

Zlatan Meškić* / Alaudin Brkić*

ZAŠTITA POTROŠAČA OD NEPRAVEDNIH UGOVORNIH ODREDBI – USKLADIVANJE OBLIGACIONOG PRAVA BIH SA DIREKTIVOM 93/13/EEZ

SAŽETAK

Zakonom o zaštiti potrošača (ZZP) obligaciono pravo BiH dobija novi pravni osnov za kontrolu pravednosti odredbi formularnih ugovora zaključenih između potrošača i poduzetnika. Sveobuhvatna analiza ove kontrole podrazumijeva odgovore na pitanja pod kojim uslovima ugovorne odredbe na čiji sadržaj potrošač nije mogao uticati uopšte obavezuju potrošača, zatim, pod pretpostavkom ispunjenja ovih uslova, koje kriterije trebaju ispuniti da se na osnovu sadržajne kontrole ne bi ocijenile kao nepravedne a time i ništave, te konačno, koja pravila tumačenja vrijede u oblasti ugovornih odredbi na čiji sadržaj potrošač nije mogao uticati. Uz kratki prikaz Direktive 93/13/EEZ rad stavlja težište na prikaz odredbi ZZP kao nove regulative u ovoj oblasti, odnosa između ZZP i Zakona o obligacionim odnosima (ZOO) kao i odredaba novog prijedloga ZOO. Cilj rada je promoviranje i objašnjenje odredbi ZZP koji nemaju primjenu u praksi, iako su prije osam godina postale pravni izvor koji paralelno sa ZOO uređuje obligacione odnose u BiH. Prikaz porijekla ovih odredbi iz zakonodavstva EU stavljen je u funkciju razumijevanja namjere zakonodavca i svrhe koju propisi slijede.

Ključne riječi: Formularni ugovori; zaštita potrošača, načelo savjesnosti i poštenja; tumačenje ugovora.

* Doc.dr.sc., Pravni Fakultet Univerziteta u Zenici.

* Mr.sc., Pravni fakultet Univerziteta u Zenici.

1. Generalna klauzula pravednosti u potrošačkim ugovorima

a) Klauzula pravednosti prema Direktivi 93/13/EEZ

Načelo savjesnosti i poštenja i načelo pravednosti kao opšta načela koja proizilaze iz pravnih poredaka država članica vrijede u Pravu Evropske unije (EU) i bez izričitog navođenja u pravnim aktima EU, te Sud Evropske unije njihovo važenje smatra tako prirodnim da ih primjenjuje bez dodatnog obrazloženja.¹ Najvažniji pravni izvor u okviru zaštite potrošača EU koji određuje načela savjesnosti i poštenja i pravednosti predstavlja čl. 3. st. 1. Direktive 93/13/EEZ o nepravednim odredbama u potrošačkim ugovorima,² koja se zbog toga naziva generalnom klauzulom pravednosti u potrošačkom ugovornom pravu. U skladu sa navedenim propisom odredbe potrošačkih ugovora o kojima se nije pojedinačno pregovaralo smatraju se nepravednim “ako na štetu potrošača suprotno načelu savjesnosti i poštenja stvaraju značajnu (i neopravdanu)³ neravnotežu između prava i obaveza ugovornih stranaka“. Pri tome uslov objektivne neravnoteže podrazumijeva jednak nivo nepravednosti kao i načelo savjesnosti i poštenja. Navođenje oba uslova u direktivi može se objasniti nastojanjem zakonodavca EU da državama olakša implementaciju odredbe s obzirom da je većini nacionalnih pravnih tradicija nepoznat bar jedan od ovih pojmova.⁴ Ipak je ovakva formulacija imala za posljedicu da propisi kojima su države članice implementirale ovu odredbu značajno odstupaju jedni od drugih, pri čemu neki izričito navode oba uslova, kao alternativne ili kumulativne, ili je naveden samo jedan od ovih uslova.⁵ Ovdje je neophodno napomenuti da direktiva kao pravni izvor u Evropskoj uniji predstavlja sredstvo pravnog približavanja a ne pravnog ujednačavanja propisa država članica. Direktiva je opšti pravni akt koji u nacionalni pravni sistem mora biti implementiran u predviđenom roku, pri čemu je nacionalnom zakonodavcu prepušten izbor sredstva implementacije, iako je u oblasti zaštite potrošača preporučljiva implementacija zakonom kao najjednostavniji način za građane da spoznaju svoja novonastala prava. Direktiva 93/13 kao i ostale potrošačke direktive njene generacije

¹ Vidi: G. Reichelt, *Europarecht*, Manz, Beč 2002, 48.

² Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. 4.1993. o nepravednim odredbama u potrošačkim ugovorima, Službeni list L 095, 21.4.1993., 29-34.

³ Njemački prevod ove odredbe sadrži formulaciju “značajnu i neopravdanu neravnotežu“ dok engleska i francuska verzija govore samo o “značajnoj neravnoteži“.

⁴ Vidi: R. van Gool, *Die Problematik des Rechts der missbräuchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, Lang, Frankfurt am Main 2002, 182; G. Howells, T. Wilhelmsson, *EC Consumer Law*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot and Brookfield 1997, 99; K. Herkenrath, *Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Frankreich und Italien*, Lang, Frankfurt am Main 2003, 119.

⁵ Vidi: H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, *EG-Verbraucherrechtskompendium-Rechtsvergleichen- de Studie*, Univerzitet Bielefeld, Bielefeld 2008, 770.

odražavaju načelo tzv. “minimalne harmonizacije”. S obzirom da je u 80-tim godinama u Evropskoj ekonomskoj zajednici došlo do zakonodavnog zastoja zbog uslova zakonodavne procedure da se odluke u Vijeću donose jednoglasno i nemogućnosti država članica da se na ovaj način dogovore, novi pristup približavanju prava usvajanjem direktiva “minimalne harmonizacije” omogućio je željenu deblokadu. Tako direktive nove generacije sadržavaju minimalni nivo zaštite potrošača oko kojeg su se države članice uspjele dogovoriti, a u njih su uvrštene tzv. “klauzule minimalne harmonizacije” koje prepuštaju državama članicama da svojim implementacionim propisima predvide viši nivo zaštite od onog datog direktivom. Osim u slučajevima neimplementacije direktive u nacionalni pravni poredak, odredbe direktive ne vrijede neposredno u državama članicama EU, nego vrijede samo propisi kojima je država članica implementirala konkretnu direktivu. Ipak, nacionalni propisi implementacije ne gube u potpunosti vezu sa direktivom, jer je Sud EU svojom stalnom sudskom praksom utvrdio načelo tumačenja nacionalnih propisa kojima je implementirana direktiva u skladu sa direktivom. Ovo načelo za nacionalne sudove znači obavezu da u slučaju pogrešne implementacije neke odredbe direktive u nacionalno pravo tumače nacionalnu odredbu u skladu sa odgovarajućom odredbom direktive, naravno ostajući u okviru onih rezultata tumačenja koje je moguće postići nacionalnim pravnim metodama tumačenja. Direktiva o nepravednim odredbama implementirana je u nacionalno zakonodavstvo BiH Zakonom o zaštiti potrošača (ZZP)⁶, te neposredno dejstvo direktive ne dolazi u obzir, ali je bitno za sva daljna razmatranja odredbi našeg ZZP kao i Zakona o obligacionim odnosima (ZOO)⁷, da bi u pravnoj praksi već sada trebalo tumačiti odredbe koje implementiraju ovu Direktivu u skladu sa odredbama direktive s obzirom da ćemo tu obavezu neminovno preuzeti članstvom u EU a značajno doprinosi pravnoj sigurnosti da se odmah uspostavi ispravna pravna tradicija u primjeni novih propisa. Stoga je neminovno poznavanje odluka Suda EU⁸ koji je u okviru svog postupka prethodnog odlučivanja u više navrata odredio ispravno tumačenje odredbi direktive. Obaveza za ispravnim tumačenjem odredbi direktive kao i uzimanja u obzir prakse Suda EU može se izvesti i iz harmonizirajuće klauzule čl. 70. Sporazuma o

⁶ Vidi: čl. 93.-97. Zakona o zaštiti potrošača (“Službeni glasnik BiH”, br. 17/02.

⁷ Vidi: Službeni list Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, br. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89, 57/89, Službeni list Republike Bosne i Hercegovine, br. 2/29, 13/93, 13/94 i Službeni glasnik Federacije Bosne i Hercegovine, br. 29/03; Službeni glasnik Republike Srpske, br. 17/93, 57/98, 39/03, 74/04.

⁸ O sudskoj praksi Suda EU vidi H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, EC Consumer Law Compendium, <http://www.eu-consumer-law.org/>, 30.3.2010; Komparativni pregled nacionalne sudske prakse nudi A. Pošćić, “Nepoštena klauzula u potrošačkim ugovorima”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 43, 2/2006, 165.

stabilizaciji i pridruživanju,⁹ koja utvrđuje obavezu Bosne i Hercegovine da usklađuje svoje zakonodavstvo sa *acquisom* Unije koji obuhvata kako navedenu Direktivu, implementiranu u naše zakonodavstvo putem ZZP, tako i presude Suda EU koje konačno tumače odredbe ove Direktive.

b) Implementacija klauzule pravednosti u domaće pravo

Zakonodavac EU rano je počeo koristiti zakonodavnu tehniku preuzimanja načela koja su zajednička državama članicama u svrhu stvaranja i daljnog razvoja samostalnih načela Prava EU.¹⁰ Sud EU je o dozvoljenosti otpuštanja službenika Evropske ekonomske zajednice već 1960. godine odlučio da “mjere koje upravni organ donosi u okviru ugovora koji je sklopio moraju biti u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja”.¹¹ Dio pravne nauke pretpostavlja da je Evropsko potrošačko ugovorno pravo zasnovano na novim načelima, koja u ovom obliku ne postoje u nacionalnim pravnim porecima. Tako *Lurger* govori o “zaštitnoj misli” (njem. “Schutzgedanke”) kao novom ugovornom načelu koje stranke obavezuje na međusobno uvažanje (međusobno uzimanje u obzir; njem. “gegenseitige Rücksichtnahme”) i fer postupanje.¹² *Reich/Micklitz* i *Howells/Wilhelmsson*, nasuprot tome, žele iz Potrošačkog prava EU izvesti “načelo legitimnih očekivanja” koje pospješuje povjerenje potrošača¹³, a unutar Prava EU poznato je iz Evropskog kolizionog prava, tj. Međunarodnog privatnog prava EU¹⁴. Ono što je zajedničko za oba ova pristupa jeste da se okreću protiv formalnog razumijevanja ugovorne slobode, koja zabranjuje naknadno sadržajno preispitivanje ugovora.¹⁵ U slučaju ovako generalnih načela, poput načela savjesnosti i poštenja, koja uvijek zahtijevaju konkretizaciju sudskom praksom, nedostatak pravne tradicije predstavlja osnovnu slabost navedenih novih načela¹⁶. Takvu

⁹ Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju potpisan je 16.7.2008. između država članica Evropske zajednice s jedne i Bosne i Hercegovine s druge strane.

¹⁰ Vidi: G. Reichelt, 34.

¹¹ Vidi: Sud Evropske unije, 15.7.1960, spojeni predmeti 43/59, 45/59 i 48/59, *Von Lachmüller i dr.*, 1960, 970, 989.

¹² Vidi: B. Lurger, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, Springer, Wien/New York 2002, 370.

¹³ Vidi: N. Reich, H. W. Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*, Nomos, Baden-Baden 2003, 29; G. Howells, T. Wilhelmsson, 320.

¹⁴ Upoređi “opravdana očekivanja stranaka” u *Giuliano/Lagarde*, Sl. list 1980 C 282/1 o čl. 14 tač. B; i Z. Meškić, “Osnove Evropskog kolizionog prava”, *Pravna misao*, Sarajevo 2009, br. 3-4, 5-31.

¹⁵ Vidi: A. von Vogel, *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht*, *Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht* 6, De Gruyter, Berlin 2006, 261.

¹⁶ Tačno je da su “opravdana očekivanja” poznata i iz Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe, iz njemačkog privatnog prava kao i UNIDROIT-principa, ali je upravo zbog toga i upitno da li je iz ovog načela moguće izvesti samostalan potrošačkopравни sadržaj, uzimajući u obzir da Bečka konvencija i UNIDROIT-principi vrijede samo za ugovore između privrednika; Usp.: W.-H. Roth, “Berechtigte Verbrauchererwartungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht”, u H. Schulte-Nölke/R. Schulze (ed.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Nomos, Baden-Baden 2009, 61.

slabost moguće je prepoznati i u ZZP BiH koji u svom čl. 95. kao uslov za nepravednost odredbi koje potrošač nije lično ugovarao, navodi i to da bi ispunjenje ugovornih obaveza iz spornih odredbi, značajno odstupilo od opravdanog očekivanja potrošača, što treba shvatiti u smislu prethodno navedenog načela “legitimnih očekivanja”. Ovo novo načelo uvedeno u obligaciono pravo BiH putem ZZP, prvobitno je izvedeno iz njemačkog pravnog načela “zaštite povjerenja u pravni sistem” (njem. “Vertrauensschutz”)¹⁷ a originalna primjena bila je vezana za javnopravne odnose između privatnih lica i vlasti. Načelo legitimnih očekivanja zapravo podrazumijeva očekivanje pravnih subjekata da se sadržina pravnih propisa ne razlikuje od onoga što se od nje razumno očekuje.¹⁸ To konkretnije podrazumijeva da onaj koji savjesno i pošteno, odnosno u dobroj vjeri, poduzima određene pravne radnje treba biti zaštićen od neočekivanih promjena relevantnih propisa, bilo da ih donose nadležni organi bilo da su određeni sporazumno.¹⁹ Za potrošačko ugovorno pravo ovo načelo uspostavlja obavezu suda da odredi koji sadržaj je prosječan potrošač, koji je prema praksi Evropskog suda pažljiva, razumna i zrela osoba,²⁰ mogao opravdano očekivati od najčešće unaprijed formulisanog ugovora i u kojoj mjeri sadržaj mora odstupati od očekivanog da bi se odstupanje moglo okarakterisati kao značajno.

