

Dženana Radončić*

ZAŠTITA POTROŠAČA OD NEPOŠTENE POSLOVNE PRAKSE

SAŽETAK

Jedan od osnovnih problema modernog potrošačkog života jeste nedostatak istinski informisane i svjesne saglasnosti volja u potrošačkim ugovorima, do čega najčešće dolazi zbog nepoštene poslovne prakse koje trgovci primjenjuju ne samo u fazi oglašavanja i marketinga, nego i tokom, kao i nakon kupovine proizvoda ili usluga. Iako Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi nije implementirana u Zakon o zaštiti potrošača u BiH, potreba za inoviranjem potrošačkog prava u BiH postaje očiglednija nakon analize postojećih manjkavih mehanizama za ispitivanje nepoštenosti poslovne prakse. Zakonodavci se opredjeljuju za različite mehanizme zaštite potrošača, ali bez obzira za koji put se opredijele, u konačnici je cilj da se uticaji i efekti nepoštene poslovne prakse svedu na najmanju moguću mjeru i da se potigne što prirodnije i što racionalnije ponašanje potrošača. U ovom radu je predstavljena analiza pravnog okvira za zaštitu potrošača od nepoštene prakse prema Pravu EU i pravu Bosne i Hercegovine, s ciljem ukazivanja na osnovne mehanizme ispitivanja i sankcionisanja nepoštene poslovne prakse. Na osnovu predstavljene analize, nameće se zaključak da izmjena Zakona o zaštiti potrošača u BiH i osiguravanje adekvatne primjene u praksi jeste beskompromisna obaveza koju BiH mora ispuniti na putu članstva u Evropskoj uniji.

Ključne riječi: nepoštena poslovna praksa, informisanost, generalna klauzula, zavaravajuća i agresivna praksa, crna lista, reklamiranje.

* Mr. sc., viša asistentica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

1. Uvodne napomene

Predmetom dugogodišnje debate o razvoju politike zaštite potrošača jeste pitanje da li su potrošači bolje zaštićeni putem regulatornih mjera koje neposredno zabranjuju nepoželjne trgovačke prakse ili putem mjera koje omogućavaju informisano donošenje odluka i stvaranje efikasnih tržišta na kojima potrošači odlučuju sami šta je najbolje za njih. Mjere usmjerene na poboljšanje tržišta su i dizajnirane tako da pomognu potrošačima da donesu bolje i informisane odluke, što dalje vodi efikasnijim transakcijama na tržištu.¹ S druge strane, intervencionistički pristup zabranjuje ugovorne odredbe i poslovne prakse koje zakonodavci smatraju nepravičnim i samim tim zabranjenim u svim potrošačkim transakcijama. Bez obzira za koji put se zakonodavac opredijeli, u konačnici je cilj da se uticaji i efekti nepoštene poslovne prakse svedu na najmanju moguću mjeru i da se potigne što prirodnije i što racionalnije ponašanje potrošača. U nastavku rada će biti prezentirana kratka analiza pravnog okvira za zaštitu potrošača od nepoštene prakse prema Pravu EU i pravu Bosne i Hercegovine, s ciljem analiziranja osnovnih mehanizama ispitivanja i sankcionisanja nepoštene poslovne prakse.

2. Stanje u EU

Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi (dalje: Direktiva)² predstavlja specifičan legislativni akt zbog više razloga. S jedne strane radi se o prvoj direktivi širokih razmjera u oblasti prava konkurencije³, a s

¹ Radi analize ekonomske opravdanosti uklanjanja tržišnih barijera pogledati: F. G. Pomar, „The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective“, *InDret Revista para el analisis del derecho*, 1/2006, 10.

² Direktiva 2005/29/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Evropskog parlamenta i Vijeća, *Službeni list L* 149, str. 22.

³ Već je 1962. godine Evropska Komisija zatražila od Max-Planck Instituta (Munich) ekspertno mišljenje o različitim pravnim rješenjima u državama članicama povodom prava konkurencije. Enciklopedijska ekspertiza je završena 1965. godine, ali nije dovela do značajnijih promjena u predstojećim godinama zbog promjene sastava Komisije i rastućeg značaja zaštite potrošača. Jedan od ograničenih rezultata koji je uslijedio gotovo dvije decenije kasnije je bio usvajanje Direktive o zavaravajućem

druge strane, zaštita koju pruža je ograničena na potrošače, izostavljajući ostale tržišne učesnike.⁴ Iako je Evropska unija (dalje: EU) zauzela intervencionistički pristup u većini potrošačkih direktiva, naročito u Direktivi o nepoštenim ugovornim odredbama⁵, relativno novije inicijative potrošačke zaštite, poput Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi, koncipirane su kao mjere regulisanja tržišnih odnosa zahvaljujući kojim se treba ubrzati donošenje informisanih potrošačkih odluka. Direktiva se tiče jednog od fundamentalnijih problema modernog potrošačkog života, nedostatka istinski informisane i svjesne saglasnosti volja u potrošačkim ugovorima.⁶

oglašavanju (Direktiva 84/450/EEC koja se odnosi na približavanje zakona, pravila i upravnih propisa država članica kojise tiču zavaravajućeg oglašavanja, objavljena u Službenom listu 1984 L 250/17). Tako je proces evropske harmonizacije obuhvatio važno, ali ograničeno područje zavaravajućeg oglašavanja u širokoj oblasti prava konkurencije. S obzirom da je značaj i domašaj ove ograničene oblasti marginaliziran u toj mjeri da većina država članica nije smatrala neophodnim izmijeniti svoje nacionalno zakonodavstvo, to je Komisija tokom 2001. godine pokrenula dvije inicijative s ciljem harmoniziranja prava konkurencije. Jedna od te dvije inicijative, tzv. „Zelena knjiga o zaštiti potrošača EU“ je dovela do prijedloga Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi (Directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC and Regulation (EC) No /2004 ('Unfair Commercial Practices Directive'), OJ 2005 C 149/22) koja je u konačnici i usvojena u maju 2005. godine. Vidi više: C. Handig, „The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?“, *European Business Law Review*, 16/2005, 1117-1118.

⁴ Direktiva ima za cilj direktnu zaštitu potrošača, pri tome, ona također indirektno štiti legitime poslovne subjekte od njihovih konkurenata na tržištu koji se ne ponašaju u skladu sa pravilima Direktive, te na taj način doprinosi poštenoj tržišnoj utakmici u područjima koje reguliše. Naravno, razumljivo je da postoji i druga poslovna praksa koja, iako ne šteti potrošačima, može štetiti konkurentima na tržištu i poslovnim subjektima. Vidi više: Tačka 8. preambule Direktive.

⁵ Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. 4.1993. o nepravdnim odredbama u potrošačkim ugovorima, Službeni list L 095, 21.4.1993.

⁶ J. P. Nehf, „Harmonizing Trade Practices in the EU: Sweet Sounds and Sour Notes for European Consumer“, Reviewing: *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, International Journal of Legal Information, Vol. 35, p. 305, 2007, dostupno online putem linka:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1925772 (pristup 10.11.2014.).

2.1. Koncept poslovne prakse

Direktiva ima široko područje primjene, obuhvatajući sve potrošačke transakcije⁷, bez ograničavanja na pojedine oblasti.⁸ Osim toga, i u pogledu vremenskih faza B2C transakcija, pretenduje da reguliše odnose ne samo u fazi oglašavanja i marketinga, nego i tokom, kao i nakon obavljene komercijalne transakcije u pogledu proizvoda ili usluga.⁹ Pružanjem visokog nivoa zaštite potrošača u svim oblastima, ona služi kao sigurna mreža kojom se štite sve praznine koje nisu obuhvaćene ostalom EU sektorski – orijentisanom regulativom.¹⁰ Budući da pokriva sve vrste ekonomskih transakcija, utoliko je područje primjene ove Direktive šire postavljeno u odnosu na njenu prethodnicu u oblasti zavaravajućeg reklamiranja¹¹ i zahtijeva veću harmonizaciju prava država članica.¹² Direktiva polazi od visokog standarda zaštite potrošača od zavaravajuće i agresivne prakse, koja treba da bude jednako efikasna bez

⁷ U literaturi označene kao „business-to-consumer“ ili skraćeno „B2C“.

⁸ Čl. 2 (d) Direktive definiše poslovnu praksu poslovnog subjekta prema potrošačukao svaku radnju, izostavljanje, tok postupanja ili zastupanja, tržišno komuniciranje, uključujući oglašavanje i stavljanje proizvoda na tržište, koje izvrši trgovac, a u direktnoj je vezi s promocijom, prodajom ili dobavljanjem proizvoda potrošačima.

⁹ Tako izričito određuje i čl. 3 (1) Direktive. Kako je pojašnjeno u Pratećem memorandumu uz prijedlog Direktive (Explanatory Memorandum, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (the Unfair Commercial Practices Directive), COM 356 final, 2003.), umjesto nametanja posebne kategorije nepoštenosti u periodu nakon obavljene trgovačke transakcije, Direktiva predviđa primjenu istih odredbi na poslovnu praksu prije i nakon prodaje. Na taj način, trgovac će biti dužan osigurati da njegova praksa poslije prodaje udovoljava istim standardima poštenosti, kao i praksa prije prodaje. Ipak, izostanak određenih usluga trgovca u fazi nakon obavljene prodaje neće nužno značiti nepoštenu poslovnu praksu, ukoliko trgovac svojim ponašanjem nije opravdano stvorio kod potrošača očekivanje takve usluge nakon prodaje.

¹⁰ Vidi više: Communication from the Commission to the European Parliament, The Council and the European Economic and Social Committee on the application of the Unfair Commercial Practices Directive - achieving a high level of consumer protection building trust in the Internal Market /* COM/2013/0138 final */, dostupno putem linka: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013DC0138> (pristup 01.11.2014.)

¹¹ Direktiva 84/450/EEC o ujednačavanju prava država članica u pogledu zavaravanja u reklamiranju (Službeni list 1984 L 250/17), dopunjena Direktivom 97/55/EC o komparativnom reklamiranju (Službeni list 1997 L 290/18).

