

UDK: 338.984.4
izvorni znanstveni rad
primljen 18. prosinca 2002.

Dr. sc. Silvija Petrić,
docent Pravnog fakulteta u Splitu

O PROBLEMU NEPRAVEDNIH ODREDABA POTROŠAČKIH UGOVORA U PRAVU EUROPSKE ZAJEDNICE I PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE*

Rad se bavi ništavošću pojedinih klauzula potrošačkih ugovora prema odredbama Smjernice 93/13 EZ u odnosu na rješenja koja sadrže odredbe Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini. Riječ je o veoma značajnom elementu zaštite potrošača, koja predstavlja jedan od osnovnih ciljeva komunitarne politike i zadataka pravne prakse. S obzirom na tendenciju porasta broja formularnih potrošačkih ugovora, ovo pitanje je od izuzetne važnosti i za naš pravni sustav. Osim toga, sveobuhvatna i efikasna zaštita interesa potrošača jedno je od onih pravnih područja u kojima se domaća rješenja moraju uskladiti sa standardima koji vrijede u ostalim europskim zemljama.

Ključne riječi: zaštita potrošača, pravo EU, formularni ugovori, nepravedne odredbe ugovora

1. UVOD

Zaštita potrošača jedna je od onih tema koja u suvremenom društvu dobiva sve veće značenje, i to kako s gospodarskog, tako još više s pravnog aspekta. Neoliberalna politička i pravna misao, koja tržište u velikoj mjeri shvaća kao samoregulirajući mehanizam i koja stoga u osnovi ne dopušta državni intervencionizam, ipak priznaje postojanje određenim strukturalnih nejednakosti immanentnih tom tržištu. Jasno je, naime, da je u sam pojam kapitalističkog slobodnog tržišta ugrađena značajna neravnoteža moći između onih koji na tržištu nastupaju kao prodavatelji roba i pružatelji usluga, s jedne, i potrošača, s druge strane. U uvjetima masovne proizvodnje i potrošnje roba i usluga, koje dovode do izuzetne netransparentnosti tržišta, veoma često položaj prve skupine dobiva određene karakteristike monopolističkog položaja i potrošač je suočen s partnerom koji je u svakom pogledu, tj. po svojoj gospodarskoj, financijskoj, stručnoj i sl. snazi, daleko moćniji od njega. Sloboda i jednakost u nastupu

* Ovaj rad predstavlja referat kojeg je autorica izložila na Međunarodnoj pravnoj radionici "Zaštita potrošača u pravu Europske unije", koja je održana na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mostaru 25. i 26. 11. 2002. godine.

na tržištu ostaju za individualnog potrošača u velikoj mjeri samo forma bez stvarnog sadržaja. Da bi se ove nejednakosti barem ublažile, jer se kao strukturalne nikada ne mogu potpuno otkloniti, postaje nuždan određeni stupanj intervencije pravnog poretka u cilju zaštite potrošača.

Naravno, ne mogu se stvari tako pojednostavniti da se smatra da je pojam pravne zaštite potrošača "izum" tek moderne pravne i političke misli, jer neke elemente ovakvih razmišljanja možemo naći ugrađene u pojedine, posebno obveznopravne institute, još od najranijih faza razvoja prava,¹ ali zaštita potrošača kao pravni pojam svoj puni razvoj doživljava tek s rađanjem ideje i prakse moderne države blagostanja. Taj razvoj postaje posebno intenzivan u posljednjih nekoliko desetaka godina, a svoj najpotpuniji oblik zaštita potrošača dobiva u sklopu prava Europske zajednice.²

2. ZAŠTITA POTROŠAČA U PRAVU EUROPSKE ZAJEDNICE

Veoma intenzivan razvoj zaštite potrošača u pravu EZ ima nekoliko osnovnih uzroka, među kojima je svakako najznačajniji ostvarenje temeljnog cilja Zajednice, a to je koncepcija jedinstvenog i slobodnog europskog tržišta, koje se temelji na četiri slobode, tj. na slobodama kretanja roba, usluga, ljudi i kapitala. Da bi se potrošač slobodno kretao na tom tržištu, on mora u svim dijelovima zajednice uživati isti stupanj zaštite. Isto tako, nesmetano kretanje roba i usluga zahtijeva da njihovi pružatelji mogu u svim dijelovima Zajednice uvijek očekivati postojanje istih pravila koja uređuju zaštitu potrošača, dakle određenog "*acquis communautaire*" i u ovoj oblasti.³ Drugi razlog razvoja prava zaštite potrošača jest svakako u činjenici da položaj potrošača, kao strukturalno slabije strane u tržišnim odnosima, zahtijeva posebna pravila, koja će bar u određenoj mjeri ispraviti tu nejednakost. Osim toga, i u svezi s tim, EZ kao jedno od svojih temeljnih načela u novijim fazama razvoja proklamira i načelo

¹ Tako se pravni temelji nekih instituta kojima je osnovni cilj zaštitu kupca, nalaze u najstarijim poznatim pravnim tekstovima. Primjerice, jedan od najstarijih materijalnih izvora civilnog prava europske civilizacije, starorimski Zakonik XII ploča, sadrži pravilo o odgovornosti prodavatelja za nedostatke prodanog zemljišta. Rimsko je pravo (a i prava starija od rimskog) veoma rano stvorilo i institut zabrane zelenaških ugovora, načelo zabrane zlorabe prava također je rezultat rimske pravne misli i prakse, pravilo o tumačenju jednostrano određenih klauzula ugovora u korist pristupnika, tj. pravilo "*Verba cartarum fortius accipiuntur contra proferentem*" pripisuje se Celsusu (D. 34, 5, 26), a nalazimo ga i kod Ulpijana (D. 45, 1, 38, 18), itd. Svi ovi i mnogi drugi instituti prihvaćeni su i dalje razrađeni i obogaćeni novim pravilima i u radovima glosatora i postglosatora (primjerice, nastanak i razrada načela *rebus sic stantibus*), tako da čine značajan dio europske pravne tradicije. Naravno, antičko i srednjovjekovno pravo ne apostrofiraju pojam potrošača u suvremenom značenju te riječi, ali očigledno se radi o pravnim institutima koji su, između ostalih razloga njihova nastanka, usmjereni na zaštitu ekonomski, a često i pravno slabije strane u pravnom odnosu.

² Veliki zamah posebne grane prava zaštite potrošača možemo pratiti i u pravu Sjedinjenih Država, Kanade, Australije i u drugim razvijenim zemljama, ali za naše pravo je, naravno, od posebna značenja razvoj prava zaštite potrošača u europskim zemljama.

³ Ostvarenje ovih ciljeva zahtijeva visoki stupanj ujednačenosti prava zaštite potrošača u svim zemljama zajednice. Čl. 100. Rimskog ugovora (nakon Amsterdamskog Ugovora čl. 94.) pružio je ustavnopravnu osnovu za provedbu postupka ujednačavanja prava zemalja članica, jer izričito dopušta da zajednica provede takve aktivnosti, ako bi neujednačenost pravnih rješenja pojedinih zemalja utjecala na formiranje i funkcioniranje zajedničkog tržišta.

ostvarenja ukupnog blagostanja građana,⁴ što se može usporediti s idejom države blagostanja ili socijalne države, naravno u specifičnim uvjetima zajednice kakva je EZ, odnosno EU. Proklamiranje ovog cilja ne zahtijeva samo povećanje produktivnosti, dostupnost što većeg broja što raznolikijih i što jeftinijih proizvoda i usluga, nego nužno pretpostavlja i intenziviranje aktivnosti na planu zaštite potrošača kao posebne kategorije.⁵

Razvoj zaštite potrošača u sklopu EZ može se pratiti od njezina nastanka, iako u temeljnom ustavnom konstituirajućem aktu Zajednice, Rimskom Ugovoru o osnivanju EEZ iz 1957. godine,⁶ ovom segmentu komunitarne politike nije bila posvećena veća pozornost. Rimski ugovor pojam potrošača spominje samo na nekoliko mjesta. Tako se u sklopu normi koje su posvećene ostvarenju ciljeva Zajednice u domeni poljoprivrede određuje da cijene poljoprivrednih proizvoda moraju biti prihvatljive za potrošača,⁷ a čl. 40/3 obvezuje Zajednicu da svojim aktivnostima isključi svaku diskriminaciju u odnosima između proizvođača i potrošača u poljoprivrednoj proizvodnji. Definirajući pojam slobodne tržišne utakmice, Rimski ugovor apostrofira interes i dobrobit potrošača kao jedan od kriterija koji određuje je li ponašanje pojedinog tržišnog subjekta u skladu s ovim načelom ili ne.⁸ I konačno, čl. 92., kao jedan od izuzetaka od generalne zabrane državne pomoći gospodarskim subjektima, predviđa pravo države-članice da pruži pomoć proizvođačima pod uvjetom da je odobravanje pomoći izvršeno u cilju zaštite individualnih potrošača.

Od početka 70-tih godina, kada su temeljni ciljevi nastanka EEZ već bili manje-više ostvareni, tj. formirano je zajedničko tržište, naglasak se u aktivnostima zajednice premješta na druga pitanja, među njima i na zaštitu potrošača kao dio socijalne funkcije zajednice. Tako u razdoblju od 15-tak godina nastaju tri posebna programa djelovanja zajednice koja su usmjerena na unapređenje zaštite potrošača. Prvi program iz 1975. godine donesen je u obliku Rezolucije Europskog Vijeća i poznat je kao Prethodni program EEZ o zaštiti potrošača i politici obavješćavanja.⁹ On proklamira osnovna načela zaštite potrošača kao što su pravo na zaštitu zdravlja i sigurnosti, pravo na zaštitu ekonomskih interesa, pravo na naknadu štete, pravo na informiranje i obrazovanje i pravo na predstavljenost potrošača u odlučivanju. Drugi program zaštite potrošača iz 1981. godine, donesen također u obliku Rezolucije Vijeća o zaštiti potrošača i politici obavješćavanja,¹⁰ ne donosi neka nova načela zaštite, nego uglavnom razrađuje načela Prvog programa, detaljnije utvrđuje sadržaj prava potrošača i postavlja temelje formiranja institucionalnih oblika zaštite prava potrošača. Treći program zaštite potrošača donosi Rezolucija Vijeća iz 1986. godine,¹¹ a njegov najveći doprinos zaštiti potrošača je u naglašavanju ciljeva kao što je uspostava europskih

⁴ Ovo načelo se posebno naglašava u Rezoluciji Vijeća EZ o zaštiti potrošača iz 1986. godine (vidi: Official Journal (u daljnjem tekstu OJ) C 167/1/86) kao slogan «Europa s ljudskim licem».

⁵ Više o ovom aspektu djelovanja Europske zajednice vidi: Catherine Barnard, EC «Social» Policy, u: P. Craig, G. de Burca, *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, str. 479sq.

⁶ Treaty establishing the European Community (Rome, 25. March 1957).

⁷ Čl. 39/1(e) Rimskog ugovora.

⁸ Čl. 85(3) i 86(b) Rimskog ugovora.

⁹ OJ C 92/1/75.

¹⁰ OJ C 133/1/81.

¹¹ OJ C 167/1/86.

sigurnosnih i zdravstvenih standarda i ujedno stvaranje komunitarnih mehanizama nadzora poštivanja tih standarda, promocija edukacije i pravilnog obavješćavanja potrošača, zaštita ekonomskih interesa potrošača,¹² te stvaranje institucija i mehanizama koji će omogućiti efikasnu participaciju potrošača u postupku političkog i pravnog odlučivanja na razini EZ, u onom oblastima koje su od interesa za potrošača.

Sljedeća faza u razvoju prava zaštite potrošača započinje stupanjem na snagu Ugovora o Europskoj uniji, tzv. Maastrichtskog Ugovora,¹³ kada je prvi put u temeljnom ustavnom aktu zajednice zaštiti potrošača posvećena čitava jedna glava. Ugovor o Europskoj zajednici nakon Maastrichta proklamira načelo visoke razine zaštite potrošača i ona postaje i formalno, u najvišem pravnom aktu Zajednice, jedan od njezinih temeljnih ciljeva.¹⁴ Naime, odredbe čl. 3(t) kao jednu od djelatnosti zajednice, koji služe ostvarenju ciljeva definiranih u čl. 2., određuje i "doprinos pojačanju zaštite potrošača."¹⁵ Osim toga, Glava XI, tj. odredbe čl. 129.a¹⁶ Ugovora o EZ bavi se isključivo zaštitom potrošača,¹⁷ naglašavajući ovu zaštitu kao jedan od ciljeva zajednice, koji će se ostvarivati u prvom redu uspostavom i osiguravanjem zajedničkog tržišta, posebnim aktivnostima koje podupiru djelovanja država članica upravljena na zaštitu zdravlja, sigurnosti i gospodarskih interesa potrošača, kao i njihovim adekvatnim informiranjem.¹⁸

¹² Kao što je inzistiranje na ujednačenoj dostupnosti svih proizvoda i usluga na čitavom zajedničkom tržištu, dostupnost kredita na čitavom tržištu, zaštita u svezi sa suvremenim načinima plaćanja, ujednačavanje uvjeta pružanja usluga u oblasti turizma itd.

¹³ Treaty on European Union (Maastricht, 7. 2. 1992.), stupio na snagu 1.11.1993. godine

¹⁴ Više o značaju politike zaštite potrošača u EZ vidi: Stephen Weatherill, Consumer Policy, u: P. Craig, G. de Burca, The Evolution of EU Law, Oxford University Press, 1999, str. 693sq.

¹⁵ Art. 3: 1. For the purposes set out in Article 2, the activities of the Community shall include, as provided in this Treaty and in accordance with the timetable set out therein: (t) a contribution to the strengthening of consumer protection.

¹⁶ Nakon Stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama to je Glava XIV i čl. 153 Ugovora o EZ.

5. Measures adopted pursuant to paragraph 4 shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures. Such measures must be compatible with this Treaty. The Commission shall be notified of them.

¹⁷ TITLE XIV (ex Title XI) CONSUMER PROTECTION Article 153 (ex Article 129a)

1. In order to promote the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Community shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organise themselves in order to safeguard their interests.

2. Consumer protection requirements shall be taken into account in defining and implementing other Community policies and activities.

3. The Community shall contribute to the attainment of the objectives referred to in paragraph 1 through:

(a) measures adopted pursuant to Article 95 in the context of the completion of the internal market;

(b) measures which support, supplement and monitor the policy pursued by the Member States.

4. The Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251 and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt the measures referred to in paragraph 3(b).

¹⁸ O razvoju prava zaštite potrošača u Europskoj Zajednici, više vidi: Marko Baretić, Zaštita potrošača u Europskoj zajednici, Europsko privatno pravo (Gavella, Alinčić, Hrabar, Gliha, Josipović, Korać, Baretić, Nikolić) Zagreb, 2002.; str. 147. sq.

Na temelju ovako izraženih načela razvijalo se u proteklom razvoju u EZ pravo zaštite potrošača, koje danas predstavlja jedan izuzetno složeni mehanizam sastavljen od veoma različitih pravnih akata i tehnika. Složenosti ovog sustava pridonosi i činjenica da se zaštita potrošača ostvaruje u veoma različitim područjima djelovanja zajednice, tako da mnogi normativni akti zajednice koji nisu prvenstveno i isključivo namijenjeni rješavanju ovog problema, u sebi sadrže i norme koje imaju za cilj zaštititi položaj potrošača u odgovarajućoj oblasti.

Osim toga, potrebno je naglasiti da, u skladu s odredbama čl. 153. (bivši 129.a) Ugovora o EZ, pravne norme koje zajednica donosi u ovoj oblasti uvijek predstavljaju samo dopunu prava pojedinih zemalja članica koje su prvenstveno mjerodavne da uređuju ovu oblast.¹⁹ Stoga se, kako ističe pravna teorija,²⁰ pravo zaštite potrošača EZ mora shvaćati kao veoma heterogen i po sadržaju fragmentaran skup normi kojima se nadopunjuje i ujednačava pravo država članica u oblasti zaštite temeljnih interesa potrošača. Naime, zajednica reagira donošenjem propisa samo onda kada uoči postojanje neusklađenosti između pravnih sustava zemalja članica, odnosno onda kada ta neusklađenost prijeti ugroziti ostvarenje temeljnog cilja zajednice, a to je ostvarenje i osiguranje zajedničkog tržišta. Stoga se najveći dio aktivnosti zajednice na ovom području odvija kroz donošenje smjernica, kao sekundarnog, *soft-law* izvora prava, koji ima za cilj ujednačiti različita rješenja pojedinih pravnih sustava. Smjernice nemaju, u pravilu, neposredno djelovanje, tj. ne obvezuju pojedince, nego isključivo države članice, i to na način da su dužne uskladiti svoje nacionalno pravo s rješenjima smjernice.²¹ Osim toga, većina smjernica iz ove oblasti ima samo tzv. minimalni karakter, tj. ovim se smjernicama predviđaju samo minimalni standardi zaštite potrošača koje zemlje članice moraju poštivati, a slobodne su uvesti i više standarde zaštite ako to žele.²² Do sada je u području zaštite potrošača u EZ doneseno preko 90 smjernica, što samo po sebi ilustrira koliko je široko područje interesa ovog segmenta europskog prava i koliko je široko postavljena pravna aktivnost zajednice u tom području.