2. Opšti uslovi za zaključenje potrošačkih ugovora

Generalna klauzula pravednosti kako u skladu sa čl. 3. st. 1. Direktive 93/13 tako i u skladu sa čl. 95. ZZP odnosi se samo na ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo. Cilj ovakvog propisa jeste da se onim ugovornim odredbama, na čiji sadržaj potrošač kao slabija ugovorna strana nije mogao uticati, ne otvori mogućnost trgovcu da početnu povoljniju pregovaračku poziciju iskoristi u svrhu stvaranja “značajne” nejednakosti između prava i obaveza ugovornih strana. Sveobuhvatna analiza ove klauzule podrazumijeva odgovore na pitanja, pod kojim uslovima ugovorne odredbe na čiji sadržaj potrošač nije mogao uticati uopšte obavezuju potrošača, zatim, pod pretpostavkom ispunjenja ovih uslova, koje kriterije treba ju ispuniti da se na osnovu sadržajne kontrole ne bi smatrale nepravednim a time i ništavnim, te konačno, koja pravila tumačenja vrijede u oblasti ugovornih odredbi na čiji sadržaj potrošač nije mogao uticati.

¹⁷ U Velikoj Britaniji ovo načelo je prvobitno prevedeno kao “protection of legitimate confidence” što je odgovaralo načelu “protection de la confiance légitime” u Francuskoj. Sada je u Velikoj Britaniji opšteprihvaćen naziv “legitimate expectations”; Vidi T.C. Hartley, *European Community Law*, Oxford University Press, Oxford 2003⁵, 149.

¹⁸ Vidi: R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac 2008, 50.

¹⁹ Vidi: N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007, 500.

²⁰ Vidi: Z. Meškić, *Europäisches Verbraucherrecht – Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven*, Band 18 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht, Manz, Beč 2008, 49.

a) O opštim uslovima poslovanja u ugovornom pravu

U pravnoj teoriji jedna od podjela ugovora jeste na ugovore sa sporazumno određenom sadržinom i ugovore po pristupu.²¹ Osnovno polazište za navedenu podjela ogleda se u tehnici i načinu zaključenja ugovora.²² Razlika od ugovora sa sporazumno određenom sadržinom gdje obje ugovorne strane sporazumno određuju elemente i uslove ugovora, poslije prethodnih pregovora i razgovora kod zaključenja formularnih ugovora, se ogleda u tome da kod ugovora po pristupu samo jedna strana unaprijed određuje elemente i uslove ugovora na osnovu opšte i stalne ponude, a druga strana samo pristupa tako učinjenoj ponudi.²³ Oni se označavaju kao formularni zbog toga što je na njima unapred pripremljen tekst ponudioca u formi ugovora, kojim su unaprijed određeni uslovi ugovora, što ostavlja ponudnom da ga prihvati ili ne prihvati. Formularni ugovori mogu biti adhezioni i tipski — standardni.²⁴ Adhezioni ugovor uslovljava ponudnog da prihvati sve uslove iz takvog ugovora, dok tipski ugovor ima istu funkciju, ali se ponudio-

²¹ Vidi: S. Perović, D. Stojanović, Komentar Zakona o obligacionim odnosima – knjiga prva, Kulturni centar Gornji Milanovac – Pravni fakultet u Kragujevcu, Beograd 1980, 455.

²² Ugovori po pristupu javljaju se u 19. i 20. vijeku i to, najprije, u oblasti tzv. javnih službi (npr. prevoz željezničkim, drumskim, pomorskim ili vazdušnim putem, pružanje različitih komunalnih usluga), a zatim i kod kupovine važnijih stvari čija je cijena unaprijed utvrđena. O tome: Đ. Nikolić, Obligaciono pravo – drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Projuris, Beograd 2006, 51.

²³ Ponuda za zaključenje ugovora po pristupu je opšta, jer je upućena neodređenom i neograničenom broju lica, i stalna, što znači da je ponudilac stalno ponavlja, odnosno da proizlazi iz njegove redovne i trajne djelatnosti. Opšta ili generalna ponuda je ponuda na osnovu koje se ugovor zaključuje po pristupanju. Ugovor na osnovu opšte ponude je zaključen kad jedno lice (neodređeno) prihvati opštu ponudu druge stranke za zaključenje ugovora. Opšta ponuda mora da sadrži opšte uslove pod kojima ponudilac nudi zaključenje ugovora, bez obzira na formu ponude u kojoj su ti opšti uslovi dati. Kod ovih ugovora nema pregovora, što znači da ponudni može ili da prihvati uslove iz opšte ponude ili da odbije prihvati takve ponude. Opšta ponuda se može dopuniti po prijedlogu pristupioaca ugovora, i to u odnosu na neka pitanja koja opštom ponudom nisu obuhvaćena, a od značaja su za cjelovitost regulisanja jednog ugovornog odnosa. Međutim, ponudilac ne mora da prihvati prijedlog za dopunu opštih uslova, u kom slučaju se smatra da ponuda nije prihvaćena, a samim tim i da ugovor nije zaključen. O tome: D. Veljković, Ugovori u privredi sa sudskom praksom, primerima ugovora i tužbama za ostvarivanje prava iz tih ugovora (prvo izdanje), Poslovni biro, Beograd 2008, 64; usp.: M. Velimirović, Privredno pravo-prvi dio, drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Veselin Masleša, 1990, 36-37; J. Radišić, Obligaciono pravo – opšti deo, VI-izdanje, Beograd, 90; A. Bikić, Obligaciono pravo – opći dio, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2007, 77-79.

²⁴ U francuskoj doktrini nastao je izraz "adhezioni ugovor" (contrat d'adhésion) koji potiče od Saleille. Za takve ugovore je karakteristično što ne postoje elementi pregovaranja, pa se u njemačkoj teoriji pravi razlika između "Gestaltungsfreiheit", kao mogućnosti da se saodlučuje o sadržaju ugovora, od "Abschlussfreiheit" kao mogućnosti da se odluči samo to da li će se zaključiti ugovor ili ne. (vidi: A. Goldštajn, Privredno ugovorno pravo, Informator, Zagreb, 1967, 141). Od tipskih ugovora se opći uvjeti poslovanja razlikuju po tome što predstavljaju popis ugovornih klauzula koje ugovorne strane koriste na taj način što takvi opći uvjeti čine sastavni dio ugovora... Ako se radi o općim uvjetima poslovanja koje nije formulisala sama ugovorna strana već su to opći uvjeti neke asocijacije instituta... onda se takvi opći uvjeti mogu koristiti na taj način što će se ili pozvati na njih – ili sve te klauzule ili neke od njih uključiti u ugovor. O tome: Š. Čović, Poslovno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2003; M. Simić, M. Trifković, "Poslovno pravo – osnovi obligacija, privredna društva", Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 1999, 89; A. Goldštajn, 36; M. Trifković, Međunarodno poslovno pravo, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2001, 62-64.

cu dopušta mogućnost odstupanja od predloženih uslova, vodeći računa o prilikama u određenom periodu prometa i drugim uslovima iz svog programa poslovanja.²⁵ Pomoću unaprijed pripremljenih formulara izbjegavaju se pregovori oko sadržaja ugovora, što je od izuzetnog značenja kada je riječ o slučajevima u kojima se zaključuje veći broj ugovora gotovo identične sadržine. Time se ne isključuje u potpunosti mogućnost pregovaranja o sadržaju ugovora ukoliko ponudilac pristane na unošenje posebno ugovorenih odredbi sa ponudjenim. Neovisno od toga opšti uslovi ugovora postali su u savremenim uslovima poslovanja gotovo beziznimno pravilo i sastavnim dijelom tzv. “formularnog prava”, kao posljedica potrebe ubrzanja postupka ugovaranja, nastojanja za smanjenjem troškova, unifikacije rizika vezanih za ugovorni odnos itd. Formularno pravo pored općih uslova poslovanja sačinjavaju tipski i adhezioni ugovori.²⁶

b) Pojam potrošačkog ugovora

ZZP vrijedi samo sa potrošačke ugovore. Potrošački ugovori su ugovori sklopljeni između potrošača i trgovca. U skladu sa čl. 1. st. 3. ZZP potrošač je svako lice koje kupuje, stiče ili koristi proizvode ili usluge za svoje lične potrebe i za potrebe svog domaćinstva. Ovu definiciju treba posmatrati u svijetlu definicija potrošača sadržanih u potrošačkim direktivama, koje iako ne koriste jednaku formulaciju u osnovi propisuju zajednički sadržaj prema kojem je potrošač svaka fizička osoba koja djeluje u svrhu koja se ne može pripisati njegovoj poslovnoj ili trgovačkoj djelatnosti.²⁷ Primjetno je da je definicija ZZP uža od definicija sadržanih u direktivama, s obzirom da umjesto koncepta “djelovanja u svrhu” propisanog direktivama, govori samo o “kupovini, sticanju ili korištenju proizvoda ili usluga” što bi moglo voditi ka rješenju da određene vrste ugovora ne mogu biti “potrošački ugovori” u okvi-

²⁵ Vidi: S. Perović, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1980, 217-218; D. Veljković, 188-189; S. Perović, D. Stojanović, 456-457.

²⁶ Vidi: A. Goldštajn, 36; M. Velimirović, 34-36; M. Simić, M. Trifković, 89; Š. Čović, 35.

²⁷ Čl. 2 Direktive o ugovorima zaključenih izvan poslovnih prostorija (Direktiva 85/577/EEZ, Sl. list L 372, 31), čl. 1 st. 2 lit. a Direktive o potrošačkim kreditima (Direktiva 87/102/EEZ, Sl. list 42, 48), čl. 2 lit. b Direktive o nepoštenim klauzulama u potrošačkim ugovorima, čl. 2 st. 2 Direktive o ugovorima na daljinu (Direktiva 97/7/EZ, Sl. list L 144, 19), čl. 1 st. 2 lit. a Direktive o prodaji potrošačke robe (Direktiva 99/44/EZ, Sl. list L 171, 12), čl. 2 lit. d Direktive o oglašavanju finansijskih usluga na daljinu (Direktiva 2002/65/EZ, Sl. list 271, 16); definicije u drugim potrošačkim direktivama neznatno odstupaju od ove. U čl. 2 lit. e Direktive o o pojedinim pravnim aspektima usluga informatičkog društva na zajedničkom tržištu, posebno elektronske trgovine (Sl. list 2000 L 178, 1-16) potrošač djeluje u svrhu, “koja se ne može pripisati njegovoj poslovnoj, profesionalnoj i obrtnoj djelatnosti” kao i u čl. 2 lit. e Direktive o nepoštenim poslovnim djelovanjima u svrhu, „koje se ne mogu pripisati njegovoj obrtnoj, zanatskoj ili poslovnoj djelatnosti” (Direktiva 2005/29/EZ, Sl. list 149, 22). U čl. 2 zadnja rečenica Direktive o korištenju nekretnina na određeno vrijeme se govori o “kupcu”, koji je međutim slično prethodnim definicijama osoba, koja “djeluje u svrhu, koja se može smatrati izvan njegove poslovne djelatnosti” (Direktiva 94/47/EZ, Sl. list L 280, 83). Konačno je potrošač u smislu čl. 2 lit. e Direktive o isticanju cijene “svaka fizička osoba, koja kupi proizvod u svrhu, koja nije u vezi s njegovom privrednom ili poslovnom djelatnosti” (Direktiva 98/6/EZ, Sl. list L 80, 27).

ru ZZZ. Tome doprinosi i nesretna formulacija kumulativnih uslova "ličnih potreba" i "potreba domaćinstva" što bi doslovnom primjenom dodatno značajno suzilo područje primjene ZZZ. Uzimajući u obzir volju zakonodavca da implementira mnogo širu definiciju potrošača iz direktiva, kao i druge odredbe ZZZ koji npr. posebno reguliše potrošačke kredite iako osoba koja zaključuje potrošački kredit u skladu sa prethodno navedenom definicijom u većini slučajeva ne bi bila obuhvaćena subjektivnim područjem primjene ovog zakona, definiciju ZZZ treba tumačiti u skladu sa definicijom direktive u mjeri u kojoj to dozvoljavaju granice jezičkog tumačenja. Isto vrijedi i za definiciju trgovca koji je u skladu sa čl. 1. st. 5. ZZZ svako lice koje direktno ili kao posrednik među drugim licima prodaje proizvode ili pruža usluge potrošaču. Trgovac je prema zajedničkim karakteristikama definicije iz direktiva svaka fizička ili pravna osoba koja djeluje u svrhu koja se može pripisati njegovoj poslovnoj ili trgovačkoj djelatnosti. Stoga su definicije potrošača i trgovca u skladu sa direktivama komplementarne, tj. sa izuzetkom pravnog lica koje ne djeluje u svrhu svoje trgovačke ili poslovne djelatnosti svako ko nije potrošač trgovac je i obratno.²⁸ Odgovarajuće definicije ZZZ nemaju ovu osobinu.

c) Zaključenje potrošačkih formularnih ugovora

Propisivanjem pretpostavki valjanosti pravnih poslova pravni poredak zapravo ograničava slobodu ugovaranja odnosno, nešto općenitije, slobodu uređivanja obligacionih odnosa (načelo dispozitivnosti).²⁹ Zaključenje ugovora između poduzetnika i potrošača koji sadrži opšte uslove poslovanja ili posebne odredbe predstavlja posebnu vrstu formularnih ugovora (adhezioni ili ugovori po pristupu). Za nastanak takvih ugovora bitno je da su pored opštih pretpostavki za valjanost bilo kojeg ugovora ispunjene i posebne pretpostavke za valjanost opštih uslova poslovanja.³⁰ Prilikom zaključenja potrošačkog ugovora njegova sadržina može biti determinisana ne samo opštim uslovima poslovanja već i posebno ugovorenim odredbama ugovornih strana. Opšti uslovi, ili kako ih još nazivaju "opšti uslovi poslovanja" čine popis ugovornih klauzula formuliranih unaprijed u pisanom obliku, kojima se ugo-

²⁸ O pojmu potrošača u potrošačkim direktivama vidi Z. Meškić, "Harmonizacija evropskog potrošačkog prava – Zelena knjiga 2007. godine i Nacrt Zajedničkog referentnog okvira", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, 3/2009, 543.-569.

