

Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu

Izbor radova i analiza

Druga regionalna konferencija, Skoplje, 2012.

KNJIGA II

**Forum za građansko pravo
za jugoistočnu Evropu**

Izbor radova i analiza
Druga regionalna konferencija, Skoplje, 2012

KNJIGA II

CIP - Каталогизација во публикација

Национална и универзитетска библиотека "Св. Климент Охридски", Скопје

347(4-12)(062)

FORUM za građansko pravo za jugoistočnu Evropu : izbor radova i

analiza : druga regionalna konferencija, Skoplje, 2012. V. 2 /

[uređivački odbor Ardian Nuni ... и др.]. - Skoplje : Centar

SEELS-a, 2012. - 510 стр. ; 24 см

Фусноти кон текстот

ISBN 978-608-4697-04-6

1. Nuni, Ardian [уредник]

а) Граѓанско право - Југоисточна Европа - Собири

COBISS.MK-ID 92734474

**Forum za građansko pravo
za jugoistočnu Evropu**
Izbor radova i analiza
Druga regionalna konferencija, Skoplje, 2012

KNJIGA II



Izdavač:

Centar SEELS-a

Za izdavača: Prof. Dr. Goran Koevski, Manager

Uređivački odbor:

Dr. Ardian Nuni, Univezitet u Tirani, Pravni fakultet (Albanija)

Dr. Nada Dollani, Univezitet u Tirani, Pravni fakultet (Albanija)

Dr. Branko Morait, Univerzitet u Banja Luci, Pravni fakultet (Bosna i Hercegovina)

Dr. Meliha Powlakić, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet (Bosna i Hercegovina)

Dr. Tatjana Josipović, Univerzitet u Zagrebu, Pravni fakultet (Hrvatska)

Dr. Christa Jessel-Holst, Max-Planck Institut za komparativno i međunarodno privatno pravo Hamburg (Njemačka)

Dr. Thomas Meyer, GIZ Otvoreni regionalni fond za Jugoistočnu Evropu- Pravna reforma (Njemačka)

Dr. Veronika Efreмова, GIZ Otvoreni regionalni fond za Jugoistočnu Evropu- Pravna reforma (Makedonija)

Dr. Gale Galev, Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij", Skoplje, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ (Makedonija)

Dr. Arsen Janevski, Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij", Skoplje, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ (Makedonija)

Dr. Zoran Rašović, Univerzitet u Crnoj Gori, Pravni fakultet (Crna Gora)

Dr. Mihailo Velimirović, Univerzitet u Crnoj Gori, Pravni fakultet (Crna Gora)

Dr. Miodrag V. Orlić, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet (Srbija)

Dr. Slobodan Perović, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet (Srbija)

Jazična lektura i redakcija:

Ivana Teronić

Izvor finansiranja:

Pripremu i izdavanje knjige "Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza, Druga regionalna konferencija, Skoplje, 2012, Knjiga II" je finansiralo Savezno ministarstvo za ekonomsku saradnju i razvoj (BMZ) Njemačke, a realizirao *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH*, Otvoreni regionalni fond za Jugoistočnu Evropu- Pravna reforma.

Dizajn i štampa:

ARCUS Design Skoplje

Tiraž:

1500 primjeraka

Sadržaj radova u Knjizi odražava lična mišljenja, iskustva i stavove autora i ne izražava stavove i uređivačku politiku *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit -a(GIZ) GmbH*.

Sva prava pridržana. Ni jedan dio ove knjige ne može se reproducirati ili prenijeti u bilo kom obliku ili na bilo koji način, elektronski ili mehanički, uključujući fotokopiranje, snimanje ili pohranjivanje informacija i sistema, bez pismene dozvole Urednika, osim za uvrštavanje kratkih citata iz pregleda.

UVOD

Dragi čitaoc,

Forum za građansko pravo Jugoistočne Evrope su osnovali u aprilu 2009.godine istaknuti naučnici i stručnjaci iz oblasti građanskog i trgovačkog prava uz podršku *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)*, na osnovu imenovanja od strane Saveznog ministarstva za ekonomsku saradnju i razvoj Njemačke (BMZ). Jos od samog osnivanja Forum za građansko pravo prati reformske procese u zemljama Jugoistočne Evrope u sklopu evropskih integracija i provodi komparativne analize u različitim oblastima građanskog prava. Forum za građansko pravo ima za cilj da sastavlja prijedloge i mišljenja u svrhu reforme i usklađivanja nacionalnog prava u relevantnim oblastima zemalja učesnica, kao i da vrši monitoring reformskih mjera u tim zemljama iz akademske i profesionalne perspektive.

Forum za građansko pravo okuplja slijedeće članove kao istaknute stručnjake u oblasti građanskog i trgovačkog prava: Dr. Nada Dollani (Tirana), Dr. Gale Galev (Skoplje), Dr. Arsen Janevski (Skoplje), Dr. Tatjana Josipović (Zagreb), Dr. Branko Morait (Banja Luka), Dr. Ardian Nuni (Tirana), Dr. Miodrag V. Orlić (Beograd), Dr. Slobodan Perović (Beograd), Dr. Meliha Powlakić (Sarajevo), Dr. Zoran Rašović (Podgorica) and Dr. Mihailo Velimirović (Podgorica). Ovih jedanaest članova iz Jugoistočne Evrope uživaju podršku dr. Crhriste Jessel-Holst (Institut za komparativno i međunarodno privatno pravo "Max-Planck", Hambrug, Njemačka) i do 2011.god, i prof. Urlicha Drobniaga.

Ako pažljivije pogledamo listu profesora, uočićemo da Hrvatska ima samo jednog predstavnika. Profesor Petar Simonetti je do svoje tragične smrti u martu 2011.god. bio član Foruma za građansko pravo. Zbog zdravstvenih problema nije mogao učestvovati u radu Druge regionalne konferencije, ai je pripremio svoj doprinos koji imamo čast da predstavimo u ovoj knjizi. Svi članovi su se jednoglasno složili da njemu posvetimo ovu knjigu. Ne samo da je on bio jedan od najuglednijih naučnika u ovom regionu, vec je bio aktivan i kao sudac u Vrhovnom sudu Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine. Tokom posljednjeg perioda svoje karijere, profesor Simonetti je bio veoma aktivan u reformi stvarnih prava u regionu. Na primjer, učestvovao je u radu ekspertne grupe za izradu Zakona o imovinskim pravima koji treba da bude usvojen u BiH Federaciji, a u Republici Srpskoj je stupio na snagu 2010.godine. Svojim angažmanom u razvoju pravne nauke i prakse u periodu postojanja bivše Jugoslavije, ali i u novonastalim državama, profesor odražava skoriju historiju ovog regiona. Izgubili smo izvanrednog stručnjaka, vrijednog profesora i prijatelja.

Mreza pravnih fakulteta za Jugoistočnu Evropu (SEELS) je osnovana 25. marta 2011.godine obuhvativši jedanaest fakulteta iz Jugoistočne Evrope (Tirana, Sarajevo, Zenica, Zagreb, Rijeka, Split, Beograd, Nis, Kragujevac, Podgorica, Skoplje). Uspostavljanjem SEELS-a stvoren je instrument za bolje uvezivanje i jačanje regionalne saradnje pravnih fakulteta u svrhu pružanja podrške i olakšavanja procesa evropskih integracija zemalja regiona. Sa ciljem jačanja saradnje uz uzajamne prednosti i učešće u zajedničkim istraživačkim i izdavačkim aktivnostima, Forum za građansko pravo i SEELS su potpisali Memorandum o razumijevanju na Drugoj regionalnoj konferenciji koja je održana u Skoplju 11. januara 2012.god. Od tada se aktivnosti i djelovanje Foruma za građansko pravo odvija u okviru mreže SEELS-a, kao krovne organizacije.