¹² Poređenja radi, pogledaj više: A. Horvath et al, *Consumer Protection Law Development*, American Bar Association, 2009, 728 i dalje.

obzira da li potrošača štiti od prodavca koji prodaje svoje proizvode na uglu ulice ili putem web site-a iz druge države članice.¹³ Uprkos proširenju područja primjene tako da obuhvata poslovne prakse koje neposredno utiču na potrošačeve odluke o transakcijama vezanim za proizvode, postoji niz ograničenja i izuzetaka. Između ostalog, ne odnosi se na poslovnu praksu koja se provodi u druge svrhe, a ne transakciju vezano za proizvode¹⁴, kao što se ne odnosi ni na zakonske zahtjeve vezane za ukus i pristojnost, a koji se umnogome razlikuju među državama članicama.¹⁵ Time se ne dovodi u pitanje pojedinačna praksa onih kojima je nepoštenom poslovnim praskom nanesena šteta, niti dovodi u pitanje pravila o ugovornom pravu¹⁶, pravu intelektualnog vlasništva, zdravstvenim i sigurnosnim aspektima proizvoda¹⁷, uslovima poslovnog nastana i sistemu izdavanja odobrenja.¹⁸

Nasuprot tome, online poslovne prakse koje se ostvaruju putem socijalnih medija ili internet stranica za poređenje proizvoda i/ili usluga su obuhvaćene definicijom poslovne prakse. Socijalni mediji, koji uključuju blogove i stranice društvenih mreža, su postali značajan prostor za ostvarivanje poslovnih praksi, naročito onih skrivenih, tako što ih

¹³ L. Nahon, „Unfair Commercial Practice Directive – Taking the Pressure Out of Selling!“, *Business Law Review*, 2006, 204.

¹⁴ Tako npr. ne obuhvata praksu koju podrazumijeva tržišno komuniciranje usmjereno prema ulagačima, kao što su godišnja izvješća i korporativna promotivna literatura. Vidi: tačka 7. preambule Direktive.

¹⁵ Naravno, to nipošto ne znači da poslovna praksa koja vrijeđa zahtjeve ukusa i pristojnosti ne može i ne treba biti sankcionisana. U kontekstu elaboriranja ove Direktive znači da je nacionalnom zakonodavcu države članice prepuštena sloboda da to pitanje uredi i postavi zakonske granice u skladu sa prihvaćenim kulturološkim normama, čak i ako takva praksa ne ograničava potrošačevu slobodu izbora.

¹⁶ U potrošačkim direktivama se inače izbjegavaju propisi o valjanosti ili efektima ugovora, umjesto toga, obično sadrže zahtjeve o informacijama koje trebaju biti pružene potrošačima ili ih snabdijevaju sa dodatnim pravom na raskid ili otkaz ugovora. S tim u vezi se postavlja pitanje da li se korištenje nepoštenih ugovornih odredbi, prema Direktivi o nepoštenim ugovornim odredbama, može smatrati nepoštenom poslovnom praksom. Potvrđan odgovor na prethodno pitanje ne narušava različite pravne mogućnosti koje potrošaču stoje na raspolaganju u odnosu na njegovu ugovornu stranu-trgovca. Vidi: S. Orlando, „The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice“, *European Review of Contract Law*, 1/2011, 25 i dalje.

¹⁷ U kom slučaju će se primijenjivati odredbe Direktive o opštoj sigurnosti proizvoda (Directive 2001/95/EC on general product safety, Službeni list 2002 L 11/4).

¹⁸ Tačka 9. i 14. preambule Direktive.

trgovci koriste za promociju i reklamiranje svojih proizvoda.¹⁹ Ovdje se radi o okolnosti da korisnici i posjetitelji takvih blogova nisu upoznati s činjenicom da subjekat koji vodi i održava blog ima određeni poslovni odnos sa trgovcem čije proizvode reklamira, na prividno besplatnoj osnovi, što bi uslijed takvog privida trebalo sugerisati istinski kvalitet proizvoda. Nepoštena poslovna praksa se također može javiti na internet stranicama koje služe za poređenje cijena proizvoda. Najočitiiji primjer se tiče slučaja u kojem internet stranica za poređenje cijena pripada ili je povezana sa trgovcem, te se koristi za reklamiranje njegovih proizvoda.²⁰ U slučaju profesionalnih, ali nezavisnih internet stranica za poređenje cijena, trgovačka aktivnost se sastoji od utvrđivanja cijena preprodavača i njihovo prosljeđivanje potrošačima. Takvi pružatelji usluga putem internet stranica se također smatraju trgovcima i vezani su odredbama Direktive, zbog čega bi kriteriji i korištena metodologija, kao i bilo koja vrsta ugovorne veze sa određenim trgovcem, morala biti objelodanjena svim korisnicima takve stranice. Ukoliko pojedinci pružaju informacije o cijenama isključivo na nekomercijalnoj osnovi, njihova aktivnost ne potpada pod komercijalnu praksu u smislu ove Direktive, ali je u svakom slučaju prepušteno nacionalnim nadležnim organima da procjenjuju takve situacije od slučaja do slučaja.²¹

Sud EU je u nekoliko navrata potvrdio široko tumačenje poslovne prakse, tako da obuhvata kombinovane ili povezane ponude, popuste, sniženja cijena, promotivne prodaje, komercijalne lutrije, takmičenja, kao i nudenje vaučera ili bonova za prodaju.²² Finansijske usluge²³ također

¹⁹ Tako su, primjera radi, pojedine države članice prijavile kozmetičke kompanije koje su platile blogerima da promovišu i reklamiraju njihove kozmetičke proizvode na blogu namijenjenom tinejdžerima, bez znanja ostalih korisnika tog bloga. U takvim slučajevima su nadležni državni organi zaključili da blogeri učestvuju u prikrivenoj poslovnoj praksi. Vidi: Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Working Document, European Commission, SEC (2009) 1666, 8.

²⁰ Zbog toga su francuski sudovi stranicu „quietstemoincher.com“ (u prevodu „kojenajjeftiniji.com“) za poređenje cijena namirnica, koju je kreirala jedna od vodećih francuskih kompanija sa lancima supermarketa, smatrali trgovačkom stranicom i alatkom za reklamiranje sopstvenih proizvoda. Vidi više: SEC (2009) 1666, 8.

²¹ Vidi: SEC (2009) 1666, 8.

²² Tako u predmetu „Total Belguim“ (Sud EU, povezani predmeti C-261/07 (VTB-VAB NV v Total Belgium NV) i C-299/07 (Galatea BVBA v Sanoma Magazines Belgium

spadaju u područje primjene, jer je jedan od ciljeva Direktive da osigura zaštitu potrošača onda kada nema posebne sektorske legislative na nivou Unije, kako bise zabranilo trgovcima da stvaraju lažni utisak o prirodi proizvoda kojeg prodaju, što je naročito važno za kompleksne proizvode koji podrazumijevaju visok rizik za potrošača, poput pojedinih finansijskih usluga.²⁴ Komisija je 2009. godine u svojoj analizi maloprodajnih finansijskih usluga²⁵ prepoznala probleme poslovne prakse simptomatične za ovu oblast, poput netransparentnih bankarskih naknada koje onemogućavaju potrošače da sistematično uporede sve ponude prisutne na tržištu, nedostatak i nejasnost predugovornih informacija (između ostalog korištenje kompleksnog jezika, važne informacije napisane malim slovima, pretrpavanje sa informacijama uslijed čega bitne informacije postaju neprimjetne), što sve vodi nedovoljnoj informisanosti potrošača o karakteristikama finansijske usluge, također postavljanje različitih prepreka za prelazak na drugog pružatelja finansijskih usluga.

NV), 2009), tačka 50. stoji da kombinovane ponude predstavljaju poslovne radnje koje čine dio trgovčeve poslovne strategije i direktno se tiču promocije i razvoja prodaje konkrentog proizvoda, pa posljedično konstituišu poslovnu praksu prema čl. 2. (d) Direktive. U slučajevima koji su uslijedili, Sud EU nastavlja sa širokom interpretacijom poslovne prakse, obuhvatajući tim konceptom promotivne kampanje koje omogućavaju potrošačima da besplatno učestvuju u lutriji, pod uslovom kupovine određene količine proizvoda ili usluga, nuđenje besplatnih nagrada uz kupovinu novina ili drugih periodičnih publikacija, kao i uslovljavanje prodaje telekomunikacijskih usluga kupovinom druge usluge ili dijela opreme od istog poslovnog subjekta. Vidi: Sud EU, C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV v Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, 2010; Sud EU, C-522/08, *Telekomunikacija Polska SA w Warszawie v Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, 2010; Sud EU, 540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG v "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH*, 2010.

²³ Pod finansijskim uslugama se misli na bilo koju uslugu bankarstva, kreditiranja, osiguranja, lične penzije, investicije ili općenito usluge koja podrazumijeva plaćanje, onako kako ih definiše Direktiva 2002/65/EC o finansijskim uslugama na daljinu (Direktiva 2002/65/EC Evropskog Parlamenta i Vijeća od 23. Septembra 2002 o reklamiranju potrošačkih finansijskih usluga na daljinu mijenjajući Direktivu Vijeća 90/619/EEC i Direktivu 9/7/EC i 98/27/EC, Službeni list 271/16).

²⁴ Zbog toga su nadležni organi pojedinih država članica primijenile odredbe Direktive u ovoj oblasti, poput Grčke i Belgije, koje su reagovala na praksu banaka zbog pružanja zavaravajućih informacija o rizicima koji su imanentni pojedinim finansijskim proizvodima. Pogledati tačku 10. preambule Direktive.

²⁵ Commission staff working paper on initiatives in the area of retail financial services. Dostupno putem linka: http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/fin_serv_en.htm (pristup 18.11.2014).

