

UGOVORI KOJI SE SKLAPAJU PUTEM INTERNETA – SHRINKWRAP, CLICKWRAP I BROWSEWRAP UGOVORI*

izv. prof. dr. sc. Dubravka Klasiček
Katedra građanskog i građanskoprocenog prava,
Pravni fakultet Osijek
E-adresa: dklasice@pravos.hr

Pregledni rad
UDK 347.44:004.738.5
Rad primljen 9. veljače 2024.

Amalija Bratek, mag. iur.
E-adresa: amalija.bratak@gmail.com

Sažetak

Sklapanje ugovora prihvaćanjem unaprijed sastavljenih uvjeta poslovanja unesenih u taj ugovor znatno ubrzava, olakšava i pojeftinjuje njegovo sklapanje, dok s druge strane za sobom povlači i određene negativne posljedice za osobu koja pristaje na uvjete poslovanja koje je sastavio netko drugi. Kod sklapanja ovakvih ugovora, strana koja na njih pristaje nema mogućnosti pregovarati o njihovom sadržaju, ona jedino može pristati ili odbiti njihovo sklapanje. Velik broj takvih ugovora danas se sklapa putem interneta, a da mnogi koji ih sklapaju toga uopće nisu svjesni.

Danas se u svijetu najčešće spominju tri vrste ugovora koji se sklapaju pristupanjem uvjetima poslovanja raznih internetskih platformi, no treba voditi računa da brojne platforme nemaju jedan „čisti“ tip ovakvog ugovora, već je često riječ o njihovim kombinacijama. Te tri vrste jesu: shrinkwrap, clickwrap i browsewrap ugovori kod kojih je glavna razlika u načinu na koji korisnik na njih pristaje. Autorice će u ovom radu obraditi navedene vrste ugovora pri čemu će objasniti njihove temeljne sličnosti i razlike, osnovne karakteristike i upozoriti na probleme povezane s njima.

Ključne riječi: ugovor sklopljen putem interneta, browsewrap, clickwrap, shrinkwrap, opći uvjeti, internetska platforma

* Rad se temelji na diplomskom radu pod naslovom „Adhezijski ugovori sklopljeni putem interneta“ Amalije Bratek, mag. iur., napisan pod mentorstvom izv. prof. dr. sc. Dubravke Klasiček.

1. UVOD

Velik broj pravnih poslova koji su se prije sklapali u papirnatom obliku (često i uz pregovore između osoba koje ih sklapaju) u današnje vrijeme sklapaju se na internetu, bez mogućnosti jedne strane da utječe na njihov sadržaj (*take it or leave it* princip). Naime, ako određena osoba želi nešto postići na mrežnoj stranici određene internetske platforme (otvoriti profil, kupiti ili na drugi način nešto steći, prodati svoj proizvod ili uslugu itd.), najprije će morati pristati na uvjete poslovanja te platforme. Osobe često nisu ni svjesne da su svojim ponašanjem to učinile, no njihovo neznanje ne znači da nije nastao ugovor između njih i internetske platforme koja je sastavila te uvjete. Taj ugovor regulira odnos između korisnika i platforme, no problem je što korisnik često neće znati na što je to točno pristao, sve dok ne dođe do određenih problema ili do spora između njega i platforme, kada će biti kasno za bilo kakve intervencije.

Razlog postojanja ovih uvjeta poslovanja na koje korisnik mora pristati, prije nego što mu je dopušteno išta učiniti na mrežnoj stranici, jest činjenica da bi bilo nerealno očekivati da će se sa svakim potencijalnim korisnikom individualno pregovarati o sadržaju uvjeta pod kojima će ovaj moći pristupiti određenoj mrežnoj stranici. To bi bilo ne samo dugotrajno, skupo i komplicirano, već i nemoguće (posebno kad se u obzir uzme da pojedine internetske platforme imaju velik broj korisnika dnevno). Nepotrebnost pregovaranja ogleda se i u tome što ove platforme sa svim korisnicima posluju pod jednakim uvjetima od kojih ne žele odstupiti, s obzirom na to da ih je iskustvo naučilo koji im uvjeti najviše odgovaraju. Zbog toga je bilo važno naći način da se pravni odnosi između internetskih platformi i korisnika uredi na što jednostavniji, učinkovitiji i jeftiniji način.

S tim u vezi, razvile su se inačice ugovora koji se sklapaju pristupanjem od kojih su tri, može se reći, osnovne i najčešće spominjane – *shrinkwrap*, *clickwrap* te *browsewrap* ugovori.¹ Ovi su ugovori moderne inačice ugovora koji se sklapaju pristupanjem unaprijed određenim uvjetima poslovanja koje je sastavila jedna strana, pri čemu onaj tko na njih pristaje nema mogućnosti o njima pregovarati, može ih samo prihvatiti ili odbiti.² Ovo ujedno predstavlja i jedan od čestih izvora problema za tu osobu jer je ona zbog toga slabija strana, bez mogućnosti izbora koji je inače zajamčen načelom dispozitivnosti – jednim od osnovnih načela građanskog prava.³ Ovo načelo određuje kako ugovorne strane, pri sklapanju ugovora, imaju mogućnost taj ugovor sklopiti sukladno svojim potrebama i željama te da će isti biti sklopljen tek kad se te strane usuglase oko sadržaja

¹ Npr. Kim, Nancy S., *Wrap Contracting and the Online Environment: Causes and Cures*. u: *Research Handbook on Electronic Commerce Law*, *Research Handbooks in Information Law*, ur. John A. Rothchild, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham – Northampton, 2016., str. 16.

² Klarić, Petar; Vedriš, Martin, *Gradansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 407. Takvi ugovori u Hrvatskoj su regulirani odredbama čl. 295. i 296 Zakona o obveznim odnosima (dalje: ZOO), Narodne novine, broj 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018, 126/2021, 114/2022, 156/2022, 155/2023.

³ Klasiček, Dubravka, *Sloboda volje ugovornih strana u kontekstu adhezijskih ugovora, s naglaskom na ugovore sklopljene putem informatičke mreže*, *Filozofska istraživanja*, god. 42, br. 1., 2022., str. 112.–116.

svog budućeg ugovora.⁴ Kod ugovora koji se sklapaju pristupanjem općim uvjetima poslovanja, preskače se faza pregovora te onaj tko pristaje na uvjete sadržane u tom ugovoru samim svojim pristankom na njih dovodi do njegova sklapanja.⁵ Ova strana može biti u lošijem položaju zato što nema nikakve mogućnosti utjecati na sadržaj ugovora koji je sastavila druga strana, koja može (a često i hoće) u taj ugovor uvrstiti uvjete koji idu njoj u korist.⁶

Ovaj rad se sastoji od četiri dijela. U prvom dijelu rada autorice će ukratko približiti ugovore koji se sklapaju pristupanjem općim uvjetima, u hrvatskom pravnom sustavu. Drugi dio rada bavit će se *shrinkwrap* ugovorima, koje mnogi smatraju početkom ovakvog načina sklapanja ugovora putem interneta. Treći dio rada odnosit će se na *clickwrap* ugovore koji su se razvili iz *shrinkwrap* ugovora onda kada su prodavatelji softvera počeli svoje proizvode prodavati na način da su ih stjecatelji mogli skinuti s njihove mrežne stranice. U četvrtom dijelu rada, autorice će obraditi možda i najproblematičniju vrstu ovakvih ugovora – *browsewrap* ugovore, koji su danas iznimno česti, no korisnici koji su na njih pristali često nisu svjesni da se išta važno dogodilo kada su došli na mrežnu stranicu internetske platforme koja je svoje uvjete poslovanja odlučila oblikovati na ovaj način. U svakom od ovih dijelova, osim navođenja osnovnih karakteristika ovih ugovora, autorice će spomenuti neke poznate sudske slučajeve (mahom američke) te najčešće spominjane probleme povezane sa svakom od ovih vrsta ugovora. Također će se osvrnuti i na obilježja tih ugovora u korelaciji s odredbama Zakona o obveznim odnosima koje se odnose na ovakav način sklapanja ugovora.