Rezultati kontinuiranog istraživanja koje je objavio Forum za građansko pravo predstavljeni su na regionalnim konferencijama. Nakon toga su objavljeni relevantni dokumenti. Do sada su organizirane dvije regionalne konferencije, prva regionalna konferencija u Cavtatu, Hrvatska, u oktobru 2010.godine i Druga regionalna konferencija u Skoplju, Makedonija, u januaru 2012.godine.

Ovdje su predstavljeni rezultati rada i istraživanja istaknutih akademika koji su članovi Foruma za građansko pravo prvi put izloženih na Drugoj regionalnoj konferenciji za građansko pravo održanoj 11.januara 2012.godine u Skoplju.

Zbirku članaka u ovoj knjizi pripremili su članovi Foruma za građansko pravo uz podršku mnogobrojnih eksperata, akademika i mladih istraživača, članova SEELS-a. Razmatrane teme su podijeljene u **šest** poglavlja knjige:

- 1) Najnoviji razvojni procesi u oblasti građanskog prava u Jugoistočnoj Evropi;
- 2) Odgovornost za materijalne nedostatke;
- 3) Odgovornost za pravne nedostatke;
- 4) Pravni lijekovi za neispunjavanje prodajnih ugovora; šteta i kamata;
- 5) Elektronsko zaključenje ugovora;
- 6) Nekorektni ugovorni uslovi u općem ugovornom pravu.

Zbirka predstavlja rezultate rada radnih grupa izloženih u dva svezka: Svezak I je štampan na engleskom jeziku, a Svezak II na lokalnim jezicima. U svakom od Svezaka, na samom početku nalaze se radovima članova Foruma za građansko pravo koji se odnose na šest zadatih tema, dok se u Dodatku nalaze komparativne analize i izvještaji o pojedinačnim zemljama koje su pripremili mladi istraživači iz redova članstva SEELS-a.

Na kraju, GIZ-Otvoreni regionalni fond za Jugoistočnu Evropu- Pravna reforma želi da izrazi zahvalnost članovima Foruma za građansko pravo Jugoistočne Evrope i uvažanim pravnim ekspertima na njihovim doprinosu u priređivanju ove kopilacije pravnih tekstova i analiza o različitim aspektima građanskog prava. Pored toga, posebno se zahvaljujemo mladim istraživačima iz akademske zajednice Jugoistočne Evrope na njihovom doprinosu. Duboko smo uvjereni da će predmetni zbornik radova doprinijeti daljnjem akademskom istraživačkom radu i razvoju građanskog prava u Jugoistočnoj Evropi i približavanju pravu Evropske unije. Radujemo se nastavku uspješne regionalne saradnje eksperata za građansko pravo u okviru mreže SEELS u narednom periodu.

Skoplje, november 2012.god.

Dr. Thomas Meyer

Voditelj Sektorskog fonda
„Otvoreni regionalni fond
za Jugoistočnu Evropu –
Pravna reforma“ *Deutsche
Gesellschaft für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ)*

Dr. Veronika Efremova

Voditelj projekta za Mrežu
pravnih fakulteta Jugoistočne
Evrope (SEELS) u okviru
„Otvorenog regionalnog fonda
za Jugoistočnu Evropu – Pravna
reforma“ *Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit
(GIZ)*

Prof. Dr. Goran Koevski

Voditelj Centra Mreže pravnih
fakulteta Jugoistočne Evrope
(SEELS)

SADRŽAJ

<i>Thomas Meyer & Veronika Efremova & Goran Koevski</i> UVOD.....	5
<i>Petar Simonetti</i> PRIRODA PRAVA NA GRAĐEVINSKOM ZEMLJIŠTU.....	11
I - NOVI RAZVOJ U OBLASTI GRAĐANSKOG PRAVA U ZEMLJAMA JUGOISTOČNE EVROPE.....	35
<i>Slobodan Perović</i> NOVI RAZVOJ U OBLASTI GRAĐANSKOG PRAVA U ZEMLJAMA JUGOISTOČNE EVROPE.....	37
<i>Branko Morait</i> AKTUELIZACIJA SISTEMATIZOVANJA PRAVILA GRAĐANSKOG PRAVA U REGIJI JUGOISTOČNE EVROPE.....	43
II - ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE	55
<i>Meliha Povlakić</i> ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE/NESAOBRAZNOST ROBE U KUPOPRODAJNIM UGOVORIMA U ZEMLJAMA JUGOISTOČNE EVROPE U POREĐENJU SA RJEŠENJIMA EVROPSKOG PRAVA.....	57
<i>Jelena S. Perović</i> ODGOVORNOST ZA NESAOBRAZNOST ROBE PREMA KONVENCIJI UN O MEĐUNARODNOJ PRODAJI I ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE PREMA NACIONALNIM ZAKONIMA ZEMALJA REGIONA.....	73
III - ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE.....	85
<i>Arsen Janevski & Zoran Rašović</i> ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE	87
IV - PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA.....	101
<i>Gale Galev</i> PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA.....	103
V - ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA.....	135
<i>Goran Koevski</i> FINALNA KOMPARATIVNA ANALIZA ZA ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA.....	137
VI - NEPRAVIČNE UGOVORNE ODREDBE U OPĆEM UGOVORNOM PRAVU	147
NEPRAVIČNE UGOVORNE ODREDBE U OPĆEM UGOVORNOM PRAVU.....	149
SADRŽAJ	150

<i>Christa Jessel-Holst & Tatjana Josipović</i>	
I. UVOD	151
II. NACIONALNI IZVJEŠTAJI	153
<i>Nada Dollani</i>	
NEPOŠTENE UGOVORNE ODREDBE U UGOVORNOM PRAVU REPUBLIKE ALBANIJE	154
<i>Zlatan Meškić</i>	
NEPOŠTENE UGOVORNE ODREDBE U UGOVORNOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE.....	170
<i>Emilia Mišćenić</i>	
NEPOŠTENE UGOVORNE ODREDBE U UGOVORNOM PRAVU REPUBLIKE HRVATSKE.....	184
<i>Neda Zdraveva, Nenad Gavrilović & Borka Tuševska</i>	
NEPOŠTENE UGOVORNE ODREDBE U UGOVORNOM PRAVU REPUBLIKE MAKEDONIJE	201
<i>Zvezdan Čadjenić</i>	
NEPOŠTENE UGOVORNE ODREDBE U UGOVORNOM PRAVU CRNE GORE	211
<i>Marija Karanikić Mirić</i>	
NEPRAVIČNE ODREDBE U UGOVORNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE	218
III. UPOREDNA ANALIZA.....	231
<i>Nada Dollani</i>	
PRAVNA RASPRAVA O UKLJUČENJU REGULACIJE NEPOŠTENIH UGOVORNIH ODREDBI U OPŠTE UGOVORNO PRAVO U OKVIRU GRAĐANSKOG ZAKONIKA /BUDUĆEG GRAĐANSKOG ZAKONIKA/ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA.....	232
<i>Zlatan Meškić</i>	
NEPOŠTENE ODREDBE U B2B UGOVORIMA.....	236
<i>Neda Zdraveva</i>	
DEFINICIJA NEPOŠTENIH UGOVORNIH ODREDBI, LISTA, ULOGA SUDOVA	239
<i>Zvezdan Čadjenić</i>	
OCJENA NEPRAVIČNOSTI UGOVORNIH ODREDBA I ROKOVI ZA UTVRĐENJE NEVALJANOSTI	241
<i>Emilia Mišćenić</i>	
PRAVNE POSLJEDICE NEPOŠTENOSTI UGOVORNIH ODREDBA	244
ANEKSI I	
NOVI RAZVOJ U OBLASTI GRAĐANSKOG PRAVA U ZEMLJAMA JUGOISTOČNE EVROPE.....	247
<i>Darko Radić</i>	
RAZVOJ GRAĐANSKOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI.....	249