Zbog toga je predviđeno da takve prakse mogu biti nepoštene, jer informacije namijenjene potrošačima ne smiju biti lažne ili obmanjujuće, naročito u pogledu pogodnosti, očekivanih rezultata i rizika immanentnih finansijskim proizvodima ili uslugama. Informacije, makar bile sadržajno tačne, ne smiju biti prezentirane na zavaravajući način. Pored toga, sprečavanje ili otežavanje okončanja ugovornog odnosa sa jednim pružateljem finansijskih usluga radi zasnivanja ugovornog odnosa sa drugim pružateljem finansijskih usluga postavljanjem naplatnih ili disproporcionalnih neugovornih prepreka se može smatrati agresivnom poslovnom praksom i time zabranjenom.²⁶ U tom pogledu, dodatni izvor zaštite za potrošače predstavlja Direktiva o uslugama plaćanja koja propisuje da informacije i uslovi pružanja usluge trebaju biti dati na lako razumljivom jeziku, u jasnoj i shvatljivoj formi i na službenom jeziku države članice na čijoj teritoriji je usluga plaćanja ponuđena ili na bilo kojem drugom jeziku koji su stranke dogovorile.²⁷

U svakom slučaju, Direktiva²⁸ predviđa specifičan tretman za finansijske usluge i nepokretnosti tako što u odnosu na te dvije oblasti države članice mogu zadržati ili usvojiti strožije propise, koje zbog svoje kompleksnosti, ozbiljnih rizika koji su im svojstveni, kao i pojačanih obaveza za trgovce, zahtijevaju što potpuniju i kvalitetniju zaštitu potrošača.²⁹ Ovakvo rješenje odstupa od metode maksimalne harmonizacijekoju Direktiva predviđa za ostatak svojih odredbi.³⁰ To je jedan od uspjeha u inače dugotrajnom i kontraverznom legislativnom

²⁶ Vidi SEC (2009) 1666, 11.

²⁷ Čl. 41. Direktive o uslugama plaćanja (Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payments services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC, OJ L 319, 05/12/2007 P. 0001 – 0036).

²⁸ Čl. 3. st. 9. Direktive.

²⁹ Tačka 9. preambule Direktive.

³⁰ Tako npr. Direktiva o potrošačkom kreditu (Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008, Službeni list 2008 L 133/66 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC) sadrži posebne propise o reklamiranju ugovora o kreditu, kao i listu standardiziranih predugovornih informacijakoe moraju biti pružene potrošaču radi poređenja različitih ponuda. Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi dopunjuje regulativu postavljenu Direktivom o potrošačkom kreditu, ukoliko je informacija sadržana u reklami prezentirana na zavaravajući način ili ukoliko pružatelj finansijskih usluga koristi agresivnu poslovnu praksu.

postupku usvajanja Direktive, tokom kojeg je Komisija uspjela ubijediti Evropski parlament i države članice da samo maksimalna harmonizacija omogućava postavljanje zajedničkih standarda u pogledu poslovne prakse na unutrašnjem tržištu.³¹ Odredba da države članice ne ograničavaju slobodu pružanja usluga ni slobodu kretanja robe zbog razloga obuhvaćenih područjem primjene³² se smatra klauzulom maksimalne harmonizacije, što je u više navrata potvrdio i Sud EU.³³ Zbog toga, države članice više³⁴ ne mogu donositi ili primijenjivati manje ili više restriktivne mjere zaštite potrošača u oblasti koju reguliše ova Direktiva.³⁵ Ipak, pristup maksimalne harmonizacije može imati ograničene efekte, jer širok dijapazon nepoštenih praksi može biti zabranjen pod okriljem kontraverzne generalne klauzule³⁶, koja zabranjuje poslovnu praksu protivnu zahtjevima profesionalne pažnje i ukoliko je vjerovatno da će takva praksa narušiti ekonomsko ponašanje prosječnog potrošača prema kojem je usmjerena ili do kojeg dopire.³⁷ Ova opasnost prijeti i od

³¹ H.-W. Micklitz, „Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29“, IIC 2009, 371.

³² Čl. 4. Direktive.

³³ Efekat maksimalne harmonizacije čl. 4. Direktive je eksplicitno potvrđen u predmetu *Total Belgium* (Sud EU, povezani predmeti C-261/07 (VTB-VAB NV v Total Belgium NV) i C-299/07 (Galatea BVBA v Sanoma Magazines Belgium NV), 2009), u kojem je Sud EU ispitivao kompatibilnost belgijskog propisa koji zabranjuje kombinovane ponude sa odredbama Direktive. Budući da belgijski propis bezuslovno zabranjuje kombinovane ponude koje potpadaju pod koncept poslovne prakse, to je Sud EU zaključio da takve zabrane nisu u skladu sa direktivom jer pružaju viši nivo zaštite. Pogledaj tačku 51. i 52. predmeta *Total Belgium*. Takvo tumačenje je zadržano i u predmetima koji su uslijedili, vidi: Sud EU, C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV v Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, 2010, tačka 41.; Sud EU, 540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG v "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH*, 2010, tačka 27.

³⁴ Nakon isteka perioda implementacije, koji je okončan sa 2007. godinom, uz privremenu rezervu u pogledu nacionalnog zakonodavstva kojim države članice implementiraju direktive sa klauzulom minimalne harmonizacije, u kom slučaju se rok produžio do mjeseca juna 2013. godine.

³⁵ Kako je pojašnjeno u tačkama 5., 12. i 13. preambule Direktive, radi uklanjanja prepreka na unutrašnjem tržištu nastalih zbog različite pravne regulative država članica, kao i radi povećanja pravne sigurnosti za sve tržišne aktere, neophodno je zamijeniti postojeća nacionalna rješenja sa jedinstvenim regulativnim okvirom na nivou EU.

³⁶ Generalna klauzula, kao jedan od nivoa u ispitivanju nepoštenosti poslovne prakse, će biti predmetom detaljnije analize u nastavku, na ovom mjestu je spomenuta radi zaokruživanja razmatranja klauzule maksimalne harmonizacije i njenih ograničenja.

³⁷ Čl. 5. st. 2. tačke a) i b) Direktive.

mogućnosti različitog interpretiranja kategorija zavaravajuće i agresivne prakse. Iako države članice načelno ne smiju usvajati niti mijenjati nacionalne propise koji bi bili strožiji od odredaba Direktive, nacionalni sudovi i nadležna administrativna tijela mogu kreirati različite standarde za prihvatljive poslovne prakse, od slučaja do slučaja.³⁸ Zavisno od toga koliko ova mogućnost bude iskorištena, toliko će ciljevi harmonizacije biti ugrožni, ostavljajući iza sebe prepreke na unutrašnjem tržištu. U konačnici, proces harmonizacije propisa o nepoštenoj poslovnoj praksi nije završen, nego će Sud EU morati preuzeti aktivnu ulogu kroz rješavanje pojedinačnih slučajeva, što naravno predstavlja dugotrajniji proces, zavisan od predmeta koji pokrenu Komisija ili nacionalni sudovi država članica podnošenjem zahtjeva za tumačenjem prava EU.³⁹

Kako je primijetno iz dosadašnjeg izlaganja, materija koju reguliše Direktiva se preklapa sa područjem primjene brojnih drugih direktiva i ostalih izvora prava EU, zbog čega joj se pripisuje horizontalno dejstvo. Odnos između ovih, potencijalno konkurentnih izvora prava, je uređen tako da se Direktiva primjenjuje onda kada neki drugi pravni izvor ne sadrži posebna pravila, što znači da u svakom slučaju dopunjuje postojeću pravnu regulativu.⁴⁰ Koncipiranje Direktive kao okvirne direktive je jedan od najboljih načina da se ukinu ili ublaže prepreke na unutrašnjem tržištu. Da bi se ispravno shvatila njena inovativnost, mora se uzeti u obzir da je prije ove direktive EU u oblasti potrošačkog prava uglavnom forsirala vertikalni pristup baziran na minimalnoj harmonizaciji, stvarajući pritom više nepoželjnih posljedica.⁴¹ Zbog tih razloga, učinjen

³⁸ Koncept „profesionalne pažnje“ može biti predmetom različitih tumačenja u pojedinim državama članicama, pa poslovna praksa, koja je prihvatljiva u jednoj državi članici, može biti zabranjena u drugoj.

³⁹ Vidi više: J. P. Nehf, 319 i 320.

⁴⁰ Pogledati čl. 3. st. 4. Direktive.

⁴¹ Sa nekoliko izuzetaka, većina ranije usvojenih direktiva je uređivala potrošačka prava u odnosu na određeni proizvod (poput timesharinga ilipaket aranžmana) ili određeni način prodaje (poput prodaje na daljinu ili izvan poslovnih prostorija). Ovakav pristup je problematičan iz više razloga. Najprije, specifičnu, sektorski krojenu regulativu koja sadrži preskriptivna pravila, nepošteni, ali kreativni trgovci mogu relativno lako zaobići. Rizik suviše specifične legislative je to što konstantno zaostaje za dinamičnim tržišnim razvojem, pa brzo postaje zastarjela. Drugo, različita uređenja pojedinih prodajnih metoda može voditi daljoj fragmentaciji i stvarati dodatnu konfuziju kod potrošača. Posljedično, potrošači mogu uživati različite nivoe zaštiti zavisno od toga da li kupuju

je otklon od vertikalnog pristupa u kombinaciji sa klauzulom minimalne harmonizacije, jer predstavlja okvirnu direktivu maksimalne harmonizacije, koja se primjenjuje na proizvode i usluge, u svim sektorima⁴² i u odnosu na sve marketinške i prodajne tehnike. Pri tome, slijedi liberalni pristup, dopušteno je sve što nije izričito zabranjeno. Uzevši u obzir njeno široko područje primjene, princip generalne zabrane nepoštene poslovne prakse pruža izvjesne garancije da ni najdovrtljiviji trgovci neće bez problema zaobići njena rješenja i zaštitu koju pruža potrošačima.⁴³ Ipak, kako je već naznačeno, svako rješenje koje je formulirano kao princip neminovno ugrožava ciljeve maksimalne harmonizacije, jer otvara prostor za države članice da interpretiraju takvo pravilo na različite načine.

2.2. Šematsko ispitivanje nepoštene poslovne prakse

Direktiva inače sadrži tri nivoa zaštite potrošača od nepoštene poslovne prakse koja su predstavljena u vidu piramide.⁴⁴ Prateći strukturu Direktive, na vrhu piramide se nalazi zabrana poslovne prakse protivne zahtjevima profesionalne pažnje koja može bitno narušiti

proizvod ili uslugu i zavisno od toga koju je prodajnu metodu upotrijebio trgovac, što nije opravdano ni pravno, niti ekonomski. Konačno, sektorska legislativa uređuje proizvod, preciznije potrošačka prava u odnosu na određeni proizvod, a ne praksu trgovca u smislu načina na koji je taj proizvod bio reklamiran i prodan potrošaču, što je bilo zabrinjavajuće, jer većina problema sa kojima su potrošači bili suočeni se tiče nepoštenih poslovnih praksi koje su potrošači doživjeli od nesavjesnih trgovaca, poput agresivnih tehnika primijenjenih polje prodaje, a kojima se potrošač odvrća od korištenja svojih prava, najčešće prava na raskid ugovora. Vidi: G. A. Abbamonte, „The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of the New European Consumer Protection Approach“, *Columbia Journal of European Law*, Vol 12, 698.

