodnog privatnog prava jest mogućnost sklapanja poslovnih transakcija putem interneta odnosno nastanak elektroničke trgovine koja predstavlja jednu od usluga informacijskog društva.

Materijalna pravila hrvatskog prava o elektroničkoj trgovini sadržana u Zakonu o elektroničkoj trgovini iz 2003. usklađena su s Direktivom 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o elektroničkoj trgovini iz 2000. U tim pravnim izvorima nalaze se, međutim, i odredbe o pravu koje se primjenjuje na pružanje usluga informacijskog društva. Prema odredbi članka 3, davatelj usluga informacijskog društva sa sjedištem u Republici Hrvatskoj dužan je te usluge pružati u skladu s hrvatskim pravom. Odredba svojim sadržajem funkcionalno odgovara jednostranom kolizijskom pravilu. Direktiva o elektroničkoj trgovini usvaja u članku 3. stavku 1. načelo države porijekla prema kojem se na davatelje usluga s poslovnim mjestom na području države članice Europske unije primjenjuje pravo te države članice. Primjenom načela države porijekla omogućuje se tim osobama da unutar cijelog područja Europske unije usluge informacijskog društva pružaju u skladu s pravom države u kojoj se nalazi njihovo poslovno mjesto, a ne u skladu s pravom države na području koje se te usluge pružaju. Takvo rješenje temelji se na jednoj od osnovnih sloboda, slobodi prometa pružanja usluga, u smislu članka 49. Ugovora o EZ i moguće je zbog visokog stupnja unifikacije materijalnog prava ostvarenog tom direktivom i drugim izvorima sekundarnog prava Europske zajednice koji uređuju pitanja u vezi s elektroničkom trgovinom. Načelu prava države porijekla treba priznati kolizijskopравни učinak odnosno ono jest pravilo o određivanju mjerodavnog prava.

Analiza kolizijskih pravila o određivanju prava mjerodavnog za ugovore sadržanih u člancima 19. i 20. hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu odnosno u člancima 3. i 4. Rimske konvencije o pravu mjerodavnog za ugovorne obveze pokazuje da su ti članci u cijelosti primjenjivi i na određivanje ugovornog statuta u elektroničkoj trgovini.

Kod primarnog ugovornog statuta - prava koje su ugovorne strane izabrale svojim sporazumom - posebnosti u vezi sa sklapanjem ugovora putem interneta ili elektroničkom poštom očituju se u tome da je od posebne važnosti da odredba o izboru mjerodavnog prava, koja se nalazi na web stranici ili je uključena u elektroničku poštu, treba biti dovoljno vidljiva i da doista jest dvostrani sporazum ugovornih strana.

Na temelju tumačenja hrvatskog kolizijskog pravila o određivanju podređenog ugovornog statuta, kao i izričitog rješenja sadržanog u odgovarajućem kolizijskom pravilu europskog međunarodnog privatnog prava, u slučaju nepostojanja sporazuma ugovornih strana o mjerodavnom pravu, na ugovor se primjenjuje pravo s kojim je ugovor u najužoj vezi. I jedan i drugi pravni izvor sadržavaju oborive pretpostavke o tome pravu koje su utemeljene na načelu karakterističnog sadržaja, tako da se smatra da je ugovor u najužoj vezi s pravom s kojim je ugovorna strana koja izvršava karakterističnu činidbu u prostornoj vezi. Ugovorna strana iz ugovora u elektroničkoj trgovini je davatelj usluge. To se pravo, međutim, neće primijeniti ako iz okolnosti slučaja slijedi da je ugovor u užoj vezi s nekim drugim pravom, a ne s pravom primjena kojeg se pretpostavlja.

Razmatranja su pokazala da sklapanje ugovora elektroničkim putem odnosno poslovanje putem interneta ili elektroničke pošte ne donosi novu kvalitetu u poslovnim odnosima koja bi načelno opravdavala odstupanje od određivanja podređenog ugovornog statuta u skladu s načelom karakteristične činidbe. Doista se pokazuje da je sasvim opravdana pretpostavka da je ugovor u najužoj vezi s onim pravnim poretkom s kojim je davatelj usluge, kao ugovorna strana koja tu karakterističnu činidbu izvršava, u prostornoj vezi.