<i>Gabrijela Mihelčić & Loris Belanić</i> IZRADA GRAĐANSKOG ZAKONA	263
<i>Neda Zdraveva, Nenad Gavrilović & Marija Radevska</i> IZRADA GRAĐANSKOG ZAKONA	285
<i>Draginja Vuksanović & Velibor Korac</i> RAZVOJ GRAĐANSKOG PRAVA.....	295

ANEKSI II

ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE 301

<i>Aida Bushati (Gugu)</i> ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Albaniju.....	303
<i>Almedina Sabić</i> ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Bosnu i Hercegovinu	307
<i>Hano Ernst</i> ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Hrvatsku	333
<i>Nenad Gavrilović & Borka Tuševska</i> ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Makedoniju	347
<i>Draginja Vuksanović & Velibor Korac</i> ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Crnu Goru.....	355
<i>Milena Đorđević & Marko Jovanović</i> ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Srbiju.....	359
<i>Milena Đorđević & Marko Jovanović</i> LIABILITY FOR NON-CONFORMITY OF GOODS IN SALE CONTRACT IN SEE COUNTRIES IN COMPARISON WITH RELEVANT INTERNATIONAL INSTRUMENTS AND SOLUTIONS OF EUROPEAN LAW Nacionalni izvještaj za Srbiju.....	363

ANEKSI III

ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE..... 367

<i>Fjoralba Caka</i> ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Albaniju.....	369
<i>Romana Matanovac Vučković & Iva Kuštrak</i> ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Hrvatsku	381
<i>Nenad Gavrilović, Neda Zdraveva & Milka Rakočević</i> ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Makedoniju	395

<i>Vladimir Savković</i>	
ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE	
Nacionalni izvještaj za Crnu Goru.....	401
<i>Владимир Вулетић</i>	
ОДГОВОРНОСТИ ПРОДАВЦА ЗА ПРАВНЕ НЕДОСТАТКЕ СТВАРИ	
Национални извештај за Србију	407

ANEKSI IV

PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA 411

<i>Asim Vokši</i>	
PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA	
Nacionalni izvještaj za Albaniju.....	413
<i>Radenko Jotanović</i>	
ODGOVORNOST ZA POVREDU UGOVORA – NAKNADA ŠTETE I ZATEZNA KAMATA	
Nacionalni izvještaj za Bosnu i Hercegovinu.....	421
<i>Ana Keglević</i>	
PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA	
Nacionalni izvještaj za Hrvatsku	431
<i>Nenad Gavrilović, Borka Tuševska & Neda Zdraveva</i>	
PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA	
Nacionalni izvještaj za Makedoniju	443
<i>Draginja Vuksanović & Velibor Korać</i>	
PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA	
Nacionalni izvještaj za Crnu Goru.....	447
<i>Katarina Dolović</i>	
PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA	
Nacionalni izvještaj za Srbiju.....	451

ANEKSI V

ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA 459

<i>Jonida Rustemaj</i>	
ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA	
Nacionalni izvještaj za Albaniju.....	461
<i>Marko Bevanda & Maja Čolaković</i>	
ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA	
Nacionalni izvještaj za Bosnu i Hercegovinu.....	473
<i>Ana Keglević & Ivana Kanceljak</i>	
ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA	
Nacionalni izvještaj za Hrvatsku	481
<i>Irena Arnaudovska & Darko Spasevski</i>	
ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA	
Nacionalni izvještaj za Makedoniju	495
<i>Vladimir Savković</i>	
ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA	
Nacionalni izvještaj za Crnu Goru.....	505

U sjećanju na

Prof. Dr. sc. Petar Simonetti

redovni profesor građanskog prava u mirovini iz Rijeke,
ulica Ivana Meštrovića 30, Republika Hrvatska

PRIRODA PRAVA NA GRAĐEVINSKOM ZEMLJIŠTU

UVOD

U ovom radu raspravlja se o različitim pravnim ustanovama prava imati vlastitu zgradu ili drugu samostalnu trajnu građevinu na zemljištu u društvenom vlasništvu i na zemljištu u privatnom vlasništvu; konstituiranju, trajanju i prestanku (ex lege) prava koja razdvajaju zgradu ili drugu trajnu građevinu od zemljišta, o trajanju i prestanku tih prava a posebno o njihovoj pravoj prirodi. Posebno se skreće pozornost na povijesnu i suvremenu komparaciju tih prava. Svrha ove komparacije je traženje odgovora na pitanje da li se moglo uspostaviti pravo vlasništva i pravno jedinstvo zemljišne zgrade pretvorbom trajnog prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu u pravo građenja kao i pretvorbom prava korištenja radi građenja u pravo građenja.

1. Općenito o prirodi prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu

Sva prava korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu karakterizirala je jedna zajednička odlika: njihovo esencijalno ovlaštenje bilo je pravo prisvajanja prirodnih svojstava građevinskog zemljišta u skladu s pravnom i prostornom namjenom zemljišta i s društvenim interesom, koji je bio utvrđen i zaštićen urbanističkim pravnim režimom. Budući da je gradska renta pripadala općini, kako je to bilo određeno Ustavom SRBiH¹ (čl.91.) i ZGZ-om SRBiH iz 1986. (čl.8.), odnosno Ustavom SRH² imatelji prava korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu nisu bili ovlašteni prisvajati je po bilo kojem pravnom temelju. Upravo zbog toga je bio isključen promet neizgrađenog građevinskog zemljišta ili je bio tako ograničen između najbližih srodnika i bračnih drugova, da je bilo praktički onemogućeno individualno prisvajanje gradske rente u pravnom prometu. Gradska renta se, dakako mogla prisvajati i u prometu izgrađenog građevinskog zemljišta, prijenosom trajnog prava korištenja na zemljište s prijenosom prava vlasništva na zgradu, ali je taj promet bio neizbježna posljedica slobode raspolaganja pravom vlasništva na građevinskom objektu, odnosno, iako djelomično ograničene i slobode raspolaganja građevinskim objektima u društvenom vlasništvu na koje su društvenopravne osobe imale pravo raspolaganja. U tom slučaju se moglo spriječiti prisvajanje gradske rente samo pomoću efikasnih (poreznih) pravnih instrumenata, posebno porezom na promet prava na nekretninama. Obrada tema osnova i oblika oporezivanja gradske rente prelazi granice ovoga rada.

Osobitosti prava korištenja radi građenja i trajnog prava korištenja jasnije će se sagledati ako se usporede s analognim pravima u vlasničkopравnim sustavima. Kako bi se moglo što uspješnije primijeniti ovaj komparativni postupak, nužno je najprije istaknuti međusobne razlike ova dva prava na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu i njihova samosvojna obilježja.

¹ Ustav Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine, Sl. list SR BiH, br. 4/74, ispr. 10/74.

² Čl. Ustava Socijalističke Republike Hrvatske NN i čl. Zakon o građevinskom zemljištu SRH.

2. Razlike između prava korištenja radi građenja i trajnog prava korištenja

Pravo korištenja radi građenja ovlašćivalo je titulara da na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu podigne građevinski objekt predviđen u aktu o dodjeli zemljišta, odnosno u ugovoru o uređenju toga prava i s njim povezanih obveza, uz odobrenje za građenje (građevna dozvola), kojim su određeni modaliteti i uvjeti za vršenje prava korištenja radi građenja³. Pravo korištenja radi građenja gasilo se s izgradnjom predviđenog građevinskog objekta, kada bi nastalo trajno pravo korištenja, koje pravno razdvaja građevinski objekt i zemljište. Pravo korištenja radi građenja nije oživljavalo s razaranjem ili uklanjanjem građevinskog objekta, osim kada je to izričito bilo propisano ili kada bi zakon davao prvenstveno pravo vlasniku zgrade da na istom zemljištu izgradi drugu zgradu (čl. 43. ZGZ-a iz 1986.)⁴ u skladu s odgovarajućim prostornim planom ili drugim aktom urbanističkog uređenja.

