Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØEA
od 5. rujna 2019.[1]

Predmet C-272/18

Verein für Konsumenteninformation
protiv
TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co. KG

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud, Austrija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Područje slobode, sigurnosti i pravde – Pravosudna suradnja u građanskim stvarima – Mjerodavno pravo – Fiducijarni ugovori sklopljeni između potrošača koji imaju uobičajeno boravište u jednoj zemlji i poduzetnika sa sjedištem u drugoj zemlji, čiji je cilj upravljanje udjelima u komanditnim društvima uređenima pravom druge zemlje – Rimska konvencija o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze – Uredba (EZ) br. 593/2008 – Isključena područja – Članak 1. stavak 2. – Pitanja regulirana pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje – Zaštitna pravila o potrošačkim ugovorima – Isključeni ugovori – Članak 5. stavak 4. Rimske konvencije i članak 6. stavak 4. Uredbe (EZ) br. 593/2008 – Ugovor za pružanje usluga u okviru kojeg je usluge potrebno pružiti potrošaču isključivo u državi koja nije država u kojoj ima uobičajeno boravište – Direktiva 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima – Nepoštenost odredbe o izboru mjerodavnog prava kojom se kao mjerodavno određuje pravo države u kojoj pružatelj usluga ima sjedište”

I. Uvod

1. Verein für Konsumenteninformation (u daljnjem tekstu: VKI), udruga za informiranje potrošača sa sjedištem u Austriji, pokrenuo je protiv društva TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co. KG (u daljnjem tekstu: TVP), dioničkog društva čije je sjedište u Hamburgu (Njemačka), postupak za dobivanje sudskog naloga[2] čiji je cilj zabraniti tom društvu da se u svojem poslovnom prometu s potrošačima koji borave u Austriji koristi određenim brojem ugovornih odredbi. Te odredbe nalaze se u fiducijarnim ugovorima čiji je cilj upravljanje udjelima u zatvorenim fondovima za nekretnine sa sjedištem u Njemačkoj koji su osnovani u obliku komanditnih društva. Među predmetnim odredbama nalazi se, među ostalim, odredba o izboru njemačkog prava kao mjerodavnog.

1 Izvorni jezik: francuski

2 U smislu Direktive 2009/22/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o sudskim nalozima za zaštitu interesa potrošača (SL 2009., L 110, str. 30.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 1., str. 269.)

2. Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud, Austrija) pita je li ta odredba o izboru mjerodavnog prava u skladu s Direktivom 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima [3], uzimajući u obzir, konkretno, tumačenje te direktive koje je Sud dao u presudi Verein für Konsumenteninformation [4]. Odgovor na to pitanje konkretno ovisi o tome bi li austrijsko pravo bilo primjenjivo na sporne fiducijarne ugovore u slučaju kad ne postoji takav izbor, ili bi to naprotiv bilo njemačko pravo. Potonje pitanje pak ovisi o tumačenju Konvencije o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze [5] i Uredbe (EZ) br. 593/2008 o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze [6].

3. Taj je sud stoga uputio Sudu različita pitanja čiji je cilj, *najprije*, odrediti obuhvaćaju li ti fiducijarni ugovori „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje", koja su isključena iz materijalnog područja primjene Rimske konvencije i Uredbe Rim I jer se odnose na udjele u komanditnim društvima i usko su povezani s društvenim ugovorima dotičnih komanditnih društava. Pod pretpostavkom da to nije slučaj, ta se pitanja *zatim* odnose na to jesu li navedeni ugovori isključeni iz područja primjene zaštitnih pravila o potrošačkim ugovorima koja se predviđaju tim instrumentima jer se usluge koje je potrebno pružiti potrošačima, prema odredbama samih tih ugovora, pružaju isključivo izvan Austrije. Navedena pitanja *naposljetku* se odnose na usklađenost odredbe o izboru spornog prava s Direktivom o nepoštenim odredbama.

4. U ovom ću mišljenju objasniti zašto se, prema mojem mišljenju, pravo primjenjivo na fiducijarne ugovore, poput onih o kojima je riječ u glavnom postupku, treba odrediti u skladu s pravilima koja se nalaze u Rimskoj konvenciji i Uredbi Rim I. Osim toga, iznijet ću razloge zašto su, prema mojem mišljenju, takvi ugovori, u okviru kojih je usluge potrebno pružati na daljinu u zemlji u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište iz državnog područja druge zemlje, obuhvaćeni zaštitnim pravilima o potrošačkim ugovorima koja se predviđaju tim instrumentima. Naposljetku, objasnit ću da je odredba o izboru mjerodavnog prava, poput one koja je uključena u sporne ugovore, nepoštena ako potrošača ne obavještava o činjenici da, neovisno o tom izboru, uživa zaštitu koju mu osiguravaju obvezne odredbe prava zemlje u kojoj ima uobičajeno boravište.

II. Pravni okvir

A. Rimska konvencija

5. Člankom 1. Rimske konvencije, naslovljenim „Područje primjene Konvencije", u stavcima 1. i 2. određuje se:

„1. Pravila ove Konvencije primjenjuju se na ugovorne obveze u svim situacijama koje uključuju izbor između prava različitih zemalja.

2. Ona se ne primjenjuju na:

[…]

3 Direktiva Vijeća od 5. travnja 1993. (SL 1993., L 95, str. 29.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 12., str. 24., u daljnjem tekstu: Direktiva o nepoštenim odredbama)

4 Presuda od 28. srpnja 2016. (C-191/15, u daljnjem tekstu: presuda VKI/Amazon, EU:C:2016:612)

5 Otvorena za potpisivanje u Rimu 19. lipnja 1980. (SL 1980., L 266, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 1., svezak 13., str. 7., u daljnjem tekstu: Rimska konvencija)

6 Uredba Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. (SL 2008., L 177, str. 6.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 6., str. 109.), kako je ispravljena (SL 2015., L 66, str. 22. i SL 2019., L 149, str. 85., u daljnjem tekstu: Uredba Rim I) Rimska konvencija i Uredba Rim I primjenjive su *ratione temporis* na glavni predmet (vidjeti točku 9. ovog mišljenja).

(e) pitanja uređena pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje, kao što su osnivanje, registracijom ili drukčije, pravna sposobnost, unutarnji ustroj ili likvidacija trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje, te osobna odgovornost službenika i članova za obveze društva ili tijela;

[…]”

6. Člankom 5. Rimske konvencije, naslovljenim „Određeni potrošački ugovori”, predviđa se:

„1. Ovaj se članak primjenjuje na ugovor čiji je predmet isporuka robe ili pružanje usluga nekoj osobi (‚potrošaču’) za namjenu za koju se može smatrati da nije dio njegove profesionalne djelatnosti, ili na ugovor o pružanju kredita za taj posao.

2. Neovisno o odredbama članka 3., izbor prava koji učine stranke ne dovodi do toga da se potrošaču uskraćuje zaštita koju mu daju prisilne norme prava države u kojoj ima uobičajeno boravište:

– ako je sklapanju ugovora u toj državi prethodila posebna ponuda upućena njemu ili promidžba, a on je u toj državi poduzeo sve potrebne korake za sklapanje ugovora,

ili

– ako je druga stranka ili njezin zastupnik primio potrošačevu narudžbu u toj državi

[…]

3. Neovisno o odredbama članka 4., na ugovore iz ovog članka, u nedostatku izbora prava u skladu s člankom 3., primjenjuje se pravo države u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište ako je ugovor sklopljen u okolnostima koje su opisane u stavku 2. ovog članka.

4. Ovaj se članak ne primjenjuje na:

[…]

(b) ugovor o pružanju usluga u slučaju kada se te usluge pružaju potrošaču isključivo u državi koja nije država u kojoj on ima uobičajeno boravište.

[…]”

B. Uredba Rim I

7. Člankom 1. Uredbe Rim I, naslovljenim „Materijalno područje primjene”, u stavcima 1. i 2. određuje se:

„1. Ova se Uredba primjenjuje, u situacijama kada postoji sukob zakona, na ugovorne obveze u građanskim i trgovačkim stvarima.

Međutim, ne primjenjuje se na porezne, carinske ili upravne stvari.

2. Ova se Uredba ne odnosi na:

[…]

(f) pitanja regulirana pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje, poput osnivanja kroz registraciju ili drukčije, pravne i poslovne sposobnosti, unutarnje organizacije ili likvidacije trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje, te osobne odgovornosti službenika i članova kao takvih, za obveze trgovačkog društva ili tijela;

[…]"

8. Člankom 6. te uredbe, naslovljenim „Potrošački ugovori", predviđa se:

„1. Ne dovodeći u pitanje članke 5. i 7., ugovor koji sklopi fizička osoba u svrhu za koju se smatra da je izvan njegove struke ili profesije (potrošač) s drugom osobom koja djeluje u svojoj struci ili profesiji (poduzetnik) podliježe pravu države u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište, pod uvjetom da poduzetnik:

[…]

(b) bilo kojim sredstvima usmjerava takve aktivnosti na tu državu ili na više država, uključujući tu državu,

te da je ugovor obuhvaćen opsegom tih aktivnosti.

2. Bez obzira na stavak 1., ugovorne stranke mogu odabrati mjerodavno pravo za ugovor koji ispunjava zahtjeve stavka 1. u skladu s člankom 3. Međutim, takav izbor ne može za posljedicu imati lišavanje potrošača zaštite koja mu je osigurana odredbama od kojih se ne može odstupiti sporazumom, na temelju prava koje bi bilo mjerodavno na temelju stavka 1. u slučaju da mjerodavno pravo nije izabrano.

3. Ako zahtjevi iz točaka (a) ili (b) nisu ispunjeni, mjerodavno pravo za ugovor između potrošača i poduzetnika utvrđuje se u skladu s člancima 3. i 4.

4. Stavci 1. i 2. ne primjenjuju se na:

(a) ugovor za pružanje usluga kad je usluge potrebno pružiti potrošaču isključivo u državi koja nije država u kojoj ima uobičajeno boravište;

[…]"

9. Uredba Rim I zamijenila je Rimsku konvenciju. U skladu s njezinim člankom 28. ta se uredba primjenjuje na ugovore sklopljene od 17. prosinca 2009. Nesporno je da se postupak za dobivanje sudskog naloga o kojem je riječ u glavnom postupku odnosi na ugovore sklopljene prije tog datuma te na sklopljene ugovore i one koji se trebaju sklopiti nakon njega, tako da su ta dva instrumenta primjenjiva *ratione temporis*.

C. Direktiva o nepoštenim odredbama

10. Člankom 3. stavkom 1. Direktive o nepoštenim odredbama određuje se:

„Ugovorna odredba o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori smatra se nepoštenom ako u suprotnosti s uvjetom o dobroj vjeri, na štetu potrošača prouzroči znatniju neravnotežu u pravima i obvezama stranaka, proizašlih iz ugovora."

III. Glavni postupak, prethodna pitanja i postupak pred Sudom

11. Društvo MPC Münchmeyer Capital AG Hamburg (u daljnjem tekstu: MPC) osniva zatvorene fondove za nekretnine, koji su osnovani u obliku komanditnih društava u skladu s njemačkim pravom, i njima upravlja [7]. TVP, koji je društvo kći u stopostotnom vlasništvu MPC-a, upravitelj je i komanditor osnivač predmetnih društava.