²⁹ O tome: M. Vedriš, Osnovi imovinskog prava, II-izdanje, Informator, Zagreb, 1977, 7; M. Vedriš, P. Klarić, Građansko pravo, Narodne novine, 2004, Zagreb, 8; D. Nikolić, Uvod u sistem građanskog prava, deveto izdanje, Centar za izdavačku djelatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2008, 130-131.

³⁰ Termin "opšti uslovi formularnih ugovora" koji je korišten u Skici za ovaj zakon je svakako najbolji i najadekvatniji. Usvojeni termin u čl. 142. ZOO "opšti uslovi ugovora" je neadekvatan jer to može upućivati na one bitne i opšte uslove ugovora koji treba da sadrži svaki pravno valjan ugovor, kao što su saglasnost volja (čl. 26), sposobnost ugovaranja (čl. 54), valjan predmet (čl. 46), valjana osnova (čl. 51), te eventualno, određena forma (čl. 67). O tome: B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb, 1978, 578-57; J. Vilus, Opšti uslovi formularnih ugovora, Savremena administracija, Beograd, 1976, 19; M. Vedriš, P. Klarić, 29-30.

vorne strane mogu koristiti na način da se sve te klauzule ili samo neke od njih uključe u ugovor, ili da se u ugovoru pozovu na njih ili samo na neke od njih.³¹ Opšti se uslovi, dakle, ne mogu izravno primijeniti, jer sami po sebi ne čine obrazac ugovora, nego formular ugovornih strana na koje se one mogu pozvati. I pored prednosti ovakvog načina zaključenja ugovora, ono za sobom povlači i određene specifične pravne probleme. Oni proizlaze iz činjenice što je upravo ovakvim ugovaranjem značajno poremećen princip ravnopravnosti i jednakosti stranaka, odnosno načelo slobode ugovaranja.³² Kao što smo već vidjeli, sadržaj ovakvih ugovora u pretežnom dijelu ili u cjelini određuje samo jedna ugovorna strana, a druga samo izražava saglasnost ili nesaglasnost s njegovim sadržajem. Drugim riječima, ovakav ugovor ne nastaje kako je to uobičajeno, individualnim pregovaranjem o svakoj odredbi ugovora, nego pristankom jedne ugovorne strane na unaprijed sastavljen tekst ugovora, čiji sadržaj čine opšti uslovi poslovanja druge ugovorne strane. Zaključenje ovih ugovora predstavlja posebno ograničenje autonomije volje u pogledu same sadržine ugovora.³³ Ova ograničenja se dozvoljavaju i opravdavaju jer se načelo slobode uređivanja više ne može gledati kao zasebno i izolirano načelo ugovornog prava koje štiti samo interese ugovornih strana, već i interes društvene zajednice u cjelini.³⁴ Sloboda ovako posmatrana stoji pod imperativom pravičnosti, koji zahtjeva da se uskrati priznanje ugovorima koji po načinu svog nastanka ili po sadržini protivriječe prednostima koje pravni poredak štiti.³⁵ Sloboda ugovaranja u smislu da se pregovara o svakoj odredbi ili klauzuli potrošačkog ugovora znatno je ograničena postojanjem opštih uslova poslovanja poduzetnika kojima potrošač može samo pristupiti.³⁶ Zbog toga unošenje opštih uslova poslovanja u formular ugovora onemogućava potrošaču da o njima pregovara, čime se postavlja i pitanje postojanje njegove prave volje. Druga strana je, istina, slobodna odlučiti hoće li pristupiti ugovoru ili ne, pa je u tom segmentu sloboda ugovaranja

³¹ J. Vilus, 26-30.

³² Uklanjanjem onih ugovornih klauzula iz adhezionog ili tipskog ugovora ugovora kojim se narušava ugovorna ravnoteža... postizava se pravično rješenje za slučaj koji se prosuđuje, a preveniraju budući slučajevi... O tome: A. Goldštajan, 38; Š. Čović, 35.

³³ O tome: D. Popov, Građansko pravo (opšti deo), šesto izdanje, Centar za izdavačku djelatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009, 15-18. M. Vedriš, P. Klarić, 7-8. O. Stanković, V. Vodinić, Uvod u građansko pravo, knjiga prva, Nomos, Beograd, 1992, 10-11. D. Nikolić, 134-137.

³⁴ Vidi: A. Bikić, 50-52; Đ. Nikolić, 23-24.

³⁵ Na to upućuje i čl. 10. ZOO kojim se propisuje: "strane u obligacionim odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji". Pravičnost je jedno od najviših etičkih i pravnih načela. Sudovi mogu suditi po načelu pravičnosti. Takvo suđenje ima korektivnu ulogu (*correctrix legis*). Ono daje sudiji mogućnost da koriguje zakonodavca i izbjegne tzv. tvrde slučajeve (*hard cases, espèces dures*) do kojih bi dovela primjena nepravedne... O tome: D. Nikolić, 119-122.

³⁶ Čak i kod formularnih ugovora (čl. 142. ZOO), koji propisuju opšte uslove jednog ugovorača, oni obavezuju drugog ugovorača samo ako je on taj ugovor potpisao. Međutim, s obzirom na dispozitivnost karaktera odredaba ZOO, stranke mogu pregovarati i eventualno za konkretan slučaj izmijeniti opšte uslove, ili druge elemente ugovora... O tome: D. Veljković, 62.

još uvijek prisutna, ali ona na sadržaj ugovora nema nikakvog utjecaja. Na ovaj način dolazi do formalnopravne i stvarne pravne nejednakosti među ugovornim stranama, koje su posljedica strukture ugovora kojom je izražena velika faktična prednost samo sastavljača formularnog ugovora u odnosu prema drugoj ugovornoj strani, koja mu samo pristupa.³⁷ Kako su opšti uslovi poslovanja unaprijed pripremljeni i predstavljaju nedostatak stvarno izjavljene volje potrošača koji im pristupa neophodno je osigurati određen stepen njihove saznatljivosti ili dostupnosti prije zaključenja ugovora kako bi se osigurala zaštita slabije ugovorne strane od eventualnih zloupotreba. Stoga je zakonodavac morao pronaći način da zaštiti slabiju stranu u ugovorima ove vrste, u svim slučajevima u kojima jača strana zloupotrebljava prednosti koje im ovakvi ugovori pružaju. One se mogu pojaviti u momentu zaključenja ugovora usljed neinformisanosti potrošača ali i naknadno kroz jednostrano povećanje cijena ili kamata iz zaključenog ugovora što narušava načelo ekvivalentnosti i zabrane dominantnog položaja.³⁸ Na opisani način autor formularnog ugovora može drugoj ugovornoj strani nametnuti za nju nepovoljne ugovorne odredbe ili klauzule, bilo one kojima se ograničavaju ili isključuju prava koja bi ona imala prema dispozitivnim propisima, bilo da se autoru ugovora daje nesrazmjerna mogućnost kontrole nad sadržajem ugovora, njegovim trajanjem ili izvršenjem ili da se njima ograničava ili čak isključuje odgovornost autora ugovora.³⁹ To znači da opšti uslovi poslovanja neutrališu postizanje saglasnosti o bitnim elementima namjeravanog ugovora pa je potrebno da potrošač bude informisan o njihovoj sadržini i posljedica prije samog čina zaključenja ugovora. Kako ne postoji predugovorna faza pravo na informisanost potrošača mora biti obezbjeđeno u pogledu opštih uslova poslovanja najkasnije u momentu zaključenja ugovora.⁴⁰

³⁷ Vidi: S. Perović, D. Stojanović, 456.

³⁸ "Dispozitivnost norme o ugovornoj kamati može se protezati samo dok ne dođe u sukob sa osnovnim načelom građanskog prava jednake vrijednosti uzajamnih davanja" (Rješenje Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž. broj 5408/01 od 21. 2. 2002. godine). „Tužena banka se ne može osnovano pozivati na svoje odluke kojima je propisano da se obračun kamata u toku trajanja oročenja vrši po kamatnoj stopi propisanoj odlukom banke sve i da je takva klauzula unijeta u štednu knjižicu, jer u ovakvim slučajevima vrijede odredbe ugovora koga su stranke zaključile (čl. 1035. ZOO), a ne opšti uslovi, kako je to i propisano odredbom čl. 142. st. 2. ZOO“ (Vs RS, Rev. 39/93, od 26. 10. 1993. - Bilten 1/1999,70).

³⁹ Vidi: B. Vizner, 583.

⁴⁰ Pregovori označavaju fazu koja prethodi zaključenju ugovora u kojoj zainteresovana lica usklađuju međusobne stavove. Oni mogu ali ne moraju dovesti do zaključenja ugovora. Pravilo je da pregovori koji prethode zaključenju ugovora ne obavezuju i da ih svaka strana može prekinuti kad god hoće (čl. 30. st. 1. ZOO). Međutim, s obzirom na načelo savjesnosti i postenja i načelo zabrane prouzrokovanja štete, strana koja je vodila pregovore bez namjere da zaključi ugovor odgovara za štetu nastalu vođenjem pregovora (čl. 30. st. 2. ZOO). Pored toga, odgovara za štetu i strana koja je vodila pregovore u namjeri da zaključi ugovor, pa odustane od te namjere bez osnovanog razloga i time drugoj strani prouzrokuje štetu (čl. 30. st. 3. ZOO). Iako pregovori ne obavezuju u smislu ugovora, oni su nekad relevantni u ugovornom pravu. O njima se vodi računa kad sud uređuje tzv. sporedne tačke ugovora (čl. 32. ZOO). Kod tumačenja ugovora sud može zajedničku namjeru stranaka utvrđivati rukovodeći se i onim što je bilo pokrenuto njihovim pregovorima (vidi: A. Bikić, 63-65; Đ. Nikolić, 28; M. Orlić, Zaključenje ugovora, Beograd 1993, 30-31).

d) Opšti uslovi za zaključenje potrošačkih ugovora prema ZOO i ZZP

Direktiva ne propisuje posebne uslove za važenje odredbi sadržanih u opštim uslovima poslovanja, pa tako slijedi uzor država poput Francuske, Austrije ili Velike Britanije koje uslove za njihovo važenje izvode iz opštih uslova za zaključenje ugovora. Time, međutim, ne dolazi do drugačijih legislativnih rješenja od onih država koje su posebno propisale uslove za važenje opštih uslova poslovanja jer u osnovi svi pravni poretci za njihovo važenje zahtijevaju saglasnost, upućivanje na opšte uslove poslovanja i mogućnost njihove spoznaje.⁴¹ Zakonodavstvo BiH odlučilo se za posebno propisivanje uslova za važenje opštih uslova poslovanja kako u ZOO tako i u ZZP. Odredba čl. 142. st. 3. ZOO, propisuje da opšti uslovi poslovanja obavezuju drugu ugovornu stranu samo ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u času zaključenja ugovora.⁴² Ova odredba očigledno je poslužila kao osnov regulacije zaštite potrošača koja proširuje područje primjene na sve ugovorne odredbe, koje u skladu sa čl. 93. ZZP obavezuju potrošača samo ako je prethodno bio upoznat sa njihovim sadržajem, odnosno ako su mu ugovorni uslovi trebali biti poznati u vrijeme zaključenja ugovora. Za ugovorne odredbe se u skladu sa stavom 4. istog člana smatra da su mu bile poznate ako ga je trgovac upozorio na njih i ako su mu bile dostupne⁴³. Veoma značajno je da naš zakonodavac ove uslove, međutim, ne postavlja kao uslove za važenje opštih uslova poslovanja, nego kao generalne uslove za zaključenje potrošačkog ugovora. Tako bi mogli doći do zaključka da se radi o odredbi koja vrijedi za cjelokupno područje primjene ZZP i značajno podiže nivo zaštite potrošača u odnosu na minimalni standard utvrđen u direktivama, jer nameće trgovcu obavezu da potrošaču ukaže na svaku pojedinu ugovornu odredbu, inače ona ne postaje dijelom ugovora. Nasuprot tome, za “ugovorne uslove“, gdje je zakonodavac očigledno želio regulisati “opšte uslove“ poslovanja, u skladu sa čl. 93. st. 1. ZZP dovoljno je da su potrošaču trebali biti poznati u vrijeme zaključenje ugovora, što odgovara formulaciji čl. 142. st. 3. ZOO. Postavlja se pitanje da li se radi o svejsnoj odluci zakonodavca da za opšte uslove poslovanja koji su predmet Direktive 93/13 propiše niži nivo zaštite obavezujući potrošača i u slučajevima kada je trebao znati za njihovo važenje, dok u ostalim slučajevima odredba veže potrošača samo ako ga je trgovac upozorio na nju. Ovako postavljeno pitanje otvara i dilemu u pogledu moguće kolizije između odredbi ZZP i ZOO. Ako regulaciju opštih uslova poslovanja u čl. 93. ZZP shvatimo kao izuzetak od opšteg pravila da odredbe

⁴¹ Vidi: P. Hellwege, “Allgemeine Geschäftsbedingungen“, u J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann (ed.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, 31.

⁴² Punovažnost opštih uslova je na isti način određena u čl. 1314. st. 1. Italijanskog građanskog zakonika.

