

Evropsko pogodbeno pravo, škafle za orodje in modri gumbi

dr. Damjan Možina¹

1. Uvod²

Evropsko pogodbeno pravo nastaja na različne načine. Gre za del širšega procesa evropeizacije zasebnega prava, ki pomeni enega najpomembnejših razvojnih trendov v pravu našega časa.³ Poenotenja evropskega zasebnega prava ni mogoče doseči z enim samim zamahom, na primer s sprejetjem evropskega civilnega zakonika, za kar zaenkrat ni niti pravnih možnosti v smislu pristojnosti ES niti političnih želja. Pri razmišljanju o poenotenju evropskega zasebnega prava se ne gre osredotočati le na sredstvo kodifikacije oziroma pozitivnega prava.⁴ Prvi korak na poti premagovanja razdrobljenosti in zaprtosti zasebnega prava v okviru nacionalnih držav je nastajanje evropske zasebnopravne znanosti.

V okviru zasebnega prava je pogodbeno pravo področje, kjer so, ne nazadnje tudi zaradi njegove povezanosti z mednarodno trgovino, prizadevanja za (svetovno in) evropsko poenotenje najbolj izoblikovana. Evropsko pogodbeno pravo pomeni predvsem primerjalnopravno

¹ Docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

² Prispevek je bil prvič predstavljen v reviji *Podjetje* in delo 8/2008, založnik z objavo soglašaja.

³ Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, *Der gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht*, JZ 2008, 529. O evropskem zasebnem pravu glej na primer Hartkamp/Hesselink/Hondius/Joustra/du Perron (izd.), *Towards a European Civil Code*, 2. izd., Kluwer Law International, Hague 1998; Hartkamp, *Perspectives for the Development of a European Civil Law*, v: Bussani/Mattei (ur.), *The Common Core of European Private Law*, Kluwer Law International, Hague 2003, stran 67; Basedow, *Grundlagen des europäischen Privatrechts*, JuS 2/2004, stran 89.

⁴ Več: Zimmermann, *Civil Code or Civil law? Towards a new European Private Law*, 20 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* (1994), stran 219.

proučevanje različnih nacionalnih ureditev pogodbenega prava in iskanje najboljših ter najširše sprejemljivih rešitev. To delo se nadgrajuje z oblikovanjem konkretnjših pobud in osnutkov splošnega dela pogodbenega prava, kakršna so Načela evropskega pogodbenega prava (PECL).

Proces poenotenja in harmonizacije zasebnega prava poteka tudi na ravni pozitivnega prava Evropske skupnosti. Le-to je že precej preoblikovalo področja, kot so konkurenčno pravo, pravo intelektualne lastnine, delovno pravo in pravo gospodarskih družb, poseglo pa je tudi v »klasično« disciplino zasebnega prava – obligacijsko in v tem okviru zlasti pogodbeno pravo. Od sredine 80. let prejšnjega stoletja je Skupnost sprejela vrsto direktiv, predvsem s področja varstva potrošnikov, ki na poseben način spreminjajo nacionalno pravo držav članic.

V novejšem času čedalje bolj prodira spoznanje, da bi bilo potrebno fragmentirani pogodbenopravni *acquis communautaire*, nastal s posamičnimi in večinoma sektorsko usmerjenimi direktivami ter bolj ali manj brez sistematičnega pristopa, izboljšati in nadgraditi ter harmonizacijo dvigniti na višjo raven. Ta prizadevanja podpira in usmerja tudi Komisija ES, njen osrednji projekt pa je izdelava Skupnega referenčnega okvira (*Common Frame of Reference – CFR*), ki naj bi bil sestavljen iz temeljnih načel, enotne terminologije in modelnih pravil. V začetku leta 2008 je izšel njegov prvi osnutek (*Draft CFR*), ki je v strokovni javnosti zbudil izjemno zanimanje in izzval številne odzive.⁵ Vsebina, obseg, namen in pravni učinek končnega (političnega) CFR še niso določeni, kaže pa, da naj bi šlo za nezavezujoč akt, ki bi bil nekakšno pomagalo oziroma »škafca za orodje« (*tool-box*), namenjena predvsem evropskemu zakonodajalcu pri sprejemanju nove zakonodaje, pa tudi vir navdiha nacionalnim zakonodajalcem. V tem pogledu je CFR sredstvo »mehkega«, nepozitivnopravnega poenotenja. Kot se čedalje bolj poudarja, pa bi lahko bil tudi podlaga za tako imenovani opcijski instrument, niz pravnih pravil, ki bi ga pogodbene stranke lahko izbrale kot merodajnega za svoje razmerje. Pred kratkim je bil predstavljen tudi predlog direktive, s katerim želi Komisija ES nekatere izmed pomanjkljivosti obstoječe zakonodaje ES na področju pogodbenega prava odpraviti na drugačen način – s popolno harmonizacijo zgolj izbranih problemskih sklopov pogodbenih razmerij med podjetji in potrošniki.

⁵ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Sellier, München 2008, brezplačno dostopno tudi na internetu: http://www.sellier.de/pages/en/buecher_s_elp/europarecht/569.principles_definitions_and_model_rules_of_european_private_law.htm.

2. Ozadje nastajanja evropskega pogodbenega prava: primerjalnopravna znanost, CISG in PECL

Ideje o nadnacionalnem poenotenju (tudi: »internacionalizaciji«) pogodbenega prava, pa tudi drugih področij zasebnega prava so se začele pojavljati že kmalu po nastanku nacionalnih držav in velikih kodifikacij v 19. stoletju, ki ga imenujemo tudi obdobje nacionalizacije prava.⁶ Nekako od 12. do 18. stoletja je v Evropi trajalo obdobje občega prava (*ius commune*), ko je imel velik del Evrope skupen zasebnopravni imenovalc – rimsko pravo, ki se je intenzivno proučevalo in sistematiziralo ter se v srednji in zahodni Evropi uporabljalo kot subsidiaren statut.⁷ Splošni del – teorija pogodbenega prava (in tudi drugih delov zasebnega prava) je bila takrat v precejšnji meri enotna (»obča«). Nacionalne kodifikacije so sicer sestavile pravno materijo v kompleksne logične sisteme in gotovo pomenijo enega ključnih momentov razvoja pravne misli, vendar pa so hkrati razmeroma enotno evropsko zasebnopravno tradicijo fragmentirale v okvire nacionalnih pravnih redov.⁸ Težnje po poenotenju (v tem smislu »denacionalizaciji«) so začele nastajati predvsem v zvezi s pravnimi razmerji, ki segajo v več nacionalnih pravnih redov (razmerja z mednarodnim elementom), kjer uporaba klasičnega mehanizma kolizijskih norm ni prinašala zaželenih rezultatov.

Prve pomembne korake na poti poenotenja pogodbenega prava je naredila primerjalnopravna znanost. Če naj se omeni eno samo ime, potem je to ime prof. Ernsta Rabela, ki je v obdobju med svetovnima vojnama začel projekt poenotenja prava prodajne pogodbe.⁹ Projekt se je na podlagi njegove primerjalnopravne raziskave nadaljeval po drugi svetovni vojni in pripeljal do sprejetja Haaških konvencij o mednarodni prodaji blaga (1964).¹⁰ Ti dve konvenciji (enotno haaško prodajno pravo) v

⁶ Avtonomno poenoteno pogodbeno pravo poznamo že v srednjem veku, ko se je vzporedno z razvojem trgovine in širjenjem vpliva italijanskih mestnih držav ter zaradi potreb po posebni pravni ureditvi »pravo trgovcev« (*ius mercatorum*, *lex mercatoria*) odcepilo od tedanjega civilnega prava (rimskega in kanonskega prava), vključno s trgovskim sodstvom. Ločeno urejanje civilnega in trgovskega (pri nas: »gospodarskega«) prava je bilo značilno tudi za prve kodifikacije, danes pa prevladuje monistična koncepcija. V zvezi s sodobnim poenotenjem prava se pogosto govori tudi o iskanju nove *lex mercatoria*, pri tem pa se želi bržkone bolj kot resnično povezanost obeh pojavov, ki je zaradi časovne oddaljenosti zbledela, poudariti potreba gospodarskih subjektov po enotnih pravilih poslovanja, zlasti na mednarodni ravni.

⁷ V obdobju občega prava so se rimskemu pravu pridružili elementi kanonskega prava in lokalnega običajnega prava. V 17. in 18. stoletju se v zvezi z uporabo te »posodobljene« različice rimskega prava govori o *usus modernus pandectarum*. O občepni recepciji rimsko-kanonskega prava glej: Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, München 1985, stran 7 in naslednje.

⁸ Več: Zimmermann: *Roman Law, Contemporary Law, European Law – The Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, 2001, stran 1 in naslednje.

⁹ Glej: Rabel, *Das Recht des Warenkaufs – eine rechtsvergleichende Darstellung*, de Gruyter, Berlin 1957.