3. ZAŠTITA POTROŠAČA U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

S obzirom na ovakav veoma intenzivan razvoj zakonodavne i svake druge pravne djelatnosti na polju zaštite potrošača u našem najbližem okruženju, i za pravo Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske, ovo je pitanje postalo od prvorazrednog značenja. Procesi europskih integracija, kojima obje zemlje teže, zahtijevaju da se i naš pravni poredak u što većoj mjeri uskladi sa standardima i zahtjevima prava Europske unije, u kojoj je onaj segment prava, koji se danas već s priličnom sigurnošću može definirati

¹⁹ Primjena tzv. načela subsidiarnosti i proporcionalnosti, kao temeljnih načela prava EU.

²⁰ Vidi: Baretić, isto, str. 152sq.

²¹ Osim toga, smjernice obvezuju državu članicu samo svojim ciljem, što znači da je država slobodna u izboru metoda pomoću kojih će implementirati rješenja smjernice, sve dok tim metodama uspješno ostvaruje cilj i svrhu pojedine smjernice.

²² Naravno, to nije apsolutna sloboda za države članice, budući da su u svim svojim normativnim aktivnostima uopće, pa posebno i u ovom području, (čl. 153(5) Ugovora o EZ) vezane pravilom po kojem sve poduzete mjere u nacionalnim pravima moraju biti u skladu s Ugovorom.

kao posebno pravo zaštite potrošača,²³ postao značajan dio pravnog sustava. Stoga je u pravu obiju zemalja uslijedila aktivnost na izradi posebnih zakona koji će regulirati problem zaštite potrošača. Tako je Bosna i Hercegovina 25. lipnja 2002. godine usvojila Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini,²⁴ a u Republici Hrvatskoj je u pripremi donošenje zakonskog teksta u ovoj oblasti.²⁵ I Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini i nacrt budućeg hrvatskog zakona pokazuju da su obje zemlje usvojile jedan od mogućih pristupa regulaciji ove materije, a to je donošenje posebnog zakona koji će manje-više jedinstveno urediti materiju zaštite potrošača, odnosno na jednom mjestu donijeti (gotovo) sva pravila koja su od značenja za položaj potrošača na tržištu. Naravno, moguće je i drukčiji pristup reguliranju ove materije, tj. moguće je donošenje posebnih zakona koji će regulirati pojedine značajnije aspekte pravnog i ekonomskog položaja potrošača, ili pak intervencija u postojeće zakonske i podzakonske tekstove koji reguliraju materiju povezanu s problemima od interesa za potrošača.²⁶ Pristup hrvatskog i bosanskohercegovačkog zakonodavca ovoj materiji, tj. odlučivanje za ovakav nomotehnički pristup, u skladu je s europskim i svjetskim trendovima, budući da je većina zemalja donijela posebne propise iz oblasti zaštite potrošača.²⁷ Oni predstavljaju na određeni način temeljni zakonski akt u ovoj materiji, ali praksa većine stranih prava, posebno praksa zemalja članica EU, ne ostaje samo na ovom osnovnom aktu, već se zaštita potrošača nadograđuje, ovisno o prirodi konkretne materije,

²³ Treba napomenuti da je status prava potrošača kao posebne grane prava ili barem posebnog pravnog područja, unatoč veoma velikom broju posebnih normativnih akata posvećenih ovoj materiji, u pravnoj teoriji još uvijek sporan i izaziva velika neslaganja. Protivnici ideje da je ova oblast posebna grana prava ističu da pravne norme iz ove oblasti reguliraju pitanja koja velikim dijelom pripadaju nekim drugim klasičnim granama prava (obvezno pravo, trgovačko pravo, radno pravo, socijalno pravo, pravo osiguranja, itd.). Štoviše, u njemu se miješaju elementi koji pripadaju ne samo privatnopravnoj oblasti nego i oblasti javnog prava (kazneno pravo, prekršajno pravo, carinsko pravo, upravno pravo itd.), tako da je veoma teško govoriti o posebnom predmetu kao jednom od kriterija koji omogućava formiranje nove grane prava. Ova specifičnost predmeta potrošačkog prava dovodi do specifičnosti i u metodama regulacije, kao drugom odlučujućem kriteriju za izdvajanje neke oblasti pravnog reguliranja u granu prava. Naime, iako se ono prvenstveno služi privatnopravnim metodama, odnosno u suštini se temelji na načelu autonomije volje, načelu jednakosti subjekata i načelu prometnosti prava, posebnost predmeta dovodi do uvođenja javnopravnih metoda, prinudnosti pojedinih mjera, odnosno do značajnog ograničenja slobode uređenja pravnih odnosa u ovoj oblasti. Stoga se pravo potrošača veoma često apostrofira kao oblast u kojoj dolazi do prodora administrativnog, prinudnopravnog metoda regulacije u odnose koji su po svojoj prirodi privatnopravni.

No, u novijoj teoriji prevladava stav da ovom problemu treba pristupati prvenstveno s pozicija «pravnog realizma», tj. bez obzira na to što je po uvriježenim doktrinarnim kriterijima možda teško «sinjestiti» pravo potrošača u neku od postojećih kategorija pravnog sustava, treba uvažavati činjenicu da se u modernom pravu pojavljuje veoma intenzivna zakonodavna, sudska i teorijska aktivnost usmjerena na ostvarenje jednog specifičnog cilja, koji toj aktivnosti daje unutarnju koheziju. Taj cilj je sveobuhvatna zaštita interesa jedne skupine i svakog pojedinca koji pripada toj skupini, a ostvaruje se posebnim tehnikama i pravnim metodama. Više o teorijskim stavovima povodom ovog problema vidi: Nevenko Misita, *Osnove prava zaštite potrošača Europske zajednice*, Pravni centar, Fond Otvoreno društvo Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 1997, str. 45 sq.

²⁴ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 17/2002.

²⁵ Tekst Nacrta Zakona o zaštiti potrošača, izrađen od strane Ministarstva gospodarstva Republike Hrvatske, dostupan je na stranici: <http://www.mingo.hr>

²⁶ Npr. zakoni koji reguliraju ugovornu materiju, posebno ugovor o prodaji, zakoni iz materije osiguranja, bankarskih usluga, turističko zakonodavstvo, administrativni propisi o sigurnosti i zdravstvenim standardima proizvoda i usluga itd.

²⁷ Vidi primjerice: francuski Code de la consommation, iz 1978. godine, austrijski Zakon o zaštiti potrošača iz 1979. godine, španjolski Zakon o zaštiti potrošača i korisnika usluga iz 1984. g. itd.

donošenjem čitavog niza posebnih zakona, i još češće izmjenama i dopunama postojećeg zakonodavstva. To je posljedica izuzetne složenosti pojma potrošača i činjenice da se potrošač pojavljuje u veoma različitim odnosima. Stoga na njegov pravni položaj utječe niz pravnih pravila uređenih u okvirima drugih grana prava, i načelo zaštite potrošača zahtijeva da se ta pravila izmijene ili dopune na način koji omogućava ovu zaštitu.

U tom svjetlu valja promatrati i ovo rješenje bosanskohercegovačkog prava. Zaštita koja je predviđena ovim zakonom tek je jedan korak na putu ostvarenja stvarne zaštite potrošača u svim segmentima njegove pozicije na tržištu, a nikako ne dovršen posao. Osim toga, treba reći da sam tekst Zakona o zaštiti potrošača Bosne i Hercegovine, nažalost, otvara suviše prostora za ponekad veoma ozbiljne kritične opservacije. Veliki dio nedostataka zakona svoj korijen ima u činjenici da su redaktori zakona očigledno uzeli kao osnovu tekstove najznačajnijih smjernica EZ iz oblasti zaštite potrošača, što je samo po sebi posve u redu i predstavlja načelno pravi put u pokušaju da se standardi zaštite potrošača na ovim prostorima pokušaju približiti u pravilu veoma kvalitetnim dosezima te zaštite u EZ. Ali, ova se rješenja ne mogu pukim usvajanjem, i to često samo nekih izdvojenih odredaba iz ovih smjernica, jednostavno "prenijeti" u drugi pravni sustav. Svaka od smjernica koje su bile uzor za ove tekstove čini određeno pravno i logičko jedinstvo, mnoge od njih su izuzetno složene i imaju različite razine obvezatnosti, rješenja koja nude nacionalnim pravima zemalja članica EZ često su plod kompromisa između postulata različitih pravnih sustava koji čine tu zajednicu, itd. Stoga se ni u sve pravne sustave tih zemalja nisu sve smjernice uvodile na isti način, niti uvijek s istim rezultatima. Kada se tako složen instrumentarij pokuša svesti na ovaj ipak relativno uzak zakonski tekst i kada ga se uvede u jedan pravni poredak koji isto tako ima svoje specifičnosti, očigledno je da se moraju otvoriti brojna sporna pitanja.

Koliko je donošenje ovakvog propisa tek početak realizacije temeljnog cilja sveobuhvatne zaštite potrošača i koliko problema ovakav pristup može izazvati, pokazat ćemo u ovom radu na jednom segmentu tog zakona. Naime, Zakon o zaštiti potrošača Bosne i Hercegovine, između ostalog, regulira i materiju tzv. "nepravednih ugovornih odredaba", tj. sadrži pravila o valjanosti i obvezatnoj snazi onih odredaba ugovora koje je u ugovor s potrošačem jednostrano unijela druga strana u ugovoru, prodavatelj ili pružatelj usluge.²⁸

4. OPĆENTO O FORMULARNIM UGOVORIMA I OPĆIM UVJETIMA POSLOVANJA

Ugovor se u građanskom pravu definira kao suglasnost volja dva ili više subjekata, s ciljem postizanja određenih pravnih posljedica, što znači da ugovor nastaje kao rezultat susreta dviju nezavisnih i pravno jednakih volja. Ali, u suvremenim uvjetima ovakva apsolutno shvaćena sloboda ugovaranja i jednakost stranaka u formiranju sadržaj ugovora, sve se rjeđe susreće.²⁹ Naime, u poslovnoj i pravnoj praksi sve više

²⁸ Glava XIX: Ugovorne odredbe (čl. 111-114)

²⁹ Načelo slobode ugovaranja kao temeljni postulat građanskog prava ograničeno je ne samo institutom javnog poretka, (čl. 10 Zakona o obveznim odnosima, Sl. l. SFRJ br. 29/78, 39/85, 46/85, 57/89, Zakon o preuzimanju Zakona o obligacijskim odnosima, Sl. list RB i H 2/92-102, 13/93-132. (u daljnjem tekstu ZOO)), nego i različitim ekonomskim, finansijskim, tržišnim ili čak psihološkim položajem stranaka u ugovoru.

prevladava poseban način zaključenja ugovora koji ozbiljno sužava klasično shvaćanje načela slobode ugovaranja, a to su tzv. formularni, standardni ili tipski ugovori, a posebno adhezijski ugovori ili ugovori po pristupu, kao podvrsta formularnih ugovora.

Iako se često ovi termini upotrebljavaju kao sinonimi, radi se o pravno ipak različitim situacijama. Pojam ugovora po pristupu označava posebnu tehniku zaključenja ugovora koji isključuje mogućnost pregovaranja o sadržaju ugovora, budući da jedna od ugovornih strana određuje u cijelosti sadržaj ugovora, a druga ima, u pravilu, samo mogućnost tako ponuđenom ugovoru pristupiti u cjelini ili odbiti zaključenje ugovora.³⁰ S druge strane, termin tipski ili standardni ugovor, ima značenje standardiziranog teksta ugovora o čijem sadržaju stranke mogu pregovarati, mijenjati ga i dopunjavati ovisno o svojim potrebama i postignutom dogovoru. To znači da je pojam tipskog ugovora širi od pojma adhezijskog ugovora. Formularni ugovor može biti istodobno i ugovor po pristupu, ako je strana koja nudi zaključenje tog ugovora izričito ili prešutno izrazila volju isključiti mogućnost pregovaranja o bilo kojem elementu ugovora. Ugovori po pristupu su u praksi uvijek formularni ugovori, jer je jedna strana unaprijed formulirala tekst čitavog ugovora i, u pravilu, ga nudi velikom broju budućih sukontraheata. I formularni i adhezijski ugovori kao njihova podvrsta, u pravilu, se sastoje, barem u jednom dijelu, od tzv. općih uvjeta ugovora ili općih uvjeta poslovanja ponuditelja.³¹ Opći uvjeti poslovanja su unaprijed utvrđeni uvjeti po kojima posluje određeni subjekt, i u pravilu ih u cijelosti ili u nekim dijelovima inkorporira u tekst formularnog ugovora, kao opće ponude s kojom nastupa na tržištu.³²

Formularni i adhezijski ugovori javljaju se ozbiljnije u poslovnoj praksi već u 19. stoljeću, a u posljednjih nekoliko desetaka godina njihova se upotreba toliko proširila da su u nekim granama poslovanja postali gotovo jedini oblik zaključivanja ugovora.³³ Nastali su kao rezultat potrebe da se u onim granama poslovanja u kojima jedna strana veoma često zaključuje veliki broj ugovora iste vrste i istog sadržaja s različitim sukontrahentima, pravni promet pojednostavni i ubrza. U odnosu na klasično pregovaranje prednosti ovakvog načina zaključenja ugovora su očigledne. On, naime, značajno smanjuje troškove pregovaranja, omogućava brzu i efikasnu masovnu

³⁰ Čitav ugovor ne mora imati karakteristike adhezijskog ugovora. Naime, izričitom voljom ponuditelja mogu neke odredbe ugovora biti isključene od pravila «a prendre ou a laisser», ili «take it or leave it», ali takve klauzule u pogledu kojih postoji mogućnost pregovora između suugovarača, moraju biti točno naznačene.

³¹ Više o tipskim ugovorima i ugovorima po pristupu, vidi: Slobodan Perović, *Obligacijsko pravo*, Službeni list SFRJ, 1990., str. 217. sq.; Wheeler S. - Shaw J., *Contract law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, str. 560. sq.

³² Veoma često se u formularni ugovor ne uključuju svi opći uvjeti poslovanja ponuditelja, već samo neki koji su najznačajniji za reguliranje konkretnog odnosa, dok se na ostale uvjete formularni ugovor samo poziva kao na sastavni dio ugovora koji je sadržan u nekom posebnom tekstu. (tzv. «incorporation by reference».)

Više o općim uvjetima poslovanja, u našem i usporednom trgovačkom pravu, vidi: Aleksandar Goldštajn, *Opći uvjeti poslovanja u međunarodnoj i unutrašnjoj trgovini*, Informator, Zagreb, 1970, str. 11. sq.; Jelena Vilus, *Opći uvjeti formularnih ugovora*, SA, Beograd, 1976.;

³³ Ugovori o prodaji industrijske robe krajnjim potrošačima, ugovori iz oblasti prijevoza, bankarskih usluga, usluga osiguranja, turistički ugovori, obavljanje različitih javnih usluga kao što su poštanske usluge, komunalne usluge, distribucija električne energije, vode, plina, gradski promet itd.

distribuciju proizvoda ili usluga jer se uvijek zaključuje isti ugovor, omogućava ponuditelju da rizike poslovanja i rizike sporova s klijentima svede samo na jedan unaprijed određeni relativno uski krug mogućih pitanja, a time svakako u značajnoj mjeri standardizira i problem svoje odgovornosti. Sve to dovodi do toga da mu je olakšan ukupni nadzor nad poslovanjem koje je kvantitativno veoma razgranato i konačno da svede na najmanju moguću razinu organizacijske troškova svog ukupnog poslovanja.

Pored ovih nesumnjivih prednosti za nositelja formularnih ugovora, oni imaju i velike prednosti za drugu stranu u ugovoru, i to ne samo zbog brzine i efikasnosti zaključenja pravnog posla nego još više zbog činjenice da sve prednosti ovakvog zaključenja ugovora za ukupno poslovanje ponuditelja ovome omogućavaju da smanji troškove poslovanja, što znači da snizi cijenu po kojoj nudi svoje proizvode, tj. robe i usluge.³⁴ Time se ujedno postiže korist i sa stajališta ukupne društvene zajednice, odnosno postiže se povećanje produktivnosti i masovna proizvodnja roba i usluga po cijenama pristupačnim prosječnom potrošaču.

Ali, standardizirano zaključivanje ugovora ima i određene negativne efekte po interese strane koja pristupa takvom ugovoru bez mogućnosti da značajnije izmijeni njegov sadržaj. Sam pojam formularnih, a posebno adhezijskih ugovora, po definiciji implicira ozbiljno ograničavanje ili čak potpuno isključenje dvaju temeljnih načela ugovornog prava, a to su načelo slobode ugovaranja i načelo ravnopravnosti stranaka. Stranka koja pristupa ugovoru ne samo da nema nikakvog utjecaja na sadržaj ugovora kojeg zaključuje nego je veoma često faktički, iako ne i formalnopravno, ograničena i u izboru između više ugovora i više sukontrahenata koji se nude na tržištu. Naime, jedna od karakteristika modernog tržišta jest da ponuditelji u istoj oblasti često usklađuju uvjete poslovanja u ugovorima tako da potrošač ima veoma ograničen ili nikakav stvarni izbor. Osim toga, položaj mu se pogoršava i time što je druga strana, u pravilu, neusporedivo moćnija u ekonomskom smislu,³⁵ što dovodi do nastanka, pored pravne, i stvarne nejednakosti stranaka.³⁶

Ove nejednakosti u poziciji stranaka rezultiraju, između ostalog, i time da strana koja sastavlja tekst formularnog ugovora može drugoj strani nametati klauzule koje su za nju nepovoljne. Tako formularni ugovori, odnosno opći uvjeti poslovanja kao njihov sadržaj, često sadrže klauzule koje ograničavaju ili potpuno isključuju prava koja bi druga strana imala u skladu s dispozitivnim normama zakona ili poslovnim običajima, klauzule koje nerazmjerno ograničavaju ili isključuju odgovornost ponuditelja za povrede ugovornih obveza, ili mu omogućavaju da jednostrano mijenja sadržaj ugovora, odustaje od nekih obveza i sl. No, ovdje treba napomenuti da ponekad pristupnik ugovoru takve klauzule prihvaća svjesno, jer zbog gore navedenih okolnosti

³⁴ Više o ekonomskim aspektima ovakvog načina sklapanja ugovora vidi: T. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, Harvard Law Review, 1983/96 (str. 1173).