⁴² Osim izuzetaka koji su prethodno navedeni.

⁴³ G. A. Abbamonte, 699.

⁴⁴ Poslovna praksa je zabranjena ako se smatra nepoštenom na bilo kojem od ova tri nivoa. Višeslojna zaštita zastupljena u ovoj Direktivi nije novitet u potrošačkim direktivama. Direktiva o nepoštenim ugovornim odredbama također koristi sličan mehanizam, samo što je ograničen na dva koraka. Korištenje opštih pojmova i testova povećanog stepena generalizacije i apstraktnosti odgovara interesima da se pomire dva, potencijalno suprotstavljena interesa. S jedne strane, nastoji se postići značajan nivo pravne sigurnosti za sve subjekte na koje se Direktiva odnosi, tako da isti mogu steći jasan utisak o zabranjenim ponašanjima, na osnovu čega bi smanjili rizik od povrede propisa. S druge strane, postoji potreba da se ne pružaju nezadovoljavajuće sigurne luke za trgovce, na način da se ostavlja mnogo praznina u suviše detaljnoj regulaciji, kroz koje bi trgovci mogli zloupotrebjavati svoju superiorniju poziciju na štetu potrošača. Vidi: F. G. Pomar, 17.

ekonomsko ponašanje prosječnog ciljanog potrošača u odnosu na proizvod ili uslugu.⁴⁵ Koncept nepoštene poslovne prakse je dalje konkretiziran kroz zavaravajuću⁴⁶ i agresivnu poslovnu praksu⁴⁷, kao drugi nivo zaštite. Iako većina poslovnih praksi koje se mogu kvalificirati kao nepoštene spadaju u jednu od ove dvije kategorije, generalna klauzula služi kao sigurna mreža koja treba omogućiti procjenjivanje bilo koje sadašnje ili buduće poslovne prakse koja ne potpada ni pod zavaravajuću niti pod agresivnu praksu.⁴⁸ U podnožju piramide zaštite se nalazi iscrpna lista sa 31 poslovnom praksom, koje se u svim slučajevima i pod svim okolnostima smatraju nepoštenim.⁴⁹

Uprkos predstavljenom redoslijedu nivoa zaštite, prilikom procjene da li je konkretna poslovna praksa ujedno i nepoštena, navedenu piramidu treba okrenuti naopačke.⁵⁰ Ukoliko primijenimo slikoviti prikaz ove problematike pojedinih autora⁵¹ u vidu koncentričnih krugova, prva i najmanje dubiozna faza ispitivanja poštenosti poslovne prakse, predstavlja ispitivanje da li se takva praksa nalazi na crnoj listi. Ako se radi o takvoj situaciji, nema potrebe za vršenjem bilo kakvih dodatnih ispitivanja od slučaja do slučaja ili primjene drugih propisa.⁵² Crna lista je i nastala s ciljem sprečavanja praksi koje su se na temelju prethodnog iskustva nedvojbeno pokazale nepoštenim, te kako bi se svim relevantnim subjektima, uključujući i potrošače, olakšalo njihovo prepoznavanje, što vodi jačanju pravne sigurnosti.⁵³ Uobičajeni oblici prakse uvršteni na crnu

⁴⁵ Radi se o već spomenutoj generalnoj klauzuli sadržanoj u čl. 5. st. 2. i 3. Direktive.

⁴⁶ Čl. 6. i 7. Direktive.

⁴⁷ Čl. 8. i 9. Direktive.

⁴⁸ COM (2013), 12.

⁴⁹ Lista je sadržana u Aneksu I Direktive. Ako je određena praksa uvršena na listu, automatski se smatra nepoštenom, ukidajući potrebu bilo kakvog dodatnog ispitivanja, zbog čega se ova lista naziva i crnom listom.

⁵⁰ Vidi analizu mišljenja opšteg pravobranioca u predmetu Total Belgium: H.-W. Micklitz, „Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under directive 2005/29“, IIC 2009, 373.

⁵¹ Vidi: P. Shears, „Overviewing the EU Unfair Commercial Practices Directive: Concentric Circles“, *European Business Law Review*, 18(4), 2007, 781-796.

⁵² Pogledati tačku 17. preambule Direktive.

⁵³ COM (2013) 139, 18.

listu su reklamiranje radi namamljivanja⁵⁴, lažne „besplatne“ ponude⁵⁵, manipuliranje djecom⁵⁶, lažne tvrdnje o izlječenju⁵⁷, skriveni oglasi u medijima⁵⁸, piramidalni sistemi⁵⁹, lažne ponude nagrada i poklona⁶⁰, lažne „posebne“ pogodnosti⁶¹, lažne ograničene ponude⁶², dugotrajno slanje neželjenih ponuda⁶³ i slično.⁶⁴

⁵⁴ Trgovcima nije dopušteno reklamiranje vrlo jeftinih proizvoda i usluga kada nemaju dovoljno zaliha (tzv. „Bait advertising“), nego moraju obavijestiti kupce o količini proizvoda stavljenih na prodaju i vremenskom razdoblju trajanja ponude. Tačka 5. Aneksa I Direktive.

⁵⁵ Trgovci su obavezni saopštiti potrošačima stvarne cijene robe i usluga, ne smiju pri tom prikazivati besplatnom uslugu koja se plaća ili nuditi dodatnu „besplatnu“ uslugu, onda kada su stvarni troškovi tih besplatnih usluga već uključeni u redovnu cijenu. Tačka 20. Aneksa I Direktive.

⁵⁶ Korištenje direktnih poruka poput „Nagovori roditelje da ti kupe ovu knjigu“ i slično su zabranjene i ta zabrana se odnosi na sve medije, uključujući televiziju i internet. Tačka 28. Aneksa I Direktive.

⁵⁷ Reklamni navodi da određeniproizvodi imaju ljekovita ili terapijska dejstva (poput izlječenja alergija, poticanja rasta kose, olakšavanju gubitka tjelesne mase i sl.) moraju biti naučno utemeljeni, u suprotnom radi se o nepoštenoj poslovnoj praksi iz tačke 17. crne liste (Aneks I Direktive).

⁵⁸ Potrošači imaju pravo biti obaviješteni (putem slike, riječi ili zvuka) da li neka kompanija sponzorira novinski članak ili televizijsku ili radio emisiju, kako bi na taj način reklamirala svoje proizvode. Tačka 11. Aneksa I Direktive.

⁵⁹ Piramidalni sistemi su načini promocije u kojima se mora platiti određeni iznos za uključivanje u zamjenu za mogućnost da ta osoba dobije naknadu. Budući da ta naknada redovno zavisi od dovođenja novih osoba u sistem, pri čemu stvarna prodaja ili potrošnja proizvoda nema značajnu ulogu, to se u određenom momentu piramidalni sistemi ruše, a oni koji su zadnji dovedeni u sistem gube svoje uloge. Tačka 14. Aneksa I Direktive.

⁶⁰ Zabranjeno je reklamiranje besplatnih nagrada ili poklona, ukoliko trgovac naknadno traži od potrošača da plati kako bi preuzeo takvu nagradu/poklon. Senzacionalističke poruke ili pisma u kojima se potrošaču čestita na osvojenoj nagradi, najčešće predstavljaju ovaj vid zabranjene prakse. Tačka 31. Aneksa I Direktive.

⁶¹ Odnosi se na situacije u kojima trgovci tvrde potrošačima da im pružaju posebna prava, iako potrošači takva prava zapravo već imaju na temelju zakona ili drugih prinudnih propisa. Tačka 10. Aneksa I Direktive.

⁶² Kada trgovci izjavljuju da će određena ponuda biti dostupna samo tokom vrlo ograničenog vremenskog perioda, a to nije slučaj, na taj način pokušavaju stvoriti pritisak na potrošačima da obave transakciju prije nego što uspiju odvojiti vrijeme za donošenje informisane odluke. Tačka 7. Aneksa I Direktive.

⁶³ Naročito se tiče slanja, odnosno nuđenja proizvoda ili usluga telefonom, elektronskom poštom i ostalim medijima pogodnim za prodaju na daljinu. Tačka 26. Aneksa I Direktive.

⁶⁴ Primjeri pojedinih oblika nepoštene poslovne prakse sa crne liste su dostupni putem linka: http://europa.eu/youreurope/citizens/shopping/unfair-treatment/unfair-commercial-practices/index_hr.htm.

Kada se konkretna poslovna praksa ne nalazi na „crnoj listi“, slijedeći korak se ogleda u ispitivanju da li se radi o zavaravajućoj ili agresivnoj praksi. Najčešće neće ni postojati potreba za prelaskom na treći korak, jer se većina poslovnih praksi može podvesti pod jedan od ova dva oblika. Zavaravajuća poslovna praksa postoji onda kada određena praksa zavarava kroz lažne informacije koje sadrži ili obmanjujuću prezentaciju istih, te je uslijed toga podesna da navede prosječnog potrošača da donese drugačiju odluku o poslu od one koju bi inače donio.⁶⁵ Zavaravajuća praksa ne postoji samo ako trgovac pruža neistinite informacije potrošaču, nego također ako izostavlja one bitne informacije ili ako ih pruža na nejasan, nerazumljiv ili varljiv način⁶⁶, pri čemu se radi o bitnim informacijama potrebnim potrošaču da donese informisanu odluku o pravnom poslu.⁶⁷ Razmatranje da li je određena informacija

⁶⁵ U predmetu *Trento Sviluppo*, od Suda EU je zatraženo da interpretira formulaciju „odluka o poslu“ i da odgovori da li odluka potrošača da posjeti prodavnicu trgovca na temelju podijeljenih letaka koji su sadržavali atraktivne ponude za laptope, iako u prodavnici nije bilo dostupnih laptopa po navedenoj cijeni, predstavlja odluku o poslu. Prema procjeni Suda EU, taj izraz obuhvata ne samo odluku potrošača da kupi ili ne kupi proizvod, nego također odluku direktno povezanu sa tom odlukom, naročito odluku da posjeti prodavnicu. Vidi: Sud EU, C-281/12, *Trento Sviluppo srl and Centrale Adriatica Soc. coop. arl v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, odluka još uvijek nije objavljena.