2. OPĆI UVJETI UGOVORA U ZAKONU O OBVEZNIM ODNOSIMA

U ZOO-u postoje samo dva članka koji se odnose na sklapanja ugovora pristupanjem unaprijed objavljenim uvjetima poslovanja.⁷ U čl. 295., st. 1. određeno je kako je riječ o ugovornim odredbama koje su sastavljene za veći broj ugovora koje ona strana koja ih je sastavila, predlaže drugoj strani prije ili u trenutku sklapanja ugovora.⁸ Ovo ujedno pokazuje i njihov *ratio* – sastavljači sklapaju velik broj ugovora istog sadržaja s različitim osobama, pri čemu od svojih uvjeta ne odstupaju pa im je stoga najekonomičnije takve

⁴ Klarić, Petar; Vedriš, Martin, 2014., str. 8.–9. Članak 2. ZOO-a.

⁵ Klasiček, Dubravka, Declarations of will in the digital environment and wrap contracts, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, god. 60., br. 92., 2021., str. 175.

⁶ Kim, Nancy S., Contract's Adaptation and the Online Bargain, University of Cincinnati Law Review, god. 79., 2011., str. 1342.

⁷ Članak 295. i 296. ZOO-a.

⁸ Članak 295., st. 1. ZOO-a.

ugovore unaprijed sastaviti i ponuditi svima zainteresiranima da na njih pristanu (ili da ih odbiju).⁹

Opći uvjeti ugovora dopunjuju posebne pogodbe koje su utvrđene među ugovarateljima u istom ugovoru, a u slučaju neslaganja općih uvjeta i tih pogodbi, vrijedit će posebne pogodbe.¹⁰ Za ovaj rad od iznimnog su značenja odredbe st. 4. i 5. ovog članka, koje određuju kako opći uvjeti ugovora moraju biti objavljeni na uobičajeni način te da će onoga tko pristaje na njih obvezivati, ako su mu bili poznati ili su mu morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora.

Članak 296. odnosi se na ništetnost pojedinih odredaba te određuje kako će biti ništetne one odredbe koje, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, izazivaju neravnopravnost između ugovornih strana, na štetu onoga tko je pristao na opće uvjete sadržane u ugovoru ili ugrožavaju samu svrhu sklopljenog ugovora (ovo čak i ako su opći uvjeti ranije odobreni od nekog nadležnog tijela).¹¹ Na taj se način želi zaštititi slabija strana, a to je uvijek onaj tko pristaje na nečije uvjete poslovanja pri čemu na njihov sadržaj nije mogao utjecati.¹² Pri donošenju odluke je li koja odredba ništetna, među ostalim, u obzir se trebaju uzeti sve okolnosti koje su postojale prije ili u vrijeme sklapanja ugovora, njegova pravna priroda, vrsta robe ili usluge koja je objekt činidbe (st. 2.).

2.1. DIREKTIVE 2109/770 / 2019/771 I UGOVORI SKLOPLJENI PUTEM INTERNETA

Na ovom mjestu, autorice bi željele spomenuti Direktive 2109/770¹³ i 2019/771¹⁴ koje se odnose na neke od ugovora kojima se bavi ovaj rad. Naime, ove se direktive primjenjuje na ugovore na temelju kojih trgovac isporučuje, odnosno obvezuje se isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu potrošaču za određenu naknadu (koja može biti plaćanje ci-

⁹ Klarić, Petar; Vedriš, Martin, 2014., str. 406.–407.

¹⁰ Članak 295., st. 2. i 3. ZOO-a.

¹¹ Članak 296., st. 1. ZOO-a.

Treba voditi računa da se ovo pravilo ne primjenjuje na odredbe općih uvjeta ugovora čiji sadržaj je bio preuzet iz važećih propisa ili se o njima pojedinačno pregovaralo prije sklapanja ugovora, a onaj tko pristupa tom ugovoru mogao je utjecati na sadržaj takvih odredbi te na odredbe koje se odnose na predmet ili cijenu, a bile su jasne, razumljive i uočljive (čl. 296., st. 3. ZOO-a).

¹² Klarić, Petar; Vedriš, Martin, 2014., str. 407.

¹³ Direktiva (EU) 2019/770 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2019. o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, Službeni list Europske unije, L 136/1.

¹⁴ Direktiva (EU) 2019/771 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2019. o određenim aspektima ugovora o kupoprodaji robe, izmjeni Uredbe (EU) 201/2394 i Direktive 2009/22/EZ te stavljanju izvan snage Direktive 1999/44/EZ, Službeni list Europske unije, L 136/28.

jene ili dostava osobnih podataka trgovcu – Direktiva 2019/770¹⁵), odnosno na ugovore o kupoprodaji robe i robe s digitalnim elementima (Direktiva 2019/771¹⁶)¹⁷.

Često će biti riječ o tome da se navedeni digitalni sadržaj, usluga ili roba (odnosno roba s digitalnim elementima) kupuje preko mrežne stranice određene internetske platforme. Ugovori kojima se takav trgovac obvezuje potrošaču isporučiti određeni digitalni sadržaj ili uslugu, odnosno robu ili robu s digitalnim elementima, u tom slučaju, bit će ugovori koji se sklapaju putem interneta, pristupanjem uvjetima poslovanja platforme koja drži mrežnu stranicu s koje potrošač kupuje sadržaj, uslugu ili robu. Treba odmah naglasiti kako u ovim direktivama nije ništa spomenuto o načinu na koji potrošači pristaju na uvjete poslovanja sadržane u ovim ugovorima te one ne rješavaju probleme koji proizlaze iz neznanja potrošača da su uopće pristali na nešto svojim ponašanjem, odnosno njihova nerazumijevanja onoga na što su pristali. One se odnose na prava potrošača i odgovornost trgovca u tim ugovorima, onda kada digitalni sadržaj ili usluga, odnosno roba ili roba s digitalnim elementima, nije usklađena s ugovorom koji je sklopljen između trgovca, odnosno prodavatelja s jedne strane, i potrošača s druge strane.¹⁸ No ipak,

¹⁵ Direktiva 2019/770 se, među ostalim, odnosi na različite digitalne sadržaje kao što su: računalni programi, aplikacije, video, audio i glazbene datoteke, igre, e-knjige i ostale e-publikacije te različite digitalne usluge koje omogućuju stvaranje, obradu ili pohranu podataka te pristup tim podacima, uključujući poslovni model „softver kao usluga“ (dijeljenje video i audiozapisa) te druge usluge pohranjivanja datoteka na poslužitelje, obradu teksta, igre koje se nude u oblaku te društvene medije. Također bi se trebala primjenjivati i na digitalni sadržaj isporučen na materijalnom nosaču podataka (DVD, CD, USB). Članak 3. te recital 19. i 20. Direktive 2019/770.

¹⁶ Direktiva 2019/771 odnosi se na robu (može biti riječ o bilo kakvoj materijalnoj pokretnini te vodi, plinu i električnoj energiji, ako se nude za prodaju u ograničenom obujmu ili određenoj količini) te na spomenutu robu s digitalnim elementima (digitalni sadržaj i digitalne usluge koji su ugrađeni u robu ili povezani s robom na način da odsutnost tog sadržaja ili usluge onemogućuje funkcioniranje te robe). Članak 2. (5b) i 3. Direktive 2019/771.

¹⁷ Primjer različitog polja primjene ovih dviju direktiva, vezano uz digitalni sadržaj – Direktiva 2017/771 primjenjivat će se na kupnju npr. automobila s instaliranom GPS aplikacijom, dok će se, u slučaju da je kupljen automobil bez instalirane GPS aplikacije, pa potrošač aplikaciju kupi i instalira naknadno, na kupnju te aplikacije primjenjivati Direktiva 2019/770 (dok će se na kupnju samog automobila i dalje primjenjivati Direktiva 2017/771 jer je riječ o robi – materijalnoj pokretnini iz čl. 2 (5a) Direktive 2019/771). Carvalho, J. M., *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, SSRN, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3428550 pristupljeno 25. ožujka 2024. str. 10.–11.