³⁵ Razlika u ekonomskoj snazi uvjetuje razliku u položaju na tržištu, omogućava nositelju formularnog ugovora da raspolaže s mnogo više iskustva i znanja vezanih za zaključenje, tumačenje i izvršenje ugovora, omogućava mu nadmoćnu poziciju u slučaju spora s potrošačem i sl.

³⁶ To je posebno prisutno kod tzv. potrošačkih ugovora, kod kojih s jedne strane nastupa individualni potrošač, a s druge često veoma moćni prodavatelj (pružatelj usluga) ili čak poslovno udruženje više takvih subjekata.

nema druge mogućnosti da zaključi ugovor koji želi zaključiti. No, veoma često se zapravo radi o tome da suugovaratelj, posebno ako je riječ o individualnom potrošaču, prihvaća ovakve klauzule činom izjave prihvata, iako nije svjestan čak niti njihovog postojanja, a još manje sadržaja i pravnog dosega. To stoga što se u svakodnevnoj poslovnoj praksi, posebno kod ugovora koji nisu velike vrijednosti, ugovoru često pristupa bez detaljnog čitanja teksta ugovora, a još rjeđe će se potrošač potruditi pročitati odvojeni dokument koji sadrži opće uvjete poslovanja, na koje se ugovor poziva.

Sve to dovodi do značajna narušavanja ugovorne ravnoteže, a često znači i povredu temeljnih načela ugovornog prava, posebno načela jednakosti stranaka, načela jednake vrijednosti prestacija itd. Stoga su u svim modernim zakonodavstvima prihvaćeni određeni pravni instrumenti kojima se nastoji neutralizirati ove loše strane formularnog zaključivanja ugovora, sačuvavši pritom njegove nesumnjive prednosti koje ga čine nezamjenjivim za moderno poslovanje. Teorijsko opravdanje uvođenja ovakvih posebnih pravila kojima se štiti pravno i faktički slabija strana u ugovoru, nalazi se u činjenici da je ugovorna sloboda stranke pristupnice po samoj prirodi ovakvih ugovora značajno ograničena, odnosno da se praktički svodi samo na odluku da li pristupiti unaprijed određenom sadržaju ili ne.

Pravni instrumenti kojima se to postiže uglavnom su veoma slični u većini pravnih sustava.³⁷ Tako se nastoji osigurati da strana koja pristupa ugovoru zaista ima mogućnost da se upozna sa sadržajem i smislom ugovora, a to se postiže pravilima koja postavljaju kriterije vezanosti pristupnika općim uvjetima ugovora. Osim toga, svi pravni sustavi, još od rimskih vremena, prihvaćaju posebno načelo tumačenja nejasnih klauzula ugovora čiji je sadržaj jednostrano odredila jedna ugovorna stranka. Ovakve klauzule, kao i nejasne klauzule općih uvjeta na koje se ugovor poziva, tumače se uvijek na način koji ide u korist pristupnika. No, svakako se najznačajnijim instrumentom zaštite slabije strane u standardiziranim ugovorima mogu smatrati pravila koja omogućavaju poništavanje onih klauzula općih uvjeta ugovora koje najgrublje vrijeđaju načelo jednakosti i ugovorne ravnoteže.³⁸

I naš ZOO je ovom problemu poklonio određeni prostor. Tako odredbe čl. 142.-144. ZOO-a uređuju na općoj razini materiju općih uvjeta formularnih ugovora, odredbe čl. 100. u sklopu pravila o tumačenju ugovora postavljaju pravilo *contra proferentem* kao vladajuće načelo tumačenje nejasnih odredaba formularnih ugovora, a dijelom ove pravne regulative mogu se smatrati i odredbe čl. 486. koji, u dijelu zakona posvećenom odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari, proglašava

³⁷ O nekim rješenjima najznačajnijih pravnih sustavi u ovoj materiji, vidi: Zvonimir Slakoper, *Nevaljalost pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 2001/1, str. 181sq.

³⁸ No, uvijek treba imati na umu da koliko god je zahvat pravnog poretka u ovu materiju nužan da bi se otklonili poremećaji ugovorne ravnoteže, toliko on ne smije dovesti u pitanje sam institut formularnog i adhezijskog zaključivanja ugovora i njegove neprocjenjive prednosti za poslovne odnose. Osim toga, intervencija zakonodavca ne bi trebala biti jednako intenzivna za sve ugovore iz ove kategorije. Ako se radi o formularnim ugovorima koje zaključuju stranke s približno izjednačenim ekonomskim i tržišnim pozicijama, kao što su profesionalni subjekti kada zaključuju ugovore među sobom, uplitanje pravnog poretka ne bi trebalo biti toliko prisutno. S druge strane, ako se radi o općim uvjetima formularnih ugovora koje nude jaki poslovni subjekti potrošačima - neprofesionalcima, mnogo je veća vjerojatnost da će interesi pristupnika, kao u svakom pogledu slabije strane, biti ozbiljno ugroženi.

nedopuštenima ugovorne klauzule o isključenju takve odgovornosti prodavatelja, pod uvjetom da je nametnuta njegovim monopolskim položajem.³⁹

5. USPOREDBA RJEŠENJA EUROPSKOG PRAVA S RJEŠENJIMA ZAKONA O ZAŠTITI POTROŠAČA U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

Kako su zakonodavstva većine država članica EZ tijekom 70-tih godina donosila propise iz oblasti uređenja obvezatnosti općih uvjeta poslovanja kao sadržaja formularnih ugovora,⁴⁰ to je rezultiralo velikim stupnjem neujednačenosti pravnih rješenja, posebno u pogledu valjanosti nepravilnih klauzula takvih ugovora. Ovakva situacija dovela je do ozbiljne opstrukcije zajedničkog tržišta, i to ne samo zbog činjenice da je uzrokovala različiti stupanj zaštite potrošača u pojedinim zemljama,⁴¹ nego i vezano za povredu načela slobodnog kretanja roba i usluga uopće.⁴² Načelo sveobuhvatne zaštite potrošača, i u svezi s tim i ostvarenje i zaštita zajedničkog i slobodnog tržišta, zahtijevali su usuglašavanje rješenja na razini čitave zajednice.

Harmonizacija prava izvršena je donošenjem i implementacijom Smjernice Vijeća EZ br. 93/13 o nepravilnim ugovornim klauzulama u travnju 1993. godine.⁴³ Interesantno je da je rad na usuglašavanju ovog segmenta prava u EZ započeo već negdje početkom 70-tih godina,⁴⁴ no upravo zbog donošenja nacionalnih zakona o općim uvjetima poslovanja u brojnim zemljama zajednice rad je na duže vrijeme obustavljen. Osamdesetih godina Vijeće EZ i Europski Parlament ponovno započinju aktivnosti

³⁹ Naravno, ova odredba se ne odnosi samo na formularne ugovore, ona ima šire značenje jer proglašava ništavom klauzulu o isključenju odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari i u ugovorima koji su nastali individualnim pregovaranjima, ako je unošenje klauzule posljedica monopolskog položaja prodavatelja. No, u praksi će se ovakva situacija redovito događati baš kod formularnog i posebno adhezijskog zaključivanja ugovora.

U engleskom pravu odredbe o nepravilnosti općih uvjeta ugovora sadržavaju brojni posebni zakoni među kojima su najznačajniji: Restrictive Trade Practices Act iz 1957. g.; Consumer Protection Act donesen prvi put 1961. g., a danas je na snazi tekst zakona iz 1987. g.; Sale of Goods Act iz 1979. g.; The Supply of Goods (implied terms) Act iz 1973. g.; Unfair Contract Terms Act iz 1977. g.

⁴⁰ U njemačkom pravu donesen je poseban zakon o općim uvjetima ugovora: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (u daljnjem tekstu: AGB-Gesetz) od 9. 12. 1976 (BGBl. 3317) U francuskom pravu je donesen Zakon o zaštiti i informiranju potrošača proizvoda i usluga: Loi n° 78-23 du janvier 1978 Sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

Italija je prihvatila sustav nabiranja pojedinih klauzula koje, ako nisu posebno pismeno odobrene od strane koja pristupa općim uvjetima, tu stranu ne obvezuju. (Čl. 1341. *Codice civile*)

⁴¹ U ovakvoj situaciji položaj potrošača određen je nacionalnim pravom i to dovodi do «blokiranja» zajedničkog tržišta jer i on i pružatelj usluga, odnosno prodavatelj roba, nerado prelaze granice zemlje strahujući od rješenja stranog prava koje im je nepoznato ili postavlja bitno drukčije uvjete valjanosti pojedinih klauzula općih uvjeta poslovanja.

⁴² Treba, naime, imati na umu da se nacionalni propisi koji uređuju obvezatnost općih uvjeta poslovanja u velikom broju slučajeva odnose ne samo na tzv. potrošačke ugovore, nego i na ugovore koje zaključuju profesionalni subjekti međusobno.

⁴³ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (OJ L 095, 21/04/1993 p. 0029 - 0034) U daljnjem tekstu: Smjernica 93/13. Rok koji je ostavljen državama članicama za usaglašavanje nacionalnih prava s pravilima Smjernice bio je 31. prosinac 1994. godine.

⁴⁴ Prvi prijedlozi teksta ove smjernice izrađeni su još 1975. godine. Više o povijesti donošenja ove smjernice vidi: Peter Duffy, *Unfair contract terms and the draft E.C. Directive*, The Journal of Business Law, 1993/January.

na izradi smjernice. No, usuglašavanje stavova trajalo je veoma dugo, i to kako zbog protivljenja krugova koji su zastupali interese autora općih uvjeta i nositelja formularnih ugovora, tako još više zbog postojanja značajnih razlika u pravnim sustavima zemalja članica povodom ovog pitanja, koje su značajno otežavale nastojanja da se nađu rješenja koja će se moći podjednako uspješno primjenjivati u tako različitim pravima.

Smjernica 93/13 veoma je značajan normativni akt EZ i zbog toga što predstavlja prvi pokušaj da se harmonizira jedan segment klasičnog civilnog prava i, kako se ističe u pravnoj teoriji, njezine odredbe, za razliku od drugih smjernica u oblasti zaštite potrošača, ulaze u samu bit ugovornog prava.⁴⁵

5.1. *Ugovori i ugovorne odredbe na koje se odnose pravila Smjernice 93/13 i pravila Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini*

U Preambuli, koja sadrži 24. stavka (recitala), Smjernica 93/13 proklamira ciljeve donošenja ovog akta, a to je u prvom redu ostvarenje višeg stupnja zaštite potrošača.⁴⁶ Ovaj cilj će se ostvariti harmonizacijom nacionalnih propisa zemalja-članica, a posebno se naglašava da Smjernica ima za cilj štititi potrošača od nepravidnog lišavanja osnovnih prava iz ugovora.⁴⁷ Sve to služi omogućavanju i osiguravanju djelovanja jedinstvenog europskog tržišta.⁴⁸ Osim toga, u Preambuli se detaljnije objašnjavaju neki elementi iz njezina središnjeg dijela, isključuju se neki tipovi ugovora iz domene djelovanja pravila Smjernice.⁴⁹ Sve to čini da ovaj dio Smjernice 93/13 nema samo ono uobičajeno značenje uvodne proklamacije svrhe i značaja smjernice za određenu pravnu oblast već mu daje u nekim elementima istu obvezujuću snagu koju imaju ostali dijelovi akta.

U određivanju ugovora na koje se primjenjuju odredbe ove Smjernice odlučujuća su dva kriterija. S jedne strane, ova se Smjernica odnosi samo na ugovore koji spadaju u tzv. potrošačke ugovore, a s druge samo na one potrošačke ugovore ili pojedine odredbe tih ugovora koje možemo smatrati formularnim, odnosno adhezijskim ugovorima (odredbama).

5.1.1. Pojam potrošača u Smjernici 93/13

Smjernica 93/13 spada u tzv. "potrošačke smjernice", njezin osnovni cilj proklamiran u Preambuli je zaštita potrošača i stoga se ona ograničava samo na one formularne ugovore u kojima se kao strana koja pristupa ugovoru pojavljuje potrošač.⁵⁰ Pojam potrošača ova smjernica definira kao fizičku osobu koja u ugovorima pokrivenim ovom smjernicom, djeluje radi ostvarenja ciljeva koji su izvan njezine poslovne ili

⁴⁵ Tako vidi: Baretić, isto, str. 167.

⁴⁶ Stavak 4, 8, 9, 11 Preamble Smjernice 93/13

⁴⁷ Stavak 2, 3, 5, 8, 9, 10 Preamble Smjernice 93/13

⁴⁸ Stavak 1, 2, 5, 6, Preamble Smjernice 93/13

⁴⁹ Stavak 10 Preamble Smjernice 93/13

⁵⁰ U vrijeme donošenja Smjernice 93/13 bilo je prijedloga od strane Odbora Europskog Parlamenta za pravne poslove da se odredbe o nevaljanosti pojedinih klauzula ugovora prošire na sve formularne ugovore, a ne samo potrošačke. No, takvi su prijedlozi doživjeli veoma velika protivljenja predstavnika poslovnih...

profesionalne djelatnosti.⁵¹ Treba napomenuti da je pojam "potrošača" u europskom pravu zaštite potrošača veoma teško do kraja precizno definirati. To je posljedica velike neujednačenosti u definiranju potrošača u pojedinim aktima zajednice, pa i u odlukama Europskog suda.⁵² Većina "potrošačkih smjernica", pa tako i ova, u svojim definicijama potrošača prihvaća tzv. užu pojam potrošača.⁵³ S druge strane, novija praksa Europskog suda, a veoma često i pravna literatura, izražava sve češće stav da bi pojam potrošača trebalo shvaćati mnogo šire od onog što dopušta usko jezično tumačenje tih odredaba.⁵⁴ Naime, užu pojam potrošača inzistira na tome da se potrošačem mogu smatrati samo fizičke osobe, i to samo onda kada djeluju van bilo kakve poslovne ili profesionalne aktivnosti. Time se zbog formalnog elementa uskraćuje zaštita u mnogim ugovorima u kojima, primjerice, pravne osobe (mali poduzetnici, različita udruženja ili organizacije građana, i sl.) nastupaju u tipičnoj potrošačkoj ulozi, i u odnosu na velike i moćne komercijalne organizacije zaslužuju, ako se uzme u obzir *ratio legis* instituta zaštite potrošača, isti intenzitet zaštite kao i individualni potrošač. To je posebno očigledno ako ugovor kojeg sklapaju nije ugovor iz njihove profesionalne djelatnosti u strogom smislu riječi, iako posredno može služiti omogućavanju ili olakšavanju njihovog poslovanja.⁵⁵ Problem postaje još očigledniji ako se radi o pravnim osobama čija djelatnost ne spada u djelatnost stjecanja zarade, već isključivo zadovoljenja određenih drugih potreba građana ili društva u cjelini.⁵⁶ Isti argumenti mogu se isticati i za neke ugovore koje sklapaju fizičke osobe u sklopu

... grupacija, tako da je na kraju njeno djelovanje suženo i ona je od smjernice koja bi generalno harmonizirala jedan značajan segment ugovornog prava, postala isključivo «potrošačka» smjernica. Naravno, svi razlozi za ograničenje slobode jedne strane u isključivom formiranju ugovornih klauzula, najintenzivnije su prisutni upravo kod ugovora u kojima je potrošač onaj koji pristupa formalnom ugovoru. On je uvijek slabija strana u ugovoru i stoga njegov položaj svakako zahtijeva viši stupanj zaštite od strane pravnog poretka, no što je to slučaj s ostalim subjektima. Više o ovim raspravama povodom donošenja Smjernice 93/13 vidi: Peter Duffy, *Unfair contract terms and the draft E.C. Directive*, *The Journal of Business Law*, 1993/January.

⁵¹ Article 2 (b): "consumer" means any natural person who, in contracts covered by this Directive is acting for purposes which are outside his trade, business or profession.

⁵² Više o tome vidi: Baretić, isto, str. 155sq.

⁵³ Ovaj užu pojam stvoren je po prvi put i kao takav potvrđen i do kraja definiran u praksi Europskog suda vezanoj za Smjernicu o zaštiti potrošača kod ugovora o prodaji izvan poslovnih prostorija: Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, *Official Journal L 372*, 31/12/1985 P. 0031 - 0033. Isto shvaćanje pojma potrošača sadrži i čl. 5 Rimske konvencije o izboru mjeroдавnog prava za ugovore (Rome Convention of 1980 on Choice of Law for Contracts).

⁵⁴ U tom smislu izjašnjavaju se mnogi autori. Vidi: Brain St. J. Collins, *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*, *Web Journal of Current Legal Issues*, in association with Blackstone Press Ltd., 1995/3, str. 2sq.; Misita, isto, str. 267.; Guido Alpa, *L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999/4, str. 1178sq.; P. Duffy, isto, str. 72-73.