Trajno pravo korištenja, koje je pravno razdvajalo zgradu od zemljišta u društvenom vlasništvu, u načelu nije se moglo steći građenjem na originaran način, bez prava korištenja radi građenja i građevinske dozvole. Na drugom je mjestu utvrđeno da je za stjecanje trajnog prava korištenja bilo neophodno odobrenje za građenje koje je davao nadležni organ,⁵ ali se to odobrenje moglo dati samo nositelju prava korištenja radi građenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu.⁶ Građevinski objekt izgrađen bez odobrenja za građenje imao je inače privremeni karakter, a privremeni građevinski objekti su samostalne stvari, samostalni objekti prava vlasništva (raspolaganja), oni nisu bili sastavni dio zemljišta iako ih nije odvajalo od zemljišta trajno pravo korištenja. Trajno pravo korištenja, naprotiv od zemljišta je razdvajalo samo trajni građevinski objekt, a da bi građevinski objekt imao to svojstvo nije dovoljno da je izgrađen s namjerom da ostane na mjestu gdje je podignut i da je s obzirom na njegovu namjenu objektivno trajan, nego se osim toga tražilo još i da je izgrađen uz odobrenje za građenje. To znači da se naknadnom legalizacijom bespravno izgrađenog građevinskog objekta na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu osnivalo i trajno pravo korištenja. Prema tomu, legalizacija bespravne izgradnje sadržavala je dva akta: naknadno odobrenje (građevna dozvola) i konstituiranje trajnog prava korištenja. Ali je i samo naknadno odobrenje za gradnju implicitno sadržavalo akt o osnivanju trajnog prava korištenja po samom zakonu, jer je legalizirani objekt trajan, ako nije izgrađen s namjerom da bude uklonjen i ako je namijenjen za trajnu svrhu, a trajne objekte po zakonu odvajalo od zemljišta u društvenom vlasništvu samo trajno pravo korištenja.

Pravo korištenja radi građenja razlikovalo se od trajnog prava korištenja ne samo po sadržaju, svrsi, načinu osnivanja, razlozima i načinu prestanka, nego i po svojoj pravnoj prirodi. Pravo korištenja radi građenja bilo je samostalno pravo: ono je u načelu bilo, strogo osobno pravo, jer se nije moglo otuđiti, naslijediti ili opteretiti; moglo se prenijeti samo na određene kategorije fizičkih osoba: bračnog druga i bliske srodnike koje su izričito bile zakonom određene a na druge osobe po ZGZ-u SR BiH, samo u slučaju da je izveden pretežan dio radova na izgradnji zgrade uz odobrenje za građenje. Naprotiv, trajno pravo korištenja bilo je vezano uz pravo vlasništva na zgradu i u pravnom prometu dijelilo je pravnu sudbinu prava vlasništva na zgradu. S otuđenjem, opterećenjem ili nasljeđivanjem prava vlasništva na građevinskom objektu otuđivalo se, opterećivalo ili nasljeđivalo i trajno pravo korištenja koje je razdvajalo taj objekt od zemljišta. Trajno pravo korištenja postojalo je sve dotle dok je postojala trajna zgrada i ono se gasilo po sili zakona s uklanjanjem ili razaranjem zgrade (čl. 12. st. 1. ZOVO-a), ako zakon nije propisivao što drugo. Objekt prava korištenja

³ Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945-2007), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008, str.

⁴ P. Simonetti, Pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, Informator, Zagreb, 1985; str.203.-207.

⁵ Simonetti, P., Građenje na tuđem zemljištu, Svjetlost, Sarajevo, 1982., op. cit., str. 56.-63.

⁶ Čl. 187. alineja 3. ZPU SRBiH, Sl.list SRBiH 13/74 i 21/81; čl.238.precišćenog teksta i analogni propisi u socijalističkim republikama i socijalističkim autonomnim pokrajinama.

radi građenja bilo je neizgrađeno građevinsko zemljište u društvenom vlasništvu, tj. ona površina zemljišta koja je prostornim planom ili drugim aktom prostornog uređenja namijenjena za izgradnju određenog građevinskog objekta – to je građevna čestica⁷. Naprotiv, objekt trajnog prava korištenja bilo je izgrađeno građevinsko zemljište, tj. ona površina zemljišta koju je pokrивao građevinski objekt, kao i površina zemljišta koja služi za redovnu uporabu građevinskog objekta (čl. 12. st. 1. ZO-VO-a⁸). Dakle, iako se površina građevinskog zemljišta kao objekt i jednog i drugog prava u načelu podudarala, razlika je postojala, jer su prava na izgrađeno i neizgrađeno građevinsko zemljište bila podvrgnuta različitim ograničenjima. Iako je trajno pravo korištenja bilo vezano uz pravo vlasništva (raspolaganja) zgrade u društvenom vlasništvu na građevinskom objektu, ta su dva prava imala posve različite objekte. Objekt prava vlasništva (raspolaganja) bila je zgrada ili drugi građevinski objekt, odvojen od zemljišta, a objekt trajnog prava korištenja bila je građevna čestica na kojoj je postojala trajna zgrada ili drugi građevinski objekt pravno odvojen od zemljišta. Ovaj "paradoks", da su dva prava koja su imala različite objekte sačinjavali pravno jedinstvo, bio je posljedica pravnog svojstva, odnosno funkcije trajnog prava korištenja, koje je poput kakvog pravnog katalizatora savršeno odvajalo zemljište i trajni građevinski objekt kao dvije sasvim samostalne nekretnine. Zemljište ostaje u društvenom vlasništvu, a zgrada je objekt prava vlasništva ili ako je bila u društvenom vlasništvu, zahvaljujući trajnom pravu korištenja ulazila je u skup sredstava nositelja trajnog prava korištenja, određene društvenopravne osobe kao objekt njenog prava raspolaganja. Ovaj naziv, određen Zakonom o vlasništvu na zgradama i na posebnim dijelovima zgrade, (1959), ostao je do pretvorbe u društveno vlasništvo. Zemljište je bilo izvan prometa, a građevinski objekt s trajnim pravom korištenja – u prometu.(čl. 2. st.3. i čl.5. ZPZZ (Zakon o prometu zemljišta i zgrada iz 1954).⁹

Kada se kaže da je trajno pravo korištenja bilo vezano uz pravo vlasništva (raspolaganja) na građevinskom objektu, time se naglašava samo to da je bilo nemoguće zamisliti odvojeno pravo vlasništva (raspolaganja) na trajnom građevinskom objektu postojećem na zemljištu u društvenom vlasništvu bez trajnog prava korištenja. Nikako se ne tvrdi da su to bila dva identična prava ili da je trajno pravo korištenja bilo ovlaštenje prava vlasništva (raspolaganja) na građevinskom objektu. Upravo činjenica što su ta dva prava imala različite objekte i što je trajno pravo korištenja neutraliziralo atrakcijsku pravnu snagu zemljišta, pokazuje da se radilo o dva raznorodna prava, ali koja su stajala u takvom međusobnom koneksitetu da su predstavljala jedan neraskidivi tandem, pa se u tom smislu kaže da je trajno pravo korištenja vezano uz pravo vlasništva (raspolaganja) na građevinskom objektu.

Doduše, kada se pravo vlasništva (raspolaganja) na građevinskom objektu promatra statički, tada se trajno pravo korištenja prikazuje kao pretpostavka toga prava. No, budući da je u pravnom prometu trajno pravo korištenja dijelilo pravnu sudbinu prava vlasništva (raspolaganja) na građevinskom objektu kao njegov nužni pratitelj, razlog je da se vezu između tih dvaju prava označava kao neraskidivo pravno jedinstvo koje je trajalo od trenutka zasnivanja prava vlasništva (raspolaganja) na građevinskom objektu, odnosno od njegovog odvajanja od zemljišta do propasti toga objekta. Nije postojalo pravo vlasništva (raspolaganja) na trajnom građevinskom objektu kao samostalne nekretnine bez trajnog prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom

⁷ Građevinska parcela mora imati neposredni pristup s javno prometne površine te površinu i oblik koji omogućuje izgradnju i korištenje te parcele.