¹⁸ Ovakav sadržaj, usluge i roba moraju odgovarati opisu, količini i kvaliteti. Također moraju imati funkcionalnost, kompatibilnost, interoperabilnost i ostale karakteristike utvrđene ugovorom. Osim toga, moraju biti prikladni za posebne namjene za koje su potrebni potrošaču, ako je trgovac bio upoznat s tim posebnim namjenama najkasnije u trenutku sklapanja ugovora te ako je pristao na njih. Također, digitalni sadržaj i usluge koje se isporučuju moraju biti isporučeni s dodatnom opremom, uputama i korisničkom podrškom te se moraju ažurirati kako je ugovoreno. Članak 7. Direktive 2019/770 te čl. 6. Direktive 2019/771. Osim toga, ovakav sadržaj, usluge i roba moraju biti prikladni za svrhe za koje se inače koriste; odgovarati količini i imati svojstva koja su za njih uobičajena te koja potrošač može razumno očekivati s obzirom na prirodu tog sadržaja i usluga, uzimajući u obzir javne izjave trgovca i ostalih osoba u prethodnim fazama (osobito u oglašavanju); biti isporučeni zajedno s dodatnom opremom i uputama koje se mogu razumno očekivati (ako je to primjenjivo na digitalni sadržaj i uslugu); biti usklađeni sa svakom pokusnom verzijom ili pretpregledom sadržaja ili usluge koje je trgovac ranije stavio na raspolaganje. Osim toga, trgovac mora osigurati da potrošač bude obaviješten o ažuriranjima potrebnim kako bi sadržaj i usluga ostali usklađeni. Članak 8. Direktive 2019/770.

autorice su odabrale nešto reći i o njima jer su obje ove direktive usko povezane s pojedinim ugovorima kojima se bavi ovaj rad.

Potrošač, u slučaju neusklađenosti digitalnog sadržaja i usluga s ugovorom, ima pravo zahtijevati usklađivanje u razumnom roku, ako je to moguće, razmjerno sniženje cijene (ako je za proizvod platio određenu cijenu) ili raskid ugovora, ako usklađivanje nije moguće; ako ga trgovac nije poduzeo u primjerenom roku, besplatno, bez ikakvih neugodnosti za potrošača; ako je neusklađenost toliko ozbiljna da opravdava sniženje cijene ili raskid te ako je trgovac izjavio da do usklađivanja neće doći (odnosno, to je očito iz postojećih okolnosti).¹⁹ Na temelju čl. 16. i 17. Direktive 2019/770, trgovac je u obvezi potrošaču vratiti sve iznose plaćene na temelju ugovora, dok se potrošač obvezuje da neće upotrebljavati digitalni sadržaj i usluge niti ih staviti na raspolaganje trećim osobama.

U slučaju robe i robe s digitalnim elementom (Direktiva 2019/771), ako je ona neusklađena s ugovorom, potrošač ima pravo na usklađivanje, razmjerno sniženje cijene i raskid ugovora, s tim da potrošač može birati hoće li do usklađivanja doći popravkom ili zamjenom robe, ako je to moguće. Prodavatelj može odbiti usklađivanje ako bi popravak ili zamjena izazvali nerazmjerne troškove. Ako do usklađivanja nije došlo (jer to npr. nije bilo moguće ili je prodavatelj to odbio); neusklađenost i dalje postoji, unatoč pokušaju prodavatelja da robu uskladi; neusklađenost je previše ozbiljna ili je iz izjava prodavatelja, odnosno okolnosti jasno da do usklađenosti neće doći, potrošač ima pravo na razmjerno sniženje cijene ili raskid ugovora.²⁰

Iz navedenoga je jasno da su uvođenjem ovih direktiva potrošači u EU-u, glede kupnje digitalnog sadržaja i usluga, te robe s digitalnim elementima, zaštićeni jednako kao i bilo koji potrošač koji kupuje bilo koju drugu pokretnu stvar. Ovo je uvedeno u hrvatski pravni sustav izmjenama ZOO-a koje redefiniraju pojam materijalnog nedostatka i uvode odgovornost prodavatelja i za nedostatke stvari s digitalnim elementima²¹ te donošenjem Zakona o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih

Glede odredbi Direktive 2019/771 koja se odnosi na kupoprodaju robe i robe s digitalnim elementima, osim što navedena roba mora biti prikladna za uporabu u svrhe za koje bi se ona i inače koristila; mora odgovarati i kvaliteti i opisu uzorka ili modela koji je prodavatelj stavio na raspolaganje potrošaču; biti isporučena s dodatnom opremom, ambalažom i uputama; odgovarati količini i posjedovati ona svojstva i značajke koje su uobičajene za robu ista vrste i koja se mogu opravdano očekivati uzimajući u obzir javne izjave prodavatelja i ostalih osoba u svim ranijim fazama lanca transakcije. Ako je objekt kupoprodaje roba s digitalnim elementima, tada prodavatelj mora osigurati da potrošač bude obaviješten o svim potrebnim ažuriranjima. Članak 7. Direktive 2019/771.

I nepravilna instalacija robe smatra se neusklađenošću robe s ugovorom ako instalacija čini dio kupoprodajnog ugovora ili je do nepravilne instalacije došlo zbog nedostataka u uputama za instalaciju. Članak 21. Direktive 2019/771.

¹⁹ Članak 14. Direktive 2019/770.

²⁰ Članak 13. Direktive 2019/771.

²¹ Članak 400.–422.a ZOO-a.

usluga.²² No, još jednom treba napomenuti da je objema ovim direktivama (pa samim time i izmjenama ZOO-a odnosno donošenjem ovog novog zakona) propušteno regulirati išta vezano uz način na koji potrošači pristupaju ovakvim ugovorima koji se sklapaju putem interneta. Naime, u njima se nigdje ne spominje obveza sastavljača ugovora da o njegovu postojanju i sadržaju obavijeste potrošače, odnosno da ih sastave na način koji bi ih približio potrošačima, što su neki od osnovnih problema ugovora sklopljenih putem interneta, kako će pokazati ovaj rad u nastavku.

3. SHRINKWRAP UGOVORI

Shrinkwrap ugovori povezani su s trgovinom softverima od samih početaka softverske industrije.²³ Njima se ograničavalo npr. korištenje, umnožavanje i prijenos softvera jer se u njima navodilo kako stjecatelj softvera nije postao njegovim vlasnikom, već je samo dobio licencu na temelju koje ga može koristiti.²⁴ Ovi ugovori nastali su u SAD-u gdje su u početku izazvali određene kontroverze, no kako će pojedini primjeri iz sudske prakse pokazati, s vremenom su se ustalili i sudovi ih uglavnom smatraju valjanima.

Kako je iz rečenoga vidljivo, svrha *shrinkwrap* ugovora bila je zaštita prava intelektualnog vlasništva tvoraca softvera i drugih računalnih programa, stvaranjem licence u kojoj su navedeni uvjeti korištenja softvera.²⁵ Iako se ne zna tko je točno počeo prvi put koristiti *shrinkwrap* licence, iz dostupne literature proizlazi da se one koriste od početka osamdesetih godina prošlog stoljeća i sastavni su dio *shrinkwrap* ugovora.²⁶

Kako će biti vidljivo *infra*, svaki od ugovora obrađenih u ovom radu dobio je naziv prema načinu na koji korisnik pristaje na njega, pa tako i *shrinkwrap* ugovor. Njegov naziv dolazi od pojmova „*shrinkwrapped*“ odnosno „*shrink wrap*“, koji označavaju prozirni celofan i njegovo omatanje (skupljanje) oko kutije u kojoj se nalazi proizvod.²⁷ Ovaj naziv rezultat je činjenice da su na samim počecima proizvođači softvera uvjete ugovora

²² Članak 400. ZOO-a. Navedene izmjene ZOO-a odnose se na ugovore sklopljene nakon 1. siječnja 2022. Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, Narodne novine, broj 110/2021.

²³ Goodman, Batya; Honey, I Shrink-Wrapped the Consumer: The shrink-wrap Agreement as an Adhesion Contract, *Cardozo Law Review*, god. 21., br. 1., 1999., str. 334.

²⁴ Pistorius, Tana, Shrink-wrap and click-wrap agreements. *Juta's Business Law*, god. 7., br. 3., 1999., str. 79.–80.; Goodman, Batya, 1999., str. 332.

²⁵ Hayes, David L., The Enforceability of Shrinkwrap License Agreements On-Line and Off-Line, Fenwick & West, 1997., str. 1., <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ShrinkwrapFenwick.pdf>, pristupljeno 9. veljače 2024.; Pistorius, Tana, 1999., str. 79.–80.

²⁶ Lemley, Mark A., Intellectual Property and Shrink Wrap Licenses, *Southern California Law Review*, god. 68., br. 5., 1995., str. 1241., bilj. 5.

