

Sveučilište u Splitu
Sveučilišni odjel za stručne studije

EUROPSKO TRŽIŠNO PRAVO
– odabrana poglavlja -

Web izdanje

Dr.sc. Ivan Akrap

Dr.sc. Mirella Rodin

2022.

SADRŽAJ

1. UVODNO O RAZLOZIMA ZAŠTITE POTROŠAČA	1
1.1. Zaštita potrošača u međunarodnom i europskom pravu.....	2
1.2. Zaštita potrošača u hrvatskom pravu.....	3
1.3. Pojmovi	3
1.3.1. Potrošač	4
1.3.2. Trgovac	5
2. NEPOŠTENE UGOVORNE ODREDBE	7
2.1. Tipski i adhezijski ugovori (formularno pravo)	7
2.2. Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima	8
2.3. Pojam nepoštenih ugovornih odredbi.....	8
2.4. Isključenje od primjene	10
2.5. "Siva lista" nepoštenih ugovornih odredbi	10
2.6. Okolnosti koje se uzimaju u obzir prilikom ocjene ugovora.....	11
2.7. Izuzeće u odnosu na glavni predmet ugovora i primjerenost cijen	12
2.8. Posljedice nepoštenosti ugovorne odredbe	13
2.9. Restitucijski zahtjev i zahtjev za naknadu štete	14
2.10. Zastara	14
3. SKLAPANJE UGOVORA IZVAN POSLOVNIH PROSTORIJA I UGOVORA NA DALJINU	17
3.1. Pojmovi	17
3.2. Formalne pretpostavke za ugovore sklopljene izvan poslovnih prostorija	19
3.3. Učinak jednostranog raskida ugovora	22
4. PROPISI O NEPOŠTENOM TRŽIŠNOM NATJECANJU U ODNOSIMA POSLOVNOG SUBJEKTA PREMA POTROŠAČU	26
4.1. Nepoštena poslovna praksa	26
4.3. Zavaravajuća poslovna praksa i agresivna poslovna praksa	31
4.4. Crne liste zavaravajućih i agresivnih poslovnih praksi	34
5. ZAŠTITA MIKRO, MALIH I SREDNJIH PODUZEĆA	37
5.1. Mikro, mala i srednja poduzeća	37
5.2. Nepošteno trgovanje prema Zakonu o trgovini	38
5.3. Zabrana nepoštenog oglašavanja.....	39
5.4. Zabrana nepoštene trgovačke prakse u lancu opskrbe hranom	40
5.5. Neobjavljene informacije s tržišnom vrijednosti (poslovna tajna).....	44
5.6. Promicanje poštenja i transparentnosti u odnosima internetskih platformi prema poslovnim korisnicima	47

1. UVODNO O RAZLOZIMA ZAŠTITE POTROŠAČA

Zaštita potrošača u EU započela je iz razloga tržišnih i socijalnih promjena s kojima se počeo suočavati potrošač u 20-om stoljeću. U drugoj polovici prošlog stoljeća potrošača se počelo gledati, ne više samo kao kupca ili korisnik dobara ili usluga za osobne, obiteljske ili grupne potrebe, već i kao osobu suočenu s različitim licima društva koji mogu utjecati na njega direktno ili indirektno kao potrošača.¹

Postoji više čimbenika zbog kojih se potrošač nalazi inferiornijem položaju od trgovca. Prvo, razlog može biti u tome što trgovac može imati veliku tržišnu i ekonomsku moć, može iskorištavati svoj položaj na tržištu namećući potrošaču nepravedne uvjete, cijene i sl. U uvjetima slobodne konkurencije smatra se da potrošač ima slobodu izbora ne ulaziti u ugovorni odnos s tim trgovcem. Međutim, potrošač i u uvjetima slobodne konkurencije i kod mogućnosti slobodnog izbora može biti u slabijem položaju od trgovca, jer postoji nejednakost u edukaciji i informiranosti trgovca i potrošača. Za razliku od potrošača, trgovci su profesionalci koji imaju više obrazovanja, iskustva, znanja i informacija na području svoje struke. Kako su najčešće potrošači isključeni iz procesa pregovora s ponudom "uzmi ili ostavi", zbog nedostatka informacija, mogu sklopiti za sebe nepovoljan ugovor. Nadalje, potrošači, kao građani pojedinci nemaju na raspolaganju financijsku mogućnost korištenja pravnih, ekonomskih ili tehničkih savjeta, a koje sve mogućnosti uživa jača strana u takvim odnosima.² Osim u fazi sklapanja ugovora, problem zbog neravnomjerne ekonomske moći može nastati i kod zahtijevanja štete od velikog trgovca, ako proizvod ima nedostataka. Troškovi postupka više financijski opterećuju potrošača, nego velikog trgovca. Također, ako je potrošač pretrpio malu štetu tada nije vjerojatno da će radi toga ustati s tužbom.

Osim što potrošači imaju manju ekonomsku snagu, malu ili nemaju uopće pregovaračku moć, imaju malo informacija, iskustva i znanja, smatra se kako oni imaju i vlastite karakteristike koje mogu utjecati na to da donesu lošu odluku o kupnji. Naime, smatra se da potrošači ne djeluju uvijek racionalno, da su lakomisleni i da im nedostaje samokontrole.³ Te mane svakako dolaze do izražaja kad se potrošači izlažu velikom broju raznovrsnih proizvoda, što utječe na nemogućnost njihove memorije cijena i svojstava velikog broja proizvoda, ali i vremenske mogućnosti za pažljivo i racionalno donošenje odluke, budući da im je u pravilu potražnja raznovrsna. Trgovci istražuju ponašanje i navike potrošača te ovisno o tome postavljaju raspored proizvoda u trgovini, raspored prodajnih prostora kako bi se potrošači što dulje zadržali u prostoru te ih i drugim dozvoljenim metodama pokušavaju uvjeriti da kupe dobra i usluge po njihovim uvjetima.

Zbog svih naprijed navedenih razloga potrošači se štite posebnim skupom pravila koji nazivamo pravom zaštite potrošača. Pristup te pravne grane nije prema materiji, već prema

¹ Vidi i: S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, op. cit., str. 6, A. Liha, *Zaštita potrošača u procesu proširenja Europske unije: Izazovi za Hrvatsku u knjizi Pridruživanje Hrvatske Europskoj Uniji- Izazovi institucionalnih prilagodbi*, Institut za javne financije, Zagreb, 2004, str. 192 i 193.

² D. Mlikotin Tomić, H. Horak, V. Šoljan, J. Pecotić- Kaufman, *Europsko tržišno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 2006, str. 185.

³ G. Rühl, *Consumer Protection in Choice of Law*, *Cornell International Law Journal*: Vol. 44: Iss. 3, članak 4, dostupno na: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol44/iss3/4>.

zaštićenim subjektima. Dakle, pravo zaštite potrošača je pravno područje koje se bavi zaštitom prava potrošača, odnosno fizičkih osoba koje izvan svojih trgovačkih, poslovnih, obrtničkih ili profesionalnih djelatnosti sklapaju pravne poslove ili djeluju na tržištu. Kako preostale grane prava uglavnom imaju pristup uređenja prema materiji, tako pravila o zaštiti potrošača osim u općem zakonu o zaštiti potrošača, možemo naći u mnogim propisima koja imaju pristup a *rationae materiae*.⁴ Odredbe vezane za potrošačke ugovore nalaze se i u člancima 402., 403. i 408. Zakona o obveznim odnosima (dalje – ZOO) vezano za materijalne nedostatke stvari, a ZOO uređuje i institut jamstva za ispravnost prodane stvari (garanciju), te institut odgovornosti za neispravan proizvod. Nastavno na navedeno, postavlja se i pitanje odnosa odredbi općeg obveznog prava i novog potrošačkog prava, koji su kod nas sadržani u zasebnim zakonima.

Pravo zaštite potrošača sastoji se od građanskopravnih i javnopravnih elemenata, što znači da se reguliraju građanski odnosi između trgovaca i potrošača, a na ispunjavanje obveza trgovaca prema potrošačima paze i tijela javne vlasti, jer je zaštita potrošača u javnom interesu.

1.1. Zaštita potrošača u međunarodnom i europskom pravu

Kao temelj zaštite prava potrošača u javnopravnoj sferi mogu se navesti Smjernice Ujedinjenih naroda, koje je Opća skupština usvojila Rezolucijom 39/248. Taj tekst počiva na idejama koje je istakao već 1962. godine američki predsjednik Kennedy. On je u svojem prijedlogu sugerirao da se zaštita potrošača oblikuje kao okosnica ovih četiri prava: prava na sigurnost, prava na informiranje, pravo izbora i pravo da se čuje glas potrošača. Međunarodna organizacija saveza potrošača (IOCU - International Organization of Consumers Unions) tome je dodala i sljedeća prava: pravo na zadovoljavanje osnovnih potreba, pravo na naknadu, pravo na obrazovanje i pravo na zdrav prirodni okoliš. Ovih osam prava inkorporirano je u spomenutoj Rezoluciji Opće skupštine UN, kao osnovna prava potrošača.

U okviru pravne regulative EU postoje brojni propisi koji se odnose na prava potrošača. U članku 38. Povelja Europske unije o temeljnim pravima (2016/C 202/02) pod naslovom zaštita potrošača navodi se kako "*Politike Unije osiguravaju visoku razinu zaštite potrošača*". Pravo zaštite potrošača u pravu EU ulazi u doseg podijeljenih ovlasti EU i država članica. S obzirom na broj stanovnika EU, potencijalnih potrošača, politika zaštite potrošača predstavlja jednu od najvažnijih politika EU. Temelji se na dvama glavnim načelima utvrđenima UFEU-om i to potrebom za poduzimanjem niza postupaka na razini EU-a radi zaštite zdravlja, sigurnosti i gospodarskih interesa potrošača te promicanja njihova prava na informiranje i obrazovanje i uzimanja u obzir zahtjeva zaštite potrošača pri utvrđivanju i provedbi drugih politika i aktivnosti EU.

Potrošač se štiti u ugovornim odnosima s trgovcem, sklopljenim neizravno ili na daljinu, od netransparentnosti određivanja cijena, u odnosu na sigurnost, okoliš i zaštitu zdravlja (npr. kod prodaje cigareta, alkohola, farmaceutskih proizvoda), nepoštenih ugovornih odredbi, prakti itd.⁵

⁴ Prava potrošača u RH regulirana su i brojnim drugim zakonima, koja imaju pristup a *rationae materiae* kao što su ZOO, Zakon o potrošačkom kreditiranju, Zakon o informiranju potrošača o hrani, Zakon o općoj sigurnosti proizvoda, Zakon o zaštiti prava pacijenata i dr.

⁵ Npr. Direktivom Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima (SL L 95, 21. 4. 1993.), Direktivom 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2002. o trgovanju na daljinu financijskim uslugama koje su namijenjene potrošačima i o izmjeni Direktive Vijeća 90/619/EEZ i direktiva

1.2. Zaštita potrošača u hrvatskom pravu

Prvi posebni Zakon o zaštiti potrošača (dalje ZZZP) u RH donesen je 29. svibnja 2003.⁶, koji je u primjeni od 8. rujna 2003., a do tada su se primjenjivale odredbe Zakona o trgovini⁷ koji je sadržavao samo 10 članaka o zaštiti potrošača. Pojedine odredbe o zaštiti potrošača sadržavali su i brojni drugi zakoni. Nastojeći očuvati cjelovitost i sustavnost Zakona o obveznim odnosima (dalje: ZOO), RH se odlučila na pristup po načelu *rationae personae* donoseći temelji i opći propis o zaštiti potrošača. Na taj način izbjegle su se i česte izmjene ZOO-a radi usklađivanja s europskim direktivama, jer zaštita potrošača je dinamično područje čiji razvoj još nije dovršen.⁸ U ZOO-u iz 2005. ipak su se preuzele pojedine direktive koje se odnose na zaštitu potrošača.⁹ Potrošači se tako kao posebna zaštićena skupina spominju u člancima 402., 403. i 408. ZOO-a koji reguliraju odgovornost za nedostatke prodane robe. Odnos ZZZP-a i ZOO-a je odnos posebnog prema općem, što znači da posebni zakon ima prednost prema općem. Naš ZZZP tako u čl. 4. st. 2. propisuje da se obveznoppravne odnose između potrošača i trgovca primjenjuju odredbe ZOO-a, ako nije drugačije propisano.

ZZP-om se uređuje zaštita osnovnih prava potrošača pri kupnji proizvoda i usluga, kao i pri drugim oblicima stjecanja proizvoda i usluga na tržištu, i to:

1. pravo na zaštitu ekonomskih interesa potrošača
2. pravo na zaštitu od opasnosti za život, zdravlje i imovinu
3. pravo na pravnu zaštitu potrošača
4. pravo na informiranje i izobrazbu potrošača
5. pravo na udruživanje potrošača u svrhu zaštite njihovih interesa
6. pravo na predstavljanje potrošača i sudjelovanje predstavnika potrošača u radu tijela koja rješavaju pitanja od njihova interesa.

Zakon o zaštiti potrošača¹⁰ propisuje koje su obveze trgovca prema potrošačima. Te obveze se odnose na označavanje proizvoda koji se stavlja u promet, na isticanje cijena na proizvodima i isticanje cijena za pružanje usluga, zatim na uvjete prodaje, na račun, na pisani prigovor, na raspolaganje osobnim podacima potrošača, na popravak i/ili održavanje proizvoda, na plaćanje predujmom, na ostavljanje oglasnih poruka i materijala, na plaćanje novčanih obveza, na neplaćena dospelja novčana potraživanja, te na ambalažu.

1.3. Pojmovi

97/7/EZ i 98/27/EZ (SL L 271, 9. 10. 2002.), Direktivom 98/6/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 1998. o zaštiti potrošača prilikom isticanja cijena proizvoda ponuđenih potrošačima (SL L 080, 18. 3. 1998.), Direktivom 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća (Tekst značajan za EGP) (SL L 304, 22. 11. 2011.), Direktivom 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi.

⁶ Narodne novine br. 96/2003.

⁷ Narodne novine, br. 53/91 kojim je preuzet Zakon o trgovini (Službeni list SFRJ, br. 46/90), 77/92 i 26/93).

⁸ E. Mišćenić, Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. IV, No. 1., travanj 2013., str. 145-176, dostupno na: [https://doi.org/366.54\(497.5\)](https://doi.org/366.54(497.5)), str. 3.

⁹ Direktive 90/314/EEZ, 1999/44/EEZ, 85/374/EEZ.

¹⁰ Narodne novine, broj NN 41/14, 110/15 i 14/19

Za razliku od obveznog prava, koje sudionike obveznog odnosa određuje prema njihovom položaju u tom odnosu- "vjerovnik" i "dužnik", sudionici na tržištu određuju se funkcionalno ovisno o svrsi djelovanja (poslovna ili privatna) kao što su "poduzetnik", "trgovac", "potrošač". Unutar tih kategorija daljnje podjele se rade prema njihovoj tržišnoj snazi (monopolist, poduzetnik u vladajućem položaju) ili veličini (malo i srednje poduzeće eng. SME- small and medium-sized enterprises, veliko poduzeće, eng. LE - large enterprises). U pravu zaštite potrošača koriste se pojmovi potrošač i trgovac.

1.3.1. Potrošač

Pojam "potrošač" ima dva glavna obilježja, i to prvo, mora se raditi o fizičkoj osobi¹¹ te drugo, u sklapanju pravnog posla mora djelovati na tržištu izvan svoje trgovačke ili profesionalne djelatnosti.¹² Direktiva 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi je izričito iz pojma potrošača isključila i obrtnike. Potrošač, dakle nije klijent, odnosno svaka osoba koja plaća proizvod ili uslugu, već samo ona koja je krajnji korisnik tog proizvoda ili usluge, odnosno ona koja ugovor sklapa radi zadovoljenja osobnih, obiteljskih ili kućanskih potreba.¹³ Stoga, na prava potrošača ne može se pozivati trgovac.¹⁴ Budući da se potrošač određuje negativno; kao „svaka osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu izvan svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti“, Sud EU razvio je restriktivno tumačenje pojma potrošača.¹⁵

Jedna ista osoba, može imati više uloga tj. ista osoba može djelovati u svojstvu potrošača u okviru određenih poslova i u svojstvu proizvođača ili pružatelja u okviru nekih drugih¹⁶, pa se u praksi ponekad može teško razgraničiti kada neka osoba sklapa ugovor kao potrošač, a kada kao trgovac. Sud EU je zato "svrhu ugovora" uzeo kao kriterij za razgraničenje potrošačkog od trgovačkog ugovora, pa potrošački ugovor određuje kao onaj ugovor koji je sklopljen u svrhu zadovoljenja vlastitih individualnih potreba u smislu privatne potrošnje. U predmetu *Benincasa*¹⁷ Sud EU je u izreci presudio da kada je ugovor sklopljen za obavljanje neke buduće djelatnosti, to nije potrošački ugovor, jer je njegova svrha trgovačkog odnosno profesionalnog karaktera.

¹¹ Npr. vidi izreka presude C-541/99 Cape Snc protiv Idealservice Srl (C-541/99) i Idealservice MN RE Sas protiv OMAI Srl (C-542/99) od 22.11.2001., ECLI:EU:C:2001:625.

¹² Kingisepp M. i Väriv A., *The Notion of Consumer in EU Consumer Acquis and the Consumer Rights Directive- A Significant Change of Paradigm?* *Juridica International XVIII/2011.*, (44- 53), str. 45, vidi i: presudu C- 150/77. Bertrand protiv Paul Ott KG od 21.6.1978., ECLI:EU:C:1978:137, toč. 21., presuda C-89/91. Shearson Lehmann Hutton Inc. protiv TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH od 19.1.1993., ECLI:EU:C:1993:15, toč. 22.

¹³ P. Brulez, op. cit., str. 4.

¹⁴ Presuda Suda EU C- 361/89 Kazneni postupak protiv Patrice Di Pinto od 14.3.1991., ECLI:EU:C:1991:118, toč. 1. izreke.

¹⁵ Npr. vidi presuda C-464/01 Johann Gruber protiv Bay Wa AG od 20.1.2005., ECLI:EU:C:2005:32., toč. 43., gdje se dodaje i da se pojam potrošačkog ugovora treba restriktivno tumačiti, jer pravila o potrošačkim ugovorima sadržanima u čl. 13. Briselske konvencije predstavljaju izuzetak od općeg pravila nadležnosti suda prema prebivalištu tuženika iz čl. 2. st. 1.

¹⁶ Na navedeno je sud podsjetio i u presudi C-110/14 Horațiu Ovidiu Costea protiv SC Volksbank România SA od 3.9.2015., ECLI:EU:C:2015:538, toč. 20.

¹⁷ Presuda C-269/95 Francesco Benincasa protiv Dentalkit Srl. od 3. srpnja 1997. ECLI:EU:C: 1997:337.

Neki ugovori mogu imati dvostruku svrhu; i potrošačku i poslovnu. U presudi *Gruber*¹⁸ Sud EU je u izreci presudio kako nije potrošački ugovor onaj koji je namijenjen djelomično za privatnu, a djelomično za poslovnu svrhu, osim ako je profesionalna svrha zanemariva u ukupnom kontekstu ponude. Prosudbu o tome Sud EU je prepustio sudu države članice koji treba uzeti u obzir objektivne činjenice, osim ako se osoba koja tvrdi da je potrošač, ponašala na takav način da je dala drugoj strani ugovora opravdano dojam da postupa u svrhu svog posla.

Pojam potrošača Sud EU određuje objektivno, što znači da ne ovisi o možebitnim konkretnim saznanjima predmetne osobe ili informacijama kojima ona stvarno raspolaže¹⁹ i funkcionalno, a to znači da se stranke trebaju promatrati s obzirom na njihovo svojstvo, odnosno njihovu funkciju, tako što treba ocijeniti pripada li sporni ugovorni odnos među djelovanja izvan okvira obrta, poduzeća i profesije.²⁰

1.3.2. Trgovac

Prema Zakonu o zaštiti potrošača „trgovac” znači „*bilo koja osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u okviru svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti, uključujući i osobu koja nastupa u ime ili za račun trgovca.*”²¹

Postoje različiti kriteriji koji bi mogli biti relevantni kod prosudbe radi li se o trgovcu ili potrošaču, kao što su: ima li prodavatelj ima motiv za stjecanje profita, broj, iznos i učestalost transakcija; promet prodavatelja; kupuje li prodavatelj proizvode kako bi ih preprodao. Za utvrđenje da li se radi o trgovcu irelevantan je pravni status i način financiranja. Tako su primjer trgovaca osobe čija je glavna djelatnost prodaja proizvoda on-line na vrlo čestoj osnovi, kupnje proizvoda i ponovne prodaje po višoj cijeni, organizacije koje obavljaju dobrotvorne ili etičke ciljeve kada obavljaju određenu djelatnost (na primjer prodaja proizvoda koji zadovoljavaju određene etičke standarde) prema potrošačima. Dakle, činjenica da je organizacija strukturirana kao "neprofitna" je nebitna za procjenu radi li se o trgovcu.²²

Sud EU je definiciju trgovca u presudi *BKK Mobil Oil*²³ protumačio široko polazeći od cilja zaštite potrošača te je naveo kako nije relevantno da li je tijelo u pitanju ili specijalna djelatnost javna ili privatna.²⁴ Stoga, Sud EU je presudio kako javno tijelo koje obavlja zadatak od javnog interesa, kao što je upravljanje sustavom javnog zdravstvenog osiguranja, spada u trgovce. Sud EU je u toj presudi naveo i kako izrazi „poduzetnik” i „trgovac” imaju isto

¹⁸ Presuda C-464/01 Johann Gruber protiv Bay Wa AG od 20.1.2005., ECLI:EU:C:2005:32.

¹⁹ Presuda C-110/14 Horațiu Ovidiu Costea protiv SC Volksbank România SA od 3.9.2015., ECLI:EU:C:2015:538, toč. 21., rješenje C-74/15 Dumitru Tarcău i Ileana Tarcău protiv Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA Arad i dr. od 19.11.2015., toč. 27.

²⁰ Npr. vidi: presuda C-488/11 Dirk Frederik Asbeek Brusse i Katarina de Man Garabito protiv Jahani BV. od 30.5.2013., ECLI:EU:C:2013:341, toč. 20 i 21, C-537/13 Birutė Šiba protiv Arūnasa Devėnasa od 15.1.2015., ECLI:EU:C:2015:14., toč. 21.

²¹ Čl. 5. st. 1. toč. 26. ZZP-a.

²² Upute Europske Komisije o implementaciji/ primjeni Direktive 2005/29/EZ, SWD (2016) 163 final, 25.5.2016., koja je implementirana u našem ZZP-u.

²³ Presuda C-59/12 od 3.10.2013., BKK Mobil Oil, 3 October 2013., ECLI:EU:C:2013:634.

²⁴ Vidi toč. 37 i izreku.

značenje i istovjetan pravni opseg.²⁵ Stoga pojam "svaka fizička i prava osoba" uključuje i tijela javne vlasti i pravne osobe s javnim ovlastima.²⁶

Definicija trgovac obuhvaća i osobe koje djeluju u ime ili za račun trgovca, jer je radi veza između različitih društava (oglašavanje, distribucija, poštanske narudžbe) često nemoguće identificirati, tko je točno odgovoran za povredu pravila.²⁷

Pojam trgovac, osim u Zakonu o zaštiti potrošača, sadržan je i u drugim pravnim propisima, te ima različito značenje. Na primjer, u trgovačkom ugovornom pravu sadržanom u ZOO-u primjenjuje se definicija sadržana u Zakonu o trgovačkom društvu prema kojoj je trgovac „pravna ili fizička osoba koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu.“²⁸ Za razliku od te definicije u Zakonu o trgovini trgovac se definira kao „pravna ili fizička osoba registrirana za obavljanje kupnje i prodaje robe i/ili pružanja usluga u trgovini.“²⁹

Prema tome trgovac je najšire definiran Zakonom o zaštiti potrošača, pa u primjeni pravila o zaštiti potrošača treba koristiti taj pojam u najširem značenju sukladno onom značenju koje ima u pravu EU.

²⁵ toč. 31.

²⁶ Direktiva 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima u čl. 2. toč. c) koristi pojam „prodavatelj (robe) ili pružatelj (usluge)” što znači "svaka fizička ili pravna osoba koja u ugovorima obuhvaćenima ovom Direktivom nastupa u okviru svojeg obrta, poduzeća i profesije, bez obzira na to je li u javnom ili privatnom vlasništvu."

²⁷ Amandman Europskog parlamenta br. 14. (prvo čitanje) na čl. 2. toč. c).

²⁸ Čl. 1. st. 1. ZTD-a.

²⁹ Čl. 4. st. 1. ZTD-a.

2. NEPOŠTENE UGOVORNE ODREDBE

Jedno od temeljnih načela obveznog prava – načelo autonomije volje³⁰, odnosno slobode sklapanja ugovora ovlašćuje sve potencijalne strane nekog obveznog odnosa da slobodno odluče žele li sklopiti određeni ugovor, s kim će ga sklopiti i konačno u kojem sadržaju će ga sklopiti.³¹ U tim odnosima oni bi trebali biti ravnopravni.³² Međutim, tako proklamirana pravna jednakost strana ne odgovara nužno i stvarnoj jednakosti strana koje na tržištu često ne uživaju jednaku ekonomsku snagu, odnosno nemaju pristup istim informacijama, niti imaju isto pravno znanje i vještine.³³ Stoga zakonodavac poseže za određenim korektivima, kojima želi ispraviti tu nejednakost. Jedno od sredstava za izjednačavanjem stvarne nejednakosti među stranama su i propisi o nepoštenim ugovornim odredbama. U hrvatskom zakonodavstvu ne postoji jedinstven zakon koji bi obuhvatio sve pravila vezana uz nepoštene ugovorne odredbe. Tu se prvenstveno ističe ZOO kao *lex generalis* koji regulira nepoštene ugovorne odredbe za sve tipove ugovora, dok su za potrošačke ugovore specijane odredbe sadržane u ZZP-u. Nepoštene ugovorne odredbe se ugovaraju kada strane nisu imale mogućnost pregovaranja o određenim odredbama ugovora. Stoga će se takve odredbe javljati prvenstveno u potrošačkim tipskim odnosno adhezijskim ugovorima, u kojima strana koja nije sastavljala ugovor, nije imala mogućnost da utječe na njegov sadržaj.

2.1. Tipski i adhezijski ugovori (formularno pravo)

Kako bi ubrzali i pojeftinili svoje poslovanje, trgovci rijetko sklapaju individualne ugovore sa svojim klijentima, nego unaprijed pripremaju obrasce ugovora koje onda predaju drugoj strani ne ostavljajući im mogućnost pregovaranja, ili je ta mogućnost znatno sužena. Takva tehnika zaključivanja ugovora zove se adhezijsko sklapanje ugovora ili sklapanje ugovora po pristupu. Kada se radi o adhezijskom ugovoru, predlagatelj tako pripremljenog obrasca ugovora predaje drugoj strani ugovor na potpis, bez mogućnosti izmjene njegovog sadržaja. Situacija je nešto drugačija ako se radi o tipskom ugovoru. Tipski ugovori ipak daju mogućnost odstupanja od predloženih odredbi ugovora, što znači da u tom slučaju pregovaranje ipak nije u cijelosti isključeno.³⁴ Najčešće su sadržaj i tipskih i adhezijskih ugovora opći uvjeti ugovora, odnosno opći uvjeti poslovanja. Radi se o ugovornim odredbama koje su sastavljene za veći broj ugovora koje jedna ugovorna strana prije ili u trenutku sklapanja ugovora predlaže drugoj strani, bilo da su sadržani u formularnom (tipskom) ugovoru ili da se na njih poziva.³⁵ Opći uvjeti poslovanja najčešće u praksi budu otisnuti na poleđini tipskog ugovora, ili se u samom ugovoru pojedina odredba poziva na njih, na način da naznačuje mjesto na kojem su oni objavljeni.³⁶ Dakle, prednost adhezijskog način zaključivanja ugovora svakako se svodi na

³⁰ Načelo autonomije volje proklamirano je u čl. 2. ZOO u kojem su postavljene i granice slobode ugovaranja. Naime, sloboda ugovaranja nije apsolutna, nego je ograničena okvirima koje postavlja zakonodavac, a to su Ustav Republike Hrvatske, prisilni propisi i moral društva.

³¹ Gorenc, V., u Gorenc, V. et al., Komentar zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005., str. 7.

³² Čl. 3. ZOO glasi: "Sudionici u obveznom odnosu ravnopravni su".

³³ Petrić, S., u Tomljnović, V., Petrić, S., Mišćenić, E., Nepoštene ugovorne odredbe, Rijeka, 2013.

³⁴ Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo, Zagreb, 2009., str. 407.

³⁵ Čl. 295. st. 1. ZOO

³⁶ To mjesto je najčešće mrežna stranica sastavljača takvog ugovora pa se u odredbi ugovora koja se poziva na to stavlja poveznica (*link*) na tu stranicu.

ubrzanje poslovanja, odnosno distribucije roba i usluga pa time i smanjenje ukupnih troškova poslovanja.³⁷ Takvo zaključivanje ugovora ima u tom slučaju prednost i za drugu stranu, jer bi se sigurno dio tih troškova, prelio na nju, ako bi se vodili pojedinačni pregovori i sklapali pojedinačni ugovor. Istovremeno, adhezijско ugovaranje značajno ograničava slobodu ugovaranja druge strane, potrošača, isključujući njegovu mogućnost da mijenja pojedine odredbe ugovora. Osim toga, u odnosu na trgovca, potrošač je neuka strana, koja slabo poznaje pravo ili ga uopće ne poznaje. Također, on je ekonomski slabija strana, koja u slučaju eventualnog spora, pogotovo ako se ne radi o značajnijem iznosu, neće niti ulaziti u spor, svjestan dodatnih (sudskih, odvjetničkih) troškova, koji mu predstavljaju veći teret od eventualnog uspjeha u sporu. Sva ta neravnoteža u odnosu ugovornih strana utjecala je na zakonodavca da proglašavanjem određenih ugovornih odredbi nepoštenim pokuša naći balans između načela slobode ugovaranja, s jedne strane i zaštite ravnopravnosti, s druge strane.