¹⁰ Konvenciji o mednarodni prodaji blaga ter sklepanju prodajnih pogodb z dne 1. 7. 1964, ki sta v prilogi vsebovali

praksi nista zaživali, zato pa je toliko več uspeha doživela njuna naslednica – Konvencija ZN o mednarodni prodaji blaga (CISG – Dunajska konvencija), ki je naslednji pomemben korak na poti k poenotenju evropskega pogodbenega prava. Konvencijo je podpisalo 70 držav, med njimi skoraj vse evropske države, močno pa je vplivala tudi na druge projekte za poenotenje pogodbenega prava ter na nacionalne reforme. Svoj osnovni koncept ji dolguje tudi evropska direktiva o potrošniški prodaji in garancijah. Čeprav o stopnji svetovne harmonizacije prava prodajne pogodbe, ki jo je dejansko dosegla Konvencija, spričo pogostih izključitev njene veljave v praksi (*opt-out*) obstajajo različna mnenja, pa ne more biti dvoma o tem, da je Konvenciji uspelo razviti enoten in uporaben pravni okvir za analizo nekaterih kompleksnih pravnih vprašanj, ki lahko nastanejo v zvezi s prodajno pogodbo in v pogodbenem pravu na splošno.¹¹

V nasprotju z mednarodnimi konvencijami so Načela evropskega pogodbenega prava (Principles of European Contract Law – PECL) nastala na avtonomen, od držav neodvisen način: od začetka 80. let prejšnjega stoletja je skupina pravnih strokovnjakov pod vodstvom danskega profesorja Oleja Landa na primerjalnopravni podlagi in ob upoštevanju ureditev (tedanjih) držav ES in CISG ter vzoru ameriških »Restatements«¹² oblikovala modelna pravila evropskega pogodbenega prava ter jih izdala v treh zvezkih (1995, 1999 in 2003), skupaj s komentarji in primerjalnopravnimi opombami.¹³ Načela evropskega pogodbenega prava gradijo na skupnem jedru evropskih pogodbenopravnih ureditev in predstavljajo najboljše in najširše sprejemljive rešitve, združene v delujoč in moderen sistem, ki je tudi nekakšen most med kontinentalnim pravom in *common law*. Načela, čeprav jih stranke načeloma lahko vključijo v svoje pogodbe in jih tudi arbitraže lahko uporabijo kot izraz sodobne *lex mercatoriae*, niso avtoritativno zakonsko besedilo, ampak so mišljena bolj kot znanstvena podlaga za bodočo evropsko zakonodajo ter kot model, ki mu lahko sledijo nacionalni zakonodajalci. V približno istem času je pod okriljem Inštituta UNIDROIT v Rimu in pod vodstvom prof. Bonella nastajal soroden in vsebinsko precej vzporeden projekt: Načela UNIDROIT za mednarodne gospodarske pogodbe (Principles of International Commercial Contracts – PICC).¹⁴

Enotni zakon o mednarodni prodaji blaga in Enotni zakon o sklepanju pogodb o mednarodni prodaji blaga. T.i. enotno haaško prodajno pravo pa je močno vplivalo na nastanek jugoslovanskega Zakona o obligacijskih razmerjih – ZOR (1978), predhodnika slovenskega OZ. Glej: Schlechtriem/Možina, Pravo mednarodne prodaje, Ljubljana 2006, stran 4.

¹¹ McKendrick, Harmonisation of European Contract Law: The State We Are in, v: Vogenauer/Weatherill (ur.), The Harmonisation of European Contract Law, Oxford 2006, stran 7.

¹² »Restatements of law«, ki jih izdaja American Law Institute – nedržavna institucija, ki združuje praktike in akademike, na »mehak« način prispevajo k poenotenju civilnega prava, ki je v ZDA v prvi vrsti pravo zveznih držav in ne zveze. Vsebujejo nezavezujoča pravila (rules) v obliki členov, ki jih spremlja komentar, ki pojasnjuje, kaj je mišljeno s posameznim pravilom, ter opombe (»notes«), ki pojasnjujejo, kako je posamezno pravilo povezano z obstoječim pravom.

¹³ The Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law, Parts I, II, III, Kluwer Law International, 1995–2003. Prvi in drugi zvezek urejata sklenitev pogodbe, zastopanje, veljavnost pogodb, razlago, vsebino in učinek pogodb, izpolnitev ter neizpolnitev (kršitev) in pravna sredstva. Tretji del vsebuje določbe o obveznostih z več upniki ali dolžniki, prenosu terjatev (cesiji), prevzemu dolga, prenosu pogodb, pobotanju, zastaranju, protipravnosti, pogojih in kapitalizaciji obresti.

3. Pogodbeno pravo ES¹⁵

Evropska skupnost ni bila ustanovljena zaradi poenotenja zasebnega prava, ampak predvsem za integracijo trgov. Zato Skupnost po Pogodbi o ES nima neposredne pristojnosti za sprejemanje zasebnopravne zakonodaje. Ima pa možnost sprejemanja ukrepov na podlagi nekaterih posamičnih določb, zlasti 95. člena PES, ki omogoča harmonizacijske ukrepe zaradi vzpostavitve in delovanja skupnega trga.¹⁶ Predpostavka je, da različnost ureditev držav članic pomeni oviro za delovanje skupnega trga. Razen tega ima Skupnost v 153. členu PES tudi pristojnost za ukrepe za zagotovitev visoke ravni varstva potrošnikov.¹⁷ Od sredine 80. let prejšnjega stoletja je Skupnost izdala vrsto direktiv, predvsem s področja varstva potrošnikov, ki tvorijo srce pogodbenopravnega *acquis communautaire*. Večina direktiv ureja področja, ki se z vidika klasičnega pogodbenega prava zdijo obrobna, nanje pa se pogosto prej kot na pogodbeno pravo gleda kot na konkretizacijo prepovedi nepoštenih poslovnih praks. Direktive določajo posebna pravila o sklepanju nekaterih tipov potrošniških pogodb, predvsem obveznosti podjetja glede predpogodbenega seznanjanja potrošnika z določenimi informacijami o poslu nekateri pa potrošnika varujejo pred nepremišljenim prevzemanjem obveznosti tudi s pravico, da si v določenem roku premisli in brez posledic prekliče svojo izjavo volje (*cooling-off*), kar v slovenskem pravu nekoliko nenatančno imenujemo »odstop«.¹⁸ Direktive se nanašajo na pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov (»pogodbe od vrat do vrat«),¹⁹ pogodbe, sklenjene na daljavo,²⁰ pogodbe o paketnih turističnih

¹⁴ Glej na primer Canaris, »Die Stellung der 'UNIDROIT Principles' und der 'Principles of European Contract Law' im System der Rechtsquellen«, v: Basedow (ur.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen 2000.

¹⁵ Poglavlje delno povzeto po: Možina, Evropeizacija in modernizacija obligacijskega prava, Podjetje in delo, št. 6-7/2008.

¹⁶ Tudi po členu 94 PES lahko Svet izda direktive za približevanje nacionalnih zakonodaj, ki neposredno vplivajo na vzpostavitev ali delovanje skupnega trga, vendar se zahteva soglasje držav članic v Svetu. Skupnost ima možnost sprejemanja ukrepov tudi na podlagi člena 308 PES, ki pa prav tako zahteva soglasje. Glej tudi: Škrk, Harmonizacija evropskega pogodbenega prava, Pravna praksa, št. 37/2006, stran 6.

¹⁷ Vendar pa tretji odstavek 153. člena nakazuje nazaj na člen 95 PES.

¹⁸ V slovenskem pravu »pravica do odstopa« označuje tako odstopno upravičenje kot posledico kršitve pogodbe (na primer člena 103 in 468 OZ) kot tudi odstop v potrošniškem pravu, kjer ima potrošnik pravico, da prekliče svojo izjavo volje (na primer člen 43č ZVPot). V tujih pravnih redih se ta dva primera tudi terminološko razlikujeta: pravica odstopa zaradi kršitve se na primer v angleškem pravu imenuje *right to termination*, v nemškem pa *Rücktrittsrecht*, medtem ko se »potrošniška« pravica odstopa označuje z *right of withdrawal* oziroma *Widerrufsrecht*. Razlikovanje je utemeljeno, saj se obe obliki razveljavitve pogodbe po predpostavkah, mehanizmu delovanja in pravnih posledicah razlikujeta.

¹⁹ Direktiva Sveta 85/577/EGS z dne 20. decembra 1985 o varstvu potrošnikov pri pogodbah, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov, UL L 372/31.

²⁰ Direktiva 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 1997 o varstvu potrošnikov pri sklepanju pogodb na daljavo, OJ L 144, ter Direktiva 2002/65/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. septembra 2002 o trženju finančnih storitev potrošnikom na daljavo in o spremembi Direktive Sveta 90/619/EGS ter Direktiv 97/7/ES in 98/27/ES, UL L 271.

storitvah,²¹ pogodbe o časovnem zakupu nepremičnin (*time-sharing*)²² in na pogodbe o potrošniških posojilih.²³ Pogodbenega prava se dotika tudi direktiva o elektronskem poslovanju.²⁴ V gospodarsko pogodbeno pravo spadata direktiva o samozaposlenih trgovskih zastopnikih²⁵ ter direktiva o zamudah pri plačilih v gospodarskih poslih.²⁶

Najmanj dve izmed potrošniških direktiv pa sta drugačne narave in ju nikakor ni mogoče šteti za obrobni, saj urejata materijo, ki je trdno zasidrana v temelje pogodbenega prava. Direktiva o potrošniški prodaji²⁷ določa kupčeve pravice na podlagi neskladnosti blaga s prodajno pogodbo, direktiva o nepoštenih pogojih v potrošniških pogodbah²⁸ pa odvzema veljavnost splošnim pogodbenim pogojem, ki niso bili posamično dogovorjeni in v nasprotju z načelom dobre vere posegajo v pogodbeno ekvivalenco. Ti dve direktivi sta pomembno prispevali h krepitvi razprave o širšem poenotenju evropskega pogodbenega prava, ponekod pa sta sprožili tudi dvome o pristojnosti Skupnosti za spreminjanje pogodbenega prava.²⁹

Obstoječe pogodbeno pravo ES ima tudi številne pomanjkljivosti. Glede učinkovitosti načela minimalne harmonizacije, ki mu sledijo direktive, obstajajo resni dvomi: pravilo, da smejo države članice zagotoviti višjo raven varstva potrošnikov od standarda iz direktiv, ustvarja nove razlike med pravnimi redi, kar je v direktnem nasprotju s ciljem harmonizacije. Značilnost pogodbenega prava ES je tudi, da je nastal brez sistematičnega in dogmatičnega okvira, kakršnega poznajo nacionalni sistemi pogodbenega prava, posledično pa je mestoma nekoherenten.³⁰ Pri implementaciji v nacionalno pravo nastajajo številne težave. Direktive so jezikovno šibke, pravni pojmi so pogosto zelo abstraktni, uporabljajo pa se neenotno. Številna vprašanja so rešena nepopolno, praznine

²¹ Direktiva Sveta 90/314/EGS z dne 13. junija 1990 o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih, UL L 158/59.

²² Direktiva 94/47/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. oktobra 1994 o varstvu potrošnikov v zvezi z nekaterimi vidiki pogodb o nakupu pravice do uporabe nepremičnin na podlagi časovnega zakupa, UL L 280.

²³ Direktiva Sveta 87/102/EGS z dne 22. decembra 1986 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic v zvezi s potrošniškimi posojili, spremenjena z Direktivo Sveta 90/88/EGS z dne 22. februarja 1990 ter Direktivo 98/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 1998, UL L 42, L 61 in L 101.