²⁷ Pistorius, Tana, 1999., str. 79.

ispisivali na vanjsku stranu kutije u kojemu se nalazio proizvod. Ti uvjeti su bili vidljivi kroz prozirni omot, uz obavijest da će kupac od onoga trenutka kada podere omot, biti vezan tim uvjetima.²⁸ S vremenom su proizvođači napustiti taj način objave uvjeta poslovanja (na vanjskoj strani proizvoda) te su počeli papir s ispisanim uvjetima poslovanja stavljati unutar kutije, zajedno s proizvodom.²⁹ Katkad je stjecatelj imao određeni period da odustane od ugovora i vrati softver ako se nije slagao s uvjetima poslovanja nakon što ih je pročitao, no često te mogućnosti nije bilo.³⁰

Dakle, s vremenom su se uvjeti poslovanja, koji su se ranije nalazili s vanjske strane kutije u kojoj se nalazio proizvod i mogli su se pročitati prije nego što je prozirni omot bio skinut, počeli stavljati unutar kutije te kupac nije imao nikakve mogućnosti upoznati se s njihovim sadržajem sve dok ne bi otvorio omot i samim time pristao na njih.³¹ Na pakiranju u kojemu se nalazio softver najčešće bi se na prednjoj strani nalazila samo naljepnica ili skraćena verzija ugovora, dok se puna verzija nalazila unutar kutije s proizvodom.³²

Činjenica da kupci prvo pristaju na uvjete poslovanja (otvaranjem omota), dok ih mogu pročitati tek nakon toga, izazvala je tada najviše kontroverzi kod ovih ugovora.³³ Kako je već spomenuto, u nekim slučajevima, kupac je imao određeno vrijeme za odustanak od kupnje i vraćanje softvera, no vrlo često ove mogućnosti nije bilo.³⁴ Upravo zbog ovog problema, sudovi su u početku ovakve ugovore proglašavali nevaljanima, kao što je to bio slučaj u predmetu *Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Tech*, gdje je prvo bilo odlučeno da je *shrinkwrap* ugovor valjan, no u povodu žalbe, ipak je odlučeno kako ovakav ugovor nema učinka.³⁵ Slič-

²⁸ Lemley, Mark, A., 1995., str. 1241.–1242.; Schwarz, Michael, Tear-Me-Open Software License Agreements: A Uniform Commercial Code Perspective on an Innovative Contract of Adhesion, *Computer L. J.*, god. 7., br. 2., 1986., str. 262.

²⁹ The Origin of Click-Wrap: Software Shrink-Wrap Agreements, <https://www.wilmerhale.com/insights/publications/the-origin-of-click-wrap-software-shrink-wrap-agreements-march-22-2000>, pristupljeno 9. veljače 2024.

³⁰ Garcia, Michelle, Browsewrap: A Unique Solution to the Slippery Slope of the Clickwrap Conundrum, *Campbell Law Review*, god. 36., br. 1., str. 34.

³¹ Condon, William, J. Jr., Electronic Assent to Online Contracts: Do Courts Consistently Enforce Clickwrap Agreements, *Regent University Law Review*, god. 16, br. 2., str. 435.; Kim, Nancy, S., Clicking and Cringing, *Oregon Law Review*, god. 86., br. 3., str. 799.

³² Garcia, Michelle, 2013., str. 34.

³³ *Ibid.*, str. 35.

³⁴ *Ibid.*, str. 35.; Kim, Nancy S., Wrap Contracting and the Online Environment: Causes and Cures. u: *Research Handbook on Electronic Commerce Law*, Research Handbooks in Information Law, ur. John A. Rothchild, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham – Northampton, 2016., str. 14.

³⁵ *Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Tech*, <https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/contract/cases/step.htm>, pristupljeno 9. veljače 2024.

no je bilo i u slučaju *Vault Corp. v. Quaid Software, Ltd* gdje je *shrinkwrap* ugovor također bio proglašen nevaljanim (barem sukladno propisima države Louisiane).³⁶

Sve se promijenilo 1996. godine zahvaljujući predmetu *ProCD, Inc. v Zeideberg*, u kojemu je sporni ugovor ustvari bio kombinacija *shrinkwrap* i *clickwrap* ugovora (o kojemu će biti riječi *infra*). U ovom predmetu sud je stao na stajalište da sam način na koji kupac daje svoj pristanak ne bi trebao predstavljati problem te da će *shrinkwrap* ugovor biti valjan i vrijedit će za onoga tko je na njega pristao, ako odgovara općim pravilima valjanosti ugovora (“... *unless their terms are objectionable on the grounds applicable to contracts in general*”).³⁷ Sud je stao na ovo stajalište posebno s obzirom na to što je ProCD dopuštao kupcima da u određenom roku odustanu od kupnje, ako se nisu slagali s njihovim uvjetima poslovanja.³⁸ Otad je ovaj način sklapanja ugovora postao općeprihvaćen u softverskoj i sličnim industrijama.³⁹

Na ovom mjestu treba spomenuti kako bi ovi ugovori, sukladno odredbama hrvatskog Zakona o obveznim odnosima koje se odnose na opće uvjete ugovora, bili problematični s obzirom na to da je u čl. 295., st. 5. određeno kako opći uvjeti obvezuju samo ako su strani koja na njih pristaje bili poznati ili su joj mogli biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora, što kod *shrinkwrap* ugovora nije moguće.

Iako se često ističe da *shrinkwrap* ugovori predstavljaju početak ugovora koji se pristupanjem uvjetima poslovanja sklapaju na internetu, treba naglasiti kako oni često uopće nisu u digitalnom obliku već dolaze ispisani na papiru (za razliku od ostalih ugovora koji su obrađeni u ovom radu). Ipak, *shrinkwrap* ugovori mogu postojati i u kombinaciji pisanog i elektroničkog oblika.⁴⁰ Za koji god oblik se proizvođač odlučio, kupcu bi trebao obznaniti kako otvaranjem plastičnog omota proizvoda ili prvim korištenjem materijala na nosaču podataka pristaje na sve uvjete koje nije pročitao jer se nalaze unutar ambalaže.⁴¹

³⁶ *Vault Corp. v. Quaid Software, Ltd*, <https://casetext.com/case/vault-corp-v-quaid-software-ltd-3>, pristupljeno 9. veljače 2024.

³⁷ *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, see: https://scholar.google.com/scholar_case?case=11811009805458694240, pristupljeno 9. veljače 2024.

S ovim možemo povezati i čl. 296., st. 1. našeg ZOO-a koji određuje: ništetne će biti odredbe općih uvjeta ugovora koje bi, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzročile očitu neravnopravnost između ugovornih strana, na štetu onoga tko pristaje na njih ili ugrozile postizanje svrhe ugovora.

³⁸ Condon, William, J. Jr., 2003., str. 439.

³⁹ Garcia, Michelle, 2013., str. 38.–39.

⁴⁰ Matić, Tin, Formularni ugovori u elektroničkom obliku (Sklapanje ugovora klikom miša – elektroničkim očitovanjem volje putem Interneta na web stranici- click wrap i browse wrap ugovori), Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 58, br. 3., 2008., str. 786.

⁴¹ Klasiček, Dubravka, 2021., str. 180.; Kunda, Ivana; Matanovac Vučković, Romana, Raspolaganje autorskim pravom na računalnom programu – materijalopravni i kolizijskopravni aspekti, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, god. 31., br. 1., 2010., Supplement, str. 102.