12. Ti su fondovi od početka osmišljeni na način da privatnim i institucionalnim ulagačima omoguće da u njima sudjeluju kao komanditori. Na temelju društvenih ugovora komanditnih društava koja čine navedene fondove TVP je stoga ovlašten, u svojstvu upravitelja i komanditora osnivača, primati daljnje komanditore.

13. U tu je svrhu drugo društvo kći MPC-a zaduženo za pronalaženje mogućih ulagača. Prospekti povezani s udjelima u fondovima koje je osnovao MPC podijeljeni su osobito (i u određenim slučajevima isključivo) u Austriji.

14. Zainteresirani ulagači mogli su steći udjele u tim fondovima, među ostalim, tako da TVP-u upute izjavu o pristupanju u obliku prijedloga za sklapanje fiducijarnog ugovora (*Treuhandvertrag*). Iznos koji odgovara udjelu trebao se isplatiti na jedan od fiducijarnih računa (*Treuhandkonten*) koji su u tu svrhu otvoreni u austrijskim bankama. Na taj su se način ulagači neizravno pridružili navedenim fondovima kao fiducijanti preko TVP-a koji djeluje u svojstvu fiducijara njihovih udjela u komanditnim društvima. U tom pogledu to društvo u vlastito ime, ali za račun predmetnih ulagača izvršava prava potonjih ulagača koja proizlaze iz tih udjela. Prosljeđuje im dividende i druge imovinske koristi koje iz njih proizlaze. TVP ulagačima prosljeđuje i informacije koje dobije od fonda o poslovanju. TVP u zamjenu za te različite usluge dobiva paušalnu naknadu.

15. Fiducijarnim ugovorima tako sklopljenim s TVP-om predviđa se osobito sljedeća odredba (ili odredba istovjetna toj odredbi):

„Na fiducijarni ugovor primjenjuje se pravo Savezne Republike Njemačke. U mjeri u kojoj je to dopušteno tako ugovoriti na temelju zakona, mjesto ispunjenja je sjedište fiducijara, a sud u mjestu tog sjedišta nadležan je za rješavanje svih sporova koji se odnose na taj ugovor ili njegovo sastavljanje."

16. VKI pokrenuo je 6. rujna 2013. postupak za dobivanje sudskog naloga pred Handelsgerichtom Wien (Trgovački sud u Beču, Austrija) čiji je cilj zabraniti TVP-u da se u svojem poslovnom prometu s potrošačima koji borave u Austriji, u općim uvjetima na kojim se temelje fiducijarni ugovori koje sklapa ili u standardnim obrascima ugovora koji se upotrebljavaju u tu svrhu, koristi određenim brojem odredbi jer su, među ostalim, nepoštene u smislu Direktive o nepoštenim odredbama i austrijskog prava kojim se ta direktiva prenosi. K tomu, VKI traži da ga se ovlasti za objavljivanje presude.

17. Postupak koji je pokrenuo VKI odnosi se osobito na odredbu o mjestu ispunjenja fiducijarnih usluga i pravu primjenjivom na fiducijarne ugovore, navedenom u točki 15. ovog mišljenja. U tom je kontekstu VKI tvrdio da, osobito u skladu s odredbama Uredbe (EZ) br. 864/2007 o pravu koje se primjenjuje na izvanugovorne obveze [8], zakonitost osporavanih odredbi ne treba ocijeniti s obzirom na ugovorni statut, nego *lex loci damni*, odnosno austrijsko pravo. To je potonje pravo usto primjenjivo i na temelju Rimske konvencije i Uredbe Rim I.

7 Vidjeti za dodatna objašnjenja bilješku 9. ovog mišljenja.

8 Uredba Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. (SL 2007., L 199, str. 40.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 6., str. 73.; u daljnjem tekstu: Uredba Rim II)

18. TVP je zahtijevao da se prekine postupak koji je pokrenuo VKI. Prema mišljenju tog društva, u skladu s odredbama Uredbe Rim I, zakonitost spornih odredaba treba ocijeniti s obzirom na njemačko pravo, koje je izabrano kao primjenjivo na fiducijarne ugovore. Osim toga, ti ugovori i društveni ugovori predmetnih komanditnih društava toliko su isprepleteni da se na prve nužno treba primijeniti isto pravo kao i na druge, odnosno ponovno njemačko pravo. K tomu, TVP je sve navedenim ugovorima predviđene usluge pružao u Njemačkoj te u Austriji nema poslovnicu ni podružnicu ili suradnike.

19. Presudom od 3. rujna 2015. Handelsgericht Wien (Trgovački sud u Beču, Austrija) prihvatio je VKI-jev zahtjev. Primjenom austrijskog prava, taj je sud naložio TVP-u da se, u svojem poslovnom prometu s potrošačima koji borave u Austriji, prestane koristiti odredbama na koje se taj postupak odnosi, uključujući odredbom o izboru mjerodavnog prava. Također je prihvatio zahtjev za objavu presude.

20. Rješenjem od 13. rujna 2016. Oberlandesgericht Wien (Visoki zemaljski sud u Beču, Austrija) ukinuo je presudu koju je donio Handelsgericht Wien (Trgovački sud u Beču) te je vratio predmet na ponovno odlučivanje tom sudu radi daljnje istrage i donošenja nove odluke. Konkretno, žalbeni sud presudio je, pri čemu je uputio na presudu VKI/Amazon, da se ocjena valjanosti odredbe o izboru spornog prava treba ispitati s obzirom na njemačko pravo, ali da je u skladu s tim pravom takva odredba nepoštena ako dovodi potrošača u zabludu jer mu daje dojam da se samo navedeno pravo primjenjuje na ugovor a da ga ne obavještava o činjenici da na temelju odredbi Rimske konvencije i Uredbe Rim I uživa i zaštitu koju mu osiguravaju obvezne odredbe prava zemlje u kojoj ima uobičajeno boravište, u ovom slučaju austrijskog prava.

21. VKI i TVP oboje su podnijeli žalbu protiv tog rješenja pred Oberster Gerichtshofom (Vrhovni sud). U tim okolnostima taj sud odlučio je prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Uključuje li izuzimanje iz područja primjene navedeno u članku 1. stavku 2. točki (e) [Rimske konvencije] i članku 1. stavku 2. točki (f) [Uredbe Rim I] i dogovore između fiducijanta i fiducijara koji za njega drži udio u komanditnom društvu, osobito kada postoji isprepletenost društvenih i fiducijarnih ugovora?

2. U slučaju negativnog odgovora na prvo pitanje:

   Treba li se članak 3. stavak 1. [Direktive o nepoštenim odredbama] tumačiti na način da je odredba sadržana u ugovoru o fiduciji o upravljanju udjelom u komanditnom društvu, sklopljenom između poduzetnika i potrošača, o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori, a prema kojoj je primjenjivo pravo države sjedišta komanditnog društva, nepoštena ako je jedina svrha ugovora o fiduciji upravljanje udjelom u komanditnom društvu i da fiducijant ima prava i obveze izravnog člana društva?

3. U slučaju potvrdnog odgovora na prvo ili drugo pitanje:

   Mijenja li se taj odgovor ako poduzetnik ne mora otići u državu potrošača kako bi pružao dugovane usluge, ali je obvezan potrošaču proslijediti dividende kao i druge imovinske koristi od udjela i informacije o poslovanju [društva u kojem drži] udio? Je li pritom važno primjenjuje li se Uredba Rim I ili Rimska konvencija?

4. U slučaju potvrdnog odgovora na treće pitanje:

> Bi li se taj odgovor promijenio ako je dodatno potrošač potpisao zahtjev za upis poslovnih udjela u državi svojeg uobičajenog boravišta, poduzetnik informacije o udjelima stavlja na raspolaganje i na internetu te da je uspostavljen račun za plaćanje u državi potrošača na koji potrošač treba uplatiti iznos udjela u društvu, iako poduzetnik nije ovlašten raspolagati tim bankovnim računom? Je li pritom važno primjenjuje li se Uredba Rim I ili Rimska konvencija?"

22. Odluku kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku od 28. ožujka 2018. tajništvo Suda zaprimilo je 20. travnja 2018. Pisana očitovanja podnijeli su VKI, TVP i Europska komisija. Iste su stranke bile zastupane na raspravi održanoj 27. veljače 2019.

IV. Analiza

23. U pozadini postupka za dobivanje sudskog naloga koji je u ovom slučaju VKI pokrenuo protiv TVP-a jesu udjeli koje privatni ulagači koji borave u Austriji drže u zatvorenim fondovima za nekretnine, koji su osnovani u obliku komanditnih društava u skladu s njemačkim pravom [9]. Konkretnije, potpisivanjem zahtjeva za pristupanje tim fondovima ulagači nisu izravno uložili u kapital predmetnih društava. Zapravo su povjerili iznos svojih udjela TVP-u (koji je upravitelj i komanditor osnivač tih društava) i potpisali su s potonjim fiducijarne ugovore (*Treuhandverträge*) čiji je cilj upravljanje tim udjelima [10].

24. Ovdje valja ukratko napomenuti da u okviru transakcije *Treuhand* (izraz koji označava institut njemačkog prava, sličan fiduciji iz francuskog prava) osoba, koja se naziva „fiducijant" (*Treugeber*), prenosi vlasništvo nad imovinom na drugu osobu koja se naziva „fiducijar" (*Treuhänder*) i koja treba držati tu imovinu odvojenom od vlastite imovine i njome upravljati s određenim ciljem u korist korisnika (koji može biti, ali nije nužno fiducijant). Kao vlasnik prenesene imovine fiducijar djeluje *u vlastito ime*, ali *za račun* korisnika [11].

25. Na temelju spornih fiducijarnih ugovora, TVP, koji je „izravni" komanditor predmetnih komanditnih društava, stoga upravlja udjelima čiji je vlasnik u tim društvima u svoje ime, ali za račun brojnih ulagača koji su istodobno fiducijanti i korisnici fiducija koje se odnose na te udjele. Na taj su se način dotični ulagači „neizravno pridružili" navedenim društvima (što je izraz koji je upotrijebio sud koji je uputio zahtjev) [12].

9 Iz očitovanja VKI-ja proizlazi da je cilj zatvorenih fondova poput onih koje je osnovao MPC prikupljanje kapitala izdavanjem i prodajom udjela u kapitalu društava osnovanih u tu svrhu radi ulaganja u nekretnine, pri čemu je svrha stvoriti prihode iznajmljivanjem i prodajom predmetnih nekretnina. Ulagači mogu steći udjele samo tijekom ograničenog razdoblja. Kad se potrebni kapital prikupi, fond se zatvara i više neće izdavati nove udjele. Udjele koji su prvotno izdani fond neće moći otkupiti ili će to moći učiniti samo pod strogim uvjetima. Ta vrsta fondova osobito je raširena u Njemačkoj (vidjeti o toj problematici mišljenje nezavisne odvjetnice V. Trstenjak u predmetu E. Friz, C-215/08, EU:C:2009:522, t. 33., 42. i 43. kao i navedena upućivanja). VKI također navodi da je od 2002. otprilike 16 000 austrijskih potrošača sklopilo fiducijarne ugovore s TVP-om za stjecanje udjela u fondovima MPC-a.

10 Nesporno je da su se ulagači također mogli odlučiti izravno pridružiti društvima koja čine fondove kao komanditori i upisati se u njemački sudski registar. Međutim, to nije situacija o kojoj je riječ u glavnom predmetu.