⁵⁵ Npr. sklapanje ugovora o kupnji automobila ili uredske opreme za potrebe pravne osobe, sklapanje ugovora o isporuci različitih oblika energije, sklapanje ugovora o prijevozu zbog poslovnog putovanja, poslovni ručak i sl. Neopravdanost ovakvog isključenja od zaštite je još očiglednija ako se radi o ugovoru koji u sebi kombinira, uz elemente tipičnog ugovora iz poslovne sfere, i elemente ugovora koji nema nikakve veze s poslovnom aktivnošću pravne ili fizičke osobe, primjerice sklapanje ugovora o prijevozu radi putovanja koje je dijelom poslovno putovanje, a dijelom putovanje radi odmora. (O tom problemu vidi: David Grant, *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations and the IATA General Conditions of Carriage - A United Kingdom Consumer's Perspective*, *The Journal of Business Law*, 1998/March, str 128.)

⁵⁶ Različita kulturna ili športska udruženja, humanitarne organizacije isl.

svoje profesionalne ili poslovne djelatnosti, ali koji su po svojim karakteristikama tipični potrošački ugovori.⁵⁷

Zbog svega se navedenog u pravnoj literaturi sve više ističe da bi pojam potrošača trebalo interpretirati u skladu s ciljevima, a ne u uskom formalnom smislu, tj. da bi zaštitu iz svih potrošačkih smjernica trebalo proširiti, u skladu s unutarnjim razlozima donošenja ovakvih pravila, na sve one situacije u kojima je jedna strana u ugovoru u tipičnoj potrošačkoj ulozi i kada je njezin položaj u odnosu na drugu stranu nesumnjivo slabiji, a njezini interesi očigledno ugroženi. Naravno, takav pristup zahtijeva izuzetan stvaralački napor suda u primjeni odredaba o zaštiti potrošača i pominjivo ispitivanje posebnih okolnosti svakog slučaja. No, ohrabruje što takvih primjera već ima, i to i u praksi nacionalnih sudova zemalja koje su tekst Smjernice 93/13 već inkorporirale u svoje pravne sustave. Tako, primjerice, neke presude engleskih sudova dopuštaju zaštitu temeljem odredaba o nepravničnim uvjetima potrošačkih ugovora i za tzv. male poduzetnike, ako ugovor ima elemente potrošačkog ugovora. Isti stav je, još očiglednije, prisutan u praksi skandinavskih zemalja, budući da ima oslonca i u zakonima tih zemalja kojima su prihvaćena rješenja Smjernice 93/13.⁵⁸ To je moguće stoga što je i Smjernica 93/13 kao i sve ostale smjernice samo donja granica, minimum zaštite koju zajednica traži za potrošače od pojedinih nacionalnih prava, a svaka zemlja članica može svojim rješenjima tu zaštitu uvijek proširivati.

5.1.2. Pojam potrošača u Zakonu o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini

Definicija potrošača koju donosi Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini⁵⁹ očigledno znači prihvaćanje tzv. užeg pojma potrošača, budući da ga ograničava na "...fizičke osobe koje kupnjom ili nabavom upotrebljuju proizvode i usluge za osobne potrebe ili potrebe svog kućanstva, odnosno ne nabavljaju ih niti upotrebljuju za trgovačku ili profesionalnu namjenu...". Ako i ostavimo po strani neke nespretnosti u izražavanju koje dovode do određenih nelogičnosti u sadržaju norme,⁶⁰ ostaje za žaljenje što je zakonodavac prihvatio usko shvaćanje pojma potrošača, a nije iskoristio priliku da u zakon ugradi stajališta novije sudske prakse i pravne literature vezane za ovaj problem. A ako ovo pitanje promatramo u svezi sa segmentom zakona koji je posvećen nepravničnim odredbama potrošačkih ugovora, onda taj prigovor dobiva još više na težini. Naime, ovakvim ograničavanjem zaštite od nepravinih klauzula u formularnim ugovorima samo na fizičke osobe i samo na ugovore izvan poslovnih i profesionalnih aktivnosti, prihvaća se rješenje koje u određenom smislu ide ispod razine zaštite koja već postoji u našem pravu po općim pravilima ZOO-a. ZOO u čl. 142-144 regulira materiju općih uvjeta ugovora i njihove valjanosti bez obzira na to o kojim se subjektima radi i jesu li ugovori iz poslovne sfere ili ne. Tako se i odredbe o

⁵⁷ Vidi, kao u napomeni 55.

⁵⁸ Više vidi: St. J. Collins, isto, str. 2-4.

⁵⁹ Čl. 1. Zakona.

⁶⁰ Čl. 1. govori o tome da potrošač «kupnjom ili nabavom upotrebljuje proizvode...», što je teško prihvatljiva jezična konstrukcija, budući da se proizvodi ili usluge činom kupnje ili činom nabave ne mogu «upotrebljavati». Trebalo je te pojmove međusobno razdvojiti. Osim toga, za nastanak većine obveza po ovom zakonu, kao i za odgovornost prodavatelja ili pružatelja usluga prema potrošaču, nije relevantno je li potrošač zaista i «uporabio» proizvod.

nevaljanosti općih uvjeta ugovora odnose na sve ugovore koji ih sadrže, i na sve subjekte. Naravno, Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini, ima za cilj regulirati samo zaštitu potrošača i u tom smislu on mora ograničiti zaštitu samo na tu skupinu subjekata, ali s obzirom na pravnu tradiciju, bilo je osnove da se prihvati barem šire shvaćanje pojma potrošača.⁶¹

5.1.3. Ugovori na koje se odnose pravila Smjernice 93/13

Što se tiče drugog kriterija koji određuje područje djelovanja Smjernice 93/13, njezine odredbe obuhvaćaju svojim učinkom samo one potrošačke ugovore ili pojedine klauzule u tim ugovorima koje je u potpunosti samostalno definirala jedna strana u ugovoru, tj. ponuditelj, a druga strana nije imala nikakve mogućnosti sudjelovanja u kreiranju sadržaja odredaba.⁶² To znači da se odredbe Smjernice primjenjuju samo na one standardne ugovore koji su ujedno i adhezijski, tj. koji isključuju pravo druge strane da o njima pregovara.⁶³ No, interesantno je da čl. 3(2) Smjernice sadrži i pravilo koje postavlja pretpostavku da je standardni ugovor ujedno i adhezijski, tj. da druga strana nije imala nikakva utjecaja na određivanje sadržaja klauzula. Ova je pretpostavka oboriva, tj. ponuditelj koji tvrdi da se o određenoj klauzuli standardnog ugovora u konkretnom slučaju individualno pregovaralo i da je ponuđeni utjecao na njezin sadržaj, mora to i dokazati.⁶⁴

Osim toga, značajno je da se odredbe Smjernice 93/13 ne odnose samo na ugovore čiji je čitav tekst sastavila jedna strana, odnosno samo na formularne ugovore u formalnom smislu te riječi. Smjernica dopušta, dapače zahtijeva, da se svaka pojedina klauzula ugovora promatra odvojeno i podvrgava svojim pravilima svaku onu konkretnu odredbu koja je rezultat isključive volje jedne strane, a ne pregovora između stranaka.⁶⁵ Za podvrgavanje ugovora ili pojedine odredbe ugovora testu iz ove smjernice, ne zahtijeva se da je ugovor sastavljen u pismenom obliku, niti da je pismeni ugovor sadržan u jedinstvenoj ispravi.⁶⁶

Iako, kako smo već naglasili, osnovni problem kojim se bavi ova smjernica spada u materiju klasičnog ugovornog prava, njezin cilj je prvenstveno zaštita potrošača i stoga ona iz područja svog djelovanja izričito isključuje neke obveznopravne ugovore

⁶¹ Pozivom na postojanje ovakve šire ranije regulative u The Unfair Contract Terms Act-u iz 1977. g. i u engleskoj doktrini se kritizira rješenje novog zakona, (The Unfair Contract Terms Regulations 1994) koji je u skladu s užitim shvaćanjem pojma potrošača iz Smjernice 93/13. Više vidi: St. J. Collins, op. cit. str. 2.

⁶² Article 3(2): "term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract".

⁶³ Pojam standardnog ugovora ne isključuje ipso facto mogućnost pregovora, tj. ugovor može biti standardan, formularan ugovor, ali da se u postupku zaključivanja ugovora dozvoljava drugoj strani da predloži određene izmjene ili dopune ponuđenog teksta ugovora.

⁶⁴ Article 3 (2): "Where any seller or supplier claims that a standard term has been individually negotiated, the burden of proof in this respect shall be incumbent on him."

⁶⁵ Article. 3(2) "The fact that certain aspects of a term or one specific term have been individually negotiated shall not exclude the application of this Article to the rest of a contract if an overall assessment of the contract indicates that it is nevertheless a pre-formulated standard contract."

⁶⁶ Stavak 11. Preambule Smjernice 93/13: "Whereas the consumer must receive equal protection under contracts concluded by word of mouth and written contracts regardless, in the latter case, of whether the terms of the contract are contained in one or more documents;"

koji se ne mogu smatrati tipičnim "potrošačkim ugovorima". Tako se odredbe Smjernice 93/13 ne odnose na ugovore o zaposlenju, ugovore o nasljeđivanju, ugovore u pogledu prava iz obiteljskih odnosa, te ugovore o organiziranju i inkorporiranju kompanija i partnerstva kao gospodarskih subjekata, bez obzira što su u konkretnom slučaju u cjelini ili u pojedinim odredbama određeni isključivom voljom jedne strane.⁶⁷

Osim ovog isključenja određenih tipova ugovora koji po svojim osobinama ne spadaju u potrošačke ugovore, odredbe Smjernice 93/13 isključuju njezino djelovanje i u odnosu na neke odredbe ugovora koji su inače obuhvaćeni njezinom regulativom. Radi se o klauzulama čije je uključenje u ugovor posljedica primjene kogentnih pravila nacionalnog prava, odnosno pravila ili načela međunarodnih konvencija koje je prihvatila određena država članica ili Europska Zajednica.⁶⁸ Ovo posebno određenje u tekstu Smjernice 93/13 moglo bi se smatrati u određenom smislu i nepotrebnim, budući da se takvo rješenje nameće samo po sebi, da nema jedne specifičnosti u tumačenju pojma kogentnih normi, sadržanog u tekstu Smjernice. Naime, kogentne norme nacionalnog prava i norme i načela međunarodnih konvencija su norme koje obvezuju stranke u ugovoru i one ih ne mogu ni sporazumno, a još manje jednostrano mijenjati, niti isključivati njihovu primjenu. Osim toga, one uvijek predviđaju rješenja koja podjednako respektiraju interese obiju strana u ugovoru, pa stoga ne mogu ni potpadati ni pod test pravičnosti ove Smjernice. Ali, ovo izričito isključenje postaje jasnije ako ga povežemo sa stavkom 13. Preambule⁶⁹ koji pojam kogentne norme iz čl. 1(2) tumači na način da obuhvaća i dispozitivne norme nacionalnog prava koje se primjenjuju na određeni ugovor odnos, pod uvjetom da stranke njihovu primjenu izričito ne isključe ili to pitanje za svoj odnos drukčije ne urede. Kako dispozitivne odredbe nacionalnog prava mogu, pogotovo promatrane u kontekstu konkretnih okolnosti slučaja, rezultirati rješenjem koje ne mora biti u skladu s interesima pristupnika formularnom ugovoru, ovo isključenje iz čl. 1(2) postaje jasnije.

5.1.4. Ugovori na koje se odnose pravila Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini

Ako s ovim rješenjima Smjernice 93/13 usporedimo pravila Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini, ona se pokazuju kao nedovoljno precizna i jasna. Ono što je neosporno jest da je zakonodavac ovim odredbama obuhvatio samo potrošačke ugovore. To jasno proizlazi iz naslova Zakona i njegova cjelokupnog

⁶⁷ Isključenje ovih ugovora izvršeno je u Preambuli Smjernice, što također govori o već spomenutoj specifičnosti uloge ovog dijela Smjernice 93/13. Stavak 10 Preambule Smjernice 93/13: "Whereas more effective protection of the consumer can be achieved by adopting uniform rules of law in the matter of unfair terms; whereas those rules should apply to all contracts concluded between sellers or suppliers and consumers; whereas as a result inter alia contracts relating to employment, contracts relating to succession rights, contracts relating to rights under family law and contracts relating to the incorporation and organization of companies or partnership agreements must be excluded from this Directive".

⁶⁸ Article 1 (2): "The contractual terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions and the provisions or principles of international conventions to which the Member States or the Community are party, particularly in the transport area, shall not be subject to the provisions of this Directive."

⁶⁹ Stavak 13 Preambule Smjernice 93/13: "...whereas in that respect the wording 'mandatory statutory or regulatory provisions' in Article 1 (2) also covers rules which, according to the law, shall apply between the contracting parties provided that no other arrangements have been established."

sadržaja. Zakon ne definira što se smatra potrošačkim ugovorom, niti za razliku od Smjernice 93/13 isključuje neke ugovore ili pojedine klauzule ugovora iz opsega svog djelovanja. Takav stav zakonodavca je posve opravdan ako se uzme u obzir cilj da pruži što potpuniju i obuhvatniju zaštitu što većem krugu potrošača.⁷⁰

No, nejasnoće se pokazuju na razini primjene drugog kriterija, koji je odlučan za primjenu posebnih pravila vezanih za potrošačke ugovore. Posebna zaštita pravnog poretka opravdana je naime samo kod onih potrošačkih ugovora ili pojedinih klauzula tih ugovora koje su nastale isključivom aktivnošću jedne stranke, dakle formularnih i adhezijskih ugovora. No, da je zakonodavac slijedio takvu logiku nije baš potpuno jasno iz sadržaja zakonskih odredbi. Istina, iz smisla čl. 111. st. 1. i st. 4. može se posredno zaključiti da je zakonodavac imao na umu formularne ugovore, odnosno opće uvjete poslovanja koje oni sadrže. Ali, takav zaključak više je posljedica sistematskog tumačenja svih pravila koje sadrži glava XIX, odnosno činjenice da ona sadrži pravila koja se, po odredbama Smjernice 93/13 kao i po odredbama čl. 142-144 ZOO-a, odnose na uređenje obvezatnosti, tumačenja i valjanosti klauzula formularnih ugovora, nego što to nesumnjivo proizlazi iz samog teksta norme.

Zakonodavac u čl. 111. st. 1. govori o tome da "ugovorne odredbe obvezuju potrošača samo ako je prije zaključenja ugovora bio "upoznat sa sadržajem ugovora, odnosno ako su mu ugovorni uvjeti trebali biti poznati u vrijeme zaključenja ugovora." Iz toga se, istina, logički može zaključivati da se radi o ugovoru koji je prethodno priredila druga strana, tj. da potrošač nije sudjelovao u tome, jer u slučaju da je sudjelovao sadržaj ugovora bi mu morao biti poznat. No, bilo bi mnogo jasnije i normativno-tehnički pravilnije da je zakonodavac izričito naveo da se odredbe glave XIX. odnose na ugovore ili ugovorne klauzule koje je isključivo sastavila druga strana, te da je precizno odredio, kako to radi Smjernica 93/13, kada se ugovor, odnosno pojedina klauzula ugovora smatra individualno određenom.⁷¹ Ovako ostaje prilično nejasno na što je zakonodavac zapravo mislio kad je postavljao ovo pravilo.

Nejasnoću povećava i činjenica da u čl. 113., koji donosi pravila o tome koje su klauzule ugovora "nepravedne", zakonodavac izričito govori o ugovornim odredbama "koje potrošač nije osobno ugovarao". Iz ovoga bi se, slijedom argumenta *a contrario* mogao izvlačiti i zaključak da se pravila čl. 111. ne odnose na takve odredbe, što, vjerujemo, ipak nije bila namjera zakonodavca. Osim toga, dodatnu zbrku unosi i sam naslov Glave XIX. koji glasi: "Ugovorne odredbe", što se može tumačiti na način da se odredbe ove glave ne odnose samo na ugovorne klauzule formularnih ugovora, niti samo na tzv. nepravične ili nepošteno odredbe potrošačkih ugovora, nego se primjenjuje na sve odredbe ugovora, bez obzira kako je ugovor nastao.⁷²

Da se ipak radi samo o odredbama koje je individualno odredila druga strana ugovornica, posredno dokazuje pravilo iz stavka 4. čl. 111. koje određuje da će se

⁷⁰ Isključenje djelovanja odredaba Zakona na ugovorne klauzule koje su posljedica primjene kogentnih normi bilo bi, kako je već gore objašnjeno, moguće, ali nije potrebno budući da unošenje takvih odredbi u ugovor nije posljedica stranačke slobode, nego obveza ugovaratelja i one ne mogu biti predmet kontrole po kriteriju nepravičnosti.

⁷¹ Nacrt budućeg hrvatskog zakona o zaštiti potrošača donosi mnogo bolje i preciznije formulacije, koje gotovo potpuno odgovaraju pravilima čl. 3(2) Smjernice 93/13. Vidi: čl. 82. stavak 2. i 3. Nacrta Zakona.