Autorice ovog rada smatraju kako se stjecatelje proizvoda uz koje dolaze *shrinkwrap* ugovori svakako treba upozoriti koje njihovo ponašanje znači pristanak na uvjete poslovanja. Također, poželjno bi bilo dati stjecatelju mogućnost da odustane od ugovora u određenom roku, ako mu uvjeti poslovanja prodavatelja ne odgovaraju. Osim toga, kod ovakvih ugovora posebno bi trebalo voditi računa da budu u skladu sa svim općim pravilima valjanosti ugovora, upravo zbog činjenice da stjecatelj daje svoj pristanak prije nego što može saznati na što je točno pristao.⁴²

4. CLICKWRAP UGOVORI

Može se reći da su *clickwrap* ugovori nastali iz *shrinkwrap* ugovora.⁴³ Naime, ovaj oblik ugovora počeo se koristiti nakon što su se softveri počeli prodavati putem interneta na način da bi se isti skidao (*download*) s mrežne stranice. Prema sadržaju ovi su ugovori odgovarali *shrinkwrap* ugovorima, dok su se od njih razlikovali u nekoliko bitnih detalja: korisnici mrežne stranice s njihovim sadržajem mogli su se upoznati prije nego što bi na njih pristali te se pristanak davao na drukčiji način – elektroničkim putem. Razlika između ova dva ugovora jest i u tome što *shrinkwrap* ugovori postoje uglavnom u pisanom obliku, katkad u kombinaciji pisanog i elektroničkog, dok *clickwrap* ugovor postoji samo u elektroničkom obliku.⁴⁴ Za *clickwrap* ugovor može se reći da se sklapa izravnijim očitovanjem volje od *shrinkwrap* ugovora, s obzirom na to da korisnik mora mišem kliknuti na kvadratić kraj kojega piše „ja se slažem (*I agree*)“, „slažem se (*Agree*)“, „OK“ ili nešto slično (nekada neće moći ni nastaviti dalje ako to ne učini). Zbog ovog načina izražavanja volje (klikom miša – *click*) ovaj ugovor je i dobio svoj naziv.⁴⁵

Taj klik predstavlja prihvatanje uvjeta sadržanih u ugovoru, čime pristupnik postaje ugovorna strana i smatra se da je uvjete pročitao i na njih pristao.⁴⁶ Može se čak reći kako je klik mišem ustvari zamjena za potpis kod klasičnih ugovora (sukladno sudskoj praksi *infra*).⁴⁷

Već je spomenut slučaj *ProCD, Inc. v. Zeideberg*, koji se uglavnom veže uz *shrinkwrap* ugovore, no u kojemu je prvi put spomenuto davanje pristanka klikom miša, pa je zna-

⁴² Autori ovog rada na ovom mjestu misle i na opće pretpostavke valjanosti, no i na odredbe koje govore o ništetnosti ugovora u kojima su sadržani opći uvjeti. Gavella, Nikola, Privatno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2019., str. 305.–328., čl. 296. ZOO-a.

⁴³ Gatt, Adam, Electronic Commerce – Click-wrap Agreements: The Enforceability of Click-wrap Agreements, Computer Law & Security Review, god. 18., br. 6., 2002., str. 405.

⁴⁴ Matić, Tin, 2008., str. 789.–790.

⁴⁵ Klasiček, Dubravka, 2022., str. 120.

⁴⁶ Kamantauskas, Povilas, Formation of Click-Wrap and Browse-Wrap Contracts, Teises Apzvalga Law Review, god. 12., 2015., str. 52.; Klasiček, Dubravka, 2021., str. 179.

⁴⁷ *Groff v. America Online, Inc.*, <https://casetext.com/case/groff-v-america-online-inc>, pristupljeno 9. veljače 2024.; Klasiček, Dubravka, 2021., str. 181.

čajan i za ovu vrstu ugovora.⁴⁸ S obzirom na to da je u slučaju *ProCd v. Zeideberg* riječ bila o kombinaciji *shrinkwrap* i *clickwrap* ugovora, on je važan i zato što se u njemu prvi put spominju ugovori koji se sklapaju klikom miša. Naime, kad bi se pokrenuo CD sa softverom, na ekranu bi se pojavio ugovor o licenci te je korisnik morao kliknuti da se slaže s uvjetima sadržanim u njemu jer inače ne bi mogao nastaviti dalje od početnog zaslona, što je sudac i naveo u svojoj odluci. To je ujedno i jedini put da se u tom slučaju spominje davanje pristanka klikom miša, no unatoč tome, ovaj slučaj je, osim u kontekstu *shrinkwrap* ugovora, često citiran upravo u kontekstu *clickwrap* ugovora.⁴⁹

Osim ovog slučaja, za razvoj *clickwrap* ugovora važan je primjerice i slučaj *Hotmail Corp v Van\$ Money Pie*, iz 1998. godine. U ovom slučaju tuženik je pristao na uvjete poslovanja, otvorio račun na Hotmailu (danas Outlook.com) te putem tog računa slao neželjenu elektroničku poštu i poruke opscenog sadržaja, što je bilo u suprotnosti s uvjetima na koje je pristao. Sud je odlučio kako je tuženik odgovoran za takvo ponašanje jer je klikom mišem pristao na uvjete koji su izričito zabranjivali slanje takve elektroničke pošte.⁵⁰ Slično je odlučeno i u jednom od rijetkih slučajeva koji se glede ovakvih ugovora vodio u EU-u (*El Majdoub vs. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*), gdje je 2015. godine odlučeno kako je klik mišem kraj kućice na kojoj je pisalo „Yes“ značio pristanak, posebno s obzirom na to da osoba nije mogla nastaviti dalje na mrežnoj stranici bez tog pristanka te je zato ta osoba morala biti svjesna da klik predstavlja pristanak.⁵¹ Svakako treba spomenuti i slučaj *Groff v. America Online, Inc.* iz 1998. godine, gdje je sud stao na stajalište kako je osoba klikom miša ustvari potpisala ugovor.⁵²

Iz navedenih slučajeva, no i ostale dostupne sudske prakse, vidljivo je kako su sudovi uglavnom zauzimali stav da su *clickwrap* ugovori valjani, i to u pravilu ako se može dokazati kako je korisnik doista kliknuo da se slaže, bez obzira na to je li to učinio namjerno ili ne, odnosno je li pročitao i razumio ono što u uvjetima poslovanja piše. Onda kada su sudovi odbili proglasiti ovakve ugovore valjanima, nije bilo dokaza da je osoba klikom miša dala svoj pristanak.⁵³

⁴⁸ Davis, Nathan, 2007., str. 580.

⁴⁹ Davis, Nathan J., Presumed assent: The judicial acceptance of clickwrap, Berkeley Technology Law Journal, god. 22., br. 1., 2007. str. 580.

⁵⁰ *Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc.*, <https://cyber.harvard.edu/ilaw/Contract/hotmail.html>, pristupljeno 9. veljače 2024.; Davis, N., J., str. 581.

⁵¹ Case C-322/14 *El Majdoub v CarsOnTheWeb* CR – general, ECLI:EU:C:2015:334, paragraf 40.

⁵² „Here, the plaintiff effectively ‘signed’ the agreement by clicking ‘I agree’ not once but twice. Under these circumstances, he should not be heard to complain that he did not see, read, etc., and is bound to the terms of his agreement“ *Groff v. America Online, Inc.*; <https://casetext.com/case/groff-v-america-online-inc>, pristupljeno 9. veljače 2024.

⁵³ Davis, Nathan, 2007., str. 579., 582.

Svakako je pozitivno kod ove vrste ugovora što pristupnik mora direktno dati svoj pristanak na uvjete poslovanja internetske platforme te što su uvjeti pod kojima posluje internetska platforma dostupni pristupniku, koji se s njima može upoznati prije nego što na njih pristane.⁵⁴ Za razliku od prve varijante ugovora koji je obrađen u ovom radu, kod kojih uvjeti poslovanja nisu i ne mogu biti poznati pristupniku prije nego što na njih pristane, autori smatraju kako *clickwrap* ugovori u mnogo većoj mjeri izgledaju kao klasična (papirnata) varijanta ugovora koji se sklapaju pristupanjem, čiji je potpuni sadržaj vidljiv onome koji na njega pristaje, prije nego što to učini.⁵⁵ S tim u vezi, *clickwrap* ugovori ne bi u hrvatskom pravnom sustavu izazivali probleme koji bi mogli nastati vezano uz *shrinkwrap* ugovore, s obzirom na to da su oni u skladu s odredbom članka 295., st. 5. – onaj tko pristaje na njih upoznat je ili može biti upoznat s njihovim sadržajem, prije nego što na njih pristane.