⁴³ Uslov “dostupnosti“ opštih uslova poslovanja sadržajno odgovara uslovu postavljenom u čl. 142. st. 3. ZOO, da opšti uslovi poslovanja moraju biti objavljeni na uobičajeni način.

vežu potrošača samo ako su mu bile dostupne i ako je trgovac na njih upozorio, onda odredba ZZP da ugovorni uslovi vrijede kada je potrošač za njih trebao znati pružaju niži nivo zaštite od čl. 142. ZOO koji dodatno propisuje da opšti uslovi moraju biti objavljeni na uobičajen način, te da obavezuju potrošača samo ako je za njih “morao“ a ne “trebao“ znati. Druga moguća interpretacija jeste da ZZP svjesno umjesto izraza “opšti uslovi poslovanja“ koristi izraze “ugovorne odredbe“ i “ugovorni uslovi“ kao jedinstven sistem koji se međusobno nadopunjuje. U korist ovakve interpretacije govori izraz “odnosno“ i znači da čl. 93. ZZP želi proširiti primjenu na cjelokupan sadržaj ugovornog odnosa i jedinstveno razmatranje opštih uslova i posebno ugovorenih odredbi potrošačkog ugovora. Na osnovu čl. 142. st. 3. ZOO i čl. 93. ZZP ocjena punovažnosti opštih uslova poslovanja vezuje se isključivo za moment zaključenja ugovora. Na takav zaključak upućuje odredba iz čl. 142. st. 2. ZOO koja propisuje obavezu one strane koja se poziva na opšte uslove poslovanja da osigura njihovu objavu prije zaključenja formularnih ugovora kako bi se druga ugovorna strana mogla upoznati sa njihovom sadržinom. Pri tome, pretpostavlja se da su “opšti uslovi“ bili poznati strani koja pristupa, ako su joj prije zaključenja ugovora bili predati ili su bili objavljeni na propisan ili uobičajen način.⁴⁴ Ta pretpostavka je oboriva i strana koja tvrdi da joj “opšti uslovi“ nisu bili poznati mora to i da dokaže.⁴⁵ Situacija u kojoj su potrošaču odredbe opštih uslova trebale biti poznate (nedostatak pažnje) može imati otežavajuće implikacije ne samo u fazi zaključenja već i izvršenja formularnog ugovora. U svakom slučaju od načina i stepena saznatljivosti odnosno dostupnosti opštih uslova poslovanja potrošaču zavisi i ocjena njihove pravne valjanosti. Neophodno je da su opšti uslovi uneseni u sam formularni ugovor, odnosno da su sastavni dio odštampanog ugovora, ili ako se ugovor poziva na njih, da se prije njegovog zaključenja predaju drugoj strani kako bi se mogla sa njima upoznati. Ukoliko su opšti uslovi objavljeni stranke znaju sadržinu takvih ugovora jer im je formularni ugovor dostupan prije njegovog zaključenja, pa se mogu upoznati sa njegovom sadržinom. Na ovaj način se nepostojanje preliminarnih razgovora i pregovora obje stranke o opštim uslovima ugovora zamjenjuje pozitivnim znanjem o prirodi i karakteru odredbi koje će biti unesene u ugovor. Pravnu mogućnost potrošača da se upozna sa opštim uslovima ugovora o kojima ne pregovara ne znači i faktičku mogućnost realizacije prava na informisanost. Neophodno je osigurati stvarne uslove u kojim privid informisanosti neće ići na štetu slabije ugovorne strane. To znači da mora postojati stvarna informisanost u pogledu odredaba koje se nalaze ili će biti unesene u formularni ugovor. Istinski zaokret predstavlja ponuđeno rješenje u čl. 159. Nacrta ZOO gdje opšti uslovi postaju

⁴⁴ Vidi: S. Perović, D. Stojanović, 455.

⁴⁵ Vidi: B. Vizner, 584.

sastavni dio nekog ugovora, samo onda ako priređivač prilikom zaključivanja ugovora: a) drugu ugovornu stranu izričito uputi ili vidljivim objavljivanjem oglasa na mjestu zaključivanja ugovora uputi na njih, u slučaju da je izričita uputa zbog načina zaključivanja ugovora moguća samo uz nesrazmjerne poteškoće; b) osigura mogućnost drugoj ugovornoj strani da se na prihvatljiv način upozna sa njihovim sadržajem, i c) ako je druga ugovorna strana saglasna sa njihovom primjenom.⁴⁶ Nasuprot tome, u čl. 93. st. 4. ZPP propisuje se pored dostupnosti opštih uslova poslovanja i obaveza trgovca da upozori potrošača na namjeru njihovog unošenja u ugovor. S tim u vezi opšti uslovi poslovanja mogu biti i sastavni dio nekog ugovora, ili su separat uz takav ugovor, ali u svakom slučaju trgovac mora upozoriti potrošača kako bi se na izvjestan način potvrdila volja ponuđenog da je sa njima upoznat. Nije isključena ni mogućnost da poduzetnik naknadno mijenja prethodno unesene odredbe formularnog ugovora na štetu potrošača pozivajući se na opšte uslove poslovanja koji se nalaze van ugovora a znatno utiču na sadržinu preuzetih prava i obaveza. Po tom osnovu jača strana može da diktira uslove izvršenja ugovora koji odgovaraju njenim očekivanjima. Kako ovu ravnopravnost sudionika nije moguće postići u početnoj fazi niti fazi izvršenja ugovora onda je nužno preko osnovnih načela obligacionog prava intervenisati u nastali ugovorni odnos po osnovu kriterija pravičnosti. Upravo stoga što opšti uslovi vrijede za sve i što se po svom značaju približavaju opštim propisima, u odnosu na njih i na ugovore koji se na temelju njih zaključuju, jače je izražen javni interes za njihovom kontrolom nego što je to slučaj s drugim ugovorima čiji sadržaj stranke zajedno sporazumno utvrđuju individualnim pregovaranjem. Ako potrošač ne poznaje opšte uslove poslovanje ta njegova neinformisanost ne pretpostavlja se u slučaju posebnih odredbi o kojima je pregovarao sa poduzetnikom. Generalno polazište da se informisanost potrošača može u apsolutnom smislu obezbijediti ako je potrošač lično pregovarao sa poduzetnikom treba shvatiti sa rezervom jer su moguće situacije gdje postoje pregovori između poduzetnika i potrošača ali su posebno ugovorene odredbe rezultat nedostatka stvarne volje potrošača odnosno povrede načela zabrane dominantnog položaja ili savjesnosti i poštenja u pravnom prometu. Kako postoji nesklad između volje i očitovanja potrošač ima pravo da se poziva na mane volje ili povredu navedenih načela što zavisno od rezultata ispitivanja, prirode i okolnosti slučaja može dovesti do

⁴⁶ Prva bezuspješna inicijativa za usvajanje novog ZOO u BiH pokrenuta je 16.06.2003. godine objavljenim Nacrtom Zakona obligacionom odnosima FBiH/RS. Reforma ove važne oblasti društvenih odnosa revitalizirana je krajem 2009. godine u BiH s ciljem ispunjenja preuzetih obaveza iz potpisanog sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa Evropskom Unijom i afirmacije ekonomskih sloboda unutar jedinstvenog ekonomskog prostora. Tako je Vijeće ministara, na osnovu većine glasova 10.12.2009. godine usvojilo novi prijedlog Zakona o obligacionim odnosima i bezuspješno uputilo na daljnju proceduru u Parlamentarnu skupštinu BiH koja je dala negativan odgovor. Osnovne razloge njihovog neusvajanja treba tražiti u složenoj političkoj situaciji i snažnim otporima prenošenju zakonodavnih nadležnosti na državni nivo.

apsolutne ništavosti pojedinih odredbi ugovora.⁴⁷ Time ne nastupa i ništavost ugovora ako su ispunjene pretpostavke iz čl. 105. st. 1. ZOO. U čl. 160. Nacrta ZOO izraženo je nastojanje za uvođenjem u pozitivno pravo tzv. kategorije neuobičajenih odredbi u opštim uslovima koje ne postaju sastavni dio ugovora jer su prema okolnostima i vanjskom izgledu ugovora, tako neobične da ugovorni partner priređivača (određivača) na njih ne mora računati. Identičnu formulaciju sadrži odredba §305c Njemačkog građanskog zakonika.⁴⁸ Iznenadjujuće klauzule u opštim uslovima poslovanja regulisane su i u UNIDROIT-principima⁴⁹ koji su u objašnjenju “usklađenosti (Nacrta ZOO) sa evropskim zakonodavstvom“ izričito i navedeni kao jedan od uzora Nacrta.

e) Mjerodavno pravo u slučaju kolizije odredbi ZOO i ZZP

ZZP u odnosu na ZOO predstavlja kako *lex specialis* tako i *lex posterior*, te se njegove odredbe u skladu sa navedenim načelima primarno primjenjuju na odnose koje regulišu. U skladu sa čl. 1. st. 2. ZZP na ugovorne odnose koji nisu regulisani tim zakonom prije svega će se primjenivati propisi koji regulišu obligacione odnose u BiH. U slučaju sumnje ili sukoba primjenjuju se odredbe koje su povoljnije za potrošača, tj. vrijedi načelo *in dubio pro consumente*. Treba, međutim, uzeti u obzir da u skladu sa čl. 2. ZZP odredbe ovog zakona predstavljaju prinudne propise koji propisuju nivo zaštite kojeg se potrošači ne mogu odreći niti im može biti uskraćen. Stoga se u slučaju kolizije između ZZP i drugih zakona, prije svega entitetskih ZOO, primjenjuju prinudni propisi ZZP osim ako drugi zakoni ne predviđaju viši nivo zaštite. Konačno, ovakva pravna situacija dovodi do povoljnijih propisa za potrošača ali ovako uspostavljeno načelo povoljnosti dosljednom primjenom može uzrokovati probleme u praksi. Naime, negativna posljedica načela povoljnosti vodi do *dépeçage* ili cijepanja prava i izvorno, u okviru Međunarodnog privatnog prava znači primjenu dva mjerodavna prava različitih država na isti ugovorni odnos. Za potrošačke ugovore u BiH to znači se na isti ugovorni odnos primjenjuju odredbe jednog od entitetskih ZOO ili nekog drugog zakona na one ugovorne odredbe kod kojih njihova primjena

⁴⁷ U praksi stranka koja pristupa ugovoru, često ne pročita opšte uslove koje je primila od ponudioca, pa kada u toku izvršenja ugovora uoči da neke odredbe opštih uslova ne bi prihvatila da ih je blagovremeno, prije potpisivanja ugovora, uočila, nastaje problem u tome što mora da snosi posljedice svoje brzine ili neznanja. Ali u nekim slučajevima stranka se može pozvati na zabludu ili prevaru, već prema tome kako je došlo do prihvatanja opštih uslova, kada može da traži od suda da ugovor stranaka poništi zbog nedostatka volje u trenutku zaključenja takvog ugovora. Zbog toga u odredbama čl. 33. ZOO stoji norma “ukoliko drukčije ne proizlazi iz okolnosti slučaja ili običaja”. O tome: D. Veljković, 64.

⁴⁸ Vidi: Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, u verziji od 2.1.2002., BGBl. I. 42, 2909, 2003 I. 738; posljednja izmjena zakona 28.9. 2009., BGBl. I. 3161.

⁴⁹ Vidi: čl. 2.1.20.; UNIDROIT (ed.), UNIDROIT Principi međunarodnih trgovinskih ugovora (Principles of International Commercial Contracts) 2004; V. prije svih J. Bonell, “UNIDROIT Principles 2004- The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, Uniform Law Review 2004, 5.

dovodi do veće zaštite potrošača, dok se na ostatak ugovora primjenjuju prinudni propisi ZZP. Osim toga ovakvi propisi znače i obavezu sudija da o primjeni jednog od zakona za svaku ugovornu odredbu odluče na osnovu interesa potrošača *in concreto*.

3. Sadržajna kontrola pravednosti odredbi u potrošačkim ugovorima

Prethodna analiza pokazuje koji uslovi moraju biti ispunjeni da bi ugovorna odredba obavezala potrošača, tj. uopšte postala dijelom potrošačkog ugovora. Kada ugovorna odredba ispunjenjem prethodno navedenih uslova postane dijelom ugovora, otvara se dilema kontrole njenog sadržaja u pogledu narušavanja načela ekvivalenosti odnosno načela savjesnosti i poštenja, koja u ovoj materiji dobivaju novu dimenziju zaštite slabije ugovorne strane koja nije mogla uticati na sadržaj relevantne ugovorne odredbe. Prema tome najvažnija pitanja su koje ugovorne odredbe trebaju podlijegati ovakvoj sadržajnoj kontroli, koji su kriteriji za ocjenu pravednosti tako određenih ugovornih odredbi te da li postoje ugovorne odredbe koje se *per se* smatraju nepravednim.

a) Individualno ugovorene odredbe

Zaštitni propisi Direktive o nepravednim odredbama u skladu sa čl. 3. (1) primjenjuju se samo na odredbe koje nisu ugovorene individualno, tj. o kojima nisu vođeni pojedinačni pregovori. U skladu sa čl. 3. (2) Direktive za ugovornu odredbu se smatra da nije ugovorena pojedinačnim pregovorima, “ako je unaprijed formulisana te potrošač zbog toga, naročito u okviru prethodno formulisano standardnog ugovora, nije mogao imati uticaj na njen sadržaj“. Nacrt Direktive iz 1990. nije sadržavao ovo ograničenje stvarnog područja primjene, jer je Komisija izvorno željela uvesti generalnu kontrolu sadržaja prema skandinavskom modelu, ali je on naročito u Njemačkoj naišao na oštru kritiku.⁵⁰ Konačno su Danska, Švedska i Finska kao i sedam daljnih država članica iskoristile klauzulu minimalne harmonizacije i proširile područje primjene propisa kojima su implementirale čl. 3. Direktive i na odredbe ugovorene pojedinačnim pregovorima.⁵¹ Da bi se u potpunosti razumio značaj proširenja primjene, bitno je definisati odredbe koje su rezultat pojedinačnih pregovora. Što uže shvatimo pojam ovih odredbi, utoliko je manja potreba za proširenjem područja primjene. Tako čl. 3. (2) Direktive navodi samo “unaprijed formulisane standardne ugovore“ kao najvažniji primjer za odredbe koje nisu rezultat pojedinačnih pregovora.⁵² Najveći dio njemačke pravne na-

⁵⁰ Vidi: R. van Gool, 150.