²⁴ Direktiva 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu, UL L 178.

²⁵ Direktiva Sveta 86/653/EGS z dne 18. decembra 1986 o usklajevanju zakonodaje držav članic o samozaposlenih trgovskih zastopnikih, UL L 382/17.

²⁶ Direktiva 2000/35/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. junija 2000 o boju proti zamudah pri plačilih v trgovinskih poslih, UL L 200/35.

²⁷ Direktiva 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njimi povezanih garancij, UL L 171/12.

²⁸ Direktiva Sveta 93/13/ES z dne 5. aprila 1993 o nepoštenih pogojih v potrošniških pogodbah, UL L 95.

²⁹ Vogenauer/Weatherill, v: *The EC's Competence to Pursue Harmonisation*, v: Vogenauer/Weatherill (ur.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford 2006, stran 107.

³⁰ Tako na primer več direktiv omogoča potrošniku odstop od pogodbe (preklie), vendar pa različno urejajo modalitete, zlasti roke in pravne posledice.

pa stopnjujejo napetosti z nacionalnim pravom. Poleg tega pri mednarodnih pogodbenih razmerjih, ki naj bi jih notranji trg ravno spodbujal, zapleten sistem kolizijskih pravil mednarodnega zasebnega prava ne daje ustreznih, zlasti ne dovolj predvidljivih rezultatov, kar slabo vpliva na čezmejno sklepanje pogodb. To še zlasti velja za razmerja s potrošniki, kjer so slednji ne glede na izbiro prava deležni varstva s prisilnimi predpisi domačih držav. Ta argument velja za nekatera področja poslovanja bolj kot za druga, prepričljiv je predvsem v zavarovalništvu, kjer so pogodbeni pogoji ključni del produkta.³¹

Razprava o sistematičnem poenotenju evropskega pogodbenega prava in zasebnega prava na splošno ima tudi politično dimenzijo. Sledi novim pogojem čezmejnega pravnega prometa, ki jih je vzpostavil skupni trg, ustanovitvi Evropske unije z Maastrichtsko pogodbo (1992) ter nastanku gospodarske in denarne unije. Potem ko je Evropski parlament že v letih 1989 in 1994 opozoril, da je harmonizacija določenih delov zasebnega prava ključna za delovanje notranjega trga, in pozval k začetku priprav na evropski civilni zakonik,³² je tudi Evropski svet v letu 1999 (Tampere) sklenil, naj se pripravi raziskava o potrebi približevanja zasebnopravne zakonodaje držav članic za nemoteno delovanje gospodarskega prometa.³³

4. Komisija: sporočilo o evropskem pogodbenem pravu (2001), akcijski načrt (2003) in pot naprej (2004)

V letu 2001 se je v razpravo vključila Komisija ES ter izdala »Sporočilo o evropskem pogodbenem pravu«.³⁴ Izrazila je skrb, da bi utegnili različnost pravnih ureditev pomeniti oviro čezmejnemu poslovanju na notranjem trgu. Da bi spodbudila razpravo in odzive kar najširšega kroga zainteresiranih, je predstavila štiri možne rešitve za težave, ki izvirajo iz razlik med pravnimi redi držav članic ter nekoherentnosti potrošniške zakonodaje ES: (1) nobene aktivnosti na ravni ES, prepustitev trgu; (2) spodbujanje razvoja skupnih načel pogodbenega prava, ki bi vodile v večjo konvergenco nacionalnih ureditev; (3) izboljšanje kakovosti obstoječe zakonodaje, predvsem revizija obstoječih direktiv, modernizacija in poenostavitev; (4) sprejemanje obširne nove zakonodaje na ravni ES.

³¹ Wilhelmsson, Full harmonisation of Consumer Contract Law? ZEuP 2/2008, 226.

³² UL C 158 z dne 26. 6. 2989 (resolucija A2-157/89), UL C 205 z dne 25. 7. 1994 (resolucija A3-0329/94). Glej tudi resolucijo iz leta 2000, UL C 377 z dne 29. 12. 2000 (resolucija B5-0228, 0229-0230/2000).

³³ Glej 39. odstavek sklepov Evropskega sveta, Tampere, 15-16. oktober 1999.

³⁴ Sporočilo Komisije Svetu in Evropskemu parlamentu o evropskem pogodbenem pravu, KOM (2001) 398 final, UL C 225/1.

Komisija je zbrala odzive in v letu 2003 izdala novo Sporočilo (»Akcijski načrt«), s katerim je oznanila, da je večina zainteresiranih podprla opcijo št. 3 za izboljšanje kakovosti obstoječe zakonodaje, da pa je veliko podpore prejela tudi opcija št. 2 za razvoj skupnih načel pogodbenega prava.³⁵ Z Akcijskim načrtom je Komisija začela novo poglavje v razvoju evropskega pogodbenega prava, saj se ni omejila na individualne ukrepe in regulativne cilje v posameznih »politikah«, ki bi se sicer nadaljevali, temveč se je nedvoumno izrekla za povečanje koherence na sistematičen način, ki presega dotedanji sektorski pristop. Predlagala je kombinacijo zakonodajnih in nezakonodajnih ukrepov, ki naj bi izboljšali koherenco *acquis communautaire* in spodbudili uporabo notnih splošnih pogojev v ES, raziskava pa naj bi odgovorila na vprašanje, ali bi bilo težave mogoče odpraviti s sistemskimi (nesektorskimi) rešitvami, kot na primer z opcijskim instrumentom – nizom pravil, ki bi ga pogodbene stranke lahko izbrale kot merodajnega za svoje razmerje. Osrednji projekt za izboljšanje *acquis* naj bi bil »Skupni referenčni okvir« (CFR) za evropsko pogodbeno pravo, ki naj bi vseboval notne definicije osnovnih pojmov ter modelna pravila, izdelana na primerjalnopravni podlagi. Bil naj bi tudi podlaga za razmislek o opcijskem instrumentu, pri njegovem nastajanju pa naj bi sodeloval čim širši krog zainteresiranih strani. Z njim želi Komisija premostiti prepad med sistematičnim in celovitim pristopom izdelkov pravne znanosti ter pogodbenim pravom ES, saj glede virov poudarja kombinacijo dveh pristopov: po eni strani skupnih Načel, izdelanih s primerjalnopravnim delom na podlagi nacionalnih pravnih redov in konvencij, po drugi pa analizo obstoječega *acquis communautaire*.³⁶ Komisija je tudi izrecno poudarila, da ne namerava ustvariti evropskega civilnega zakonika.

V letu 2004 je Komisija izdala novo »Sporočilo o evropskem pogodbenem pravu in reviziji *acquis*: Pot naprej«,³⁷ v katerem je podrobneje predstavila predvideno strukturo in vsebino CFR. Sestavljen naj bi bil iz skupnih temeljnih načel, definicij pojmov in modelnih pravil. Čeprav bi po obliki spominjal na zakon, naj ne bi imel zavezujoče pravne narave, vendarle pa naj bi vplival na oblikovanje tako evropske kot nacionalne zakonodaje. CFR naj bi bil torej nezavezujoče, a vendarle referenčno pravno besedilo. Uporabljal naj bi se predvsem kot pripomoček za izboljšanje obstoječega *acquis*, kot nekakšna »škatla za orodje« (*tool-box*) oziroma priročnik evropskega pogodbenega prava, namenjena predvsem evropskemu zakonodajalcu.³⁸ Izpolnjeval pa bi lahko tudi druge vloge, predvsem kot model za nacionalne zakonodajalce, zlasti glede harmonične

³⁵ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A more coherent European Contract law – An Action Plan, COM (2003) 68 final, UL C 63 z dne 15. 3. 2003.

³⁶ Schulze, *Gemeinsamer Referenzrahmen und *acquis communautaire**, ZEuP 2007, stran 133.

³⁷ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the *acquis*: The Way Forward, COM (2004) 651 final, z dne 11. 10. 2004. Glej: Schmidt-Kessel, *Auf dem Weg zum Gemeinsamen Referenzrahmen: Anmerkungen zur Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2004*, GPR 1/05, strani 2–8.

³⁸ Glej Report from the Commission: Second Progress Report on the Common Frame of Reference, COM (2007) 447 final.

implementacije direktiv v nacionalno pravo. Predvsem v tem smislu bi lahko bil CFR tudi sredstvo za »mehko« harmonizacijo. Pri razlagi *acquis* bi ga lahko uporabljali Sodišče ES in arbitraže, pri pripravi splošnih pogodbenih pogojev pa tudi podjetja. Bil naj bi tudi podlaga za razpravo o morebitnem opcijem instrumentu v prihodnosti.³⁹ Kot kaže, pa naj bi bil projekt sprva usmerjen predvsem v izboljšanje obstoječih potrošniških direktiv. S tem je povezan tudi drug, do neke mere vzporeden projekt, ki ga Komisija prav tako predstavlja v sporočilu iz leta 2004: revizija osmih direktiv s področja prava potrošnikov naj bi pokazala, ali izpolnjujejo cilje varstva potrošnika in notranjega trga.⁴⁰ Po besedah Komisije v zadnjem času so njeni osrednji cilji vendarle predvsem ustvarjanje zaupanja potrošnikov in podjetij v notranji trg, odpravljanje ovir za njegovo delovanje, zagotavljanje visoke ravni varstva potrošnikov in poenostavitev zakonodaje.