Kod *clickwrap* ugovora moguće je da je onaj tko mu pristupa slučajno kliknuo na kućicu i obvezao se na uvjete koje nije pročitao (a možda to nije ni želio).⁵⁶ Isto tako je moguće da ih je pročitao (barem neki dio), no nije točno shvatio odredbe na koje je pristao klikom mišem. Ipak, ovi problemi pogađaju samo onoga tko pristupa *clickwrap* ugovoru jer on sam odgovara ako je pogreškom dao svoju suglasnost ili, još gore, svjesno pristao na nešto što nije pročitao niti razumio.⁵⁷ Ipak, treba napomenuti kako u dostupnoj literaturi postoji nekoliko prijedloga kako bi se ovi problemi mogli izbjeći ili barem umanjiti, a koji nisu vezani samo uz korisnike mrežne stranice i njihovu obvezu čitanja uvjeta poslovanja, već su povezani s onima koji takve uvjete osmišljavaju. Naime, pojedini autori predlažu da bi se sadržaj (ne samo) *clickwrap* ugovora trebao pojednostavniti i približiti prosječnom korisniku; da bi trebali biti pisani jasnim i razumljivim jezikom te da bi se pristupateljima trebala skrenuti pozornost na odredbe koje su od osobite važnosti za njih.⁵⁸ Neki čak predlažu da bi se za određene odredbe trebao tražiti i dodatan pristanak (dodatan klik mišem).⁵⁹

Autorice ovog rada slažu se s time, posebno s obzirom na to što je većina uvjeta poslovanja koji su sadržani u ovakvim ugovorima prosječnom korisniku mrežne stranice potpuno nerazumljiva, teško se u njima snalaze kada pokušavaju pronaći odredbe koje ih zanimaju te zbog toga ni na koji način nemaju poticaja da ih prouče prije nego što na njih pristanu. Stoga bi doista bila dobra ideja da sastavljači takvih ugovora ulože više truda kako bi ove probleme zaobišli jer bi na taj način potencijalno izbjegli i probleme do kojih može doći u slučaju spora između njih i korisnika.

⁵⁴ Klasiček, Dubravka, 2021., str. 180.–181.

⁵⁵ Matić, Tin, 2008., str. 789.

⁵⁶ *Ibid.*, str. 790.

⁵⁷ Klasiček, Dubravka, 2021., str. 181.–182.

⁵⁸ Za primjere „drugačijih“, poboljšanih ugovora, vidjeti Hoffman David A., *Relational Contracts of Adhesion*, *University of Chicago Law Review*, god. 85., 2018., str. 1421.–1440.

⁵⁹ Kim, Nancy S., 2011., str. 1353.; Klasiček, Dubravka, 2021., str. 187.–188.

5. *BROWSEWRAP* UGOVORI

Osim mogućnosti da se pristanak na uvjete poslovanja internetske platforme dá izravnim klikom miša, moguć je još jedan način davanja suglasnosti na uvjete poslovanja, često da korisnik mrežne stranice uopće toga nije svjestan. Naime, u današnje vrijeme često se koristi ova treća inačica ugovora kod koje osoba, samim dolaskom na mrežnu stranicu, njezinim pretraživanjem (*browse*), odnosno skidanjem sadržaja s nje, neizravno pristaje na uvjete poslovanja internetske platforme.⁶⁰ Od ovog načina davanja pristanka (*browse*) i dolazi ime ovih ugovora.

Formiranje uvjeta poslovanja u obliku *browsewrap* ugovora trebalo je poslužiti tome da takav način pristanka na spomenute uvjete bude prilagođeniji korisniku. Naime, kod ovih ugovora od korisnika se ne traži nikakva aktivnost kao npr. kod *clickwrap* ugovora, nego se uzima da samim time što je došao na mrežnu stranicu pristaje na uvjete poslovanja internetske platforme. Ovo zbog činjenice što je ista unaprijed odlučila pod kojim uvjetima će poslovati i od njih ne odstupa, a ti uvjeti su uglavnom opširni i nejasni prosječnom čovjeku te su platforme svjesne da ih većina korisnika neće ni pokušavati čitati.⁶¹ Stoga su svoje uvjete poslovanja odlučili oblikovati kao *browsewrap* ugovore, da bi cijelo iskustvo bilo, kako su pojedine platforme naglasile, što više „*user friendly*“.⁶² No, to je dovelo do toga da korisnici uglavnom i ne znaju da su na nešto pristali svojim ponašanjem te nisu svjesni gdje se točno nalazi to na što su pristali. Zato su ovi ugovori možda i najkontroverzniji od svih obrađenih u ovom radu te sukladno tome, glede njih postoji možda i najviše tužbi nezadovoljnih pristupnika koji su tvrdili kako se na njih uvjeti poslovanja određene internetske platforme ne trebaju primjenjivati zato što za njih nisu znali.⁶³

I u našem pravnom sustavu oni bi izazivali probleme, s obzirom na to da ZOO određuje kako opći uvjeti moraju biti objavljeni na uobičajen način te da će obvezivati osobu koja na njih pristaje ako su joj poznati ili su joj morali biti poznati u trenutku sklapanja ugovora.⁶⁴ Kod *browsewrap* ugovora, ove pretpostavke u pravilu neće biti ispunjene jer je poveznica koja vodi do uvjeta poslovanja teško pronaći dok internetska platforma korisniku ne skreće pozornost na nju pa se samim time postavlja pitanje: je li ispunjen zahtjev da uvjeti moraju biti objavljeni na uobičajen način? Odgovor je uglavnom nega-

⁶⁰ Matić, Tin, 2008., str. 792.

⁶¹ Istraživanja su pokazala kako više od dvije trećine osoba ne čita uvjete poslovanja: npr. <https://www.law.ac.uk/about/press-releases/more-than-two-thirds-of-people-dont-read-their-contracts/>, pristupljeno 9. veljače 2024.

⁶² Shrivastava Srishiti Aishwarya, The Enforceability of Electronic Click Wrap and Browse Wrap Agreements, NLIU Law Review, god. 6., br. 1., 2016., str. 103.–104.

⁶³ Klasiček, Dubravka, 2021., str. 182.–183., 186.–187.

⁶⁴ Članak 295., st. 4. i 5. ZOO-a.

tivan, što onda rezultira time da strana koja pristaje na te uvjete, niti je upoznata niti se može upoznati s njihovim sadržajem.

Jedno od prvih spominjanja naziva *browsewrap* dogodilo se u slučaju *Pollstar v Gigmania Ltd.*⁶⁵ u kojemu je sud stao na stajalište da sama činjenica što je poveznica bila jako slabo vidljiva (siva slova na sivoj pozadini) nije razlog da sud proglasi ovaj ugovor ništetnim jer i inače osobe katkad sklapaju ugovor za korištenje određene usluge, a da se prethodno nisu upoznale s njegovim sadržajem.⁶⁶ Dakle, u ovom slučaju sud je ovaj ugovor proglasio valjanim. No, ovakav stav suda je rijetkost, što će pokazati i nekoliko sljedećih slučajeva. Naime, za *browsewrap* ugovore jedan od najznačajnijih predmeta bio je *Specht v. Netscape Communications Corp* u kojemu je sud utvrdio kako je ovakav ugovor nevaljan. Ovdje nije bila riječ o čistom *browsewrap* ugovoru, već o kombinaciji *clickwrap* i *browsewrap* ugovora. Kupac bi, kako bi mogao preuzeti softver, prvo morao klikom miša dati svoju suglasnost, dok je preuzeti softver u sebi sadržavao dodatak koji je bio povezan s drugim softverom, za čije preuzimanje nije bilo potrebno kliknuti i na taj način dati suglasnost, već je samo njegovo preuzimanje značilo da je kupac suglasan s uvjetima koji se odnose i na taj softver.⁶⁷ Treba naglasiti kako je dio ugovora koji je bio sastavljen u obliku *browsewrapa* bio vidljiv samo ako bi se korisnik spustio (*scroll*) posve ispod gumba koji je aktivirao program te ispod uputa za preuzimanje. Dakle, može se reći da su korisnici bili potaknuti da preuzmu softver prije nego što su mogli vidjeti uvjete poslovanja.⁶⁸ Zbog toga se sud složio s tužiteljima kako nisu dobili odgovarajuću obavijest o postojanju tih uvjeta te da se stoga oni na njih i ne bi trebali primjenjivati.⁶⁹

Jedan od rijetkih slučajeva u EU-u slučaj je *Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer*,⁷⁰ u kojemu je sud također odbio proglasiti ugovor koji je bio oblikovan kao *browsewrap*, valjanim. Često spominjan slučaj je i *Long v. Provide Commerce, Inc.*, gdje je poveznica koja je vodila do uvjeta poslovanja bila pisana slovima zelene boje, na pozadini koja je također bila zelena, doduše, malo drukčije nijanse od poveznice. I u ovom slučaju sud je zauzeo stav da je ona neprimjetna te da ju je teško uočiti i kad se zna gdje se nala-

⁶⁵ *Pollstar v. Gigmania Ltd.*, https://scholar.google.com/scholar_case?case=1097855858429084707&q=170+F.Supp.2d+974&hl=en&as_sdt=2002, pristupljeno 9. veljače 2024.