11 *Treuhand* i fiducija slični su *trustu* zemalja *common lawa* (vidjeti za analizu u komparativnom pravu, Braun, A. i Swadling, W., „Chapter six – Management: Trust, Treuhand and Fiducie", u Van Erp, S. i Akkermans, B., *Cases, Materials and Text on Property Law*. *Ius commune casebooks for the common law of europe*, Hart Publishing, 2012., str. 553. do 615.). Međutim, Rimska konvencija, u svojem članku 1. stavku 2. točki (g), i Uredba Rim I, u svojem članku 1. stavku 2. točki (h), isključuju iz svojeg materijalnog područja primjene osnivanje *trustova* i odnose između osnivača, upravitelja i korisnika *trusta*. Međutim, to isključenje nije *a priori* primjenjivo u glavnom predmetu. Naime, iz izvješća koje se odnosi na Konvenciju o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze, koje su sastavili Mario Giuliano, profesor na Sveučilištu u Milanu, i Paul Lagarde, profesor na Sveučilištu u Parizu I (SL 1980., C 282, str. 1.; u daljnjem tekstu: izvješće Giuliano-Lagarde), proizlazi da se u biti navedeno isključenje odnosi samo na *trusts* i ne obuhvaća „slične institute kontinentalnog prava" (vidjeti str. 13. tog izvješća). U svakom slučaju, budući da pitanje primjenjivosti istog tog isključenja nije postavio sud koji je uputio zahtjev i da nije istaknuto pred Sudom, neću se na njemu zadržavati u ovom mišljenju.

12 Sud koji je uputio zahtjev ne pruža više detalja u pogledu pravnog zastupanja predmetnih ulaganja.

26. Postupak za dobivanje sudskog naloga koji je VKI pokrenuo protiv TVP-a odnosi na zakonitost različitih odredbi sadržanih u tim fiducijarnim ugovorima (ili, konkretnije, u općim uvjetima na kojima se temelje isti ti ugovori i u standardnim obrascima ugovora koji se upotrebljavaju u tu svrhu). VKI osobito tvrdi da su te odredbe nepoštene u smislu članka 3. stavka 1. Direktive o nepoštenim odredbama. Budući da je sjedište društva TVP-a u Njemačkoj, a VKI brani interese potrošača koji borave u Austriji, postavlja se pitanje koje je pravo mjerodavno za taj postupak.

27. U presudi VKI/Amazon Sud je u biti presudio da pravo primjenjivo na postupak za dobivanje sudskog naloga usmjeren protiv toga da se navodno nezakonitim ugovornim odredbama koristi poduzetnik sa sjedištem u jednoj državi članici koji sklapa ugovore s potrošačima koji su rezidenti u drugim državama članicama treba odrediti u skladu s člankom 6. stavkom 1. Uredbe Rim II [13]. Suprotno tomu, pitanje nepoštenosti određene ugovorne odredbe obuhvaćeno je pravom primjenjivim na ugovor, pravom koje se u načelu određuje u skladu s Rimskom konvencijom ili Uredbom Rim I [14]. Odlučivanje u postupku koji je u ovom slučaju VKI pokrenuo protiv TVP-a stoga podrazumijeva određivanje prava primjenjivog na sporne fiducijarne ugovore.

28. U tom se pogledu TVP poziva na odredbu, sadržanu u tim ugovorima, o izboru njemačkog prava, koje je pravo njegova sjedišta i sjedišta komanditnih društava, kao primjenjivog prava. VKI pak ističe da je ta odredba nepoštena. Naime, u presudi VKI/Amazon Sud je presudio da slična odredba može dovesti potrošača u zabludu ako ga ne obavještava o činjenici da, u skladu sa zaštitnim pravilima o potrošačkim ugovorima predviđenim Uredbom Rim I, neovisno o izboru prava, uživa zaštitu koju mu daju obvezne odredbe prava zemlje u kojoj ima uobičajeno boravište [15]. TVP odgovara da se ta sudska praksa ne može primijeniti na glavni predmet. Naime, odredba o izboru spornog prava kao mjerodavnog samo je deklaratorna: na predmetne fiducijarne ugovore u glavnom postupku u svakom slučaju treba primijeniti njemačko pravo koje je primjenjivo na ta društva.

29. U tom kontekstu, sud koji je uputio zahtjev svojim prvim pitanjem pita Sud jesu li, kao što to tvrdi TVP, ti fiducijarni ugovori isključeni iz materijalnog područja primjene Rimske konvencije i Uredbe Rim I na temelju isključenja, predviđenog u članku 1. stavku 2. točki (e) te konvencije i u članku 1. stavku 2. točki (f) te uredbe, koje se odnosi na „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje”, i ako jesu, u kojoj mjeri. Na prvom ću mjestu razmotriti tu problematiku (odjeljak A).

30. U slučaju da su sporni fiducijarni ugovori obuhvaćeni materijalnim područjem primjene Rimske konvencije i Uredbe Rim I, sud koji je uputio zahtjev svojim trećim i četvrtim pitanjem želi utvrditi jesu li ti ugovori obuhvaćeni zaštitnim pravilima o potrošačkim ugovorima iz članka 5. te konvencije i članka 6. te uredbe. Konkretnije, pita koji je doseg isključenja predviđenog u stavku 4. tih dvaju članaka, na koje se poziva TVP, prema kojem se ta zaštitna pravila ne primjenjuju na „ugovor za pružanje usluga kad je usluge potrebno pružiti potrošaču isključivo u državi koja nije država u kojoj ima uobičajeno boravište”. Ta ću pitanja, na drugom mjestu, radi praktičnosti ispitati zajedno (odjeljak B).

31. Naposljetku, završit ću predmetno mišljenje analizom drugog pitanja suda koji je uputio zahtjev koje se odnosi na nepoštenost, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive o nepoštenim odredbama, odredbe o izboru spornog prava (odjeljak C).

13 Podsjećam na to da se za dobivanje sudskog naloga temelji na izvanugovornoj obvezi, s obzirom na to da nema ugovora između poduzetnika i udruge za zaštitu potrošača. U tom pogledu, člankom 6. stavkom 1. Uredbe Rim II predviđa se da je pravo koje se primjenjuje na izvanugovornu obvezu nastalu zbog nelojalne konkurencije pravo one države u kojoj je došlo do štetnog djelovanja na odnose između konkurenata ili skupne interese potrošača ili postoji vjerojatnost štetnog djelovanja. U presudi VKI/Amazon (točka 42.) Sud je presudio da pojam „nelojalna konkurencija”, u smislu te odredbe, obuhvaća korištenje nepoštenih odredbi umetnutih u opće uvjete prodaje ako ona može utjecati na kolektivne interese potrošača kao skupine i stoga utjecati na uvjete tržišnog natjecanja.

14 Vidjeti u tom smislu presudu VKI/Amazon, t. 35. do 60.

15 Vidjeti točke 83. do 90. ovog mišljenja.

A. Neprimjenjivost isključenja koje se odnosi na „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje” (prvo pitanje)

32. Svojim prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 1. stavak 2. točku (e) Rimske konvencije i članak 1. stavak 2. točku (f) Uredbe Rim I tumačiti na način da isključenje koje se njima predviđa, a koje se odnosi na „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje”, obuhvaća ugovorne obveze koje se temelje na fiducijarnom ugovoru čiji je cilj upravljanje udjelom u komanditnom društvu, osobito kada su taj ugovor i društveni ugovori tog društva isprepleteni.

33. Rimska konvencija i Uredba Rim I primjenjuju se, kao što se to navodi u njihovu članku 1. stavku 1., na „ugovorne obveze”[16]. Pravo primjenjivo na takve obveze u načelu treba odrediti u skladu s pravilima o sukobu zakona predviđenima u tim instrumentima.

34. Članak 1. stavak 2. navedenih instrumenata određena pitanja ipak izričito isključuje iz njihova područja primjene. Konkretno, u skladu s člankom 1. stavkom 2. točkom (e) Rimske konvencije i člankom 1. stavkom 2. točkom (f) Uredbe Rim I, one se ne primjenjuju na „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje”. Slijedom toga, pravo primjenjivo na slična „pitanja” treba odrediti u skladu s pravilima o sukobu nacionalnih zakona[17].

35. Nesporno je da fiducijarni ugovor općenito između stranaka stvara „ugovorne obveze” koje su obuhvaćene materijalnim područjem primjene Rimske konvencije i Uredbe Rim I.

36. Međutim, fiducijarni ugovori na koje se odnosi postupak koji je u ovom slučaju VKI pokrenuo protiv TVP-a osobiti su, s jedne strane, jer se odnose na upravljanje udjelima u komanditnim društvima i, s druge strane, jer između tih ugovora i društvenih ugovora predmetnih društava postoji „isprepletenost”, što je izraz koji je upotrijebio sud koji je uputio zahtjev.

37. Iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku i očitovanja podnesenih Sudu proizlazi da se ta isprepletenost temelji na činjenici da se mogućnost ulagača da sklope fiducijarni ugovor s TVP-om i da se „neizravno” pridruže komanditnim društvima kao fiducijanti predviđa društvenim ugovorima tih društava. Osim toga, društvenim ugovorima predviđa se da se prema fiducijantima postupa kao prema „izravnim” komanditorima u odnosima s predmetnim društvom i u odnosima s drugim članovima, koji imaju iste obveze (uključujući sudjelovanje u kapitalu i u gubicima) i prava (uključujući pravo na primanje dividendi i pravo glasa). Sama naknada TVP-u za njegove usluge fiducijara predviđena je u društvenim ugovorima i ne isplaćuju je fiducijanti, nego komanditna društva. Sporni fiducijarni ugovori također u više navrata upućuju na društvene ugovore.

38. Stoga valja utvrditi, s obzirom na te osobitosti, treba li pravo primjenjivo na ugovorne obveze koje se temelje na tim ugovorima odrediti u skladu s nacionalnim pravilima o sukobu zakona na temelju isključenja koje se odnosi na „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje”, predviđenog u članku 1. stavku 2. točki (e) Rimske konvencije i članku 1. stavku 2. točki (f) Uredbe Rim I.

16 Pojam „ugovorna obveza” u smislu tih instrumenata odnosi se na pravnu obvezu koju je jedna osoba slobodnom voljom preuzela prema drugoj. Vidjeti presudu od 21. siječnja 2016., ERGO Insurance i Gjensidige Baltic (C-359/14 i C-475/14, EU:C:2016:40, t. 44.).

17 Neovisno o pitanju mjerodavnog prava, pitanje postavljaju li sporni fiducijarni ugovori pitanja koja su obuhvaćena pravom društava konačno može imati posljedice i na mogućnost da se VKI poziva na pravila kojima se zabranjuju nepoštene odredbe. Naime, na analogan način kao Rimska konvencija i Uredba Rim I, Direktiva o nepoštenim odredbama ne primjenjuje se, kao što se to navodi u njezinoj desetoj uvodnoj izjavi, na „ugovore koji se odnose na osnivanje i ustrojavanje trgovačkih društava ili na ugovore o partnerstvu”.

39. VKI tvrdi da ovdje nije riječ o tome. Fiducijarnim ugovorima uspostavlja se jedinstven odnos između fiducijanata i TVP-a koji nije obuhvaćen pravom društava, nego obveznim pravom. Fiducijanti nemaju svojstvo člana, koje je rezervirano za osobe koje su u tom svojstvu upisane u njemački sudski registar. Oni nemaju izravan pravni odnos s tim društvima ili njihovim članovima. Fiducijanti se, među ostalim, ne mogu izravno u odnosu na društvo pozivati na svoje pravo glasa ili pravo na dividende, kao što to može član. Oni mogu samo uputiti TVP de da im proslijedi dividende koje on prima u svojem svojstvu člana i izvrši pravo glasa na određen način za njihov račun.