2.2. Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima

Zakon o zaštiti potrošača kao *lex specialis* u glavi II čl. 49. - 56. uređuje pojam nepoštenih ugovornih odredbi u potrošačkim ugovorima, kao i pravne posljedice njihovog ugovaranja.³⁸ Tim odredbama u naš pravni sustav implementirana je Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima. ZZP propisuje kombinaciju opće klauzule sadržane u čl. 49. i "sive liste" nepoštenih ugovornih odredaba u čl. 50.³⁹

2.3. Pojam nepoštenih ugovornih odredbi

U članku 49. st. 1. ZZP-a sadržana je opća klauzula koja glasi: "*Ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo smatra se nepoštenom ako, suprotno načelu savjestnosti i poštenja, uzrokuje znatnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača.*"

Prema tome, prva pretpostavka opće klauzule koja se mora zadovoljiti da bi određena odredba bila proglašena nepoštenom jest da se o određenoj ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo.⁴⁰ To ne znači nužno da se radi o tipskom ugovoru, iako će to biti najčešći slučaj, nego da se o toj odredbi nije pojedinačno pregovaralo, što dopušta i da se radi o ugovoru koji je sklopljen samo u jednom slučaju.⁴¹ Pri tom zakonodavac u čl. 49. st. 2. ZZP postavlja oborivu predmnjevu kako se o pojedinoj ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo ako je tu odredbu unaprijed formulirao trgovac, zbog čega potrošač nije imao utjecaja na njezin sadržaj,

³⁷ Petrić, S., op. cit. u bilj. 33, str. 19.

³⁸ U ZZP pojam nepoštenih ugovornih odredbi ulazi s njegovim donošenjem 2003. godine. Bila je to obveza koju je RH preuzeli sklapanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju s Europskom zajednicom 29 listopada 2001. Temelj za unošenje odredbi o nepoštenim ugovornim odredbama u ZZP bila je Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima.

³⁹ Postoje tri različita sustava kojima se nastoji riješiti problem nepoštenih ugovornih odredbi. Jedan je da se postavi opća klauzula, odnosno na općenit način opiše kakvo bi se ponašanje smatralo nepoštenim pa da sud od slučaja do slučaja, odredi odgovora li konkretno ponašanje općoj klauzuli i time ga proglasi ili ne proglasi nepoštenom odredbom. Drugi način je određivanje "crne" ili "sive" liste kojom se propisuju ponašanja koja predstavljaju nepoštene ugovorne odredbe. Treći način, koji je prihvatio naš ZZP je kombinacija prva dva.

⁴⁰ Vidi presudu ŽS u Osijeku od 16.9.2019., Gž 1973/2019-2

⁴¹ Petrić, S., op. cit. u bilj. 33, str. 18.

poglavito ako je riječ o odredbi unaprijed formuliranog standardnog ugovora trgovca. Treba naglasiti da iz sadržaja odredbe proizlazi da je dovoljno da je potrošaču dana mogućnost da se tijekom pregovora izjasni i utječe na sadržaj konkretne ugovorne odredbe koja se želi proglasiti nepoštenom. Ako mu je ta mogućnost dana, ali on olako prijeđe preko nje i ne iskoristi pregovore za postizanje povoljnije odredbe, prva pretpostavka opće klauzule nije zadovoljena. Prema tome, trgovac može oboriti predmnjevu iz čl. 49. st. 2. ZZP ako dokaže da je potrošaču bila dana mogućnost pregovaranja pa time i izmjene potencijalno nepoštenih ugovornih odredbi. Kako bi ipak zaštitio slabiju stranu, potrošača, zakonodavac teret dokaza stavlja na trgovca koji je dužan dokazati da se o pojedinoj odredbi u tipskom ugovoru pojedinačno pregovaralo.⁴² Moguće je da su strane pojedinačno pregovarale o pojedinim aspektima neke ugovorne odredbe pa radi toga neće biti moguće pozivati se na nepoštenost te konkretne odredbe o kojoj se pregovaralo. Međutim, to ne utječe na utvrđivanje nepoštenosti preostalih odredbi ugovora. Dakle, ako cjelokupna ocjena ugovora ukazuje na to da je riječ o unaprijed formuliranom standardnom ugovoru trgovca, činjenica što se pregovaralo samo o nekoj odredbi neće utjecati na mogućnost da se ostale odredbe toga ugovora ocijene nepoštenim.⁴³

Drugi kriterij koji se mora ispuniti kako bi pojedina odredba potrošačkog ugovora bila proglašena nepoštenom je postojanje "znatne neravnoteže" u pravima i obvezama strana, što za posljedicu ima stvaranje štete potrošaču. Jedini način na koji se može utvrditi "znatna neravnoteža" je proučiti činjenice svakog pojedinog slučaja i na temelju konkretnih okolnosti donijeti ocjenu je li došlo do znatne neravnoteže u pravima i obvezama strana. Svakako, za utvrđivanje postojanja neravnoteže mora se utvrditi kakav bi bio položaj potrošača da takve ugovorne odredbe nema. Ako bi položaj bio bolji, onda očito postoji neravnoteža.⁴⁴ Međutim i kada se utvrdi neravnoteža, ona mora odstupati od uobičajenosti, odnosno mora biti znatna.

Treći kriterij je da je ugovorna odredba protivna načelu savjesnosti i poštenja (lat. *bona fides*). Načelo savjesnosti i poštenja proklamirano u čl. 4. ZOO⁴⁵ jedno je od temeljnih načela obveznog prava, a propisuje dužnost savjesnog i poštenog postupanja u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa.⁴⁶ Ono podrazumijeva da se ne vodi računa samo o vlastitim interesima, već da se postupa i u skladu s interesima druge strane.⁴⁷ Načelo savjesnosti i poštenja omogućava da se pravne norme i pravni odnosi tumače sukladno njihovoj svrsi, odnosno volji stranaka, a ne da se primjenjuju ili tumače na formalan način te da se zloupotrebljavaju subjektivna prava.⁴⁸ Načelo savjesnosti i poštenja se primjenjuje u konkretnom slučaju ovisno o stajalištu prosječne osobe ili stajalištu poslovnih krugova za određenu djelatnost.⁴⁹ Između ostalog, sudovi bi posebno trebali uzeti u obzir odnos snaga u pregovaračkim pozicijama stranaka, utvrditi je li potrošač bio prinuđen prihvatiti određenu

⁴² Čl. 49. st. 4. ZZP

⁴³ Čl. 49. st. 3. ZZP

⁴⁴ Petrić, S., op. cit. u bilj. 33, str. 46.

⁴⁵ Čl. 4. ZOO glasi: "U zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici su dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja."

⁴⁶ Čl. 4. ZOO-a. Više vidi: M. Baretić, Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 24 (2003), 1; 571-616.

⁴⁷ V. Tomljenović, S. Petrić, E. Mišćenić, Nepoštenih ugovornih odredbi, Europski standardi i hrvatska provedba, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013. i vidi toč. 16. uvodne izjave Direktive 93/13 o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima.

⁴⁸ V. Gorenc, Komentar Zakona o obveznim odnosima, op. cit. u bilj. 31, str. 9.

⁴⁹ Ibid, str. 9. i 10.

odredbu ugovora, te je li roba ili usluga prodana ili pružena na temelju specijalnog naloga potrošača.⁵⁰

2.4. Isključenje od primjene

Odredbe o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima ne primjenjuju se na one ugovorne odredbe kojima se u ugovor unose zakonske odredbe prisilne prirode, odnosno kojima se u ugovor unose odredbe i načela konvencija koje obvezuju Republiku Hrvatsku. Naime, pretpostavlja se da zakonske ili regulatorne odredbe država članica kojima se izravno ili neizravno utvrđuju uvjeti potrošačkih ugovora ne sadrže nepoštene odredbe,⁵¹ jer se pretpostavlja da je nacionalni zakonodavac uspostavio ravnotežu između svih prava i obveza strana u određenim ugovorima.⁵² Direktiva 93/13 koristi izraz „obveznih zakonskih ili regulatornih odredaba”, a taj izraz obuhvaća i propise koji se u skladu sa zakonom primjenjuju na ugovorne stranke ako nisu utvrđena nikakva drukčija rješenja.⁵³

Sud EU je u predmetu C-81/19, presuda od 9.7.2020, NG, OH v SC Banca Transilvania SA, izričito pojasnio kako pojam „[prisilne] zakonske ili regulatorne odredbe”, obuhvaća, i dispozitivna pravila, navodeći kako se ne uspostavlja nikakva razlika između, s jedne strane, odredaba koje se primjenjuju neovisno o volji ugovornih stranaka i, s druge strane, dispozitivnih odredaba.⁵⁴ Stoga je u tom konkretnom predmetu Sud EU presudio kako ugovorna odredba (koja je odražavala tzv. načelo „monetarnog nominalizma” propisano zakonskom dispozitivnom normom) ne ulazi u područje primjene te direktive.

S obzirom na cilj zaštite potrošača od nepoštenih odredbi u ugovorima koje su prodavatelji robe ili pružatelji usluga sklopili s njima, Sud EU ističe kako ipak navedenu iznimku od primjene treba tumačiti usko kako bi se osigurao njezin korisni učinak.⁵⁵

2.5. "Siva lista" nepoštenih ugovornih odredbi

Uz opću klauzulu nepoštenosti iz čl. 49., ZZP navodi i listu nepoštenih ugovornih odredbi koja ima indikativno značenje, odnosno zbog svojeg uobičajenog utjecaja na položaj strana u ugovoru navodi na zaključak da bi mogla biti nepoštena. Siva lista znači da to nije zatvorena lista, odnosno da mogu postojati nepoštene ugovorne odredbe koje se ne nalaze na tom popisu. U tom slučaju, ispitivanje nepoštenosti obavlja se primjenom opće klauzule iz 1. 49. st. 1. ZZP-a. To ne znači nužno da će svaka od tih odredbi biti proglašena nepoštenom. Naime, bez obzira na njihovo navođenje kao potencijalno nepoštenih odredbi, one mogu biti proglašene i kao poštene. To će biti, ako iako udovoljavaju kriteriju sa sive liste, ne

⁵⁰ Recital 16. Preambule Direktive 93/13 EEZ

⁵¹ Toč. 13. uvodne izjave Direktive 93/13.

⁵² Tako i u presudama od 21. ožujka 2013., RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, t. 28. i od 3. travnja 2019., Aqua Med, C 266/18, EU:C:2019:282, t. 33.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Presuda od 9.7.2020, NG, OH v SC Banca Transilvania SA, Case C-81/19, t. 34.

⁵⁵ Presuda od 26. ožujka 2020. Mikrokasa S. A., Revenue Niestandaryzowany Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty, C 779/18, EU:C:2020:236 t. 52., Presuda od 3.9.2020., Profi Credit Polska SA v QJ (84) i BW v DR (222) i QL v CG (252), spojeni slučajevi C-84/19, C-222/19 i C-252/19, toč. 52., presuda od 10. rujna 2014., Kušionová, C 34/13, EU:C:2014:2189, t. 77. i od 20. rujna 2018., OTP Bank i OTP Faktoring, C 51/17, EU:C:2018:750, t. 54.

udovoljavaju kriterijima opće klauzule nepoštenosti iz čl. 49.⁵⁶ Tek ako takve indikativne klauzule udovolje svim uvjetima iz opće klauzule, one će biti proglašene nepoštenim. Pojedine ugovorne odredbe koje se mogu smatrati nepoštenim propisane su čl. 50. ZZP.⁵⁷

2.6. Okolnosti koje se uzimaju u obzir prilikom ocjene ugovora

Prilikom ocjene je li određena ugovorna odredba poštena uzimat će se u obzir priroda proizvoda ili usluge koji predstavljaju predmet ugovora, sve okolnosti prije i prilikom sklapanja ugovora, ostale ugovorne odredbe, kao i neki drugi ugovor koji, s obzirom na ugovor koji se ocjenjuje, predstavlja glavni ugovor.⁵⁸ Prema tome, obveza je suda da prilikom svake procjene je li određena odredba nepoštena ili nije vodi računa o okolnostima prije i prilikom sklapanja ugovora. Pri toj ocjeni, sud će uzimati u obzir je li trgovac u skladu s načelom savjesnosti i poštenja pružio potrošaču sve bitne informacije o njegovim pravima i obvezama iz budućeg ugovora na temelju kojih bi on mogao donijeti odluku hoće li sklopiti taj konkretni ugovor.⁵⁹ Također, priroda proizvoda ili usluge utjecat će na to da za određene usluge i robu obveza

⁵⁶ Drugačiji je pravni položaj tzv. "crne liste" koja predstavlja listu apsolutno ništetnih klauzula, pa nije potrebno da one dodatno zadovolje kriterije opće klauzule.

⁵⁷ To su: 1. odredba o ograničenju ili isključenju odgovornosti trgovca za štetu uzrokovanu smrću ili tjelesnom ozljedom potrošača, ako je šteta posljedica štetne radnje trgovca, 2. odredba o ograničenju ili isključenju prava koja potrošač ima prema trgovcu ili nekoj trećoj osobi u slučaju potpunog ili djelomičnog neispunjenja ugovora, uključujući i odredbu o isključenju prijetoja potrošačeva duga s dugom koji trgovac ima prema potrošaču, 3. odredba kojom se potrošač obvezuje na ispunjenje ugovorne činidbe, dok je ispunjenje obveze trgovca uvjetovano okolnošću čije ispunjenje ovisi isključivo o volji trgovca, 4. odredba kojom se predviđa da trgovac zadrži plaćeno od strane potrošača kada ovaj odluči da neće sklopiti, odnosno ne ispuni ugovor, dok se isto pravo ne predviđa za potrošača u slučaju da trgovac ne želi sklopiti, odnosno ne ispuni ugovor, 5. odredba kojom se potrošač obvezuje platiti nadoknadu štete zbog neispunjenja koja je znatno veća od stvarne štete, 6. odredba kojom se trgovca ovlašćuje na raskid ugovora na temelju njegove diskrecijske ocjene, dok isto pravo nije predviđeno i za potrošača, 7. odredba kojom se trgovca ovlašćuje da, u slučaju kada raskine ugovor, zadrži plaćeno za usluge koje još nije obavio, 8. odredba kojom se trgovca ovlašćuje na otkaz ugovora sklopljenog na neodređeno vrijeme bez ostavljanja razumnog otkaznog roka, osim u slučajevima kada postoje opravdani razlozi za otkaz, 9. odredba kojom se određuje da će se ugovor na određeno vrijeme produžiti na neodređeno ili određeno vrijeme ne izjavi li potrošač, prije prestanka ugovora, da ne želi produženje ugovora, ako je rok u kojem potrošač to može izjaviti nerazumno kratak, 10. odredba kojom se potrošaču nameću određene obveze, a da potrošač prije sklapanja ugovora nije bio u mogućnosti upoznati se s tom odredbom, 11. odredba kojom se trgovcu dopušta da jednostrano mijenja ugovorne odredbe bez valjanog, ugovorom predviđenog razloga, 12. odredba kojom se trgovcu dopušta da jednostrano mijenja obilježja proizvoda ili usluge koji su predmet ugovora, bez valjanog razloga, 13. odredba kojom se cijena robe ili usluge utvrđuje u vrijeme isporuke robe, odnosno pružanja usluge ili odredba kojom se trgovcu dopušta povećanje cijene, u oba slučaja ne priznajući pritom potrošaču pravo na raskid ugovora, ako je stvarna cijena znatno viša od cijene dogovorene u vrijeme sklapanja ugovora, 14. odredba kojom se trgovcu daje pravo ocijeniti je li prodana roba ili pružena usluga u skladu s ugovorom, 15. odredba kojom se trgovcu daje isključivo pravo tumačenja svih ili pojedinih odredaba ugovora, 16. odredba kojom se isključuje ili ograničava odgovornost trgovca za obveze koje je za njega preuzeo njegov zastupnik ili odredba kojom se dužnost poštovanja tih obveza uvjetuje ispunjenjem određenih formalnosti, 17. odredba kojom se obvezuje potrošača na ispunjenje njegovih ugovornih obveza čak i u slučajevima kada trgovac nije ispunio svoje ugovorne obveze, 18. odredba kojom se trgovcu dopušta da, bez prethodnog pristanka potrošača, prenese prava i obveze iz ugovora na treću osobu, ako se potrošač time dovodi u nepovoljniji položaj, 19. odredba kojom se isključuje, ograničava ili otežava pravo potrošača da prava iz ugovora ostvari pred sudom ili drugim nadležnim tijelom, a poglavito odredba kojom se obvezuje potrošača na rješavanje spora pred arbitražom koja nije predviđena mjerodavnim pravom, odredba koja onemogućava izvođenje dokaza koji idu u prilog potrošaču ili odredba kojom se teret dokaza prebacuje na potrošača kada bi, prema mjerodavnom pravu, teret dokaza bio na trgovcu.

⁵⁸ Čl. 51. ZZP

⁵⁹ Vremensko određenje koje je postavljeno prije i tijekom sklapanja ugovora unutar kojeg sud vrednuje određene okolnosti bitne za donošenje odluke može dovesti do situacije da je pojedina odredba po tom kriteriju ništetna za vrijeme sklapanja ugovora, a da bi se nakon toga, radi izmijenjenih okolnosti opet smatrala poštenom.

trgovca prema potrošaču bude različitog opsega. Svakako da će ona biti šira, ako se radi o proizvodima složenijih tehničkih karakteristika, nego ako se radi o robi svakodnevne upotrebe. I ostale ugovorne odredbe, za koje primarno nije pokrenut postupak za utvrđenje nepoštenosti, uzimaju se u obzir prilikom procjene nepoštenosti pojedine odredbe, jer često s njom čine cjelinu pa je nemoguće procjenjivati jednu bez njezinog odnosa prema toj drugoj odredbi. Na primjer u presudi Suda EU od 10.9.2020., A v B, C; C-738/19⁶⁰ sud je naveo da je u svrhu ocjene nepoštenosti pojedine odredbe potrebno ocijeniti kumulativni učinak svih odredbi navedenog ugovora (načelo kumulativnog učinka). Naime, sve odredbe ugovora nemaju istu važnost, a stupanj povezanosti dane odredbe s drugim odredbama nužno ovisi o njihovu dosegu kao i o mjeri u kojoj svaka od njih doprinosi mogućoj znatnijoj neravnoteži u pravima i obvezama stranaka proizišlima iz predmetnog ugovora.⁶¹ Stoga, Sud EU je u tom slučaju presudio da kako bi se ocijenilo je li iznos naknade (ugovorna kazna u iznosu od 5000 eura u slučaju povrede zabrane davanja stana u podnajam) nametnut potrošaču eventualno nerazmjerno visok, osobitu važnost treba pridati onima od tih odredbi (odredbe o naknadi štete) koje se odnose na istu povredu. Dakle, odredba o ugovornoj kazni sama po sebi nije nepoštena, ali gledajući zajedno s odredbom da za isto djelo potrošač mora uz ugovornu kaznu naknaditi i štetu, može biti ako je iznos koji mora platiti potrošač, u odnosu na počinjeno djelo (davanje stana u podnajam) nerazmjerno visok.

2.7. Izuzeće u odnosu na glavni predmet ugovora i primjerenost cijena

Iz ocjene kojom se pojedina ugovorna klauzula ocjenjuje nepoštenom, pod određenim uvjetima, isključene su odredbe o predmetu ugovora i cijeni. Time je postavljeno ograničenje kod ispitivanja svih ugovornih odredbi.⁶² Odredbe o predmetu i cijeni su bitni elementi ugovora, bez čije suglasnosti ugovor niti ne nastaje. Razlog za ovakvo ograničenje opravdano je činjenicom da s obzirom na važnost bitnih elemenata ugovora, svaka strana, pa tako i potrošač mora posebno voditi računa o sadržaju tih odredbi i njihovom pravnom i gospodarskom dosegu.⁶³ Također, ove odredbe bi trebale biti podložne pregovorima, odnosno potrošač bi trebao imati mogućnost utjecati na njihov sadržaj.⁶⁴

Sud EU je pojasnio kako se ugovorne odredbe koje su obuhvaćene pojmom „glavni predmet ugovora” trebaju shvatiti kao one koje utvrđuju bitne činidbe tog ugovora i koje ga kao takve određuju. Nasuprot tomu, odredbe koje su akcesornog značaja u usporedbi s onima koje definiraju samu bit ugovornog odnosa ne mogu biti obuhvaćene tim pojmom.⁶⁵

⁶⁰Presuda od 10.9.2020. A protiv B i C, EU:C:2020:687

⁶¹ Para. 26. obrazloženja presude.

⁶² Iako je Recital 19. Direktive 93/13 EEZ omogućavao u određenom opsegu ograničenje odredbe o isključivanju sudske kontrole nepoštenosti odredbi o predmetu i cijeni, naš se zakonodavac u čl. 52. ZZP nije odlučio prihvatiti to ograničenje. Naime, jasno je propisano da se ispitivanje nepoštenosti ne odnosi na odredbe kojima se opisuje odnos kvalitete i cijene ponuđene robe ili usluge, što bi značilo da iako je zabranjeno ispitivanje odredbe o cijeni, sve ostale odredbe koje se tiču npr. načina obračuna cijene ili načina plaćanja, mogle biti podvrgnute kontroli. Također, mogućnost da se glavni predmet ugovora, kao i odnos kvalitete i cijene, ipak mogu uzeti u obzir prilikom ocjene nepoštenosti ostalih odredbe je propušten, čime je propuštena prilika da se barem posredno kontrolira (ne)poštenost odredbi o predmetu i cijeni.

⁶³ Petrić, S., op. cit. u bilj. 33, str. 56.

⁶⁴ Ibid str. 56.

⁶⁵ Vidi Presudu od 16.7.2020., 2020, CY and Others v Caixabank SA i Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, spojeni predmeti C-224/19 i C-259/19.

Međutim, prema čl. 52. ZPP dopušteno je ocjenjivati i jesu li ugovorne odredbe o predmetu ugovora i primjerenosti cijene poštene i to ako su te odredbe nejasne, nerazumljive i neuočljive, odnosno ako ne udovoljavaju načelu transparentnosti.

2.8. Posljedice nepoštenosti ugovorne odredbe

Utvrđenje ugovorne odredbe nepoštenom ima za posljedicu njezinu nišetnost.⁶⁶ Nišetnost je najteža sankcija koju pravni poredak može propisati za određeni pravni posao, jer se nišetna odredba uzima kao da nikada nije postojala.⁶⁷ ZPP u čl. 55. st. 2. propisuje da djelomična nišetnost neke odredbe ugovora ne povlači za sobom nišetnost cijelog ugovora. Čak i da ZPP ne sadrži takvu odredbu, ona bi se supsidijarno primjenjivala po ZOO, koji sadrži identičnu odredbu u čl. 324. Smisao ove odredbe je afirmacija sklopljenog ugovora, odnosno ostavljanje ugovora na snazi u onom dijelu u kojem nije proglašena nišetnost pojedine odredbe, pod uvjetom da ugovor može opstati bez te nišetne odredbe. ZPP po uzoru na Direktivu 93/13 ne propisuje nikakve dodatne odredbe o nišetnosti kao pravnoj posljedici utvrđenja nepoštenosti pojedine ugovorne odredbe. U hrvatskom pravu člankom 4. st. 2. ZPP-a propisana je supsidijarna primjena ZOO-a za sve obveznoppravne odnose između trgovca i potrošača. Stoga bi, što se tiče rokova za isticanje nišetnosti bila primjenjiva odredba čl. 328. ZOO prema kojoj se pravo na isticanje nišetnosti ne gasi, što znači da je vrijeme za isticanje nišetnosti neograničeno. Također, što se tiče kruga ovlaštenika na isticanje nišetnosti, sukladno supsidijarnoj primjeni čl. 327. ZOO-a na nišetnost može pozivati svaka zainteresirana osoba. Sukladno odredbi iz čl. 327. st. 1. ZOO-a na nišetnost sud pazi po službenoj dužnosti i na nju se može pozivati svaka zainteresirana osoba.

Prema tome, u parničnom postupku i kada stranke ne prigovaraju nišetnosti, sud ima dužnost paziti je li ugovorna odredba nišetna ili je li nišetan ugovor u cijelosti. Vrhovni sud RH je u odluci Rev 3357/2018-4 od 26. listopada 2021. naveo kako se o nišetnosti ugovora (o kreditu) može se po službenoj dužnosti odlučivati i u parnicama radi utvrđenja da je ovrha nedopuštena. Sudska praksa npr. u predmetu Županijskog suda u Varaždinu, broj odluke: Gž Ovr-1023/16-2 od 02.06.2017. navodi kako se o nišetnosti ugovora o kreditu ne može se raspravljati u ovršnom postupku. Dakle, svakako bilo bi potrebno pokrenuti parnični postupak radi utvrđenja nišetnosti ili radi proglašenja ovrhe nedopuštenom. Sud EU je u presudi C-49/14 od 18. veljače 2016. u odnosu na španjolski propis i u presudi C-407/18 od 26. lipnja 2019. u odnosu na slovenski propis tumačeći Direktivu 93/13 presudio kako se načelu djelotvornosti protivi nacionalni propis prema kojem sud nema mogućnost u ovršnom postupku, bilo na prijedlog potrošača ili po službenoj dužnosti, ispitati jesu li odredbe sadržane u ovršnoj ispravi nepoštene i po toj osnovi odgoditi zatraženu ovrhu. Sud je istaknuo kako je vjerojatno da bi prije došlo do prodaje nekretnine u ovršnom postupku, nego što bi sud donio odluku u postupku u kojem se utvrđuje nišetnost ugovorne odredbe. Sve i kad bi uspio u postupku utvrditi nišetnost, zaštita bi bila *a posteriori* u vidu naknade štete, a takva zaštita da je nepotpuna i nedovoljna, osobito ako bi se radilo o stanu potrošača i njegove obitelji. Stoga, takva *a posteriori* zaštita da ne predstavlja odgovarajuće i učinkovito sredstvo te je suprotno cilju iz čl.

⁶⁶ Čl. 55. st. 1. ZPP

⁶⁷ Klarić, P., Vedriš, M., op. cit u bilj. 34, str. 137.

7. st. 1. Direktive 93/13.⁶⁸ Međutim, Sud EU nije našao povredu tih načela (čl. 6. st. 1. i čl. 7. st. 1.) kod nacionalnog propisa prema kojem javni bilježnik ne pazi na ništetnost ugovornih odredbi kada na javnu ispravu koju je sastavio, a odnosi se na ugovor sklopljen između prodavatelja robe ili pružatelja usluge i potrošača, stavlja potvrdu o ovršnosti ili je odbija ukinuti.⁶⁹ No, u istom predmetu Sud EU je presudio i kako je protivan čl. 7. st. 1. Direktive nacionalni propis prema kojem sud nema ovlast ispitivati eventualnu nepoštenost ugovornih odredbi kad mu je podnesen zahtjev za izdavanje platnog naloga, kada pravo na podnošenje prigovora ne omogućuje osiguranje zaštite prava potrošača po Direktivi.⁷⁰

2.9. Restitucijski zahtjev i zahtjev za naknadu štete

Direktiva 93/13 ne propisuje posljedice ništetnosti ugovornih odredbi. No, općeprihvaćeno načelo država članica jest da u slučaju ništetnosti svatko vraća što je primio. Čl. 323. ZOO-a propisuje kako je u slučaju ništetnosti svaka ugovorna strana dužna vratiti drugoj sve ono što je primila na temelju takva ugovora, a ako to nije moguće, ili ako se narav onoga što je ispunjeno protivi vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu, prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, ako zakon što drugo ne određuje. Usto, ako je ugovaratelj kriv za sklapanje ništetnog ugovora odgovoran je svome suugovaratelju i za štetu koju trpi zbog ništetnosti ugovora ako ovaj nije znao ili prema okolnostima nije morao znati za postojanje uzroka ništetnosti. Prema tome, potrošač u slučaju postojanja ništetnosti ugovornih odredbi ustaje protiv trgovca tužbom radi isplate.⁷¹

2.10. Zastara

Pitanje koje nije regulirano Direktivom 93/13, ali se postavilo pred Sudom EU je pitanje zastare. Sud EU u presudi u spojenim predmetima C-776/19 do C-782/19 BNP Paribas Personal Finance istakao je razliku između zastarnog roka kod zahtjeva potrošača za utvrđenje nepoštenosti odredbe te zastarnog roka kod zahtjeva potrošača radi povrata neosnovano plaćenih iznosa na temelju nepoštenih odredaba.⁷² Sud je istaknuo da se kod zahtjeva za isticanje nepoštenosti ne može primjenjivati nikakav zastarni rok,⁷³ što je objasnio time da ugovornu odredbu koja je proglašena nepoštenom u načelu valja smatrati kao da nikada nije postojala, tako da ne može imati učinak u odnosu na potrošača. Sudsko utvrđenje nepoštenosti ugovorne odredbe da mora u načelu imati za posljedicu ponovnu uspostavu pravne i činjenične situacije u kojoj bi se potrošač nalazio da te odredbe nije bilo.⁷⁴ Dakle ovakav stav Suda EU u potpunosti odgovara rješenjima našeg ZOO-a, koji također prihvaća *ex tunc* djelovanje ništetne ugovorne odredbe. No, dvojba i pred našim sudovima pojavila se kod pitanja zastarnog roka za

⁶⁸ Presuda u predmetu C-407/19, toč. 62. i tamo navedenu sudsku praksu.

⁶⁹ Presuda Suda (treće vijeće) od 1. listopada 2015. (zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Fővárosi Törvényszék - Mađarska) – Erste Bank Hungary Zrt protiv Attilé Sugára (predmet C-32/14), izreka, toč. 1.