⁵¹ Vidi: H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, 403.

⁵² Vidi: K. Baier, Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Vertragsklauseln, Kovač, Hamburg

uke smatra prethodnu formulaciju za preduslov nedostatka pregovora,⁵³ te polazi od užeg područja primjene direktive.⁵⁴ Ipak je odlučujuća činjenica nedostatak mogućnosti potrošača da utiče na sadržaj ugovora, koji ne proizilazi samo iz prethodne formulacije odredbi, nego i neiskustva potrošača, dominantnog položaja trgovca na tržištu ili generalno zbog nadmoći poduzetnika kod pregovora uzrokovane drugim razlozima. Za kontrolu sadržaja osim toga nije neophodno, kao u prijašnjem § 1 njemačkog Zakona o opštim uslovima poslovanja (sada § 310 (3) njemačkog Građanskog zakonika) da odredbe moraju biti korištene u velikom broju ugovora (standardne odredbe), nego su obuhvaćene i one odredbe, koje su namijenjene jedinstvenoj upotrebi (jednokratne odredbe).⁵⁵ Dokaz da je standardna ugovorna odredba zaista rezultat pojedinačnih pregovora u skladu sa čl. 3 (2) Direktive snosi poduzetnik. Stoga uprkos isključenja pojedinačno ugovorenih odredbi ostaje poprilično veliko područje zaštite Direktive 93/13. Pri odlučivanju o proširenju ovakvog područja primjene u okviru implementacije direktive treba odvagati između potrebe potrošača za zaštitom i narušavanja autonomije volje odnosno slobode ugovaranja, kao osnovnih načela Evropskog potrošačkog ugovornog prava.⁵⁶ S jedne strane kontrola dijelova ugovora, o kojima se potrošač samostalno dogovorio sa poduzetnikom, narušava autonomiju volje stranaka, a suprotstavljena je i evropskom pojmu pažljivog, razumnog i zrelog prosječnog potrošača. S druge strane klasična pravila ugovornog prava kojima se štiti ekvivalentnost uzajamnih davanja primjenjuju se kako na adhezi- one ugovore tako i pojedinačno ugovorene odredbe, a u materiji u kojoj se slabijoj ugovornoj strani želi pružiti dodatna zaštita jer redovno nije u ravnopravnoj pregovaračkoj poziciji, sadržaj ne podliježe kontroli ako je o njemu pregovarano.⁵⁷ Naš zakonodavac se u čl. 95. ZZP odlučio za kontrolu nepravедnosti samo u slučajevima u kojima potrošač ugovorne odredbe nije ugovarao "lično". Ovdje se radi o zakonodavnoj omašci, s obzirom da je volja zakonodavca na osnovu gore navedenog bila da na jednostavniji način implementira uslov "odredbi o kojima je pregovarano individualno". Stoga je jedini ispravan način tumačenja uslova "lično" da je potrošač odredbe sa poduzetnikom ugovarao "pojedinačno" (individualno). Nasuprot tome, sadržajna kontrola ugovornih odredbi prema 2004, 16.

⁵³ Vidi: N. Reich, H. W. Micklitz, 501; R. van Gool, 159.

⁵⁴ Paradoksalno je da je naročito iz njemačkog prevoda direktive vidljivo da evropski zakonodavac nije želio ograničiti nedostatak pregovaranja na unaprijed formulisane ugovore jer tu čl. 3. (2) glasi: "za ugovornu odredbu se uvijek smatra da nije ugovorena pojedinačnim pregovorima, ako je unaprijed formulisana..." Da je evropski zakonodavac želio takvo ograničenje, umjesto riječi "uvijek" upotrijebio bi "samo".

⁵⁵ Vidi: M. Paschke, C. Iliopoulos (ed.), *Europäisches Privatrecht, Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht*, Hamburg 1998, 136.

⁵⁶ Vidi: G. Howells, T. Wilhelmsson 92.

⁵⁷ Vidi: M. Karanikić-Mirić, "Nepravilne odredbe u potrošačkim ugovorima", Zbornik Pravni kapacitet Srbije za evrointegracije, 2009, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 133.

čl. 142. i 143. ZOO odnosi se samo na opšte uslove poslovanja.⁵⁸ Tako u obligacionom pravu BiH, kao što je to npr. slučaj i u Njemačkoj, Litvaniji i Nacrtu Zajedničkog referentnog okvira,⁵⁹ imamo dva različita pristupa sadržajnoj kontroli ugovora na čiji sadržaj jedna ugovorna strana nije uticala, zavisno od toga ko su stranke ugovora. Kada ugovor zaključuje potrošač sa poduzetnikom postoji šira zaštita svih odredbi koje nisu ugovorene individualno, dok u slučajevima kada ugovor zaključuje potrošač sa potrošačem (tzv. C2C ugovori) ili, što će pod opštim uslovima poslovanja češće biti slučaj, poduzetnik sa poduzetnikom (B2B ugovori), samo opšti uslovi poslovanja podliježu sadržajnoj kontroli.

b) Kriteriji za ocjenu pravednosti odredbi u potrošačkim ugovorima

Načelo savjesnosti i poštenja nastoji izjednačiti interese stranaka u slučaju povrede povjerenja, tj. kada jedna ugovorna stranka ne uvaži u dovoljnoj mjeri interese druge ugovorne stranke. Stoga je kod ocjene o postojanju povrede ovog načela potrebno odvagati interese obe stranke. Petnaesta alineja preambule Direktive o nepravednim odredbama propisuje da se “kriteriji za ocjenu nepravednosti odredbi utvrđuju generalno“. Tako treba da nastane općenito važeći i objektivni sistem kontrole koji će se orijentisati prema stabilnim i pouzdanim mjerama vrijednosti.⁶⁰ U ocjenu o nepravednosti odredbi treba da ulaze kako sadržajna mjerila vrijednosti tako i okolnosti zaključenja ugovora. U sadržajna mjerila spadaju opšte načelo dizpozitivnosti⁶¹, svrha ugovora i ugovorni običaji.⁶² Polazeći od osnovnog načela ugovornog prava *pacta sunt servanda*, u pravilu nije dopuštena sudska kontrola nad sadržajem zaključenih ugovora. Međutim, upravo u slučajevima o kojima je ovdje riječ, u kojima jača ugovorna strana zaključuje veliki broj ugovora na temelju svojih opštih uslova, a druga strana samo pristupa takvom ugovoru, jača ugovorna strana može zloupotrebiti svoj pravni položaj i u ugovor unijeti odredbe na štetu druge ugovorne strane. Da bi se to onemogućilo a zaštitio interes slabije ugovorne strane zakonodavac je uveo u čl. 143. ZOO mogućnost naknadne kontrole sadržaja odredaba opštih uslova koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima smatrajući ih ni-

⁵⁸ Vidi: Š. Čović, 34.

⁵⁹ Vidi: Ph. Hellwege, 32. Study Group on a European Civil Code / Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, 2008; Vidi: Z. Meškić (3/2009), 546.

⁶⁰ Vidi: K. Baier, 27.

⁶¹ Za dispozitivnu zakonsku odredbu koja bi vrijedila da ugovorne stranke nisu ugovorile specijalniju ugovornu odredbu, smatra se da predstavlja odraz uravnoteženih interesa stranaka. Što više ugovoreni odredba odstupa od zakonske, utoliko je to veća indikacija da se radi o nepravednoj odredbi.

⁶² Vidi: R. van Gool, 71.

štavim.⁶³ Navedena odredba na isti način djeluje kod onih ugovora koji sadrže opšte uslove odobrene od strane nadležnog organa.⁶⁴ Očigledno je da ovo određenje zakonodavca nastoji uspostaviti poremećenost načela jednake vrijednosti uzajamnih davanja uz istovremeno održavanje ugovora na snazi (načelo afirmacije ugovora). Time je opšte pravilo o ništavosti svih ugovora koji su suprotni odredbi čl. 103. ZOO upravo zbog povećane opasnosti od povrede načela dispozitivnosti, dobrih poslovnih običaja i same svrhe ugovora dodatno konkretizovano u slučaju zaključenja formularnih ugovora koji sadrže opšte uslove poslovanja. Zakonodavac BiH se u čl. 95. ZZZP potudio da sveobuhvatno implementira kako navedena načela, tako i načela sadržana u generalnoj klauzuli pravednosti te da ih poveže sa već poznatim načelima ugovornog prava BiH, a sve to s ciljem većeg broja kriterija za ocjenu sadržajne pravednosti. Tako kao pomoć u ocjeni kada se ugovorne odredbe smatraju nepravednim zakonodavac određuje kriterije da one: a) stvaraju značajnu nejednakost između prava i obaveza ugovornih strana na štetu potrošača; b) bi ispunjenje ugovornih obaveza značajno odstupilo od opravdanog očekivanja potrošača; i ako c) su u suprotnosti s principom poštenja, savjesnosti i dobrim poslovnim običajima. U skladu sa čl. 94. ZZZP posljedica nepravednosti ugovorne odredbe je njena apsolutna ništavost. Zakonodavac nije propisao da li je neophodno da navedeni kriteriji budu kumulativno ispunjeni da bi nastupila ovakva posljedica. S obzirom da i prema odredbama ZOO koje nemaju za cilj uvođenje dodatne zaštite potrošača odredba protiv-

⁶³ U čl. 1134 st. 3 Code civil-a se traži da je ugovor izvršen u dobroj vjeri, što daje opravdanja da se odbiju nezakoniti ili nemoralni uvjeti. U njemačkom pravu se smatra da ugovor može biti u cjelini ili djelomično u suprotnosti sa zakonskom zabranom, pri čemu se pozivom na § 134. BGB-a proglašava ništavim, ako iz zakona ne proizilazi šta drugo. Pravni posao je osim toga ništav ako je protivan dobrim običajima (§ 138. BGB). Opšti uslovi poslovanja se mogu pobijati i zbog zablude (§ 119. BGB) ili ako se radi o prevari ili prijetnji (§ 123. BGB). Jednostrano postavljene klauzule mogu se smatrati neobaveznim kada je činidbu odredila samo jedna strana (§ 123. BGB) pa će se u sumnji uzeti da li to odgovara pravičnosti. Po njemačkom pravu se smatraju opšti uslovi poslovanja suprotnim dobrim običajima i stoga ništavim ako se isključivo obaziru na interese jedne strane.

⁶⁴ "Polazeći od utvrđenja prvostepenog suda da je tuženi isključio električnu energiju u stanu tužitelja 10.04.1998. godine radi neplaćenih računa za isporučenu električnu energiju, te nakon opomene da će isključiti električnu energiju u slučaju neplaćanja računa, ovaj sud nalazi da je prvostepeni sud pravilno primijenio materijalno pravo kada je ocijenio da tuženi koji je u postupku u skladu sa navedenim Opštim uslovima za isporuku električne energije ne bi bio odgovoran za štetu sve i da je ona nastala i shodno tome da je tužbeni zahtjev neosnovan" (Ks u Sarajevu, Gž. 200/99, od 14. 4. 1999. – Bilten sp KsS 3/2001, 18). "Ne može se usvojiti tužbeni zahtjev preduzeća – korisnika električne energije da se javnom preduzeću za distribuciju električne energije unaprijed zabrani da jednostranim aktom obustavi isporuku električne energije tužitelju. Ovo stoga što su, u smislu čl. 143. st. 1. ZOO, ništave odredbe opštih uslova koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima čak i ako su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od nadležnog organa. Opšti uslovi za isporuku električne energije se, međutim, zasnivaju na odredbama čl. 50. Zakona o elektroprivredi ("Službeni list RBiH", br. 1/93 i 13/94), koji se i sada primjenjuje u smislu čl. IX. 5. (1) Ustava FBiH. Pravo na prekid isporuke električne energije zasniva se ne samo na opštim uslovima, čija se eventualna primjena može i odbiti pozivom na odredbe čl. 143. st. 1. ZOO, već i na zakonskim odredbama koje u odnosu na čl. 143. st. 1. ZOO predstavljaju lex specialis i lex posteriori, pa imaju prednost u primjeni" (Vs FBiH, Pž. 250/99, od 11. 4. 2000. - Bilten Vs FBiH 1/00, 32).

na dobrim poslovnim običajima i savjesnosti i poštenju za sobom povlači apsolutnu ništavost, a povreda jednog od ovih načela u većini slučajeva bar u određenoj mjeri znači i povredu ostalih navedenih, uslove iz čl. 95. ZZP treba shvatiti kao alternativne. Ova posebna pravila ZOO i ZZP postoje radi mogućnosti sudske kontrole pravnih učinaka opštih uslova poslovanja, odnosno odredbi o kojima nije pregovarano pojedinačno u vrijeme njihove primjene, a ne u vrijeme njihovog zaključenja. Osnovna pretpostavka za nadležnost suda je zahtjev oštećene strane radi utvrđivanja ništavosti takvih odredaba koje je prihvatila potpisivanjem spornog ugovora. Dakle, sud ne interveniše u vezi samih odredbi prije nego je ugovor zaključen, već poslije toga ako su neke od tih odredbi protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima. To znači da strana koja zaključuje ugovor sa sadržajem o kojem se nije pregovaralo mora da zna na šta se obavezuje, odnosno zašto stvara obavezu iz ugovora koji zaključuje. Naime, ako su ova-ko zaključene ugovorne odredbe formulisane tako da druga strana nije mogla u potpunosti spoznati njihov sadržaj pa uzima obavezujućim uslove onako kako ih shvatila, te odredbe su predmet ispitivanja suda, koji može donijeti odluku o utvrđivanju ništavosti tih odredaba, a samim tim i njihove nepostojanosti. Postupak utvrđivanja odredaba opštih uslova koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora zahtijeva otežano ispitivanje niza okolnosti kojima su se stranke rukovodile prilikom zaključenja ugovora. Ovo znači da je nemoguće isključivo zajedničku namjeru i očekivanja stranaka vezati za kauzu.⁶⁵ U čl. 4. Direktive se određuje da u obzir treba uzeti sve okolnosti koje prate zaključenje ugovora, pri čemu najveću pomoć treba da pruže vrsta pravnog posla, cjelokupnost sadržaja tog ugovora ili drugog ugovora od kojeg zavisi kao i legitimna očekivanja potrošača prilikom zaključenja ugovora.⁶⁶ Tako je načelo savjesnosti i poštenja postavilo veoma teške zahtjeve za sudije, koji u svakom slučaju moraju preduzeti obimno i komplikovano vaganje interesa ugovornih stranaka i koji će pri tome neminovno dolaziti do protivrječnih rezultata. Utoliko je od posebnog značaja stabilna sudska praksa Suda EU, koja će utvrditi jasne naloge za nacionalne pravne poretke. U tom smislu mora se pozdraviti odluka *Océano Grupo*⁶⁷ od 27. juna 2000., u kojoj Sud ne ukazuje samo na tumačenje nacionalnih propisa u skladu sa odredbama direktive, nego nacionalnom sudu izričito nalaže određeno tumačenje nacionalnog propisa.⁶⁸ Ovo samoimenovanje Suda EU kao “revizionog suda najviše instance“ za klauzule u potrošačkim ugovorima iznenadila je, s obzirom da on u okviru postupka prethodnog odlučivanja ne

⁶⁵ Razlike između kauze obveze i kauze ugovora su iznesene u radu: S. Nikšić, “Kauza obveze i srodni instituti u poredbenom pravu“ Zbornik PFZ, vol. 56 (4), 2006, 1058-1099.