⁸ Tako i čl. 37. Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta i čl. 7. st. 2. Uredbe o prodaji stambenih zgrada iz općenarodne imovine Sl. list SFRJ 17/53. od 22. travnja 1953. te čl. 6. st. 2. ZPZZ.

⁹ Sl. list FNRJ 26/54.

vlasništvu. Ta dva prava su se odnosila jedno prema drugome kao dva usporedna prava, a ne kao glavno i sporedno: ona su se kretala u pravnom prometu u neraskidivoj pravnoj vezi.¹⁰

U pravnoj literaturi često se izjednačavalo pravo korištenja radi građenja i trajno pravo korištenja.¹¹ Tome je pridonio i zajednički zakonski termin za oba prava – pravo korištenja, a mnogo više činjenica što se nije razgraničavao, dosljedno, različiti sadržaj i pravna priroda tih dvaju prava. Osim toga, u pravnoj znanosti postoji predodžba o pravu građenja iz austrijskog i njemačkog prava, koja se bitno razlikuju od prava korištenja radi građenja i trajnog prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu.

U nastavku se izlaganje ograničava na ta dva prava osobito zbog toga što je pravna ustanova prava građenja (čl. 286. – 302. ZSP RS¹², odnosno, čl. 300.-316. Nacrta FBiH¹³), kao i u Republici Hrvatskoj (čl.280.-296. ZV-a)¹⁴, uređena prema ustanovi austrijskog Baurechta¹⁵ – prava građenja, koja je u bitnom slična njemačkoj ustanovi Erbbaurechta – nasljednog prava građenja.¹⁶

3. Usporedba prava korištenja radi građenja i trajnog prava korištenja s pravom građenja u privatno vlasničkim sustavima

3.1. Njemačko, austrijsko, hrvatsko i bosansko pravo građenja

Njemačko nasljedno pravo građenja i austrijsko pravo građenja (koja se zbog njihove gotovo potpune podudarnosti pravne prirode u ovoj raspravi nazivaju zajedničkim terminom: pravo građenja), iako su stvarna prava na nečijem zemljištu, istovremeno su u pravnom pogledu i samostalne netjelesne stvari – nekretnine,¹⁷ pa je građevinski objekt njihova pripadnost tj., priraštaj Zuwacks po austrijskom pravu, odnosno bitni sastavni dio po njemačkoj terminologiji. Kako egzistencija glavne stvari ne zavisi od njene pripadnosti - priraštaja, tako ni egzistencija prava građenja (glavna stvar) ne zavisi od egzistencije građevinskog objekta (priraštaj), već baš obrnuto, egzistencija priraštaja – pravne samostalnosti građevinskog objekta – zavisi od egzistencije prava građenja. Ako nije što drugo određeno u aktu o konstituiranju prava građenja, kada se sruši ili razori građevinski objekt, ne gasi se pravo građenja, već njegov nositelj može na toj građevinskoj čestici podignuti drugi građevinski objekt kakav je određen u aktu o konstituiranju prava građenja. Naprotiv, ako prestane pravo građenja, u pravilu zbog proteka vremena ili ispunjenjem raskidnog uvjeta, prestaje i pravo vlasništva nositelja prava građenja na građevinskom objektu koji po osnovi priraštaja prelazi u vlasništvo vlasnika zemljišta (zemljište pravno privlači građevinski objekt). U trenutku prestanka

¹⁰ U tom smislu Upravni sud Republike Hrvatske prosuđuje da korisnik eksproprijacije stječe pravo korištenja zemljišta za "izgradnju odnosno izvođenje radova radi kojih je izvršena eksproprijacija te nema potrebe posebnog dodjeljivanja zemljišta na kojem se nalazi ekspropirana zgrada" (Us 2423/90, od 3. listopada 1990.).

¹¹ Rajačić, Č., stvarno pravo- predavanje Zagreb, 1956., str. 378.; Spaić, V., Građansko pravo..., op. cit., str. 672.; Pop-Georgijev, D., Razvitok na pravoto na korištenje..., op. cit., str. 203.; Stojanović, D., Stvarno pravo..., op. cit., str. 232.-233.; Legradić, R., Teorija stvarnog prava i stvarno pravo FNJR, Skopje, 1957., str. 190.-192.; Božović, S., Eksproprijacija..., op. cit., str. 35.; Šijakova, M., Pravoto na korištenje kako stvarno pravna kategorija, Pravna misla, Skopje, br. 3, 1970., str. 60.-67.

¹² Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, Sl. glasnik RS 124/2008 i 58/09.

¹³ Radni nacrt Zakona o stvarnim pravima FBiH (skraćeno Nacrt ZSP FBiH) objavljen je u Zborniku radova IV. Međunarodno savjetovanje iz građanskog i trgovačkog zakonodavstva i prakse, Neum, lipanj 2006. Izd. Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru i Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Mostar, 2006.

¹⁴ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 141/08, 38/09, 153/09.

¹⁵ Gesetz vom 26. 4. 1912. RGBl 86 betreffend das Baurecht (Baurechtsgesetz - Bau RG) idF der BG 30. 6. 1977. BGBl 403 und 25. 4. 1990. BGBl 258 (Auszug: §§ 1 bis 14, 20).

¹⁶ Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 (RGBl S 72, 122/ BGBl III 403-6), zuletzt geändert durch Art 2 § 1 Gesetz vom 21. 9. 1994. (BGBl I 2457).

¹⁷ U njemačkom i austrijskom pravu i u pravoj znanosti ovo stvarno pravo se smatra netjelesnom stvari ili otjelovljenim pravom.

prava korištenja radi građenja, građevinski objekt po sili zakona postaje priraštaj zemljišta: tko je u tom trenutku vlasnik zemljišta, taj postaje vlasnikom i građevinskog objekta. Ako zemljište ostaje u društvenom vlasništvu prestankom trajnog prava korištenja dosadašnjeg nositelja konstituira se trajno pravo korištenja novog vlasnika (nositelja prava raspolaganja) građevinskog objekta.

Kada ne bi postojala pojmovna konstrukcija netjelesna stvar (pravo koje se otjelovljuje), bilo bi nemoguće zamisliti da je građevinski objekt priraštaj prava građenja. S obzirom na to da je pravo građenja „drugo zemljište“ u pravnom smislu, tj. „glavna stvar“, zgrada je „priraštaj“ ili bitni sastavni dio „glavne stvari“ kako se izražava njemačko pravo.

Hrvatsko i bosansko (bosanskih entiteta) pravo građenja ima, također, dvostruko pravno svojstvo. Ono je istovremeno ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu i samostalna nekretnina «u pravnom pogledu», zgrada koja je na njemu izgrađena ili koja bude izgrađena na zemljištu koje bude opterećeno pravom građenja» njegova je pripadnost «kao da je ono zemljište»¹⁸.

Pravo građenja je, dakle, «glavna stvar», a zgrada je njegova pripadnost «accessorium». Prema tome pravo građenja ukidajući privlačnu pravnu snagu zemljišta, samo preuzima ulogu zemljišta. To znači da pravo građenja ne ukida načelo superficies solo cedit jer ono dolazi na mjesto zemljišta: ono pravno privlači zgradu jednako kao i zemljište koje nije njime opterećeno. Pravo građenja i zgrada čine jedinstvenu nekretninu, jedan pravni monolit. Pravna veza između prava građenja i zgrade čvršća je od prave veze između zemljišta i zgrade, jer dok se zemljište i zgrada razdvajaju ili mogu razdvojiti pravom građenja, nema prava koje bi moglo razdvojiti pravo građenja i zgradu u cjelini. Postoji samo jedna iznimka, ali se ne odnosi na zgradu u cjelini već samo na dio zgrade koji prelazi na susjedno zemljište. U slučaju prekoračenja granice građenjem konstituira se pravo stvarne služnosti koje odvaja taj dio zgrade i od susjednog zemljišta opterećenog pravom građenja u korist druge osobe (čl. 155. st.2. i 157. ZV-a ; čl.162. st.1. i 163. ZSP RS).