⁷² Ovakav naziv ove glave Zakona je u svakom slučaju neadekvatan i preširok i ne odgovara njenom sadržaju.

smatrati "...da je potrošač bio upoznat o ugovornim odredbama ako ga je trgovac upozorio i ako su mu one bile dostupne." No, bez obzira što nas pravna logika upućuje na ovakvo tumačenje ove odredbe, ona je sama po sebi također veoma nespretno redigirana i puna nedorečenosti. Ona, prema jezičnom tumačenju, očigledno ima za cilj objasniti sadržaj zahtjeva iz st. 1. istog članka, koji traži da je potrošač "bio upoznat" sa sadržajem ugovora prije zaključenja. No, ova norma sadrži i alternativni zahtjev obvezujućoj snazi ugovora za potrošača, a to je da "su mu uvjeti trebali biti poznati".⁷³ Kada se ta činjenica uzme u obzir, onda strogo jezično tumačenje smisla norme st. 4. postaje upitno. Naime, bez obzira na jasnu terminologiju koja upućuje na to da se definira kada će se smatrati da je potrošač "bio upoznat", a ne kada "su mu uvjeti morali biti poznati", logičnije bi bilo zaključiti da je zakonodavac želio definirati ovaj drugi zahtjev, ali se loše izrazio. To stoga što nema potrebe posebno pravno definirati situaciju stvarnog poznavanja uvjeta ugovora od strane potrošača. To je isključivo faktično pitanje koje treba utvrditi u svakom slučaju, ali se može očekivati da je zakonodavac želio razjasniti ono što predstavlja određeni problem u sudskoj praksi i pravnoj teoriji, a to je određenje kada će se smatrati da je za te uvjete "morao znati".⁷⁴

No, čak i ako usvojimo ovakav stav kao logičniji, ostaje činjenica da je odredba još uvijek nedorečena i otvara određene probleme. Zakon traži da je trgovac "upozorio" potrošača, što bi se jedino moglo tumačiti kao obveza trgovca da u svakom slučaju posebno upozorava svakog potrošača na svaku ugovornu odredbu. Ako tako tumačimo ovaj zahtjev, on se pokazuje kao nerazumno strog prema trgovcu i ne nalazi uporišta ni u našem ni u usporednom pravu vezanom za uvjete obvezatnosti ugovora. Onaj tko zaključuje ugovor ne mora biti posebno "upozoravan" da se upozna s obvezama koje preuzima, to od njega traže već temeljni zahtjevi dužne pažnje u zaključivanju pravnih poslova. Uz to, za ispunjenje pretpostavke poznavanja ugovora stavak 4. zahtijeva još da su potrošaču ugovorne odredbe "bile dostupne". Prema tekstu norme, očigledno se ne radi o alternativnim nego o kumulativnim zahtjevima, što otvara novi logični problem tumačenja ove odredbe. Naime, ako ga je trgovac "upozorio" na sadržaj ugovornih odredaba, onda su mu one poznate i ne mogu mu biti "nedostupne", pa se ovaj dvostruki zahtjev pokazuje kao nepotreban.

⁷³ Zakonodavac prihvaća i kod nas i u svijetu široko primijenjen tzv. subjektivno – objektivni kriterij obvezatnosti, tj. smatra da ugovor obvezuje ne samo onda kada je zaista bio poznat potrošaču nego i onda kada mu je objektivno trebao biti poznat, ali je on propustio da se upozna s njegovim sadržajem. Kada bi se inzistiralo isključivo na subjektivnom kriteriju obvezatnosti, to bi značilo ozbiljno ograničavanje brzine i efikasnosti poslovnog prometa jer bi pružalo priliku strani koja pristupa formularnim ugovorima da dokazujući da nije znao za određene klauzule ugovora, izbjegava njihovo važenje. Osim toga, ako je vlastitim nemarom ili nedovoljnom pozornošću skrivio što se nije upoznao sa sadržajem ugovora pravičnost zahtijeva da ga te klauzule ipak obvezuju. Druga strana ne može snositi rizik i teret njegove krivnje, odnosno nitko se ne može crpiti određena prava iz vlastitog propusta uložiti razumnju pozornost.

⁷⁴ No, treba reći da ni ZOO koji sadrži pravilo identičnog smisla vezano za pretpostavke obvezatnosti općih uvjeta poslovanja (čl. 142/3), ne definira kada se smatra da su opći uvjeti ugovora drugoj strani «bili poznati ili morali biti poznati». To su pitanja koja se ostavljaju pravnoj teoriji i posebno sudskoj praksi da ih određuje u svakom slučaju. Stoga je ovom problemu i kod nas i u usporednom pravu posvećena veoma opsežna literatura, zasnovana na isto tako bogatoj sudskoj praksi. Više vidi: C. M. Schmitthoff, *The Law & Practice of International Trade*, ninth. edition, Stevens & Sons, London 1991., str. 96. sq.; ; A. Goldštajn, *Trgovačko ugovorno pravo*, Zagreb, Narodne novine 1991.; B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, (vlastita naklada), Zagreb, 1979, str. 584.; Blagojević B.- Krulj V., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, SA, Beograd, 1883., st.r. 424sq.

No, činjenica da norma govori o "dostupnosti" ugovornih odredaba ukazuje na to da je zakonodavac ovim odredbama zapravo vjerojatno želio urediti nešto drugo, a to je situacija kada se formularni i adhezijski ugovor u tekstu poziva na opće uvjete poslovanja kao sastavni dio ugovora koji obvezuje stranke, a koji nisu direktno inkorporirani u sam tekst ugovora. U tom slučaju široko je prihvaćen stav u sudskoj praksi i pravnoj znanosti, i kod nas i u usporednom pravu, da će takve odredbe općih uvjeta poslovanja obvezivati pristupnika samo ako ga je autor ugovora "upozorio" na njihovo postojanje,⁷⁵ i ako mu je tekst tih odredaba sadržan u odvojenom dokumentu, "dostupan", tj. ako mu je autor omogućio da se s njima upozna.⁷⁶

Prema tome, ovakva formulacija st. 4. ukazuje da je zakonodavac ovom normom želio odrediti kada će se smatrati da je potrošač bio upoznat s onim klauzulama općih uvjeta poslovanja koje nisu izričito uključene u tekst ugovora, jer je u tom slučaju logično i, dapače, prijeko potrebno da autor ugovora "upozori" drugu stranu da takve odredbe postoje kao i da mu ih učini "dostupnima". Držimo da je ovo jedino moguće i logično tumačenje ove odredbe, jer sadržaj zahtjeva koje ona postavlja jednostavno ne odgovara zahtjevima valjanosti ugovornih odredaba koje su potrošaču bile pokazane (ili se usmeno o njima sporazumio s drugom stranom) prilikom zaključenja ugovora, a ako bi se odredba st. 4. odnosila na sve uvjete ugovora, onda bi i za njih vrijedili navedeni kriteriji.⁷⁷

No, ovakvo tumačenje odredaba st. 4. čl. 111. otvara onda pitanje odnose li se i ostali stavci ovog članka samo na opće uvjete poslovanja koji nisu neposredno inkorporirani u ugovor ili na sve odredbe ugovora. Iz teksta i smisla stavaka 1-3 ne bi se mogao nikako izvlačiti zaključak da se radi isključivo o pravilima vezanim za opće uvjete na koje se ugovor samo poziva. One očigledno imaju za cilj urediti općenito neka pitanja vezana za sve odredbe ugovora, ali samo pod uvjetom da se radi o formularnim i adhezijskim ugovorima ili takvim klauzulama ugovora, a stavak 4., po našem mišljenju, predstavlja posebno pravilo koje se odnosi samo na specifičnu situaciju pozivanja na opće uvjete sadržane u drugom dokumentu. No, kako smo gore naglasili, sve to nije jasno izraženo i stoga ovaj članak može u primjeni stvoriti mnogo posve nepotrebnih nedoumica i problema.

⁷⁵ Ovo upozorenje ne mora biti dano izričito u svakom slučaju zaključenja ugovora. Smatra se da je autor ugovora drugu stranu upozorio ako je upozorenje sadržano u samom tekstu ugovora koji pristupnik zaključuje, ali u tom slučaju ono mora biti vidljivo, tj. lako uočljivo (poznati problem tzv. «small print») i jasno izraženo. Jedino ako to nije slučaj, autor ugovora mora posebno upozoriti pristupnika na ovaj specifičan dio ugovora.

⁷⁶ Npr. mora mu uručiti tekst općih uvjeta ili mora u svojim poslovnim prostorijama, u kojima sa strankom zaključuje ugovor, jasno i na vidljivom mjestu istaknuti tekst svojih općih uvjeta poslovanja koji čine sastavni dio njegovih formularnih ugovora. Više vidi: Chitty on Contracts, London, Sweet & Maxwell, 1977., str. 313.; Goldštajn, *Trgovačko ugovorno pravo*, isto, str. 115.

⁷⁷ Naravno, ovakvo tumačenje volje zakonodavca je samo naša pretpostavka, moguće je da je zakonodavac izričito želio nametnuti ovakve obveze za valjanost čitavog teksta ugovora, ali onda je takvo rješenje suprotno svemu što se prihvaća u zakonodavstvima, pravnoj praksi i teoriji većine modernih zemalja.

5.2. *Nepravične (nepoštene, nepravedne) klauzule potrošačkih ugovora prema odredbama Smjernice 93/13 i prema Zakonu o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini*

5.2.1. Rješenja Smjernice 93/13

Centralni dio Smjernice 93/13 i razlog njezina donošenja je određivanje koje će se klauzule formularnih potrošačkih ugovora smatrati nepravičnima prema potrošaču i stoga biti podložne sankcijama adekvatnim svakom pojedinom pravnom poretku. Ovo je pitanje Smjernica uredila na način da je odredila tzv. generalnu klauzulu nepravednosti (nepravičnosti), kao opći kriterij kojem moraju biti podvrgnute sve jednostrano redigirane odredbe potrošačkih ugovora. Osim toga, u dodatku svom normativnom dijelu, Aneksu Smjernice, odredila je i popis od 17 klauzula ugovora koje se mogu smatrati nepravičnima.⁷⁸

5.2.1.1. *Generalna klauzula nepravičnosti*

Odredbe čl. 3(1) Smjernice postavljaju generalne kriterije po kojima će se procjenjivati valjanost ugovornih klauzula, na način da će se nepravičnom smatrati svaka klauzula koja, protivno zahtjevu dobre vjere (tj. načelu savjesnosti i poštenja), uzrokuje značajan nesklad između prava i obveza stranaka, a na štetu potrošača.⁷⁹ Tumačenje generalne klauzule nepravičnosti pokazuje da ona kumulativno postavlja dva, ili po nekim autorima,⁸⁰ tri zahtjeva. Odredba ugovora mora u prvom redu biti u skladu s načelom dobre vjere. Redaktori Smjernice time su kao osnovni kriterij valjanosti pojedinih odredaba ugovora uzeli načelo koje predstavlja temeljni princip kontinentalnog europskog ugovornog prava, princip koji služi kao polazište i

⁷⁸ U pravnim sustavima koji uređuju pravila o nevaljanosti pojedinih klauzula formularnih ugovora, bez obzira da li se radi o potrošačkim ugovorima ili o svim ugovorima, prihvaća se jedna od tri moguće normativne tehnike u rješavanju ovog pitanja. Moguće je odrediti samo generalno pravilo kao test nepravičnosti, što se u praksi pokazuje kao rješenje koje stvara opasnost od pravne nesigurnosti i različitog tumačenja u praksi. Druga metoda jest nabrojanje pojedinih klauzula koje se smatraju nepravičnima. Ova tehnika isključuje rizik pravne nesigurnosti, ali kao i svako iscrpno nabrojanje nosi u sebi opasnost da zakonodavac nije predvidio sve relevantne slučajeve, a posebno je nepovoljno stoga što «okoštava» zakonsko rješenje i onemogućava prilagodbu promijenjenim potrebama prakse. Stoga se kao najuspješnija pokazuje tehnika kombinacije ove dvije metode. Najuspješnije takvo rješenje do donošenja Smjernice 93/13 postojalo je u njemačkom pravu općih uvjeta poslovanja (AGB-Gesetz), čiju su temeljnu ideju očito slijedili i redaktori Smjernice. Više o ovome vidi: Blagojević-Krulj, isto, str. 430sq.; Zvonimir Slakoper, *Nevaljanost pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 2001/1, str. 184sq.

⁷⁹ Article 3(1): "A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer."

⁸⁰ Mnogi autori, naime, odvajaju zahtjev "značajnog poremećaja ravnoteže prava i obveza iz ugovora" od zahtjeva "oštećenja potrošača", i smatraju da klauzula postavlja tri zahtjeva. Tako vidi: David Grant, *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations and the IATA General Conditions of Carriage - A United Kingdom Consumer's Perspective*, The Journal of Business Law, 1998/March, str. 134; Geraint Howells, *Data Protection, Confidentiality, Unfair Contract Terms, Consumer Protection and Credit Reference Agencies*, The Journal of Business Law, 1995/July, str. 354 sq.

ultimativni kriterij opravdanosti svih značajnijih instituta i posebnih pravila vezanih za ugovore.⁸¹ No, za englesko pravo ovaj je koncept bio svakako u izvjesnoj mjeri novost⁸² budući da je do implementacije Smjernice 93/13 englesko pravo kao temeljni kriterij valjanosti jednostrano redigiranih ugovornih klauzula primjenjivalo kriterij "razumnosti" pojedine klauzule.⁸³ Koncept "razumnosti" je svakako uži od koncepta dobre vjere, odnosno savjesnosti i poštenja. Ali, kako se ističe u pravnoj teoriji, engleska sudska praksa je u tumačenju kriterija "razumnosti" često eksplicitno izražavala da on podrazumijeva i primjenu načela "pravičnosti" ("fairness") i tako praktički primjenjivala kriterije koji su slični onima poznatim u kontinentalnom pravu.⁸⁴

No, ono što je posebno značajno jest činjenica da je usvajanjem koncepta dobre vjere ili savjesnosti i poštenja kao temeljnog kriterija valjanosti ugovornih odredbi, Smjernica 93/13 potaknula u jednom značajnom segmentu "europizaciju" ugovornog prava. Uvođenjem u sve zemlje zajednice koncepta koji je karakterističan isključivo za kontinentalne sustave, pruža se mogućnost postepenog premošćivanja još uvijek veoma značajnih razlika u pravnom razmišljanju i pravnim tehnikama ugovornog, odnosno civilnog prava uopće.⁸⁵

Kriterij dobre vjere, odnosno savjesnosti i poštenja, tumači se kao zahtjev da se prilikom redigiranja i zaključivanja ugovora, kao i prilikom izvršavanja obveza iz ugovora, uvijek uzimaju u obzir i interesi druge strane. Savjesnost zahtijeva, primjerice, da se druga strana točno i na vrijeme obavijesti o svim okolnostima od značaja za njezinu poziciju, da se ne vrši pritisak na stranku u postupku zaključenja ugovora, da se ne zloupotrebljava povoljniji položaj radi nametanja za drugu stranu nepovoljnih klauzula ugovora, da za sebe ne osiguravaju prava i ovlaštenja koja očigledno remete ugovornu ravnotežu, i sl.

No, budući da praktična primjena načela savjesnosti i dobre vjere, kao pravnog standarda, dovodi veoma često do u određenoj mjeri različitih tumačenja od strane sudova, Smjernica 93/13 sadrži u uvodnom dijelu i neka dodatna objašnjenja i kriterije

⁸¹ To je načelo poznato pod nazivom «buona fede» u talijanskom, «bonne foi» u francuskom ili «treu and glauben» u njemačkom pravu.

⁸² No, svakako treba napomenuti da pojam «dobre vjere» («good faith») nije potpuno stran engleskom pravu. Dobra vjera služi kao jedno od načela kojima se određuje vezanost stranaka pojedinim odredbama ugovora, posebno odredbama koje jednu stranu lišavaju određenih prava, a na koje nije bila posebno upozorena. Isto tako, određeno značenje daje joj se kod preuzimanja jednostranih obveza i u tumačenju pregovora. Više vidi: Wheeler – Shaw, op. cit. str. 564-567; 328-330; 168-178. Općenito o primjeni načela dobre vjere u ugovornom pravu common-law sustava vidi: J. Beatson and D. Friedmann, *Good faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1995.

⁸³ Tako prema odredbama The Unfair Contract Terms Act 1977 (Section 11) sud mora jednostrano određenu klauzulu ugovora podvrgnuti tzv. "testu razumnosti" ("the reasonableness" test). Ovaj test zahtijeva da se konkretna klauzula, prema okolnostima koje su strankama bile poznate ili morale biti poznate u vrijeme zaključenja ugovora, može sinatrati "razumnom i poštenom."

⁸⁴ Vidi: Weatherill, isto, str. 712sq.