⁶⁶ Vidi: K. Baier, 30; R. van Gool, 76.

⁶⁷ Vidi: Sud EU 27.06.2000, C-240/98, *Océano Grupo*, 2000, I-4941.

⁶⁸ Vidi: S. Seyr, “Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch den EuGH in privatrechtsharmonisierenden Richtlinien“, Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZeuS), 2003, 555.

samo da nije ovlašten za tumačenje nacionalnog prava, nego je uvijek i sam naglašavao da se njegov monopol tumačenja ograničava na tumačenje Prava EU.⁶⁹ U presudi *Hofstetter*⁷⁰ vratio se svojoj prijašnjoj sudskoj praksi i ukazao na to da je u nadležnosti nacionalnih sudova da utvrde da li je ugovorna odredba, poput one koja je bila predmet ovog spora, nepravedna u skladu sa čl. 3. Direktive 93/13. Još važnije je razjašnjenje Suda EU da je konkretizacija tumačenja nacionalnog propisa koju je učinio u presudi *Océano Grupo* bila izuzetak, jer je u tom posebnom slučaju bilo moguće utvrditi nepravedne ugovorne odredbe bez ispitivanja svih okolnosti zaključenja ugovora i s njim povezanim prednostima i manama u okviru nacionalnog prava mjerodavnog za ugovor. Niti ZOO niti ZZP ne propisuju okolnosti slučaja koje treba uzeti u obzir u okviru ocjene nepravednosti pojedinih ugovornih odredbi. Samo Nacrt ZOO navodi okolnosti koje se uvijek trebaju uzeti u obzir prilikom tumačenja ugovora, ne ograničavajući se na odredbe koje nisu pojedinačno ugovorene a to su okolnosti pod kojima je ugovor zaključen, uključujući i prethodne pregovore; ponašanje ugovornih strana u vrijeme i nakon zaključenja ugovora; prirodu i svrhu ugovora; tumačenje koje su ugovorne strane već primijenile na slične odredbe i praksu koju su međusobno uspostavile i značenje koje se obično pridaje odredbama i izrazima u odgovarajućoj struci. Budući da postoji jednostrano formulisanje i prihvatanje opštih uslova bez vođenja ikakvih pregovora sud će i eventualnim stupanjem na snagu novog ZOO često biti ograničen u ispitivanju na zasebno utvrđivanje pojednačne volje obje ugovorne strane gledano iz ugla cilja samog ugovora. Nemogućnost utvrđivanja zajedničke volje i namjere stranaka limitira ulogu suda da objektivno ispita da li su opšti uslovi u skladu s onim ciljem kojim bi se rukovodio prosječan pripadnik grupe kojoj pripada ugovorna strana koja pristupa zaključenju takvog ugovora.⁷¹ Time je sud prvenstveno u ulozi da objektivizira ciljeve i interese onog kruga lica koji se mogu pojaviti kao potencijalni ugovarači koji pristupaju opštim uslovima i na bazi toga donese odluku in concreto o valjanosti odnosno nevaljanosti pojedinih odredbi ili opštih uslova u cjelini. Poslovni običaji se primjenjuju kod različitih vrsta ugovora čije izvršenje nije moguće ako to nije zasnovano na običaju (npr. pakovanje proizvoda u vezi sa postupkom proizvodnje) stranaka.⁷² Pojedine

⁶⁹ Vidi: G. Reichelt, 100.

⁷⁰ Vidi: Sud EU, 01.04.2004, C-237/02, *Hofstetter*, 2004, I-3403.

⁷¹ Pri tome, sud u pogledu ispitivanja i utvrđivanja zajedničke volje ugovornih strana poseže za objektivnim mjerilima u pravnom prometu što se ne oslanja u potpunosti na ZOO zbog nedostatka izričitog zakonskog pravila. Naime, ZOO je izostavio prvobitno predloženo rješenje iz čl. 78. st. 1. i st. 2. Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima kojim se propisivalo: "zajednička namjera ugovornika se utvrđuje prema onome što je jedna strana stvarno izjavila i kako je trebalo da druga strana ovo razumije, prema onome što redovno biva u poštenom prometu. Kad je nemoguće utvrditi zajedničku namjeru ugovornika, treba istraživati namjeru koju bi redovno imala razumna lica istog svojstva kad bi bila u istoj situaciji".

⁷² U materiji ugovora postoje i brojna pozivanja na običaje. Tako se ZOO poziva na običaje u određivanju postupanja ugovornih strana u pravnom prometu, u vezi sa načinom izjavljivanja volje za zaključenje ugovora,

odredbe opštih uslova mogu biti poništene i ako su opšti uslovi odobreni od nadležnih organa. Nadležni organi obično postupaju tako što za neke oblasti obligacionih odnosa, zbog opšteg interesa, vrše kontrolu opštih uslova, odnosno ocjenjuju i daju saglasnost tim opštim uslovima, ukoliko su saglasni sa opštim i pojedinačnim interesima.⁷³ U čl. 53. ZOO propisano je da pobuda iz kojih je ugovor zaključen ne utiče na njegovu punovažnost, osim u slučaju ako je pobuda bitno uticala na odluku jednog ugovarača da zaključi ugovor i ako je to drugi ugovarač znao ili morao znati. Prema tome, za svaki ugovor je bitno da postoji motiv stranaka zbog kojih zaključuju ugovor, ali ako u odnosu na neku odredbu pobuda nije tako bitna, ništavost takve odredbe ugovora ne povlače ništavost i samog ugovora.⁷⁴ Naime, zaključak prema kojem je ZOO prihvatio isključivo subjektivnu koncepciju osnove relativno se lahko može dovesti u pitanje. To proizlazi iz tumačenja odredbe čl. 51. st. 1. ZOO kojom je bilo određeno da svaka ugovorna obveza mora imati dopuštenu osnovu. Prema tome, osnova nije morala biti samo dopuštena, već je morala i objektivno postojati.⁷⁵ U tom smislu je zakonodavac u čl. 105. st. 2. ZOO propisao da ništavu odredbu koja nije uslov ili odlučujuća pobuda ugovora i kad je ništavost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i važio bez nje, treba shvatiti tako da ugovor u preostalom dijelu ostaje na snazi.⁷⁶ Ovo je u skladu sa čl. 6. Direktive koji propisuje da su države članice dužne urediti da nepoštene odredbe u ugovoru koji je prodavac

ponudom i prihvatom ponude za zaključenje ugovora, manama volje itd. Pozivanje na običaje postoji i u materiji uslova. S tim u vezi u čl. 32. st. 2. ZOO sadrži opšti poziv na primjenu običaja kao sredstva integracije ugovora. Strane su, naime, obavezane sadržinom ugovora i odredbama zakona, a u njihovom nedostatku običajima i osnovnim načelima, a u prvom redu načelom savjesnosti i poštenja (isto i čl. 1347. italijanskog Građanskog zakonika, čl. 1135. francuskog Građanskog zakonika). O tome: S. Miladinović, "Zaključenje interpretacija i ispunjenje obligacionih ugovora", *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, Centar za publikacije, 2008, 75.

⁷³ "Prema opštim uslovima za isporuku električne energije koji su sastavni dio ugovora zaključenog između potrošača elektroprivredne organizacije, potrošač "investitor" koji je uložio sredstva u izgradnju nove linije može tražiti "obeštećenje" u trajanju od tri godine od dana predaje u osnovna sredstva isporučiocu, a obaveza "obeštećenja" koja tereti novog potrošača uređuje se pismenim ugovorom". (Vs BiH, Rev. 151/87, od 17. 12. 1987. – Bilten Vs BiH 1/88, 65). "Opšti uslovi za osiguranje osoba od posljedica nesretnog slučaja su sastavni dio ugovora o osiguranju i kao takvi obvezatni. Kako se osigurani slučaj dogodio prije početnog dana na koji bi se odluka o izmjenama Opštih uslova odnosila, tuženica nije bila u obvezi isplatiti dvostruki iznos naknade tužitelju osnovom tako donesene odluke. Željezničke transportne organizacije ne mogu zahtijevati povećanu cijenu utvrđenu posebnom tarifom za prevoz robe u željezničkom unutrašnjem saobraćaju, samo zbog toga što se radi o robi iz uvoza ili namijenjenoj izvozu" (Vs BiH, Pž. 112/87, od 3. 8. 1988. - Bilten Vs BiH 2/89, 62).

⁷⁴ O razlozima i cilju nastanka obveze, pobudama za zaključenje ugovora i različitim shvatanjima kauze: S. Perović, "Pobude za sklapanje ugovora", Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse – sedmo međunarodno savjetovanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, br. 7/2009, 20-26.

⁷⁵ Kad bi i bilo moguće zamisliti situaciju u kojoj bi obveza bila bez subjektivno shvaćene osnove (ili drugim riječima bez motiva), teško bi bilo opravdati nevaljanost pravnog posla kao izravnu posljedicu. Opravdanje za takvo uređenje teško je pronaći, posebno ako se uzme u obzir da u načelu pobude ne utječu na postanak i valjanost ugovora, što sasvim jasno proizlazi iz čl. 53. st. 1. ZOO. O tome: S. Nikšić, "Utjecaj razloga za preuzimanje obaveze na valjanost pravnog posla", Zbornik PFZ, vol 56 (6), 2006, 1830-1831.

⁷⁶ Vidi: B. Vizner, 464-466 (komentar navedene odredbe ZOO).

robe ili davaoc usluge sklopio sa potrošačem prema nacionalnom pravu potrošača ne obvezuju, a da ugovor u tim uslovima nastavi obvezivati stranke, ako je u stanju nastaviti važiti i bez tih nepravednih odredbi.

c) Lista nepravednih odredbi

U aneksu Direktive o nepravednim odredbama nalazi se katalog klauzula koji u skladu sa čl. 3 (3) Direktive predstavlja "indikativan i neiscrpljujući popis odredbi koje se mogu smatrati nepravednim". Nauka ima podijeljen stav o tome da li popis klauzula ima karakter prinudnog "sivog minimalnog popisa" ili samo treba služiti kao primjer.⁷⁷ Razlog nije samo nejasna formulacija čl. 3 (3) Direktive, nego i njegov historijski razvoj. Kako prvi prijedlog direktive iz 1990.⁷⁸ tako i izmijenjeni prijedlog od 5. marta 1992.⁷⁹ određivali su da se odredbe navedene u ovom popisu uvijek smatraju nepravednima te su slijedili koncept tzv. "crne liste zabranjenih odredbi".⁸⁰ Na osnovu otpora nekoliko država članica, u zajedničkom stavu od 22. septembra 2002. utvrđeno je da lista ima samo indikativni karakter. S obzirom da i ova formulacija nije donijela očekivano razjašnjenje, Komisija je predložila uvođenje "sive liste" sa oborivom pretpostavkom nepravednosti odredbi navedenih u njoj.⁸¹ Tako ne iznenađuje da važeća verzija "indikativne liste" i dalje uzrokuje diskusiju u pravnoj nauci o tome da li popis predstavlja neobvezujuću konkretizaciju generalne odredbe o nepravednosti iz čl. 3 (1) Direktive, što zastupa veći dio pravne nauke, ili sivu minimalnu listu, što bi se moglo zaključiti na osnovu klauzule minimalne harmonizacije.⁸² *Wilhelmsson* je naglasio da pojam "indicative list" ne isključuje bilo kakvo pravno dejstvo, s obzirom da sudovi prilikom odstupanja od ovog popisa moraju navesti valjane razloge za to.⁸³ Konačno razjašnjenje donio je Sud EU, kada je ovoj listi u predmetu *Komisija/Švedska* dao karakter "primjera i indikativne liste".⁸⁴ U svom zaključku opšti pravobranioac *Geelhoed* je utvrdio da lista nema dejstvo pretpostavke nego "ilustrativno-indikativno" dejstvo.⁸⁵ Predmet *Komisija/Švedska* riješio je još jednu diskusiju nauke o postojanju obaveze država članica da popis nepravednih odredbi implementiraju. U preambuli Direktive 17. alineja konstatuje da aneks u okviru nacionalne implementacije može biti dopunjen ili restriktivnije formulisan. Sud je od-

⁷⁷ Vidi: R. van Gool, 241.

⁷⁸ Sl. list 1990, C 243, 2.

⁷⁹ Sl. list 1992, C 73, 7.

⁸⁰ Vidi: K. Herkenrath, 135.

⁸¹ Vidi: R. van Gool, 240.

⁸² Vidi: N. Reich, H. W. Micklitz, 520.

⁸³ Vidi: G. Howells, T. Wilhelmsson, 105.