3.2. Trajno pravo korištenja

Trajno pravo korištenja, međutim, nije postojalo nezavisno od građevinskog objekta već, kao što je navedeno, nastalo je s pravnim razdvajanjem građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu i građevinskog objekta ili s izgradnjom građevinskog objekta na temelju prava korištenja radi građenja i uz odobrenje za građenje. Budući da propast priraštaja ne povlači za sobom propast glavne stvari, a da je s propašću ili uklanjanjem građevinskog objekta prestajalo trajno pravo korištenja, ovo pravo se nije moglo smatrati glavnom stvari kao što se smatra pravo građenja po austrijskom i njemačkom pravu, sve i kada bi se tretiralo kao otjelovljeno pravo. Trajno pravo korištenja nije se moglo tretirati kao otjelovljeno pravo upravo zbog toga što nije preuzimalo ulogu prava vlasništva na zemljištu koje preuzima u njemačkom i austrijskom pravu – „jurističko zemljište“¹⁹, tj. pravo građenja.

Na drugom je mjestu zaključeno da trajno pravo korištenja nije moglo trajati duže od građevinskog objekta - i to je bilo pravilo bez izuzetka niti je prestajalo prije razaranja ili uklanjanja građevinskog objekta - i to je bilo pravilo s izuzetkom. Trajno pravo korištenja prestalo bi, naime kada bi fizički propala građevna čestica, npr. uslijed potapanja odrona itd., a propast građevne

¹⁸ Čl. 280. ZV-a, čl. 286. ZSP RS; čl. 74. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH, Sl. Glasnik BD BiH 11/01,8/03,40/04.; čl. 300 Nacrta FBiH. Radni nacrt Zakona o stvarnim pravima FBiH skraćeno Nacrt ZSP FBiH) objavljen je u Zborniku radova IV. Međunarodno savjetovanje iz građanskog i trgovačkog zakonodavstva i prakse, Neum, lipanj 2006. Izd. Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru i Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Mostar, 2006.

¹⁹ U našoj pravnoj znanosti bilo je izraženo mišljenje da je pravo vlasništva na građevinskom objektu sastavni dio prava korištenja radi građenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, Vedriš, M., Osnove imovinskog prava, op. cit., str. 207., jer nije uočena temeljna razlika između trajnog prava korištenja i austrijskog prava građenja (Baurecht), odnosno njemačkog nasljednog prava građenja (Erbbaurecht).

čestice povlačila je neminovno i fizičku propast građevinskog objekta. Građevna čestica mogla je propasti bilo zbog faktičnih promjena (klizanje ili slijeganje zemljišta, odron zemljišta i slično) ili zbog pravnih promjena (revizija provedbenog plana ili drugog akta urbanističke regulative). U prvom slučaju, nadležni organ uprave nalagao je uklanjanje građevinskog objekta, koji je bio u ruševnom stanju, radi sigurnosti, a u drugom slučaju zbog toga što izmjenom provedbenog plana ili drugog akta urbanističke regulative, koja bi uslijedila u općem interesu, na tom zemljištu ne bi mogao više stajati postojeći građevinski objekt. U tom se slučaju donosilo rješenje o uklanjanju građevinskog objekta uz odgovarajuću naknadu. Trajno pravo korištenja prestalo bi kada postane pravomoćno rješenje o uklanjanju građevinskog objekta. Nakon toga – do rušenja – građevinski objekt se zadržao na zemljištu kao privremeni građevinski objekt, a takvi su objekti bili autonomni objekti prava vlasništva (raspolaganja), iako ih nije rastavljalo od zemljišta trajno pravo korištenja jer su zbog gubitka svojstva trajnosti bili pravno odvojeni od zemljišta po zakonu bez trajnog prava korištenja.²⁰ Trajno pravo korištenja, kako je naprijed zaključeno, konstituiralo se samo za trajne građevinske objekte izgrađene u skladu sa zakonom (čl. 12. st. 1. ZOVO-a). Međutim, ako je građevinski objekt koji je izgubio svojstvo trajnosti, bio upisan u zemljišne knjige, a iz zemljišne knjige se nije mogla vidjeti ta promjena, načelo zaštite povjerenja u zemljišne knjige štiti svaku osobu koja se na nju oslanja u dobroj vjeri. Zato se pokretanje postupka iz bilo kojeg razloga (izvlaštenje, rješenje o rušenju zbog ugrožavanja sigurnosti ljudi i imovine...) može se završiti donošenjem rješenja o uklanjanju objekta mora zabilježiti u zemljišnu knjigu. U tom slučaju se nitko ne može pozivati na trajnost građevinskog objekta.

3.3. Pravo građenja u RS i FBiH *de lege ferenda*

Kako je naprijed navedeno, pravna ustanova prava građenja uređena je Zakonom o stvarnim pravima Republike Srpske (čl. 286. – 302.), odnosno Nacrtom ZSP-a FBiH (čl. 300. – 316.) po uzoru na austrijsku ustanovu pravo građenja (Baurecht) i njoj sličnu ustanovu njemačkog nasljednog prava građenja (Erbbauerecht). Pravo građenja je stvarno pravo na nečijem zemljištu koje ovlašćuje svog nositelja da na površini zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu, a svagdašnji vlasnik zemljišta dužan je to trpjeti (čl. 286. st. 1., odnosno 301. st. 1.). Istovremeno, pravo građenja je u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom (čl. 286. st. 2., odnosno čl. 300. st. 2.). Zato je zgrada koju od zemljišta odvaja pravo građenja njegova pripadnost kao da je ono zemljište (čl. 286. st. 3., odnosno čl. 300. st. 3.). Zgrada je pravno odvojena od zemljišta i s pravom građenja čini samostalnu nekretninu, bilo da je izgrađena na pravu građenja, bilo da je nakon izgradnje njime odvojena od zemljišta. Postojeća zgrada se, dakle odvaja od zemljišta konstituiranjem prava građenja. Zgrada se ne može odvojiti od prava građenja ni po jednom pravnom osnovu, pa se zajedno s njime prenosi na drugu osobu, nasljeđuje i opterećuje (čl. 291. st. 3., odnosno čl. 305. st. 3.). Pravo građenja je u pravnom prometu, kako prije, tako i nakon izgradnje zgrade. Ono nije vremenski ograničeno zakonom, ali se može ograničiti pravnim poslom o osnivanju prava građenja ili preinaci njegova sadržaja – rokom ili uvjetom (čl. 298., odnosno čl. 312.). Nositelj prava građenja je vlasnik zgrade, a glede zemljišta, koje je opterećeno pravom građenja ima ovlasti i dužnosti "plodoužitelja" (čl. 287. st. 1., odnosno čl. 301. st. 1.).²¹ "Pravo građenja se ne može odvojiti od zemljišta koje opterećuje, pa tko po bilo kojem pravnom osnovu stekne pravo vlasništva opterećenog zemljišta, stekao je i zemljište opterećeno pravom građenja, ako zakonom nije drugačije određeno" (čl. 303.).

²⁰ U kontekstu ustanove prava građenja (korištenja radi građenja) ZGZ je predviđao prestanak prava građenja uslijed promjene provedbenog plana (čl. 53. st. 2.). Time međutim bila je isključena mogućnost gubitka trajnog prava korištenja koje je pripadalo vlasniku zgrade legalno izgrađene, osim u slučaju ako bi postojao razlog za eksproprijaciju.