⁸⁵ Naravno, ne može se govoriti da su donošenjem ove Smjernice (niti ostalih smjernica iz oblasti zaštite potrošača koje također, u nekim segmentima, posredno vode ujednačavanju općih pravila ugovornog prava) stvoreni zajednički temelji europskog ugovornog prava i uklonjene duboke razlike između europskih pravnih sustava. Radi se o harmonizaciji samo jednog uskog dijela ugovornog prava, tj. samo o nekim aspektima isključivo potrošačkih ugovora, ali uvođenje ovih zajedničkih rješenja u zemljama članicama može stimulirati, tijekom vremena, prepoznavanje i prihvaćanje pravnih gledišta i tehnika iz drugih pravnih sustava u privatnom pravu uopće. Više o ovome vidi: Weatherill, isto, 711sq.

kojima se moraju rukovoditi sudovi u interpretaciji odredaba čl. 3(1), odnosno pojma dobre vjere.⁸⁶ Po ovim pravilima postupanje u dobroj vjeri zahtijeva od prodavatelja ili pružatelja usluga da uzme u obzir sve legitimne interese druge strane ugovornice, te da prema drugoj strani uvijek postupi "pošteno i pravično". Osim toga, u procjenjivanju suglasnosti pojedine klauzule sa zahtjevom dobre vjere zahtijeva se da sud "posebno uzme u obzir odnos snaga u pregovaračkim pozicijama stranaka", zatim da razmotri da li je potrošač bio "prinuden da prihvati određenu klauzulu ugovora", i konačno je li "roba ili usluga prodana ili pružena na temelju specijalnog naloga potrošača."⁸⁷

Osim postupanja u skladu sa savjesnošću i poštenjem, Smjernica, kao dodatne kriterije za procjenu pravičnosti pojedine klauzule ugovora, zahtijeva da određena odredba ugovora nije stvorila značajan poremećaj ravnoteže u ugovornim pravima i obvezama stranaka, i to na štetu potrošača. Odredba ugovora će biti nepravična samo ako su svi ovi zahtjevi ispunjeni kumulativno, tj. nesavjesno i nepošteno postupanje autora ugovora nije dovoljno za proglašenje pojedine klauzule nepravednom ako ono nije istodobno dovelo do poremećaja ugovorne ravnoteže, i to na štetu strane koja pristupa ugovoru. Odnosno, promatrano s druge strane, poremećaj ugovorne ravnoteže na štetu potrošača nije dovoljan za proglašenje klauzule nepravičnom ako taj poremećaj nije posljedica nesavjesnog i nepoštenog postupanja autora ugovora.⁸⁸ Naravno, jasno je da su svi ovi aspekti generalne klauzule nepravičnosti uvijek, u biti, veoma usko povezana i da ih treba procjenjivati kao elemente jednog jedinstvenog zahtjeva.

Smjernica 93/13 ne definira posebno što se smatra poremećajem ravnoteže ugovornih prava i obveza i očigledno je to pitanje ostavljeno sudskoj praksi.⁸⁹ Ona

⁸⁶ Stavak 16. Preambule Smjernice 93/13: "Whereas the assessment, according to the general criteria chosen, of the unfair character of terms, in particular in sale or supply activities of a public nature providing collective services which take account of solidarity among users, must be supplemented by a means of making an overall evaluation of the different interests involved; whereas this constitutes the requirement of good faith; whereas, in making an assessment of good faith, particular regard shall be had to the strength of the bargaining positions of the parties, whether the consumer had an inducement to agree to the term and whether the goods or services were sold or supplied to the special order of the consumer; whereas the requirement of good faith may be satisfied by the seller or supplier where he deals fairly and equitably with the other party whose legitimate interests he has to take into account;"

⁸⁷ Zanimljivo je da su ovi dodatni kriteriji za procjenu postupanja u «dobroj vjeri» gotovo doslovce preuzeti iz engleskog The Unfair Contract Terms Act-a iz 1977.g., koji u čl. 11. sadrži upute za ocjenu "razumnosti" klauzula formularnih ugovora o isključenju odgovornosti autora ugovora. Od pet kriterija koje sadrži engleski zakon Smjernica 93/13 je preuzela tri (Art. 11. Schedule 2.: točke a, b, e), što očigledno odražava nastojanje redaktora da prihvaćanjem kompromisnih rješenja stvore pravila koja će što više odražavati tradicionalna pravna shvaćanja i kontinentalnog i engleskog prava, te da tako omoguće lakše prihvaćanje zajedničkih pravila u svim pravnim sustavima.

⁸⁸ Ovakvo tumačenje veoma jasno proizlazi iz teksta čl. 3 (1), a s tim se slaže i većina pravne teorije. Vidi: Giorgio De Nova, *Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1994/3, str. 692; Guido Alpa, *L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1999/4, str. 1181.sq.; Treba napomenuti da postoje i drukčiji stavovi, tj. oni koji smatraju da je odredba u čl. 3(1) loše redigirana jer sugerira da je poremećaj ugovorne ravnoteže posljedica nepoštivanja načela dobre vjere, dok je po njihovom mišljenju upravo obrnuto, tj. poremećaj ugovorne ravnoteže je uzrok koji dovodi do toga da se odredba mora smatrati protivnom dobroj vjeri. Tako vidi: St. J. Collins, isto. str. 9sq.

⁸⁹ No, na temelju već izraženih stavova u zakonima zemalja članica koji su vrijedili do implementacije Smjernice, kao i u sudskoj praksi razvijenoj na temelju tih propisa, može se smatrati da će to biti primjerice...

izričito zahtijeva jedino da poremećaj ravnoteže interesa ugovornih strana bude "značajan", što znači da svaki poremećaj ne opravdava primjenu pravila o nevaljanosti klauzule ugovora, no ne daje nikakva posebna objašnjenja koja bi pomogla da se odredi granica između "značajnog" i svakog drugog poremećaja ugovorne ravnoteže. Isto tako, ona ne definira ni što se smatra oštećenjem interesa potrošača.

Iz svega ovoga proizlazi da su kriteriji koje Smjernica postavlja za ispitivanje pravičnosti klauzula formularnih ugovora veoma općeniti i da ostavljaju veliku slobodu sudovima u primjeni na konkretne slučajeve. Takav je pristup bio neophodan ako se željelo omogućiti uspješnu primjeru generalne klauzule na vrlo različite situacije u ugovornoj praksi i postići ostvarenje ideje koja je dovela do donošenja Smjernice. Ali, s druge strane, takvo definiranje, pogotovo ako se uzme u obzir činjenica da Smjernica ne predviđa listu apsolutno zabranjenih klauzula, stvara opasnost od suviše različitih interpretacija njenih odredbi od strane sudova u pojedinim zemljama. Da bi donekle ograničili ovaj rizik, redaktori Smjernice su u čl. 4(1) propisali da sudovi u procjeni valjanosti pojedine klauzule formularnih potrošačkih ugovora moraju voditi računa o određenim okolnostima. U prvom redu, moraju "uzeti u obzir prirodu robe ili usluga povodom kojih je ugovor zaključen."⁹⁰ Cilj ove odredbe je upozoriti sud na specifičnosti pojedinih vrsta ugovora s obzirom na njihov glavni predmet. Isto tako, treba uzeti u obzir "...sve okolnosti koje su postojale u vrijeme zaključenja ugovora i koje su pratile postupak zaključenja." Ovom uputom želi se procjena pravičnosti pojedine klauzule vezati za posebne okolnosti konkretnog ugovora s konkretnim potrošačem, a ne samo za vrstu i tip ugovora.⁹¹ Treći zahtjev iz čl. 4(1) upućuje sud da prilikom procjene pravičnosti svake pojedine klauzule uzme u obzir "...sve ostale klauzule tog ugovora, kao i klauzule drugih ugovora o kojima je taj ugovor ovisan".⁹² Ovaj zahtjev zapravo je upućivanje na sistematsko tumačenje u širem smislu riječi, tj. sud mora voditi računa o svrsi čitavog ugovora, ukupnom stanju stranačkih prava i obveza u čitavom odnosu, a ne samo o izdvojenoj klauzuli ugovora. Jer, pojedina se klauzula može izdvojena od ostalih pokazivati kao nepravična, ali ako se promatra u svezi s ostalim odredbama ili s odredbama drugih ugovora koji s ispitivanim ugovorom čine ekonomsko jedinstvo, može se pokazati da potrošač nije oštećen, jer je u tim odredbama njemu priznato neko pravo koje kompenzira negativne efekte ispitivane odredbe.⁹³

...odredbe koje potrošača lišavaju ovlaštenja uobičajenih za takvu vrstu ugovora, klauzule koje autora ugovora oslobađaju od odgovornosti ne dajući drugoj strani istu mogućnost, klauzule koje mu osiguravaju prava koja po dispozitivnim pravilima i poslovnoj praksi redovito ne bi imao, klauzule koje mu daju mogućnost da jednostrano izađe iz ugovora itd.

⁹⁰ Article 4(1): "Without prejudice to Article 7, the unfairness of a contractual term shall be assessed, taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded..."

⁹¹ Article 4(1): "...and by referring, at the time of conclusion of the contract, to all the circumstances attending the conclusion of the contract..." and to all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent."

⁹² Article 4(1): "...and to all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent."

⁹³ Ovo ispitivanje sporne klauzule u kontekstu čitavog ugovornog položaja stranaka nije uvijek jednostavno, budući da sud često mora vagati "vrijednost" međusobno sadržajno različitih ovlaštenja ili ustupaka koje stranke jedna drugoj čine. Više o ovom problemu vidi: Više vidi: Grant, isto, str 123-150.

5.2.1.2. Odredbe ugovora izuzete od primjene generalne klauzule nepravdnosti

Iako čl. 3(1) Smjernice govori o tome da se sve odredbe koje nisu individualno stipulirane podvrgavaju testu pravičnosti, odredbe čl. 4(2) izuzimaju od toga one klauzule ugovora koje se odnose na određivanje glavnog predmeta ugovora, kao i one koje se odnose na određenje primjerenosti cijene ili naknade za robu ili uslugu iz ugovora. Izuzetno i ove odredbe će biti predmet ocjenjivanja, ali samo ako nisu izražene jasnim i razumljivim jezikom.⁹⁴ Ove klauzule ugovora predstavljaju svakako njegov središnji i najvažniji dio, one su pravni (i ekonomski) razlog obvezivanja stranaka, odnosno one su ono što se u kontinentalnom pravu smatra kauzom obvezivanja, i stoga po stavu redaktora Smjernice, nisu podložne testu pravičnosti. Time je, čini se, prihvaćeno jedno od temeljnih načela engleskog ugovornog prava, po kojem ove odredbe koje čine "srž" ugovora i uvjetuju vezanost stranke ugovorom, ne mogu biti predmet sudske kontrole adekvatnosti i pravičnosti.⁹⁵ One definiraju ono temeljno što obje stranke žele postići zaključenjem ugovora i stoga su izuzete od testa pravičnosti. Osim toga, budući da čine bit ugovornog odnosa, jasno je da potrošač kao stranka koja pristupa formularnom ugovoru mora, ako želi pokazati dužnu pozornost u sklapanju ugovora, voditi računa o sadržaju tih odredaba i ne može se kasnije pozivati na to da mu njihov smisao i pravni doseg nije bio jasan.

No, bez obzira na takve stavove, ovo izuzimanje ipak otvara brojne probleme. Osnovna zamjerka ovom rješenju koja se u literaturi ističe jest načelni prigovor da je "glavni predmet obveze i cijena" kao srž ugovora, ono što je za potrošača od najvećeg mogućeg interesa i njihova nepravdnost ga može najteže pogađati. Takve klauzule se izuzimaju od ispitivanja pravičnosti, dok se ostale, manje važne, odredbe mogu podvrgavati kontroli.⁹⁶ Osim toga, u mnogim će ugovorima biti teško odrediti koje klauzule "definišu glavni predmet obveze i naknadu", tj. ponekad je, posebno kod složenijih ugovora o uslugama, teško jasno razdvojiti "glavni predmet ugovora" od akcesornih obveza stranaka. Isto tako, postavlja se pitanje kako postupati ako autor ugovora izričito određene klauzule imenuje kao klauzule koje "određuju glavni predmet obveze", vezuje li takva njegova interpretacija sud ili ne? Poseban problem može nastati i onda ako tek kombinacija klauzula koje određuju glavni predmet obveze ili cijenu s nekim drugim klauzulama ugovora rada oštećenjem interesa potrošača, a uzete same za sebe, one nisu nepravdne prema odredbama čl. 3(1). Sve ove i mnoge druge probleme vezane za ovo pitanje tek će morati rješavati sudska praksa onih zemalja koje su u svoje zakone unijele ovo ograničenje djelovanja pravila Smjernice 93/13.⁹⁷

⁹⁴ Article 4(2): "Assessment of the unfair nature of the terms shall relate neither to the definition of the main subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange, on the other, in so far as these terms are in plain intelligible language."

⁹⁵ To je načelo poznato pod nazivom «consideration», a u velikoj mjeri odgovara pojmu kauze ugovora u kontinentalnom pravu. O ovom pojmu više vidi: *Chitty on Contracts*, London, Sweet & Maxwell, 1977., str. 63sq.

⁹⁶ Tako vidi: St. J. Collins, isto, str. 5sq.

⁹⁷ Treba napomenuti da zakonska rješenja vezana za nepravdnost općih uvjeta ugovora u većini zemalja prije donošenja Smjernice 93/13 nisu sadržavala ovakvo ograničenje.

Negativni efekt ovog pravila koje značajno smanjuje stupanj zaštite potrošača u formularnim ugovorima donekle je ublažen pravilom sadržanim u Preambuli Smjernice, po kojem i ove klauzule koje su izuzete iz djelovanja čl. 3(1) treba uzimati u obzir prilikom ocjene pravičnosti ostalih odredaba ugovora.⁹⁸

Izvjeseo ograničenje ovog problematičnog isključenja Smjernica 93/13 uvodi i postavljajući već spomenuto pravilo, po kojem i ove odredbe ugovora mogu biti podvrgnute testu pravičnosti ako nisu izražene jasnim i razumljivim jezikom. To znači da u slučaju da klauzula ugovora o glavnom predmetu ugovora ili cijeni otvara mogućnosti različitih tumačenja, i ona može biti podvrgnuta testu iz čl. 3(1).

5.2.1.3. *Popis ugovornih odredaba koje mogu biti proglašene nepravičnima*

Za razliku od rješenja pravnih sustava većine zemalja članica, koja su bila na snazi prije implementacije Smjernice 93/13, Smjernica ne predviđa nikakav popis apsolutno zabranjenih klauzula formularnih ugovora. Ona u Aneksu donosi samo "primjeričan i ne-iscrpan" popis od 17 klauzula koje "mogu biti smatrane nepravičnima".⁹⁹ Treba napomenuti da je tijekom postupka donošenja Smjernice bilo pokušaja da se u tekst Smjernice uključi popis apsolutno zabranjenih klauzula ugovora.¹⁰⁰ No, protivnici takvog rješenja isticali su da ono prelazi granice mjerodavnosti donositelja Smjernice, i da bi, s obzirom na značajne razlike između pojedinih nacionalnih pravnih sustava, dovelo do velikih poteškoća u praktičnoj primjeni. Naime, ocjenjivanje značenja i smisla pojedinih klauzula ugovora zavisno je od temeljnih načela i instituta konkretnog ugovornog prava, od shvaćanja i pravnih pravila nacionalnog prava u svezi s odgovornošću za povrede ugovora, a veoma često i od pravila vezanih za institut vlasništva i sl. Stoga je Smjernica, u skladu s načelom tzv. minimalnog reguliranja,¹⁰¹ utvrdila samo neobvezujuću listu klauzula koje nacionalna prava mogu izričito proglasiti suprotnima načelu pravičnosti i stoga ništavima. Iz teksta čl. 3(3) jasno proizlazi da nacionalna prava mogu neku od navedenih klauzula isključiti iz svog popisa klauzula. S druge strane, ovaj popis nije iscrpan, tj. i svaka druga klauzula može voljom nacionalnog zakonodavca biti uvrštena u popis ništavih klauzula. Sve ostale klauzule koje nisu na ovaj način posebno apostrofirane

⁹⁸ Stavak 19. Preambule Smjernice 93/13: "Whereas, for the purposes of this Directive, assessment of unfair character shall not be made of terms which describe the main subject matter of the contract nor the quality/price ratio of the goods or services supplied; whereas the main subject matter of the contract and the price/quality ratio may nevertheless be taken into account in assessing the fairness of other terms..."

⁹⁹ Article 3(3): "The Annex shall contain an indicative and non-exhaustive list of the terms which may be regarded as unfair."

¹⁰⁰ Jedan od nacrtu sadržavao je popis 16 takvih klauzula. Više vidi: Duffy, isto, str. 68. i str. 75.

¹⁰¹ Ovaj stav izričito je naglašen u Preambuli Smjernice koja ističe da zbog minimalnog karaktera Smjernice popis klauzula iz Aneksa može biti samo indikativan, ali ne i obvezujući. To znači da Smjernica može postavljati samo minimum zajedničkih pravila, ali ne i apsolutno zabranjivati pojedine konkretne ugovorne klauzule.

Stavak 17. Smjernice 93/13: "Whereas, for the purposes of this Directive, the annexed list of terms can be of indicative value only and, because of the cause of the minimal character of the Directive, the scope of these terms may be the subject of amplification or more restrictive editing by the Member States in their national laws;"

kao ništave, mogu se podvrgavati generalnom kriteriju pravičnosti iz čl. 3(1) i također u konkretnom ugovoru biti proglašene ništavima.