Na bruseljskem vrhu Evropskega sveta (4.–5. novembra 2004) so tudi predsedniki držav in vlad držav članic v haaški program za krepitev svobode, varnosti in pravice v EU zapisali, da je »v zadevah pogodbenega prava ... treba izboljšati kakovost obstoječe in bodoče zakonodaje EU z ukrepi konsolidacije, kodifikacije in racionalizacije veljavnih pravnih instrumentov in z razvijanjem Skupnega referenčnega okvira.«⁴¹

5. Nastajanje »akademskega« osnutka skupnega referenčnega okvira – DCFR

V delo različnih znanstvenih skupin, ki so delovale na področju evropskega zasebnega prava, se je vključila Komisija ES in njihovo delo povezala, ga finančno podprla in izjemno pospešila. Od leta 2005 skupina več kot 150 znanstvenikov s 60 evropskih univerz (»Network of excellence«), financirana v okviru šestega okvirnega raziskovalnega programa EU, izdeluje osnutek Skupnega referenčnega okvira (Draft CFR), ki ga nekateri, bržkone zaradi provenience njegovih avtorjev, imenujejo tudi »akademski«. Najpomembnejši med mednarodnimi raziskovalnimi skupinami sta »Study Group on a European Civil Code« pod vodstvom prof. Christiana von Bara in »Research Group on the Existing EC Private Law« (*Acquis Group*), ki jo vodi prof. Hans Schulte-Nölke.⁴² Mreža znanstvenikov naj bi, nekoliko poenostavljeno, predelala in razširila Načela evropskega

³⁹ Glej: Staudenmayer, What does European Contract Law Mean, v: Vogenauer/Weatherill (ur.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford 2006, stran 235.

⁴⁰ Glej Report from the Commission: First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review, COM (2005) 456 final. Gre za direktive, ki se nanašajo na naslednja področja: sklepanje pogodb zunaj poslovnih prostorov, paketne turistične storitve, nepošteni pogodbeni pogoji, časovni zakup nepremičnin, sklepanje pogodb na daljavo, označevanje cen, opustitvene tožbe in potrošniška prodajna pogodba.

⁴¹ UL C 53 z dne 3. 3. 2005, tč. 3.4.4, stran 14.

pogodbenega prava (PECL) v »restatement«, imenovan CFR. Delo je izpostavljeno izjemnemu časovnemu pritisku: prvi osnutek je moral biti Komisiji predložen do konca 2007. V začetku leta 2008 je izšel »Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Interim outline edition«,⁴³ od tedaj pa se o njem zgoščeno vrstijo konference, seminarji, članki in knjige.⁴⁴ DCFR seveda ni mogel v celoti nastati v treh letih, ampak je v veliki meri rezultat že prej opravljenega dela – dolgoročnih znanstvenih projektov, predvsem PECL. Do konca leta 2008 naj bi mreža raziskovalcev Komisiji predložila končni rezultat projekta, skupaj s komentarjem in primerjalnopravnimi opombami. Izjemno kratek rok za pripravo DCFR, ki ga je postavila Komisija, je tudi eden njegovih bolj problematičnih vidikov. Po načrtih Komisije naj bi bil končni, politični CFR sprejet v letu 2009, še pred iztekom mandata Barrosove ekipe,⁴⁵ kar pa se ne zdi izvedljivo.

Pri pripravi DCFR sta imeli dve glavni raziskovalni skupini različen pristop in različne vire. Skupina za evropski civilni zakonik (*Study group on a European Civil Code*) je uporabljala predvsem rezultate primerjalnopravnega dela na podlagi nacionalnih pravnih redov in CISG, ki jih utelešajo zlasti PECL, razvila pa je tudi vrsto novih pravl. Nasprotno pa je Skupina za raziskavo obstoječega zasebnega prava Skupnosti (*Acquis group*) pripravila tiste dele DCFR, ki temeljijo na načelih obstoječega prava Skupnosti (*Principles of the Existing EC – Private Law*).⁴⁶ Ta načela so bila izdelana na podlagi prava Skupnosti, implementacije v nacionalno pravo ter sodne prakse Sodišča ES, ne pa tudi »čistega« nacionalnega prava. V tem smislu so nekakšno nasprotje Načel evropskega pogodbenega prava (PECL), ki zasebnega prava Skupnosti niso upoštevala in so bila izdelana le na podlagi nacionalnih ureditev in CISG. Ob začetku nastajanja PECL pogodbenega prava ES namreč še ni bilo, pozneje pa so avtorji Načel začetni pristop pač nadaljevali. Skupina *Acquis* se je lotila projekta iskanja in razvoja splošnejših načel v obstoječem pravu ES. Načela obstoječega prava Skupnosti (*Acquis Principles – ACQP*) pa niso le sistematičen »restatement« oziroma vizualizacija obstoječega prava Skupnosti, ampak vključujejo tudi razvojni moment v smislu zaželenega prava. Ker so največji

⁴² Druge sodelujoče skupine so: Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law, francoska zveza Henri Capitant, t.i. »Common-core« skupina iz Trenta, skupina, ki se ukvarja z ekonomsko analizo projekta, skupina, ki pripravlja bazo podatkov o evropskem pogodbenem pravu, ter Evropska pravna akademija Trier, ki organizira konference. Glej: von Bar/Schulte-Nölke, *Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht*, ZRP 5/2005, stran 165.

⁴³ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, Sellier, München, 2008, brezplačno dostopno tudi na internetu: http://www.sellier.de/pages/en/buecher_s_elp/europarecht/569.principles_definitions_and_model_rules_of_european_private_law.htm.

⁴⁴ *Europäische Rechtsakademie Trier* je eno od konferenc, posvečenih DCFR, v sodelovanju z Ministrstvom za pravosodje RS organizirala tudi v Ljubljani 28.–29. aprila 2008.

⁴⁵ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: *European Contract Law and the revision of the acquis: The Way Forward*, COM (2004) 651 final, z dne 11. 10. 2004, stran 13.

⁴⁶ *The Research Group on the Existing EC Private Law, Contract I – Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier, München 2007. Nemška verzija načel brez komentarja je objavljena tudi v ZEuP 2000, strani 896–908.

del pogodbenega prava skupnosti pravila varstva potrošnikov, gre pri Načelih Acquis pravzaprav za splošno pogodbeno pravo na podlagi evropskega potrošniškega *acquis*.⁴⁷ Velja tudi omeniti, da tako *Study Group on European Civil Code* kot tudi Skupina *Acquis* objavlja tudi ločene samostojne publikacije o posameznih pravnih področjih.⁴⁸ Tako je DCFR pravzaprav kompilacija več zbirk načel (tako PECL kot PEL in ACQP), od katerih ima sicer vsaka zbirka načel različen obseg⁴⁹ in tudi namen. V DCFR pa za zdaj še ni vključeno zavarovalno pogodbeno pravo, katerega »načela« bodo objavljena posebej.⁵⁰ Vzporedno z nastajanjem DCFR je potekala serija posvetovalnih delavnic (*Stakeholder-network*), na katerih so zastopniki industrije, potrošniških organizacij, odvetniki, notarji in druga zainteresirana javnost pregledovali osnutke CFR in razpravljali o njihovi uporabnosti za prakso.

6. Obseg in struktura DCFR

Obseg »akademskega« DCFR je zastavljen veliko širše, kot nakazuje Sporočilo komisije iz leta 2004, ki omenja del splošnega pogodbenega prava ter posebna pravila za prodajne in zavarovalne pogodbe.⁵¹ Širši je tudi od Načel evropskega pogodbenega prava (PECL), ki so sicer že sama prešla okvire pogodbenega prava in urejajo tudi nekatera obligacijskopravna vprašanja, ki imajo v civilnem pravu splošen pomen, kot na primer obveznosti z več strankami, odstop terjatev, pobotanje in zastaranje. Drugače kot PECL, katerih struktura vendarle temelji na pojmu pogodbe, je osnovna struktura DCFR zgrajena na abstraktnjšem konceptu obligacije (obveznosti). Poleg splošnega pogodbenega prava in nekaterih splošnih obligacijskopravnih institutov vsebuje DCFR

⁴⁷ Jansen/Zimmermann, *Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?* JZ 23/2007, stran 1115.

⁴⁸ *Study Group on a European Civil Code* (izd.), *Principles of European law – Service Contracts*, Sellier München 2006; *Principles of European law – Sales Contracts*, Sellier, München 2008; *Principles of European law – Lease of Goods*, Sellier, München 2008; *Principles of European law – Service Contracts*, Sellier, München 2006; *Principles of European Law – Personal Security*, Sellier, München 2007; *Principles of European Law – Benevolent Intervention in Another's Affairs*, München 2006.

⁴⁹ PECL obravnavajo splošno pogodbeno pravo in del obligacijskega prava, ki presega zgolj pogodbeno pravo (na primer zastaranje, pobotanje ipd.), izdelana pa so na podlagi prava 10–15 držav članic ter CISG; ACQP vključujejo splošno pogodbeno pravo in nekatere posamične pogodbe, regulirane na ravni ES; PEL vključujejo posamične pogodbe ter nepogodbene obveznosti kot tudi nekatera vprašanja premičninskega stvarnega prava ter ustanov, izdelana pa so na podlagi prava 27 držav članic.

⁵⁰ Schulze, *The Academic draft of the CFR and the EC Contract Law*, v: Schulze (ur.), *The Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, München 2008, stran 6.

⁵¹ To sporočilo (op. št. 35) v I. prilogi navaja »možno strukturo CFR«. Razdeljen naj bi bil na tri poglavja, v prvem naj bi bila temeljna načela, v drugem definicije pojmov, v tretjem pa vzorčna pravila (model rules). Ta naj bi bila sestavljena iz devetih odsekov: pogodba (sklenitev, oblika, zastopanje, veljavnost, razlaga, vsebina), predpogodbene obveznosti, izpolnitev in pravna sredstva za neizpolnitev, obveznosti z več strankami, odstop terjatve, zamenjava dolžnika, zastaranje, posebna pravila za prodajno pogodbo, posebna pravila za zavarovalno pogodbo.

tudi vrsto pravil za posamične pogodbe (prodaja, najem, storitve, mandat, trgovsko zastopanje, franšiza in distribucija, posojila in osebna zavarovanja), predvsem pa tudi pravo nepogodbenih obveznosti – pravice in obveznosti, ki izhajajo iz neupravičene obogatitve, »dobronamernih posegov v tuje posle« (poslovodstvo brez naročila) ter iz »povzročitve škode drugemu« (deliktno odškodninsko pravo). V končni različici naj bi DCFR vseboval tudi del premičninskega stvarnega prava, kot na primer prenos lastninske pravice in premoženjska zavarovanja ter pravo ustanov.⁵² Raziskovalna skupina je želela Komisiji, Svetu in parlamentu zagotoviti dovolj široko podlago za informirano odločitev, nekakšen meni področij, ki bi jih bilo mogoče vključiti v končni CFR, zaradi večje koherence pa je poskušala zajeti vso za notranji trg relevantno materijo obligacijskega in stvarnega prava, ki jo vidi kot organsko celoto in poudarja njeno notranjo neločljivo povezanost.⁵³ Zgolj obravnava splošnega pogodbenega prava po mnenju skupine ne bi zadoščala, kajti splošna pravila je treba preizkusiti in po potrebi dopolniti glede na najpomembnejše posamezne pogodbe. Po drugi strani DCFR po besedah njegovih avtorjev tudi ne bi mogel vsebovati zgolj pravil o potrošniških pogodbah, saj potrošniško pravo ni samostojno in neodvisno področje zasebnega prava: sestavljajo ga odstopanja od splošnih zasebnopravnih načel, zato ga ni mogoče razvijati brez njih.⁵⁴ Vključitev prava nepogodbenih obveznosti je obrazložena s pogosto težko določljivo mejo med pogodbenim pravom in drugimi področji. Obligacijsko pravo, ki ga avtorji DCFR vidijo kot organsko celoto, je dopolnjeno tudi z nekaterimi področji premičninskega stvarnega prava, ki so pomembna za delovanje notranjega trga.⁵⁵

Vmesna skica osnutka DCFR (DCFR – Interim outline odition) vsebuje sedem knjig in dve prilogi. Knjige VIII–X naj bi bile objavljene pozneje, vsebovale pa naj bi ureditve prenosa lastninske pravice na premičninah, premičninskih zavarovanj in ustanov.