40. Suprotno tomu, TVP tvrdi, s obzirom na to da fiducijanti imaju jednaka prava i obveze kao i „izravni" članovi, da su oni izravno uključeni u odnose komanditnih društava i da ih se, s gledišta prava društava, treba smatrati članovima (ili kvazi-članovima) u unutarnjim odnosima u tim društvima. Postoji izravan odnos između njih i navedenih društava i njihovih članova. Fiducijanti se, među ostalim, u odnosu na ista ta društva izravno pozivati na pravo glasa i pravo na dividende. TVP je kao fiducijar uključen samo radi jednostavnijeg postupanja s fiducijantima kao članovima oko upisa u sudski registar i kako bi olakšao unutarnje upravljanje navedenim društvima. Odnos između fiducijanata i TVP-a bio bi jednako određen pravom društava. Fiducijarni ugovori stoga su neodvojivi od društvenih ugovora komanditnih društava. Postoji jedinstven pravni odnos koji obuhvaća društvo, „izravne članove", fiducijara i fiducijanta, koji je u potpunosti obuhvaćen isključenjem predviđenim u članku 1. stavku 2. točki (e) Rimske konvencije i članku 1. stavku 2. točki (f) Uredbe Rim I[18].

41. Smatram da ugovorne obveze poput onih koje se temelje na spornim fiducijarnim ugovorima *nisu obuhvaćene* isključenjem koje se odnosi na „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje" u smislu članka 1. stavka 2. točke (e) Rimske konvencije i članka 1. stavka 2. točke (f) Uredbe Rim I zbog razloga koji slijede u nastavku. Budući da te odredbe u biti imaju jednak sadržaj, u točkama koje slijede uputit ću radi praktičnosti samo na tu odredbu jer se moja analiza ipak u potpunosti može primijeniti na tu konvenciju.

42. U Uredbi Rim I ne definira se pojam „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje", u smislu članka 1. stavka 2. točke (f) te uredbe. Njezino tumačenje, prema mojem mišljenju, ipak se ne može prepustiti pravu svake države članice. Budući da se on upotrebljava za definiranje područja primjene navedene uredbe i kako bi se u svim državama članicama zajamčila ujednačena primjena pravila o sukobu zakona koja se tom uredbom predviđaju, taj pojam valja *autonomno tumačiti*, pri čemu treba uputiti na tekst te odredbe, njezin nastanak te sustav i ciljeve te iste uredbe[19]. Uzimajući u obzir činjenični okvir ovog predmeta, razmotrit ću samo „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava", pri čemu ću tako izostaviti druga tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje.

43. Što se tiče najprije *teksta* članka 1. stavka 2. točke (f) Uredbe Rim I, on sadržava popis koji doduše nije iscrpan, ali ipak objašnjava ta „pitanja": riječ je o točkama kao što su „osnivanj[e], pravn[u] i poslovn[u] sposobnost, unutarnj[u] organizacij[u] ili likvidacij[u] trgovačkih društava […] te osobn[u] odgovornost službenika i članova kao takvih, za obveze trgovačkog društva". U izvješću

18 U tom pogledu, TVP se poziva na sudsku praksu Bundesgerichtshofa (Savezni vrhovni sud, Njemačka) prema kojoj, u slučaju uske isprepletenosti fiducijarnog ugovora koji se odnosi na udjele u društvima i društvene ugovore predmetnog društva, s fiducijantom treba postupati kao s članom. Pravo društava primjenjivo na društvene ugovore primjenjuje se također na fiducijarni ugovor kada je fiducijant znatno i izravno uključen u odnose društva, s obzirom na to da ima ista prava i obveze kao članovi, pri čemu mora izravno platiti porez na kapital i izravno ostvaruje koristi člana, osobito porezne pogodnosti. U tom slučaju, društveni ugovori društva i fiducijarni ugovor neodvojivi su, tako da nije potrebno „razgraničenje ovisno o problematici sukoba zakona". Nasuprot tomu, postoji „jedinstven pravni odnos" koji treba razmatrati u skladu s istim pravom (vidjeti presudu BGB II ZR 276/02).

19 Ovdje se može rasuđivati po analogiji s autonomnim tumačenjem koje je Sud primijenio na isključenja predviđena u članku 1. stavku 2. Uredbe (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o [sudskoj] nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (SL 2012., L 351, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 11., str. 289. i ispravci SL 2014., L 160, str. 40. i SL 2016., L 202, str. 57., u daljnjem tekstu: Uredba Bruxelles I.a). Vidjeti osobito što se tiče isključenja koje se odnosi na „socijalno osiguranje" presudu od 14. studenoga 2002., Baten (C-271/00, EU:C:2002:656, t. 42.); što se tiče isključenja koje se odnosi na „stečaj, postupke u vezi likvidacije nesolventnih trgovačkih društava ili drugih pravnih osoba, postupke prisilnog poravnanja ili slične postupke" presudu od 22. veljače 1979., Gourdain (133/78, EU:C:1979:49, t. 3.), kao i isključenja koje se odnosi na „osobna stanja i pravnu i poslovnu sposobnost fizičkih osoba" presudu od 3. listopada 2013., Schneider (C-386/12, EU:C:2013:633, t. 19.).

Giuliano-Lagarde dane su slične naznake, pri čemu se pojašnjava da se to isključenje odnosi na „sve akte složene prirode (ugovorni, upravni, upis u sudski registar) potrebne za osnivanje trgovačkog društva odnosno uređenje njegova unutarnjeg ustrojstva ili njegove likvidacije", odnosno akte koji su „obuhvaćeni pravom društava" [20].

44. Zatim, što se tiče *nastanka* tog isključenja, u izvješću Giuliano-Lagarde objašnjava se da se njegovo uvođenje u Rimsku konvenciju opravdava postupcima koje je Europska zajednica vodila u području materijalnog prava društava u vrijeme sastavljanja te konvencije radi usklađivanja zakonodavstava država članica u tom području [21]. Osim toga, razlike koje postoje između država članica u pogledu pravila o sukobu zakona primjenjivih u području prava društava, prema mojem mišljenju, također mogu objasniti postojanje navedenog isključenja [22].

45. Naposljetku, što se tiče *sustava i ciljeva* Uredbe Rim I, podsjećam da ta uredba predviđa pravila o sukobu zakona koja su jasno utvrdiva kako bi se osigurala pravna sigurnost u pogledu mjerodavnog prava [23]. Međutim, prema mojem mišljenju, isključenje koje se odnosi na „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava" predviđeno u članku 1. stavku 2. točki (f) Uredbe Rim I doprinosi ostvarenju tog cilja. U tom pogledu društva koja djeluju na međunarodnoj razini izložena su različitim pravnim poredcima, koji ih mogu uređivati. U tom je kontekstu u pravnim sustavima država članica općeprihvaćeno da radi predvidljivosti i pravne sigurnosti, osobito u interesu njihovih vjerovnika i njihovih članova, određen broj pitanja koja se odnose na društva treba jedinstveno obuhvatiti danim pravom, nazvanim *pravo društva (ili lex societatis*).

46. Ukratko, cilj članka 1. stavka 2. točke (f) Uredbe Rim I je izuzeti iz područja primjene te uredbe pitanja iz prava društava, ili drugim riječima, ona koja su obuhvaćena područjem *lexa societatisa* kako bi se izbjeglo da ta posebna pitanja podliježu različitim pravnim poredcima, s obzirom na to da je cilj osigurati predvidljivost i pravnu sigurnost u pogledu prava primjenjivog na društva, a time i njihovo kretanje na međunarodnoj razini [24].

47. U nedostatku ujednačenog i potpunog skupa pravila primjenjivog na društva u pravu Unije [25], teško je ili čak nemoguće iscrpno definirati pitanje regulirano pravom društava i *lexom societatisom*. Treba postupiti svakom slučaju zasebno, pri čemu valja razmotriti *opća načela iz nacionalnih pravnih sustava*. Uostalom, ističem da u određenim pravnim poredcima pravila o sukobu zakona predviđaju popis pitanja koja su obuhvaćena područjem *lex societatis*. Međutim, ti popisi su samo ilustrativni i postoje razlike između država članica u pogledu pitanja koja su regulirana tim pravom [26]. Zbog tih razlika valja nesumnjivo razmotriti „tvrdu jezgru" pitanja koja su općeprihvaćena u tim državama [27], pri čemu treba očuvati cilj predvidljivosti i pravne sigurnosti u pogledu prava primjenjivog na društvo, koji slijedi članak 1. stavak 2. točka (f) Uredbe Rim I.

20 Izvješće Giuliano-Lagarde, str. 12. Napominjem da, iako se navedeno izvješće odnosi na Rimsku konvenciju, također pruža važno pojašnjenje za tumačenje istovjetnih odredbi Uredbe Rim I. Vidjeti među ostalim presudu od 8. svibnja 2019., Kerr (C-25/18, EU:C:2019:376, t. 34.).

21 Vidjeti izvješće Giuliano-Lagarde, str. 12.

22 Ukratko podsjećam da određene države članice kao poveznicu u svrhu određivanja prava primjenjivog na društva utvrđuju mjesto uključivanja u odnose društva, dok druge države članice primjenjuju „teoriju stvarnog sjedišta" kojom se zahtijeva da se društvo osnuje u državi članici u kojoj se nalazi njegovo stvarno sjedište. Vidjeti o tom pitanju presude od 9. ožujka 1999., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126), od 5. studenoga 2002., Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632) i od 25. listopada 2017., Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804).

23 Vidjeti uvodne izjave 6. i 16. Uredbe Rim I.

24 Vidjeti u tom smislu presudu od 8. svibnja 2019., Kerr (C-25/18, EU:C:2019:376, t. 33.).

25 Trenutačno zakonodavstvo Europske unije u području prava društava neujednačeno je. Vidjeti osobito Direktivu (EU) 2017/1132 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. lipnja 2017. o određenim aspektima prava društava (SL 2017., L 169, str. 46.). Vidjeti i Uredbu Vijeća (EZ) br. 2157/2001 od 8. listopada 2001. o Statutu europskog društva (SE) (SL 2001., L 294., str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 4., str. 8.).

26 Vidjeti među ostalim u Belgiji članak 111. loia du 16 juillet 2004 portant sur le code de droit international privé (Zakon od 16. srpnja 2004. o međunarodnom privatnom pravu, *Moniteur belge* od 27. srpnja 2004., str. 57344.) i u Italiji članak 25. Leggea 31 maggio 1995 n.218 (Zakon br. 218. od 31. svibnja 1995., redovni dodatak GURI-ju br. 128, od 3. lipnja 1995.). Vidjeti za usporedno ispitivanje pravnih poredaka država članica u području prava društava Gerner-Beuerle, C., Mucciarelli, F., Schuster, E. i Siems, M., *The Private International Law of Companies in Europe*, Beck, Hart and Nomos, 2019., str. 47. do 127.

27 Vidjeti za popis pitanja koja proizlaze iz te „tvrde jezgre", Gerner-Beuerle, C., Mucciarelli, F., Schuster, E. i Siems, M., *op. cit.*

48. U tim okolnostima, društveni ugovori, s obzirom na to da uređuju pitanja koja se odnose na njegovo unutarnje djelovanje, poput opsega i izvršavanja političkih prava (pravo glasa) i imovinska prava (pravo na dividende), koja proizlaze iz svojstva člana, obuhvaćeni su isključenjem predviđenim u toj odredbi.