Ako se prouči popis klauzula navedenih u Aneksu Smjernice, uočljivo je da su redaktori prihvatili neka rješenja iz pojedinih nacionalnih prava, tj. proglasili potencijalno ništavima neke klauzule koje bile na tzv. "crnim" listama, posebno njemačkog *AGB-Gesetz*-a i engleskog *The Unfair Contract Terms Act*-a. No, ako ih se promatra u cjelini, nabrojene klauzule teško da jasno odražavaju neke zajedničke karakteristike koje bi mogle ilustrirati *ratio legis* ovog dijela Smjernice. Ipak, može ih se grupirati u nekoliko skupina povezanih nekim zajedničkim elementima. Tako najveći dio zabranjenih klauzula čine one koje autoru ugovora daju pravo da jednostrano utječe na sadržaj, trajanje i prestanak ugovora.¹⁰² Neke od klauzula zabranjene su stoga što ograničavaju ili isključuju odgovornost autora ugovora u slučaju težih povreda ugovora,¹⁰³ a neke stoga što ograničavaju ili isključuju prava koja bi potrošač normalno ostvarivao po dispozitivnim odredbama zakona ili prema običajima u poslovnoj praksi.¹⁰⁴

¹⁰² Tu, primjerice, spadaju klauzule: - koje daju pravo prodavatelju da jednostrano izmijeni odredbe ugovora bez valjanog razloga navedenog u ugovoru (čl. 1. točka (j));

- koje daju pravo prodavatelju da u slučaju odustanka druge strane zadrži uplaćene iznose, a ne daju pravo potrošaču na naknadu u slučaju odustanka prodavatelja (čl. 1. točka (d));

- koje obvezuju potrošača, iako obveza prodavatelja ovisi o ispunjenju uvjeta prepuštenog isključivo njegovoj volji (čl. 1. točka (c));

- koje određuju nesrazmjerno visok iznos naknade štete zbog neispunjenja za potrošača (čl. 1. točka (e));

- koje daju pravo prodavatelju na raskid bez opravdanih razloga, a isto pravo nije predviđeno i za potrošača (čl. 1. točka (f));

- koje daju pravo prodavatelju da bez valjanog razloga jednostrano izmijeni svojstva proizvoda ili robe (čl. 1. točka (k));

- koje daju pravo prodavatelju da cijenu odredi u trenutku isporuke ili da poveća cijenu, ne dajući pravo potrošaču da raskine ugovor ako je konačna cijena nerazmjerno veća od ugovorene (čl. 1. točka (l));

- koje daju pravo prodavatelju da određuje sukladnost robe ili usluge s ugovorom, ili mu daju isključivo pravo tumačenja bilo koje klauzule ugovora (čl. 1. točka (m));

- koje daju pravo prodavatelju da prenese svoja prava i obveze iz ugovora bez suglasnosti potrošača, ako bi to moglo dovesti do ograničenja sredstava osiguranja za potrošača (čl. 1. točka (p)).

¹⁰³ Tu spadaju primjerice: - klauzule o isključenju ili ograničenju odgovornosti u slučaju smrti ili tjelesne povrede potrošača, koja je nastala djelovanjem druge ugovorne strane. (čl. 1. točka (a));

- klauzule o ograničavanju odgovornosti prodavatelja za obveze koje su preuzeli njegovi agenti, ili uvjetovanje preuzimanja tih obveza posebnim formalnostima (čl. 1. točka (n)).

- koje isključuju ili ograničavaju prava potrošača u slučaju neispunjenja ili djelomičnog ispunjenja obveze (čl. 1. točka (b));

- koje obvezuju potrošača da izvrši svoju obvezu, iako druga strana nije ispunila svoju (čl. 1. točka (o));

- koje isključuju ili ometaju pravo potrošača na pravnu zaštitu, a posebno nametanjem obveze potrošaču da spor iznese pred arbitražu koja nije zakonom regulirana, ograničavanjem pristupa dokazima, ili prenošenjem tereta dokaza koji bi inače po odredbama nacionalnog prava bio na prodavatelju. (čl. 1. točka (q));

¹⁰⁴ U tu skupinu spadaju, primjerice, klauzule: - koje obvezuju potrošača da postupi u skladu s ugovornim klauzulama s kojima se nije imao prilike upoznati prije zaključenja ugovora (čl. 1. točka (i));

5.2.2. Rješenja Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini

5.2.2.1. Generalna klauzula nepravednosti

Ako ova rješenja Smjernice 93/13 usporedimo s pravilima koja sadrži Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini, lako uočavamo neka veoma značajna odstupanja. Ovom problemu posvećeni su u Zakonu čl. 112. i 113., a očigledno su rješenja Smjernice utjecala i na odredbe čl. 111. st. 2. No, sve ove odredbe, pogotovo ako ih se promatra u međusobnoj vezi, pokazuju se kao dosta konfuzne, nedovoljno precizne i ponekad sasvim nejasne. Osnovni problem je u tome što je zakonodavac očigledno pokušao odrediti generalno pravilo po kojem se ima prosuđivati "pravednost"¹⁰⁵ ugovornih odredaba, ali ga je postavio tako da otvara mnoga pitanja.

Prvi problem koji se nameće u pokušaju interpretacije Zakona jest odnos pravila iz čl. 112. i pravila iz čl. 113. čl. 112. određuje da "trgovac ne smije zahtijevati ugovorne odredbe koje su nepravedne ili koje bi prouzročile štetu potrošaču" i takve odredbe proglašava ništavima. Čl. 113. st. 1. kaže da će se "ugovorne odredbe koje potrošač nije osobno ugovarao smatrati nepravednim ako su u opreci s načelima dobre namjere...". Postavlja se pitanje odnose li se odredbe čl. 112. na sve ugovorne odredbe, dakle i na one koje su nastale pregovorima između stranaka. Takav bi se zaključak mogao izvoditi iz činjenice da slijedeći čl. 113. posebno govori o nepravednosti ugovornih odredaba u čijem nastanku potrošač nije sudjelovao. No, s druge strane sama formulacija čl. 112. dopušta i zaključak da se ipak radi samo o odredbama koje nisu individualno ugovorene, jer Zakon govori da trgovac "ne smije zahtijevati" takve odredbe, što bi se moglo tumačiti na način da se radi o odredbama na koje potrošač nije utjecao, niti na njih izričito pristao.

No, već sama formulacija čl. 112. je veoma loša jer otvara pitanje što to znači da trgovac "zahtijeva" neke odredbe. Treba li to shvatiti u smislu da trgovac ne smije zahtijevati unošenje takvih klauzula u ugovor prilikom njegova zaključivanja, dakle u individualnim pregovorima s potrošačem, ili ne smije zahtijevati njihovu realizaciju ako su jednostrano unesene. Ovo drugo tumačenje je jedino prihvatljivo i moguće. Naime, ako u individualnim pregovorima potrošač izričito pristane na klauzule koje su po njegove interese nepovoljne, a nije se radilo o nametanju volje druge strane zbog njezina monopolskog ili sličnog položaja, načelo slobode ugovaranja zahtijeva da i takve klauzule budu valjane. Potrošač se može, pod uvjetom da to želi, uvijek odreći određenih prava koja bi inače po ugovoru imao, ili pristati na prava koje druga strana ne bi redovito mogla ostvarivati. Stoga se ovo pravilo može jedino tumačiti u smislu da se odnosi na jednostrano unesene odredbe ugovora, ali bi zbog jasnoće čitavog teksta trebalo glasiti drukčije. Umjesto termina "zahtijevati"¹⁰⁶ trebalo bi naglasiti da trgovac ne smije *jednostrano unositi u ugovor* klauzule koje su

¹⁰⁵ Zakon upotrebljava ovaj termin da bi označio ono što Smjernica određuje kao «unfair».

¹⁰⁶ Upotreba ovog termina je nesretna jer upućuje da se radi o situaciji u kojoj trgovac u pregovorima sa strankom pokušava unijeti u ugovor određene klauzule, a to je nešto što mu pravni poredak ne smije braniti. Pregovori kao predugovorna faza načelno ne stvaraju nikakve obveze i pokušaj da se u ugovor uključe neke klauzule ne može biti sankcioniran. Pravni poredak može intervenirati tek kada su sporne odredbe zaista uključene u ugovor, i to samo ako su uključene bez pristanka druge strane.

“nepravedne” i sl. Ukoliko ova odredba ostane ovako formulirana, može se braniti i stav da je zakonodavac izričito htio sankcijom ništavnosti pogoditi sve klauzule ugovora koje su za potrošača nepravedne i štetne, bez obzira da li su nastale uz njegov izričiti pristanak i sudjelovanje u redigiranju, ili su unesene jednostrano. No, takva regulativa bila bi potpuno suprotna temeljnim načelima ugovornog prava koja, bez obzira na činjenicu što potrošač zaslužuje posebnu zaštitu pravnog poretka, ipak ravnaju i ovim ugovorima.

Osim toga, nejasan je i nedorečen i dio odredbe čl. 112. koji govori o klauzulama koje “bi prouzročile štete potrošaču”, pa ih stoga trgovac ne smije “zahtijevati”. Očigledno je zakonodavac ovdje bio pod utjecajem sadržaja generalne klauzule nepravičnosti iz čl. 3(1) Smjernice 93/13, koja kao jedan od kriterija nepravičnosti klauzule ugovora postavlja i zahtjev da je dovela do poremećaja ravnoteže ugovornih prava i obveza, a “na štetu potrošača”. No, ovaj se zahtjev, kako je gore naglašeno, može prihvatiti jedino u uskoj uzročno-posljedičnoj svezi s ostalim elementima generalne klauzule nepravičnosti. Sva tri elementa generalne klauzule, tj. postupanje protivno dobroj vjeri (savjesnosti i poštenju), poremećaj ugovorne ravnoteže i oštećenje interesa potrošača, moraju biti ispunjena kumulativno da bi odredba ugovora bila nepravična. Iako se definiraju i analiziraju odvojeno, oni su međusobno uvjetovani, i tek u jedinstvu dovode do nepravičnosti klauzule ugovora.

Odredba čl. 112. očigledno nema takvo značenje. U njoj je zakonodavac postavio alternativne zahtjeve za proglašenje klauzule ugovora ništavnom, tj. veznikom *ili* je odvojio zahtjev “nepravednosti” klauzule od zahtjeva “prouzrokovanja štete potrošaču”. Takva se regulativa, ako je ne shvatimo kao nenamjerni propust i previd zakonodavca, opet pokazuje kao preširoka i protivna temeljnim načelima ugovornog prava. Svaka odredba koja uzrokuje štetu interesima potrošača ne može biti ništavna, ako nije po nekoj drugoj osnovi protivna elementima pravnog poretka. Bez obzira na opravdanost što šire zaštite interesa potrošača, što je osnovni cilj ovog zakona, ne može se prihvatiti, ni u jednom segmentu ugovornog prava, da svatko tko je zaključenjem ugovora pretrpio bilo kakvu štetu na svojim interesima, može zahtijevati poništenje takvog ugovora. Šteta mora biti posljedica nedopuštenog ponašanja druge strane, bilo prilikom zaključenja, bilo prilikom realizacije ugovora. Svako drugo rješenje potpuno bi obezvrijedilo temeljna načela ugovornog prava, posebno načelo *pacta sunt servanda* i načelo autonomije volje. Vjerujemo da ni zakonodavac nije imao namjeru ovako postaviti stvari, ali nespretnosti u formuliranju odredbe, nažalost, otvaraju vrata ovakvom njezinu tumačenju.

Ako na kraju stavimo po strani sve ove nejasnoće i greške u redigiranju i ipak prihvatimo tumačenje da se odredbe čl. 112. odnose samo na jednostrano unesene odredbe ugovora, pitanje njezine uloge i značenja ponovno se aktualizira kada njezine odredbe stavimo u kontekst svih odredaba Glave XIX, a posebno ako ih povežemo sa smislom i svrhom čl. 113. Naime, u čl. 113. st. 1. zakon govori izričito samo o jednostrano formuliranim odredbama ugovora,¹⁰⁷ i postavlja kriterije za utvrđivanje njihove (ne)pravednosti. Dakle, očigledno postavlja tzv. generalnu klauzulu nepravednosti

¹⁰⁷ I ovaj dio odredbe je jezično prilično loše formuliran jer govori o odredbama koje «potrošač nije osobno ugovarao». Bilo bi, s jezičnog aspekta, bolje reći da nije sudjelovao u njihovu utvrđivanju, redigiranju ili sl.

(nepravičnosti) jednostrano određenih ugovornih odredaba.¹⁰⁸ Ako u kontekstu te činjenice pokušamo tumačiti svrhu i sadržaj čl. 112., kao jedini mogući zaključak se nameće stav da je zakonodavac pravila iz čl. 112. vezao za sve odredbe ugovora. Postavljati generalnu klauzulu nepravednosti jednostrano određenih odredaba ugovora dva puta u dva uzastopna članka, i to velikim dijelom na različiti način, čini se nerazumno i teško se može očekivati od zakonodavca. Ali, ako prihvatimo zaključak da se odredbe čl. 112. odnose na sve ugovorne odredbe, oživljavaju svi gore navedeni prigovori vezani za takvu regulativu.

Što se tiče odredaba čl. 113., one također sadrže određene nejasnoće. Zakon u prvom redu postavlja opće pravilo da su jednostrano unesene odredbe nepravedne ako su "u opreci s načelima dobre namjere". Već ovaj dio norme se pokazuje kao krajnje nejasan jer naše pravo, koliko je nama poznato, ne pozna "načelo dobre namjere"¹⁰⁹ kao neko posebno načelo bilo ugovornog, bilo uopće civilnog prava. Moglo bi se pretpostaviti da se radi o omašci ili o slobodnom prijevodu naziva načela "dobre vjere", odnosno onog što se u našem pravu definira kao načelo "savjesnosti i poštenja",¹¹⁰ a što je temeljni kriterij ispitivanja nepravičnosti ugovornih odredaba po čl. 3(1) Smjernice, da zakonodavac u istom stavku kasnije posebno ne apostrofira načelo savjesnosti i poštenja. Ovako ostaje nejasno što je zakonodavac mislio. Naravno, zakonodavac može postavljati i nove, do sada u pravnoj praksi i zakonodavstvu nedefinirane zahtjeve i standarde ponašanja, pa bi se mogao braniti stav da temeljem ove odredbe treba tek definirati pojam "dobrih namjera" kao kriterij nepravednosti ugovornih odredaba. No, ako se želi da određena norma funkcionira u praksi, a posebno ako ona ima ulogu pravnog standarda, blanketne norme, onda je poželjno upotrebljavati pravne pojmove koji su u pravnoj i poslovnoj praksi već razrađeni i imaju utvrđeni sadržaj. Načelo dobre vjere, savjesnosti i poštenja je ne samo temeljno načelo čitavog kontinentalnog ugovornog prava od rimskih vremena nego je ono jedan od osnovnih postulata našeg obveznog prava. Kao takvo, ono je izuzetno detaljno razrađeno, njegov sadržaj i mnogobrojni aspekti su nebrojeno puta definirani u praksi sudova, kako kod nas, tako naročito u zemljama u čiji pravni krug spada i naša. Na kraju, ne treba zaboraviti ni to da Smjernica 93/13 ovo načelo promovira kao temeljni kriterij valjanosti ugovornih odredaba i da bi zbog svega toga ono predstavljalo mnogo pogodniji instrument buduće pravne prakse u ovoj materiji, no što je to jedan novi i ipak nedefiniran pojam.

Daljnja analiza sadržaja st. 1. čl. 113. pokazuje da je zakonodavac "protivnost načelima dobre namjere" uzeo samo kao prvi kriterij, jer u sljedećim odredbama donosi i tri dodatna kriterija za proglašenje ugovorne odredbe nepravednom. Iz odredbe st. 1. je jasno da protivnost načelima dobre namjere nije dovoljna za proglašenje klauzule ugovora nepravednom, već da je uz to potrebno i ispunjenje dodatnog kriterija, ali nije potpuno jasno jesu li ova tri kriterija predviđena kao alternativni, dakle da je uz protivnost dobroj namjeri dovoljno da bude ispunjen još jedan kriterij iz točaka a), b) ili c), ili je potrebno da kumulativno budu ispunjena sva tri kriterija. Argumenata ima

¹⁰⁸ Da je to svrha ovog stavka, govori i činjenica da 3. stavak čl. 113. sadrži listu ugovornih klauzula koje će se «posebice smatrati ništavima», dakle «crnu» listu.

¹⁰⁹ A posebno je nejasno što je zakonodavac mislio kada je upotrijebio plural, tj. zakon govori o «načelima dobre namjere» u množini, što implicira da postoji više načela koja se mogu označiti ovim zajedničkim nazivom.

¹¹⁰ Čl. 12. ZOO.

i za jedno i za drugo stajalište. Najznačajniji argument u korist pretpostavke da se radi o alternativnim zahtjevima je svakako onaj formalni, nomotehnički, tj. zakonodavac je propustio da načinom izražavanja pravila iz stavka 1. izričito naglasi da se radi o zahtjevima koji moraju biti ispunjeni kumulativno,¹¹¹ odvojio je ove zahtjeve u posebne točke, što upućuje na nabranje međusobno odvojenih zahtjeva, a ne na postavljanje jedinstvenog pravila.