²¹ Šire o tomu, Simonetti, P., Pretpostavke, funkcije i pravna priroda prava građenja, ZPFR, vol. 19, br. 2., 1998.; isti: Osnivanje prava građenja, ZPFR, vol. 20, br. 2., 1999. Ustanova prava građenja i srodnih prava u hrvatskom pravu obrađuje se u drugoj knjizi.

3.4. Pravo građenja u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine

Pravo građenja u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine uređeno je Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Distrikta – u nastavku ZV BD²² (čl.74.-90.), također po uzoru na austrijsko i njemačko pravo. Prema tome i po ZV BD je pravo građenja «u pravnom pogledu izjednačeno sa nekretninom» (čl. 74. st. 2.).²³ Slijedom toga zgrada je priraštaj prava građenja, kao da je ono zemljište, a pravno je odvojena od zemljišta koje je opterećeno pravom građenja. Iako nositelj prava građenja ima «prava i dužnosti plodouživaoca», on je vlasnik zgrade izgrađene na pravu građenja ili njime odvojene postojeće zgrade od zemljišta (čl. 75. st. 1.). Zgrada na površini ili ispod površine zemljišta s pravom građenja je samostalna nekretnina, posve pravno odvojena od zemljišta (čl. 74. st. 1.). S druge strane, pravo građenja se ne može odvojiti od zemljišta koje opterećuje. To znači da je pravo građenja istovremeno stvarno pravo na nečijem zemljištu: tuđem ili vlastitom zemljištu (čl.77. i 78.st.2.). Ni zgrada se ne može pravno odvojiti od prava građenja (čl. 79. st. 3.), kao ni pravo građenja od zemljišta. Pravo građenja je u pravnom prometu «ako nije drugačije određeno» (čl. 79. st. 1.), pa se prenosi, nasljeđuje i opterećuje zajedno sa zgradom. «Suprotne odredbe ugovora su ništave» (čl. 79. st. 3.). Pravo građenja može se opteretiti služnostima, stvarnim teretima i založnim pravom (čl. 79. st. 2.).

4. Usporedba sa superficijarnim pravom

Pravo korištenja radi građenja i trajno pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu korjenito su se razlikovala i od talijanskog superficijarnog prava (*diritto di superficie*)²⁴. Prije svega, superficijarno pravo je u pravnom prometu i po izričitoj zakonskoj odredbi može se hipotekarno založiti (čl. 2810. st. 1. toč. 3. i 2816. Codice civile). Superficijarno pravo neutralizira atrakcijsku snagu zemljišta, ali za razliku od austrijskog i njemačkog prava građenja ne preuzima ulogu zemljišta pa građevinski objekt nije priraštaj toga prava, kao ni zemljišta, nego potpuno samostalna nekretnina. Na izgrađenom zemljištu, dakle superficijarno pravo služi samo za razlaganje pravnog jedinstva zemljišta i zgrade. Zato se kod superficijarnog prava moraju razlikovati dva ovlaštenja: pravo građenja (*diritto di costruire*) i pravo držanja vlastite zgrade na tuđem zemljištu (*diritto di mantenere la costruzione sul suolo altrui*). Ovo je drugo ovlaštenje temeljno i stalno, dok ono prvo ne mora postojati kada je građevinski objekt već podignut. Ako ipak postoji, onda je to pravo ponovnog građenja (*diritto di ricostruire*), u stanju mirovanja (*in stato di quiscenza*) do ispunjenja odložnog uvjeta. Međutim, superficijarno pravo na neizgrađenom građevinskom zemljištu uvijek sadržava oba ovlaštenja: prvo ovlaštenje je aktualno, jer daje pravo titularu izgraditi zgradu na tuđem zemljištu, a ono drugo je virtualno – sve dok se ne izgradi zgrada koju pravno razdvaja od zemljišta.

Ovdje se nameće jedna usporedba: dva ovlaštenja superficijarnog prava na prvi pogled korespondiraju dvjema različitim subjektivnim pravima na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu: pravu korištenja radi građenja i trajnom pravu korištenja. Razlika je bitna jer je pravo korištenja radi građenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu bilo strogo osobno pravo, a superficijarno pravo je u pravnom prometu. Upravo zbog toga što je superficijarno pravo u pravnom prometu, kako prije izgradnje tako i nakon izgradnje, postoji jedinstveno pravo s dva različita ovlaštenja. Naprotiv, razdvajanje prava korištenja radi građenja od trajnog prava korištenja bila je nužna posljedica činjenice što je ono prvo pravo bilo izvan prometa, a ono drugo, kao i pravo

²² Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH 11/01, 8/03, 40/04.

²³ Povlakić, M., Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2009., str. 162-165.

²⁴ Ustanova talijanskog superficijarnog prava «Della superficie» uređuje Codice civile (čl. 952. – 956.), Knjiga treća na snazi je od 28. listopada 1941.

vlasništva (raspolaganja) zgrade, u prometu. Osim toga, superficijarno pravo (pravo držanja vlastite zgrade na tuđem zemljištu), za razliku od trajnog prava korištenja potpuno je samostalno pravo. Niti je ono priraštaj ili sastavni dio prava vlasništva građevinskog objekta, niti je pravo vlasništva na građevinskom objektu njegov sastavni dio ili priraštaj. Zato superficijarno pravo postoji nezavisno od građevinskog objekta. Ono ne prestaje s uklanjanjem ili rušenjem građevinskog objekta, osim ako je u konstitutivnom aktu isključeno ponovno pravo građenja, odnosno prema drugom shvaćanju, ako nije izričito ustanovljeno ponovno pravo građenja (*diritto di ricostruire*).^{25, 26}

Nasuprot tomu, s uklanjanjem ili s rušenjem građevinskog objekta gasilo se trajno pravo korištenja, ali je vlasnik uklonjene zgrade, pod određenim zakonskim pretpostavkama, imao prvenstveno prava korištenja radi građenja, odnosno pravo ponovnog građenja, koje se, zapravo nije razlikovalo od prvenstvenog prava korištenja radi građenja, jer je prvenstveno pravo korištenja radi građenja samo preobražajno pravo.

5. Bitna razlika između prava korištenja radi građenja, superficijarnog prava i prava građenja

Hrvatsko, austrijsko i njemačko pravo građenja, kao i pravo građenja RS i BD, i superficijarno pravo (talijansko, španjolsko, francusko itd.) su stvarna prava na nečijem zemljištu. Ona ograničavaju pravo vlasništva svakodobnog vlasnika zemljišta. Vlasnik zemljišta pristaje na ovo ograničenje, najčešće uz odgovarajuću naknadu koja se plaća, u pravilu u godišnjim obrocima, da bi po proteku vremena za koje je to pravo konstituirano stekao pravo na građevinskom objektu uz odgovarajuću naknadu ili bez naknade, ako nije ugovoreno da ga ukloni nositelj prava građenja (superficijarnog prava). Prema tomu, vlasnik zemljišta kompenzira ograničenje svoga prava najčešće periodičnom novčanom naknadom i eventualnim stjecanjem prava vlasništva na određenom objektu po proteku određenog vremena (bilo uz naknadu ili bez naknade). Njegov interes se realizira, u pravilu, pribavljanjem očekivane imovinske koristi, ali i onda kada konstituira pravo građenja (superficijarno pravo), bez naknade i bez prava stjecanja građevinskog objekta po osnovi priraštaja (*ex iure accesionis*), također ostvaruje neki svoj neimovinski (moralni) interes – da obdari-preoblikovati? stjecatelja prava građenja (superficijarnog prava). Interes individualnog vlasnika zemljišta može biti racionalan ili iracionalan – emotivan, moralan ili što je najčešće, imovinski, tj. ekonomski – tržišni.

Pravo korištenja radi građenja se, međutim, konstituiralo na društvenom zemljištu, a društveni interes s pravnog gledišta nije smio biti iracionalan.²⁷ Stoga se smatra da se pri utvrđivanju društvenog interesa zakonodavac rukovodio racionalnim razlozima. Zato se pravo korištenja radi

²⁵ Codile civile je izričit: *«Il perimento della costruzione non importa, salvo patto contrario, l'estinzione del diritto di superficie»* (art. 954.).