⁷⁰ Ibid, izreka, toč. 2.

⁷¹ Prvotno je Zakon o parničnom postupku sadržavao pojam "naknade štete", ali se izmjenama iz 2019. godine taj izraz zamijenio prikladnijim izrazom "isplate".

⁷² Toč. 34. obrazloženja presude.

⁷³ Presuda u spojenim predmetima C-776/19 do C-782/19 BNP Paribas Personal Finance, toč. 38.

⁷⁴ presude od 21. prosinca 2016., Gutiérrez Naranjo i dr., C-154/15, C-307/15 i C-308/15, EU:C:2016:980, t. 61. i 62., presuda u spojenim predmetima C-776/19 do C-782/19 BNP Paribas Personal Finance, toč. 37.

postavljanje tužbenog zahtjeva radi povrata neosnovano plaćenih iznosa na temelju nepoštenih odredaba. Sud EU u ovom slučaju opravdava propisivanje nacionalnim pravom zastarnih rokovi radi pravne sigurnosti, ako su oni razumni na način da u praksi ne onemogućavaju ili pretjerano otežavaju korištenje prava koja priznaje pravni poredak Unije (načelo djelotvornosti) i ako su stvarno dovoljni da bi potrošaču omogućili pripremu i podnošenje djelotvornog pravnog lijeka⁷⁵ ističući kako zaštita potrošača nije apsolutna.⁷⁶

Pitanje zastare Sud EU je uz načelo djelotvornosti tumačio i vezano je za načelo ekvivalentnosti koje znači da pružena zaštita ne smije biti nepovoljnija od sličnih pravnih sredstva u nacionalnom pravu.⁷⁷ Sud je zastarne rokove u trajanju od tri i pet godina ocijenio sukladnim s načelom djelotvornosti navodeći da ako su oni unaprijed utvrđeni i poznati, tada su ti rokovi dovoljni kako bi potrošaču omogućili da pripremi i podnese djelotvoran pravni lijek.⁷⁸ No, Sud je neusklađenost s pravom EU našao u pojedinim predmetima vezano za početak zastarnog roka. Tako je rumunjsku nacionalnu odredbu prema kojoj zastara teče od dana kad je ugovor u cijelosti ispunjen,⁷⁹ francusku odredbu prema kojoj zastarni rok počinje teći od dana prihvaćanja ponude zajma⁸⁰ i slovačku odredbu prema kojoj rok zastare počinje teći od dana kada je došlo do stjecanja bez osnove⁸¹ ocijenio protivnima načelu djelotvornosti. Sud je navedeno obrazložio slabijim položajem potrošača u odnosu na trgovca s obzirom na pregovaračku snagu i razinu obaviještenosti i mogućnosti da potrošači nisu svjesni nepoštenosti odredbe ugovora ili ne percipiraju opseg svojih prava koja proizlaze iz Direktive 93/13,⁸² pa rok može isteći čak i prije nego što je potrošač mogao saznati za nepoštenost ugovorne odredbe.⁸³

Takvo stajalište Suda EU-a je osobito važno kod podnošenja individualnih tužbi na temelju presude u kolektivnom sporu. U suprotnom, tijekom trajanja kolektivnog spora postojala bi opasnost nastupanja zastare potraživanja potrošača temeljenog na nepoštenoj odnosno ništetnoj ugovornoj odredbi. Kako je u Republici Hrvatskoj postojala pravna praznina u pogledu početka tijeka zastarnog roka za tužbu radi isplate temeljenoj na utvrđenju iz kolektivnog spora Vrhovni sud RH je još na sjednici Građanskog odjela održanoj 30. siječnja 2020. zauzeo pravno shvaćanje prema kojem *"zastarni rok u slučaju restitucijskog zahtjeva prema kojem su ugovorne strane dužne vratiti jedna drugoj sve ono što su primile na temelju ništetnog ugovora, odnosno u slučaju zahtjeva iz članka 323. stavak 1. ZOO/05 (članak 104.*

⁷⁵ Presuda od 29. listopada 2015., BBVA, C-8/14, EU:C:2015:731, t. 28. i 29., presudu od 9. srpnja 2020., Raiffeisen Bank i BRD Groupe Société Générale, C-698/18 i C-699/18, EU:C:2020:537, t. 62., presuda u spojenim predmetima C-776/19 do C-782/19 BNP Paribas Personal Finance

⁷⁶ Presuda u spojenim predmetima C-776/19 do C-782/19 BNP Paribas Personal Finance, toč. 38. i tamo navedenu sudsku praksu.

⁷⁷ Presuda od 9.7.2020, SC Raiffeisen Bank SA v JB (698) i BRD Groupe Société Générale SA v KC (699), spojeni predmeti C-698/18 i C-699/18., toč. 82.

⁷⁸ Presuda u spojenim predmetima C-776/19 do C-782/19 BNP Paribas Personal Finance, toč. 41., presude od 9. srpnja 2020., Raiffeisen Bank i BRD Groupe Société Générale, C-698/18 i C-699/18, EU:C:2020:537, t. 62. i 64. i od 16. srpnja 2020., CaixaBank i Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 i C-259/19, EU:C:2020:578, t. 87. i tamo navedena sudska praksa.

⁷⁹ Presuda od 9. srpnja 2020., Raiffeisen Bank i BRD Groupe Société Générale, C-698/18 i C-699/18, EU:C:2020:537, izreka.

⁸⁰ Presuda u spojenim predmetima C-776/19 do C-782/19 BNP Paribas Personal Finance, izreka.

⁸¹ Presuda od 22. travnja 2021. u predmetu C-485/19 LH protiv Profi Credit Slovakia s.r.o., izreka.

⁸² Presuda u spojenim predmetima C-776/19 do C-782/19, toč. 45. i tamo navedena sudska praksa.

⁸³ Ibid, toč. 47.

stavak 1. ZOO/91) kao posljedice utvrđenja ništetnosti ugovora, počinje teći od dana pravomoćnosti sudske odluke kojom je utvrđena ili na drugi način ustanovljena ništetnost ugovora," a koje shvaćanje se pokazalo sukladnim kasnijoj praksi Suda EU, koja je naprijed navedena.

3. SKLAPANJE UGOVORA IZVAN POSLOVNIH PROSTORIJA I UGOVORA NA DALJINU

Internet trgovina zauzima značajan udio u ukupnoj prodaji dobara i usluga u država članicama EU. Taj udio zadnjih desetak godina kontinuirano raste. Tako je u 2020. godini 72 % korisnika interneta kupovalo preko interneta.⁸⁴ I dok su 2010. godine u tome prednjačili mladi korisnici interneta od 16-24 godine, danas jednako i oni i korisnici interneta od 25-54 godine sudjeluju u online kupnji (78%).⁸⁵ S obzirom na aktualnu pandemiju koronavirusom te će brojke u 2021. godini biti još veće. Naime, tijekom lockdown-a potrošači su bili prisiljeni kupovati od kuće i vrlo je vjerojatno da će takva vrsta kupnje prijeći u naviku većem dijelu populacije bez obzira na dob. S obzirom na to da postoje značajne razlike u kupnji preko interneta ili uživo, trebalo je i dodatno urediti pojedina pitanja vezana uz prava potrošača kada se ugovori sklapaju izvan poslovnih prostora trgovca odnosno kada se sklapaju na daljinu. Te razlike se prvenstveno ogledaju u nemogućnosti potrošača da pregleda robu prije nego je kupi i provjeri njezina svojstva, odnosno detaljnije ne prokomentira s trgovcem sadržaj usluge koju kupuje, a o kojem doznaje iz informacija na internetskim stranicama trgovca koje se često pokazuju nedostatnim. U tom smislu EU je donijela Direktivu 2011/83 o pravima potrošača kojom je detaljnije regulirala pitanja vezana uz pravo potrošača na informiranje i pravo odustanka kod ugovora na daljinu i onih sklopljenih izvan poslovnih prostorija. Svrha Direktive je doprinijeti pravilnom funkcioniranju unutarnjeg tržišta usklađivanjem određenih aspekata zakona i drugih propisa u državama članicama o ugovorima koji se sklapaju između potrošača i trgovca, te postići visoku razinu zaštite potrošača.⁸⁶ RH je implementirale njezine odredbe u Zakonu o zaštiti potrošača u dijelu III, glavi III, čl. 57.-79.⁸⁷

3.1. Pojmovi

3.1.1. Ugovor na daljinu

Ugovor na daljinu je ugovor sklopljen između trgovca i potrošača u okviru organiziranog sustava prodaje ili pružanja usluge bez istodobne fizičke prisutnosti trgovca i potrošača na jednom mjestu pri čemu se do trenutka sklapanja ugovora te za sklapanje ugovora isključivo koristi jedno ili više sredstava daljinske komunikacije.⁸⁸ Dakle, za sklapanje ovakvog ugovora bitno je da je za sklapanje ugovora korišteno neko od sredstava daljinske komunikacije. Sredstva daljinske komunikacije prema ZZP su sva sredstva koja se bez istodobne fizičke prisutnosti trgovca i potrošača mogu koristiti za sklapanje ugovora na daljinu, kao što su adresirani i neadresirani tiskani materijal, univerzalna pisma i dopisnice, tiskane promidžbene

⁸⁴ Preuzeto s https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=E-commerce_statistics_for_individuals#General_overview (3.6.2021.)

⁸⁵ Preuzeto s https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=E-commerce_statistics_for_individuals#General_overview (3.6.2021.)

⁸⁶ Čl. 1. Direktive 2011/83 o pravima potrošača.

⁸⁷ Druge države članice EU su izabrale različite načine za implementaciju Direktive u svoja zakonodavstva pa je tako npr. Francuska jednako kao i RH izmijenila svoj zakon o potrošačima (*Code de Consommation*), Belgija unijela novo poglavlje u svoj novi zakon o gospodarskom pravu (*Economic Law Code*), Njemačka u svoj građanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

⁸⁸ Čl. 5. toč. 27. ZZP

poruke s narudžbenicom, katalogi, telefoni s ljudskim posredovanjem i bez njega, radio, videofon, videotekst, telefaks, televizija, internet i elektronička pošta.⁸⁹ Prema tome, karakterističnost ugovora na daljinu se ne svodi na njegov predmet, nego na način kako se sklapa.⁹⁰ Također, sredstva daljinske komunikacije moraju biti prisutni tijekom čitavog postupka sklapanja ugovora uz iznimku ako potrošač dolazi u poslovne prostorije trgovca samo radi prikupljanja informacija o robi i/ili uslugama pa naknadno pregovara i sklopi ugovor na daljinu. U tom slučaju ipak bi se radilo o ugovoru na daljinu kako ga definira čl. 5. toč. 27. ZZP.⁹¹ S druge strane, ugovor o kojem se pregovara u poslovnim prostorijama trgovca, a konačno se sklapa daljinskom komunikacijom, kao i ugovor čije je sklapanje započeto daljinskom komunikacijom, ali je konačno sklopljen u poslovnim prostorijama trgovca ne treba smatrati ugovorom na daljinu.⁹² Bitna karakteristika ovog ugovora je i u tome da je sklopljen u okviru organiziranog sustava prodaje. Dakle, radi se o trećim osobama, različitim od trgovca koji imaju razvijene sustave, odnosno platforme na kojim nude proizvode i usluge i omogućuju čitav postupak vezan uz sklapanje ugovora, isporuku, eventualne prigovore i povrat proizvoda ili usluga. Takve online platforme su npr. WooCommerce, Shopify, Magento, YoKart i sl.

3.1.2. Ugovor sklopljen izvan poslovnih prostorija

Ugovor sklopljen izvan poslovnih prostorija je ugovor između trgovca i potrošača, koji je sklopljen:

- uz istodobnu fizičku prisutnost trgovca i potrošača na jednome mjestu koje ne predstavlja poslovne prostorije trgovca, čak i kad je pritom potrošač dao ponudu
- u poslovnim prostorijama trgovca ili putem sredstava daljinske komunikacije neposredno nakon što je trgovac pristupio potrošaču osobno i individualno na mjestu koje nisu njegove poslovne prostorije, a u kojem su trgovac i potrošač bili istodobno fizički prisutni ili
- za vrijeme izleta koji je organizirao trgovac s namjerom ili ciljem promocije ili prodaje robe ili usluga potrošaču.⁹³

Za razliku od ugovora na daljinu koji u svakom slučaju isključuje fizičku prisutnost potrošača i trgovca, kod ugovora koji je sklopljen izvan poslovnih prostorija trgovca, nužna je prisutnost i jedne i druge strane, iako ne u svim fazama postupka sklapanja ugovora. Tako je moguće da je ugovor sklopljen u poslovnim prostorijama trgovca, ili putem sredstava daljinske komunikacije, ali uz pretpostavku da je trgovac prethodno pristupio potrošaču osobno i individualno na mjestu različitom od njegovih poslovnih prostorija. Razlozi pojačane zaštite potrošača kod sklapanja ugovora izvan poslovnih prostorija leže u potencijalnom psihološkom pritisku ili elementu iznenađenja kojem može biti izvrnut potrošač, bez obzira na to je li on sam tražio dolazak trgovca.⁹⁴ Tipičan primjer ovakvog ugovora postoji kada trgovac obavijesti potrošača da je osvojio nekakvu nagradu te da će mu ona biti uručena tijekom prezentacije proizvoda trgovca na izletu, večeri i sl.

⁸⁹ Čl. 5. toč. 24. ZZP

⁹⁰ Stürner, M., *Fernabsatzvertäge*, Juristische Ausbildung 2015 (7): 690-696, str. 690.

⁹¹ Tako i uvodna izjava br. 20 Direktive 2011/83 o pravima potrošača.

⁹² Uvodna izjava br. 20 Direktive 2011/83 o pravima potrošača.

⁹³ Čl. 5. toč. 28. ZZP

⁹⁴ Uvodna izjava br. 21 Direktive 2011/83 o pravima potrošača.

3.1.3. Obveza predugovornog obavještanja

Bez obzira na to radi li se o sklapanju ugovora na daljinu ili onom koji je sklopljen izvan poslovnih prostorija trgovca, trgovac mora potrošača na jasan i razumljiv način obavijestiti o svim stavkama ugovora prije nego sklopi ugovor, odnosno bude obvezan odgovarajućom ponudom.⁹⁵ Smisao predugovornog obavještanja nije u tome da se potrošača upozori na neki poseban rizik, već da ga se stavi u takav položaj da u skladu s informacijama koje mu je trgovac predočio, odluči želi li sklopiti ugovor.⁹⁶ Radi se o podacima: o trgovcu ili trećoj osobi u čije ime ili za čiji račun trgovac nastupa (naziv, sjedište, kontakt); o robi i uslugama (glavna obilježja, cijena, ostali troškovi poput prijevoza, dostave ili poštanskih usluga); o uvjetima plaćanja, uvjetima i vremenu isporuke usluge ili robe; o pravu na jednostrani raskid ugovora (uvjeti, rokovi i postupak); o odgovornosti za materijalne nedostatke; o uslugama ili pomoći koje se potrošaču nude nakon prodaje; o trajanju ugovora; o pologu ili drugom sredstvu osiguranja koje je potrošač dužan platiti odnosno pribaviti; o funkcionalnosti digitalnog sadržaja i njegovoj interoperabilnosti s računalnom ili programskom opremom. Sve navedene obavijesti čini sastavni dio ugovora i ne mogu se mijenjati, osim ako su se stranke izrijekom drukčije sporazumjele.⁹⁷

U odnosu na obavještanje potrošača o pravu na jednostrani raskid ugovora, one mogu potrošaču biti predane i u obliku informativnog obrasca. Postoji (oboriva) predmnjeva da je trgovac svoju obvezu o pružanju obavijesti o jednostranom raskidu ugovora izvršio predajom takvog informativnog obrasca.⁹⁸

Obavijest mora biti napisana na hrvatskom jeziku i latiničnim pismom. U vezi s obvezom obavještanja, na trgovcu je teret dokaza da je po njoj postupio.⁹⁹

Kako obveza informiranja potrošača ne bi bila previše otegotna za trgovca, uvodna izjava br. 36. Direktive predlaže da zahtjevi u pogledu tog informiranja budu prilagođeni na način da se uzmu u obzir tehnička ograničenja određenih nosača podataka, kao što su ograničeni broj znakova na zaslonima određenih mobitela ili ograničeno vrijeme trajanja spotova za televizijsku prodaju. Također, u takvim slučajevima je dovoljno da trgovac poštuje minimum zahtjeva u pogledu informiranja i uputi potrošača na drugi izvor informacija, npr. osiguravajući besplatni telefonski broj ili poveznicu na internetsku stranicu trgovca koja sadrži relevantne informacije.

3.2. Formalne pretpostavke za ugovore sklopljene izvan poslovnih prostorija

ZZP u čl. 62. - 65. propisuje posebne zahtjeve koje trgovac mora ispuniti prema potrošaču, a koji se odnose na pisanu, odnosno potvrdu danu na trajnom mediju o informacijama koje je trgovac dužan dati potrošaču prilikom sklapanja ovakvog ugovora. Radi se o obvezi predugovornog obavještanja iz prethodnog poglavlja koje je trgovac dužan potrošaču dostaviti na papiru, ili uz suglasnost potrošača na drugom trajnom mediju. Pored informacija iz

⁹⁵ Čl. 57. ZZP

⁹⁶ Schmidt-Räntsch u: Bamberger, G.H., Roth, H.(ured.), Kommentar zum BGB, München, 2012., Art. 246 § 1 EGBGB

⁹⁷ Čl. 57. st. 3. ZZP

⁹⁸ Čl. 61. ZZP

⁹⁹ Čl. 60. ZZP

čl. 57. ZZP, trgovac je dužan dostaviti i primjerak potpisanog ugovora ili potvrde ugovora na papir, ili uz suglasnost potrošača, na drugom trajnom mediju. Kako iz definicije ugovora izvan poslovnih prostorija proizlazi da se on može sklopiti i usmeno i pisano, odnosno ne propisuje se poseban oblik takvog ugovora, a to potvrđuje i čl. 63. st. 1. ZZP koji propisuje obvezu trgovca za dostavu pisanog ugovora ili pisane potvrde (usmeno) sklopljenog ugovora, postavlja se pitanje koje su pravne posljedice neizvršavanja te obveze trgovca. Iako ZOO kao *lex generalis* u čl. 287. sadrži odredbe o pisanoj potvrdi usmeno sklopljenog ugovora, one u ovom slučaju ne bi bile primjenjive, odnosno bile bi u svom značajnom dijelu derogirane odredbama ZZP kao *legis specialis*. To se u prvom slučaju odnosi na obvezatnost trgovca na dostavu pisane potvrde ugovora, za razliku od neobvezatnosti dostave pisane potvrde ugovora iz čl. 287. st. 1. ZOO. Također, dok su pravne posljedice nedostavljanja pisane potvrde ugovora sukladno st. 3. i 4. čl. 287. ZOO valjanost usmeno sklopljenog ugovora uz upućivanje u parnicu radi sudskog utvrđivanja postojanja ugovora i naknade eventualne štete, kod potrošačkih ugovora to bi bila ništetnost takvog ugovora, što proizlazi iz čl. 41. st. 2. ZZP.

Dodatna pretpostavka kod sklapanja ugovora izvan poslovnih prostorija, a koja se odnosi na usluge popravka ili održavanja koje će strane ispuniti odmah i to samo na takve kod kojih iznos ne prelazi 1500,00 kn, obvezuje trgovca na davanje informacija o cijeni, odnosno načinu izračuna cijene s procjenom ukupne cijene, podatke o sebi ili drugom trgovcu za čije ime i/ili račun nastupa na papiru ili drugom trajnom mediju, dok obavijesti koje se tiču glavnih obilježja robe ili usluga koje se pružaju, uvjetima, rokovima i postupku izvršavanja prava na jednostrani raskid ugovora, te uvjetima kada se potrošač ne može korisiti pravom na jednostrani raskid ugovora, može dati u usmenom obliku samo uz izričitu suglasnost potrošača.¹⁰⁰

3.2.1. Formalne pretpostavke za ugovore sklopljene na daljinu

Osnovna pretpostavka koja mora biti zadovoljena kod sklapanja ugovora na daljinu je ta da sve obavijesti koje je trgovac dužan dostaviti potrošaču sukladno čl. 57. ZZP moraju biti prilagođene sredstvu daljinske komunikacije koja se koristi u sklapanju tog ugovora.¹⁰¹ Ako je riječ o telefonu kao sredstvu daljinske komunikacije, trgovac je dužan na početku razgovora otkriti svoj identitet, ili osobe u čije ime i/ili za čiji račun nastupa.¹⁰² Svakako, ako sredstvo daljinske komunikacije preko kojeg se sklapa ugovor ima ograničen prostor (npr. mobiteli koji nemaju zaslone pametnih telefona pa ne mogu prikazati na ekranu pretjerano velike poruke) ili ograničeno vrijeme za prikaz obavijesti (obavijest stoji na ekranu nedovoljno dugo da se može pročitati i razumijeti) trgovac je dužan ispuniti barem minimum informacija koje je dužan priopćiti potrošaču, a odnose se na glavna obilježja robe ili usluge koja se pruža, podatke o trgovcu, zatim o maloprodajnoj cijeni robe ili usluge, a ako priroda robe ili usluge ne omogućava da cijena bude izračunata unaprijed, o načinu izračuna cijene te ostalim troškovima, troškovima uporabe sredstava daljinske komunikacije u svrhu sklapanja ugovora, ako se ti troškovi ne zaračunavaju po osnovnoj tarifi, uvjetima, rokovima i postupku izvršavanja prava na jednostrani raskid ugovora te trajanju ugovora, ako je ugovor sklopljen na određeno vrijeme,

¹⁰⁰ Čl. 65. st. 1. ZZP

¹⁰¹ Čl. 66. st. 1. ZZP

¹⁰² Čl. 66. st. 3. ZZP

odnosno uvjetima otkaza ili raskida ugovora koji je sklopljen na neodređeno vrijeme, odnosno koji se automatski produžuje.¹⁰³

3.2.2 Sklapanje ugovora na daljinu putem telefona

Kako je upotreba telefona kao sredstva daljinske komunikacije za sklapanje ugovora jako česta, zakonodavac je točno odredio kada se u tom slučaju ugovor smatra sklopljenim. Izričito je propisana obveza trgovaca da potrošaču dostavi ponudu za sklapanje ugovora na trajnom mediju na način kojim će nedvojbeno biti moguće utvrditi trenutak zaprimanja ponude.¹⁰⁴ Ugovor se smatra sklopljenim kad potrošač, nakon primitka ponude, dostavi trgovcu potvrdu svoje suglasnosti o sklapanju ugovora.¹⁰⁵ Razlozi radi kojih zakonodavac propisuje točan trenutak sklapanja ugovora te obvezu dostavljanja ponude i suglasnosti na tu ponudu (prihvata) je prvenstveno zaštita potrošača od trgovaca koji mogu zloupotrijebiti telefon kao sredstvo daljinske komunikacije pa tvrditi da je ugovor sklopljen iako nije, odnosno da je sklopljen, ali drukčijeg sadržaja od onog stvarno dogovorenog. Što se tiče samog trenutka perfekcije ugovora, ona prati rješenje iz čl. 262. ZOO, odnosno teoriju primitka, po kojoj je ugovor sklopljen kad ponuditelj primi izjavu ponuđenika o prihvatanju ponude.

3.2.3. Pravo na jednostrani raskid ugovora

Zbog specifičnosti sklapanja ugovora na daljinu i izvan poslovnih prostorija trgovca, a koje se u najmanju ruku ogledaju u nemogućnosti potrošača da vidi i isproba robu, odnosno dobije detaljnije informacije o uslugama koje se nude, potrošačima je dano pravo na jednostrani raskid ugovora bez navođenja određenog razloga za to. Stoga potrošač ima pravo, ne navodeći razloge za to, jednostrano raskinuti ugovor sklopljen izvan poslovnih prostorija ili sklopljen na daljinu u roku od 14 dana.¹⁰⁶ Ovo predstavlja iznimku od općih pravila ZOO o pravu na jednostrani raskid ugovora,¹⁰⁷ te se opravdava upravo specifičnostima u sklapanju ugovora na daljinu, odnosno izvan poslovnih prostorija trgovca. Zapravo se omogućavanjem ovog prava u ovom roku potrošač stavlja u istu poziciju kao kada sklapa ugovor koji uključuju fizičku prisutnost obiju strana. Omogućavanjem ovog prava na jednostrani raskid potrošaču se dozvoljava da robu koju je kupio isproba i pregleda u kojoj mjeri je potrebna da se utvrde narav, karakteristike i funkcioniranje te robe.¹⁰⁸

Potrošač je dužan prije isteka roka za jednostrani raskid ugovora obavijestiti trgovca o svojoj odluci da raskine ugovor i to putem obrasca za jednostrani raskid ugovora ili putem bilo koje druge nedvosmislene izjave kojom izražava svoju volju da raskine ugovor.¹⁰⁹ Ako je obavijest o raskidu upućena unutar rokova, ugovor je raskinut u trenutku kada je trgovac primio obavijest. Trenutak od kojeg počinje teći rok od 14 dana precizno je određen ovisno o vrsti ugovora koji se sklapa, točnije o predmetu ugovora. Tako kod ugovora o kupoprodaji rok

¹⁰³ Čl. 66. st. 2. ZZP

¹⁰⁴ Čl. 66.a st. 1. ZZP

¹⁰⁵ Čl. 66.a st. 2. ZZP

¹⁰⁶ Čl. 72. st. 1. ZZP

¹⁰⁷ ZOO u čl. 360.-368. uređuje pravila o raskidu ugovora.

¹⁰⁸ Uvodna izjava br. 37. Direktive 2011/83 o pravima potrošača.

¹⁰⁹ Čl. 74. st. 1. i 3. ZZP

počinje teći od dana kada je potrošaču roba predana u posjed.¹¹⁰ Ako je potrošač jednom narudžbom obuhvatio više komada ili više pošiljki, koje neće biti isporučene istovremeno, taj rok teće od dana kada je potrošaču predana posljednja pošiljka.¹¹¹ Konačno, ako je ugovorena redovita isporuka robe kroz određeni period, rok teće od dana kada je potrošaču predana u posjed prvi komad ili prva pošiljka robe.¹¹²

Ako trgovac nije obavijestio potrošača o njegovu pravu na jednostrani raskid ugovora, pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora prestaje po isteku 12 mjeseci od isteka roka.¹¹³ Ovom odredom štiti se potrošače, koji zbog propusta trgovca da ih upozna s njihovim pravima, nisu ni znali da imaju pravo na jednostrani raskid ugovora. Pogotovo što to pravo potrošači mogu koristiti ne navodeći nikakav razlog za to. Međutim, taj rok je ipak ograničen na 12 mjeseci od isteka roka za raskid u slučaju kada je potrošač obaviješten o svom pravu, čime se trgovcima ne želi otežati na način da su dužni prihvaćati povrat robe neprimjereno dugo nakon sklapanja ugovora.

3.3. Učinak jednostranog raskida ugovora

Posljedice jednostranog raskida ugovora na daljinu, odnosno ugovora sklopljenog izvan poslovnih prostorija su iste kao i kod raskida bilo kojeg drugog ugovora. One se svode, prije sve na naturalnu restituciju ako je ona moguća. Stoga je u slučaju raskida ugovora, svaka strana dužna vratiti drugoj ono što je primila na temelju ugovora.¹¹⁴ Ako ugovor još nije niti sklopljen, a potrošač je dao ponudu za sklapanje ugovora, posljedice jednostranog raskida ogledat će se u oslobađanju strana od obveze sklapanja ugovora.¹¹⁵

Iskoristi li potrošač svoje pravo na jednostrani raskid ugovora, trgovac mora bez odgađanja, a najkasnije u roku od 14 dana od dana kad je zaprimio obavijest o odluci potrošača da raskida ugovor, vratiti potrošaču sve što je ovaj platio na temelju ugovora. Izričito je propisano da potrošač ne snosi ikakve troškove jednostranog raskida. Iznimno, ukoliko je potrošač imao mogućnost izbora između uobičajene dostave i neke brže dostave koja predstavlja nadstandard, trgovac mu nije dužan vratiti iznos koji je naplaćen za taj brži način dostave koji nije uobičajen.¹¹⁶ Trgovac, ne bi smio koristiti vaučere umjesto povrata novca, osim u slučaju ako ih je potrošač prvotno koristio kao sredstvo plaćanja, ili ako je na njih izričito pristao.¹¹⁷

Potrošač mora izvršiti povrat robe bez odgađanja a najkasnije u roku od 14 dana od kada je obavijestio trgovca o svojoj odluci da raskine ugovor, osim ako je trgovac ponudio da robu koju potrošač vraća sam preuzme.¹¹⁸ Ako je među stranama sklopljen ugovor izvan poslovnih prostorija trgovca, a roba u trenutku sklapanja ugovora bila dostavljena potrošaču u njegov

¹¹⁰ Čl. 72. st. 2. ZZP

¹¹¹ Čl. 72. st. 3. ZZP

¹¹² Čl. 72. st. 4. ZZP

¹¹³ Čl. 73. ZZP

¹¹⁴ Čl. 75. st. 2. ZZP

¹¹⁵ Čl. 75. St. 1. ZZP

¹¹⁶ Čl. 76. st. 2. Snošenje troškova dostave različito je od trgovca do trgovca. I dok neki preuzimaju trošak dostave na sebi, drugi to prebacuju na teret kupca. U svakom slučaju, trgovac je dužan obavijestiti potrošača, tko snosi teret troškova. Najčešće u postupku sklapanja ugovora na daljinu, troškovi dostave budu naznačeni. Tako, npr. uobičajeni trošak dostave bude besplatan i traje 7 dana, dok istovremeno potrošač ima mogućnost i brže dostave u roku od 3-5 dana, ili i u roku od 24 sata, ali onda troškove takve vrste (ekspresne) dostave snosi sam.

¹¹⁷ To proizlazi iz čl. 76. st. 4. ZZP.