⁶⁶ Tako npr., smatralo bi se zavaravajućom poslovnom praksom kroz izostavljanje ključnih informacija onda kada trgovac svoju poslovnu praksu maskira kao akciju prikupljanja dobrotvornih sredstava. Vidi: P. Shears, 788.

⁶⁷ Najčešće prijavljene prakse koje potpadaju pod ovu kategoriju, obuhvataju davanje neistinitih informacija o glavnim karakteristikama proizvoda i/ili cijene proizvoda ili usluge ponudene na prodaju u oblasti interneta i telekomunikacija (npr. brzina i cijena internet konekcije), finansijskih usluga (životno osiguranje, potrošački krediti), turizma, zračnog prevoza i online prodaje. Ipak, ponekad je moguće da trgovac pruži potrošaču informacije koje su objektivno netačne, ali za koje trgovac drži da su tačne, pa se javlja pitanje da li u takvom slučaju treba ispitivati da li je kumulativno povrijeđen standard profesionalne pažnje, inače sadržanu generalnoj klauzuli. U predmetu *Team4 Travel*, istoimena putnička agencija sa sjedištem u Innsbrucku (Austrija) i specijalizirana za prodaju od mora na snijegu i kurseva skijanja u Austriji za grupe britanskih učenika, navela je u svojoj brošuri na engleskom jeziku za zimsku sezonu 2012. godine da se različiti hoteli mogu rezervirati na naznačene datume isključivo putem njezinih usluga. Ti hoteli doista su putem ugovora zagarantovali Team 4 Travelu takvu ekskluzivnost. Međutim, predmetni hoteli nisu poštovali ovu ekskluzivnost i dodijelili su određene smještajne kvote za iste datume CHS Tour Servicesu, konkurentskoj putničkoj agenciji koja također ima sjedište u Innsbrucku, no Team4 Travel nije znao za ovu činjenicu u trenutku kada je raspodijelio svoje brošure. Smatrajući da izjava o ekskluzivnosti koja je sadržana u brošurama Team4 Travel krši zabranu nepoštene poslovne prakse, CHS je

bitna je predmetom diskusije i dikrecione ocjene, izuzev u slučajevima kada evropski zakonodavac nalaže da određene informacije moraju biti učinjene dostupnim potrošaču⁶⁸ ili u slučaju kada je potrošaču upućen poziv na kupovinu⁶⁹. Trgovci ne moraju uključiti cijenu u reklamiranje svojih proizvoda, ali onda kada to učine, njihova poslovna komunikacija se smatra pozivom na kupovinu, u kom slučaju Direktiva obavezuje trgovce da svoju praksu i reklamiranje usklade sa brojnim specifičnim zahtjevima iz čl. 7. st. 4. Direktive.⁷⁰

zatražio od austrijskih sudova da zabrani Team4 Travelu upotrebu navedene izjave. Prvostepeni i drugostepeni sudovi su odbili ovaj zahtjev sobrazloženjem da smatraju da ne postoji nepoštena praksa. Zapravo, u odnosu na garancijeekskluzivnosti koje je dogovorio s navedenim hotelima, Team4 Travel je ispoštovao zahtjeve u pogledu profesionalne pažnje. CHS je podnio zahtjev za reviziju Oberster Gerichtshofu (Vrhovnisud, Austrija). Vrhovni sud utvrdio je da je informacija o ekskluzivnosti koju sadrži brošura Team4 Travelaobjektivno netačna. Ova bi informacija, s obzirom na to da u ovom pogledu ispunjava sve kriterijekoji su izričito predviđeni Direktivom o nepoštenoj poslovnoj praksi, u očima prosječnog potrošača predstavljala zavaravajuću poslovnu praksu. U svakom slučaju, vezano za opšti raspored Direktive, nacionalni se sud pita treba li prije proglašavanja određene prakse zavaravajućom i time nepoštenom i zabranjenom provjeriti je li i povrh ovih kriterija takva praksaprotivna zahtjevima u pogledu profesionalne pažnje, što ovdje ne bi bio slučaj jer je Team4 Travelučinio sve da osigura ekskluzivnost na koju se pozivao u svojim brošurama. Stoga se Oberster Gerichtshof obratio Sudu s namjerom da dobije njegovo tumačenje navedene Direktive. Sud u svojoj presudi odgovara da u slučaju kada poslovna praksa zadovoljava sve kriterijeizričito navedene u odredbi2. Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi u odnosu na potrošača nijepotrebno provjeravati je li takva praksa u suprotnosti i sa zahtjevima u pogledu profesionalnepažnje u smislu navedene Direktive, jer se ista može valjano smatrati nepoštenom i timezabranjenom. Vidi: Sud EU, C-435/11, CHS Tour Services GmbH / Team4 Travel GmbH, Priopštenje za medije, 113/13.

⁶⁸ Kako nalaže čl. 7. st. 4. i11 potrošačkih direktiva pobrojanih u Aneksu II Direktive. U svakom slučaju značaj informacija za potrošača varira zavisno od vrste proizvoda koji je u pitanju, tako je potreba za pružanjem bitnih informacija manja kod proizvoda o kojima će se potrošači svakako informisati prilikom potrage za takvim proizvodom, dok je najveća tamo gdje, čak i nakon konzumiranja/korištenja proizvoda, potrošači i dalje nemaju jasnu predstavu o stvarnoj prirodi proizvoda. Vidi: F. G. Pomar, 21.

⁶⁹ Poziv na kupovinu podrazumijeva komercijalnu komunikaciju kojom se ukazuje na karakteristike i cijenu proizvoda na način prikladan korištenom sredstvu komunikacije, a koje na taj način omogućava potrošaču da obavi kupovinu. Vidi: čl. 1. (i) Direktive.

⁷⁰ Poziv na kupovinu je kritičan momenat formiranja potrošačeve odluke i predstavlja tipičan način reklamiranja i nuđenja proizvoda potrošačima. Budući da podrazumijeva direktnu i neposrednu promociju proizvoda, koja djeluje kao okidač za impulsivnu potrošačku odluku, potrošači su izloženi većem riziku. Vidi: COM (2013) 139, 15. Sud EU je potvrdio da poziv na kupovinu postoji bez potrebe da se kroz komercijalnu

S druge strane, poslovna praksa će se smatrati agresivnom ako, uzimajući u obzir sve okolnosti datog slučaja, uznemiravanjem, upotrebom sile, uključujući i fizičku silu, te nedopuštenim uticajem osjetno narušava ili je vjerovatno da će narušiti slobodu izbora prosječnog potrošača, čime ga na taj način navodi da donese odluku o poslu koju inače ne bi donio.⁷¹ Iako agresivna poslovna praksa podrazumijeva ponašanje koje je već regulisanom propisima država članica, uključujući ugovorno i krivično pravo, na ovaj način se pruža dodatni sloj zaštite, koji može biti aktiviran od strane državnih organa, bez potrebe za pokretanjem parničnog ili krivičnog postupka.⁷²

Onda kada se konkretna poslovna praksa ne nalazi na „crnoj“ listi, niti predstavlja zavaravajuću ili agresivnu poslovnu praksu, što je izuzetno rijetko slučaj, u funkciju se stavlja tzv. generalna klauzula. Generalnoj klauzuli nedostaje eksplicitnost i određenost sadržaja, rješenje koje ima svoje opravdanje u svrsi klauzule da zabrani i sve buduće poslovne prakse, a koje, suprotno zahtjevima profesionalne pažnje, narušavaju ili je vjerovatno da će narušiti ekonomsko ponašanje prosječnog potrošača do kojeg dopiru, odnosno kojem su namijenjene.⁷³ Efekat maksimalne harmonizacije je donekle ugrožen trima standardima čiji sadržaj može biti predmetom procjene *in concreto* i na taj način varirati unutar država članica. Radi se o standardu profesionalne pažnje, konceptu „narušavanja ekonomskog ponašanja potrošača“ i standardu prosječnog potrošača. Iako Direktiva sadrži definiciju profesionalne pažnje, kao standard posebne vještine i pažnje koja se u razumnoj mjeri

komunikaciju zaista i pruži faktička mogućnost kupovine. Vidi: Sud EU, C-122/10, Konsumentombudsmannen v Ving Sverige AB, 2011 I-03903.

⁷¹ Primjera radi, uobičajena agresivna praksa u turističkim kompleksima je da se u sklopu prezentacije turističke ponude potrošačima pruža mogućnost posjećivanja pojedinih nekretnina za zakupljivanje. Pri tome, trgovci odnosno potencijalni zakupodavci odvoze potrošače na udaljena mjesta, ostavljajući potrošače bez alternative u prijevozu, da bi im se potom pružila detaljna prezentacija uz konstantan pritisak da zaključe ugovor o zakupu, nakon čega potrošače vraćaju nazad. Ovakva agresivna prodajna tehnika se smatra nedopuštenom, naročito jer podrazumijeva zloupotrebu pozicije moći. Također, slučajevi u kojima potrošač duguje trgovcu određeni novčani iznos, pa mu trgovac ponudi odgodu plaćanja, pod uslovom da od istog trgovca kupi neki drugi proizvod. Vidi: P. Shears, 789.

⁷² Vidi: COM (2013) 139, 18.