Prva knjiga (Splošne določbe) vsebuje le šest členov. Prvi (člen I-1:101) med njimi opredeljuje predvideno področje uporabe (»predvsem« glede pogodbenih in nepogodbenih pravic in obveznosti ter povezanih stvarnopravnih vprašanj), pri tem pa velja opozoriti zlasti na področja, ki so iz DCFR izključena: status ali pravna sposobnost fizičnih oseb, oporoke in dedovanje, družinska razmerja – vključno s premoženjskimi razmerji, menice, čeki, zadolžnice in drugi vrednostni papirji, delovna razmerja, lastninska pravice in pravice zavarovanja na nepremičninah ter ustanovitev, pravna osebnost, notranja organizacija, regulacija ali prenehanje gospodarskih družb in podobnih struktur, ter zadeve, ki se nanašajo predvsem na postopek ali izvršbo. Druge določbe prve knjige se nanašajo na razlago in razvoj teh pravil, opredeljujejo pomen

⁵² Glej točko 39 uvoda v DCFR – Interim outline edition (op. št. 41), stran 19.

⁵³ Von Bar/Schulte-Nölke, *Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht*, ZRP 5/2005, stran 166.

⁵⁴ Tako 42. točka uvoda v DCFR – Interim outline edition (op. št. 41), stran 20.

⁵⁵ *Ibidem*.

»pisnosti«, »tekstovne oblike«, »podpisa« in še nekaterih elementov oblike pravnih poslov, glede definicij pojmov in računanja časa pa odkazujejo na obe prilogi. Prva priloga vsebuje 122 definicij pojmov, druga pa razmeroma izčrpana pravila o štetju časa.

Druga knjiga vsebuje pravila o pogodbah in drugih pravnih poslih. Splošnim določbam, ki jih sestavljajo definiciji »pogodbe« in »pravnega posla«, načelo avtonomije volje, pravilo o pomenu običajev in prakse, pravilo o učinkovanju izjave volje, pravilo o mešanih pogodbah in še nekatera pravila, sledi drugo poglavje o prepovedi diskriminacije v zasebnem pravu in sankcijah zanjo. Tretje poglavje obravnava pravila trženja in predpogodbene obveznosti. Četrto poglavje vsebuje pravila o sklenitvi pogodbe, peto pa obravnava pravico odstopa (preklica) v potrošniških pogodbah, tako imenovani *cooling-off*. V šestem poglavju so pravila o zastopanju, sedmo sestavljajo pravila o neveljavnosti pogodb (zmota, prevara, grožnja, izkoriščanje, pa tudi kršitev temeljnih načel in kogentnih norm), osmo pravila o razlagi, deveto pa pravila o vsebini in učinku pogodb, kamor spadajo tudi pravila o splošnih pogojih pogodbe.

Tudi tretja knjiga (Obveznosti in pravice) se začne s splošnimi določbami, ki vključujejo nekatere definicije, načelo dobre vere in poštenja, pa tudi pravila o spremenjenih okoliščinah in še nekatere določbe. Drugo poglavje vsebuje pravila o izpolnitvi obveznosti, tretje pa o pravnih sredstvih za kršitev (»neizpolnitev«) obveznosti – o izpolnitvenem zahtevku in njegovih omejitvah, zadržanju lastne izpolnitve, razveljavitvi pogodbe (odstopu) in njenih posledicah, znižanju cene ter odškodnini in obrestih. Četrto poglavje obravnava obveznosti z več strankami, peto pa prenos pravic in obveznosti. V šestem poglavju so pravila o pobotanju in prenehanju obveznosti zaradi združitve, sedmo pa obravnava zastaranje.

Četrta knjiga združuje pravila nekaterih posamičnih pogodb. V šestih delih so urejeni: prodaja, najem premičnin, pogodbe o storitvah, mandat, pogodbe o trgovskem zastopanju, franšizi in distribuciji ter pogodba o osebnih zavarovanjih. Ureditev prodajne pogodbe temelji na CISG in Direktivi 99/44/ES o potrošniški prodaji. Obsežneje so urejene »potrošniške garancije« (komercialne oziroma prostovoljne garancije). Tudi ureditev pogodbe o najemu premičnin je pri pogodbah s potrošniki kogentna. Novost je regulacija pogodb o opravljanju storitev (*services*), kjer splošnemu delu, ki ga sestavlja dve poglavji (splošne določbe in splošna ureditev pogodb o storitvah), sledijo poglavja: o gradbeni pogodbi (*construction*), o pogodbi o predelavi (*processing*), o shranjevalni pogodbi (*storage*), o pogodbi o oblikovanju (*design*), pogodbi o informiranju in svetovanju (*information and advice*) ter pogodbi o zdravljenju (*treatment*). Sledi obsežna regulacija mandatne pogodbe, v naslednjem poglavju pa so urejene pogodbe o trgovskem zastopanju, franšizi in distribuciji ter osebnih zavarovanjih. Tudi to poglavje se začne s splošnimi ter nadaljuje s posebnimi določbami, zanimivi sta ureditvi pogodb o franšizi in distribuciji, ki jih večina civilnih zakonikov ne ureja. Poglavje o osebnih zavarovanjih je

razdeljeno na splošne določbe, določbe o poročstvu in določbe o samostojnih garancijah, ima pa tudi poseben oddelek o osebnih zavarovanjih, ki jih dajejo potrošniki, kar je prav tako novost.

V razmeroma kratki peti knjigi so pravila o poslovodstvu brez naročila (*benevolent intervention in another's affairs*). Šesta knjiga z naslovom »nepogodbena odgovornost na podlagi povzročitve škode drugemu« (*Non-contractual liability arising out of damage caused to another*) vsebuje deliktno odškodninsko pravo. To temelji na osnovnem pravilu iz člena VI: 101: oseba, ki pretrpi »pravno relevantno škodo«, ima pravico zahtevati njeno povrnitev (reparacijo) od osebe, ki je škodo povzročila naklepno ali malomarno ali ki drugače odgovarja za povzročitev škode. Splošni elementi škodnega dogodka so: (pravno relevantna) škoda, pripisljivost (odgovornost) ter vzročna zveza med škodo in razlogom pripisljivosti. Temeljnim določbam sledijo poglavja o pravno relevantni škodi, odgovornosti (tako krivdni kot odgovornosti ne glede na krivdo), vzročnosti, ugovorih (razbremenitvi odgovornosti) in zahtevkih oškodovanca (reparacija). V sedmi knjigi so zbrana pravila o neupravičeni obogatitvi.

7. Kritike DCFR

Skupina šestih uglednih nemških profesorjev objavila članek, v katerem se do DCFR opredeljuje zelo kritično.⁵⁶ Avtorjem očitajo vrsto pomanjkljivosti, zlasti vrednotnih nasprotij ter inkonsistentnosti posamičnih pravil. Grajjajo med drugim zmanjševanje pomena pogodbene avtonomije, ki ga pripisujejo DCFR, katerega pogodbeno pravo naj bi bilo v veliki meri kogentno. V tem smislu očitajo tudi pomanjkanje debate oziroma celo soglasja o temeljnih »ustavnih« vrednotah ES, zlasti glede razmerja med pogodbeno avtonomijo in socialno pravičnostjo. Ta kritika ni upravičena in se pravzaprav niti ne nanaša na sam DCFR, ampak prej na že sprejete direktive, saj DCFR v bistvenem ohranja obstoječe razmerje med avtonomijo in intervencionizmom. Bolj upravičena se zdi pripomba, da naj bi DCFR spričo velike količine generalnih klavzul in odprtih pojmov zmanjševal pravno varnost in odpiral vrata sodniški arbitrarnosti. Besedilo je v tem smislu, na primer pri oblikovanju končnega CFR ali morebitnega opcijskega instrumenta, bržkone mogoče še izboljšati. Da bi DCFR lahko postal primerna podlaga za opcijski instrument, pravijo kritiki, bi bila potrebna ponovna razprava o normativnih podlagah referenčnega okvira, ki naj bi bile tudi med avtorji DCFR še nedorečene, boljša integracija *acquis communautaire* ter skupnih načel pogodbenega prava, ter

⁵⁶ Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, Der gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht, JZ 2008, strani 529-549.

drugačna nomotehnika, ki bi določeneje odgovorila na odprta pravna vprašanja. Zato menijo, da DCFR še ni »zrel« za politično legitimacijo, ampak se mora znanstvena razprava o strukturah, vrednotah in pravilih evropskega zasebnega prava nadaljevati.⁵⁷ Druga kritika, ki se ji pridružujem tudi sam, graja predvsem preširoko strukturo DCFR, ki temelji na konceptu obligacije in ureja tako rekoč celo obligacijsko pravo, namesto da bi se osredotočil na »pogodbe« in pogodbeno pravo, kjer so pravne in politične možnosti za uveljavitev realnejše.⁵⁸ Nagnjenost DCFR k abstraktnim konceptom, kjer je pogodba v terminološki strukturi le podkategorija »pravnih poslov«, zamegljuje fokus na pogodbeno pravo.⁵⁹ Namesto splošnega pogodbenega prava želi DCFR ustvariti (splošno) obligacijsko pravo. Široka zasnova DCFR sicer omogoča primerjavo in razpravo o nekaterih osnovnih pojmih zasebnega prava in jo je mogoče uporabiti za raziskovanje povezav med elementi pogodbenega prava in drugimi področji. Vendarle pa bi moral DCFR bolj kot na abstraktnih konceptualnih strukturah temeljiti na reševanju konkretnih vprašanj – predvsem pogodbenega prava.⁶⁰ V ta namen ga bo treba, če naj res pomeni podlago za prihodnje evropsko pogodbeno pravo, korenito revidirati.