⁸⁴ Vidi: Sud EU, 7.5.2002, C-478/99, *Komisija/Španija*, 2002, I-4147.

⁸⁵ Vidi: Sud EU, 31.01.2002, C-478/99, *Komisija/Španija*, zaključci generalnog advokata *Geelhoed*, tačka 28, 35.

lučio da aneks u okviru implementacije ne mora biti izričito naveden ali da građani izabranim sredstvom implementacije trebaju bar dobiti mogućnost da saznaju sadržaj aneksa. Odredbe navedene u indikativnom popisu tiču se naročito jednostranog uređenja ugovora od strane poduzetnika, na primjer isključivanjem njegove odgovornosti za tjelesnu štetu, oslobađanja od odgovornosti u slučaju neispunjenja ili lošeg ispunjenja ugovora uključujući i garancije, paušalnu naknadu štete, odredbe o otkazu ugovora ili njegovom produženju, zadržavanje prava za kasnije izmjene, odredbe o povećanju cijena ili uskraćivanja pravne zaštite.⁸⁶ Popis samo po sebi nije zasnovan na nekoj sistematici, tako da je moguće različito grupisanje odredbi, pri čemu se predložena podjela od strane *van Gool-a* čini najprihvatljivijom, koji 17 zabranjenih odredbi svrstava u 5 kategorija: 1. Zabranjene odredbu u pogledu nastajanja ugovora i jednostrane izmjene ugovora; 2. Zabranjene odredbe u pogledu ograničenja zahtjeva potrošača u slučaju lošeg ispunjenja; 3. Zabranjene odredbe u pogledu ograničenja obaveza prodavca; 4. Zabranjene odredbe u pogledu prestanka ugovornog odnosa i 5. Zabranjene odredbe u pogledu propisa o eventualnim sporovima.⁸⁷ Naš zakonodavac se u čl. 96. ZZZP odlučio za tzv. crnu listu, tj. listu odredbi koje se uvijek smatraju nepravednim, ali samo ako se nalaze u opštim uslovima formularnih ugovora. Potrebno je napomenuti da su 23 nepravedne klauzule navedene u čl. 96. ZZZP doslovno preuzete iz § 308-309. njemačkog BGB-a. Ovakav uticaj objašnjava se time što je prof. *Rüßmann* bio dio tima koji je radio na izradi Nacrta ZOO iz kojeg su u ZZZP 2006. godine prepisane nepravedne klauzule.⁸⁸ Teže je objasniti zašto preuzimanje iz BGB-a nije izvršeno na ispravan način, kada bi prvih osam klauzula navedenih u čl. 96. a-h ZZZP-u trebalo u skladu sa § 308. BGB biti dio "sive liste" a ostalih 15 klauzula iz čl. 96. i-z ZZZP u skladu sa § 309. BGB biti dio "crne liste". Ovakvu podjelu njemački zakonodavac napravio je na osnovu činjenice da je prvih osam klauzula definisano uopšteno, kao npr. klauzula čl. 96. a ZZZP kojom sebi ugovorna strana zadržava pravo na neprimjereno duge ili nedovoljno određene rokove za prihvatanje ili odbijanje neke ponude ili neke činidbe, a nacionalni sudija za konkretnu klauzulu formularnog ugovora utvrđuje da li sadržava rok koji je "neprimjereno dug ili nedovoljno određen" uzimajući u obzir interes obe stranke i klauzulu u potvrdnom proglašava ništavom.⁸⁹ Nasuprot tome sve klauzule navedene u čl. 96. ZZZP za posljedicu imaju apsolutnu ništavost. Zastupljene klauzule regulišu slučajeve iz svih pet kategorija *van Gool-a*. Ne treba iznenaditi što su mnoge od navedenih klauzula apsolutno

⁸⁶ Vidi: B. Lurger, S. Augenhöfer, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht, Springer, Wien/New York 2005, 76.

⁸⁷ Vidi: R. van Gool, 245.

⁸⁸ U čl. 113. st. 3. ZZZP iz 2002 godine sadržavao je 9 nepravednih odredbi koje nisu preuzete u ZZZP iz 2006; Službeni glasnik BiH br. 17/02.

⁸⁹ Vidi: O. Palandt, P. Bassenge et. al., Bürgerliches Gesetzbuch, Beck, München 2008, § 308. tač. 2., 438.

ništave i prema načelima klasičnog ugovornog prava, jer one i predstavljaju konkretizaciju postojećih načela u svrhu jednostavnije primjene u oblasti potrošačkih formularnih ugovora.

4. Tumačenje odredbi potrošačkog ugovora

Potrošačke direktive nove generacije bez izuzetka previđaju propise u pogledu forme i/ili jezika, u kojima potrošaču treba da bude dostavljena informacija. Pri tome odredbe o formi prije svega imaju funkciju upozorenja za vrijeme ugovaranja i dokaznog sredstva u slučaju spora. Propisi o jasnoći odredbi, nasuprot tome, trebaju osigurati da potrošač dobije najvažnije informacije i to u takvom obliku da ih zaista može i spoznati. Ovo je u Evropskoj uniji otvorilo diskusiju koja za Bosnu i Hercegovinu još nema aktuelan značaj, naime da li time potrošač dobija "pravo na sopstveni jezik"⁹⁰, tj. pravo na informacije na maternjem jeziku i čime bi takvo pravo bilo uslovljeno.⁹¹ Smatramo da u pravnoj oblasti u kojoj je naviši postulat autonomija volje stranaka nije moguće utvrditi jedinstveno jezičko rješenje za informacije u potrošačkim ugovorima⁹². Nasuprot tome, propisi koji se tiču načina korištenja jezika kao i forme u kojoj se informacije pružaju potrošači mogući su i nužni. Tako *Reich/Micklitz* govore o načelu razumljivosti u Potrošačkom pravu EU koje se treba konkretizovati na takav način da se zaštite kako prava na informaciju kao prava svih građana tako i tržišna sloboda ponudioaca.⁹³ *Von Vogel* u tome vidi generalno načelo transparentnosti, koje vrijedi za cjelokupno Ugovorno pravo EU i poduzetnika obavezuje na sadržajnu jasnoću i konciznost.⁹⁴ Ovakvo načelo transparentnosti sadržano je i u čl. 5. st. 1. Direktive koji kaže da u slučaju da su potrošaču sve ili pojedine ugovorne odredbe ponuđene u pismenoj formi, one moraju biti sročene jasnim i razumljiv jezikom. Osim toga, ugovorne odredbe koje se tiču glavnog predmeta ugovora, u skladu sa čl. 4. st. 2. Direktive samo pod uslovom jasne i razumljive formulacije ne potpadaju pod sadr-

⁹⁰ Vidi: G. Reichelt, "Sprachliche Gleichberechtigung und ihre Grenzen in der Europäischen Union", u G. Reichelt (ed.), *Sprache und Recht unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Manz, Beč 2006, 6.

⁹¹ Treba uzeti u razmatranje da li i građanin Unije koji ode u drugu državu u svrhu zaključenja potrošačkog ugovora ima pravo na dostavljanje informacija na maternjem jeziku koji nije službeni jezik države zaključenja ugovora.

⁹² Büber, nasuprot tome, želi utvrditi opšte pravo potrošača na dostavljanje informacija na njegovom jeziku (ne spominjući da li se pri tome treba raditi o državi potrošačevog prebivališta ili državljanstva), osim ako potrošač u predugovornoj fazi nije nagovijestio da poznaje strani jezik. Ovo je u svakom slučaju neproporcionalno i preveliko opterećenje poduzetnika; J. Büber, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers - Das Verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, Lang, Frankfurt am Main 2001, 165.

⁹³ Vidi: N. Reich, H. W. Micklitz, 29.

⁹⁴ Vidi: A. von Vogel, 139.

žajnu kontrolu nepravednosti.⁹⁵ Problem tumačenja se veoma mnogo proučavao u pravnoj nauci tako da se razvila cijela posebna pravna disciplina – nauka o tumačenju (teorija tumačenja) koja je znatno doprinjela ne samo da se poboljša praksa tumačenja i primjene prava nego i da se produbi sama suština prava i njegov značaj za čovjeka i društvo.⁹⁶ U savremenom pravu tumačenje ugovora se definiše kao operacija kojom se dolazi do zajedničke namjere ugovornih strana s ciljem da se utvrdi smisao i domašaj odredaba ugovora, o čemu je bila postignuta saglasnost volja prilikom zaključenja ugovora, a što u trenutku kada on treba da bude ispunjen izaziva spor i suprotna tvrđenja ugovornih strana.⁹⁷ Tumačenjem ugovora dolazimo do interpretativnog rezultata o jednom aktu koji je i pored potrebe tumačenja autonoman u odnosu na pojedinačna tumačenja ugovornika, što omogućava da se ugovor kao tvorevina sačuva i da mu se obezbijedi pravna egzistencija i realizacija.⁹⁸ Tumačiti se mogu samo punovažno zaključeni ugovori i to najčešće samo njegove pojedine odredbe.⁹⁹ Jasne i nesporne odredbe ne mogu biti predmet tumačenja, nego se one primjenjuju kako glase.¹⁰⁰ Ukoliko, međutim, postoji nesaglasnost kontrahenata o smislu ili domašaju odredaba ugovora nastaje neophodnost tumačenja koje predstavlja djelatnost kreativne i konstruktivističke prirode usmjerenu na očuvanje i ispunjenje ugovora.¹⁰¹ Postoje različiti načini tumačenja ugovora, a najpoznatiji su subjektivno (poklanja isključivu pažnju volji ugovornih strana) i objektivno (veću pažnju poklanja značenju upotrijebljenih riječi i radnji s obzirom na njihovo uobičajeno značenje u pravnom

⁹⁵ U čl. 4. (2) Direktive se isključuje osnovne ugovorne odredbe, tj. ugovorne odredbe koje se tiču glavnog predmeta ugovora kao i odnosa između cijene i isporučene robe odnosno usluge iz kontrole nepravednosti uspostavljene čl. 3. Direktive. Ovo vrijedi samo pod uslovom da su navedene odredbe formulisane jasno i razumljivo. Načelo transparentnosti stoga prethodi isključenju od kontrole sadržaja. Ukoliko odredbe o cijeni odnosno robi i uslugama nisu jasne i rezumljive, one u potpunosti podliježu kontroli sadržaja. Ova odredba direktive nije implementirana u ZZP BiH pa joj zbog toga nije posvećena posebna pažnja.

⁹⁶ U pravu se metod tumačenja obično naziva “dogmatičkim”. (vidi: R. D. Lukić, Metodologija prava, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1977, 117-142; usp.: D. Stojanović, 94-104; D. Nikolić, 221-228).

⁹⁷ Vidi: D. Stojanović, Uvod u građansko pravo, deveto izdanje, Beograd, 1996, 268-270; S. Perović, Obligaciono pravo, Beograd, 1990, 367; i M. Orlić, Zaključenje ugovora, Beograd, 1993, 20.

⁹⁸ Vidi: S. Perović, Obligaciono pravo, Beograd, 1990, 368.

⁹⁹ Vidi: A. Bikić, 106.

¹⁰⁰ Tu važi Paulusova максима “cum im verbus nulla abigitas est, non debet admitii voluntatis quaestio” (kad su riječi pisane isprave jasne, ne može se dokazivati da je volja njenog sastavljača bila drugačija). Staro rimsko pravo stajalo je na stajalištu doslovnog i strogog tumačenja (*secundum verba*), dakle na objektivističkom stajalištu. Kasnije se ide za širim tumačenjem koje uzima u obzir i volju... treba reći da je rimsko pravo do tog stajališta došlo vrlo oprezno i restriktivno. O tome: A. Romac, Rimsko pravo, II-izdanje, Informator, Zagreb, 1987, 225-226.

¹⁰¹ Vidi: S. Miladinović, 69.

prometu).¹⁰² U našem pravu kao i većini drugih savremenih zakonodavstava, usvojeno je mješovito tumačenje.¹⁰³ Prema ovom kriterijumu pri tumačenju spornih odredbi ne treba se držati doslovnog značenja upotrijebljenih izraza, već treba istražiti zajedničku namjeru ugovarača i odredbu tako razumjeti kako to odgovara načelima obligacionog prava (čl. 99. st. 2. ZOO).¹⁰⁴ U pravu BiH ne postoje posebna pravila koja bi se odnosila na tumačenje ugovora ili nekih odredaba iz već zaključenog ugovora. Ali se tumačenje može izvršiti na osnovu nekih kriterijumima koje je sudska praksa iznijela ili, pak, na osnovu analize prethodnih pregovora, zatim poslovne prakse i do tada uspostavljenih međusobnih odnosa, koji se primenjuju na određenu vrstu ugovora.¹⁰⁵ Kod slučajeva gdje postoji obostrana volja za pravilnim tumačenjem nejasne odredbe, odnosno izraza, smatra se da je odredba greškom napisana prilikom kucanja ugovora, naravno, ako ne postoji velika razlika između sadržine napisane norme i te tzv. greške (npr. nastale prilikom kucanja ugovora). Ako takva volja ne postoji kod druge strane, koja izjavi da nije znala niti je morala znati da je želja druge strane bila drukčija, a upotrebljeni izraz se ne može drukčije shvatiti, onda se odredba ugovora, odnosno taj sporni izraz mora tumačiti onako kako je napisan. Zbog toga se stranke upućuju da zajednički istražuju namjeru ugovarača kod spornog upotrebljenog izraza prema načelima obligacionog prava utvrđenim u ZOO koja imaju suštinski značaj za pravilno urede-

¹⁰² Sistematsko tumačenje, o kom je ovdje riječ, pretpostavlja i tumačenje dokumentacije koja prati ugovor, a koja može da doprinese iznalaženju zajedničke namjere ugovornih strana. Sistematsko tumačenje podrazumijeva i tumačenje ništavih odredaba, jer i one mogu da doprinesu razumijevanju ugovora kao cjeline, a time i spornih odredaba. Tumačenje u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja, doslovno, kao i globalno i sistematsko tumačenje, neraskidivo su povezani sa funkcionalnim tumačenjem. Subjektivno tumačenje upotunjavaju i pravila koja se odnose na tumačenje generalnih klauzula i primjera koje stranke navode u ugovoru. Pravila objektivnog tumačenja imaju supsidijarni karakter i primjenjuju se kada pravila subjektivnog tumačenja ne daju rezultat. Osnovni zadatak objektivnog tumačenja jeste da utvrdi značenje ugovora na osnovu njegove normativne procjene. Objektivno tumačenje objedinjava princip očuvanja ugovora, tumačenje u skladu sa običajima određene sredine i tumačenje višeznačnih pojmova u skladu sa prirodom konkretnog ugovora.“ O tome: S. Miladinović, 76; usp.: D. Nikolić, 229; D. Stojanović, 271-274.