⁷³ Ovo su dva, kumulativno postavljena, uslova iz čl. 5. st. 1. i 2. Direktive.

očekuje u odnosu trgovca prema potrošačima i to srazmjerno s poštenom tržišnom praksom i/ili opštem načelu dobre vjere u području aktivnosti tržišta⁷⁴, ipak je koncept profesionalne pažnje širi od načela dobre vjere, jer obuhvata ne samo poštenje, nego i stručnost na strani trgovca.⁷⁵ Bez obzira štopodrazumijeva veći stepen pažnje od onog koji se zahtijeva od prosječne osobe ili nestručnjaka, granice profesionalne pažnje nisu jasno određene, pa će u pojedinim slučajevima procjena profesionalne pažnje podrazumijevati detaljno elaboriranje svih relevantnih činjenica date situacije.⁷⁶

Slična je situacija s konceptom „narušavanja ekonomskog ponašanja prosječnog potrošača“. Široko interpretirajući ovu formulaciju, radi se o upečatljivoj i značajnoj šteti nanesejoj potrošaču.⁷⁷ Zabranjena nepoštena poslovna praksamijenja potrošačke preferencije kroz narušavanje njihove sposobnosti ili slobode izbora, pa tako potrošači kupuje neželjene proizvode, pristaju na odredbe i uslove na koje inače ne bi pristali ili se opredijeljuju za proizvode koje smatraju slabijim zamjenama proizvoda koje redovno koriste. Ipak, navedena procjena ne zahtijeva dokazivanje da je potrošač zaista pretrpio ekonomsku štetu, u smislu novčanog gubitka, jer bi se u tom slučaju na njih prevalio teret dokazivanja da su, ne samo kupili proizvod koji inače ne bi kupili, nego da su pritom pretrpjeli i ekonomski gubitak. Zaista, u nekim slučajevima će biti očigledno da je potrošač pretrpio ekonomski gubitak, na primjer, ako trgovac primora potrošača da plati neproporcionalno višu cijenu ili da

⁷⁴ Čl. 2. st. 1. t. h. Direktive.

⁷⁵ Npr., ponašanje trgovca koji prodaje falsifikovane proizvode, smatrajući ih originalnim, možda jeste pošteno, ali nije stručno, te samim tim ne bi udovoljavalo zahtjevu profesionalne pažnje. Timse se stavlja do znanja da je tražena mjera profesionalne pažnje ona koja bi se opravdano očekivala od dobrog privrednika, a koja treba biti srazmjerna obavezi postupanja i okolnostima konkretnog slučaja. G.B. Abbamonte, 705.

⁷⁶ Tako npr. menadžer restorana ima obavezu da osigura da korištene namirnice budu svježe, te da su jela pripremljena na odgovarajući način. Ukoliko propusti da izvršava svoju obavezu, zbog toga što hrana nije skladištena na odgovarajućoj temperaturi ili ako nije korišteno čisto posuđe i pribor, jasno je da u tom slučaju nije ispoštovan standard profesionalne pažnje. Međutim, ako se potrošač razboli, jer je alergičan na određenu hranu, onda menadžer restorana ne može biti pozvan na odgovornost, jer on i pored primijenjene profesionalne pažnje, nije u stanju niti je dužan spriječiti svaku nesreću koja se dogodi potrošaču. Ibid, 706.

⁷⁷ F. G. Pomar, 19.

kupi neispravan proizvod. U drugim slučajevima u kojima to nije očigledno, postavljanje ekonomskog gubitka kao preduslova za narušavanje ekonomskog ponašanja potrošača bi umanjilo postojeći nivo potrošačke zaštite, što je neprihvatljivo i izuzetno nepraktično, jer u brojnim slučajevima ne bi bilo moguće dokazati i kvantificirati ekonomski gubitak. Osim toga, onemogućilo bi se blagovremeno reagovanje na poslovne prakse koje trgovci tek počnu primjenjivati, a koje su po svojoj sadržini i dejstvima, nepoštene.⁷⁸

Pojam prosječnog potrošača je teoretski i praktično kontraverzan, jer u stvarnom, fizičkom svijetu, ne postoji takav potrošač, nego individualni potrošači, svaki sa svojom pronicljivošću, pažnjom i setom predubjeđenja i preferencija.⁷⁹ Sama Direktiva navodi da se kao mjerilo uzima standard prosječnog potrošača, onako kako je razvijen praksom Suda EU⁸⁰, ali da također sadrži odredbe usmjerene na sprečavanje zloupotreba potrošača čije osobine ih čine naročito ranjivim u odnosu na nepoštenu poslovnu praksu.⁸¹ Takva namjera je postala operabilna kroz odredbe direktive kojima se mjerilo ciljanog potrošača prilagođava osobama koje su u odnosu na praksu ili predmetni proizvod posebno ranjive zbog duševne ili tjelesne nemoći, dobi ili lakovjernosti, na način koji bi trgovac u razumnoj mjeri mogao predvidjeti.⁸² Ispitivanje da lise u

⁷⁸ G. B. Abbamonte, 707.

⁷⁹ F. G. Pomar, 19.

⁸⁰ Misli se na potrošača koji je u razumnoj mjeri informisan, pažljiv i oprezan, uzimajući u obzir socijalne, kulturne i jezičke faktore. Neki od značajnih slučajeva: Sud EU, C-210/96, Gut Springenheide, Rudolf Tusky, 1998 E.C.R. 1-04657; Sud EU, C-220/98, Estee Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v. Lancaster Group GmbH, 2000 E.C.R. 1-117, 27; Sud EU, C-99/01, Criminal Proceedings against Linhart and Biffel, 2002 E.C.R. 1-9375. Također, Sud EU, povezani predmeti T-183/02 & T-184/02, El Corte Ingles v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) ("Mundicolor"), 2004 O.J.(C 106) 59; Sud EU, T-20/02, Interquell GmbH v Office for Harmonisation in the Internal Market, 2004 O.J. (C 106) 57.

⁸¹ Tačka 18. preambule Direktive. Inače, mjerilo prosječnog potrošača može biti izmijenjeno u dva slučaja, onda kada je poslovna praksa direktno usmjerena na tačno određenu grupu (npr. profesionalni električari, djeca i sl) i onda kada je usmjerena na naročito ranjive potrošače. Bez obzira o kojem od dva slučaja se radi, nepoštenost poslovne prakse se procjenjuje u odnosu na prosječnog potrošača iz te grupe, kako to nalaže čl. 5. st. 2. t. b. i st. 3. Direktive. Vidi: P. Shears, 784.

⁸² Čl. 5. st. 3. Direktive. O mogućem razumijevanju i interpretacijama „ranjivih“ potrošača, pogledati: L. Lennard, „Consumer vulnerability: what's in a name?“, 4th International Sciences Research Conference, Edinburgh, 2009. Dostupno putem linka:

konkretnom slučaju radi o prosječnom potrošaču je zadatak za nacionalne sudove država članica, zbog čega i postoji bojazan da bi se taj standard mogao različito tumačiti.⁸³ U svakom slučaju, provođenje testa prosječnog potrošača nije statističko ispitivanje, kako je potvrdio i Sud EU, nego zadatak leži na nacionalnim sudovima da, uvažavajući okolnosti konkretnog slučaja i postojeću praksu Suda EU, procijene tipičnu reakciju prosječnog potrošača u datoj situaciji.⁸⁴ Proporcionalnost predstavlja srž navedenog ispitivanja, jer nacionalna mjera kojom se zabranjuju pojedine „prenapuhane“ tvrdnje trgovaca koji bi uspjele prevariti nekolicinu naivnih i površnih potrošača bi bila neproporcionalna postavljenim ciljevima i dodatno bi stvarala prepreke za trgovinu. Testiranjem se teži uspostaviti pravična ravnoteža između potrebe zaštite potrošača i promocije slobodne trgovine na otvorenom i kompetitivnom tržištu.⁸⁵ Prosječan potrošač nije lako impresioniran, niti ga je lako zavarati⁸⁶, zbog čega se trgovac ne može smatrati odgovornim onda kada potrošač doslovno shvati određeni reklamni slogan, koji je očigledno pretjeran ili netačan.⁸⁷

Bez obzira u kojoj fazi se utvrdi da ponašanje trgovca predstavlja zabranjenu nepoštenu poslovnu praksu, tretman i sankcionisanje takve prakse je isto unutar države, ali varira između država članica. Razlog postojanja različitih mehanizama sankcionisanja nepoštene poslovne prakse leži u samoj Direktivi, koja nalaže državama članicama da osiguraju postojanje prikladnih i učinkovitih sredstava za borbu protiv

<https://www2.le.ac.uk/departments/law/research/cces/documents/ConsumerVulnerabilityLLennard.doc/view> (pristup 15.12.2014.). Pogledati također: Sud EU, C-382/87, Buet, 1989, ECR 1235.

⁸³ P. Shears, 784.

⁸⁴ Sud Eu, C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb eV v Clinique Laboratories SNC i Sud EU, C-220/98, Estee Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v. Lancaster Group GmbH, 2000 E.C.R. 1-117.

⁸⁵ Budući da se bazira na standardu hipotetičkog potrošača, pretpostavlja da se potrošači trebaju ponašati kao racionalni ekonomski subjekti, te da bi se trebali informisati o kvaliteti i cijeni proizvoda radi donošenja razumnih izbora. G. B. Abbamonte, 707.

⁸⁶ W. H. Van Boom, „Experiencing Unfair Commercial Practices: An Introduction“, *Erasmus Law Review*, Vol 5, Issue 4, 2012, 234.

⁸⁷ Prenapuhane izjave trgovaca inače obuhvataju navode koji nisu mjerljivi ili koje potrošači ne shvataju ozbiljno, najčešće jer se radi o subjektivnim ili pretjeranim izjavama, poput „ultimativna mašina za vožnju“ ili „Red Bull daje ti krila“. G. B. Abbamonte, 708 fn 46.

nepoštene poslovne prakse, na način koji je u interesu potrošača.⁸⁸ Ovaj nalog uključuje obavezu države da dozvoli osobama ili organizacijama sa zakonitim interesom, uključujući i konkurente na tržištu, da iskoriste pravno sredstvo protiv nepoštene poslovne prakse ili da dozvoli iznošenje nepoštene poslovne prakse pred upravno tijelo nadležno za odlučivanje o pritužbama ili za pokretanje primjerenog pravnog postupka. U svakom slučaju, sankcije za povredu nacionalnih odredaba usvojenih u primjeni Direktive trebaju biti učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće.⁸⁹ Navedene formulacije ostavljaju značajan prostor državama članicama da odaberu efikasan sistem⁹⁰ provođenja koji odgovara njihovim nacionalnim procesnim sistemima, zbog čega suprisutne različite varijante, od građansko-pravnih sistema⁹¹, preko upravno-pravnih⁹², pa sve do krivično-pravnih, uključujući i kombinacije nabrojanih sistema.⁹³ Adekvatni sistemi provođenja su ključni za ostvarenje punog efekta Direktive, otuda i prijedlozi da bi bilo najpoželjnije ukoliko bi države članice delegirale sve potrebne nadležnosti za provedbu Direktive odgovarajućoj javnoj agenciji ili tijelu.⁹⁴

⁸⁸ Čl. 11. st. 1. Direktive.