No, s druge strane, smisao i svrha generalne klauzule nepravičnosti otvara mogućnost i za obranu suprotnog stava. Na to u prvom redu upućuje usporedba zakona s njegovim uzorom, a to je Smjernica 93/13, jer i Smjernica prihvaća takav pristup definiranju generalne klauzule nepravičnosti. No, značajnije je da na zaključak o kumulativnoj primjeni upućuje značenje ovih posebnih kriterija i njihov međusobni odnos. Zakon predviđa u prvom redu da je nepravedna ugovorna odredba koja "stvara znatnu nejednakost činjenja na štetu potrošača u ugovornim pravima i obvezama strana." Ako zanemarimo jezičnu nezgrapnost i pomalo neobičan izbor termina,¹¹² čini se da se ovdje radi o prihvaćanju drugog (i s njim povezanog trećeg) kriterija iz čl. 3(1) Smjernice 93/13, tj. o zahtjevu da je konkretna odredba stvorila poremećaj ravnoteže između prava i obveza iz ugovora, a na štetu potrošača.¹¹³

Drugi kriterij zakona zahtijeva da se radi o odredbama "čije bi ispunjenje ugovornih obveza znatno odstupilo od opravdanog očekivanja potrošača."¹¹⁴ Ovdje je riječ o kriteriju kakvog ni po formulaciji ni po smislu ne nalazimo u odredbama Smjernice 93/13, no držimo da nema nikakve prepreke da se prilikom ocjene pravednosti pojedine klauzule uzimaju u obzir i opravdana očekivanja potrošača. To je uostalom potpuno u skladu s duhom i smislom Smjernice, kao i s ciljem ovog Zakona, odnosno pojačanom zaštitom interesa potrošača.

Treći zahtjev iz st. 1. govori o tome da su nepravedne odredbe "koje su u opreci s načelom poštenja, savjesti i dobrim poslovnim običajima." Ova odredba kao dodatni kriterij za utvrđenje pravednosti ugovorne odredbe zahtijeva poštovanje načela savjesnosti¹¹⁵ i poštenja iako, kako smo gore naveli, nije potpuno jasno da li je poštovanje ovog načela već propisano u prvom dijelu kriterija, pa se ovo pokazuje kao puko ponavljanje već predviđenog. Osim toga, zakon zahtijeva i da odredbe budu u skladu s dobrim poslovnim običajima. Time prihvaća rješenje ZOO-a vezano za

¹¹¹ Ali, s druge strane, nije ni naglasio da se moraju razumjeti kao alternativni, tj. nije ih razdvajao veznikom ili.

¹¹² Tako je neuobičajen termin «činjenje». Očigledno je zakonodavac mislio na «činidbe» čija vrijednost ne smije biti nejednaka, a ne na činjenja. Iako se u svakodnevnom govoru ovi termini mogu smatrati u određenom smislu sinonimima, izražavanje u zakonu bi trebalo biti precizno, jer se u obveznompravnim smislu ova dva pojma potpuno ne izjednačavaju.

¹¹³ Razlika u odnosu rješenje Smjernice u biti je samo u tome što zakon ne zahtijeva da je poremećaj ravnoteže ugovornih prava i obveza «znatan».

¹¹⁴ Nažalost, i ova odredba je jezično, odnosno gramatički pomalo nespretna, jer kad se poveže s prvim rečenicom st. 1. na koju se logički (i jezično) nastavlja, proizlazi da ugovorna odredba ispunjava ugovorne obveze, a posve je sigurno da zakonodavac nije htio dati takvo, potpuno besmisleno značenje ovom pravilu.

¹¹⁵ Držimo da ovu odredbu treba razumjeti kao pozivanje na načelo savjesnosti i poštenja, bez obzira na to što zakon govori o načelu «savjesti», ali načelo s takvim nazivom nije poznato u civilnom pravu, pa se vjerojatno opet radi o omašci.

valjanost općih uvjeta poslovanja, koji, između ostalog, traži da opći uvjeti budu u skladu s dobrim poslovnim običajima.¹¹⁶

Iz ovog pregleda sadržaja i značenja dodatnih kriterija pravičnosti očigledno je da su oni postavljeni veoma široko i općenito, te da tek promatrani zajedno mogu predstavljati, uz sve nejasnoće i pitanja koja otvaraju, generalnu klauzulu nepravičnosti jednostrano redigiranih odredaba potrošačkih ugovora. No, ostaje činjenica da je zakon to pravilo mogao i morao puno jasnije i potpunije definirati, jer je to neophodan preduvjet njegove primjene u praksi. Ovako ono će uvijek stvarati nedoumice, otvarati mogućnost veoma različitih tumačenja i u konačnici voditi pravnoj nesigurnosti ili što je još gore, neefikasnosti pravila u praksi.

Opasnost od takvog ishoda pojačana je i činjenicom da zakon u čl. 113. ne daje nikakve dodatne upute sudovima kako tumačiti njegove odredbe, što uzimati u obzir prilikom procjene valjanosti klauzule ugovora i sl. Istina, nešto što sliči uputama koje postavlja Smjernica 93/13 za tumačenje generalne klauzule, predviđeno je u čl. 111. st. 2. Zakona. Ali, te odredbe su veoma konfuzne i u određenoj mjeri nedovoljno jasne. Zakon u st. 2. čl. 111. u prvom redu zahtijeva da ugovorne odredbe budu "razložne". To bi se, vjerojatno, trebalo tumačiti kao zahtjev za logičnošću, odnosno razumnošću odredaba, iako je sadržaj tog pojma toliko širok i difuzan da je veoma teško reći kako će se u praksi interpretirati i hoće li uopće kao takav dobiti neko konkretno tumačenje. No, moguće je da je zakonodavac propisivanjem ovog zahtjeva zapravo htio izraziti nešto drugo, a to je da ugovorne odredbe moraju biti izražene jasnim i razumljivim jezikom. Na takav zaključak upućivalo bi povezivanje ovog dijela st. 2. sa stavkom 3. čl. 111. koji postavlja pravilo tumačenja nejasnih odredaba ugovora. Zakon je u toj odredbi prihvatio pravilo *contra proferentem*, tj. nejasne odredbe će se tumačiti u značenju povoljnijem za potrošača, čime je prihvaćeno rješenje identično rješenju Smjernice 93/13,¹¹⁷ kao i posebnom pravilu ZOO-a o tumačenju formularnih ugovora.¹¹⁸ Ovakvo tumačenje pojma "razložnosti" ugovornih odredaba, kao zahtjeva za njihovom jasnoćom i razumljivošću, čini nam se prihvatljivijim od onog koje proizlazi iz doslovnog tumačenja upotrijebljenog termina.

No, prije no što pređemo na ostale zahtjeve iz st. 2. čl. 111., treba upozoriti na još jedan propust zakonodavca koji može unositi nepotrebnu zbrku u primjeni. Naime, Zakon pravilo *contra proferentem* predviđa ne samo u čl. 111., nego ga ponavlja u istom obliku još jednom u st. 2. čl. 113., čija je svrha kako smo vidjeli, definiranje nepravednih klauzula ugovora. Ako to nije samo nenamjerna omaška, što vjerujemo da jest, moglo bi se postavljati pitanje imaju li odredbe čl. 111. i čl. 113. posve različitu ulogu i domašaj, pa je stoga zakonodavac ovo pravilo morao posebno unijeti u oba pravila. Odgovor na to pitanje mora biti negativan, jer se oba članka očigledno odnose

¹¹⁶ Čl. 143/1 ZOO-a izričito predviđa da će opći uvjeti poslovanja biti nevaljani ako su protivni dobrim poslovnim običajima, no obveza postupanja u skladu s njima za sve sudionike obveznopravnih odnosa proizlazi već iz temeljnih načela ZOO-a. Čl. 21. propisuje ovu obvezu i stoga se ona može smatrati kogentnom normom našeg prava.

¹¹⁷ Article 5: "In the case of contracts where all or certain terms offered to the consumer are in writing, these terms must always be drafted in plain, intelligible language. Where there is doubt about the meaning of a term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail. This rule on interpretation shall not apply in the context of the procedures laid down in Article 7 (2)."

¹¹⁸ Čl. 100. ZOO-a

samo na jednostrano unesene klauzule ugovora. Štoviše, unošenje pravila *contra proferentem* u čl. 111. još je jedan dokaz da se i odredbe ovog članka odnose samo na takve ugovorne klauzule, jer se jedino na njih i može primijeniti ovo posebno pravilo tumačenja ugovora.

Drugi zahtjev iz st. 2. čl. 111. traži da ugovorne odredbe budu "... u svezi drugim odredbama u istom ili drugom ugovoru između istih strana..". Ovo je očito manjkavo prenošenje pravila Smjernice 93/13 koja zahtijeva da se prilikom utvrđenja nepravilnosti klauzule uzimaju u obzir i druge odredbe tog ugovora, kao i odredbe ugovora o kojima je konkretni ugovor ovisan.¹¹⁹ Kada se pravilo ovako postavi, ono je logično i smisleno i odgovara cilju propisa. Klauzule treba *tumačiti* u međusobnoj zavisnosti, a samo postaviti zahtjev da budu međusobno "u svezi" nema nikakvog praktičnog značenja. Ako se pojedine klauzule jednog ugovora odnose na veoma različite aspekte ugovornog odnosa, moglo bi se argumentirano reći da nisu "u svezi", što bi onda po st. 2. značilo da ne udovoljavaju odredbama Zakona. Drugi dio ovog pravila je još lošije postavljen, jer po doslovnom tumačenju, a norma ne dopušta nikakvo drugo, zahtijeva da svaka klauzula ugovora bude "u svezi" sa svim ostalim klauzulama svih drugih ugovora između istih strana. Kako to u praksi mogu biti ugovori koji nemaju nikakve druge dodirne točke osim istih strana ugovornica, ovaj zahtjev je ne samo apsurdan nego i protivan osnovnim pravnim načelima.

Treći zahtjev predstavlja u prvom dijelu doslovno preuzimanje rješenja Smjernice koja traži da se prilikom procjene valjanosti klauzula ugovora uzme u obzir priroda roba ili usluga povodom kojih je ugovor zaključen.¹²⁰ No, drugi dio ovog zahtjeva je nejasan jer govori o tome da treba uzeti u obzir "... i prirodu svih drugih sudionika u svezi sa zaključenjem ugovora".

Rezimirajući na kraju sve rečeno o odredbama st. 2. čl. 111., može se zaključiti da su ove odredbe očito nastale pod utjecajem čl. 4. i čl. 5. Smjernice, ali da su u jednom dijelu veoma loše redigirane, zbrkane i nedorečene, tako da će teško biti od velike koristi primjenjivaču norme. Osim toga, bilo bi mnogo bolje da su uvrštene u odredbe čl. 113. jer bi time njihov cilj bio jače naglašen, a to bi olakšalo i njihovo pravilno razumijevanje.

Sankcija koju Zakon predviđa za ugovorne klauzule koje ne udovolje kriterijima iz čl. 112. i čl. 113. je apsolutna ništavost. Ako ostavimo po strani sve dileme i nejasnoće u svezi sa sadržajem ovih pravila, a posebno s odnosom odredaba čl. 112. i čl. 113., sankcija koju Zakon predviđa je u skladu s općim pravilima našeg ugovornog prava.¹²¹ Naime, radi se o povredama kogentnih normi, štoviše povredama temeljnog načela ZOO-a, načela savjesnosti i poštenja, pa je propisivanje apsolutne ništavosti takvih klauzula jedino moguće.¹²²

¹¹⁹ Article 4:1. » Without prejudice to Article 7, the unfairness of a contractual term shall be assessed, ... and by referring, at the time of conclusion of the contract, to all the circumstances attending the conclusion of the contract and to all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent. »

¹²⁰ Article 4.: 1. » Without prejudice to Article 7, the unfairness of a contractual term shall be assessed, taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded. ... »

¹²¹ Čl. 103. i čl. 143. ZOO-a.

¹²² Smjernica 93/13 propisuje da ovakve odredbe «ne obvezuju potrošača», tj. ne upotrebljava termin «ništavost», želeći omogućiti implementaciju takvog rješenja u različitim pravnim sustavima koji predviđaju različite sankcije u ovakvim slučajevima. Article 6 (1): «Member States shall lay down that unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall, as provided for under their national law, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair terms.»

5.2.2.2. *Popis ništavih klauzula*

Zakon u st. 3. čl. 113. sadrži i listu od 9 klauzula ugovora koje će se "posebice... smatrati ništavima..". Ova odredba se mora tumačiti na način da njome Zakon predviđa "crnu" listu klauzula, tj. onih koje su ništave u svakom slučaju. Sve ostale klauzule mogu biti poništene ako ne zadovoljavaju zakonske kriterije. Već površan pogled na ove klauzule pokazuje da su neke od njih tako nejasno redigirane da im je veoma teško odrediti smisao.¹²³ Druge su pak nedorečene, odnosno postavljaju samo dio elemenata radi kojih se neka odredba može smatrati nepravednom, ali bez "ostatka" takvo određenje nije opravdano.¹²⁴ Neke dopuštaju tumačenja koja se pokazuju kao pravno dubiozna.¹²⁵ No, najveći problem vezan za ovaj dio čl. 113. je u tome što se ona ne sadrži mnoge tipove ugovornih odredaba koje najteže pogađaju interese potrošača i koje su u praksi, nažalost, dosta česte. Budući da je lista očigledno "crna" i time zatvorena, to implicira stav zakonodavca da su u njoj nabrojene sve klauzule koje najgrublje vrijeđaju načela pravnog poretka, a da su ostale samo podložne testu pravičnosti. Držimo da je ovu listu ipak trebalo malo detaljnije urediti i u nju unijeti i mnoge druge klauzule.

6. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Iz svega navedenog očigledno je da rješenja koja postavlja Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini u materiji nepravednih odredaba formularnih ugovora imaju značajne slabosti. Mnoge od njih su posljedica površnog pristupa problemu ili čak nespretnosti u izražavanju, a ponekad i grešaka u prevođenju termina koje sadrže rješenja europskog prava zaštite potrošača. No, ukupan rezultat je veoma slab i opravdano se može postavljati pitanje koliko će se ove odredbe Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini moći uspješno primjenjivati u praksi. Najozbiljniji prigovor koji se može uputiti ponuđenom rješenju je u njegovoj nesistematičnosti, odnosno nedostatku jasno vidljive osnovne svrhe i koncepcije instituta. Ovako

¹²³ Primjerice, točka b) i točka i) st. 3. čl. 113.

¹²⁴ Primjerice, točka a) nepravednom proglašava klauzulu koja da je pravo trgovcu «da u svakom slučaju odustane od ugovora.» Ovakva klauzula može se smatrati nepravednom samo ako to isto pravo nema ujedno i potrošač.

Ili, točka f) ništavima proglašava klauzule koje trgovcu daju pravo da jednostrano mijenja odredbe u ugovoru, ali to će biti opravdano samo ako u ugovoru nisu specificirane posebne situacije u kojima je trgovcu (ili potrošaču) garantirano pravo da jednostrano izmijeni ugovor. Inače je ova zabrana preširoka i ne odgovara ustaljenoj praksi.

¹²⁵ Primjerice, točka d) ništavima proglašava klauzule koje isključuju odgovornost trgovca za štetu koju je prouzrokovao nenamjerno. Prvi problem je što Zakon ne poništava i klauzule koje ograničavaju odgovornost za štetu, a koje mogu imati jednako pogubno djelovanje po interese potrošača. Druga slabost je što bi iz doslovnog tumačenja teksta norme proizlazilo da se može isključiti odgovornost za namjerno prouzrokovanu štetu. Naravno, to ne može biti namjera zakonodavca i možemo pretpostaviti da je u postavljanju ovog pravila polazio od već usvojenog pravila našeg obveznog prava da se odgovornost za štetu uzrokovanu namjerno ili krajnjom nepažnjom ne može unaprijed ugovorom isključiti (čl. 265/1 ZOO). Ali, i onda je njegova formulacija ipak loša jer je morao precizirati da se radi o štetama uzrokovanim običnom nepažnjom, a ne nenamjerno, jer «nenamjera» obuhvaća i krajnju nepažnju, koja je po pravilima ZOO-a izjednačena s namjerom.

postavljen on otvara toliko međusobno različitih mogućnosti interpretacije, da će sasvim sigurno izazvati velike sporove u primjeni na pojedine potrošačke ugovore, ili će, što bi bilo mnogo gore, ostati samo gola proklamacija, bez pravog praktičnog efekta. To je posebno za žaljenje ako se uzme u obzir da u našem općem ugovornom pravu već postoje, ne samo na temelju izričitih normi ZOO-a nego još više u stavovima sudske prakse i pravne literature, veoma razrađena gledišta povodom većine onih pitanja koja čine bit i ovog problema. Prema tome, postoji određena pravna tradicija koju je trebalo poštovati i u ovom Zakonu. Zbog svega iznesenog smatramo da bi ova rješenja trebala svakako u određenim elementima izmijeniti, a posebno pojednostavniti, i time učiniti pravno djelotvornima. To ne bi trebao biti nimalo težak zadatak s obzirom da već "gotova" rješenja nudi kako tekst Smjernice 93/13, tako i usporedno pravo većine europskih zemalja.

ON THE UNFAIR CONSUMER CONTRACTS TERMS UNDER EU LAW AND BOSNIA AND HERZEGOVINA LAW

Summary

The paper deals in details with the problem of the unfair contract terms in the consumers contracts. The author analyses provisions *Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts* and compares them with the provisions of the *Consumer protection Act of Bosnia and Herzegovina*. This segment of the EU law is one of the most important, as its purpose is to facilitate the establishment of the internal market and to safeguard the citizen in his role as consumer, when acquiring goods and services under one-sided standard contracts, namely "formulated" contracts. As in our domestic law the importance and the number of such contracts is rapidly increasing, it is necessary to establish in general way the criteria for assessing the unfair character of contract terms. In order to ensure legal certainty and a high level of consumer protection and confidence, our national law must take measures to create a legal framework in accordance with the high standards established in the EU law.

Key words: consumer's protection, EU law, standardized (adhesion) contracts, unfair contract terms