49. Nasuprot tomu, smatram da sama okolnost da se ugovor odnosi na udio u društvu, neovisno o tome je li riječ o, na primjer, ugovoru o prodaji ili, kao u ovom slučaju, fiducijarnom ugovoru, ne može opravdati isključenje obveza koje se temelje na tom ugovoru iz područja primjene Uredbe Rim I na temelju članka 1. stavka 2. točke (f) te uredbe.

50. Točno je da transakcije poput prodaje ili fiducije koje se odnose na udjele u društvima mogu biti obuhvaćene „pitanj[im]a reguliran[im]a pravom trgovačkih društava i drugih tijela", koja su isključena iz Uredbe Rim I[28]. Međutim, prema mojem mišljenju, ta pitanja treba razlikovati od onih koja su obuhvaćena ugovorima na kojima se temelje te transakcije koje su pak obuhvaćene područjem *lexa contractusa*[29] i područjem te uredbe.

51. Stoga je u svakoj situaciji potrebno provesti strogu kvalifikaciju. U tom kontekstu, kao što to pravilno napominje sud koji je uputio zahtjev, valja općenito utvrditi *distributivnu kvalifikaciju* ovisno o pravnim pitanjima koja se postavljaju zahtjevom.

52. Na primjer, u predmetu u kojem je donesena presuda KA Finanz[30], koja se tiče upravo isključenja koje se odnosi na „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava" (kako se ponavlja u članku 1. stavku 2. točki (e) Rimske konvencije), bila je riječ o pitanju prava koje se nakon spajanja prekograničnim preuzimanjem primjenjuje na tumačenje, ispunjenje obveza i načine prestanka ugovora o zajmu koji je sklopilo preuzeto društvo nakon tog spajanja. Sud je istaknuo da su tumačenje, ispunjenje i prestanak obveza koje nastaju iz tih ugovora pitanja koja su obuhvaćena područjem *lexa contractusa* i tom konvencijom. Suprotno tomu, pitanje učinka spajanja preuzimanjem na ugovore koje je sklopilo preuzeto društvo obuhvaćeno je pak područjem *lexa societatisa* i navedenim isključenjem[31].

53. Drugim riječima, sama okolnost da je ugovor povezan s „pitanj[ima] reguliran[im] pravom trgovačkih društava" nema za učinak da se iz područja primjene Uredbe Rim I isključuju obveze koje se temelje na tom ugovoru. To je slučaj samo s tim „pitanjima" koje stoga treba kvalificirati odvojeno od ugovornih pitanja[32].

28 Primjerice, kad je riječ o prodaji: ima li član pravo ustupiti svoj udio trećoj osobi bez pristanka drugih članova? Ostvaruje li se tim ustupanjem pravo prvokupa za potonje? Vidjeti za različita pitanja iz prava društava koja su obuhvaćena fiducijarnim transakcijama čiji je cilj upravljanje dionicama i udjelima u društvima *Fiducie sur titres, Les nouvelles perspectives*, konferencija koju je organiziralo Francusko udruženje fiducijara, LGDJ, Coll. Grands colloques, 2017.

29 Vidjeti u tom pogledu, vidjeti za područje *lexa contractusa* popis iz članka 12. Uredbe Rim I. Za primjer ugovornog pitanja, u slučaju prodaje: koja je odgovornost prodavatelja s obzirom na kupca?

30 Presuda od 7. travnja 2016. (C-483/14, EU:C:2016:205)

31 Vidjeti presudu od 7. travnja 2016., KA Finanz (C-483/14, EU:C:2016:205, t. 52. do 58.). Vidjeti za jednaku distributivnu kvalifikaciju presudu od 21. siječnja 2016., ERGO Insurance i Gjensidige Baltic (C-359/14 i C-475/14, EU:C:2016:40, t. 50. do 62.). Vidjeti i presudu VKI/Amazon i razliku koju je Sud uveo između prava primjenjivog na glavno pitanje koje je postavljeno u okviru sličnog postupka za dobivanje sudskog naloga (koje se stoga treba odrediti u skladu s člankom 6. stavkom 1. Uredbe Rim II) i prava primjenjivog na podredno pitanje o nepoštenosti spornih odredbi, koje je obuhvaćeno područjem *lexa contractusa* i Uredbom Rim I (vidjeti točku 27. ovog mišljenja).

32 Problematika prava glasa s obzirom na fiducijarni ugovor na udio u društvu dobar je primjer distributivne kvalifikacije. Pitanje opsega prava glasa koje ima član jest „pitanje koje je obuhvaćeno pravom društava" i *lexom societatis*. Nasuprot tomu, način na koji fiducijant mora izvršavati pravo glasa za račun fiducijanta (mora li prvi slijediti opće ili posebne upute drugog? mora li zahtijevati njegovo mišljenje prije svakog glasovanja? itd.) pitanje je koje se odnosi na njihov ugovorni odnos i njihove odnosne obveze, koje su obuhvaćene *lexom contractus*.

54. Međutim, u ovom slučaju, podsjećam da se postupak za dobivanje sudskog naloga koji je pokrenuo VKI odnosi na nepoštenost i stoga nezakonitost određenih odredbi spornih fiducijarnih ugovora, koje se tiču pitanja kao što su opseg odgovornosti TVP-a u svojstvu fiducijara, rokovi zastare i prekluzivni rokovi u kojima ulagač, kao fiducijant, može podnijeti tužbu za utvrđivanje odgovornosti protiv TVP-a, mjesto ispunjenja fiducijarnih usluga i pravo primjenjivo na fiducijarni ugovor. Smatram da su sva ta pitanja ugovorna i stoga su obuhvaćena područjem *lexa contractusa* i Uredbom Rim I.

55. Činjenica da postoji isprepletenost između ugovora i društvenih ugovora komanditnih društava, kao što je objašnjeno u točki 37. ovog mišljenja, prema mojem mišljenju, ne dovodi u pitanje to tumačenje.

56. U tom pogledu, napominjem da se stranke glavnog postupka ne slažu oko pitanja imaju li, uzimajući u obzir tu isprepletenost, fiducijanti svojstvo člana. Prema mojem mišljenju, točno je da je riječ o „pitanj[ima] reguliran[im] pravom trgovačkih društava" koja su isključena iz Uredbe Rim I i obuhvaćena *lexom societatis*. Općenito se na temelju tog prava trebaju odrediti osobe koje imaju svojstvo člana. Na sudu koji je uputio zahtjev je da, prema potrebi, da meritorno odluči o tom pitanju s obzirom na njemačko pravo [33].

57. Međutim, u okviru postupka koji je pokrenuo VKI, navedeno pitanje nije odlučujuće. Nije potrebno odrediti opseg mogućih prava i obveza koje fiducijanti, u svojstvu člana, u skladu s primjenjivim pravom društava, imaju izravno prema komanditnim društvima. Kada bi se pravom primjenjivim na ta društva, odnosno njemačkim pravom, trebalo predvidjeti da, uzimajući u obzir prava i obveze fiducijanata, kako su predviđene u društvenim ugovorima, im valja priznati svojstvo člana [34], time se, prema mojem mišljenju, ne bi izmijenila ugovorna priroda pitanja postavljenih u ovom slučaju. Pitanja poput opsega odgovornosti TVP-a kao fiducijara, ili zastarni ili prekluzivni rokovi u kojima fiducijanti mogu pokrenuti postupak protiv njega, nisu samo „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava" koja se moraju jedinstveno obuhvatiti u okviru *lexa societatisa*. Suprotno tumačenje prekoračilo bi, kao što to pravilno ističe sud koji je uputio zahtjev, cilj predvidljivosti i pravne sigurnosti koji se nastoji postići člankom 1. stavkom 2. točkom (f) Uredbe Rim I.

58. Kao što to ističe Komisija, mogu se uzeti u obzir i *odnosi*. Cilj spornih ugovornih odredaba je urediti odnose između fiducijanta i fiducijara. Njima se određuju obveze koje postoje između njih na temelju fiducijarnog ugovora. Čak i ako se u tom ugovoru preuzimaju prava i obveze predviđene društvenim ugovorima, jedna ugovorna strana može se na njih pozvati u odnosu na drugu ugovornu stranu samo ako se to predviđa tim ugovorom. Predmetne ugovorne obveze stoga se razlikuju od tih ugovora. Navedeni ugovori i *lex societatis* neposredno su relevantni samo za pitanja koja se odnose na moguće odnose fiducijanata, u svojstvu člana (pod pretpostavkom da imaju to svojstvo) s društvom i njegovim komanditorima [35], o kojima nije riječ u ovom slučaju.

59. Tumačenje koje predlažem ne može se osporiti TVP-ovim argumentom prema kojem bi razdvajanje fiducijarnih ugovora od društvenih ugovora komanditnih društava radi određivanja mjerodavnog prava moglo uništiti ravnopravnost između članova tih društava i fiducijanata, kad je riječ, konkretno o odgovornosti prema trećim osobama, vjerovnicima navedenih društava za dugove društva. TVP u tom pogledu tvrdi da u skladu sa sudskom praksom Bundesgerichtshofa (Savezni

33 Jednostavnije rečeno, u fiducijarnoj transakciji na udio u društvu, koju nazivam „osnovnom", vlasništvo udjela u društvu koji je dan u fiduciju prenosi se fiducijaru, a on ima prava i snosi povezane obveze. Stoga fiducijar ima svojstvo člana. U ovom slučaju, taj „osnovni" prikaz postaje složeniji zbog činjenice da fiducijanti imaju, u skladu s društvenim ugovorima, jednaka politička i imovinska prava kao članovi, da se mogu pozivati na ta prava u odnosu na društvo i da imaju jednake obveze (uključujući obvezu doprinosa gubicima). Stvari se mogu razmatrati na dva načina: s jedne strane, kao što to tvrdi VKI, fiducija se može smatrati „ugovornom konstrukcijom" koja je namijenjena imitiranju svojstva člana bez određenih nepogodnosti (uključujući upis u sudski registar); s druge strane, kao što to tvrdi TVP, može se smatrati da, neovisno o vlasništvu udjela i osobi upisanoj u sudski registar, valja prestati upotrebljavati ugovor kao paravan i priznati da je fiducijant član. Naposljetku, postavlja se pitanje koji je kriterij za postojanje svojstva člana: je li to vlasništvo udjela? upis u sudski registar? ili pak mogućnost pozivanja na prava člana u odnosu na društvo ili činjenica da se snose njegove obveze? Ovdje je riječ o uobičajenom bitnom pitanju prava društava.

34 Vidjeti bilješku 18. ovog mišljenja.

35 Fiducijanti se u odnosu na društvo i članove ne mogu pozivati na prava predviđena fiducijarnim ugovorom u kojem ti članovi nisu strane.

vrhovni sud), iako fiducijanti nisu izravno odgovorni u odnosu na treće osobe, vjerovnike, oni su ipak dužni osloboditi fiducijara odgovornosti, koju on, kao član, ima prema tim potonjima (fiducijanti su stoga „neizravno" odgovorni prema vjerovnicima). U tom pogledu, priznajem da je osobna pravna odgovornost članova za dugove društva ovdje doista još uvijek „pitanje regulirano pravom društava", koje je isključeno iz Uredbe Rim I, kao što to uostalom izričito propisuje njezin članak 1. stavak 2. točka (f). Međutim, pitanje moguće obveze fiducijanta da fiducijara oslobodi pravne odgovornosti člana za dugove društva, ponajprije se odnosi na ugovorne odnose koji postoje između njih. Stoga smatram da je obuhvaćeno *lexom contractus* i tom uredbom [36]

60. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prvo pitanje odgovori da se isključenje predviđeno u članku 1. stavku 2. točki (e) Rimske konvencije i članku 1. stavku 2. točki (f) Uredbe Rim I, koje se odnosi na „pitanja regulirana pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje", ne primjenjuje na ugovorne obveze koje se temelje na fiducijarnom ugovoru čiji je cilj upravljanje udjelom u komanditnom društvu.