⁸⁹ Čl. 13. Direktive.

⁹⁰ Za razliku od većine potrošačkih direktiva koje se pitanjem sprovođenja bave marginalno, a još manje sa pravnim sredstvima koje stoje na raspolaganju potrošačima, Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi daje određena uputstva za sprovođenje, ali ih postavlja dovoljno fleksibilno kako bi države članice odabrale sistem koji njima najviše odgovara. Bez obzira na slobodu koju uživaju države članice, odabrani metod treba biti efektivan, tako da zainteresovanim stranama pruža odgovarajuću pravnu zaštitu u skladu sa ciljem Direktive. Vidi: Sud EU, C-261/95, Pslmisani v. INPS, I E.C.R. 4025, 1997.

⁹¹ Građansko-pravni sistem je zastupljen, na primjer, u Njemačkoj i Austriji. Ipak, čak i u državama koje forsiraju građansko-pravni sistem provedbe, različito je riješeno pitanje da li pojedinačni potrošači i konkurentski tržišni akteri imaju pravo na podnošenje tužbe. Takvu soluciju predviđaju prava Irske i Poljske. Vidi: Izvještaj Direkcije za unutrašnju politiku pri Evropskom parlamentu, „State of play of the implementation of the provisions in the unfair commercial practices legislation“, 2010, 15. Također, Direktiva ne nameće obavezu država članica da omoguće podnošenje kolektivnih tužbi, ako takva mogućnost inače ne postoji prema nacionalnom pravu. J. P. Nehf, 317.

⁹² Npr. Engleska.

⁹³ W. H. Van Boom, 234.

⁹⁴ Javno-pravno sprovođenje Direktive bi osiguralo visok stepen nepristrasnosti i nezavisnosti, ali također dalo podsticaj za pokretanje postupaka uvijek kada se radi o nepoštenoj poslovnoj praksi, bez da pokretanje postupaka ovisi samo od privatno-pravne autonomije. Vidi: G. B. Abbamonte, 711.

Predviđanje krivičnih sankcija za pojedine oblike nepoštene poslovne prakse, iako načelno dopušteno prema Direktivi, može biti problematično zbog klauzule maksimalne harmonizacije, ukoliko nacionalni propis predviđa viši prag tolerancije od onog zastupljenog u Direktivi.⁹⁵ Dodatni problem stvara Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koja zahtijeva da su krivična djela jasno propisana zakonom, što može biti upitno u slučaju primjene generalne klauzule i ispitivanja dali je određena praksa zavaravajuća.⁹⁶

U slučaju prekogranične nepoštene poslovne prakse, pravi izazov leži u osiguravanju brze i efikasne reakcije. Iskustvo pokazuje da aktivna saradnja između organa za sprovođenje predstavlja jedan od najefikasnijih sredstava za rješavanje izazova sa kojima se ti organi susreću. Dijeljenje informacija, pomoć u istraživanju, međusobna obavještanja i koordinacija tržišnih nadzora su ključni elementi na kojima se zasniva okvir za efikasnu saradnju između nadležnih organa, neophodan za efikasnu prekograničnu zaštitu od nepoštene poslovne prakse.⁹⁷

3. Zaštita potrošača prema pravu Bosne i Hercegovine

Sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju⁹⁸ zaključeni između EU i država članica, s jedne, i država jugoistočne Evrope⁹⁹, s druge strane, obavezuju SEE države da poduzimaju mjere za postepeno usklađivanje svog pozitivnog i budućeg zakonodavstva sa pravnom tekovinom EU, te da osiguraju da takvo pravo bude na odgovarajući način implementirano i

⁹⁵ Primjera radi, ukoliko odredba iz krivičnog zakonodavstva ne sadrži obavezu ispitivanja da li je narušeno ekonomsko ponašanje potrošača, sankcionisanje poslovne prakse bez procjene efekata takve prakse može biti problematično, jer bi se potrošačima pružila veća zaštita od zaštite koju propisuje Direktiva. P. Shears, 794.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Vidi: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Enforcement of the Consumer Acquis, Evropska Komisija, Brisel 2009, 4 i 6.

⁹⁸ Tekst Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju zaključenog između EU i BIH 2008. godine, dostupan putem linka: http://www.dei.gov.ba/bih_i_eu/ssp/default.aspx?id=1172&langTag=bs-BA (pristup 10.12.2014. godine).

⁹⁹ U literaturi se često koristi skraćeniica SEE države, od engl. Izraza „South East European Countries“, Bosna i Hercegovina spada u tu skupinu.

primijenjeno¹⁰⁰, pri čemu prioritet u harmonizaciji imaju propisi EU koji se tiču unutrašnjeg tržišta i ostalih oblasti povezanih sa trgovinom. Iako navedeni Sporazum nije stupio na snagu¹⁰¹, radi uspostavljanja pravne sigurnosti i adekvatne pravne tradicije u ovoj oblasti, neophodno je izvršiti ispravnu implementaciju potrošačkih direktiva u nacionalno zakonodavstvo, kao i prakticirati tumačenje odredbi koje implementiraju relevantne direktive u skladu sa tim direktivama.¹⁰² Iako Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi nije implementirana u Zakon o zaštiti potrošača u BiH (dalje: ZZP)¹⁰³, u zakonu su sadržane odredbe čijim tumačenjem se može pružiti, makar minimalna, zaštita potrošača u slučaju nepoštenih poslovnih prakse.

Prilikom nabiranja osnovnih prava kojih se potrošač ne može odreći niti za koja može biti uskraćen, navodi se, između ostalog, pravo na informiranost, pravo na izbor i pravo na naknadu štete i kompenzaciju.¹⁰⁴ U svjetlu pobrojanih osnovnih prava treba tumačiti i relevantne odredbe ZZP, prije svega odredbe o generalnoj obavezi obavljanja trgovačke djelatnosti na pošten način koja podrazumijeva da trgovac prodaje proizvod ili pruža uslugu na način koji nije u suprotnosti sa dobrim poslovnim običajima.¹⁰⁵ Nedovoljna preciznost odredbi zahtijeva analiziranje svakog konkretnog slučaja, pa je radi pravne sigurnosti i osiguranja operabilnosti odredbe, opravdano istu tumačiti tako da ustanovljava obavezu trgovca da obavlja poslovnu praksu u skladu sa

¹⁰⁰ U pitanju je tzv. harmonizirajuća klauzula sadržana u čl. 70. Sporazuma.

¹⁰¹ Između ostalog, zbog toga što nisu izvršene potrebne izmjene Ustava BiH u skladu sa presudom Evropskog suda za ljudska prava u predmetu „Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine“ i odredbama Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

¹⁰² Vidi stav u Z. Meškić/A. Brkić, „Zaštita potrošača od nepravednih ugovornih odredbi – usklađivanje obligacionog prava BiH sa Direktivom 93/13/EEZ“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, 5/2010, 55.

¹⁰³ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 25/06.

¹⁰⁴ Čl. 2. i čl. 3. ZZP BiH.

¹⁰⁵ Ova obaveza je sadržana u čl. 7. ZZP i pored poštivanja dobrih poslovnih običaja, obuhvata obavezu trgovca da prodaje proizvode i pruža usluge svim potrošačima pod istim uslovima, kao i zabranu diskriminacije potrošača, naročito odbijanjem prodaje proizvoda koji je izložen ili na drugi način pripremljen za prodaju, odbijanjem pružanja usluga koje se mogu obaviti ili uslovljavanjem prodaje proizvoda ili pružanja usluga prodajom drugih proizvoda ili pružanjem drugih usluga.

odredbama ZZP i Zakona o obligacionim odnosima (ZOO)¹⁰⁶. U okviru ovog poglavlja zakonodavac se opredijelio za propisivanje pojedinačnih obaveza trgovca u vidu konkretnih radnji koje treba izvršiti tokom obavljanja svoje djelatnosti, zbog čega se valjano ističe da bi se te odredbe trebale premjestiti u naredno poglavlje s kojim čini materijalnu i konceptualnu cjelinu.¹⁰⁷

U praksi su uočena brojna kršenja odredbi koje uređuju način obavljanja trgovačke djelatnosti. Tako, odredbe koje se odnose na prodaju na malo, isticanje cijene, izdavanje računa, prodaju proizvoda s nedostatkom i prodaju proizvoda kojima uskoro ističe rok trajanja se svakodnevno i najgrublje krše, prelazeći okvire sporadičnih slučajeva i poprimajući obilježja nepoštene poslovne prakse.¹⁰⁸

Pored odredbi koje se tiču prodaje, odnosno nuđenja na prodaju proizvoda i usluga, u ZZP su sadržane odredbe koje zabranjuju određene vidove oglašavanja proizvoda i usluga.¹⁰⁹ Oglašavanje odnosno reklamiranje predstavlja značajan segment poslovne prakse trgovca i najraniju fazu u kojoj se utiče na svijest potrošača i formiranje odluke o kupovini proizvoda ili usluge. Pod oglašavanjem se smatra bilo kakva komunikacija u vezi sa trgovinom, poslovanjem, zanatom ili profesijom kako bi se promovirala nabavka robe ili usluga, uključujući i ponudu robe

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Izvješće o radu Institucije ombudsmana za zaštitu potrošača u Bosni i Hercegovini za 2011. godinu, 10. Dostupno putem linka: <http://www.ozp.gov.ba/sites/default/files/dokumenti/izvjescje-o-radui-ozzp-2011.pdf> (pristup 25.12.2014.).

¹⁰⁸ Najčešća kršenja se odnose na neisticanje maloprodajne cijene ili zbnjujuće isticanje (paralelno isticanje maloprodajne i velikoprodajne cijene). Također je primjetan porast trenda „salama prijevara“, koji poprima razmjere i karakter standardne poslovne politike određenih trgovaca. Uočava se naime, da je cijena naznačena na proizvodu manja za bagatelni iznos od one koja se pojavi na kasi. Zbog minimalne razlike u iznosima potrošači najčešće ne primijete prijevaru ili ako i primijete lako pristanu na novi iznos. Vidi: Izvješće o radu Institucije ombudsmana za zaštitu potrošača u Bosni i Hercegovini za 2011. godinu, 10.