Pravo davatelja usluge najčešće će biti poznato korisniku usluge jer će podaci o davatelju usluge u najvećem broju slučajeva biti vidljivi na njegovoj web stranici ili elektroničkoj pošti. Suprotno tome, velik broj drugih objektivnih poveznica nisu od važnosti u slučaju kad su pregovori vođeni ili je ugovor sklopljen elektroničkim putem. Štoviše, ako je riječ o digitaliziranim proizvodima, objektivnu, čvrstu, vezu ugovora s nekim pravnim poretkom, osim s onim s kojim je davatelj usluge u prostornoj vezi, bit će teško utvrditi, a vrlo često ta je veza nevažna i sporedna. Utvrđivanje mjesta isporuke davatelja usluga, koje je i te kako relevantna činjenica kad je riječ o "običnoj" robi i upućuje na usku prostornu povezanost, uzrokuje mnogobrojne poteškoće kad se radi o digitaliziranom proizvodu i značenje te prostorne veze za određivanje prava mnogo je manje. To znači da činjenice koje slijede iz tehničke utemeljenosti poslo-

vanja elektroničkim putem nemaju dovoljnu kolizijskopravnu težinu da bi se, u slučaju nepostojanja sporazuma ugovornih strana o izboru prava, odstupilo od primjene prava države s kojom je davatelj usluga u prostornoj vezi.

Summary

Hrvoje Sikirić *

APPLICABLE LAW FOR CONTRACTS IN E-COMMERCE IN CROATIAN AND EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

The article outlines the basic characteristics of electronic commerce and goes on to present basic substantive rules for electronic commerce, especially those contained in the Law on Electronic Commerce and EC Directive 2000/31 of the European Parliament and the Council on electronic commerce. Special attention is paid to the effects of conflict of laws in their rules on the right to render services in information society. The central part of the article is dedicated to considerations on the application of provisions on contractual statute from the Croatian Law on private international law and the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations to contracts where negotiations were held, concluded and/or should be carried out by electronic means. Regarding the primary contractual statute it is pointed out that the directive on the choice of applicable law should be clearly visible on the web page, or in electronic mail. Regarding subordinate contractual statute it is concluded that facts pursuing from the technical basis of electronic commerce do not have sufficient conflict of laws weight to abolish the application of law of the state with which the service provider, as the contractual party performing characteristic activity, is spatially related.

Key words: electronic commerce, law applicable to contracts, private international law, European law, Rome Convention, Directive 2000/31/EC

* Hrvoje Sikirić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Zusammenfassung

Hrvoje Sikirić **

**DAS VERTRAGSSTATUT FÜR E-COMMERCE VERTRÄGE
IM KROATISCHEN UND EUROPÄISCHEN
INTERNATIONALEN PRIVATRECHT**

In der vorliegenden Arbeit werden zunächst die Grundmerkmale des elektronischen Handels beschrieben. Danach werden die grundlegenden materiellrechtlichen Bestimmungen zum elektronischen Handel, insbesondere die im E-Commerce-Gesetz und in der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den elektronischen Geschäftsverkehr enthaltenen Regeln dargestellt. Im einzelnen geprüft werden die kollisionsrechtlichen Wirkungen der Regeln zum auf Dienste der Informationsgesellschaft anzuwendenden Recht. Im Zentralteil der Arbeit wird die Anwendung der Bestimmungen des kroatischen Gesetzes über das Internationale Privatrecht zum Vertragsstatut sowie des Römischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht auf Verträge, deren Verhandlungen auf elektronischem Wege geführt, abgeschlossen und/oder umgesetzt werden sollen, erörtert. Hinsichtlich des primären Vertragsstatuts wird die besondere Bedeutung der auf der Web-Seite beziehungsweise in der E-Mail gut sichtbaren Bestimmung der Rechtswahl betont. In Bezug auf ein nachgeordnetes Vertragsstatut wird geschlossen, dass die aus den technischen Gegebenheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs hervorgehenden Tatsachen kein ausreichendes kollisionsrechtliches Gewicht haben, als dass man mangels einer Rechtswahlabrede der Vertragsparteien von der Anwendung des Rechts desjenigen Staates, mit dem der Diensteanbieter als Erbringer der charakteristischen Leistung räumlich verbunden ist, absehen sollte.

Schlüsselwörter: elektronischer Handel, auf Verträge anzuwendendes Recht, Internationales Privatrecht, europäisches Recht, Rome _bereinkommen, Richtlinie 2000/31/EG

** Dr. Hrvoje Sikirić, Professor an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