B. Neprimjenjivost isključenja u pogledu određenih ugovora o pružanju usluga koje su sklopili potrošači (treće i četvrto pitanje)

61. Ako Sud presudi, kao što mu to predlažem, da ugovorne obveze poput onih koje se temelje na spornim fiducijarnim ugovorima nisu obuhvaćene isključenjem predviđenim u članku 1. stavku 2. točki (f) Uredbe Rim I (ili istovjetnim isključenjem iz Rimske konvencije), pravo primjenjivo na te ugovore treba odrediti u skladu s pravilima o sukobu zakona koja se predviđaju tim instrumentima.

62. U tom pogledu, sud koji je uputio zahtjev utvrdio je da su sporni fiducijarni ugovori potrošački ugovori koji mogu biti obuhvaćeni zaštitnim pravilima koja su u tom području predviđena u članku 5. te konvencije i članku 6. te uredbe [37]. Naime, ti ugovori povezuju „poduzetnika", odnosno TVP, koji djeluje u svojoj struci ili profesiji, s različitim ulagačima koji imaju svojstvo „potrošača", odnosno fizičkim osobama koje su sklopile te ugovore u svrhu za koju se smatra da je izvan takve struke ili profesije [38]. Taj je sud utvrdio i da su uvjeti primjene tih zaštitnih pravila ispunjeni [39].

63. Tim se člancima, u njihovu stavku 4., određeni ugovori ipak izričito isključuju iz njihova područja primjene. Konkretnije, članak 5. stavak 4. točka (b) Rimske konvencije i članak 6. stavak 4. točka (a) Uredbe Rim I jednako predviđaju da se zaštitna pravila o potrošačkim ugovorima ne primjenjuju na „ugovor za pružanje usluga kad je usluge potrebno pružiti potrošaču isključivo u državi koja nije država u kojoj ima uobičajeno boravište". Pravo primjenjivo na ugovore koji su obuhvaćeni tim isključenjem treba odrediti s obzirom na općenita pravila o sukobu zakona predviđena u člancima 3. i 4. tih instrumenata.

36 Radi potpunosti, pojašnjavam da, čak i ako bi fiducijarni ugovori trebali biti ništavi na temelju lexa contractusa, to ne bi nužno značilo da bi austrijski potrošači automatski ostvarili povrat svojih ulaganja. Ako su se ta ulaganja upotrijebila kao ulog u kapitalu u jednom komanditnom društvu, mogućnost da potrošač istupi iz društva i ostvari povrat tog uloga i mogućih preostalih obveza koje bi trebao snositi u takvom slučaju i ovdje su „pitanj[a] reguliran[a] pravom trgovačkih društava", u smislu članka 1. stavka 2. točke (f) Uredbe Rim I. Vidjeti u tom pogledu što se tiče pravne teorije o nezakonitom društvu (*Lehre der fehlerhaften Gesellschaft*) u njemačkom pravu presudu od 15. travnja 2010., E. Friz (C-215/08, EU:C:2010:186).

37 Konkretnije, članak 5. Rimske konvencije primjenjuje se isključivo na potrošačke ugovore čiji je predmet isporuka robe ili pružanje usluga kao i na ugovore o pružanju kredita za taj posao. Članak 6. Uredbe Rim I ima šire područje primjene jer obuhvaća sve vrste potrošačkih ugovora, osim izričitih isključenja koja se njime predviđaju.

38 Osim toga, ti su fiducijarni ugovori „ugovori o pružanju usluga" u smislu članka 5. Rimske konvencije (vidjeti točku 68. ovog mišljenja), tako da su u načelu obuhvaćeni područjem primjene tog članka.

39 Što se tiče uvjeta predviđenih u članku 5. stavku 2. Rimske konvencije, valja navesti da sklapanju fiducijarnih ugovora u Austriji „prethodila [je] posebna ponuda upućena [potrošaču] ili promidžba" (u toj državi članici podijeljeni su prospekti povezani sa spornim udjelima). Osim toga, austrijski su potrošači „u toj državi poduze[li] sve potrebne korake za sklapanje ugovora" i „druga stranka ili njezin zastupnik primi[li su] potrošačevu narudžbu u toj državi" (potrošači su u Austriji poduzeli potrebne pravne radnje te su ih u toj državi članici prihvatili TVP-ovi suugovaratelji). Što se tiče uvjetâ iz članka 6. stavka 1. Uredbe Rim I, isti elementi upućuju na to da je TVP „usmjerava[o]" svoje aktivnosti „na" austrijsko tržište i nije sporno da su fiducijarni ugovori bili obuhvaćeni tom aktivnošću.

64. U tom kontekstu, svojim trećim i četvrtim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita mogu li fiducijarni ugovori, poput onih na koje se odnosi postupak za dobivanje sudskog naloga koji je pokrenuo VKI, biti obuhvaćeni navedenim isključenjem.

65. VKI i Komisija u biti tvrde da se to isto isključenje ne primjenjuje u ovom slučaju jer potrošači primaju određene usluge koje proizlaze iz spornih fiducijarnih ugovora u Austriji. TVP pak tvrdi da svoje fiducijarne usluge pruža isključivo u Njemačkoj, kao što se to predviđa tim ugovorima [40], s obzirom na to da se poslovanje potrebno za izvršenje navedenih ugovora obavlja samo u toj državi članici.

66. Slažem se s mišljenjem prvih, zbog razloga koje ću navesti u nastavku. Budući da nema razlike između Rimske konvencije i Uredbe Rim I u pogledu predmetne problematike, ovdje također treba jednako tumačiti ta dva instrumenta. Stoga ću radi praktičnosti, u nastavku ovog mišljenja, ponovno upućivati isključivo na tu uredbu.

67. *Dva kumulativna uvjeta* proizlaze iz teksta članka 6. stavka 4. točke (a) Uredbe Rim I. Isključenje iz tog članka primjenjuje, s jedne strane, kad je riječ o „ugovor[u] za pružanje usluga" i, s druge strane, kad je usluge „potrebno pružiti potrošaču isključivo u državi koja nije država u kojoj ima uobičajeno boravište".

68. Tumačenje *prvog od tih uvjeta* ne dopušta puno dvojbi. U tom pogledu, pojam „ugovor za pružanje usluga" koji se upotrebljava u članku 6. stavku 4. točki (a) Uredbe Rim I, prema mojem mišljenju, treba definirati autonomno i jednako ga tumačiti kao i pojam „ugovor o pružanju usluga" iz članka 4. stavka 1. točke (b) te uredbe [41]. Naime, kategorija ugovora obuhvaćena tim dvama pojmovima, unatoč manjim terminološkim razlikama, očito je jednaka. Osim toga, ta kategorija treba imati jednak doseg kao i kategorija „pružanje usluga" koja se, u pogledu sudske nadležnosti u stvarima koje se odnose na ugovore, predviđa u članku 7. stavku 1. točki (b) Uredbe Bruxelles I.a [42]. Iz sudske prakse Suda o toj potonjoj odredbi proizlazi da pojam „usluge" podrazumijeva barem da strana koja pruža usluge obavlja određenu djelatnost u zamjenu za naknadu [43]. Doista, kao što to ističe TVP fiducija jest takva „usluga": u okviru fiducijarnog ugovora fiducijar obavlja određenu djelatnost koja se sastoji od upravljanja imovinom koja je dana u fiduciju u zamjenu za naknadu.

69. Suprotno tomu, doseg *drugog uvjeta*, koji se odnosi na mjesto u kojem je usluge „potrebno pružiti potrošaču", manje je očit. Sud je doduše već razmotrio pitanje mjesta izvršenja ugovornih obveza ili ugovora radi određivanja sudske nadležnosti u stvarima povezanim s ugovorom, pri čemu je utvrdio različite kriterije [44]. Međutim, još nije ispitao to pitanje u kontekstu članka 4. stavka 1. točke (b) Uredbe

40 Vidjeti točku 15. ovog mišljenja.

41 Vidjeti u tom smislu Ragno, F., „Article 6: Consumer contracts", u Ferrari, F., *Rome I Regulation – Pocket Commentary*, selp, 2015., str. 219. i navedena upućivanja.

42 Vidjeti u tom smislu uvodnu izjavu 17. Uredbe Rim I i presudu od 8. svibnja 2019., Kerr (C-25/18, EU:C:2019:376, t. 39. do 41.). Podsjećam da se u članku 7. stavku 1. Uredbe Bruxelles I.a predviđa da osoba s domicilom u državi članici može biti tužena, u stvarima povezanim s ugovorom, u skladu s točkom (a) tog stavka, pred sudom mjesta izvršenja konkretne obveze. U točki (b) navedenog stavka pojašnjava se da je za potrebe te odredbe, te ako nije drukčije dogovoreno, mjesto izvršenja konkretne obveze u slučaju prodaje robe, mjesto u državi članici u kojoj je roba dostavljena ili trebala biti dostavljena sukladno ugovoru, a u slučaju pružanja usluga, mjesto u državi članici u kojoj su usluge pružene ili trebale biti pružene sukladno ugovoru.

43 Vidjeti presude od 23. travnja 2009., Falco Privatstiftung i Rabitsch (C-533/07, EU:C:2009:257, t. 29.), od 10. rujna 2015., Holterman Ferho Exploitatie i dr. (C-47/14, EU:C:2015:574, t. 57.), i od 8. svibnja 2019., Kerr (C-25/18, EU:C:2019:376, t. 39.).

44 U okviru članka 7. stavka 1. točke (a) Uredbe Bruxelles I.a, kojim se predviđa da tuženik s domicilom u državi članici može biti tužen „pred sudom mjesta izvršenja konkretne obveze", Sud je presudio da valja odrediti obvezu koja odgovara ugovornom pravu na kojem se temelji tužiteljeva tužba i ocijeniti, u skladu s pravom kojim se uređuje ta obveza, mjesto u kojem je ta obveza izvršena ili treba biti izvršena (vidjeti po analogiji presude od 6. listopada 1976., De Bloos (14/76, EU:C:1976:134, t. 13.) i Industrie Tessili Italiana Como (12/76, EU:C:1976:133, t. 13.). U okviru članka 7. stavka 1. točke (b) te uredbe, koja se odnosi na ugovore o prodaji i ugovore o pružanju usluga, Sud je dao autonomnu i činjeničnu definiciju mjesta izvršenja ugovora, koje je uzeto kao cjelina, kojom se daje prednost odredbama ugovora (vidjeti osobito presudu od 3. svibnja 2007., Color Drack (C-386/05, EU:C:2007:262); presuda od 23. travnja 2009., Falco Privatstiftung i Rabitsch (C-533/07, EU:C:2009:257), i presuda od 25. veljače 2010., Car Trim (C-381/08, EU:C:2010:90)).