8. Na poti od »akademskega« do »političnega« CFR: predsedovanje Slovenije svetu EU

387

Po objavi vmesnega osnutka CFR (DCFR) je nastopilo obdobje njegovega intenzivnega proučevanja, razprave o evropskem pogodbenem pravu pa so se še okrepile. V ta čas je padlo tudi predsedovanje Slovenije Svetu EU. Cilj slovenskega predsedovanja na tem področju je bil oblikovati stališče Sveta do temeljnih vidikov bodočega (političnega) CFR in s tem dati tudi Komisiji določene usmeritve za nadaljnje delo. Drugače kot Evropski parlament in Komisija se namreč Svet EU glede bodočega CFR in njegovega osnutka še ni določeneje opredelil. Razprava v pristojnem Svetu za civilne zadeve (splošna vprašanja), ki se je začela že med nemškim in portugalskim predsedovanjem, se je osredotočala na štiri med seboj povezane temeljne vidike CFR: namen, vsebina, obseg (doseg) in pravni učinek. Slovenskemu predsedstvu je uspelo uskladiti stališča predstavnikov držav članic in Svet EU s področja pravosodja in notranjih zadev je na seji 18. aprila 2008 sprejel »poročilo o vzpostavitvi skupnega referenčnega okvira za evropsko pogodbeno pravo«.⁶¹ Poročilo izraža razmeroma zadržano in previdno

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Glej: Schulze, *The Academic draft of the CFR and the EC Contract Law*, v: Schulze (ur.), *The Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, München 2008.

⁵⁹ Schulze/Wilhelmsson, *From the DCFR towards European contract law rules*, ERCL 2/2008, stran 157.

⁶⁰ Ibidem, stran 159.

⁶¹ Glej besedilo poročila, dostopno na: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st08/st08092.en08.pdf>.

stališče, ki pa je vendarle odprto do prihodnjega razvoja evropskega pogodbenega prava. V evropski strokovni javnosti se slovensko predsedovanje Svetu EU na tem področju ocenjuje kot uspešno.

V zvezi z namenom CFR je Svet – prav nič presenetljivo – izhodiščno odločno zavrnil možnost, da bi se CFR uporabil kot osnutek za evropski civilni zakonik. Tudi možnost uporabe CFR v smislu opcijskega instrumenta je bila zavrnjena. Svet podpira uporabo CFR kot enega izmed orodij, namenjenih zakonodajalcu ES za izboljšanje kakovosti zakonodaje. Zavrnjena je bila misel, da bi bil CFR usmerjen tudi proti državam članicam, vendarle pa Svet priznava sekundarni namen CFR v smislu vira navdiha in reference za nacionalne zakonodajalce, ki pa sama po sebi ni zavezujoča.

Glede vsebine je Svet, izhajajoč iz opredelitve namena, zavrnil možnost, da bi bil CFR zgolj zbirka nacionalnih pravnih načel, kot tudi možnost, da bi pomenil le formulacijo načel, ki so bila razvita v pogodbenem pravu na ravni Skupnosti. Svet podpira CFR kot zbirko definicij, temeljnih načel in vzorčnih pravil na področju pogodbenega prava, ta zbirka pa naj bi bila izdelana na podlagi obstoječe zakonodaje Skupnosti, nacionalnih zakonodaj in obsežnega gradiva, ki ga je predložila mreža raziskovalcev. Svet se je izrecno navezal na predloženi »akademiški« DCFR (ki nosi naslov: Načela, definicije in vzročna pravila). CFR naj bi torej ne pomenil le kompilacije obstoječega prava, ampak tudi »zaželeno« pravo in s tem omogočal pomemben razvojni korak v evropskem pogodbenem pravu.

Podpora Sveta razvojnemu momentu je opazna tudi pri stališču do področja uporabe (obsega): CFR naj bi vključeval tako potrošniško kot splošno pogodbeno pravo, zajemal pa naj bi vse relevantne vidike pogodbenega razmerja od predpogodbenega obdobja do faze izpolnitve in pravnih sredstev za neizpolnitev. Svet podpira razmeroma širok obseg CFR, ki pa je vseeno bistveno ožji od tistega v DCFR. Svet tudi izrecno omenja, da naj CFR upošteva tudi rezultate projekta revizije potrošniškega *acquis communautaire*.

V zvezi s pravnim učinkom je stališče Sveta zelo zadržano. Zavrnjena je bila kakršnakoli vezanost držav članic na CFR, tudi vezanost zakonodajnih organov ES pa naj bi bila le relativna, saj naj bi bili dopustni odmiki. Zavezujočega pravnega učinka naj torej CFR pravzaprav sploh ne bi imel. Po mnenju Sveta naj bi bil CFR namenjen prostovoljni uporabi, njegova avtoriteta pa naj bi bila bolj v »moči argumenta« kot v »argumentu moči«, kar je skladno z njegovo predvideno funkcijo »škatile za orodje« evropskega zakonodajalca.

9. Opcijski instrument in »modri gumb«

Ideja »opcijskega instrumenta« je bila nakazana že v prvem, podrobneje predstavljena v drugem, nekoliko bolj zadržano pa omenjena tudi v tretjem Sporočilu Komisije. Kot se poudarja, bi lahko bil CFR podlaga za takšen instrument,⁶² razprave pa kljub trenutno odklonilnemu stališču Sveta seveda ni konec. Z opcijskim instrumentom je mišljen niz pravil pogodbenega prava, ki bi ga pogodbene stranke lahko izbrale kot merodajnega za svoje razmerje. Ta niz pravil ne bi nadomestil nacionalnih pravnih redov, ampak bi obstajal poleg njih, strankam na izbiro. Da lahko takšen pristop dobro deluje, kažejo primeri iz prava intelektualne lastnine (Uredba o znamki Skupnosti)⁶³ in prava gospodarskih družb (Societas Europaea,⁶⁴ Evropsko gospodarsko združenje⁶⁵ itn.).⁶⁶ Opcijski instrument bi obstajal kot nekakšen 28. pravni red (ob 27 državah članicah). Mehanizem spominja na CISG, vendar s pomembno razliko: konvencija v pogodbah med strankami iz držav podpisnic (in pod drugimi pogoji) velja, če je stranke ne izključijo (opt-out). Takšna veljava opcijskega instrumenta pa bi pomenila stopnjo unifikacije, ki za zdaj ni niti dosegljiva niti zaželeno. Rešitev, po kateri morajo stranke opcijski instrument izbrati oziroma vključiti v svojo pogodbo (opt-in), je skladnejša s pogodbeno avtonomijo.

Kadar stranke sklepajo pogodbe čez državne meje, je različnost pravnih ureditev dejavnik, ki povečuje stroške transakcij. Pri velikih poslih velika podjetja najemajo odvetniške družbe ali pa imajo v vsaki od držav, kjer poslujejo, svoje podružnice, pri poslih majhnih in srednjih podjetij pa so lahko stroški spoznavanja in prilagajanja tujemu pravu relativno visoki. V mednarodnih transakcijah obstaja močna težnja po enotni in nevtralni pravni ureditvi, saj je, če je izbrano ali določeno pravo ene ali druge sopogodbence, druga stranka praviloma nezadovoljna. Na podlagi enotnih materialnopravnih pravil lahko podjetja gradijo tudi enotno tržno strategijo.

Realnost Skupnega trga je drugačna: čeprav se merodajno pravo lahko izbere s pogodbo, stranki ne moreta biti popolnoma prepričani, da bodo na primer obveljali uporabljeni splošni pogoji, saj so sodišča drugih držav – ravno pri kontroli splošnih pogojev – pogosto nagnjena k uporabi določbe 7. člena nekdanje Rimske konvencije⁶⁷ in 8. člena

⁶² Glej na primer Beale, *The nature and purposes of the Common Frame of Reference*, *Juridica International*, vol. XIV (v tisku).

⁶³ Uredba Sveta št. 40/94 z dne 20. 12. 1993 o znamki Skupnosti, UL ES 1994 L11/1.

⁶⁴ Uredba Sveta št. 2157/2001 z dne 8. 10. 2001 o statutu Evropske delniške družbe (SE), UL ES 2001 L 294/1.

⁶⁵ Uredba Sveta št. 2137/85 z dne 25. 7. 1985 o Evropskem gospodarskem interesnem združenju, UL ES 1985 L 199/1.

⁶⁶ Leible, *Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument*, *Betriebsberater* 28/2008, stran 1472.

⁶⁷ Konvencija o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, Rim, 19. 6. 1980, glej UL ES C 169/10 z dne 8. 7. 2005.

njene naslednice, tako imenovane »Rimske« uredbe (Rim I).⁶⁸ o kogentnih določbah v kolizijskem pravu.⁶⁹ V poslovanju s potrošniki na Skupnem trgu je enotna tržna strategija skorajda nemogoča. Čeprav lahko tudi tu stranki načeloma izbereta merodajno pravo, pa potrošnika tedaj, ko podjetje »usmeri« (na primer z reklamo) svoje aktivnosti v državo njegovega običajnega prebivališča, varujejo kogentne norme prava te države.⁷⁰ Podjetje, ki želi sklepati pogodbe s potrošniki v 27 državah članicah, mora torej upoštevati 27 ureditev potrošniškega prava. Pri prodaji na daljavo je na primer implementacija Direktive 97/7/ES v nacionalne ureditve tako različna, da izdelava enotnih splošnih pogojev sploh ni mogoča.⁷¹

Te ovire bi bilo mogoče premagati z opcijskim instrumentom na podlagi CFR. Tudi nekatere novejšje raziskave mnenj in pričakovanj na strani tako podjetij kot potrošnikov kažejo precejšnjo naklonjenost prakse evropskemu »opcijskemu« pogodbenemu pravu.⁷² Le-to bi lahko spodbudilo poslovanje na Skupnem trgu zlasti med manjšimi in srednje velikimi podjetji.