¹⁰⁹ Glava VII ZZP.

ili usluga u bilo kojoj formi.¹¹⁰ S obzirom na potencijal reklamiranja da stvori impresiju kod potrošača o određenim karakteristikama proizvoda ili usluge i da na temelju te impresije potrošač formira volju za kupovinom, zakonodavac je zabranio neprimjereno, prevarno i dvosmisleno oglašavanje, određujući da se uvijek trebaju poštivati dobri poslovni običaji.¹¹¹

Odredbama o reklamiranju nisu obuhvaćene različite prodajne tehnike koje trgovci primjenjuju tokom i nakon zaključenja ugovora, a koje se mogu kvalifikovati kao nepoštena poslovna praksa. Ostaje mogućnost da se takve prakse zabrane na osnovu proklamovane obaveze obavljanja trgovačke djelatnosti na pošten način. Međutim, budući da se radi o opštoj formulaciji prijeti rizik od neujednačene prakse, jer sudovi, odnosno drugi nadležni organi procjenjuju od slučaja do slučaja da li su konkretnom poslovnom praksom povrijeđeni dobri poslovni običaji.

Kada govorimo o konkretnim mjerama i postupcima zaštite potrošača od nepoštene poslovne prakse, zakonom je predviđeno da će nadležni sud svojim aktom narediti prestanak bilo kakvog čina ili prakse koji su u suprotnosti sa odredbama ZZP ili drugih propisa, a koji štete zajedničkim interesima potrošača.¹¹² Za pokretanje postupka pred nadležnim sudom, aktivno su legitimisane institucije i udruženja određene zakonom kao nosioci zaštite potrošača, sa izuzetkom obrazovnih institucija i medija.¹¹³ U slučaju nepoštene poslovne prakse, pored pokretanja parničnog postupka zbog povreda odredbi koje se tiču oglašavanja i obavljanja trgovačke djelatnosti na pošten način, postoji

¹¹⁰ Čl. 28. ZZP.

¹¹¹ Tako npr. zabranjeno je oglašavanje koje može dovesti potrošače u zabludu, pa je nedopušteno nedolično upotrebljavati rezultate istraživanja ili navode izdvojene iz tehničkih i naučnih djela. Također, statistički podaci ne smiju biti prikazivani radi pretjerivanja ispravnosti tvrdnji u oglasnim porukama, niti se smiju upotrebljavati naučni pojmovi kako bi se oglasnim porukama neistinito pripisale naučne vrijednosti.

¹¹² Vidi čl. 120. ZZP.

¹¹³ U čl. 98. ZZP nabrojani su subjekti odgovorni za zaštitu potrošača u BiH u koje spadaju: Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa BiH, Ombudsmen za zaštitu potrošača, Vijeće za zaštitu potrošača BiH, Konkurencijsko vijeće BiH, nadležni organi entiteta i Brčko Distrikta BiH, Ured za konkurenciju i zaštitu potrošača u Federaciji BiH i Republici Srpskoj, udruženja potrošača, obrazovne institucije, inspekcijski i drugi organi u skladu sa zakonom.

moгуćnost da Ombudsmen za zaštitu potrošača izda instrukcije za prestanak provođenja aktivnosti koje su u suprotnosti sa potrošačkom legislativom.¹¹⁴ Pored toga, nadležni inspekcijski organi, vršeći nadzor nad tržištem, mogu donijeti mjere kojima se naređuje obustavljanje prodaje proizvoda sve dok se ne otklone utvrđene nepravilnosti, kao i mjere kojima se zabranjuje prodaja proizvoda u slučaju kršenja pojedinih odredbi ZZP koje se tiču isticanja cijena, rasprodaje, označavanja i razdvajanja proizvoda sa nedostacima.¹¹⁵ Iznenađuje formulacija da se mjere zabrane prodaje odnose samo na proizvode, a ne i na usluge, s obzirom da i prilikom nuđenja i pružanja usluga mogu biti povrijeđene iste odredbe ZZP. Pretpostavljamo da se radi o redakcijskoj greški i da sistemskim tumačenjem ovakvim mjerama treba obuhvatiti i pružanje usluga.¹¹⁶

Značaj predstavljenih odredbi o zaštiti potrošača od nepoštene poslovne prakse je ograničen. Sudski postupci se rijetko pokreću, preporuke i instrukcije Institucije ombudsmena za zaštitu potrošača nisu obavezujuće¹¹⁷, a inspekcijska kontrola nije zastupljena u dovoljnoj mjeri

¹¹⁴ Čl. 103. ZZP.

¹¹⁵ Čl. 117. i čl. 119. ZZP.

¹¹⁶ Na tom tragu su i zapriječene novčane kazne, bez obzira da li je propis povrijeđen u odnosu na proizvod ili uslugu. Propisane novčane kazne variraju, pa je tako u čl. 126. ZZP predviđena novčana kazna u rasponu od 2.500,00 KM do 5.500,00 KM ako trgovac prodaje proizvod, odnosno pruža uslugu na način koji je u suprotnosti sa dobrim poslovnim običajima; ako rasprodaju proizvoda ne objavi na način uobičajen u mjestu prodaje; ako se najveći procenat smanjenja cijena ne odnosi na najmanje jednu petinu vrijednosti svih proizvoda na rasprodaji i ako proizvod koji se nalazi na rasprodaji, jer mu uskoro ističe rok upotrebe nema dodatno vidljivo istaknut krajnji rok upotrebe. U slučaju da trgovac ne prodaje proizvod, odnosno ne pruža usluge svim potrošačima pod istim uslovima, kao i ako oglašavanje proizvoda i usluga nije u skladu sa odredbama ZZP, prema čl. 127. može mu se izreći novčana kazna u rasponu od 4.000,00 KM do 8.000,00 KM.

¹¹⁷ Institucija ombudsmena za zaštitu potrošača je zaprimila u toku 2011. godine 24 pritužbi u oblasti komercijalnog sektora. Žalbe iz ove oblasti čine cca. 10% u strukturi ukupno zaprimljenih žalbi. Iako po brojnosti nisu najzastupljenije karakterizira ih 100% rješivost, tj. iskustvo institucije govori da se trgovci povinuju u skladu s preporukama i odlukama Ombudsmena za zaštitu potrošača. Nažalost ovakvo afirmativno ponašanje je karakteristično samo u pojedinim slučajevima, dok se u vezi nepoštene poslovne prakse ne mogu primijetiti nikakvi pomaci. Vidi: Izvješće o radu Institucije ombudsmena za zaštitu potrošača u Bosni i Hercegovini za 2011. godinu, 10 i 11.

nit i djeluje dovoljno odvraćujuće na trgovce da prekinu sa nepoštenom poslovnom praksom. Reforma potrošačkog prava nije jedina potreba sa kojom se suočava BiH, budući da nedostatak dosljedne i adekvatne primjene ZZP s pravom dovodi do sumnjičavosti i nepovjerenja potrošača u proklamovanu zaštitu.

ZAKLJUČAK

Nepoštena poslovna praksa predstavlja rasprostranjen fenomen modernog potrošačkog života, koji mijenja potrošačke preferencije kroz narušavanje njihove sposobnosti ili slobode izbora, pa tako potrošači kupuje neželjene proizvode, pristaju na odredbe i uslove na koje inače ne bi pristali ili se opredijeljuju za proizvode koje smatraju slabijim zamjenama proizvoda koje redovno koriste. Iako Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi nije implementirana u Zakon o zaštiti potrošača u BiH, u zakonu su sadržane odredbe čijim tumačenjem se može pružiti, makar minimalna, zaštita potrošača u slučaju nepoštena poslovne prakse. Odredba o generalnoj obavezi obavljanja trgovačke djelatnosti na pošten način koji nije u suprotnosti sa dobrim poslovnim običajima predstavlja okosnicu zaštite potrošača od nepoštena poslovne prakse. Osim toga, odredbama o reklamiranju nisu obuhvaćene različite prodajne tehnike koje trgovci primjenjuju tokom i nakon zaključenja ugovora, a koje se mogu kvalifikovati kao nepoštena poslovna praksa. Ostaje mogućnost da se takve prakse zabrane na osnovu proklamovane obaveze obavljanja trgovačke djelatnosti na pošten način. Međutim, budući da se radi o opštoj formulaciji prijete rizik od neujednačene prakse, jer sudovi, odnosno drugi nadležni organi procjenjuju od slučaja do slučaja da li su konkretnom poslovnom praksom povrijeđeni dobri poslovni običaji. Značaj predstavljenih odredbi o zaštiti potrošača od nepoštena poslovne prakse je ograničen. Sudski postupci se rijetko pokreću, preporuke i instrukcije Institucije ombudsmena za zaštitu potrošača nisu obavezujuće, a inspeksijska kontrola nije zastupljena u dovoljnoj mjeri, niti djeluje dovoljno odvraćujuće na trgovce da prekinu sa nepoštenom poslovnom praksom. Ovakvo stanja samo naglašava potrebu za inoviranjem Zakona o zaštiti potrošača i usvajanje rješenja iz predmetne Direktive.

CONSUMER PROTECTION FROM UNFAIR BUSINESS PRACTICES

ABSTRACT

One of the basic problems of modern consumerism is the lack of a truly informed and conscious consent of the will in consumer contracts, which commonly occurs because of unfair business practices that traders apply not only while advertising and marketing their products, but also during and after the purchase of products or services. Although the Directive on unfair business practices is not implemented in the Consumer Protection Act in B&H, the need for changing this legislative piece becomes evident after analyzing the existing defective mechanisms for examining the unfairness of business practices. Legislators are opting for different mechanisms for consumers, but no matter which path they chose, ultimately the goal is to reduce influence and effects of unfair business practices and to achieve rational consumer behavior. This paper presents an analysis of the legal framework for consumer protection against unfair practices under EU law and the law of Bosnia and Herzegovina, with the aim of emphasizing the basic mechanisms of testing unfairness and sanctioning unfair business practices. Based on the presented analysis, the conclusion is that the amendments to the Consumer Protection Act in B&H and ensuring adequate implementation in practice is uncompromising obligation that B&H must meet in process of EU integration.

Keywords: unfair commercial practice, information, general clause, misleading and aggressive practice, black list, advertising.

IZVORNI NAUČNI RADOVI
ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