¹¹⁸ Čl. 77. st. 1. ZZP

dom, trgovac je dužan preuzeti takvu robu na svoj trošak, ako ju zbog njezine prirode nije moguće na uobičajeni način poštom vratiti natrag.¹¹⁹ Ponekad potrošači znaju koristiti robu u mjeri većoj nego je to potrebno za utvrđivanje njezine naravi i karakteristika.¹²⁰ U tom slučaju, potrošačima se ipak priznaje pravo na jednostrani raskid ugovora. No, kako bi se zaštitili trgovci od umanjenja vrijednosti takve robe, potrošači su obvezni nadoknaditi razliku u vrijednosti robe koja je nastala kao rezultat rukovanja robom koje nije bilo potrebno da bi se utvrdila njezina narav ili karakteristike.¹²¹ Ovakva odredba ide pretjerano u korist potrošačima, koji je često zloupotrebljavaju, pa robu ne samo isprobavaju nego je i nose, a onda vraćaju kao da nije nošena. S druge strane, trgovcima je jako teško odrediti koliko je umanjenje robe nastale njezinim nošenjem, a i iziskuje velike troškove u odnosu na korist, stoga bi trebalo isključiti potrošačima pravo na jednostrani raskid u slučajevima kada su robu koristili na način koji odudara od uobičajenog korištenja potrebnog da bi se utvrdila narav ili karakteristike robe.

3.3.1. Isključenje prava na jednostrani raskid ugovora

Pravo na jednostrani raskid ugovora ipak nije apsolutno da potrošač može raskinuti svaki ugovor bez obzira na njegov predmet i sadržaj. Sukladno čl. 79. ZZP, potrošač nema pravo na jednostrani raskid ugovora ako je:

1. ugovor o uslugama trgovac u potpunosti ispunio, a ispunjenje je započelo uz izričit prethodni pristanak potrošača te uz njegovu potvrdu da je upoznat s činjenicom da će izgubiti pravo na jednostrani raskid ugovora iz ovoga odsjeka ako usluga bude u potpunosti ispunjena. Naime, bilo bi sasvim neopravdano davati potrošaču pravo na jednostrani raskid ugovora o uslugama, jer bi posljedice takvog raskida za trgovca bile pretjerano tegotne. Kako smo već kazali, posljedice raskida su da je svaka strana dužna vratiti drugoj ono što je primila na temelju ugovora. U ovom slučaju, potrošač nakon konzumacije usluge nju ne bi mogao vratiti.
2. predmet ugovora roba ili usluga čija je cijena ovisna o promjenama na financijskom tržištu koje su izvan utjecaja trgovca, a koje se mogu pojaviti za vrijeme trajanja prava potrošača na jednostrani raskid ugovora. Kada je predmet ugovora roba ili usluga koja ovisi o promjenama na tržištu na koje ne može utjecati ni jedna ni druga strana, davanjem prava na jednostrani raskid samo jednoj strani, moglo bi se neopravdano naštetiti drugoj strani. Stoga se ovim želi spriječiti da potrošač za vrijeme trajanja roka za raskid ugovora, unutar kojeg bi cijena išla na štetu trgovca, ne bi taj trošak prebacio na njega.
3. predmet ugovora roba koja je izrađena po specifikaciji potrošača ili koja je jasno prilagođena potrošaču. Dakle, radi se o robi za koju je potrošač dao upute o izradi u smislu mjera, materijala, načina obrade i sl. Takva roba su npr. navlake za automobilska sjedala, ili po mjeri izrađen namještaj, ali i računalo kod kojeg je potrošač birao svaku od ponuđenih komponenti. Isključenje prava na jednostrani raskid u ovom slučaju se

¹¹⁹ Čl. 77. st. 4. ZZP

¹²⁰ Uvodna izjava br. 47. Direktive 2011/83 o pravima potrošača.

¹²¹ Čl. 77. st. 5. ZZP

opravdama teškoćama u ponovnoj prodaji robe koja bi bila vraćena, jer je on prilagođena konkretnom potrošaču, a ne širokoj masi.

4. predmet ugovora lako pokvarljiva roba ili roba kojoj brzo istječe rok uporabe. Ako bi se u ovom slučaju dozvolio raskid, postoji opravdana bojazan da trgovac više tu robu ne bi mogao iskoristiti i prodati, jer bi se ili pokvarila, ili bi joj istekao rok trajanja.
5. predmet ugovora zapečaćena roba koja zbog zdravstvenih ili higijenskih razloga nije pogodna za vraćanje, ako je bila otpečaćena nakon dostave. Ovdje nije u potpunosti jasno o kojim bi se proizvodima moglo raditi, odnosno koji su to higijenski ili zdravstveni razlozi zbog kojih roba nije pogodna za vraćanje. Svakako, trebalo bi se raditi o higijenskim artiklima koji dolaze u doticaj s tjelesnim tekućinama, poput predmeta piercing-a, seksualnih igračaka, ili kontracepcijskih proizvoda.¹²² Sami doticaj s kožom nije dostatan da bi se isključilo pravo na jednostran raskid, jer bi u tom slučaju čitava modna industrija bila izuzeta od korištenja prava na jednostrani raskid.¹²³
6. predmet ugovora roba koja je zbog svoje prirode nakon dostave nerazdvojivo pomiješana s drugim stvarima. Ovdje bi se moglo raditi o robi koja se može prodati i individualno, ali potrošač traži da bude pomiješana poput npr. mješavine kave koja se mora sastojati od 30% arabike i 70% robuste kave.
7. predmet ugovora isporuka alkoholnih pića čija je cijena ugovorena u trenutku sklapanja ugovora, a dostava može uslijediti tek nakon 30 dana, ako je cijena ovisna o promjenama na tržištu koje su izvan utjecaja trgovca. Najčešće je riječ o prodaji vina, ili alkoholna pića s visokim udjelom alkohola poput whiskey-a.
8. potrošač posebno zahtijevao posjet trgovca radi obavljanja hitnih popravaka ili poslova održavanja, s time da ako prilikom takvog posjeta, uz one usluge koje je potrošač izriječno zahtijevao, trgovac pruži i neke druge usluge, odnosno isporuči i neku drugu robu osim one koja je nužna za obavljanje hitnih popravaka ili poslova održavanja, potrošač ima pravo na jednostrani raskid ugovora u vezi s tim dodatnim uslugama ili robom. Ako potrošač traži hitan popravak, npr. vodovodne cijevi koja je pukla, vodoinstalatler će rezervirati svoje vrijeme i sredstva te izići na teren kod potrošača. Ako bi se u ovom slučaju potrošaču dalo pravo na jednostrani raskid, trgovac bi neopravdano trpio štetu, jer je u isto vrijeme mogao obaviti i naplatiti neki drugi posao.
9. predmet ugovora isporuka zapečaćenih audiosnimaka ili videosnimaka, odnosno računalnih programa, koji su otpečaćeni nakon isporuke. Naime, ako su otpečaćeni, postoji mogućnost da su i ogrebani ili na neki drugi način oštećeni, što na prvi pogled ne mora biti vidljivo. Kako bi se to spriječilo, uvedeno je izuzeće za ovakvu vrstu robe.
10. predmet ugovora isporuka novina, periodičnog tiska ili magazina, s iznimkom pretplatničkih ugovora za takve publikacije. Ovakve tiskovine se ne mogu prodati nakon određenog vremena, jer su već zastarjele.
11. ugovor sklopljen na javnoj dražbi. Pojam javne dražbe opisan je u čl. 5. toč. 5. ZZP kao prodaja kod koje trgovac nudi robu ili usluge potrošačima u okviru koje potrošači osobno sudjeluju ili imaju mogućnost osobno sudjelovati, a koja je provodi kroz transparentan postupak nadmetanja koji provodi voditelj dražbe, a u kojem je

¹²² Rätze, M. u Solmecke, C. (ured.), *Handel im Netz*, Berlin, 2014., str. 160.

¹²³ *Ibid.*

najuspješniji sudionik dražbe obvezan kupiti robu ili uslugu. Dakle, u pojam javne dražbe prema ZZP ne spadaju javne dražbe ponuđene putem on line platformi (e - bay).¹²⁴

12. predmet ugovora pružanje usluge smještaja koji nije namijenjen stanovanju, pružanje usluge prijevoza robe, usluge najma vozila, usluge isporuke hrane i pića ili usluga vezanih uz slobodno vrijeme, ako je ugovoreno da usluga bude pružena određenog datuma ili u određenom razdoblju
13. predmet ugovora isporuka digitalnog sadržaja koji nije isporučen na tjelesnom mediju ako je ispunjenje ugovora započelo uz izričit prethodni pristanak potrošača te uz njegovu potvrdu da je upoznat s činjenicom da će time izgubiti pravo na jednostrani raskid ugovora
14. sklopljen ugovor o igrama na sreću

¹²⁴ Tako i Uvodna izjava br. 24. Direktive 2011/83 o pravima potrošača.

4. PROPISI O NEPOŠTENOM TRŽIŠNOM NATJECANJU U ODNOSIMA POSLOVNOG SUBJEKTA PREMA POTROŠAČU

Pravila o nepoštenom tržišnom natjecanju sadržana su u različitim propisima, i to sektorskim, odnosno onim koji reguliraju određenu djelatnost (npr. nepošteno trgovanje u Zakonu o trgovini, Zakon o zabrani nepoštenih trgovačkih praksi u lancu opskrbe hranom) te horizontalnim, koji se odnose na sve djelatnosti (npr. nepoštene poslovne prakse u Zakonu o zaštiti potrošača, Zakon o nedopuštenom oglašavanju, Zakon o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti).

4.1. Nepoštena poslovna praksa

Odredbe o nepoštenoj poslovnoj praksi unesene su u opći Zakon o zaštiti potrošača 2007., ali su te odredbe stupile na snagu tek ulaskom RH u EU, dakle 1.7.2013. Kako je Direktiva 2005/29 o nepoštenoj poslovnoj praksi direktiva potpune harmonizacije, u cijelosti su preuzete njene odredbe. EU se odlučila na donošenje Direktive o nepoštenim poslovnim praksama 2005. godine, jer je smatrala kako različiti nacionalni propisi i različiti sustavi provedbe mogu stvoriti zapreke u funkcioniranju unutarnjeg tržišta zbog nedostatka povjerenja potrošača i poslovnih subjekata u prekogranično trgovanje. Usklađenje nacionalnih propisa o nepoštenim poslovnim praksama u odnosima trgovca prema potrošaču je predstavljalo i daljnji korak u dovršetku potrošačkog unutarnjeg tržišta. Ovim propisima nastojalo se postići da poslovni subjekti prema potrošačima ne postupaju nepošteno, da se uklone razlike u propisivanju nepoštenih poslovnih praksi, ujednače standardi ponašanja koji se očekuju od trgovaca u državama članicama te sa se osigura visoka, zajednička zaštita za sve potrošače na području EU.¹²⁵

Prema Direktivi 2005/29 i našem Zakonu o zaštiti potrošača poslovna praksa je nepoštena ako je : *suprotna zahtjevima profesionalne pažnje i ako bitno utječe ili je vjerojatno da će bitno utjecati na ekonomsko ponašanje prosječnog potrošača kojemu je takva praksa namijenjena ili do kojega ona dopire, odnosno prosječnog člana određene skupine potrošača na koju je ta praksa usmjerena.*

Poslovna praksa prema osjetljivim potrošačima (skupine potrošača koji su zbog tjelesnih ili duševnih mana, dobi ili lakomislenosti posebno osjetljivi na određenu poslovnu praksu ili određeni proizvod) će se procjenjivati iz perspektive prosječnog člana te skupine.¹²⁶

Dakle, elementi horizontalne generalne klauzule su: suprotnost zahtjevu profesionalne pažnje, važnost utjecaja (vjerojatnosti utjecaja) na ekonomsko ponašanje potrošača¹²⁷ i da utječe na odluku o kupnji prosječnog potrošača.

¹²⁵ Vidi Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (the Unfair Commercial Practices Directive), SEC (2003) 724, COM/2003/0356 final - COD 2003/0134.

¹²⁶ Čl. 32. st. 2. ZZP-a.

¹²⁷ Prema čl. 5. toč. 39. ZZP-a važan utjecaj na ekonomsko ponašanje potrošača je „korištenje poslovne prakse radi znatnog umanjivanja sposobnosti potrošača da donese odluku utemeljenu na potpunoj obavijesti, što dovodi do toga da potrošač donosi odluku o kupnji koju inače ne bi donio“, dok je prema čl. 5. toč. 9. odluka o kupnji „svaka odluka koju donosi potrošač, a koja se odnosi na to hoće li, kako i pod kojim uvjetima kupovati, hoće li cijenu platiti u cijelosti ili u obrocima, hoće li proizvod zadržati ili s njime dalje raspolagati, hoće li se koristiti

Element profesionalne pažnje analogan je pojmu dobrog trgovačkog ponašanja koji se nalazi u većini pravnih sustava država članica.¹²⁸ Dakle, na one poslovne subjekte koji postupaju u skladu s dobrim trgovačkim običajima neće se primjenjivati ova pravila, čak i ako njihova praksa može utjecati na potrošačevo gospodarsko ponašanje.

Profesionalna pažnja prema čl. 5. toč. 19. ZZP-a je „*standard strukovnih sposobnosti i stupanj pažnje za koje se razumno očekuje da će ih trgovac primjenjivati u odnosu s potrošačem, a koje su u skladu s poštenom poslovnom praksom i načelom savjesnosti i poštenja na području djelovanja trgovca.*“

Dakle, usvojen je pojam „poštenja“ kao nepravni pojam, koji sadrži elemente etike te je usvojeno načelo moralnog sadržaja, a to je načelo savjesnosti i poštenja. No, pojedini autori ističu da je koncept profesionalne pažnje i širi od samog načela savjesnosti i poštenja, jer sadržava ne samo zahtjev poštenja, već i kompetencije (vještine i pažnje) na strani trgovca. Na primjer ako trgovac antikvitetima prodaje krivotvorine vjerujući da su originali, to neće biti sukladno načelu profesionalne pažnje.¹²⁹ Ova potonja vrsta pažnje koju je trgovac dužan upotrijebiti je ekvivalentna pažnji dobrog stručnjaka, kojeg poznaje ZOO¹³⁰. Ono što se smatra poštenim i u skladu s profesionalnom pažnjom trebat će se prosuđivati na europskoj razini, odnosno kao europski autonomni koncept profesionalne pažnje.¹³¹

Budući da se zavaravajuće i agresivne poslovne prakse smatraju same po sebi protivne zahtjevu profesionalne pažnje, test upotrebe dužne profesionalne pažnje upotrijebit će se samo kod generalne klauzule.¹³²

U praksi Suda EU kao test za udovoljavanje zahtjevima poštenosti uzima se osobito pravilno informiranje potrošača. U presudi *VTB-VAB NV protiv Total Belgium NV (C-261/07)* i *Galatea BVBA protiv Sanoma Magazines Belgium NV (C-299/07)*¹³³ Sud EU je naveo kako „*kombinirana ponuda različitih proizvoda ili usluga koje ne čine cjelinu i nisu isti mogu udovoljiti zahtjevima poštenja, ako je potrošačima dana točna informacija.*“

Sud EU je u presudi *C-310/15 Vincent Deroo-Blanquart protiv Sony Europe Limited*¹³⁴ utvrđivao je li u postupanju trgovca prekršena poštena tržišna praksa i/ili opće načelo dobre vjere kod prodaje računala koje je opremljeno s predinstaliranim računalnim programima. Sud EU je u obzir uzeo legitimna očekivanja prosječnog potrošača, te je iz analize tržišta utvrdio da znatan dio potrošača daje prednost kupnji tako opremljenom računalu, nadalje uzeo je u obzir pravilno informiranje potrošača od strane preprodavača, te činjenicu da je potrošaču ponuđena

pravima koja ima na temelju ugovora, bez obzira na to je li potrošač odlučio djelovati ili suzdržati se od djelovanja.“

¹²⁸ Ibid, toč. 53.

¹²⁹ G. B. Abbamonte, *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition, The regulation of unfair commercial practices under EC directive 2005/29: New rules and new techniques*, Oxford, Hart, 2007., str. 22.

¹³⁰ Čl. 10. st. 2. ZOO-a.

¹³¹ G. Howells, H.-W. Micklitz i T. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, op. cit., str. 101.

¹³² Vidi presude Suda Europske unije C-304/08 od 14.1. 2010. *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV protiv Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2010:12, toč. 30-34, C-206/11 od 17.1.2013. *Georg Köck protiv Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, ECLI:EU:C:2012:543, toč. 35.

¹³³ Presuda *VTB-VAB NV protiv Total Belgium NV (C-261/07)* i *Galatea BVBA protiv Sanoma Magazines Belgium NV (C-299/07)* od 23. travnja 2009., ECLI:EU:C:2009:244, toč. 66.

¹³⁴ Presuda *C-310/15 Vincent Deroo-Blanquart protiv Sony Europe Limited* od 7. rujna 2016., ECLI:EU:C:2016:633.

mogućnost ili da prihvati Ugovor o licenci za krajnjeg korisnika, kako bi mogao koristiti navedene programe, ili da ostvari poništenje prodaje.¹³⁵ Sud EU je usvojio stajalište da te okolnosti mogu udovoljiti zahtjevima poštene tržišne prakse ili općeg načela dobre vjere u području proizvodnje informatičke opreme namijenjene širokoj javnosti, s obzirom na to da je trgovac dokazao primjenu dužne pažnje prema potrošaču. No, izrekom presude ostavio je sudu države članice da te elemente uzme u obzir u okviru svoje sveobuhvatne ocjene svih okolnosti glavnog postupka s aspekta poštovanja zahtjeva u pogledu profesionalne pažnje. Sud EU je stoga u izreci presudio da „*poslovna praksa koja se sastoji od prodaje računala koje je opremljeno s predinstaliranim računalnim programima, a da pritom potrošač nije u mogućnosti dobiti isti model računala koje nije opremljeno s predinstaliranim računalnim programima, ne predstavlja, sama za sebe, nepoštenu poslovnu praksu u smislu članka 5. stavka 2. Direktive 2005/29/EZ.*“

Drugi element generalne klauzule je postojanje važnog utjecaja na ekonomsko ponašanje potrošača, što prema čl. 5. toč. 39. ZZP-a znači: „*korištenje poslovne prakse radi znatnog umanjivanja sposobnosti potrošača da donese odluku utemeljenu na potpunoj obavijesti, što dovodi do toga da potrošač donosi odluku o kupnji koju inače ne bi donio.*“ U Prijedlogu direktive¹³⁶ obrazložilo se da ta definicija ima dvije komponente, prvu da praksa mora biti dovoljno značajna da promijeni ili može promijeniti potrošačevo ponašanje na način da uzrokuje da potrošač donese transakcijsku odluku koju inače ne bi donio i drugo, mora utjecati na sposobnost potrošača da donese informiranu odluku. Prema tome, europski koncept nepoštene poslovne prakse vezan je za „informiranog potrošača“ na čemu se i temelji europsko pravo zaštite potrošača.¹³⁷ U suštini štiti se njegova sloboda ugovaranja¹³⁸, jer ako potrošač ne raspolaže potpunim i istinitim informacijama pri donošenju odluke o poslu, tada nema niti njegove slobode djelovanja. Utjecaj na ekonomsko ponašanje potrošača mora biti važno, pa ponuda besplatnog čaja ili kave, slobodnog prijevoza i sl. ne spada pod kvalifikaciju nepoštene poslovne prakse, jer možda će ta ponuda utjecati na odluku potrošača, ali potrošač ima slobodu volje prihvatiti prednosti te ponude ili ne.¹³⁹

Ispunjenje prvog elementa da praksa mora biti dovoljno značajna da promijeni ili može promijeniti potrošačevo ponašanje neće biti potrebno dokazati kod zavaravajuće i agresivne poslovne prakse, jer se smatra da one same po sebi bitno narušavaju potrošačevo ponašanje, dok je drugi element i u definicijama zavaravajuće poslovne prakse zadržan, a to da ta praksa navodi ili je vjerojatno da će navesti potrošača da donese odluku o poslu koju inače ne bi donio. Prema čl. 5. toč. 9. ZZP-a odluka o kupnji je „*svaka odluka koju donosi potrošač, a koja se odnosi na to hoće li, kako i pod kojim uvjetima kupovati, hoće li cijenu platiti u cijelosti ili u obrocima, hoće li proizvod zadržati ili s njime dalje raspolagati, hoće li se koristiti pravima koja ima na temelju ugovora, bez obzira na to je li potrošač odlučio djelovati ili suzdržati se od djelovanja.*“

¹³⁵ Toč. 35. Presude

¹³⁶ EUR-Lex - 52003PC0356 - EN

¹³⁷ G. Howells, H.-W. Micklitz i T. Wilhelmsson, European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive, op. cit., str. 104.

¹³⁸ Samo u odnosu na agresivnu poslovnu praksu u toč.16. uvodne izjave Direktive navodi se da je to praksa koja u znatnoj mjeri sprečava potrošačevo slobodu izbora.

¹³⁹ Toč. 54. Prijedloga direktive.

U presudi C-281/12, *Trento*¹⁴⁰ Sud EU je dao široko tumačenje transakcijske odluke odnosno odluke o poslu tako da je u izreci presudio da ona „*pokriva na samo odluku da li ili ne kupiti proizvod, već i odluke koje su u neposrednoj vezi s onom o kupnji proizvoda, konkretno odluku ući u trgovinu.*“ Shodno tome, i u Smjernicama o provedbi/primjeni Direktive 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi” od 25. svibnja 2016.¹⁴¹ obrazlaže se kako je „*koncept transakcijske odluke širok i pokriva široki spektar odluka koje donosi potrošač u odnosu na proizvode, kao one prije kupnje, na primjer odluka da li ući u trgovinu, otputovati u prodajni centar, pristati na prezentaciju proizvoda, kliknuti na web stranicu, tako one i nakon kupnje, kao na primjer, odluka o raskidu ugovora, odluka o prelasku na drugog pružatelja usluga. Nije potrebno da je potrošač donio odluku o kupnji, već je dovoljno i da postoji takva mogućnost.*“ U Smjernicama se navodi kako nacionalno tijelo treba ispitati činjenice i okolnosti svakog pojedinačnog slučaja (*in concreto*) i da li postoji vjerojatnost utjecaja prakse na transakcijsku odluku prosječnog potrošača (*in abstracto*).¹⁴²

Iako je potrebno postojanje uzročne veze između nepoštene poslovne prakse trgovca i ponašanja i odluke potrošača, ipak za samu kvalifikaciju djela postojanja nepoštene poslovne prakse nije potrebno postojanje krivnje.¹⁴³ Ne traži se namjera ili nehaj, dovoljno je da određena radnja objektivno, prema shvaćanjima u prometu predstavlja nepoštenu radnju.¹⁴⁴ Krivnja može biti relevantna jedino kod tužbi potrošača za naknadu štete, kao jedan od općih uvjeta na naknadu štete.

Učinak prakse relevantan je samo u odnosu na prosječne potrošače. Ne štite se svi potrošači, već samo oni koji su u razumnoj mjeri obaviješteni, pažljivi i oprezni. S tim, da ako se radi o posebno osjetljivom potrošaču (kao što su djeca) tada se učinak prakse ocjenjuje sa stajališta prosječnog člana te skupine. Za razliku od elementa profesionalne pažnje kod kojeg se u obzir ne bi trebali uzeti nacionalna značenja poštenja, kod elementa prosječnog potrošača, u obzir se uzimaju i socijalni, kulturni te jezični čimbenici.¹⁴⁵

Poseban element generalne klauzule je i da se mora raditi o praksi poslovnog subjekta prema potrošaču. Sukladno čl. 5. toč. 13. ZZP-a poslovna praksa trgovca prema potrošaču definira se kao „*svaka radnja, propuštanje, način ponašanja ili predstavljanja, poslovna komunikacija, uključujući oglašavanje i stavljanje proizvoda na tržište, koju je poduzeo trgovac, a izravno je povezana s promidžbom, prodajom ili isporukom proizvoda potrošaču.*“

U predmetima C-540/08 *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG protiv Österreich'-Zeitungsverlag GmbH*¹⁴⁶ i C-304/08 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV protiv Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*¹⁴⁷ Sud EU je naglasio da taj članak

¹⁴⁰ Presuda C-281/12 *Trento Sviluppo srl i Centrale Adriatica Soc. coop. arl protiv Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* od 19. prosinca 2013., ECLI:EU:C:2013:859.

¹⁴¹ SWD (2016) 163 final.

¹⁴² Ibid, toč. 2.4.

¹⁴³ G. Howells, H.-W. Micklitz i T. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, op. cit., str. 105 i 110.

¹⁴⁴ Jednako tako se obrazlaže i u odnosu na nepošteno tržišno natjecanje u međunarodnom pravu, vidi: WIPO, *Protection against unfair competition*, op. cit., str. 24.

¹⁴⁵ Vidi toč. 18. u preambuli Direktive.

¹⁴⁶ Presuda C-540/08 *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG protiv "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH* od 9. studenog 2010, ECLI:EU:C:2010:660, toč. 18.

¹⁴⁷ Presuda C-304/08 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV protiv Plus Warenhandels-gesellschaft mbH* od 14. siječnja 2010, ECLI:EU:C:2010:12, toč. 37.

daje posebno široku definiciju koncepta poslovnih praksi. Stoga je u tim predmetima Sud EU kao poslovne prakse priznao i promotivne kampanje koje omogućuju potrošačima kada kupe određenu količinu dobara ili usluga da besplatno sudjeluju u lotu, jer da to očito predstavlja dio poslovne strategije i odnosi se izravno na promociju i prodaju.

Nadalje, Sud EU je odlučivao i da li zajedničke ponude spadaju pod materijalnu primjenu Direktive, odnosno predstavljaju li poslovnu praksu u smislu te Direktive. U presudi *Vincent Deroo-Blanquart protiv Sony Europe Limited*¹⁴⁸ Sud EU je naveo kako *“zajedničke ponude, koje se temelje na kombinaciji najmanje dvaju različitih proizvoda ili usluga, predstavljaju poslovne radnje koje očito ulaze u okvir poslovne strategije subjekta i njihov je izravni cilj promocija i ostvarivanje prodaje iz čega proizlazi da te radnje predstavljaju poslovnu praksu.”*¹⁴⁹ Također i u ranijoj presudi C-261/07 i C-299/07, *Total Belgium*¹⁵⁰ je navedeno da zajedničke ponude nisu nabrojane među praksom iz Priloga I. Direktive 2005/29, koje se u svakom slučaju smatraju nepoštenima, pa se općenita i preventivna zabrana zajedničkih ponuda koja ne ovisi o ocjeni njihove nepoštene naravi u konkretnim okolnostima protivi Direktivi.¹⁵¹

Poslovna praksa obuhvaća onu i nakon prodaje, tako da je Sud EU u presudi C-357/16, *Gelvora*,¹⁵² pod materijalno područje primjene Direktive podveo i pravni odnos između društava za naplatu potraživanja i dužnika koji nije izvršio obveze iz ugovora o potrošačkom kreditu čiji je dug prenesen tom društvu. Sud EU se pozvao na Smjernice Komisije o provedbi/primjeni Direktive od 25.5.2016., te je obrazložio da uvjeti naplate dugovanja potrošača mogu biti važni jer mogu odlučno utjecati na odluku potrošača da uzme kredit.¹⁵³ S druge strane, Sud EU dodaje da *„neprijemna Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi na vraćanje kredita u slučaju prijenosa potraživanja mogla bi dovesti u pitanje korisni učinak zaštite koja se tom direktivom dodjeljuje potrošačima, jer bi trgovci mogli pokušati odvojiti stadij naplate da ne bi bili obuhvaćeni zaštitnim odredbama navedene Direktive.”*¹⁵⁴

U presudi C-388/13, *Nemzeti*¹⁵⁵ Sud EU je naveo kako Direktiva ne propisuje da se radnja ili propuštanje trgovca mora ponavljati odnosno da se mora ticati više od jednog potrošača. Prihvatio je široko shvaćanje pojma "poslovne prakse" te je pod njom uvrstio i samo jedan postupak prema jednom potrošaču.

Konačno za napomenuti je da nastanak ili vjerojatnost nastanka štete nije element nepoštene poslovne prakse. Izostavljanje uvjeta dokazivanja ekonomske štete, smatra se većom razinom zaštite potrošača, jer se ne treba dokazivati nastanak ili vjerojatnost nastanka štete. Naime, drži se da bi u većini slučajeva bilo nemoguće dokazati štetu i visinu štete, osobito ako se radi o praksi prije sklapanja ugovora.¹⁵⁶ Međutim, kod individualnih tužbi, ako potrošač koji

¹⁴⁸ Presuda C-310/15 *Vincent Deroo-Blanquart protiv Sony Europe Limited* od 7. rujna 2016., ECLI:EU:C:2016:633.

¹⁴⁹ *Ibid*, toč. 28.

¹⁵⁰ Spojeni predmeti C-261/07 i C-299/07, presuda od 23. travnja 2009. *VTB-VAB NV protiv Total Belgium NV (C-261/07)* i *Galatea BVBA protiv Sanoma Magazines Belgium NV (C-299/07)*, ECLI:EU:C:2009:244.

¹⁵¹ toč. 43.

¹⁵² Presuda C-357/16 "*Gelvora*" *UAB protiv Valstybinė vartotojų teisių apsaugos tarnyba* od 20. srpnja 2017., ECLI:EU:C:2017:573.

¹⁵³ toč. 27.

¹⁵⁴ Toč. 28.

¹⁵⁵ C-388/13 od 16. travnja 2015. *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, ECLI:EU:C:2015:225., vidi izreku.

¹⁵⁶ G. B. Abbamonte, *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, op. cit. str. 23.

je povrijeđen nepoštenom poslovnom praksom želi naknadu štete tada će, prema općem obvezom zakonu, svakako morati dokazati da mu je šteta doista i nastala te će trebati dokazati visinu štete.