Rim I, za potrebe određivanja mjerodavnog prava. Najprije valja odrediti, je li pitanje tog mjesta izvršenja obuhvaćeno nacionalnim pravom, konkretno *lexom contractusom* ili ga treba autonomno definirati u pravu Unije te, kao drugo, važnost koju treba pridati mogućem mjestu izvršenja određenom u ugovoru.

70. U tom pogledu, ističem da je sud koji je uputio zahtjev razmotrio određene obveze koje proizlaze iz spornih fiducijarnih ugovora, odnosno obvezu TVP-a da se ulagaču proslijedi informacije o poslovanju fonda i obvezu da mu se proslijede dividende i druge imovinske koristi koje mu se duguju, te je odredio gdje se te obveze trebaju izvršiti, uzimajući u obzir austrijsko i njemačko pravo, a koja su dva prava koja su potencijalno primjenjiva na te ugovore [45]. Taj sud također je smatrao da je, na temelju jednog od tih dvaju prava, odredba kojom se određuje mjesto izvršenja u fiducijarnim ugovorima ništava [46].

71. Međutim, smatram da pitanje mjesta u kojem je usluge potrebno pružiti potrošaču (i učinka moguće odredbe kojom se određuje to mjesto), u svrhu primjene članka 6. stavka 4. točke (a) Uredbe Rim I, treba prepustiti *lexu contractusu*. Naime, o tom pitanju treba odlučiti prije utvrđivanja prava koje se primjenjuje i koje omogućuje upravo to da ga se odredi. Kako bi se izbjegla kružna ili složena logika [47], prema mojem mišljenju, valja utvrditi autonomno tumačenje mjesta u kojem je „usluge potrebno pružiti" potrošaču, u smislu te odredbe, s obzirom na njezin kontekst i ciljeve.

72. Što se tiče, *kao prvo*, konteksta članka 6. stavka 4. točke (a) Uredbe Rim I, smatram, poput VKI-ja i Komisije, da tu odredbu treba usko tumačiti jer od cilja zaštite koji se općenito želi postići tim člankom [48].

73. K tomu, činjenica da se isključenje jednako onomu predviđenom u navedenoj odredbi ne pronalazi u članku 17. Uredbe Bruxelles I.a [49] o sudskoj nadležnosti u području potrošačkih ugovora, prema mojem mišljenju, također ide u prilog takvom uskom tumačenju, da se ne zaoštrava ta razlika i nedosljedna rješenja do kojih dovodi [50].

74. Što se tiče, *kao drugo*, cilja koji se nastoji postići predmetnim isključenjem, izvješće Giuliano-Lagarde pojašnjava u pogledu članka 5. stavka 4. točke (b) Rimske konvencije da „u slučaju ugovora koji se odnose na usluge (na primjer, smještaj u hotelu ili tečaj jezika) koje se pružaju isključivo izvan države u kojoj potrošač boravi, taj potrošač ne može razumno očekivati da se pravo njegove države podrijetla primjenjuje [51] odstupajući od općih pravila iz članaka 3. i 4.". U tom slučaju, „ugovor je najuže povezan s državom u kojoj boravi druga ugovorna strana, čak i ako je ta strana poduzela radnje opisane u [članku 5. stavku 2.] (na primjer, promidžba) u državi u kojoj potrošač ima boravište" [52].

45 Sud koji je uputio zahtjev istaknuo je da se, u nedostatku izbora, austrijskim pravom predviđa da se novčane obveze izvršavaju u mjestu boravišta vjerovnika. U njemačkom se pravu pak utvrđuje razlika između mjesta u kojem se novčana obveza fizički izvršava (*Leistungsort* ili *Erfüllungsort*), koje se nalazi u mjestu boravišta dužnika, i mjesta u kojem se ostvaruje rezultat tog izvršenja (*Erfolgsort*), a koje je mjesto boravišta vjerovnika.

46 TVP osporava tvrdnje suda koji je uputio zahtjev u pogledu njemačkog i austrijskog prava. Međutim, nije na Sudu da dovodi u pitanje tumačenje tih nacionalnih prava koje je pružio taj sud.

47 Tom bi se logikom utvrdilo, uzimajući u obzir pravo određeno zaštitnim pravilima o potrošačkim ugovorima koja su predviđena Uredbom Rim I, primjenjuju li se ta pravila, što bi bilo kružno, ili bi se utvrdilo, kao što to predlaže TVP, prvi *lex contractus* u skladu s općim pravilima te uredbe (članci 3. i 4.) te bi se odredilo, uzimajući u obzir to pravo, trebaju li se primjenjivati navedena zaštitna pravila, što bi bilo složeno.

48 Kao što proizlazi iz uvodne izjave 23. Uredbe Rim I, cilj pravila o potrošačkim ugovorima koja su predviđena tom uredbom osobito je zaštititi potrošača, koji se smatra slabijom ugovornom stranom, pravilima o sukobu zakona koja su povoljnija za njih od općih pravila.

49 Suprotno, na primjer, isključenju predviđenom u članku 6. stavku 4. točki (b) Uredbe Rim I, u stvarima koje se odnose na ugovore o prijevozu koji ne predstavljaju ugovore o paket putovanju, čiji se ekvivalent nalazi u članku 17. stavku 3. Uredbe Bruxelles I.a.

50 Naime, pružatelj usluga koji se može pozvati na članak 6. stavak 4. točku (a) Uredbe Rim I i tako izbjeći primjenu obveznih odredaba prava države članice u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište u svakom bi slučaju trebao pokrenuti postupak (i potrošač bi mogao pokrenuti postupak) pred sudovima te države, u skladu s člankom 18. stavcima 1. i 2. Uredbe Bruxelles I.a. Ta nedosljednost kritizira se u pravnoj teoriji. Vidjeti Calliess, G.-P., *Rome Regulations – Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Kluwer Law International, 2011., str. 147. i navedena upućivanja, kao i Ragno, F., *op. cit.*, str. 219. i navedena upućivanja.

51 Vidjeti točke 85. i 87. ovog mišljenja.

52 Izvješće Giuliano-Lagarde, str. 24. i 25.

75. Osim toga, iz rasprava koje su se odvijale prilikom donošenja Uredbe Rim I, konkretno unutar Vijeća Europske unije, proizlazi da je to isključenje zadržano u toj uredbi zbog toga što su, među ostalim, određene delegacije strahovale od „prekomjerne" zaštite potrošača i nisu željele previše utjecati na male i srednje poduzetnike, osobito u sektoru turizma [53].

76. Prema mojem mišljenju, iz prethodnih elemenata proizlazi da, kako bi se odredilo mjesto u kojem je „usluge potrebno pružiti" potrošaču, u smislu članka 6. stavka 4. točke (a) Uredbe Rim I, valja uzeti u obzir, s činjeničnog stajališta, prirodu predmetnih usluga. Iako moguća odredba o određivanju mjesta izvršenja ugovornih obveza može u tom pogledu eventualno biti naznaka, ona nikako nije odlučujuća. Izraz „potrebno pružiti" ne upućuje, kao što to tvrdi TVP, na mjesto u kojem se obveze trebaju izvršiti u skladu s ugovornim odredbama [54]. Kao što to tvrdi VKI, valja zapravo provjeriti proizlazi li iz same prirode ugovorenih usluga da će se te usluge nužno pružati izvan zemlje u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište [55].

77. Utvrđivanje mjesta u kojem je potrebno pružiti usluge potrošaču čini mi se relativno lakim u pogledu usluga iz sektora turizma navedenima u izvješću Guiliano-Lagarde i o kojima je raspravljano u Vijeću, poput ugostiteljstva ili hotelijerstva. U tim situacijama usluge se pružaju, prirodi, na jednom mjestu: poduzetnik obavlja zahtijevano poslovanje, a potrošač prima odgovarajuće rezultate na jednom te istom mjestu.

78. Nasuprot tomu, druge se usluge pružaju na daljinu, odnosno tako da se mjesto fizičkog pružanja usluge ne podudara s mjestom u kojem potrošač prima rezultat te usluge. Konkretno, može se dogoditi da se ta dva mjesta nalaze u različitim zemljama, pri čemu se usluge stoga pružaju prekogranično i poduzetnik, kao što to navodi sud koji je uputio zahtjev u trećem prethodnom pitanju, ne odlazi u zemlju potrošača radi ispunjenja svojih obveza.

79. U tom pogledu, dijelim mišljenje suda koji je uputio zahtjev i Komisije prema kojem se u slučaju iz prethodne točke ne može smatrati da se usluge potrošaču moraju pružiti „isključivo u državi koja nije država u kojoj on ima uobičajeno boravište", u smislu članka 6. stavka 4. točke (a) Uredbe Rim I [56]. Drugim riječima, isključenje predviđeno u toj odredbi ne treba se primjenjivati u toj situaciji.

80. Naime, smatram, s jedne strane, da se ustrajanjem zakonodavca Unije, u tekstu članka 6. stavka 4. točke (a) Uredbe Rim I, na činjenici da je usluge potrebno pružiti „isključivo" izvan zemlje u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište i, s druge strane, objašnjenjima na kojima se temelji ta odredba [57], nastoji istaknuti da bi se predmetno isključenje trebalo primjenjivati samo u situaciji u kojoj, uzimajući u obzir prirodu predmetnih usluga, *potrošač treba otići u inozemstvo kako bi ih primio*. U

53 Sporno isključenje nalazilo se u Prijedlogu uredbi od 15. prosinca 2005. Europskog parlamenta i Vijeća o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze (Rim I) (COM/2005/0650 *final*). To je isključenje izazvalo prigovore različitih delegacija (Francuska Republika, Talijanska Republika i Republika Austrija) koje su željele da se ukine, dok su druge delegacije (Republika Litva i Kraljevina Nizozemska) željele da je se zadrži, Veliko Vojvodstvo Luksemburg predložilo je da je se proširi na ugovore o prodaji. Različita profesionalna udruženja u području hotelijerstva i ugostiteljstva javno su se izjasnila za zadržavanje navedenog isključenja jer su strahovala da će biti izložena različitim pravima ovisno o zemlji boravišta svojih klijenata. Vidjeti Calliess, G.-P., *op. cit.*, str. 146. do 148., i McParland, M., *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford University Press, 2015., str. 554. i 555.

54 U tom području ne može se rasuđivati po analogiji sa sudskom praksom Suda u pogledu članka 7. stavka 1. točke (b) Uredbe Bruxelles I.a. U tom okviru, Sud za određivanje „mjest[a] u državi članici u kojoj su usluge pružene ili trebale biti pružene sukladno ugovoru", smislu te odredbe, pridaje presudnu važnost ugovornim odredbama. Iako se taj pristup opravdava tekstom navedene odredbe i ciljem predvidljivosti koji se njome nastoji postići, on ipak nije prikladan u okviru članka 6. stavka 4. točke (a) Uredbe Rim I. Naime, cilj zaštite koji slijedi taj potonji članak, prema mojem mišljenju govori u prilog tumačenju koje je neovisno o načinu na koji je ugovor sastavljen.

55 Vidjeti u tom smislu Bělohlávek, A. J., *Rome Convention – Rome I Regulation*, svezak 1., Juris, 2010., str. 1167. Pojašnjavam da sama činjenica da je poduzetnik „usmjerava[o]" svoje aktivnosti „na" zemlju u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište ne može, kao takva, isključiti primjenu članka 6. stavka 4. Uredbe Rim I. U suprotnom bi ta odredba bila lišena svakog korisnog učinka. Naime, zaštitna pravila predviđena u tom članku u svakom se slučaju primjenjuju samo ako je ispunjen uvjet u pogledu „usmjeravanja djelatnosti". Elementi koji pokazuju da poduzetnik „usmjerava" svoju aktivnost „na" zemlju u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište, poput promidžbe i sklapanja ugovora između poduzetnika i potrošača u toj zemlji, ne mogu, sami po sebi, dokazati da je „[ondje] potrebno usluge pružiti" potrošaču.