Kunz L. Christina; Ottaviani E. John; Ziff D. Elaine; Moringiello M. Juliet; Porter M. Kathleen; Debrow C. Jennifer, *Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements*, Business Lawyer (ABA), god. 59., br. 1, 2003., str. 283.

⁶⁶ *Pollstar v. Gigmania Ltd.*

⁶⁷ Garcia, Michelle, 2013., str. 44.

⁶⁸ Scranton David F., *Clickwrap or browsewrap: Enforceable website agreements*, Banking Law Journal, god. 119., br. 3., 2002., str. 292.

⁶⁹ *Specht v. Netscape Communications Corp.* https://cyber.harvard.edu/stjohns/Specht_v_Netscape.pdf, pristupljeno 9. veljače 2024.

⁷⁰ C-49/11 [2012] Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer CR – general, ECLI:EU:C:2012:419.

zi.⁷¹ Osim ovih, postoji još cijeli niz slučajeva u praksi američkih sudova koji su se vodili zbog činjenice da oni na koje su se trebali primjenjivati uvjeti sadržani u *browsewrap* ugovoru, nisu znali da takav ugovor uopće postoji niti gdje se nalazi.⁷²

Kako je vidljivo iz citiranih slučajeva, jedan od najvećih problema *browsewrap* ugovora njihova je nevidljivost i neznanje da se samim dolaskom na stranicu pristaje na uvjete prema kojima internetska platforma posluje. Poveznica s pomoću koje se dolazi do ovih uvjeta najčešće se nalazi na samom dnu mrežne stranice, gdje se nalazi još cijeli niz drugih poveznica pa je ovu koja vodi do uvjeta poslovanja često teško uočiti.⁷³ Katkad ta poveznica vodi do stranice na kojoj se nalaze dodatne poveznice koje onda dalje vode svaka na određeni dio uvjeta poslovanja.⁷⁴ Dodatni je problem što se od osobe koja pristupa ovom ugovoru, nigdje ne traži da ona doista ode na bilo koju od tih poveznica i pregleda uvjete poslovanja.⁷⁵ Dakle, toj osobi će se omogućiti da postigne sve što želi na mrežnoj stranici, a da joj se ne skrene pozornost da negdje postoji neka poveznica koja bi ju trebala odvesti na pravila koja reguliraju njezin odnos s platformom koja drži tu mrežnu stranicu. Stoga i ne iznenađuje što ovakvi ugovori izazivaju najviše problema i sudskih sporova.

Autorice se slažu s time da ovakvi ugovori potencijalno mogu dovesti do najviše nesporazuma, posebno onda kada je korisniku teško pronaći poveznicu (ili poveznice) koje vode do uvjeta poslovanja. S tim u vezi, internetske platforme koje su svoje uvjete poslovanja odlučile oblikovati kao *browsewrap* ugovore, trebale bi na neki način skrenuti pozornost korisnicima, čim dođu na mrežnu stranicu, da tim svojim dolaskom ili nekom aktivnošću – pretraživanjem ili skidanjem sadržaja s nje, pristaju na te uvjete. Također bi bilo preporučljivo da se poveznica koja vodi do tih uvjeta istakne kako bi ju korisnici bez problema pronašli. Inače se izlažu mogućnosti da zbog neuočljivosti takvog ugovora, sudovi odluče da on nije valjan jer korisnici nisu za njih mogli znati.⁷⁶ Ovo bi svakako bilo i u skladu s odredbama ZOO-a koji se odnosi na ugovore koji se sklapaju pristupanjem.

⁷¹ *Long v. Provide Commerce, Inc*, <https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1729412.html>, pristupljeno 9. veljače 2024.

⁷² Vidjeti npr. *Nguyen v. Barnes*, <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2014/08/18/12-56628.pdf>, pristupljeno 9. veljače 2024.; Cicirelli, Laura, Online Shopping: Buy One Lose Legal Rights for Free, *SetonHall Law Review* god. 46., br. 3., 2016., str. 1004.

⁷³ Vidjeti npr. eBay <https://www.ebay.com/>, Amazon <https://www.amazon.com/>, X (bivši Twitter) <https://twitter.com/?lang=en>, Facebook <https://www.facebook.com/>, sve pristupljeno 9. veljače 2024.

⁷⁴ Npr. Amazon https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=508088&ref_=footer_cou, Facebook https://www.facebook.com/policies_center/, sve pristupljeno 9. veljače 2024.

⁷⁵ Matić, Tin, 2008., str. 793.

⁷⁶ Scranton, David, F., 2002., str. 294.

6. ZAKLJUČAK

Velika većina ugovora koji se svakodnevno sklapaju ugovori su kojima jedna strana pristupa unaprijed određenim uvjetima koje je sastavila druga strana. Velik broj takvih ugovora danas se sklapa putem interneta, s tim da često onaj tko pristaje na uvjete pod kojima neka internetska platforma posluje, nije ni svjestan na što je pristao. Krivnja za ovakvu situaciju najviše leži na osobama koje žele nešto postići na mrežnoj stranici pa olako pristaju na uvjete poslovanja koje u pravilu nisu ni pročitali, a ako i jesu, nisu ih razumjeli. No, krivnja leži i na samim platformama zato što se katkad čini da žele iskoristiti neiskustvo i neznanje korisnika i skriviti uvjete pod kojim posluju, a koji reguliraju njihov odnos s korisnikom. Ovo se posebno vidi kod uvjeta poslovanja koji su oblikovani kao *browsewrap* ugovori kod kojih je poveznica koja vodi do spomenutih uvjeta – uglavnom teško uočljiva. Naime, ona se najčešće nalazi na samom dnu mrežne stranice, u moru raznih drugih poveznica pa ju je čak i osobi koja zna gdje bi trebala biti, teško na prvi pogled otkriti. Problem povezan s *browsewrap* ugovorima jest i činjenica da se korisnike većine mrežnih stranica ni na koji način ne obavještava da svojim boravkom na stranici, odnosno nekom aktivnošću na njoj, pristaju na uvjete poslovanja koji se kriju iza te poveznice. Zbog toga, kada dođe do spora između korisnika i internetske platforme, sudovi često staju na stranu korisnika koji tvrde kako nisu znali ni da postoje neki uvjeti poslovanja koje je sastavila platforma niti gdje bi ih mogli pronaći. Kod *clickwrap* ugovora ovaj problem ne postoji, s obzirom na to da na njih korisnik pristaje izravno – klikom miša i često mu se ne dopušta nastaviti dalje s onim što želi postići na mrežnoj stranici, izostane li taj klik. Zbog toga korisnici, u slučaju spora, ne mogu tvrditi kako nisu znali gdje se uvjeti poslovanja nalaze, no problem je što je i dalje moguće da su kliknuli a da uvjete nisu pročitali ili razumjeli. No, ovo je jedino njihova krivnja, ali treba voditi računa da bi i internetske platforme mogle svojim djelovanjem pomoći. Naime, mogli bi svoje uvjete poslovanja pisati prosječnom čovjeku razumljivijim jezikom i skrenuti korisnicima pozornost na pojedine uvjete koji bi mogli biti problematični, odnosno osobito važni za njih. Što se *shrinkwrap* ugovora tiče, kako je ovaj rad pokazao, najveći problem jest što stjecatelji proizvoda na njih pristaju prije nego što ih mogu pročitati. S tim u vezi, trebalo bi im se omogućiti odustanak od ugovora i povrat proizvoda, ako se ne slažu uvjetima poslovanja.

POPIS LITERATURE

Knjige:

1. Gavella, Nikola, Privatno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2019.
2. Klarić, Petar; Vedriš, Martin, Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2014.