4.3. Zavaravajuća poslovna praksa i agresivna poslovna praksa

Nepoštenom poslovnom praksom smatraju se posebno zavaravajuća poslovna praksa i agresivna poslovna praksa. Dakle, to su dvije podvrste koje se, kao najučestalije u praksi, posebno reguliraju. Zavaravajuće i agresivne poslovne prakse automatski se smatraju protivne profesionalnoj pažnji.¹⁵⁷ Postupanje koje doista zavarava, uznemiruje, nedopušteno utječe ili prisiljava će uvijek kršiti uvjete profesionalne pažnje i značajno utjecati na mogućnost potrošača da donese informiranu odluku. Sud EU je u presudama C-261/07 i C-299/07¹⁵⁸ i C-435/11¹⁵⁹ naveo kako se kod poslovne prakse koja udovoljava svim uvjetima iz čl. 6. st. 1. Direktive da bi bila zavaravajuća u odnosu na potrošača ne treba utvrđivati je li takva praksa protivna i zahtjevima profesionalne pažnje. Osim toga, nije potrebno dokazivati važan utjecaj na ekonomsko ponašanje potrošača, ali je zadržan uvjet da se radi o poslovnoj praksi koja navodi potrošača ili je vjerojatno da će ga navesti da donese odluku o poslu koju inače ne bi donio. Prema tome, da bi bile primjenjive ove odredbe treba se ispuniti uvjet da se doista radi o zavaravajućoj ili agresivnoj poslovnoj praksi koja navodi potrošača ili je vjerojatno da će ga navesti da donese odluku o poslu koju inače ne bi donio. Utjecaj poslovne prakse na prosječnog potrošača, utvrditi će se u skladu s uvjetima sadržanima u općoj zabrani. Isto se odnosi i na posebno ranjive potrošače.¹⁶⁰ Ako praksa nije niti zavaravajuća niti agresivna, tada se ispituju uvjeti za primjenu opće zabrane, jer je ona šira i obuhvaća djela koja se ne smatraju zavaravajućom i agresivnom poslovnom praksom.

4.3.1. Zavaravajuća poslovna praksa

Zavaravajuća poslovna praksa dijeli se na zavaravajuće radnje i zavaravajuća izostavljanja. Kod zavaravajućih radnji potrebno dokazati da poslovna praksa " *sadrži netočne informacije zbog čega je neistinita ili ako na drugi način zavarava ili je vjerojatno da će zavarati prosječnog potrošača u svezi s nekom od okolnosti (...), čime ga navodi ili će ga navesti da donese odluku o poslu koju inače ne bi donio*".¹⁶¹

Zavaravajuće radnje obuhvaćaju i „*svako stavljanje proizvoda na tržište, uključujući komparativno oglašavanje, koje dovodi do zabune s proizvodima, zaštitnim znakovima, zaštićenim imenima ili drugim razlikovnim znakovima konkurenta na tržištu*“.¹⁶² Dakle, pokriven je također i marketing proizvoda koji imitira razlikovna obilježja drugog proizvoda na način da to uzrokuje zabunu između dva proizvoda.

¹⁵⁷ Vidi toč. 57. uvodne izjave Prijedloga direktive.

¹⁵⁸ Spojeni predmeti C-261/07 i C-299/07, presuda od 23. travnja 2009. VTB-VAB NV protiv Total Belgium NV (C-261/07) i Galatea BVBA protiv Sanoma Magazines Belgium NV (C-299/07), ECLI:EU:C:2009:244, toč. 56.

¹⁵⁹ Presuda C-435/11 od 19. rujna 2013. CHS Tour Services GmbH protiv Team4 Travel GmbH, ECLI:EU:C:2013:574.

¹⁶⁰ Prijedlog direktive, toč. 57.

¹⁶¹ Čl. 33. st. 1. ZZP-a.

¹⁶² Čl. 33. st. 2. ZZP-a.

Nadalje, zavaravajućom poslovnom praksom smatra se i slučaj da se „*trgovac ne pridržava obveza sadržanih u pravilima postupanja kojima se pristao obvezati, pri čemu obveza nije tek nakana već je čvrsta i dokaziva i trgovac u svojoj poslovnoj praksi naznačuje da je vezan pravilima postupanja.*“¹⁶³ Prema tome, navedena odredba priznaje da su pravila postupanja propisana u kodeksima trgovaca na dobrovoljnoj bazi, pa se mora raditi o čvrstoj i dokazivoj obvezi te da je trgovac naznačio da ga pravla postupanja obvezuju. Te odredbe se primjenjuju na bilo koja pravila postupanja, neovisno jesu li na nacionalnoj ili europskoj razini.¹⁶⁴

Kod zavaravajućih propuštanja potrebno je dokazati da poslovna praksa "*ne sadrži važne obavijesti koje su, ovisno o kontekstu, potrebne prosječnom potrošaču kako bi mogao donijeti odluku o kupnji utemeljenu na potpunoj obavijesti i time ga navede ili je vjerojatno da će ga navesti da donese odluku o kupnji koju inače ne bi donio.*"¹⁶⁵

Okolnosti na koje se odnose zavaravajuće radnje su postojanje ili priroda proizvoda, osnovna obilježja proizvoda-dostupnost, rizici, izvedba sustava, sastav, pripatci itd., opseg obveze trgovca, motivi trgovačke prakse, cijena proizvoda ili način na koji je izračunata, potreba servisiranja, rezervnih dijelova, zamjene ili popravka, prava trgovca i prava potrošača, rizici kojima potrošač može biti izložen.¹⁶⁶ Okolnosti na koje se odnose zavaravajuća propuštanja mogu biti skrivanje obavijesti ili davanje nejasnih, nerazumljivih, dvosmislenih ili nepravedobnih obavijesti te ako nije naveo poslovnu svrhu poslovne prakse, a ona nije razvidna iz konteksta.¹⁶⁷

Trgovac je dužan pružiti određene bitne informacije kako bi omogućio potrošaču da donese informiranu odluku o poslu. Takve informacije su potrebne u fazi kada potrošač donosi odluku o poslu, dakle odnose se samo na poslovnu komunikaciju koja predstavlja poziv na kupnju.¹⁶⁸ Općeniti marketing brenda ili proizvoda koji ne predstavlja poziv na kupnju ne treba uključivati bitne informacije.

U presudi C-122/10¹⁶⁹ Sud EU je naveo da, da bi se poslovna komunikacija kategorizirala kao poziv za kupnju nije potrebno da uključuje stvarnu priliku za kupnju ili da

¹⁶³ Čl. 6. st. 2. b) Direktive 2005/29.

¹⁶⁴ Prijedlog direktive, toč. 68.

¹⁶⁵ Čl. 34. st. 1. ZZP-a.

¹⁶⁶ Čl. 33. st. 1. ZZP-a.

¹⁶⁷ Čl. 34. st. 2. ZZP-a.

¹⁶⁸ Čl. 36. st. 4. ZZP-a glasi: „U slučaju poziva na kupnju, ako to već nije razvidno iz konteksta, bitnim će se smatrati informacije o:

1. osnovnim obilježjima proizvoda u mjeri koja je prikladna proizvodu i komunikacijskom sredstvu koje se koristi
2. sjedištu i identitetu trgovca, kao što su njegova tvrtka, naziv ili ime te, ako je to potrebno, adresa i identitet osobe u čije ime nastupa

3. maloprodajnoj cijeni proizvoda, ili kad proizvod ne omogućava da cijena bude izračunata unaprijed, o načinu na koji će cijena biti izračunata, kao i, gdje je potrebno, o dodatnim poštanskim troškovima te troškovima prijevoza i dostave, a kada ti troškovi ne mogu biti izračunati unaprijed, naznaku da se plaćaju i ti dodatni troškovi

4. uvjetima plaćanja, dostave, ostalim elementima ispunjenja ugovora, kao i o sustavu rješavanja pritužbi, ako ti elementi odstupaju od zahtjeva profesionalne pažnje

5. postojanju prava na raskid ili otkaz ugovora, ako je riječ o proizvodima ili pravnim poslovima u vezi s kojima su predviđena i ta prava.

Prema st 5. "Bitnim se smatraju i one informacije koje je, na temelju ovoga Zakona i drugih propisa usklađenih s pravilima Europske unije, trgovac dužan pružiti potrošaču prilikom bilo koje vrste poslovne komunikacije, uključujući oglašavanje i stavljanje proizvoda na tržište."

¹⁶⁹ Presuda Suda EU C-122/10 od 12. svibnja 2011. Konsumentombudsmannen protiv Ving Sverige AB, ECLI:EU:C:2011:299.

se nalazi u neposrednoj blizini ili u isto vrijeme kao i ta prilika. Količina informacija koja omogućava potrošaču da donese informiranu odluku o kupnji a koje se odnose na glavne karakteristike proizvoda moraju se ocijeniti uzimajući u obzir činjenični kontekst, prirodu i karakteristike proizvoda i ograničenja medija koji se koristi za komunikaciju.¹⁷⁰ Dakle, kada te informacije nisu očite iz konteksta, trgovac će ih trebati pružiti potrošaču da izbjegne zavaravajuće izostavljanje.¹⁷¹ Pri odlučivanju je li informacija izostavljena kod priopćavanja poslovne prakse sredstvom koje ima ograničenja prostora ili vremena, ta se ograničenja, kao i sve mjere koje je trgovac poduzeo kako bi na druge načine informacije učinio raspoloživima za potrošače, uzimaju u obzir.¹⁷² U presudi C-146/16 *DHL Paket*¹⁷³ Sud EU je odgovarao na prethodno pitanje „*treba li članak 7. stavak 4. točku (b) Direktive 2005/29 tumačiti tako da informacije koje se odnose na geografsku adresu i identitet trgovca moraju biti sadržane već u oglašavanju točno određenih proizvoda u tiskanom izdanju kada te proizvode potrošači kupuju putem internetske stranice, navedene u tom oglasu, poduzetnika koji je autor te publikacije i kada su te informacije lako dostupne na toj internetskoj stranici ili preko nje.*“ Sud EU je naveo kako opisani promidžbeni oglas predstavlja poziv na kupnju, obzirom na to da je informacija koju sadržava, vezano uz proizvode koji su predmet tog oglasa i njihovu cijenu, dovoljna za donošenje odluke potrošača o poslu.¹⁷⁴ Sud EU je u izreci odlučio da je na sudu države članice da ispita opravdavaju li ograničenja prostora u takvoj promidžbenoj poruci da se informacije o dobavljača stave samo na razini platforme za online prodaju, te ako da, jesu li informacije o geografskoj adresi i identitetu koje se odnose na platformu za online prodaju jednostavno i brzo dostupne.

U presudi C-310/15 *Sony Europe*¹⁷⁵ Sud EU je u izreci presudio da u okviru zajedničke ponude koja se sastoji od prodaje računala koje je opremljeno s predinstaliranim računalnim programima, izostanak oznake cijene svakog od predinstaliranih računalnih programa ne predstavlja zavaravajuću poslovnu praksu.

Zavaravajuća poslovna praksa je na primjer zavaravanje potrošača o rezultatima koji se očekuju od proizvoda, kao što je gubitak težine, ponovni rast kose ili pojačana učinkovitost.¹⁷⁶ Nadalje, navodi se kako je važno da se učinak poslovne prakse uzima u cijelosti, uključujući prezentaciju. Ako je prezentacija nejasna, tada se radi o propuštanju.¹⁷⁷ Nije se željela dati preopsežna lista informacija koju trgovac mora naznačiti,¹⁷⁸ jer i previše informacija može također predstavljati problem potrošaču kao i nedostatak informacija.¹⁷⁹

¹⁷⁰ Ibid, toč. 53. i 55.

¹⁷¹ Prijedlog direktive, toč. 64.

¹⁷² Čl. 7. st. 3. Direktive 2005/29.

¹⁷³ Presuda C-146/16 od 30. ožujka 2017. Verband Sozialer Wettbewerb eV protiv DHL Paket GmbH, ECLI:EU:C:2017:243.

¹⁷⁴ toč. 25.

¹⁷⁵ Presuda C- 310/15 Vincent Deroo-Blanquart protiv Sony Europe Limited od 7. rujna 2016., ECLI:EU:C:2016:633.

¹⁷⁶ Prijedlog Direktive, toč. 61.

¹⁷⁷ Ibid, toč. 62.

¹⁷⁸ Ibid, toč. 63.

¹⁷⁹ Ibid, toč. 65.

4.3.2. Agresivna poslovna praksa

Kod agresivne poslovne prakse potrebno je dokazati korištenje uznemiravanja, prisile uključujući fizičku prisilu ili prijetnju te nedopušteni utjecaj, koji umanjuje ili će vjerojatno umanjiti slobodu izbora ili postupanja prosječnog potrošača te ga time navesti da donese odluku o poslu koju inače ne bi donio.¹⁸⁰ Dakle, tri su načina na koji poslovna praksa može biti agresivna, i to uznemiravanjem, prisilom i nedopuštenim utjecajem, ali samo kada utječu na slobodu potrošača kod donošenja odluke o poslu.

Prilikom odlučivanja o tome je li u poslovnoj praksi korišteno uznemiravanje, prisila, uključujući silu ili prijetnju, ili nedopušten utjecaj, vodit će se računa o "vremenu, mjestu ili prirodi poslovne prakse, kao i ustrajnosti koju je trgovac pritom iskazao, o tome je li se trgovac koristio prijetećim ili uvredljivim rječnikom ili ponašanjem, o tome je li trgovac iskorištavao nesretne ili druge okolnosti u kojima se potrošač nalazio, a koje su bile tolikog značenja da su umanjile sposobnost potrošača da razumno rasuđuje, a trgovac je bio svjestan da će te okolnosti utjecati na odluku potrošača u odnosu na proizvod, o postojanju bilo kojeg otežavajućeg ili nerazmjernog ograničenja izvanugovorne prirode koje je trgovac nametnuo potrošaču za slučaj da potrošač želi ostvariti neko svoje pravo iz ugovora, uključujući pravo na raskid ili pravo na otkaz ugovora ili pravo da izabere drugi proizvod ili drugog trgovca i o korištenju bilo kakve prijetnje o poduzimanju radnji koje se po zakonu ne mogu poduzeti."¹⁸¹

Primjer agresivne poslovne prakse bila bi praksa trgovca kada mu je potrošač već dužan i kasni s uplatama, da mu trgovac upotrebom nedopuštenog utjecaja ponudi da će napraviti novi otplatni plan duga pod uvjetom da potrošač kupi i drugi proizvod. Primjer što ne bi predstavljalo agresivnu poslovnu praksu je nuđenje potrošaču besplatnog autobusa za trgovinu izvan grada ili nuđenje osvježanja tijekom kupnje, kao niti prodajne promocije, jer to ne utječe na potrošačevu sposobnost da donese informiranu odluku o poslu.¹⁸²

4.4. Crne liste zavaravajućih i agresivnih poslovnih praksi

¹⁸⁰Čl. 36. ZZP-a.

¹⁸¹Čl. 37. ZZP-a.

¹⁸² Prijedlog direktive, toč. 71.

U člancima 35.¹⁸³ i 38.¹⁸⁴ ZZP-a sadržane su crne liste djela zavaravajućih i poslovnih praksi koje se uvijek smatraju nepoštenima. Za te posebno propisane prakse uvijek se smatra

¹⁸³ Zavaravajućom poslovnom praksom smatraju se sljedeći postupci:

1. tvrdnja trgovca da je potpisnik određenog pravila postupanja trgovaca, iako to nije slučaj
2. isticanje zaštitnih znakova, znakova kvalitete ili sličnih znakova bez potrebnog odobrenja
3. tvrdnja da je pravila postupanja trgovaca koja taj trgovac primjenjuje odobrilo ovlašteno tijelo, iako to nije slučaj
4. tvrdnja trgovca da je njegovu djelatnost, njegovu poslovnu praksu ili njegov proizvod odobrilo, preporučilo ili dopustilo ovlašteno tijelo ili privatno tijelo, iako to nije slučaj ili ista takva tvrdnja u slučaju kada njegova poslovna praksa ili proizvod ne udovoljava zahtjevima za izdavanje tog odobrenja, preporuke ili dopuštenja
5. pozivanje na kupnju proizvoda po određenoj cijeni, bez isticanja činjenice da trgovac ima opravdane razloge vjerovati da neće biti u mogućnosti ponuditi isporuku tog ili sličnog proizvoda po navedenoj cijeni, u vrijeme i u količini koji su razumni s obzirom na proizvod, opseg oglašavanja proizvoda i ponudenu cijenu, odnosno da neće biti u mogućnosti osigurati da drugi trgovac isporuči taj ili sličan proizvod po navedenoj cijeni, u vremenu i u količini koji su razumni s obzirom na navedene okolnosti
6. pozivanje na kupnju proizvoda po određenoj cijeni, a zatim odbijanje da se potrošaču pokaže oglašavani proizvod ili odbijanje prihvaćanja narudžbe potrošača, odnosno dostave proizvoda u razumnom roku ili pokazivanje neispravnog primjerka proizvoda, a sve s namjerom promidžbe nekog drugog proizvoda
7. lažno tvrditi da će proizvod biti dostupan samo u vrlo ograničenom razdoblju ili da će biti dostupan jedino pod posebnim uvjetima u vrlo ograničenom razdoblju, a radi navođenja potrošača da odmah donese odluku o kupnji, čime mu se uskraćuje mogućnost ili vrijeme potrebno da donese odluku utemeljenu na saznanju o svim relevantnim okolnostima
8. obvezati se potrošaču na pružanje nekih postprodajnih usluga, komunicirajući prije odluke o kupnji s potrošačem na jeziku koji nije službeni jezik države članice Europske unije u kojoj se trgovac nalazi, a zatim omogućiti pružanje tih usluga samo na nekom drugom jeziku, a da potrošač na to nije bio jasno upozoren prije sklapanja ugovora
9. tvrditi ili na drugi način stvarati dojam da se proizvod može zakonito prodati, kada to nije slučaj
10. predstavljati potrošaču prava koja mu po zakonu i inače pripadaju kao posebnost ponude trgovca
11. koristiti uredničke sadržaje u medijima radi plaćene promidžbe proizvoda a da u tim sadržajima nije jasno izraženo riječima, znakovima ili zvukovima koje potrošač može jasno prepoznati, da je riječ o promidžbi
12. iznositi netočne tvrdnje u vezi s prirodom i obujmom rizika kojem bi mogla biti izložena osobna sigurnost potrošača ili članova njegove obitelji u slučaju da potrošač ne kupi proizvod
13. oglašavati proizvod koji je sličan proizvodu koji je proizveo neki drugi proizvođač i to na način da se namjerno navodi potrošača na pogrešan zaključak da je oglašavani proizvod proizveo taj drugi proizvođač
14. uspostavljanje, vođenje ili promidžba piramidalnog sustava promidžbe, pri čemu potrošač mora dati određenu činidbu kako bi mogao dobiti određenu naknadu, i to prije svega zbog toga jer je uveo u sustav nove potrošače, a ne zbog toga jer je kupio ili konzumirao proizvod
15. tvrditi da će trgovac uskoro prestati sa svojom djelatnošću ili da će se preseliti u druge poslovne prostorije, iako to nije slučaj
16. tvrditi da proizvod može omogućiti dobitak u igrama na sreću
17. lažno tvrditi da proizvod može izliječiti bolest, disfunkcionalnost ili malformaciju
18. prenošenje netočnih obavijesti u vezi sa stanjem na tržištu ili dostupnosti proizvoda, s namjerom da se navede potrošača da kupi proizvod pod uvjetima koji su nepovoljniji od uobičajenih tržišnih uvjeta
19. tvrditi u okviru poslovne prakse da se raspisuje nagradna igra ili promocija, a da se ne dodijeli opisana nagrada ili njezin razuman ekvivalent
20. označavanje proizvoda oznakama »gratis«, »besplatno«, »bez naknade« ili sličnim oznakama ako potrošač mora za taj proizvod platiti bilo koji iznos različit od nužnih troškova odgovaranja na poslovnu praksu, troškova dostave ili primitka proizvoda
21. uvrštavanje u promidžbene materijale računa ili nekog drugog zahtjeva za plaćanje kojim se kod potrošača stvara dojam da je već naručio oglašavani proizvod koji se nudi, iako to nije slučaj
22. lažno tvrditi ili stvarati dojam da trgovac ne djeluje u okviru svoje poslovne djelatnosti, odnosno djelatnosti slobodnog zanimanja ili lažno predstavljajući trgovca kao potrošača
23. stvaranje lažnog dojma da su postprodajne usluge u vezi s proizvodom dostupne i u državi članici Europske unije koja je različita od one u kojoj je proizvod prodan.

¹⁸⁴ Agresivnom poslovnom praksom smatraju se sljedeći postupci:

1. stvaranje dojma da potrošač ne može napustiti poslovne prostorije sve dok ne sklopi ugovor
2. posjećivanje potrošača u njegovu domu, ignorirajući pritom zahtjev potrošača da se napusti njegov dom ili da ga se više ne posjećuje, osim u slučaju i u mjeri u kojoj je to opravdano radi propisima predviđenog prisilnog ispunjenja ugovorne obveze

da su ispunjena sva tri uvjeta, odnosno da bitno utječu na donošenje odluke prosječnog potrošača i da su suprotne uvjetima profesionalne pažnje, osim što će se morati dokazati da se konkretni slučaj može podvesti pod određeno djelo. U dvojbi o tome da li se konkretni slučaj može podvesti pod određeno djelo s crnih lista, sud države članice bi trebao postaviti prethodno pitanje Sudu EU o tumačenju prijeporne odredbe Direktive, ako Sud EU do tada nije o tome donio odluku. Crne liste države članice ne mogu proširiti na druga djela. Dakle samo ona djela koja su u tim listama navedena smatraju se nepoštenima bez potrebe dokazivanja drugih uvjeta. Ako se neko djelo ne može podvesti pod djela iz crnih lista tada se može ispitati da li su ispunjeni uvjeti za zabranu zavaravajuće ili agresivne poslovne prakse, odnosno jesu li ispunjeni uvjeti iz opće zabrane.

Propisivanjem djela zavaravajućih i agresivnih poslovnih praksi koja se sami po sebi smatraju zabranjenima (crne liste) postiže se pravna sigurnost te se omogućuje onima koji provode te propise, trgovcima, marketinškim profesionalcima i klijentima da identificiraju određene prakse i da odmah odgovore na njih bez da pritom ocjenjuju ispunjenje kriterija u konkretnom slučaju.¹⁸⁵ Unatoč tome, Sud EU u velikom broju slučajeva davao je tumačenja odredbi iz tvz. crne liste.¹⁸⁶

3. ustrajno i neželjeno komuniciranje s potrošačem putem telefona, telefaksa, elektroničke pošte ili drugog sredstva daljinske komunikacije, osim u slučajevima i u mjeri u kojoj je to opravdano zbog propisima predviđenog prisilnog ispunjenja ugovorne obveze

4. traženje od potrošača koji postavlja odštetni zahtjev na temelju police osiguranja da dostavi određene dokumente koji, po razumnoj ocjeni, nisu relevantni za ocjenu opravdanosti tog zahtjeva ili sustavno izbjegavanje davanja odgovora na ustrajno dopisivanje potrošača, s namjerom da ga se odvrti od ostvarivanja prava koja mu pripadaju na temelju ugovora

5. oglašavanje kojim se djecu izravno navodi na to da kupe oglašavani proizvod ili da nagovore svoje roditelje ili druge punoljetne osobe da im kupe oglašavani proizvod

6. zahtijevanje plaćanja proizvoda odmah ili s odgodom ili vraćanja ili čuvanja proizvoda koji je trgovac isporučio, a potrošač ga uopće nije naručio

7. izravno obavještavanje potrošača da će posao ili opstanak trgovca biti ugrožen ako potrošač ne kupi proizvod

8. stvaranje lažne predodžbe da je potrošač osvojio, ili da će osvojiti, bezuvjetno ili uz ispunjenje određene činidbe, određenu nagradu ili neku drugu odgovarajuću korist, kada u stvarnosti nikakva nagrada ili druga odgovarajuća korist nije predviđena ili kada je u stvarnosti poduzimanje bilo kakve radnje usmjerene na ostvarivanje te nagrade ili druge koristi uvjetovano određenim plaćanjem od strane potrošača ili potrošaču uzrokuje troškove.

¹⁸⁵ Smjernice za provedbu/primjenu direktive 2005/29/ez o nepoštenoj poslovnoj praksi, str. 88- 91.

¹⁸⁶ Tako je primjerice u predmetu C- 428/11 Sud EU tumačio pojam "troškova" iz toč. 31. Priloga I, u predmetima C-515/12 i C-667/15 davao je tumačenja vezano za piramidalne sustave iz toč. 14. Priloga I.

5. ZAŠTITA MIKRO, MALIH I SREDNJIH PODUZEĆA

5.1. Mikro, mala i srednja poduzeća

Pojam mikro, malih i srednjih poduzeća u pravu EU, kao i u pravima država članica EU određen je prvenstveno radi mogućnosti korištenja politika, programa, mjera i potpora koje daju Europska komisija i države članice, kako bi ih se potaklo na financiranje i ulaganje u razvoj i inovacije. Definiciju mikro, malih i srednjih poduzeća ne nalazimo u primarnom pravu EU, kao niti u obveznom pravu država članica, jer se radi o trgovcima koji se do sada nisu smatrali zasebnom kategorijom kojoj se dodjeljuje posebna pravna zaštita u odnosu na veće trgovce, premda su neki propisi doneseni prvenstveno radi njihove zaštite.¹⁸⁷

Europska definicija sadržana je u čl. 2. Aneksa Preporuke Komisije iz 2003/361/EZ, prema kojoj su mikro, mala i srednja poduzeća neovisna poduzeća koja zapošljavaju manje od 250 osoba i čiji godišnji promet ne prelazi 50 milijuna eura i /ili prema godišnjim financijskim izvješćima ne prelazi 43 milijuna eura.¹⁸⁸

U RH definicija je sadržana u Zakonu o poticanju razvoja malog gospodarstva. Malo gospodarstvo u smislu tog Zakona čine „*subjekti u poduzetništvu i obrtu koji zapošljavaju prosječno godišnje manje od 250 radnika, u poslovanju su neovisni, odnosno autonomni subjekti koji nisu klasificirani kao partnerski subjekti te povezani subjekti, sukladno Preporuci Komisije 2003/361/EZ od 6. svibnja 2003., prema financijskim izvješćima za prethodnu godinu ostvaruju godišnji poslovni prihod u iznosu protuvrijednosti do 50.000.000,00 eura, ili imaju ukupnu aktivu ako su obveznici poreza na dobit, odnosno imaju dugotrajnu imovinu ako su obveznici poreza na dohodak, u iznosu protuvrijednosti do 43.000.000,00 eura.*“ Subjekti malog gospodarstva su „*fizičke i pravne osobe koje samostalno i trajno obavljaju dopuštene djelatnosti radi ostvarivanja dobiti odnosno dohotka na tržištu.*“ Zakon sadrži posebne definicije mikro, malog i srednjeg subjekta malog gospodarstva.¹⁸⁹

Iako se Zakonom o zabrani nepoštenih trgovačkih praksi u lancu opskrbe hranom teži prvenstveno zaštititi mikro, mala i srednja poduzeća, taj Zakon nije direktno adresiran na njih,

¹⁸⁷ Npr. u toč. 1. uvodne izjave Direktive 2000/35/EZ od 29. lipnja 2000. o borbi protiv kašnjenja u plaćanju u poslovnim transakcijama navodi da je Europski parlament u svojoj rezoluciji o integriranom programu u korist malog i srednjeg poduzetništva i obrtništva pozvao Komisiju da podnese prijedlog o rješavanju problema kašnjenja u plaćanju, iako se odredbe te Direktive primjenjuju na sva plaćanja izvršena radi naplate u transakcijama između poduzetnika, odnosno između poduzetnika i javnih tijela koja rezultiraju isporukom robe ili pružanjem usluga za naknadu.

¹⁸⁸ U praksi nije lako odrediti radi li se o mikro, malom i srednjem poduzeću. Europska komisija izdala je stoga upute za SME definiciju, vidi: file:///D:/Downloads/smedefinitionguide_en.pdf.

¹⁸⁹ Čl. 3. st. 1 - 4, prema kojima su mikro subjekti malog gospodarstva su fizičke i pravne osobe, koje: prosječno godišnje imaju zaposleno manje od 10 radnika, prema financijskim izvješćima za prethodnu godinu ostvaruju godišnji poslovni prihod u iznosu protuvrijednosti do 2.000.000,00 eura, ili imaju ukupnu aktivu ako su obveznici poreza na dobit, odnosno imaju dugotrajnu imovinu ako su obveznici poreza na dohodak, u iznosu protuvrijednosti do 2.000.000,00 eura. Mali subjekti malog gospodarstva su fizičke i pravne osobe, koje prosječno godišnje imaju zaposleno manje od 50 radnika, prema financijskim izvješćima za prethodnu godinu ostvaruju godišnji poslovni prihod u iznosu protuvrijednosti do 10.000.000,00 eura, ili imaju ukupnu aktivu ako su obveznici poreza na dobit, odnosno imaju dugotrajnu imovinu ako su obveznici poreza na dohodak, u iznosu protuvrijednosti do 10.000.000,00 eura. Srednji subjekti malog gospodarstva su fizičke i pravne osobe čiji je godišnji prosječni broj radnika, ukupni godišnji promet ili zbroj bilance, odnosno dugotrajna imovina veća od utvrđenih za malog subjekta.

pa tako ne sadrži niti definiciju mikro, malog i srednjeg poduzeća, već definicije primarnog proizvođača, otkupljivača, prerađivača i trgovca koji imaju značajnu tržišnu snagu.¹⁹⁰

5.2. Nepošteno trgovanje prema Zakonu o trgovini

5.2.1. Opća zabrana

Pravila o nepoštenom trgovanju sadržana su u Zakonu o trgovini (dalje: ZT) koji u čl. 63. st. 1. sadrži opću zabranu koja glasi:

"1. Pod nepoštenim trgovanjem podrazumijevaju se radnje trgovca kojima se radi tržišnog natjecanja povređuju dobri trgovački običaji.