56 To se tumačenje prema mojem mišljenju također nalaže kad je riječ o uslugama pruženima na internetu. Vidjeti u tom smislu Tang, Z. S., *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Hart Publishing, 2e édition, 2015., str. 240. i 241.

57 Vidjeti točku 74. ovog mišljenja.

tom slučaju ugovor ima zanemarive veze sa zemljom uobičajenog boravišta i druge (očito) uže veze sa zemljom u kojoj se pružaju usluge [58]. Nasuprot tomu, u slučaju pružanja usluga na daljinu u zemlji u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište, ugovorne veze s tom zemljom su veće te potrošač može razumno očekivati da se primjenjuje pravo te zemlje (ili barem njegove obvezne odredbe) temelji na određenoj apstraktnoj ocjeni razumnih očekivanja potrošača, čini mi se logičnim da se najprije uzme u obzir njegovo stajalište u pogledu mjesta pružanja usluga.

81. Smatram da su ova razmatranja u potpunosti primjenjiva na predmet kao što je onaj o kojem je riječ u glavnom postupku. Konkretno, činjenica da su iznose koji odgovaraju udjelima uplatili austrijski potrošači na fiducijarne račune (*Treuhandkonten*) u Austriji [59], da je TVP proslijedio isplate dividendi i druge imovinske pogodnosti koji im se duguju na austrijske račune, da to društvo ispunjava svoje obveze obavještavanja koje proizlaze iz fiducijarnog ugovora time što im šalje izvješća o poslovanju fonda u Austriji i jer ima internetsku stranicu za te potrošače na kojoj ti potrošači mogu pristupati informacijama i glasovati [60], upućuje na to navedeni potrošači primaju rezultat usluga koje pruža TVP u zemlji njihova uobičajenog boravišta da se, slijedom toga, prema mojem mišljenju, ne primjenjuje isključenje predviđeno u članku 6. stavku 4. točki (a) Uredbe Rim I.

82. S obzirom na prethodno navedeno, predlažem Sudu da na treće i četvrto pitanje odgovori da članak 5. stavak 4. točku (b) Rimske konvencije i članak 6. stavak 4. točku (a) Uredbe Rim I treba tumačiti na način da se isključenje koje se njima predviđa, a koje se odnosi na „ugovor za pružanje usluga kad je usluge potrebno pružiti potrošaču isključivo u državi koja nije država u kojoj ima uobičajeno boravište", ne primjenjuje na fiducijarni ugovor u okviru kojeg usluge pruža poduzetnik potrošaču u zemlji u kojoj potonji ima uobičajeno boravište, na daljinu, iz državnog područja druge zemlje.

C. Nepoštenost, u smislu članka 3. stavka 1. Direktive o nepoštenim odredbama, odredbe o izboru prava, kojom se određuje pravo države sjedišta poduzetnika (drugo pitanje)

83. Svojim drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 3. stavak 1. Direktive o nepoštenim odredbama tumačiti na način da je odredba sadržana u ugovoru o fiduciji o upravljanju udjelom u komanditnom društvu, sklopljenom između poduzetnika i potrošača, o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori, a prema kojoj je primjenjivo pravo države članice sjedišta poduzetnika i tog društva, nepoštena u smislu te odredbe.

84. Kao što sam naveo u ovom mišljenju, smatram da pravo primjenjivo na ugovorne obveze poput onih koje se temelje na spornim fiducijarnim ugovorima treba odrediti u skladu s pravilima o sukobu zakona koja su predviđena Rimskom konvencijom i Uredbom Rim I te, konkretnije, u skladu s pravilima o potrošačkim ugovorima iz članka 5. te konvencije i članka 6. te uredbe.

85. Člankom 5. stavkom 3. Rimske konvencije i člankom 6. stavkom 1. Uredbe Rim I načelno se predviđa da potrošački ugovor podliježe pravu države u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište. U ovom je slučaju to stoga austrijsko pravo.

86. Međutim, podsjećam da sporni fiducijarni ugovori sadržavaju odredbu o izboru mjerodavnog prava kojom se kao mjerodavno određuje pravo države u kojoj TVP i komanditna društva imaju sjedište, odnosno njemačko pravo. VKI ipak tvrdi da je ta odredba nezakonita. Konkretno, poput drugih odredbi na koje se odnosi njegov postupak, ta je odredba nepoštena.

58 Vidjeti, o istom mišljenju, Calliess, G.-P., *op. cit.*, str. 148.

59 Čini mi se da pitanje je li TVP zakonski ovlašten raspolagati tim računom nije odlučujuće.

60 Smatram da činjenica prema kojoj se TVP-u nijednom ugovornom obvezom ne nalaže da uspostavi tu internetsku stranicu, pod pretpostavkom da je dokazana, također nije odlučujuća. U svakom slučaju, ta je internetska stranica samo jedan od elemenata kojima se ističe da se usluge pružaju „na daljinu".

87. U tom pogledu, člankom 5. stavkom 2. Rimske konvencije i člankom 6. stavkom 2. Uredbe Rim I načelno se odobrava takva odredba o izboru mjerodavnog prava. Međutim, na temelju tih odredbi, takav izbor ne može za posljedicu imati lišavanje potrošača zaštite koja mu je osigurana odredbama od kojih se ne može odstupiti sporazumom (ili „obveznim odredbama”[61]) na temelju prava zemlje u kojoj ima uobičajeno boravište. U ovom se slučaju spornom odredbom stoga ne može spriječiti potrošače koji borave u Austriji (i VKI-ja u okviru postupka za dobivanje sudskog naloga) da se pozivaju na obvezne odredbe austrijskog prava.

88. Međutim, u presudi VKI/Amazon, Sud je presudio da je odredba koja se nalazi među općim uvjetima prodaje prodavatelja (robe) ili pružatelja (usluge), koja nije bila predmet individualnih pregovora, prema kojoj je ugovor sklopljen s potrošačem elektroničkim putem uređen pravom države članice sjedišta prodavatelja (robe) ili pružatelja (usluge), nepoštena u smislu članka 3. stavka 1. Direktive o nepoštenim odredbama ako dovodi tog potrošača u zabludu jer mu daje dojam da se samo pravo te države članice primjenjuje na ugovor a da ga ne obavještava o činjenici da na temelju članka 6. stavka 2. Uredbe Rim I (ili, po potrebi, članka 5. stavka 2. Rimske konvencije) uživa zaštitu koju mu osiguravaju obvezne odredbe prava zemlje u kojoj ima uobičajeno boravište[62].

89. Poput VKI-ja i Komisije, smatram da se ta sudska praksa može primijeniti na glavni predmet. U tom pogledu, slažem se s Komisijinim mišljenjem prema kojem činjenica da se čini da sporni fiducijarni ugovori nisu sklopljeni elektroničkim putem nije važna. Naime, prema mojem shvaćanju, odredba o izboru mjerodavnog prava nepoštena je zato što, suprotno zahtjevu da bude sročena jasno i razumljivo iz članka 5. Direktive o nepoštenim odredbama, ne obavještava potrošača o tome da se, neovisno o tom izboru, može pozvati na obvezne odredbe prava zemlje u kojoj ima uobičajeno boravište[63]. Oblik u kojem je ugovor sklopljen nije relevantan u okviru takvog razmatranja. Suprotno tomu, odlučujuća je činjenica da sporna odredba ne ispunjava taj zahtjev obavještavanja[64].

90. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na drugo pitanje odgovori da članak 3. stavak 1. Direktive o nepoštenim odredbama treba tumačiti na način da je odredba sadržana u ugovoru o fiduciji o upravljanju udjelom u komanditnom društvu, sklopljenom između poduzetnika i potrošača o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori, a prema kojoj je primjenjivo pravo države članice sjedišta poduzetnika i tog društva, nepoštena u smislu te odredbe ako potrošača ne obavještava o činjenici da, neovisno o tom izboru, na temelju članka 5. stavka 2. Rimske konvencije ili članka 6. stavka 2. Uredbe Rim I uživa zaštitu koju mu osiguravaju obvezne odredbe prava koje bi bilo primjenjivo da nema te odredbe.

V. Zaključak

91. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na pitanja koja je uputio Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud, Austrija) odgovori na sljedeći način:

1. Članak 1. stavak 2. točku (e) Konvencije o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze, otvorene za potpisivanje u Rimu 19. lipnja 1980. i članak 1. stavak 2. točku (f) Uredbe (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze (Rim I), treba tumačiti na način da se isključenje koje se njima predviđa, a koje se odnosi na

61 Vidjeti za taj pojam moje mišljenje u predmetu Verein für Konsumenteninformation (C-191/15, EU:C:2016:388, t. 99. do 101.).

62 Vidjeti presudu VKI/Amazon, t. 72. do 81.

63 Vidjeti presudu VKI/Amazon, t. 68. i 69.

64 Vidjeti za dodatna objašnjenja moje mišljenje u predmetu Verein für Konsumenteninformation (C-191/15, EU:C:2016:388, t. 95. do 104.) i za raspravu o toj sudskoj praksi Mankowski, P., „Just how free is a free choice of law in contract in the EU”?, *Journal of Private international Law*, 2017. 13:2, str. 231. do 258., osobito str. 235. do 241.; Müller, M. F., „Amazon and Data Protection Law – The End of the Private/Public Divide in EU conflict of laws?”, *EuCML*, 2016., br.°5, str. 215. i sljedeće stranice, i mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Hogana u predmetu Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:245, t. 87. do 89. i 95. do 108.).

„pitanja regulirana pravom trgovačkih društava i drugih tijela, s pravnom osobnošću ili bez nje”, ne primjenjuje na ugovorne obveze koje se temelje na fiducijarnom ugovoru čiji je cilj upravljanje udjelom u komanditnom društvu.

2. Članak 5. stavak 4. točku (b) Konvencije o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze, otvorene za potpisivanje u Rimu 19. lipnja 1980., i članak 6. stavak 4. točku (a) Uredbe br. 593/2008 treba tumačiti na način da se isključenje koje se njima predviđa, a koje se odnosi na „ugovor za pružanje usluga kad je usluge potrebno pružiti potrošaču isključivo u državi koja nije država u kojoj ima uobičajeno boravište”, ne primjenjuje na fiducijarni ugovor u okviru kojeg usluge pruža poduzetnik potrošaču u zemlji u kojoj potonji ima uobičajeno boravište, na daljinu, iz državnog područja druge zemlje.

3. Članak 3. stavak 1. Direktive Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima treba tumačiti na način da je odredba sadržana u ugovoru o fiduciji o upravljanju udjelom u komanditnom društvu, sklopljenom između poduzetnika i potrošača o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori, a prema kojoj je primjenjivo pravo države članice sjedišta poduzetnika i tog društva, nepoštena u smislu te odredbe ako potrošača ne obavještava o činjenici da, neovisno o tom izboru, na temelju članka 5. stavka 2. Konvencije o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze, otvorene za potpisivanje u Rimu 19. lipnja 1980., ili članka 6. stavka 2. Uredbe br. 593/2008 uživa zaštitu koju mu osiguravaju obvezne odredbe prava koje bi bilo primjenjivo da nema te odredbe.