¹⁰³ Vidi: A. Bikić, 106.

¹⁰⁴ U prvom izdanju Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru čl. 1026. je glasilo: “kad tumačiš ugovor, pazi riječi, ali još više volju i namjeru,“ a u drugom izdanju Zakonika u čl. 1026. stoji: “kad tumačiš ugovor, pazi riječi, al' vazda s obzirom na volju i namjeru“. Navedeno iz Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru (predgovor: J. Danilović), Podgorica-Beograd, 1998; U pogledu istraživanja one “zajedničke namjere ugovaratelja“ bivši se OGZ zadovoljavao time da u tom pravcu ne smije u ugovoru biti “nikakva protuslovlja“ i da pogodba bude “krijeposna“, jer se u § 914 navodilo: “... Navlastito ima se pogodba dvojbena tako tumačiti, da nikakva protuslovlja ne sadržava u sebi, i da bude krijeposna“. (vidi: B. Vizner, 439-440).

¹⁰⁵ Na ovaj način, objedinjavanjem informacija o izjavama, ponašanju i postupcima ugovornih strana prije zaključenja ugovora, tj. u fazi pregovora i nakon zaključenja ugovora, subjekt tumačenja može doći do konačnog zaključka šta je u konkretnom slučaju zajednička namjera ugovornih strana (vidi: S. Miladinović, 69).

nje odnosa između stranaka.¹⁰⁶ Navedena odredba ZOO ne govori o nejasnoj odredbi, već o spornoj odredbi u kojoj je upotrebljen neki izraz koji se može različito tumačiti. Time se operacionalizuju pravila subjektivnog i objektivnog tumačenja, uz jasno izražen zahtjev da se tumačenje vrši u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja i načelom autonomije volje.¹⁰⁷ U većini savremenih zakona postoje i tzv. posebna pravila o tumačenju formularnih ugovora.¹⁰⁸ Formularni ugovori, ponekad, mogu biti nejasni ne samo u pogledu neke odredbe iz ugovora, već u cjelini, kada se sa sigurnošću ne može zaključiti kojoj vrsti ugovora pripada nejasna odredba. Prilikom rješavanja takvih sporova, sud prvenstveno mora da ocijeni o kojoj se vrsti ugovora radi, da li je on primaran ili ne u tom tzv. mješovitom ugovoru, te da nakon njegove kvalifikacije donese konačnu odluku. U slučaju formularnih ugovora postoji povećana opasnost od nejasnoća u vezi sadržine pojedinih normi, jer su to ugovori o pristupanju, odnosno pristanku, pa stranka pristupajući takvom ugovoru ne obrati pažnju na to da je, na primjer, i dio koji predstavlja opšte uslove ponudioca dio ugovora. Tako je moguće da banka zaključenjem ugovora o oročenom depozitu unese odredbu iz opštih uslova svoga poslovanja kojom dospjele i propisane kamate pretvara u novi depozit pod istim uslovima. Unošenjem ovakve odredbe banka isključuje pravo deponenta da podigne obračunatu kamatu nakon isteka ugovorenog roka što može da otvori pitanje njene naknadne kontrole i kvalifikacije kao nepravedne ili pak osnovu za primjenu specijaliziranih pravila o tumačenju. Kod ugovora o oročenom depozitu banka može imati i druge kriterijume (npr. istekom roka oročenja, stranci ostavlja rok od 10 dana u kome može podići obračunatu kamatu a po proteku tog roka je ne može podići jer je pripisuje ulogu). Pri ovome, treba imati u vidu da sud može na osnovu odredbi čl. 143. ZOO odbiti primjenu navedenih odredbi opštih uslova, na osnovu kojih slabija strana gubi pravo ili rokove

¹⁰⁶ U materiji ugovora postoje i brojna pozivanja na običaje. Tako se ZOO poziva na običaje u određivanju postupanja ugovornih strana u pravnom prometu, u vezi sa načinom izjavljivanja volje za zaključenje ugovora, ponudom i prihvatom ponude za zaključenje ugovora, manama volje itd. Pozivanje na običaje postoji i u materiji uslova. S tim u vezi u čl. 32. st. 2. ZOO sadrži opšti poziv na primjenu običaja kao sredstva integracije ugovora. Strane su, naime, obavezane sadržinom ugovora i odredbama zakona, a u njihovom nedostatku običajima i osnovnim načelima, a u prvom redu načelom savjesnosti i poštenja (isto i čl. 1347. italijanskog Građanskog zakonika, čl. 1135. Code civil-a). O tome: S. Miladinović, 75; usp.: D. Nikolić, 200-203.

¹⁰⁷ Vidi: S. Miladinović, "O tumačenju ugovora", Pravni zbornik, časopis za pravnu teoriju i praksu. br. 1-2/2001, 133-145.

¹⁰⁸ Vidi: čl. 100. ZOO, čl. 1162. Code civil-a, čl. 1370. italijanskog Građanskog zakonika, čl. 1278. španskog Građanskog zakonika. Od svih novijih građanskopravnih kodifikacija Italijanski građanski zakonik od 1942 godine sadrži najviše specijaliziranih pravila tumačenja i ovom problemu posvećuje 10 članova (čl. 1362-1371). Neki od njih ponavljaju pravila koja su bila sadržana u starijim kodifikacijama građanskog prava, na primjer Code civilu-u u čl. 1156-1164, i u pandektnoj teoriji. O tome: D. Stojanović, 275-277; S. Perović, D. Stojanović, 350-351; i M. Đurđević, "O nekim specifičnostima tumačenja ugovora po pristupu", Pravni život (tem. broj: Pravo i ljudske vrednosti) br. 10/2001, str. 509 – 520; i R. Slijepčević, "Tumačenje obligacionih ugovora", Enciklopedija imovinskog prava i prava uduženog rada, tom-III, NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1978, 327-329.

iz ugovora odnosno koje se mogu kvalificirati kao nepravedne. U slučaju sumnje o značenju pojedine ugovorne odredbe vrijedi ono tumačenje koje je povoljnije za slabiju ugovornu stranu.¹⁰⁹ Oba ZOO u BiH poznaju ovo načelo tumačenja nejasne ugovorne odredbe *in dubio contra stipulatorem* ili *in dubio contra preferentem*, ali ograničeno na ugovor zaključen prema unapred odštampanom sadržaju ili na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane.¹¹⁰ Uzimajući u obzir da će u slučaju potrošačkih ugovora ugovorne odredbe gotovo isključivo pripremati i predlagati poduzetnik, načelo *in dubio pro consumente* ne znači ništa drugo nego konkretizaciju prethodno navedenog načela u okviru potrošačkog prava, iako u skladu sa čl. 5. st. 1. Direktive ograničenog na ugovorne odredbe ponudene u pismenoj formi. Naime, ZZZP u čl. 93. st. 3. nudi viši nivo zaštite za potrošača, s obzirom da načelo tumačenja *in dubio pro consumente* generalno propisuje za sve ugovorne odredbe neovisno o njihovoj formi. To za slučaj kada potrošač želi da sud preispita odredbu ugovora već zaključenog sa poduzetnikom znači da sud *in concreto* treba da tumači odredbu na najpovoljniji način za tog potrošača. Kada se radi o postupcima za kolektivnu zaštitu potrošača, gdje je moguće da se u pitanje dovede i odredba opštih uslova poslovanja koja još nije upotrijebljena ni u jednom potrošačkom ugovoru, nepravednost odredbe utvrđuje se *in abstracto* na osnovu opštih pravila tumačenja.¹¹¹ Na osnovu čl. 93. st. 2. ZZZP-a ugovorne odredbe treba da budu razumljive i u vezi s drugim odredbama u istom ili drugom ugovoru između istih strana uzimajući u obzir prirodu proizvoda ili usluge i svih drugih učesnika u vezi sa zaključenjem ugovora. Time se nastoji otkloniti bilo kakva nedoumica u slučaju da se jednim ugovorom obim prava i obaveza proširuju a drugim sužavaju. Problem je faktičke naravi koji u slučaju spora rješava sud primjenom specijalnih pravila o tumačenju nejasnih odredbi i određenja odnosa između sadržine međusobno suprotstavljenih odredbi nastalih ugovora.

¹⁰⁹ "Ponudilac je dužan da u svakom konkretnom slučaju određeno i jasno predoči potpisniku pismena da li potpisuje ugovor ili otpremnicu, u suprotnom pismeno će se tumačiti u korist suprotne strane" (prema odluci VPS, Pž. 510/2001). "Prvostepeni sud opravdano smatra da nejasne odredbe uslova osiguranja treba tumačiti u korist osiguranika (čl. 100. ZOO), ali se u konkretnom slučaju odredbe čl. 1. st. 4. tač. 4. Uslova za osiguranje od opasnosti požara i nekih drugih opasnosti, ne mogu, samo zbog okolnosti da nije bliže definisan pojam samohodnog stroja, tumačiti tako da se ne mogu primijeniti ni u slučaju kada se pouzdano utvrdi da je neka stvar iz osiguranog skupa stvari, samohodni stroj po pravilima mašinske struke. Samohodni stroj u smislu uslova osiguranja, treba razlikovati od kopnenog motornog vozila, te nije bitno što finišer ne spada u motorna vozila, koja bi bila podložna registraciji radi saobraćaja na javnom putu." (Vs BiH, Pž. 598/88, od 10. 7. 1989. - Bilten Vs BiH 3/89, 60)

¹¹⁰ O tome: J. Vilus, 146-153; R. Slijepčević, 332. B. Vizner, 447-448.

¹¹¹ Vidi: M. Karanić-Mirić, 142; Sud EU, 9.9.2004., C-70/03, *Komisija/Španija*, 2004, I-7999.

Zaključak

Zaštita potrošača od nepravednih ugovornih odredbi paralelno se ostvaruje na osnovu ZZP i ZOO, pri čemu se na konkretni slučaj primjenjuje onaj zakon koji je povoljniji po potrošača. Zaštita se ostvaruje na tri nivoa: uspostavljanjem uslova za obvezujuću snagu ugovorenih odredbi, kontrolom sadržaja ugovora na osnovu temeljnih principa obligacionog prava i liste odredbi koje se uvijek smatraju nepravednim, te tumačenjem ugovornih odredbi na način koji je povoljniji po potrošača. Sistem zaštite uspostavljen ZOO imao je namjeru da ponovo uspostavi ugovornu ravnotežu pomjerenu usljed nedostatka pregovaranja o pojedinim odredbama ili čak nedostatka saznanja sadržaja odredbi formularnih ugovora prilikom njihovog zaključenja. U slučaju potrošačkih ugovora ravnoteža je dodatno poremećena mnogo većim znanjem i iskustvom poduzetnika stečenog na osnovu sklapanja većeg broja istih ugovora i mogućnošću postavljanja opštih uslova poslovanja o kojima potrošač ne može pregovarati. Skori slučajevi nepravednih odredbi u ugovorima o potrošačkom kreditu rasvijetlili su samo dio problematike koju je neophodno prenijeti i na kontrolu formularnih ugovora koji imaju mnogo širi značaj u pravnoj praksi i nisu vezani samo za pojedinu vrstu ugovora.

Zlatan Meškić / Alaudin Brkić

SCHUTZ DER VERBRAUCHER VOR UNGERECHTEN VERTRAGSBESTIMMUNGEN – ANPASSUNG DES BOSNISCHEN SCHULDRECHTS AN DIE RICHTLINIE 93/13/EWG

ZUSAMMENFASSUNG

Mit dem Verbraucherschutzgesetz bekam das Schuldrecht von Bosnien und Herzegowina eine neue Rechtsgrundlage für die Gerechtigkeitskontrolle von Formularvertragsklauseln geschlossen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer. Eine umfassende Analyse dieser Kontrolle beinhaltet Antworten auf die Fragen unter welchen Bedingungen Klauseln, auf die der Verbraucher keinen Einfluss nehmen konnte, den Verbraucher binden, falls diese vorhanden sind, welche Kriterien diese erfüllen müssen damit sie nicht für ungerecht und damit nichtig erklärt werden, und schließlich, welche Aulegungsmethoden in diesem Rechtsbereich gelten. Neben einer kurzen Darstellung der Richtlinie 93/13/EWG liegt der Schwerpunkt des Artikels auf der Erklärung der entsprechenden Normen des Verbraucherschutzgesetzes als einer neuen Regelung in diesem Bereich, dem Verhältnis zwischen dem Verbraucherschutzgesetz und den Schuldrechtsgesetzen, sowie den Bestimmungen des Vorschlags für ein neues Schuldrechtsgesetz. Das Ziel des Artikels ist die Förderung und Erklärung von Verbraucherschutzbestimmungen, die noch keine Anwendung in der Praxis fanden, obwohl sie vor acht Jahren zu einer Rechtsquelle wurden, die parallel zu den Schuldrechtsgesetzen das Schuldrecht von Bosnien und Herzegowina regelt. Die Darstellung der Herkunft dieser Bestimmungen aus dem EU Recht wurde in die Funktion des Verständnisses der Absicht des Gesetzgebers sowie des Zieles der Bestimmungen gestellt.

Schlüsselwörter: Formularverträge; Verbraucherschutz, der Grundsatz von Treu und Glauben; Vertragsauslegung.