Članci:

1. Cicirelli, Laura, Online Shopping: Buy One Lose Legal Rights for Free, *SetonHall Law Review* god. 46., br. 3., 2016., str. 991.–1020.
2. Condon, William, J. Jr., Electronic Assent to Online Contracts: Do Courts Consistently Enforce Clickwrap Agreements, *Regent University Law Review*, god. 16, br. 2., str. 433.–458.
3. Davis, Nathan J., Presumed assent: The judicial acceptance of clickwrap, *Berkeley Technology Law Journal*, god. 22., br. 1., 2007., str. 577.–598.
4. Garcia, Michelle, Browsewrap: A Unique Solution to the Slippery Slope of the Clickwrap Conundrum, *Campbell Law Review*, god. 36., br. 1., str. 31.–74.
5. Gatt, Adam, Electronic Commerce – Click-wrap Agreements: The Enforceability of Click-wrap Agreements, *Computer Law & Security Review*, god. 18., br. 6., 2002., str. 404.–410.
6. Goodman, Batya; Honey, I Shrink-Wrapped the Consumer: The shrink-wrap Agreement as an Adhesion Contract, *Cardozo Law Review*, god. 21., br. 1., 1999., str. 3319.–360.
7. Hayes, David L., The Enforceability of Shrinkwrap License Agreements On-Line and Off-Line, Fenwick & West, 1997., <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ShrinkwrapFenwick.pdf>, pristupljeno 9. veljače 2024.
8. Hoffman David A., Relational Contracts of Adhesion, *University of Chicago Law Review*, god. 85., 2018., str. 1395.–1461.
9. Kamantauskas, Povilas, Formation of Click-Wrap and Browse-Wrap Contracts, *Teises Apzvalga Law Review*, god. 12., 2015., str. 51.–88.
10. Kim, Nancy S., Clicking and Cringing, *Oregon Law Review*, god. 86., br. 3., 2007., str. 797.–864.
11. Kim, Nancy S., Contract's Adaptation and the Online Bargain, *University of Cincinnati Law Review*, god. 79., 2011., str. 1327.–1370.
12. Kim, Nancy S., Wrap Contracting and the Online Environment: Causes and Cures. u: *Research Handbook on Electronic Commerce Law*, Research Handbooks in Information Law, ur. John A. Rothchild, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham – Northampton, 2016., str. 11.–34.
13. Klasiček, Dubravka, Declarations of will in the digital environment and wrap contracts, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, god. 60., br. 92., 2021., str. 173.–194.
14. Klasiček, Dubravka, Sloboda volje ugovornih strana u kontekstu adhezijskih ugovora, s naglaskom na ugovore sklopljene putem informatičke mreže, *Filozofska istraživanja*, god. 42, br. 1., 2022., str. 105.–129.
15. Kunda, Ivana; Matanovac Vučković, Romana, Raspolaganje autorskim pravom na računalnom programu – materijalnopravni i kolizijskopravni aspekti, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, god. 31., br. 1., 2010., Supplement, str. 85.–132.

16. Kunz L. Christina; Ottaviani E. John; Ziff D. Elaine; Moringiello M. Juliet; Porter M. Kathleen; Debrow C. Jennifer, Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements, *Business Lawyer (ABA)*, god. 59., br. 1, 2003., str. 279.–312.
17. Lemley, Mark A., Intellectual Property and Shrink Wrap Licenses, *Southern California Law Review*, god. 68., br. 5., 1995., str. 1239.–1294.
18. Matić, Tin, Formularni ugovori u elektroničkom obliku (Sklapanje ugovora klikom miša – elektroničkim očitovanjem volje putem Interneta na web stranici – click wrap i browse wrap ugovori), *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. 58, br. 3., 2008., str. 779.–804.
19. Pistorius, Tana, Shrink-wrap and click-wrap agreements, *Juta's Business Law*, god. 7., br. 3., 1999., str. 79.–86.
20. Schwarz, Michael, Tear-Me-Open Software License Agreements: A Uniform Commercial Code Perspective on an Innovative Contract of Adhesion, *Computer L. J.*, god. 7., br. 2., 1986., str. 261.–288.
21. Scranton David F., Clickwrap or browsewrap: Enforceable website agreements, *Banking Law Journal*, god. 119., br. 3., 2002., str. 290.–299.
22. Shrivastava Srishti Aishwarya, The Enforceability of Electronic Click Wrap and Browse Wrap Agreements, *NLIU Law Review*, god. 6., br. 1., 2016., str. 98.–119.

Izvori prava:

1. Direktiva (EU) 2019/770 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2019. o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, *Službeni list Europske unije*, L 136/1.
2. Direktiva (EU) 2019/770 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2019. o određenim aspektima ugovora o kupoprodaji robe, izmjeni Uredbe (EU) 201/2394 i Direktive 2009/22/EZ te stavljanju izvan snage Direktive 1999/44/EZ, *Službeni list Europske unije*, L 136/28.
3. Zakon o obveznim odnosima, *Narodne novine*, broj 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018, 126/2021, 114/2022, 156/2022, 155/2023.

Sudska praksa:

1. C-49/11 [2012] *Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer* CR – general, ECLI:EU:C:2012:419.
2. C-322/14 *El Majdoub v CarsOnTheWeb* CR – general, ECLI:EU:C:2015:334.
3. *Groff v. America Online, Inc.*, <https://casetext.com/case/groff-v-america-online-inc>, pristupljeno 9. veljače 2024.; Klasiček, Dubravka, 2021., str. 181.
4. *Hotmail Corporation v. Van Money PieInc.*, <https://cyber.harvard.edu/ilaw/Contract/hotmail.html>, pristupljeno 9. veljače 2024.

5. Long v. Provide Commerce, Inc, <https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1729412.html>, pristupljeno 9. veljače 2024.
6. Nguyen v. Barnes, <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2014/08/18/12-56628.pdf>, pristupljeno 9. veljače 2024.
7. Pollstar v. Gigmania Ltd., https://scholar.google.com/scholar_case?case=1097855858429084707&q=170+F.Supp.2d+974&hl=en&as_sdt=2002, pristupljeno 9. veljače 2024.
8. ProCD, Inc. v. Zeidenberg, see: https://scholar.google.com/scholar_case?case=11811009805458694240, pristupljeno 9. veljače 2024.
9. Specht v. Netscape Communications Corp. https://cyber.harvard.edu/stjohns/Specht_v_Netscape.pdf, pristupljeno 9. veljače 2024.
10. Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Tech, <https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/contract/cases/step.htm>, pristupljeno 9. veljače 2024.
11. Vault Corp. v. Quaid Software, Ltd, <https://casetext.com/case/vault-corp-v-quaid-software-ltd-3>, pristupljeno 9. veljače 2024.

Mrežni izvori:

1. Amazon <https://www.amazon.com/>, pristupljeno 9. veljače 2024.
2. Amazon https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=508088&ref_=footer_cou, pristupljeno 9. veljače 2024.
3. Carvalho, J. M., Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771, SSRN, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3428550 pristupljeno 25. ožujka 2024
4. eBay <https://www.ebay.com/>, pristupljeno 9. veljače 2024.
5. Facebook https://www.facebook.com/policies_center/, pristupljeno 9. veljače 2024.
6. More than two thirds of people don't read or understand their contracts, <https://www.law.ac.uk/about/press-releases/more-than-two-thirds-of-people-dont-read-their-contracts/>, pristupljeno 9. veljače 2024.
7. The Origin of Click-Wrap: Software Shrink-Wrap Agreements, <https://www.wilmerhale.com/insights/publications/the-origin-of-click-wrap-software-shrink-wrap-agreements-march-22-2000>, pristupljeno 9. veljače 2024.
8. X (bivši Twitter) <https://twitter.com/?lang=en>, Facebook <https://www.facebook.com/>, pristupljeno 9. veljače 2024.

ONLINE CONTRACTS – SHRINKWRAP, CLICKWRAP AND BROWSEWRAP CONTRACTS

Abstract

Entering into a contract by accepting the pre-drawn conditions of one party, significantly speeds up, facilitates, and lowers the costs of its conclusion while on the other hand it entails certain negative consequences for the person who agrees to the conditions drawn up by someone else. When concluding such contracts, the party who agrees to them does not have the opportunity to negotiate their content, that person can only agree to or refuse them. A huge number of such contracts are concluded online today, without many of those who conclude them being aware of it at all.

Today, three types of contracts that are concluded by accepting terms of use of various internet platforms are most often mentioned, but it should be taken into account that many platforms do not have one “pure” type of this contract, but a combination of them. These three types are shrinkwrap, clickwrap, and browsewrap contracts, where the main difference is in the way the user agrees to them. In this paper, the authors will discuss these types of contracts, explaining their basic similarities and differences, their basic characteristics together with problems associated with them.

Keywords: *online contracts, browsewrap, clickwrap, shrinkwrap, terms of use, internet platform*