1. Nepošteno trgovanje je zabranjeno."

Člankom 64. st. 1. nabrojana su djela koja se osobito smatraju nepoštenim trgovanjem. Stoga, ako se pojedino djelo ne može podvesti pod posebno nabrojanu listu djela nepoštenog trgovanja, tada dolazi u primjenu opća zabrana, ali samo ako su ispunjeni uvjeti koji su njom propisani.

Prvo, da bi se radilo o nepoštenom trgovanju potrebno je da se radi o djelatnosti trgovine, budući da su ove odredbe smještene u zakonu koji samo regulira samo djelatnost trgovine, a koja u smislu odredbe iz čl. 3. st. 1. znači „*gospodarsku djelatnost kupnje i prodaje robe i/ili pružanja usluga u trgovini u svrhu ostvarivanja dobiti ili drugog gospodarskog učinka, na domaćem ili inozemnom tržištu.*“¹⁹¹ Stoga, ova opća zabrana je vertikalna, jer se odnosi samo na djelatnost trgovine. Taj prvi uvjet predstavlja značajno ograničenje, jer do nepoštenog tržišnog natjecanja može doći u svim sektorima.¹⁹²

Nadalje, treba se raditi o radnjama trgovca. Pod radnjama podrazumijeva se pojedinačna radnja, ali i praksa, kao i propuštanje. Također, u samoj definiciji ne propisuje se da se mora raditi o radnji trgovca prema drugom trgovcu, tako da se može raditi i o radnji trgovca prema potrošaču, npr. kod trgovine na malo, čime dolazi do preklapanja s odredbama o nepoštenoj poslovnoj praksi sadržanima u ZZP-u. No, valja naglasiti da ovaj Zakon ne daje potrošaču aktivnu legitimaciju što znači da potrošač ne može ustati tužbom radi zaštite prava. Definicija dalje sadrži ograničenje da su te radnje poduzete radi tržišnog natjecanja, a koji uvjet nije razjašnjen ovim Zakonom. Ako bi se uzelo da se mora raditi o izravnoj natjecateljskoj vezi trgovca počinitelja i njegovog konkurenta, tada bi se trebalo primijeniti široko tumačenje u odnosu na trgovinu na malo kod prodaje potrošačima na način da radnje mogu biti usmjerene na potrošače, ali da imaju učinak na konkurente. Jednako tako i u slučajevima kada su poslovni subjekti klijenti (kupci), a ne konkurenti, trebalo bi primijeniti široko tumačenje generalne

¹⁹⁰ Čl. 2. toč. 4-8.

¹⁹¹ Prema čl. 3. st. 2. ZT-a trgovina se obavlja kao trgovina na veliko i kao trgovina na malo. Trgovina na veliko je „kupnja robe radi daljnje prodaje profesionalnim korisnicima, odnosno drugim pravnim ili fizičkim osobama koje obavljaju neku registriranu ili zakonom određenu djelatnost“ (čl. 7. st. 1.), a trgovina na malo je „kupnja robe radi daljnje prodaje potrošačima za osobnu uporabu ili uporabu u kućanstvu, kao i profesionalnim korisnicima ako za tu prodaju nije potrebno ispunjavanje dodatnih minimalnih tehničkih i drugih uvjeta propisanih posebnim propisima“ (čl. 9. st. 1.).

¹⁹² Npr. građevinska djelatnost, ugostiteljska djelatnost i dr. Ponekad može biti teško napraviti distinkciju između pojedinih djelatnosti.

klauzule, u protivnom bi svi ti slučajevi i u djelatnosti trgovine bili nepokriveni zaštitom od nepoštenog trgovanja.

Nadalje, počinitelj mora biti trgovac u smislu tog Zakona. U članku 4. stavku 1. ZT-a određuje se da je trgovac „pravna ili fizička osoba registrirana za obavljanje kupnje i prodaje robe i/ili pružanja usluga u trgovini.“ Sukladno st. 3. „bez upisa u registar trgovac može obavljati i druge poslove u manjem opsegu, koji služe obavljanju djelatnosti trgovine, a koji se uobičajeno obavljaju uz djelatnost trgovine.“ Konačno, mora se raditi o povredi dobrih poslovnih običaja, odnosno o povredi poslovnog morala.

5.2.2. Posebna djela nepoštenog trgovanja

Članak 64. st. 1. ZT-a nabroja različita djela koja se sama po sebi smatraju nepoštenim trgovanjem. Dakle, nije potrebno ispitivati postojanje dodatnih uvjeta koji su potrebni kod generalne klauzule, pa možemo reći da se radi o tzv. sivoj listi djela, koja nije zatvorena.¹⁹³

5.3. Zabrana nepoštenog oglašavanja

5.3.1. Zabrane zavaravajućeg i nedopuštenog usporednog oglašavanja

ZNO je donesen 27. ožujka 2009. Njime je u hrvatski pravni sustav prenesena Direktiva 2006/114 o zavaravajućem i komparativnom oglašavanju koja regulira B2B odnose.

Ovim Zakonom uređuje se zaštita trgovaca, jednako kao i u Direktivi 2006/114. Zavaravajuće oglašavanje samo po sebi se smatra protivnim poslovnom moralu, tako da definiciju iz čl. 3. al. 2. možemo smatrati malom generalnom klauzulom, kod koje nije potrebno dokazivati nepoštenje. Prema njoj "zavaravajuće oglašavanje je bilo koje oglašavanje koje na bilo koji način, uključujući njegovo predstavljanje, dovodi u zabludu ili je vjerojatno da će dovesti u zabludu osobe kojima je upućeno ili do kojih dopire pa je vjerojatno da će zbog toga utjecati na njihovo ekonomsko ponašanje, odnosno da zbog toga povređuje ili je vjerojatno da će povrijediti konkurente." Dakle, uvjeti za primjenu su dovođenje u zabludu, utjecaj na ekonomsko ponašanje ili povreda ili vjerojatnost povrede konkurenta.

¹⁹³ Nepoštenim trgovanjem u smislu ovoga Zakona smatra se osobito:

- prodaja robe ispod njezine nabavne cijene s porezom na dodanu vrijednost,
- reklamiranje, oglašavanje ili ponuda robe ili usluga navođenjem podataka ili upotrebom izraza s kojima se iskorištava ugled drugog trgovca, njegovih proizvoda ili usluga, odnosno proizvoda drugog trgovca,
- davanje podataka o drugom trgovcu, ako ti podaci štete ili mogu nanijeti štetu ugledu i poslovanju drugog trgovca,
- prodaja robe s oznakama ili podacima ili izgledom koji stvaraju ili bi mogli stvoriti zabunu glede izvora, načina proizvodnje, količine, kakvoće ili drugih osobina robe,
- radnje trgovaca usmjerene na prekid poslovnih odnosa, između drugih trgovaca ili koje sprečavaju ili otežavaju poslovne odnose drugih trgovaca,
- neopravdano neispunjavanje ili raskidanje ugovora s pojedinim trgovcem kako bi se sklopio isti ili povoljniji ugovor s drugim trgovcima,
- ugovaranje izvoza robe i usluga po nižoj cijeni ako je drugi trgovac već ugovorio izvoz takve robe i usluge po višoj cijeni čime se nanosi šteta tom trgovcu,
- davanje ili obećanje darova, imovinske ili druge koristi drugom trgovcu, njegovom djelatniku ili osobi koja radi za drugog trgovca, kako bi se davatelju omogućila pogodnost na štetu drugog trgovca ili potrošača,
- neovlaštena uporaba usluga trgovačkog putnika, trgovačkog predstavnika ili zastupnika drugog trgovca,
- protupravno pribavljanje poslovne tajne drugog trgovca ili bespravno iskorištavanje povjerene poslovne tajne drugog trgovca.

Usporedno oglašavanje u načelu je dopušteno, ali pod određenim uvjetima. U čl. 3. al. 3. usporedno oglašavanje definira se kao "*bilo koje oglašavanje koje izravno ili neizravno upućuje na konkurenta, odnosno koje izravno ili neizravno upućuje na robu ili usluge konkurenta*". Pretpostavke pod kojima je ono dopušteno mogu se podijeliti na pozitivne i negativne. Pozitivne pretpostavke da bi jedan trgovac oglašavanjem mogao upućivati na drugog konkurenta ili njegove proizvode ili usluge su, da se uspoređuju roba ili usluge kojima se zadovoljavaju iste potrebe ili koje služe istoj namjeni, da su objektivno uspoređene odlike robe ili usluga koje su materijalne, bitne, reprezentativne i provjerljive, što može uključivati i cijenu, da se kod proizvoda s oznakom podrijetla, uspoređuju proizvodi istoga podrijetla. Negativne pretpostavke zahtijevaju da se ne radi o nepoštenom usporednom oglašavanju, a to je, da ono nije zavaravajuće kako prema ovom Zakonu u odnosima između trgovaca, tako i prema ZZP-u u odnosima trgovca prema potrošaču, da ne dovodi do poistovjećivanja između trgovaca, između oglašivača i njegova konkurenta ili između robe ili usluga, žigova, zaštićenih imena ili drugih razlikovnih obilježja oglašivača i konkurenta, ne obezvređuje ili ocrnjuje robu ili usluge konkurenta, njegove žigove, zaštićena imena ili druga razlikovna obilježja, njegove aktivnosti i odnose u kojima se nalazi, nije usmjereno na nepošteno iskorištavanje ugleda žiga, zaštićenog imena ili drugih razlikovnih obilježja konkurenta, da ako nije usmjereno na nepošteno iskorištavanje oznake podrijetla robe ili usluge konkurenta, da se ne odnosi na robu ili usluge koje se oglašavaju kao imitacija robe ili usluga zaštićenih žigom ili zaštićenim imenom. Usvojen je objektivni koncept prema kojem nije relevantno je li oglašivač kriv za to što je oglašavanje zavaravajuće, odnosno je li kriv što je usporedno oglašavanje nedopušteno.

5.4. Zabrana nepoštenih trgovačkih praksi u lancu opskrbe hranom

5.4.1. Obuhvat i razlozi donošenja posebnog zakona

Zakon o zabrani nepoštenih trgovačkih praksi u lancu opskrbe hranom je potpuno nov Zakon koji je pod utjecajem EU-a donesen 17. studenog 2017. U Prijedlogu tog Zakona kao razlozi istakli su se, prvo, promjena tržišnih uvjeta u lancu opskrbe hranom u RH u zadnjih deset godina s pojavom supermarketa slično kao i u EU, na način da je jačanjem velikih trgovačkih lanaca, došlo do promjene trgovine na malo prehrambenim proizvodima, uz gašenje velikog broja malih i srednjih trgovaca, čime se tržišna i gospodarska snaga koncentrirala u okviru desetak trgovačkih lanaca. Drugo, neučinkovitost postojećih zakonskih odredbi. Subjekt zaštite tog Zakona je dobavljač, a osobito se tu mislilo na mala i srednja poduzeća, koja imaju malu pregovaračku moć.¹⁹⁴

Kao primjeri iz prakse navode se „*otežan pristup maloprodaji, avansna plaćanja za pristup pregovorima, nametanje naknade za ulazak u trgovinu, naknade za policu u trgovini, nametanje promocija, kašnjenje u plaćanjima, klauzula o najpovlaštenijem klijentu, jednostrano i retroaktivno mijenjanje uvjeta ugovora, jednostrano kršenje ugovora, nametanje naknade i odredbe o ekskluzivnosti, nametanje naknade za privatne marke, nametanje standardnih ugovora, postupci odmazde, nepisani ugovori, nametanje naknade za preradu ili uklanjanje otpada, nametanje naknade za ambalažni materijal, nametanje plaćanja promocija koje nisu ranije bile dogovorene, naknade za slabiju prodaju, nametanje dodatnih popusta,*

¹⁹⁴Vidi toč. II. Prijedloga Zakona o zabrani nepoštenih trgovačkih praksi u lancu opskrbe hranom.

*jednostrano povlačenje proizvoda s police, nametanje neuvjetovanog povrata neprodane robe, prebacivanje troškova zbog krađe ili gubitka proizvoda, nametanje troškova vezanih uz prigovore potrošača i drugo.*¹⁹⁵

Valja naglasiti da je ovaj Zakon ograničen samo na sektor opskrbe hranom. No, u supermarketima se prodaju i ostali proizvodi koji nisu prehrambeni, poput kozmetičkih proizvoda, tekstila, kućanskih aparata itd. Time je zakonodavac svjesno određena djela nepoštenog tržišnog natjecanja ostavio nereguliranima, budući da u hrvatskom pravnom sustavu nema horizontalne velike generalne klauzule B2B odnosima, kao što ima u B2C odnosima.

5.4.2. Opća zabrana

Opća zabrana sadržana je u članku 3. st. 1. Zakona o zabrani nepoštenih trgovačkih praksi u lancu opskrbe hranom prema kojoj je *„zabranjeno iskorištavanje značajne pregovaračke snage otkupljivača i/ili prerađivača ili trgovca u odnosu na njihove dobavljače nametanjem nepoštenih trgovačkih praksi.*“

Dakle, prvi uvjet je da se primjenjuje u lancu opskrbe hranom.¹⁹⁶ Lanac opskrbe hranom obuhvaća sve sudionike u proizvodnji, preradi i trgovini poljoprivrednim ili prehrambenim proizvodima,¹⁹⁷ i to: proizvođače,¹⁹⁸ otkupljivače¹⁹⁹ i/ili prerađivače,²⁰⁰ trgovce na veliko i trgovce na malo.²⁰¹ Nepoštene trgovačke prakse mogu postojati u odnosima između dobavljača i otkupljivača i/ili prerađivača i između dobavljača i trgovaca.²⁰² Dobavljač se definira kao *„fizička ili pravna osoba (uključivo i primarni proizvođač) koja proizvodi i/ili prerađuje i/ili otkupljuje te potom prodaje poljoprivredni ili prehrambeni proizvod otkupljivaču i/ili prerađivaču ili izravno trgovcu, neovisno o tome ima li taj dobavljač prebivalište ili sjedište u RH ili inozemstvu.*“²⁰³

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Čl. 2. a.

¹⁹⁷ Prema čl. 2. c) Zakona o nepoštenim trgovačkim praksama u lancu opskrbe hranom poljoprivredni i prehrambeni proizvod je „svaka tvar ili proizvod, prerađen, djelomično prerađen ili neprerađen, a namijenjen je prehrani ljudi ili se može očekivati da će ga ljudi konzumirati, uključujući piće, žvakaću gumu i svaku drugu tvar, uključujući vodu koja se namjerno ugrađuje u hranu tijekom njezine proizvodnje, pripreme ili prerade te žive životinje koje su namijenjene za proizvodnju hrane u skladu s člankom 2. Uredbe (EZ) br. 178/2002 Europskog parlamenta i Vijeća od 28. siječnja 2002. o utvrđivanju općih načela i uvjeta zakona o hrani, osnivanju Europske agencije za sigurnost hrane te utvrđivanju postupaka u područjima sigurnosti hrane (SL 31, 1. 2. 2002.), (u daljnjem tekstu: Uredba (EZ) br. 178/2002), osim morske ribe i drugih morskih organizama iz ulova.“

¹⁹⁸ Prema čl. 2. toč. e. Zakona o nepoštenim trgovačkim praksama u lancu opskrbe hranom primarni proizvođač je "fizička ili pravna osoba koja proizvodi primarni poljoprivredni proizvod u smislu odredbe članka 3. točke 17. Uredbe (EZ) br. 178/2002."

¹⁹⁹ Prema čl. 2. toč. g) otkupljivač je „fizička ili pravna osoba koja kupuje poljoprivredni ili prehrambeni proizvod radi daljnje prodaje trgovcu.“

²⁰⁰ Prema čl. 2. toč. h) prerađivač je „fizička ili pravna osoba koja prerađuje kupljeni poljoprivredni ili prehrambeni proizvod te prerađeni proizvod prodaje trgovcu.“

²⁰¹ Prema čl. 2. toč. i) trgovac je „fizička ili pravna osoba utvrđena u skladu s općim propisom o trgovini koja kupuje poljoprivredni ili prehrambeni proizvod radi daljnje prodaje. Nema definicije što se smatra trgovcem na veliko ili na malo, ali ta razlika nijeliti bitna jer iako se prvenstveno htjelo zaštititi mala i srednja poduzeća obuhvaćeni su svi trgovci.“

²⁰² Čl. 4. st. 1.

²⁰³ Čl. 2. f).

Drugi uvjet je da otkupljivač i/ili prerađivač ili trgovac ima u odnosu na njegovog dobavljača značajnu pregovaračku snagu. Zakon sadrži presumpciju o postojanju značajne pregovaračke snage koja se određuje na temelju iznosa ukupnog godišnjeg prihoda uključivo i godišnji prihod povezanih društava.²⁰⁴ Za trgovce određuje se iznos od 100 milijuna kuna, a za otkupljivača i prerađivača 50 milijuna kuna.²⁰⁵ Iz navedenih odredbi, proizlazi da se radi o neoborivim zakonskim presumpcijama. Kod ovog uvjeta potrebno je ispitivati odnos pregovaračke moći prema dobavljaču. Ako su iste gospodarske snage tada su iste pregovaračke moći.

Treće, značajnu pregovaračku snagu otkupljivač i/ili prerađivač ili trgovac ne smije zlouporabiti, odnosno prema terminologiji ovog Zakona "iskoristiti". Zlouporaba se očituje u nametanju nepoštenih trgovačkih praksi. Iz čl. 2. st. b) proizlazi da su to ugovorne odredbe i poslovne prakse koje su suprotne načelima savjesnosti i poštenja, načelu ravnopravnosti ugovornih strana, načelu jednake vrijednosti činidaba i dobroj poslovnoj praksi. Iako Zakon govori o praksama, može se raditi i o pojedinačnoj radnji prema pojedinom dobavljaču.

5.4.3. Posebna djela nepoštenih trgovačkih praksi u lancu opskrbe hranom

U članku 4. st. 2. Zakona o nepoštenim trgovačkim praksama u lancu opskrbe hranom sadržana su posebna djela nepoštenih trgovačkih praksi. Mora se raditi o djelima u proizvodnji, preradi i/ili trgovini poljoprivrednim ili prehrambenim proizvodima koje se iskorištavanjem značajne pregovaračke snage nameću dobavljačima. Dakle, u svakom pojedinom slučaju trebat će se utvrditi prvo, da određeni otkupljivač i/ili prerađivač ili trgovac ima značajnu pregovaračku snagu te drugo, da ju je iskoristio nametanjem određenih trgovačkih praksi te treće da se radi o jednom od slučajeva propisanog čl. 4. st. 2.

Tri djela nepoštene trgovačke prakse u lancu opskrbe hranom su propisana kao pozitivne dužnosti, dok su dva djela propisana kao zabrane. Pozitivne obveze nameću se kod ugovora za koje se određuje oblik i obvezni sadržaj.²⁰⁶ Ako ugovor nije sklopljen u pisanom obliku i ne

²⁰⁴ Prema ZZTN-uz a postojanje djela zlouporabe vladajućeg položaja relevantna je tržišna snaga koja se određuje temeljem niza čimbenika, kao što su tržišni udjeli, financijska snaga itd. (čl. 12. st. 1.), dok se prema ovom Zakonu pregovaračka moć utvrđuje prema prihodima.

²⁰⁵ Čl. 3. st. 2.- 4. U Prijedlogu zakona, str. 28 ističe se da je time obuhvaćeno 95% tvrtki iz djelatnosti trgovine te u istoj mjeri i tvrtke iz sektora otkupa i prerade poljoprivrednih proizvoda.

²⁰⁶ Oblik i obvezni sadržaj ugovora dobavljača i otkupljivača i/ili prerađivača propisan je člankom 5. st. 1. koji glasi: "Ugovor između dobavljača i otkupljivača i/ili prerađivača mora biti sklopljen u pisanom obliku i sadržavati sve odredbe bitne za poslovni odnos ugovornih strana, a osobito odredbe o:1. cijeni proizvoda i/ili načinu određivanja, odnosno izračuna cijene, 2. kvaliteti i vrsti poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda koji se isporučuje otkupljivaču i/ili prerađivaču, 3. uvjetima i rokovima plaćanja isporučenog poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda, a rok plaćanja ne može biti dulji od 60 dana od dana primitka poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda koji je predmet isporuke, odnosno ne može biti dulji od 30 dana od dana primitka svježeg proizvoda koji je predmet isporuke, 4. uvjetima i rokovima isporuke poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda koji su predmet ugovora, 5. mjestu isporuke poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda i 6. trajanju ugovora." Iznimke od pisanog oblika propisane su st. 3. i 4. Oblik i obvezni sadržaj ugovora dobavljača i trgovca propisan je člankom 6. st. 1. koji glasi: "Ugovor između dobavljača i trgovca mora biti sklopljen u pisanom obliku i sadržavati sve odredbe bitne za poslovni odnos ugovornih strana, a osobito sadržavati odredbe o:1. cijeni proizvoda i/ili načinu određivanja, odnosno izračuna cijene, 2. kvaliteti i vrsti poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda koji se isporučuje trgovcu, 3. uvjetima i rokovima plaćanja isporučenog poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda, a rok plaćanja ne može biti dulji od 60 dana od dana primitka poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda koji je predmet isporuke, odnosno ne može biti dulji od 30 dana od dana primitka svježeg proizvoda koji je predmet

sadržava sve propisane odredbe, takav ugovor je ništetan.²⁰⁷ Nadalje, obveze se nameću kod izdavanja računa,²⁰⁸ te se nameće dužnost davanja potpunih i jasnih informacija u odnosu na opće uvjete poslovanja.²⁰⁹ Nametanje posebnih obveza spada pod dužnost poslovnog subjekta da u odnosu prema slabijem partneru postupa s povećanom pažnjom. Dakle, slabijim tržišnim sudionicima pruža se posebna zaštita, slična kao i za potrošače.

Kao zabrane propisuje se ugovaranje mogućnosti jednostranog raskida ugovora u nepisanom obliku ili bez navođenja osnovanih razloga za raskid ugovora ili mogućnosti otkaza ugovora s dobavljačem bez primjerenog otkaznog roka ili mogućnosti jednostrane izmjene ugovora. Takve ugovorne odredbe su ništete.²¹⁰ Nadalje zabranjene su nerazmjerno visoke ugovorne kazne, kao i naplatiti je od dobavljača kada ne postoji njegova krivnja.²¹¹ Konačno, navodi se i da tu spadaju ostale propisane nepoštene trgovačke prakse otkupljiivača i /ili prerađivača²¹² i trgovca²¹³ u trgovini poljoprivrednim ili prehrambenim proizvodima, koje se posebno nabrajaju.

isporuke, 4. uvjetima i rokovima isporuke poljoprivrednog ili prehrambenih proizvoda koji su predmet ugovora, 5. mjestu isporuke poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda i 6. trajanju ugovora."

²⁰⁷ Čl. 5. st. 2. i čl. 6. st. 2.

²⁰⁸ Pravila izdavanja računa propisana su čl. 7. koji glasi: „(1) Za svaku isporuku poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda u skladu s ugovorom sklopljenim između dobavljača i trgovca ili dobavljača i otkupljiivača i/ili prerađivača, odnosno za svaku uslugu povezanu s isporukom poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda mora biti izdan račun ili otkupni blok, u skladu s poreznim propisima.(2) Račun koji dobavljač izdaje trgovcu, odnosno otkupljiivaču i/ili prerađivaču mora sadržavati jasno navedeni iznos ugovorenih popusta ili rabata i točnu specifikaciju na što se iznosi odnose, u skladu s ugovorom između dobavljača i trgovca, odnosno dobavljača i otkupljiivača i/ili prerađivača.(3) Naknade za usluge trgovca prema dobavljaču čije ostvarenje ovisi o stvarnom i mjerljivom učinku trgovca, odnosno otkupljiivača i/ili prerađivača, a ne smatraju se nametanjem nepoštene trgovačke prakse, ne smiju biti izražene na računu iz stavka 2. ovoga članka.(4) Odredbe ovoga članka ne utječu na porezne propise o obliku i sadržaju računa.“

²⁰⁹ Članak 8. glasi: „(1) Otkupljiivač i/ili prerađivač i trgovac dužan je upozoriti dobavljača na primjenu općih uvjeta poslovanja, kao i na način objave općih uvjeta poslovanja, (2) Odredbe općih uvjeta poslovanja moraju biti jasne i razumljive, (3) Opći uvjeti poslovanja ne smiju sadržavati odredbe koje se u smislu ovoga Zakona smatraju nepoštenim trgovačkim praksama.“

²¹⁰ Čl. 9.

²¹¹ Čl. 10.

²¹² Člankom 11. propisane su ostale nepoštene trgovačke prakse otkupljiivača i/ili prerađivača, a to su : „1. netransparentno umanjenje količine i/ili vrijednosti poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda standardne kvalitete, 2. ispostavljanje bjanko zadužnice radi preuzetog repromaterijala, a da otkupljiivač i/ili prerađivač nema obvezu izdavanja sredstva osiguranja za preuzete, a neplaćene poljoprivredne ili prehrambene proizvode, 3. uvjetovanje sklapanja ugovora i poslovne suradnje kompenzacijom roba i usluga, 4. nepreuzimanje ugovorenih količina poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda u skladu s ugovorenom dinamikom otkupa, osim u opravdanim slučajevima utvrđenim ugovorom, 5. naplata naknade za sklapanje ugovora s dobavljačem koja nije razmjerna administrativnom trošku koji treba snositi dobavljač, 6. odbijanje primitka isporuke poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda po dospjeću obveze za dobavljača na isporuku, osim zbog razloga koji su ugovorom utvrđeni kao opravdani razlozi za odbijanje primitka, 7. naplata naknade dobavljaču za kalo, rastep, lom i krađu proizvoda nakon isporuke poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda, odnosno prebacivanje rizika poslovanja na dobavljača, 8. obveze da ne prodaje poljoprivredne ili prehrambene proizvode drugim otkupljiivačima i/ili prerađivačima po nižim cijenama od onih koje je platio otkupljiivač i/ili prerađivač i, 9. izvršenje roka plaćanja dobavljaču duljeg od 60 dana od dana primitka poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda koji je predmet isporuke, odnosno duljeg od 30 dana od dana primitka svježeg proizvoda koji je predmet isporuke.“

²¹³ Člankom 12. propisane su slijedeće nepoštene trgovačke prakse trgovca „1. naplata naknade za uvrštavanje poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda dobavljača, 2. naplata naknade za smještaj proizvoda na policama u prodajnom mjestu trgovca, osim u slučaju kada dobavljač od trgovca izričito traži smještaj svog proizvoda na određenoj polici u prodajnom mjestu trgovca, 3. vraćanje isporučениh, a neprodanih proizvoda, naplata naknade za zbrinjavanje takvih proizvoda, naplata naknade dobavljaču za neprodane proizvode kojima je istekao rok trajanja, osim u slučaju proizvoda koji se prvi put isporučuju trgovcu, kao i proizvoda za koje dobavljač izričito traži prodaju, a unaprijed je pisanim putem upozoren od strane trgovca da zbog slabog obrtaja može doći do isteka

5.5. Neobjavljene informacije s tržišnom vrijednosti (poslovna tajna)

5.5.1. Pojam poslovne tajne

Dana 23. ožujka 2018. donesen Zakon o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti koji je stupio je na snagu 7. travnja 2018. Njime smo prvi od država članica implementirali Direktivu 2016/943 o poslovnoj tajni. U ovom posebnom *ad hoc* Zakonu, RH kod materijalnih odredbi nije išla dalje od obuhvata same Direktive.