Prodajalec, zlasti internetni, bi lahko prodajal potrošnikom po pravu njihove domače države ali po pravu opcijskega instrumenta. Tak instrument, ki bi vseboval splošno pogodbeno pravo in ureditev prodajne pogodbe in ki bi vseboval vse standarde varstva potrošnikov ES, bi reševal veliko večino problematičnih situacij. Na prodajalčevi spletni strani bi lahko bil potrošnik vprašan po svoji domači državi. Če bi bil prodajalec

⁶⁸ Uredba ES št. 593/2008 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 17. 6. 2008 o uporabi prava v pogodbenih razmerjih, UL ES L 177, stran 6 in naslednje.

⁶⁹ Leible, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, Betriebsberater 28/2008, strani 1469–1475

⁷⁰ Glej 5. člen rimske konvencije in 6. člen uredbe, ki sta kljub razlikam konceptualno enaka. Glej tudi: Možina, Internet in varstvo potrošnikov v mednarodnem zasebnem pravu, Pravnik let. 55 (2000), št. 4-5, strani 321–345.

⁷¹ Leible, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, Betriebsberater 28/2008, stran 1472. Direktiva za odstop (preklic) določa minimalni rok sedem delovnih dni, implementacije pa od sedem do 15 dni. Razen tega države različno določajo podrobnosti glede poduka o tej pravici: nekatere zahtevajo pisno, druge tekstovno obliko, tretje uporabo predpisanega obrazca. Glej: Schulte-Nölke/Twigg-Flessner/Ebers (izd.), EC Consumer Law Compendium, Sellier, München 2008.

⁷² Tako se je v raziskavi Eurobarometra, objavljeni aprila 2008, v povprečju kar 57 odstotkov vprašanih izreklo za harmonizirano evropsko pogodbeno pravo v smislu opcijskega instrumenta. Vprašanje se je glasilo: če bi sklepali pogodbo z osebo ali podjetjem v drugi državi članici, kot na primer pri nakupovanju blaga v tujini, ali bi želeli, če bi imeli te možnosti, da določbe pogodbe temeljijo na a) harmoniziranem evropskem pravu, b) nacionalnem pravu v državi sopogodbence, c) nacionalnem pravu druge države članice. Podpora evropskemu pogodbenemu pravu sega od 79 odstotkov (Nizozemska) do 41 odstotkov (Portugalska), v Sloveniji pa znaša 71 odstotkov. Vir: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_292_sum_en.pdf. Iz študije, narejene med podjetji v imenu družbe Clifford Chance, izhaja precejšnja podpora konceptu evropskega pogodbenega prava, glede prihodnjega pristopa pa 28 odstotkov vprašanih podpira uvedbo evropskega pogodbenega prava vzporedno z nacionalnimi ureditvami, medtem ko se jih 38 odstotkov zavzema za enotnejšo implementacijo in razlago evropskih direktiv, 30% pa za evropsko pogodbeno pravo, ki bi nadomestilo nacionalno pogodbeno pravo. Glej Weatherill/Vogenauer, The EC's Competence to Pursue Harmonisation, v: Vogenauer/Weatherill (ur.), The Harmonisation of European Contract Law, Oxford 2006, stran 132.

pripravljen skleniti pogodbo po pravu te države, bi preprosto sprejel potrošnikovo naročilo. Če ne, bi lahko potrošnika na spletni strani vprašal, ali želi skleniti pogodbo na podlagi evropskega opcijskega instrumenta. Potrošnik bi lahko to izbiro potrdil s pritiskom na »modri gumb« na zaslonu, oblikovan na primer kot evropska zastava z 12 zvezdami, pod katerim bi pisalo na primer »prodaja po pravu EU«. ⁷³ V odsotnosti prave materialnopravne unifikacije se zdi kolizijskopravni pristop v smislu opcijskega instrumenta najboljša pot v prihodnost evropskega pogodbenega prava. Takšen instrument bi omogočal preizkus teze o potrebi po enotnem pogodbenem pravu ter različnosti nacionalnih ureditev kot oviri za Skupni trg, pri tem pa nacionalnih zakonodaj ne bi neposredno »ogrozil«. Če bi se izkazal kot uspešen, bi to bila velika spodbuda za razvoj evropskega zasebnega prava.

V zvezi s podrobnostmi opcijskega instrumenta je še veliko odprtih vprašanj. Glede tega, ali naj bi šlo le za opcijski potrošniški pogodbeni zakonik, to je za pravila pogodb med podjetji in potrošniki (B2C) v smislu opisanega »modrega gumba«, ali pa bo vseboval tudi pravila za pogodbe med podjetji (B2B), bi veljalo podpreti slednji, širši pristop. ⁷⁴ Nejasen je tudi podroben mehanizem veljave: možnost izbire takšnega instrumenta kot merodajnega (a nedržavnega) prava in s tem izključitev kogentnih predpisov potrošnikove države v končno besedilo pred kratkim sprejete Rimske uredbe (Rim I.) ni bila sprejeta, omenja pa jo preambula. ⁷⁵ Bržkone bi bilo najbolje, če bi pogoje uporabe opcijskega instrumenta opredelil ta sam. ⁷⁶ Pri tem bi bila izbira opcijskega instrumenta lahko na voljo tudi pri notranjih razmerjih, to je kadar sta obe stranki v isti državi. Glede pravne oblike, za katero drugo sporočilo Komisije navaja možnost uredbe ali priporočila, bi veljalo že zaradi pravne jasnosti dati prednost uredbi. ⁷⁷ Mnenja glede pravne podlage za takšen instrument v PES niso enotna, v poštev pa bi lahko prišel 308. člen PES. ⁷⁸

⁷³ Glej: Schulte-Nölke, EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the »Blue Button«, European Review of Contract Law, let. 3/št. 3 (oktober 2007), strani 332–349; Beale, The nature and purposes of the Common Frame of Reference, Juridica International, vol. XIV (v tisku).

⁷⁴ Bonell podpira idejo opcijskega zakonika evropskega potrošniškega pogodbenega prava, po drugi strani pa si težko predstavlja en sam niz pravil, ki bi bil privlačen tako za podjetja, vključno z malimi in srednjimi podjetji, kot za potrošnike, glej: The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law, 56 American Journal of Comparative Law (2008), stran 15.

⁷⁵ Glej točko 14.

⁷⁶ Leible, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, Betriebsberater 28/2008, stran 1473.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem ter Hesselink/Rutgers/de Booy, »The Legal Basis for an Optional Instrument on European Contract Law« (October 31, 2007). Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2007/04.

10. Predlog direktive o pravicah potrošnikov: popolna harmonizacija le nekaterih ključnih vprašanj potrošniškega pogodbenega prava?

Komisija ES je oktobra 2008 objavila predlog direktive o pravicah potrošnikov (začasna različica).⁷⁹ Predlog direktive, ki nosi zelo širok naslov, temelji na že omenjenem projektu revizije obstoječega potrošniškega prava z namenom njegove dopolnitve in poenostavitve.⁸⁰ Ta projekt kot eno izmed možnosti prihodnjega razvoja predvideva tako imenovani horizontalni instrument, ki bi na enoten način urejal problemske sklope, skupne več direktivam, omenja pa tudi popolno harmonizacijo. Izhajajoč iz ugotovitev, da različnost ureditev v državah članicah, ki je posledica minimalne harmonizacije, podjetja odvrča od čezmejnega poslovanja, potrošniki pa, zlasti zaradi pomanjkanja zaupanja, ne izkoriščajo v polni meri možnosti notranjega trga, želi Komisija s predlogom direktive ubrati nov pristop: popolno harmonizacijo, a le nekaterih ključnih vprašanj ne bi smele uvesti ali obdržati strožjih pravil in zagotavljati višje ravni varstva. Po mnenju Komisije naj bi enotna ureditev, po kateri bi imeli potrošniki enake pravice ne glede na to, kje bi nakupovali, pripomogla k povečanju njihovega zaupanja, podjetja pa spodbujala k čezmejnemu poslovanju. To naj bi povečalo pravno varnost in ustvarilo pravi notranji trg na področju trgovine na drobno, katere potenciali naj bi, zlasti na področju elektronskega poslovanja, ne bili polno izkoriščeni. S predlogom želi Komisija vsebino štirih ključnih direktiv pogodbenega prava – Direktivo 85/577//ES o pogodbah, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov, Direktivo 93/13/EGS o nepoštenih pogodbenih pogojih, Direktivo 97/7/ES o pogodbah na daljavo ter Direktivo 1999/44/ES o potrošniški prodaji – sistematično združiti v en horizontalni instrument, jo dopolniti, poenostaviti in odstraniti nekatere nedoslednosti in praznine. Predlog direktive, katere podrobna predstavitev sicer zasluži samostojno obravnavo, ureja področje seznanjanja potrošnikov z informacijami pred sklenitvijo pogodbe, področje pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov in na daljavo, kjer ima potrošnik pravico, da si v 14 dneh premisli in odstopi od pogodbe (jo prekliche), področje prodajne pogodbe (dobavo in prehod nevarnosti, skladnost s pogodbo in pravna sredstva v primeru neskladnosti) ter področje nepoštenih pogodbenih pogojev. V zvezi s področjem urejanja direktive velja postaviti vprašanje, zakaj se direktiva loteva le nekaterih izmed področij, kjer obstoječa zakonodaja določa zelo podobne predpogodbene obveznosti seznanjanja in pravico odstopa (preklica).

⁷⁹ Proposal for directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Bruselj, 8. 10. 2008, COM(2008) 614/3, dostopno na: http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Directive_final_EN.pdf.

⁸⁰ Glej Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, z dne 8. 2. 2006, COM (2006) 744 final.

Kot kaže, ima Komisija glede prihodnosti evropskega pogodbenega prava v ognju več želez hkrati. Predlog direktive, ki ga Komisija predstavlja le nekaj mesecev pred predstavitvijo končnih rezultatov projekta DCFR in v času intenzivnega dela na CFR, bi, če bil sprejet, uvedel nekakšen po vsebini skromen, »evropski potrošniški zakonik«, ki pa bi, čeprav bi bržkone odpravil nekatere od obstoječih težav, ustvaril kopico novih. Gotovo se je mogoče strinjati s potrebo po reviziji in poenostavitvi potrošniškega pogodbenega prava, vendar bi toga regulacija zgolj nekaterih problemskih sklopov brez širšega poenotenja pogodbenega prava lahko ustvarila kaotičen položaj.⁸¹ Na področju prodajne pogodbe predlog direktive na primer predvideva pravico potrošnika, da v primeru neskladnosti zahteva popravilo ali zamenjavo stvari, podrejeno pa zniža kupnino ali odstopi od pogodbe, ne harmonizira pa na primer splošnih vprašanj pogodbene odškodninske odgovornosti, ki so v državah članicah urejene različno. Kako naj se torej presoja zahtevke za povrnitev škode zaradi neskladnosti s pogodbo? Kakšne predpostavke in časovni okviri naj veljajo zanj?⁸² Podobna vprašanja v zvezi z razmerjem do nacionalnega prava se postavljajo tudi na področju nepoštenih pogodbenih pogojev.⁸³ Pogodbenih razmerij s potrošniki tudi z aktom, ki bi zajel veliko širša področja kot predlog direktive, ni mogoče regulirati tako, da se v praksi ne bi zastavljala vprašanja splošnega pogodbenega in zasebnega prava.⁸⁴ Poleg tega je meje popolnoma harmoniziranih področij tudi zelo težko določiti, kot kaže sodna praksa v zvezi z direktivo o produktni odgovornosti.⁸⁵ Seznam pravnih problemov, povezanih s parcialno, a popolno harmonizacijo, je dolg. Tudi Direktiva 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah, ki prav tako teži k popolni harmonizaciji, odpira vrsto podobnih dilem,⁸⁶ ki pa se vendarle zdijo nekoliko manj pereče kot predlog direktive o pravicah potrošnikov, saj se ta loteva urejanja pogodbenih razmerij med posamezniki, ki so bolj kompleksna kot vprašanje, ali določena praksa nasprotuje k dobrim poslovnim običajem in lahko vpliva na delovanje trga.

Pristop, ki ga je s predlogom direktive ubrala Komisija, se seveda sam po sebi ne izključuje s CFR, temveč se oba pristopa lahko dopolnjujeta. Vendar zgolj nezavezujoča »škafca za orodje« s svojim neformalnim vplivom ne bi dosegla ravni harmonizacije, potrebne za učinkovito delovanje predlagane direktive. Kolizijskopravni pristop opcijskega instrumenta, kjer bi stranke lahko izbrale kompleksnejši in konsistentnejši

⁸¹ Wilhelmsson, Full harmonisation of Consumer Contract Law? ZEuP 2/2008, 226.

⁸² Glej primerjalnopravno: Možina, Predpostavke in časovni okviri odgovornosti prodajalca za stvarne napake, Podjetje in delo, št. 3-4/2008, strani 407-426.

⁸³ Wilhelmsson, Full harmonisation of Consumer Contract Law? ZEuP 2/2008, strani 226, 227.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Glej: Možina, Odgovornost proizvajalca za proizvod z napako: evropsko obligacijsko pravo izpodriva nacionalno pravo, Podjetje in delo, št. 1/2007, strani 71-86.

⁸⁶ UL ES L 149, 11. 6. 2005, stran 22. O direktivi glej Možina, Razvojne težnje v evropskem pravu nelojalne konkurence in varstva potrošnikov, Podjetje in delo 6-7/2004, strani 1339-1352, ter Možina, Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah – odprta vprašanja, Podjetje in delo, št. 6-7/2006, strani 1296-1308.

sistem pravnih norm, se zdi boljša alternativa. Tudi opsijski instrument pa se sam po sebi ne izključuje s predlogom direktive.

Zanimivo bo videti odzive držav članic na predlog direktive. Kljub vsem težavam jim načelo minimalne harmonizacije vendarle omogoča nekaj maneverskega prostora, da standarde varstva iz direktiv kolikor mogoče harmonično umestijo v svoje pravne rede. Za nekatere države članice bi sprejetje direktive pomenilo tudi znižanje ravni varstva potrošnikov, česar se bodo vlade in parlamenti le neradi lotevali. V trenutni različici ima predlog direktive tudi nekatere nomotehnične pomanjkljivosti, njeno besedilo pa je – glede na to, da želi poenostaviti pravila za varstvo potrošnikov – mestoma slabo razumljivo in nepregledno. V tem smislu predlog direktive ne izpolnjuje zadanih ciljev poenostavitve in bi ga bilo gotovo mogoče izboljšati. Nejasnosti, uporaba nedefiniranih pojmov in slabo domišljena razmerja z nacionalnim pravom iz predloga direktive sama po sebi dokazujejo, da Komisija nujno potrebuje, če ne drugega, CFR vsaj kot »škatlo za orodje« za izboljšanje zakonodaje.

Evropsko pogodbeno pravo doživlja razburljivo obdobje svojega razvoja. Nastaja Skupni referenčni okvir (CFR), ki naj bi obstoječe razmeroma fragmentirano in nekoherentno pogodbeno pravo ES, katerega večji del spada v pravo varstva potrošnikov, izboljšal in nadgradil, upoštevajoč pri tem dosežke pravne znanosti, zlasti Načela evropskega pogodbenega prava (PECL). Kot kaže, pa se CFR ne bo razvil v evropski pogodbeni (ali celo civilni!) zakonik v klasičnem pomenu, saj naj bi bil le nezavezujoč akt, nekakšen priročnik oziroma »škatla za orodje«, namenjena predvsem evropskemu zakonodajalcu. Ne bo imel torej veljave pozitivnega prava, njegova teža pa bo v kakovosti in prepričljivosti rešitev. Ob nastajanju CFR je evropsko zasebno pravo dokončno dobilo svoj prostor tudi na politični agendi ES.

Kakšen bo končni CFR, je zaenkrat težko reči. Komisija bo pri svojem odločanju, pred katerim bo verjetno opravila tudi ponovni krog javnih posvetovanj, z »belo knjigo« ali brez nje, gotovo uporabila tudi akademski osnutek, tako imenovani DCFR, prav tako pa je skoraj gotovo tudi, da ga ne bo v celoti prevzela. Zdajšnji obseg DCFR, ki zajema znaten del premoženjskega prava in poleg pogodbenega prava vključuje tudi pravo neposlovnih obveznosti (nepogodbeno odškodninsko pravo, neupravičeno pridobitev, poslovodstvo brez naročila) in celo del stvarnega prava premičnin, namreč precej odstopa od načrtov Komisije, ki ostajajo v okvirih pogodbenega prava. Zato lahko predvidevamo, da bodo del četrte knjige ter peta, šesta in sedma knjiga DCFR izpadle

iz projekta CFR. V prihodnosti se bo delo bržkone bolj usmerilo v pogodbeno pravo, pri čemer bo DCFR eden ključnih virov, ki pa bo bržkone še predmet revizije. Velja pa pripomniti, da bi Komisija, če naj bo CFR res le nezavezujoča »škatla za orodje«, glede njegove vsebine vendarle lahko ubrala širši pristop.

Zelo zanimiva je naslednja morebitna faza v razvoju evropskega pogodbenega prava: uporaba »evropskih« pravil materialnega pogodbenega prava na podlagi izbire prava (opcijski instrument). V odsotnosti možnosti za »pravo« in kompleksno poenotenje pogodbenega prava je kolizijskopravni pristop dobra rešitev za težave zaradi prevelikega števila pravnih ureditev na notranjem trgu, poleg tega pa omogoča tudi empirično preverjanje teze, da praksa želi enotno ureditev pogodbenega prava. Če bo na primer na področju elektronskega poslovanja sistem »modrega gumba« – preglednih in uporabnih pravil prodaje na podlagi evropskega prava, ki bi jih potrošnik izbral na spletni strani – postal zgodba o uspehu, utegne to zelo pozitivno vplivati na razpoloženje glede prihodnosti evropskega zasebnega prava.

Drugo železo, ki ga ima Komisija v ognju glede prihodnosti evropskega pogodbenega prava, je popolna harmonizacija, a zgolj nekaterih vprašanj potrošniškega pogodbenega prava. Ta pristop, ki ga ubira pred kratkim objavljen predlog direktive o pravicah potrošnikov, se sicer sam po sebi sicer ne izključuje s CFR in tudi ne z opcijskim instrumentom, vendar utegne toga regulacija zgolj nekaterih problemskih sklopov pogodbenih razmerij med podjetji in potrošniki brez širše harmonizacije pogodbenega prava povzročiti tudi težave.

Akademski osnutek skupnega referenčnega okvira (DCFR) ima tudi povsem samostojno vrednost: je obsežno in pomembno civilistično znanstveno delo, rezultat enega največjih primerjalnopravnih projektov vseh časov. Kot tako bo imelo svojo težo in vpliv ne glede na končni CFR. DCFR je mejnik na poti evropeizacije zasebnega prava: omogočil bo pogled na strukturo obstoječega evropskega obligacijskega prava, pripomogel bo k širjenju zavesti, da so rešitve, ki jih poznajo nacionalni pravni redi, med seboj zelo primerljive, in s tem spodbujal razmislek o poenotjenju in modernizaciji zasebnega prava. DCFR bo uporaben tudi v znanosti in izobraževanju: študentje in pravniki iz vse Evrope bodo lahko uporabljali enako besedilo, bogate primerjalnopravne opombe pa jim bodo odpirale vpogled v pravne rede drugih držav članic. Pri tem bo ključnega pomena (in terminološki izziv) tudi dostopnost dela v vseh jezikih držav članic. Vsekakor bo DCFR tudi koristna »škatla za orodje« nacionalnih zakonodajalcev pri bodočih reformah; med drugim bo omogočil vpogled v nekatere najsodobnejše rešitve na področju obligacijskega prava ter ponudil model za bolj harmonično vključitev potrošniškega *acquis communautaire* v splošno pogodbeno pravo.