Ističe se da se ovim Zakonom pravna zaštita neobjavljenih informacija preciznije usklađuje i s međunarodnim obvezama RH, odnosno s TRIPS-om, koji ima jednaku definiciju poslovne tajne. Dakle, RH se odlučila na pristup prema kojem poslovne tajne s tržišnom vrijednosti predstavljaju oblik intelektualnog vlasništva, iako Direktiva o poslovnoj tajni opisuje poslovne tajne kao jedan od oblika zaštite intelektualnih tvorevina i inovacijskog znanja

roka trajanja tih proizvoda, 4. naplata naknade za sklapanje ugovora s dobavljačem koja nije razmjerna administrativnom trošku koji treba snositi dobavljač, 5. naplata naknade za dostavu poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda izvan ugovorenog mjesta isporuke, 6. naplata naknade za čuvanje i manipulaciju nakon isporuke poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda trgovcu, 7. naplata naknade za proširenje prodajne mreže trgovca, poboljšanje (preuređenje) postojećih prodajnih mjesta trgovca, proširenje skladišnih kapaciteta trgovca, proširenje distributivne mreže trgovca, 8. odbijanje primitka isporuke poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda po dospijeću obveze za dobavljača na isporuku, osim iz razloga koji su ugovorom utvrđeni kao opravdani razlozi za odbijanje primitka, 9. uvjetovanje sklapanja ugovora i poslovne suradnje kompenzacijom roba i usluga, 10. uvjetovanje sklapanja ili produženja ugovora te primitka isporuke poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda koji su predmet ugovora zahtjevom za proizvodnjom i isporukom poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda koji se mogu smatrati zamjenjivim u odnosu na ugovorene ili isporučene proizvode (robna marka trgovca), 11. naplata naknade za usluge koje nisu pružene, odnosno za usluge koje su pružene iako nisu ugovorene između ugovornih strana, 12. naplata naknade za umanjeni promet, prodaju ili umanjenu maržu trgovca zbog smanjene prodaje određenog poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda, 13. prebacivanje rizika poslovanja s trgovca na dobavljača poput naplate naknade za kalo, rastep, lom, krađu proizvoda te naplate naknade za novčane i ostale kazne izrečene trgovcu na temelju odluka nadležnih tijela, osim u slučaju kad su izrečene kazne na temelju odluka nadležnih tijela posljedica nedostataka proizvoda za koje je odgovoran dobavljač u smislu općeg propisa koji uređuje obvezne odnose, 14. prodaja poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda krajnjem potrošaču po cijeni nižoj od bilo koje nabavne cijene u nabavnom lancu tog proizvoda s porezom na dodanu vrijednost, osim kad se radi o proizvodima pred istekom roka trajanja, povlačenju poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda iz asortimana te potpunoj rasprodaji zbog zatvaranja prodajnog objekta. Ako je dobavljač istodobno trgovac na veliko i povezano društvo s trgovcem na malo, u tom slučaju se u smislu ovoga Zakona za utvrđivanje nabavne cijene proizvoda može promatrati i ugovorni odnos između trgovca na veliko i njegovog dobavljača i/ili proizvođača koji se ne smatra s njim povezanim društvom u smislu ovoga Zakona, 15. prodaja poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda ispod cijene proizvodnje u slučaju vlastite proizvodnje trgovca (robna marka trgovca), osim kad se radi o proizvodima pred istekom roka trajanja, povlačenju poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda iz asortimana te potpunoj rasprodaji zbog zatvaranja prodajnog objekta, 16. ugovaranje naknade koja se ne iskazuje na računu, osim naknade čije ostvarenje ovisi o stvarnom i mjerljivom učinku trgovca vezanom za uslugu koju trgovac pruža dobavljaču, 17. naplata naknade za marketinške i promidžbene usluge trgovca, osim u slučaju kada dobavljač izričito traži od trgovca posebnu promidžbu svojih proizvoda koji se nalaze na prodajnom mjestu trgovca, 18. ugovaranje naknade za istraživanje tržišta, 19. naplata naknade za podatke o izlazu proizvoda dobavljača s blagajni na prodajnim mjestima trgovca, osim u slučaju kada dobavljač od trgovca izričito traži te podatke, 20. uvjetovanje sklapanja ugovora i poslovne suradnje nametanjem obveza sudjelovanja u sniženjima ili akcijama smanjenjem nabavne cijene na teret dobavljača, 21. obveza da ne prodaje poljoprivredne ili prehrambene proizvode drugim trgovcima po nižim cijenama od onih koje je platio trgovac, 22. brisanje proizvoda s liste ugovorenih proizvoda koje dobavljač isporučuje trgovcu ili značajno smanjivanje narudžbi pojedinog poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda bez prethodne pisane najave od strane trgovca u roku utvrđenom ugovorom ili u roku koji ne može biti kraći od 30 dana u slučaju kada rok nije utvrđen ugovorom, 23. izvršenje roka plaćanja dobavljaču duljeg od 60 dana od dana primitka poljoprivrednog ili prehrambenog proizvoda koji je predmet isporuke, odnosno duljeg od 30 dana od dana primitka svježeg proizvoda koji je predmet isporuke i 24. nepreuzimanje ugovorenih i proizvedenih količina poljoprivrednih ili prehrambenih proizvoda robnih marki trgovca, osim u opravdanim slučajevima utvrđenim ugovorom.“

i iskustva, a ne oblika intelektualnog vlasništva. Naime, EU ne vidi poslovnu tajnu kao klasično pravo intelektualnog vlasništva, već kao njegov dodatak. To je vidljivo i iz § 39. uvodne izjave Direktive o poslovnoj tajni u kojem se navodi da ona ne bi trebala utjecati na primjenu bilo kojeg drugog mjerodavnog prava u ostalim područjima, uključujući prava intelektualnog vlasništva.

Premda se u Prijedlogu zakona navodi da ranije nije postojalo sustavno uređenje pitanja zaštite poslovnih tajni od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja, već je kroz niz propisa obuhvaćeno parcijalno uređenje zaštite poslovnih tajni, ovim Zakonom nije došlo do brisanja tih odredbi, čime će svakako doći do preklapanja.

Naslov Zakona ne sadrži pojam "poslovna tajna" čija definicija se navodi u čl. 3. st. 1. toč. 5.,²¹⁴ već pojam "neobjavljene informacije s tržišnom vrijednosti", a koji pojam sadrži većinu, ali ipak ne sve elemente poslovne tajne, kojoj se ovim Zakonom pruža zaštita. Za razliku od teksta Direktive, Zakon uz definiciju poslovne tajne, izričito pojašnjava pojam informacija, navodeći da uključuju, među ostalim, znanje i iskustvo, poslovne informacije i tehnološke informacije.²¹⁵ Nadalje, kao primjer informacija s tržišnom (komercijalnom) vrijednosti, navodi informacija čije bi nezakonito pribavljanje, korištenje ili otkrivanje moglo naštetiti interesima osobe koja ih zakonito kontrolira, zbog narušavanja znanstvenog i tehničkog potencijala, poslovnih ili financijskih interesa, strateške pozicije ili sposobnosti tržišnog natjecanja te osobe.²¹⁶ Dakle, ustvari radi o uvjetu mogućnosti povrede gospodarskih interesa osobe koja ih zakonito kontrolira.²¹⁷ Nadalje, pojašnjava se i uvjet poduzimanja razumnih koraka za očuvanje tajnosti informacija. To bi moglo podrazumijevati izradu internog akta o rukovanju poslovnom tajnom i krugu osoba te njihovim pravima i obvezama kod rukovanja poslovnom tajnom ili mjere fizičke ili virtualne zaštite pristupa i rukovanja poslovnom tajnom.²¹⁸

5.5.2. Male klauzule kod zakonitog i nezakonitog pribavljanja poslovne tajne te posebna djela zakonitog i nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja poslovne tajne

Zakon o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti, kao i Direktiva o poslovnoj tajni regulira zakonito i nezakonito pribavljanje, korištenje i otkrivanje poslovnih tajni posebno nabrajajući što to podrazumijeva. Poslovna tajna zakonito je pribavljena, prvo, neovisnim otkrićem ili stvaranjem, drugo, opažanjem, proučavanjem, rastavljanjem ili testiranjem proizvoda ili predmeta koji je učinjen dostupnim javnosti ili koji je zakonito u posjedu osobe koja je pribavila informacije i koja nije vezana nikakvom pravno valjanom obvezom da ograniči pribavljanje poslovne tajne i treće ostvarivanjem prava radnika ili

²¹⁴ Čl. 3. st. 1. toč. 5. glasi: "poslovna tajna« su informacije koje ispunjavaju sve sljedeće zahtjeve:

a) tajne su jer nisu, u svojoj ukupnosti ili u točnoj strukturi i sklopu svojih sastavnih dijelova, općenito poznate ili lako dostupne osobama iz krugova koji se obično bave predmetnom vrstom informacija
b) imaju tržišnu (komercijalnu) vrijednost zbog toga što su tajne
c) u odnosu na njih osoba koja te informacije zakonito kontrolira poduzela je u tim okolnostima razumne korake kako bi sačuvala njihovu tajnost."

²¹⁵ Čl. 3. st. 2.

²¹⁶ Čl. 3. st. 3.

²¹⁷ Vidi poglavlje 5.4.4.

²¹⁸ Čl. 3. st. 4.

predstavnik radnika na informiranje, savjetovanje i sudjelovanje u skladu s posebnim propisima ili pravnom stečevinom EU,²¹⁹ a nezakonito neovlaštenim pristupom, prisvajanjem ili umnožavanjem bilo kojih dokumenata, predmeta, materijala, stvari ili elektroničkih spisa koje zakonito kontrolira nositelj poslovne tajne i koji sadržavaju poslovnu tajnu ili se poslovna tajna iz njih može izvesti.²²⁰

Objekti liste nisu zatvorene već sadrže male horizontalne klauzule, a to je da se zakonitim pribavljanjem smatra i svaka druga radnja koja je u tim okolnostima u skladu s dobrim poslovnim običajima, odnosno nezakonitim pribavljanjem se smatra i bilo koje drugo postupanje koje se u tim okolnostima smatra protivnim dobrim poslovnim običajima. Nije jasno što se podrazumijeva pod izrazom "tim okolnostima", da li će sud biti vezan samo naprijed navedenim istim ili sličnim okolnostima ili se može tumačiti šire s obzirom da engleski prijevod glasi: "*under the circumstances.*"

Zakon o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti nije preuzeo iz Direktive pojam "poštene poslovne prakse", već pojam koji je ranije bio sadržan u ZT kod odredbi o nepoštenom tržišnom natjecanju, a to je "dobri poslovni običaji".²²¹

Od zakonitog, odnosno nezakonitog pribavljanja poslovne tajne, Zakon kao i Direktiva razlikuje radnje korištenja i otkrivanja poslovne tajne. Zakonito korištenje ili otkrivanje poslovne tajne, nije se posebno razradilo ovim Zakonom, već se prema čl. 6. st. 2. zakonitost pribavljanja, korištenja ili otkrivanja određuje prema posebnim propisima ili pravnoj stečevini EU.²²²

Nezakonito korištenje ili otkrivanje poslovne tajne smatra se bez pristanka nositelja poslovne tajne nezakonito pribavljanje poslovne tajne ili kršenje sporazuma o povjerljivosti ili bilo koje druge obveze neotkrivanja poslovne tajne ili kršenje ugovorne ili bilo koju druge obveze kojom se ograničava korištenje poslovne tajne.²²³

Također se nezakonitim korištenjem poslovne tajne smatraju se i proizvodnja, nuđenje ili stavljanje na tržište, uvoz, izvoz ili skladištenje robe kojom je počinjena povreda te nuđenje ili pružanje usluga koje koriste poslovnu tajnu, pod uvjetom da je počinitelj znao ili trebao znati pod konkretnim okolnostima da je poslovna tajna korištena nezakonito.²²⁴

Kod nezakonitog pribavljanja, korištenja ili otkrivanja poslovne tajne usvojen je objektivni koncept, jer se ne zahtijeva postojanja krivnje. Ona se jedino mora dokazati kod zahtjeva za naknadu štete, kao jedna od pretpostavki za naknadu štete. Međutim, kod izravnog ili neizravnog pribavljanja od druge osobe koja je nezakonito koristila ili otkrila poslovnu tajnu za postojanje nezakonitosti zahtjeva se da je ta osoba znala ili je u tim okolnostima to trebala znati.²²⁵

²¹⁹ Čl. 6.

²²⁰ Čl. 7.

²²¹ Vidi poglavlje 2.2.4.

²²² Čl. 3. st. 2. Direktive o poslovnoj tajni glasi: "Pribavljanje, korištenje ili otkrivanje poslovne tajne smatra se zakonitim u onoj mjeri u kojoj se takvo pribavljanje, korištenje ili otkrivanje zahtijeva ili dopušta pravom Unije ili nacionalnim pravom."

²²³ Čl. 7. st. 3.

²²⁴ Čl. 7. st. 5.

²²⁵ Čl. 7. st. 4.

5.6. Promicanje poštenja i transparentnosti u odnosima internetskih platformi prema poslovnim korisnicima²²⁶

Danas se čini nemogućim zamisliti svakodnevno odvijanje života bez pristupa internetu. Koristimo ga i u privatnom i poslovnom svijetu.²²⁷ Putem društvenim mreža komuniciramo, dijelimo sadržaj svoje svakodnevnice, koristimo ih u marketinške svrhe. Interentske tražilice nam omogućuju odgovor na gotovo svako postavljeno pitanje. Razne aplikacije za mobilna plaćanja omogućuju nam plaćanje iz udobnosti našeg doma izbjegavajući tako dugotrajna čekanja na šalterima banaka i drugih institucija, što je do prije nekoliko godina bilo sasvim uobičajeno. Stoga digitalno okruženje ne dotiče samo naš privatni život, već djeluje povoljno i za obavljanje trgovine, te internet postaje uobičajeno mjesto povezivanja prodavača ili pružatelja usluga i klijenta. U tom povezivanju bitnu ulogu imaju internetske platforme, koje djeluju kao posrednici, na način da spajaju ponudu i potražnju, koji predstavljaju "pristupne točke tržištu i potrošačima"²²⁸. Čak i više od toga, a s obzirom na to da predstavljaju mjesto gdje se susreću ponuda i potražnja, one stvaraju nova tržišta²²⁹ te time nadilaze postojeće pravne okvire ugovornog prava²³⁰ radi čega se javlja potreba za posebnom pravnom regulacijom.

Posredovanje putem interneta može obuhvatiti različite usluge, poput oglašavanja poslovnih korisnika, omogućavanja njihove komunikacije i rezervacija, obavljanja novčanih transakcija između poslovnih korisnika i potrošača, uspoređivanja cijena itd.²³¹ Internetske platforme upotrebom informacijske i komunikacijske tehnologije prikupljaju, obrađuju i uređuju ogromne količine podataka, te tako stvaraju i oblikuju nova tržišta te nove mreže koje su korisnije kada imaju više korisnika te stvaraju digitalne vrijednosti akumulacijom podataka, omogućavanjem novih poslovnih pothvata i stvaranjem novih strateških međuodnosa.²³²

Za digitalno tržište je karakteristično da ne poznaje zemljopisne granice, pa je stoga značajna tržišna snaga koncentrirana na manji broj internetskih platformi, koje imaju veliki broj korisnika. Zato uspješnost malih poslovnih subjekata sve više ovisi o suradnji s tim vodećim internetskim platformama. Međutim, ta nužnost suradnje između malih poslovnih subjekata i internetskih platformi ima i svoju negativnu stranu, a to je da stvara odnos ovisnosti poslovnih

²²⁶ Temu ovog poglavlja autori su prezentirali na međunarodnoj konferenciji OFEL 2020, Dubrovnik 17.-18.4.2020., u okviru članka "Introducing fairness and transparency for business users of online platforms"

²²⁷ Npr. Google Search, Yahoo!, Bing, Amazon, eBay, Alibaba, Uber, BlaBlaCar, Airbnb, Booking.com, Facebook itd.

²²⁸ U obrazloženju Prijedloga uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o promicanju pravednosti i transparentnosti za poslovne korisnike usluga internetskog posredovanja (COM(2018), 238 final, 2018/0112(COD), dalje: Prijedlog uredbe), toč. 1. navodi se kako "trenutačno više od milijun poduzeća u EU trguje putem internetskih platformi kako bi dosegli svoje kupce, a procjenjuje se da se otprilike 60% privatne potrošnje i 30% javne potrošnje robe i usluge povezanih s ukupnim digitalnim gospodarstvom obavlja putem internetskih posrednika."

²²⁹ Tako i Twigg-Flesner, Christian, The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on Online Platforms – Transparency, Fairness and Beyond (September 17, 2018). (2018) 7, str. 1. Journal of European Consumer and Markets Law (Forthcoming). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3253115>.

²³⁰ U Republici Hrvatskoj ugovor o posredovanju je reguliran čl. 835. do 848. Zakona o obveznim odnosima (NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21).

²³¹ Vidi Prijedlog uredbe, obrazloženje, toč. 1. Vidi i tipologiju online platformi u OECD (2019), An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>.

²³² Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Internetske platforme i jedinstveno digitalno tržište, Mogućnosti i izazovi za Europu, 25.5.2016, COM (2016) 288 final, toč. 2. Povećanje važnosti internetskih platformi u digitalnom gospodarstvu.

subjekata male pregovaračke moći o internetskim platformama koje imaju veliku pregovaračku moć. Upravo ta ovisnost poslovnih korisnika o pružateljima usluga i njihova neravnoteže u pregovaračkoj moći otvaraju mogućnost nastanka nepoštenih poslovnih praksi.²³³

Kako bi ostvarila opće ciljeve pravednog, predvidivog, održivog i pouzdanog internetskog poslovnog okruženja, Europska unija donijela je Uredbu (EU) 2019/1150 Europskog parlamenta i Vijeća o promicanju pravednosti²³⁴ i transparentnosti za poslovne korisnike usluga internetskog posredovanja 20. lipnja 2019., koja se primjenjuje od 12. srpnja 2020.²³⁵

Razlozi donošenja Uredbe očituju se u nemogućnosti pružanja pravne zaštite postojećim pravnim pravilima u odnosu na konkretna ponašanja internetskih platformi. Kako internetske usluge imaju prekograničnu prirodu, a različito nacionalno zakonodavstvo uzrokuje rascjepkanost jedinstvenog tržišta, djelovanje Unije da je nužno radi uspostave i pravilnog funkcioniranja unutarnjeg tržišta, sukladno načelima supsidijarnosti i proporcionalnosti.²³⁶ Europska unija odlučila se ovo područje urediti Uredbom, koja se neposredno primjenjuje u državama članicama,²³⁷ a kako bi se ova pravila jednako primjenjivala na jedinstvenom digitalnom tržištu EU i time povećala pravna sigurnost.²³⁸

Uredbom se pokušala postići ravnoteža između zahtjeva poštenja i očuvanja inovacijskog potencijala internetskih platformi. Opravdanje ograničenja slobode poduzetništva interentskih platformi nalazi se u činjenici postojanja ovisnog položaja poslovnih korisnika u odnosu na pružatelje usluga.²³⁹ Osobito na to utječe i korištenje unaprijed formuliranih uvjeta upotrebe, koje jednostrano određuje pružatelj usluga.²⁴⁰ Izjednačavajući kroz zaštitne odredbe položaj poslovnih korisnika u odnosu na internetske platforme, Uredba osigurava slobodu poduzetništva korisnika usluga. Kako je sloboda poduzetništva temeljno načelo iz čl. 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima,²⁴¹ tako u svakom slučaju ne smije doći niti do nerazmjernog ograničenja slobode poduzetništva internetskih platformi. Uredbom se zato ističe se kako je svrha Uredbe poštovanje prava na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje, što se treba postići ovim pravilima, ali i promicanje primjene slobode poduzetništva, kao temeljnog načela.²⁴²

Uredba je u čl. 1. kao svrhu navodi pravilno funkcioniranje unutarnjeg tržišta te drugo, osiguranje poštenja (prema hrv. službenom prijevodu: pravednosti). Pravilno funkcioniranje

²³³ toč. 6. uvodne izjave Uredbe (EU) 2019/1150, Sl. list br. 186, 11.7.2019., str. 57-79.

²³⁴Pravno primjerenija bi bila upotreba pojma "poštenja", u smislu načela savjesnosti i poštenja, na kojem se temelje ova konkretizirana pravila (toč. 2. Uvodne izjave Uredbe), kao prijevod engleske verzije "fairness".

²³⁵Sl. list br. 186, 11.7.2019., str. 57-79.

²³⁶ Čl. 5. st. 3. i 4. Ugovora o Europskoj Uniji.

²³⁷ Članak 288. st. 2. UFEU-a glasi: "*Uredba ima opću primjenu. Obvezujuća je u cijelosti i neposredno primjenjiva u svim državama članicama.*"

²³⁸ Obrazloženje Prijedloga uredbe, toč. 2., proporcionalnost.

²³⁹ Uredba 2019/1150, uvodna izjava, toč. 12.

²⁴⁰ Ibid, toč.14.

²⁴¹ SL C 202, 7.6.2016., str. 389–405. Prema čl. 49. st. 1. i 2. Ustava Republike Hrvatske temelji gospodarskog ustroja RH su poduzetnička i tržišna sloboda, a razlozi za ograničenje poduzetničke slobode su zaštita interesa i sigurnosti RH (opći interes), prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi. No, ovo pravo, kao i ostala ustavna prava i slobode može se ograničiti zakonom i radi zaštite sloboda i prava drugih ljudi te pravnog poretka, javnog morala i zdravlja.

²⁴² Ibid, toč. 33.

tržišta dovodi i do boljeg i većeg izbora za potrošače.²⁴³ Osim navedenih ciljeva, ekonomski ciljevi su zaštita i doprinos inovativnosti, veća razmjena podataka i stvaranje zajedničkog europskog podatkovnog prostora,²⁴⁴ ali i poštena distribucija surplusa između internetskih platformi, poslovnih korisnika i potrošača.²⁴⁵

5.6.1. Subjekti zaštite

Uredba 2019/1150 o promicanju pravednosti i transparentnosti za poslovne korisnike usluga internetskog posredovanja, regulira usluge internetskog posredovanja u B2B odnosima. Konkretnije, odnos između internetski platformi i korisnika označava se i kao P2B odnos (platform to business)²⁴⁶. Prema Uredbi, izravnu zaštitu uživaju poslovni korisnici²⁴⁷ i korporativni korisnici internetskih stranica,²⁴⁸ koji imaju poslovni nastan ili boravište u Uniji i koji, putem tih usluga internetskog posredovanja ili internetskih tražilica, nude robu ili usluge potrošačima koji se nalaze u Uniji.²⁴⁹

U uvodnoj izjavi Uredbe 2019/1150 velika pažnja je dana potrošačima, premda oni nisu izravni adresati ovih odredbi, već samo uživaju neizravnu zaštitu. U uvodnoj izjavi Uredbe ističe se kako usluge internetskog posredovanja omogućavaju potrošačima iskorištavanje prednosti unutarnjeg tržišta, na način da im se povećava izbor robe i usluga te imaju pristup konkurentnijim cijenama. No, ujedno naglašava se kako je potrebno osigurati pravnu sigurnost i odgovorno ponašanje poduzeća.²⁵⁰ Kao razlog zašto se ovaj propis ne odnosi na potrošače, navodi se kako su izravno oni obuhvaćeni pravom Unije u području zaštite potrošača, ali se priznaje da će ova pravila neizravno doprinijeti poboljšanju njihova povjerenja u ekonomiju internetskih platformi.²⁵¹ Međutim, poslovni korisnici u odnosu pružatelja usluga internetskog posredovanja uživaju zaštitu samo kada nude robu ili usluge potrošačima koji se nalaze u Uniji, a ne kada je njihova ponuda usmjerena samo na poslovne subjekte, tj. kada se posreduje u B2B odnosu. Kao razlog tome navodi se da je ovisan položaj poslovnih korisnika uočen prvenstveno u odnosu na usluge koje služe kao točka pristupa potrošačima.²⁵² Stoga bi se posrednički odnos, koji uživa zaštitu prema ovoj Uredbi mogao opisati i kao *platforma - poslovni korisnik* –

²⁴³ Uredba 2019/1150, uvodna izjava, toč. 8.

²⁴⁴ Ibid, toč. 8 i 35.

²⁴⁵ de Streel, Alexandre, Online Intermediation Platforms and Fairness: An Assessment of the Recent Commission Proposal (September 6, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3248723> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3248723>, str. 22.

²⁴⁶ Vidi npr. studiju: Néstor Duch-Brown, Platforms to Business Relations in Online Platform Ecosystems, JRC Digital Economy Working Paper 2017-07, JRC109186.

²⁴⁷ Prema čl. 2. st. 1. toč. 1. Uredbe 2019/1150 poslovni korisnik je "svaka privatna osoba koja djeluje u trgovačkom ili profesionalnom svojstvu ili bilo koja pravna osoba, koja potrošačima nudi robu ili usluge putem usluga internetskog posredovanja u svrhe povezane s vlastitom trgovačkom, poslovnom, obrtničkom ili profesionalnom djelatnosti."

²⁴⁸ Prema čl. 2. st. 1. toč. 7. Uredbe 2019/1150 korporativni korisnik internetskih stranica je "svaka fizička ili pravna osoba koja upotrebljava internetsko sučelje, odnosno bilo koji softver, uključujući internetske stranice ili njihov dio i aplikacije, uključujući mobilne aplikacije, kako bi potrošačima nudila robu ili usluge u svrhe povezane s vlastitom trgovačkom, poslovnom, obrtničkom ili profesionalnom djelatnosti."

²⁴⁹ U toč. 9. uvodne izjave navodi se kako bi se potrošači trebali nalaziti u Uniji, ali ne moraju imati boravište u Uniji niti biti državljani neke od država članica.

²⁵⁰ Uredba 2019/1150/EEZ, uvodna izjava, toč. 1. i 3.

²⁵¹ Ibid, toč. 3.

²⁵² Ibid, toč. 12.

potrošač (eng. skr. P2B2C). Time je Unija ograničila svoje zadiranje u isključive odnose poslovnih subjekata dajući prednost slobodi poduzetništva.

Mikro, malim i srednjim poduzećima pruža se izravna zaštita, zajedno s ostalim poslovnim korisnicima i korporativnim korisnicima internetskih stranica, ali se u odnosu na ostale, prepoznaje veća ovisnost MSP-ova o uslugama internetskog poslovanja, radi povezivanja s potrošačima.²⁵³ Naime, razlog donošenja ove Uredbe je upravo postojanje velike ekonomske snage pojedinih internetskih platformi, koje radi veće pregovaračke moći u odnosu na svoje slabije partnere, mogu nametnuti nepošteno poslovne prakse. Međutim, nikakva posebna prava ne daju se MSP-ovima, već oni uživaju zaštitu samim time što se u ovo područje uvode pravila za promicanje poštenja i transparentnosti, a što bi se trebalo odraziti na njihovo uspješnije poslovanje. S druge strane, ako su pružatelji usluga internetskog posredovanja MSP-ovi, tada oni ne podliježu svim obvezama, kao što podliježu njihovi jači konkurenti. Tako su MSP-ovi izuzeti od obveze uspostave internog sustava rješavanja pritužbi i određivanja miritelja, zbog troškova koji im mogu nastati.²⁵⁴

Uredba se ne primjenjuje na odnose između konkurenata, kao niti na istorazinske (peer-to-peer) usluge internetskog posredovanja bez prisutnosti poslovnih korisnika.²⁵⁵

5.6.2. Zemljopisni obuhvat Uredbe

Uredba 2019/1150 se kao propis Unije primjenjuje na području država članica Unije. U odnosu na poslovne korisnike i korisnike korporativnih internetskih stranica nužno je da oni imaju poslovni nastan ili boravište u Uniji te da putem usluga internetskog posredovanja ili internetskih tražilica nude robu ili usluge potrošačima koji se nalaze u Uniji. Dakle, potrošači se trebaju nalaziti u Uniji, ali nije uvjet da imaju boravište u Uniji niti da su državljani neke od država članica.²⁵⁶

S druge strane, irelevantno je gdje je prijavljeno mjesto poslovnog nastana ili boravišta pružatelja usluga, a s obzirom da se radi o internetskim platformama, čije djelovanje nije ograničeno nacionalnim granicama. Ova su pravila kongentna, te je prema Uredbi irelevantno i koje pravo je inače mjerodavno za ugovor.²⁵⁷ Na taj način nastojalo se, osim internetskih platformi, koje imaju poslovni nastan u Uniji, obuhvatiti i pružatelje usluga koji putem interneta, imaju prekograničnu dimenziju, a obavljaju djelatnost na području Unije, iako na području Unije nemaju poslovni nastan.

5.6.3. Vrste usluga koje su obuhvaćene

Ovom Uredbom obuhvaćene su različite usluge, kojima je zajednička izgradnja ekosustava i internetsko posredovanje u skupu odnosa između poslovnih subjekata i potrošača.²⁵⁸ Uredba je pokušala usluge koje su predmetom ove Uredbe precizno i tehnološki neutralno definirati. Dakle, irelevantno je koja tehnologija se koristi za pružanje usluga, pa se

²⁵³ Ibid, toč. 2.

²⁵⁴ Vidi Uredbu 2019/1150, toč. 38. i toč. 41. uvodne izjave te čl. 11. st. 5. i 11. st. 7.

²⁵⁵ Ibid, uvodna izjava, toč. 11.

²⁵⁶ Ibid, toč. 9.

²⁵⁷ Ibid, uvodna izjava, toč. 9. i čl. 1. st. 5.

²⁵⁸ Ibid, uvodna izjava, toč. 10.

u uvodnoj izjavi Uredbe pojašnjava da bi se usluge mogle pružati i primjenom tehnologije glasovnog asistenta.²⁵⁹

Uredba relevantne usluge dijeli na dvije vrste; usluge internetskog posredovanja i usluge internetske tražilice.

U uvodnoj izjavi Uredbe navodi se kako usluge internetskog posredovanja obuhvaćaju e-trgovinu, internetske trgovine softverskih aplikacija i internetske društvene mreže.²⁶⁰

Internetska tražilica definira se kao "*digitalna usluga koja korisnicima omogućuje da unose upite u svrhu pretraživanja, u načelu, svih internetskih stranica ili svih internetskih stranica na određenom jeziku na temelju upita o bilo kojoj temi koji je u obliku ključne riječi, glasovnog zahtjeva, rečenice ili nekog drugog unosa, te vraća rezultate u bilo kojem formatu u kojima se mogu pronaći informacije koje su povezane sa zatraženim sadržajem.*"²⁶¹ Na internetskim tražilicama vrši se rangiranje internetskih stranica na kojima korporativni korisnici nude svoju robu i usluge potrošačima.²⁶²

Jedan od uvjeta da se radi o usluzi internetskog posredovanja jest, da se te usluge pružaju na temelju ugovora između pružatelja usluga i poslovnog korisnika.²⁶³ Smatra se da ugovorni odnos između pružatelja i poslovnih korisnika koji potrošačima nude robu ili usluge preko internetske platforme postoji ako: "*obje strane izraze namjeru obvezivanja na nedvosmislen način na trajnom nosaču podataka, pri čemu nije nužan izričit pisani sporazum.*"²⁶⁴ Dakle, Uredba predviđa da se radi o konsensualnom i neformalnom ugovoru pružatelja usluga i poslovnog korisnika. Uredba ne definira ugovor o uslugama internetskog posredovanja i pružanja usluga internetskih tražilica, niti određuje obveze ugovornih strana, koje proizlaze iz sklopljenog ugovora, odnosno ne zalazi potpuno u aspekte ugovornog prava. Stoga će se na obveznopravni odnos pružatelja usluga i korisnika u pitanjima koja nisu obuhvaćena ovom Uredbom, primjenjivati odredbe nacionalnog prava.²⁶⁵ Naime, Uredba nije imala za cilj potpuno urediti ovaj ugovorni odnos, već samo regulirati dio koji se odnosi na osiguranje poštenja i transparentnosti.

Uredbom se zahtjev poštenja i transparentnosti odnosi na pružatelja usluga internetskog posredovanja, pa nije uvjet da ugovor između poslovnog korisnika i potrošača, bude sklopljen, kako bi usluge internetskog posredovanja bile obuhvaćene područjem primjene ove Uredbe.²⁶⁶ Dakle, Uredba se primjenjuje na ugovorni odnos između pružatelja usluga internetskog posredovanja i poslovnog korisnika, neovisno o tome je li nastao ugovorni odnos između poslovnog korisnika i potrošača.

Uredba sadrži odredbe koje se tiču sadržaja ugovornog odnosa (npr. nužne informacije koje moraju sadržavati opći uvjeti). No, Uredba se primjenjuje i na predugovornu fazu ugovornog odnosa, na ponašanje tijekom ugovornog odnosa, kao i na razdoblje nakon prestanka

²⁵⁹ Ibid, toč. 10., 11 i 13.

²⁶⁰ Ibid, toč. 11. uvodne izjave.

²⁶¹ Ibid, čl. 2. st. 1. toč. 5.

²⁶² Ibid, toč. 4 uvodne izjave.

²⁶³ Ibid, čl. 2. st. 2. toč. (c).

²⁶⁴ Ibid, toč. 10. uvodne izjave.

²⁶⁵ U čl. 1. toč. 4. Uredbe navodi se: "*Ovom se Uredbom ne utječe na nacionalno građansko pravo, osobito ugovorno pravo, poput pravila o valjanosti, sastavljanju, učincima ili raskidu ugovora pod uvjetom da su pravila nacionalnog građanskog prava u skladu s pravom Unije te u mjeri u kojoj relevantni aspekti nisu obuhvaćeni ovom Uredbom.*"

²⁶⁶ Uredba 2019/1150, uvodna izjava, toč. 10.

ugovora. Tako Uredba primjerice sadrži obvezu da pružatelj usluga internetskog posredovanja svoje uvjete upotrebe učini lako dostupnim poslovnim korisnicima i u predugovornoj fazi njihova trgovinskog odnosa.²⁶⁷ Uredba primjerice određuje i kako su pružatelji usluga dužni u svoje uvjete upotrebe uključiti opis o pristupu informacijama poslovnog korisnika koje pružatelj usluga zadržava nakon isteka ugovora.²⁶⁸ Prema tome, možemo zaključiti kako se Uredba primjenjuje na ponašanja prije, tijekom i nakon ugovora te na minimalni sadržaj ugovornog odnosa, ali samo na aspekte regulirane ovom Uredbom.²⁶⁹

U odnosu na usluge internetske tražilice, koje vrše rangiranje internetskih stranica, ugovorni odnos ne mora postojati. Stoga se Uredba u odnosu na njih primjenjuje i u ugovornim i u izvanugovornim odnosima. Naime, Uredba prepoznaje kako i u slučaju nepostojanja ugovornog odnosa s korporativnim korisnicima internetskih stranica, pružatelji usluga mogu jednostrano nepošteno postupati šteteći interesima korporativnih korisnika internetskih stranica.²⁷⁰

5.6.4. Zahtjevi poštenja i transparentnosti

Potencijalno štetne poslovne prakse koje se žele spiječiti ovom Uredbom su: neobjašnjene promjene u uvjetima upotrebe usluge bez prethodnog obavješćivanja, povlačenja robe ili usluga iz ponude i obustava računa bez jasnog navođenja razloga, manjak transparentnosti povezan sa poretkom robe i usluga te poduzeća koja ih nude, nejasni uvjeti za pristup podacima i upotrebu podataka koje prikupljaju pružatelji usluga, manjak transparentnosti u pogledu davanja prednosti konkurentskim uslugama samih pružatelja usluga i takozvanih odredaba o najpovlaštenijoj naciji koje ograničavaju sposobnost poduzeća da ponudi atraktivnije uvjete putem drugih kanala koji nisu usluge internetskog posredovanja.

Zatim, ističu se problemi vezani za opće internetske tražilice, koje također mogu utjecati na komercijalni uspjeh korisnika korporativnih internetskih stranica, tj. onih koji svoju robu ili usluge nude internetom na unutarnjem tržištu. Problem se vidi u tome što pružatelji internetskih tražilica određuju poredak internetskih stranica, uključujući stranice putem kojih poslovni subjekti nude svoju robu i usluge potrošačima. Stoga internetske tražilice imaju važan utjecaj na odabir potrošača te tako i na komercijalni uspjeh tih korisnika korporativnih internetskih stranica.

Pravila Uredbe 2019/1150 predstavljaju, između ostalog, konkretizaciju načela savjesnosti i poštenja. Načelo savjesnosti i poštenja označava dužnost savjesnog i poštenog postupanja u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa.²⁷¹ Transparentno djelovanje koje Uredba promovira aspekt je načela savjesnosti i poštenja. Općenito Uredba uvodi načela jednostavnosti, razumljivosti, lake dostupnosti, ažurnosti. Ta načela propisana su u odnosu na opće uvjete poslovanja pružatelja usluga internetskog poslovanja²⁷² te opisa parametara koje su dužni utvrditi pružatelji usluga internetskih tražilica

²⁶⁷ Ibid, toč. 14. i 18., čl. 3. st. 1. toč. b

²⁶⁸ Ibid, čl. 8. st. 1. toč. c.

²⁶⁹ U B2C odnosima Direktiva 2005/29 također se primjenjuje prije, tijekom i nakon sklapanja ugovora- čl. 3. st. 1. Direktive 2005/29.

²⁷⁰ Uredba 2019/1150, toč. 4. uvodne izjave.

²⁷¹ Čl. 4. Zakona o obveznim odnosima (NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21).

²⁷² Ibid, čl. 3.

za rangiranje.²⁷³ Nadalje, Uredba propisuje i minimalnu listu informacija, koje ti akti moraju sadržavati,²⁷⁴ kao i opći uvjeti poslovanja pružatelja internetskih tražilica.²⁷⁵ Potom Uredbom se propisuje i dužnost internetskih platformi na obavješćivanje korisnika na trajnom nosaču podataka o izmjenama općih uvjeta, ograničenju, suspenziji ili prekidu pružanja usluga,²⁷⁶ pravo poslovnih korisnika na raskid²⁷⁷ te pravo na obavijest na odgovarajući način o pristupu podacima koje daju poslovni korisnici i potrošači.²⁷⁸

Pravna posljedica nepridržavanja propisanim obvezama u odnosu na uvjete upotrebe je ništetnost općih uvjeta ili njihovih pojedinačnih odredbi.²⁷⁹ Konačno, ustanovljena je dužnost pružatelja usluga internetskog posredovanja osigurati i vidljivost identiteta poslovnog korisnika.²⁸⁰

5.6.5. Opći uvjeti poslovanja (Uvjete upotrebe)

Pružatelji usluga internetskog poslovanja dužni su u pogledu svojih općih uvjeta poslovanja osigurati jednostavnost, razumljivost, laku dostupnost, navođenje razloga za odluke o suspenziji, prekidu ili bilo kakvom drugom načinu ograničavanja pružanja njihovih usluga, navođenje informacija o svim dodatnim kanalima za distribuciju i potencijalnim povezanim programima putem kojih bi pružatelji usluga internetskog posredovanja mogli stavljati na tržište robu i usluge koje nude poslovni korisnici te navođenja općih informacija o učincima uvjeta upotrebe na vlasništvo i kontrolu prava intelektualnog vlasništva poslovnih korisnika.²⁸¹

U slučaju da dođe do bilo kakve izmjene u općim uvjetima poslovanja, pružatelji usluga internetskog posredovanja dužni su obavijestiti dotične poslovne korisnike o svim predloženim izmjenama svojih uvjeta upotrebe na trajnom nosaču podataka. Uvodi se obavijesni rok, koji ima odgodni učinak u odnosu na primjenu predloženih izmjena. On traje najmanje 15 dana u kojem poslovni korisnik ima pravo raskinuti ugovor s pružateljem usluga prije isteka tog roka, a raskid nastupa u roku od 15 dana od zaprimanja obavijesti o predloženim izmjenama. Poslovni korisnik može se i odreći obavijesnog roka, izričito ili prešutno. Prešutnim odricanjem smatra se stavljanje u ponudu nove robe ili usluga putem usluga internetskog posredovanja, s

²⁷³ Ibid, čl. 5. st. 2.

²⁷⁴ Prema čl. 3. st. 1. toč. c-e Uredbe 2019/1150 uvjeti upotrebe pružatelja usluga internetskog posredovanja trebaju sadržavati razloge za odluke o suspenziji, prekidu ili bilo kakvom drugom načinu ograničavanja, djelomično ili u cijelosti, pružanja njihovih usluga internetskog posredovanja poslovnim korisnicima; informacije o svim dodatnim kanalima za distribuciju i potencijalnim povezanim programima putem kojih bi pružatelji usluga internetskog posredovanja mogli stavljati na tržište robu i usluge koje nude poslovni korisnici; opće informacije o učincima uvjeta upotrebe na vlasništvo i kontrolu prava intelektualnog vlasništva poslovnih korisnika.

²⁷⁵ Prema čl. 7. st. 2. i 3. Uredbe 2019/1150 pružatelji internetskih tražilica u svojim uvjetima upotrebe navode opis različitih postupanja, pristupa osobnim podacima ili drugim podacima korisnika i potrošača, opis rangiranja ili drugih postavki koje primjenjuje pružatelj, a koje utječu na pristup potrošača robi ili uslugama koje drugi korisnici nude; opis bilo kakve izravne ili neizravne naknade koja se naplaćuje za upotrebu dotičnih usluga internetskog posredovanja ili internetskih tražilica i za upotrebu usluga ili funkcionalnosti ili tehničkih sučelja.

²⁷⁶ Uredba 2019/1150, čl. 3. st. 2. i čl. 4. st. 1. i 2.

²⁷⁷ Ibid, čl. 8. toč. b).

²⁷⁸ Ibid, čl. 9.

²⁷⁹ Ibid, čl. 3. st.3.

²⁸⁰ Ibid, čl. 3. st. 5.

²⁸¹ Ibid, čl. 3. st. 1.

iznimkom kada je rok dulji od 15 dana.²⁸² Obavijesni rok samo se iznimno ne primjenjuje.²⁸³ Pravna posljedica nepridržavanja propisanim obvezama je ništetnost izmjena uvjeta upotrebe.²⁸⁴

5.6.6. Ograničenje, suspenzija i prekid

Pružatelju usluga internetskog poslovanja uvodi se obveza da poslovnom korisniku na trajnom nosaču podataka da izjavu s razlozima za ograničenje ili suspendiranje usluga internetskog poslovanja prije ili u trenutku stupanja na snagu ograničenja ili suspenzije.²⁸⁵ Iznimno pružatelj usluga internetskog posredovanja na mora dati izjavu s razlozima.²⁸⁶ U slučaju potpunog prekida pružanja usluga internetskog poslovanja, obavijesni rok za davanje izjave s razlozima je 30 dana prije stupanja na snagu prekida, s propisanim iznimkama.²⁸⁷ U svim slučajevima, uvodi se pravo poslovnog korisnika na mogućnost pojašnjenja činjenica i okolnosti u okviru internog postupka rješavanja pritužbi. Ako pružatelj usluga opozove ograničenje, suspenziju ili prekid, dužan je poslovnom korisniku ponovno pružati uslugu bez nepotrebne odgode.²⁸⁸

5.6.7. Rangiranje

Odredbe o rangiranju, osim na pružatelje usluga internetskog posredovanja, odnose se i na pružatelje internetskih tražilica. Oni su dužni utvrditi najvažnije parametre za određivanje ranga i razloge za važnost tih parametara. Pružatelji usluga internetskog posredovanja njih utvrđuju u svojim općim uvjetima poslovanja, a pružatelji internetskih tražilica ih utvrđuju u ažurnom, lako i javno dostupnom opisu na internetskim tražilicama, sastavljenom na

²⁸² Ibid, čl. 3. st. 2.

²⁸³ Prema čl. 3. st. 4. Uredbe 2019/1150 obavijesni rok ne primjenjuje se ako pružatelj usluga internetskog posredovanja: "(a) podliježe zakonskoj ili regulatornoj obvezi u skladu s kojom je dužan u cijelosti prekinuti pružanje svojih usluga internetskog posredovanja određenom poslovnom korisniku na način koji mu ne dopušta da poštuje taj obavijesni rok; ili (b) ostvaruje svoje pravo na prekid na osnovi imperativnog razloga na temelju nacionalnog prava koje je u skladu s pravom Unije; (c) može dokazati da je dotični poslovni korisnik više puta prekršio primjenjive uvjete upotrebe, što je rezultiralo prekidanjem pružanja dotičnih usluga internetskog posredovanja u cijelosti."

²⁸⁴ Uredba 2019/1150, čl. 3. st. 3.

²⁸⁵ Prema čl. 4. st. 5. Uredbe izjava s razlozima sadržava: "upućivanje na konkretne činjenice ili okolnosti, uključujući sadržaj obavijesti od treće strane, koje su dovele do odluke pružatelja usluga internetskog posredovanja, kao i upućivanje na primjenjive razloge za tu odluku iz članka 3. stavka 1. točke (c)."

²⁸⁶ Prema čl. 4. st. 5. Uredbe pružatelj usluga internetskog posredovanja ne mora dati izjavu s razlozima ako: "podliježe zakonskoj ili regulatornoj obvezi prema kojoj ne smije pružiti konkretne činjenice ili okolnosti ili upućivanje na primjenjivi razlog ili razloge, ili ako pružatelj usluga internetskog posredovanja može dokazati da je dotični poslovni korisnik više puta prekršio primjenjive uvjete upotrebe, što je rezultiralo prekidanjem pružanja dotičnih usluga internetskog posredovanja u cijelosti."

²⁸⁷ Čl. 4. st. 4. Uredbe 2019/1150 propisuje kako se obavijesni rok ne primjenjuje ako pružatelj usluga internetskog posredovanja: "(a) podliježe zakonskoj ili regulatornoj obvezi u skladu s kojom je dužan u cijelosti prekinuti pružanje svojih usluga internetskog posredovanja određenom poslovnom korisniku na način koji mu ne dopušta da poštuje taj obavijesni rok; ili (b) ostvaruje svoje pravo na prekid na osnovi imperativnog razloga na temelju nacionalnog prava koje je u skladu s pravom Unije; (c) može dokazati da je dotični poslovni korisnik više puta prekršio primjenjive uvjete upotrebe, što je rezultiralo prekidanjem pružanja dotičnih usluga internetskog posredovanja u cijelosti."

²⁸⁸ Uredba 2019/1150, čl. 4. st. 3.

jednostavnom i razumljivom jeziku.²⁸⁹ U slučaju postojanja mogućnosti plaćanja izravnih ili neizravnih naknada radi utjecaja na rang, pružatelj je dužan opisati i takve mogućnosti i učinke takve naknade na rang.²⁹⁰ Navedeni opisi moraju omogućiti razumijevanje jesu li mehanizmom rangiranja uzete u obzir i u kojoj mjeri značajke robe i usluga, relevantnost tih značajki za potrošače, i u odnosu na internetske tražilice, značajke dizajna internetskih stranica.²⁹¹ Kada se izmijeni rang ili ukloni određena internetska stranica iz rezultata pretraživanja nakon obavijesti treće strane, pružatelj usluga nudi korporativnom korisniku internetskih stranica mogućnost da pregleda sadržaj obavijesti.²⁹²

5.6.8. Različito postupanje

Kada se pružatelj izravno natječe sa svojim korisnicima koji nisu pod njegovom kontrolom, u odnosu na određene robe i usluge, može svoju kontrolu iskoristiti kako bi dao tehničku ili ekonomsku prednost svojim ponudama ili ponudama korisnika pod njihovom kontrolom.²⁹³ Zato, Uredba propisuje obveze pružateljima na opis različitih postupanja u uvjetima upotrebe.²⁹⁴ Posebno navodi koji opisi trebaju biti obuhvaćeni.²⁹⁵

5.6.9. Posebni ugovorni uvjeti

Uredba nameće pružatelju usluga internetskog posredovanja zabranu retroaktivnih izmjena općih uvjeta poslovanja, osim kada moraju poštovati određenu zakonsku ili regulatornu obvezu ili kada su retroaktivne izmjene korisne za poslovne korisnike. Pružatelji usluga internetskog posredovanja dužni su osigurati da njihovi opći uvjeti poslovanja sadržavaju informacije o uvjetima pod kojima poslovni korisnici mogu raskinuti ugovorni odnos s pružateljem usluga internetskog posredovanja i u svoje uvjete upotrebe uključuju opis tehničkog i ugovornog pristupa, ili nepostojanja takvog pristupa, informacijama koje je pružio

²⁸⁹ Ibid, čl. 1. i 2.

²⁹⁰ Ibid, čl. 5. st. 3.

²⁹¹ Ibid, čl. 5. st. 5.

²⁹² Ibid, čl. 5. st. 4.

²⁹³ Ibid, uvodna izjava, toč. 30. i 30.

²⁹⁴ Vidi Uredbu 2019/1180, čl. 7. st. 1. i 2.

²⁹⁵ Prema čl. 7. st. 3. Uredbe 2019/1150 opisi posebno obuhvaćaju, ako je to primjenjivo: "različita postupanja putem posebnih mjera koje poduzima pružatelj usluga internetskog posredovanja ili pružatelj internetskih tražilica ili putem njegova ponašanja u pogledu bilo čega od sljedećeg:

(a) pristupa koji pružatelj ili koji poslovni korisnici ili korporativni korisnici internetskih stranica pod kontrolom tog pružatelja mogu imati osobnim podacima ili drugim podacima, ili i jednim i drugim, koje poslovni korisnici, korporativni korisnici internetskih stranica ili potrošači daju u svrhu upotrebe dotičnih usluga internetskog posredovanja ili internetskih tražilica ili koji su nastali pri pružanju tih usluga;

(b) rangiranja ili drugih postavki koje primjenjuje pružatelj, a koje utječu na pristup potrošača robe ili uslugama koje drugi poslovni korisnici nude putem tih usluga internetskog posredovanja ili koje drugi korporativni korisnici internetskih stranica nude putem tih internetskih tražilica;

(c) bilo kakve izravne ili neizravne naknade koja se naplaćuje za upotrebu dotičnih usluga internetskog posredovanja ili internetskih tražilica;

(d) pristupa, uvjeta ili bilo kakve izravne ili neizravne naknade koja se naplaćuje za upotrebu usluga ili funkcionalnosti ili tehničkih sučelja koji su relevantni za poslovnog korisnika ili korporativnog korisnika internetskih stranica i koji su s dotičnim uslugama internetskog posredovanja ili internetskim tražilicama izravno povezani ili predstavljaju pomoćne usluge pri njihovoj upotrebi."

ili generirao poslovni korisnik, a koji oni zadržavaju nakon isteka ugovora između pružatelja usluga internetskog posredovanja i poslovnog korisnika.²⁹⁶

5.6.10. Pristup podacima

Uredba propisuje obvezu pružateljima usluga internetskog posredovanja da u svoje uvjete upotrebe uključe opis tehničkog i ugovornog pristupa ili ne postojanja takvog pristupa podacima poslovnih korisnika i potrošača.²⁹⁷ Uredba sadrži i minimalnu listu tih opisa.²⁹⁸

5.6.11. Ograničenja ponude različitih uvjeta putem drugih kanala

Uredba ne zabranjuje nepoštena ograničenja nametnuta korisnicima da ponude atraktivnije uvjete putem drugih kanala. Uredba samo nameće obvezu pružateljima usluga internetskog posredovanja da navedu razloge za ograničenja mogućnosti poslovnih korisnika da istu robu i usluge nude potrošačima pod drugim uvjetima putem drugih kanala. Ti razlozi moraju obuhvatiti glavne ekonomske, trgovinske ili pravne razloge.²⁹⁹ Propisani nužni opisi doimaju se općeniti i nejasni te pružaju internetskim platformama opravdanje za nametanje ograničenja, bez jamstva da će ova norma spriječiti potencijalne nepoštene prakse. Budući da takva ograničenja mogu biti zabranjena drugim propisima npr. pravilima o tržišnom natjecanju kada su za to ispunjeni i drugi uvjeti, Uredba propisuje kako te obveze ne utječu na zabrane ili ograničenja propisanim drugim aktima.³⁰⁰

5.6.12. Interni sustav rješavanja pritužbi

Uredbom je propisana obveza pružateljima usluga internetskog posredovanja da imaju interni sustav rješavanja pritužbi. On se smatra se bržom, fleksibilnijom i djelotvornijom pravnom zaštitom.³⁰¹ U svakom slučaju on ne sprječava sudsku zaštitu.³⁰² Temelji se na

²⁹⁶ Ibid, čl. 8.

²⁹⁷ Ibid, čl. 9. st. 1.

²⁹⁸ U čl. 9. st. 2. Uredbe propisano je da pružatelji usluga internetskog posredovanja na odgovarajući način obavještavaju poslovne korisnike, osobito o sljedećem:

(a) ima li pružatelj usluga internetskog posredovanja pristup osobnim podacima ili drugim podacima, ili i jednima i drugima, koje poslovni korisnici ili potrošači daju u svrhu upotrebe tih usluga ili koji su nastali pri pružanju tih usluga te, ako da, kojim kategorijama takvih podataka i pod kojim uvjetima;

(b) ima li poslovni korisnik pristup osobnim podacima ili drugim podacima, ili i jednima i drugima, koje je taj poslovni korisnik dao u vezi sa svojom upotrebom dotičnih usluga internetskog posredovanja ili koji su nastali pri pružanju tih usluga tom poslovnom korisniku i potrošačima njegove robe ili usluga te, ako da, kojim kategorijama takvih podataka i pod kojim uvjetima;

(c) uz točku (b), ima li poslovni korisnik pristup osobnim podacima ili drugim podacima, ili i jednima i drugima, uključujući u agregiranom obliku, koji su dani ili su nastali u okviru pružanja usluga internetskog posredovanja svim poslovnim korisnicima i njihovim potrošačima te, ako da, kojim kategorijama takvih podataka i pod kojim uvjetima; i

(d) daju li se bilo kakvi podaci iz točke (a) trećim stranama kao i, ako pružanje takvih podataka trećim stranama nije potrebno za pravilno funkcioniranje usluga internetskog posredovanja, o informacijama u kojima se navodi svrha takvog dijeljenja Također nije propisana posebna pravna posljedica u slučaju nepostupanja sukladno propisanim pravilima.

²⁹⁹ Uredba 2019/1150, čl. 10. st. 1.

³⁰⁰ Ibid, čl. 10. st. 2.

³⁰¹ Ibid, uvodna izjava, toč. 37 i 38.

³⁰² Ibid, toč. 37.

načelima transparentnosti te na načelu jednakog postupanja u jednakim situacijama.³⁰³ On dakle mora biti lako dostupan, besplatan, djelotvoran i brz te omogućiti da poslovni korisnici izravno podnose pritužbe u pogledu propisanih pitanja,³⁰⁴ a dobivaju obavijesti o ishodu pojedinačno upotrebom jednostavnog i razumljivog jezika.³⁰⁵ Propisana je i posebna obveza pružatelja usluga internetskog posredovanja da učini lako dostupnima informacije o funkcioniranju i djelotvornosti tog sustava, i to o ukupnom broju podnesenih pritužbi, glavnim vrstama pritužbi i vremenu potrebnom za obradu, kao i agregirane informacije u vezi s ishodom pritužbi.³⁰⁶

Mirenje je predviđeno kao alternativa mogućim dugotrajnim i skupim postupcima,³⁰⁷ iako ne sprječava pružatelje usluga internetskog posredovanja i poslovnih korisnika da pokrenu i sudske postupke, prije, tijekom i nakon mirenja.³⁰⁸ Propisana je obveza pružateljima usluga internetskog posredovanja da u svojim uvjetima određuju dva ili više miritelja s kojima su spremni surađivati kako bi pokušali postići dogovor o poslovnim subjektima radi postizanja izvansudske nagodbe u sporovima nastalima između njih, uključujući pritužbe koje nisu riješene putem internog sustava rješavanja pritužbi.³⁰⁹ Uredba utvrđuje zahtjeve koje miritelji moraju udovoljavati, to su nepristranost, neovisnost, cjenovna pristupačnost, poznavanje jezika na kojima su sastavljeni uvjeti upotrebe, laka fizička ili komunikacijska dostupnost, da mogu pružiti usluge bez odgode i razumiju opće trgovinske odnose između poslovnih subjekata.³¹⁰ U odnosu na troškove propisano je kako pružatelji usluga internetskog posredovanja snose razuma udio, na prijedlog miritelja, osobito uzimajući u obzir osnovnost tvrdnji stranaka, ponašanje, veličinu i financijsku moć stranaka.³¹¹ Uredbom je predviđeno da Komisija potiče pružatelja internetskih usluga na uspostavu jedne ili više organizacija specijaliziranih miritelja.³¹²

Nadalje predviđa se i kolektivna zaštita odnosno sudski postupci koje su pokrenule organizacije i udruženja, koje imaju legitiman interes za zastupanje korisnika te javna tijela uspostavljena u državama članicama. U tim postupcima navedeni subjekti mogu zahtijevati zaustavljanje ili zabranu neusklađenosti pružatelja usluga internetskog posredovanja ili pružatelja internetskih tražilica sa zahtjevima iz Uredbe, a postupak se provodi sukladno pravilima države članice.³¹³

Kolektivna zaštita ne sprječava individualnu zaštitu poslovnih korisnika i korisnika korporativnih internetskih stranica odnosno njihovo pravo da pokreću postupke pred nadležnim nacionalnim sudovima u skladu s pravilima države članice u kojima je postupak pokrenut, radi rješavanja problema neusklađenosti pružatelja usluga internetskog posredovanju sa relevantnim zahtjevima utvrđenima ovom uredbom. Propisivanje pravila o tim postupcima, prepušteno je

³⁰³ Ibid, toč. 37. i čl. 11. st. 1.

³⁰⁴ Prema čl. 11. st. 1. Uredbe 2019/1150 pitanja se podnose u pogledu: "(a) navodne neusklađenosti tog pružatelja usluga s bilo kojom obvezom utvrđenom u ovoj Uredbi koja utječe na poslovnog korisnika koji podnosi pritužbu („podnositelj pritužbe”); (b) tehničkih problema koji se izravno odnose na pružanje usluga internetskog posredovanja te koji utječu na podnositelja pritužbe; (c) mjera koje poduzima taj pružatelj ili njegova postupanja koje se izravno odnosi na pružanje usluga internetskog posredovanja te koje utječe na podnositelja pritužbe."

³⁰⁵ Uredba 2019/1150 čl. 11. st. 2. toč. c).

³⁰⁶ Ibid, čl. 11. st. 4.

³⁰⁷ Ibid, toč. 40.

³⁰⁸ Ibid, čl. 12. st. 5.

³⁰⁹ Ibid, čl. 12. st. 1.

³¹⁰ Ibid, čl. 12. st. 2.

³¹¹ Ibid, čl. 12. st. 4.

³¹² Ibid, čl. 13.

³¹³ Ibid, čl. 14.

nacionalnim pravima.³¹⁴ Prema hrvatskom pravu poslovni subjekti bi mogli podići tužbu radi naknade štete prema općima pravilima obveznog prava, ali nije predviđeno njihovo pravo zahtijevati zaustavljanje ili zabranu prakse koja im šteti ili bi mogla štetiti njihovim interesima protivno Uredbi.

Nadalje, predviđeno je i da Komisija potiče izrade kodekse ponašanja radi pravilne primjene Uredbe, te posebno potiče pružatelje usluga internetskog posredovanja na donošenje sektorskih kodeksa ponašanja.³¹⁵

³¹⁴ Ibid, čl. 14. st. 9.

³¹⁵ Ibid, čl. 17.

LITERATURA

1. A. de Streel, Online Intermediation Platforms and Fairness: An Assessment of the Recent Commission Proposal (September 6, 2018).
2. A. Liha, Zaštita potrošača u procesu proširenja Europske unije: Izazovi za Hrvatsku u knjizi Pridruživanje Hrvatske Europskoj Uniji- Izazovi institucionalnih prilagodbi, Institut za javne financije, Zagreb, 2004.
3. C. Solmecke, (ured.), Handel im Netz, Berlin, 2014.
4. C. Twigg-Flesner, The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on Online Platforms – Transparency, Fairness and Beyond (September 17, 2018). Journal of European Consumer and Markets Law (Forthcoming)
5. D. Mlikotin Tomić, H. Horak, V. Šoljan, J. Pecotić- Kaufman, Europsko tržišno pravo, Školska knjiga, Zagreb, 2006.
6. E. Miščenić, Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. IV, No. 1., travanj 2013.
7. G. B. Abbamonte, The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition, The regulation of unfair commercial practices under EC directive 2005/29: New rules and new techniques, Oxford, Hart, 2007.
8. G. Rühl, Consumer Protection in Choice of Law, Cornell International Law Journal: Vol. 44: Iss. 3, članak 4.
9. G.H., Bamberger, H. Roth, (ured.), Kommentar zum BGB, München, 2012., Art. 246 § 1 EGBGB
10. Kingisepp M. i Värvi A., The Notion of Consumer in EU Consumer Acquis and the Consumer Rights Directive- A Significant Change of Paradigm? Juridica International XVIII/2011., (44- 53)
11. M. Baretić, Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 24 (2003), 1
12. M. Stürmer, Fernabsatzvertäge, Juristische Ausbildung 2015 (7): 690-696
13. N. Duch-Brown, Platforms to Business Relations in Online Platform Ecosystems, JRC Digital Economy Working Paper 2017-07, JRC109186
14. P. Klarić, M. Vedriš, Građansko pravo, Zagreb, 2009.
15. S. Weatherill, EU Consumer Law and Policy,
16. V. Gorenc et al., Komentar zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005.
17. V. Tomljenović, S. Petrić, E. Miščenić, Nepoštene ugovorne odredbe, Europski standardi i hrvatska provedba, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013.
18. V. Tomljenović, S. Petrić, E. Miščenić, Nepoštene ugovorne odredbe, Rijeka, 2013.