²⁶ Prvo gledište zastupa Pugliese, G., Della superficie, in *Commentario del Codice civile*, Libro 3., ed.4, Zanichelli, Bologna – Soc.ed. del Foro italiano, Roma, 1976., str. 566., a drugo Salis, L., La superficie, UTET, Torino, 1958. str. 7. i dalje. Isti, Teorija države i prava II., Teorija prava, Sabrana dela, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd – BIGZ, Beograd, 1995., 344. Osim ovih dvaju kapitalnih djela o talijanskom superficijTorino, 1958; arnom pravu postoje odlične monografije: Zaccagnini, M., L'enfiteusi – La superficie – Gli oneri reali – Gli usi civici, Piazenza 1970. i Balbi, G., Diritto di superficie, Giappichelli, Torino, 1947., a treba svakako upozoriti i na opsežan udžbenik (preko tri tisuće stranica): Messineo, F., Manuale di diritto civile e commerciale, Vol. 2, 9. izd., Giuffrè, Milano, 1965., u kome je iscrpno obrađena ustanova superficijarnog prava. Najkompleksnije je ta pravna ustanova u novije vrijeme obrađena u monografiji, Barca, A., Marvasi, C., La superficie, Giuffrè, Milano, 2004.

²⁷ Lukić, R., Društvena svojina i samoupravljanje, Beograd, 1964., str. 40. i dalje, gdje se obrađuje priroda i funkcija društvenog vlasništva; isti, Teorija države i prava, II. Teorija prava, Sabrana dela, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd –BIGZ, Beograd, 1995., str.344.

građenja u načelu nije moglo konstituirati bez naknade²⁸. Ako je zakon zbog izuzetnih razloga oslobađao stjecatelja prava korištenja radi građenja plaćanja odgovarajuće naknade za pribavljanje toga prava, tada je postojala zakonska obveza davatelja prava građenja da tu naknadu iz svojih sredstava (po pravilu iz proračuna društvenopolitičke zajednice) uplati u odgovarajući fond, jer racionalni društveni interes nalaže da se ne umanjuje vrijednost društvenog vlasništva²⁹.

Ako bi se apstrahirao interes individualnog vlasnika zemljišta da po isteku određenog vremena pribavi građevinski objekt po osnovi priraštaja, uz naknadu ili bez naknade, njemu bi bilo svejedno hoće li nositelj prava građenja (superficijarnog prava) izgraditi ili neće izgraditi zgradu, jer od toga ne zavisi njegovo pravo na naknadu (po pravilu periodičnu) za korištenje zemljišta (rentu). Ako je u konkretnom slučaju vlasnik zemljišta imao interes da nositelj prava građenja izgradi zgradu, izostanak izgradnje u određenom roku, mogao se pravnim poslom odrediti kao razlog za gubitak prava građenja (raskidni uvjet).

Pravo građenja (superficijarno pravo) gubi se zbog nevršenja, ali ne zato što bi nevršenje toga prava neposredno vrijeđalo interese vlasnika zemljišta, nego iz onih razloga zbog kojih prestaje i pravo stvarne služnosti kada se ne vrši u vremenskom intervalu koji je određen zakonom ili pranim poslom. Pravo vlasništva, naime ne trpi ograničenja koja nisu izraz realnih pravno priznatih interesa nositelja prava na tuđoj stvari. Pravni poredak, koji priznaje i štiti pravo vlasništva, kao najšire pravo na određenoj stvari i koji u načelu potiče individualno poduzetništvo, ne može tolerirati privatno-pravna ograničenja prava vlasništva u korist onih subjekata koji ne pokazuju interes za vršenje svoga prava na tuđoj stvari, a smatra se da oni to pokazuju kada ga ne vrše u onom vremenskom razdoblju koji je određen zakonom ili pravnim poslom. Po talijanskom pravu, npr. superficijarno pravo se gubi ako se ne vrši u trajanju od 20 godina (art. 954. CC) jednako kao i pravo služnosti. Ovo je, međutim, izrazito civilističko rješenje ravnodušno prema socijalističkim elementima.

Njemačko nasljedno pravo građenja, koje je prožeto socijalnim elementima u slučaju konstituiranja radi zadovoljavanja stambenih potreba "slabije stojećih slojeva stanovništva", izgubiti zbog nevršenja se samo, ako je tako ugovoreno. Ono, doduše, ne prestaje ni u tom slučaju po samom zakonu, jer bi se time ugrozili interesi hipotekarnih vjerovnika i drugih stvarnopravnih ovlaštenika na pravu građenja, ali ga njegov titular gubi s realizacijom prava nazad-kupnje, tj. s prijenosom na vlasnika opterećenog zemljišta. (Po njemačkom pravu vlasnik zemljišta može imati nasljedno pravo građenja na svome zemljištu.). Prema ZSP-u RS i ZV BD, vlasnik zemljišta može tražiti ukinuće prava građenja ako ne bude izgrađena zgrada u roku od deset godina (čl. 299. st. 1.; čl. 88. st. 1.), po hrvatskom pravu u roku od dvadeset godina, čl. 294. St.1. ZV-a). Pravo korištenja radi građenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, međutim nije bilo suprotstavljeno pravu upravljanja i raspolaganja općine, odnosno društvenom interesu. Obrnuto, ono je bilo upravo instrument za ostvarenje društvenog interesa. Društenopolitička zajednica (općina) bila je zainteresirana, ne samo za plaćanje naknade za pribavljanje prava korištenja radi građenja, kao i naknade za troškove komunalnog uređenja zemljišta te doprinos za korištenje zemljišta, nego i za izgradnju predviđenog građevinskog objekta, jer se time zadovoljavala određena društvena potreba (ako je u pitanju građevinski objekt u društvenom vlasništvu), odnosno određeni društveni interes (ako je

²⁸ Prema ZGZ SRBiH iz 1986. "Lice kome je dodjeljeno zemljište na korišćenje radi građenja, dužno je platiti naknadu za dodjeljeno zemljište i naknadu za troškove uređenja tog zemljišta" (čl.52.st.1.). Izuzimajući naknadu za preuzeto zemljište, - istu naknadu je dužan platiti i "raniji vlasnik koji je ostvario prvenstveno pravo korišćenja zemljišta radi građenja..." (čl.52.st.2.). ZGZ SRH je propisivao da ugovor o ustupanju građevinskog zemljišta na korištenje radi građenja "mora sadržavati rok u kojem je korisnik zemljišta dužan općini platiti naknadu za zemljište koje mu se daje na korištenje" (čl. 51. st. 2.). Vidi čl. 42. koji uređuje obvezu plaćanja naknade za zemljište.

²⁹ Ovo je izraženo, općenito u načelu zabrane otuđenja iz društvenog vlasništva, obveze zamjene za odgovarajuće zemljište ili prodaje radi kupovine drugog zemljišta.

u pitanju objekt na kome, postoji pravo vlasništva, posebno stambeni objekt).³⁰ To je razlog što se socijalističko pravo korištenja radi građenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu gubilo zbog nevršenja u neusporedivo kraćem roku, nego što se gubi superficijarno pravo u talijanskom pravu, odnosno pravo građenja po današnjem hrvatskom pravu³¹. Gubitak prava korištenja radi građenja bila je imovinskopravna sankcija protiv titulara, koji nije vršio svoje pravo u skladu s racionalnim interesom društvene zajednice, koji je bio izražen u zakonu koji uređuje pravni režim građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu. Ukinuće prava korištenja radi građenja ujedno je bila pretpostavka za konstituiranje toga prava na istom zemljištu u korist drugog subjekta za koga se pretpostavlja da će vršiti svoje pravo, odnosno da će se izgradnjom predviđenog građevinskog objekta zadovoljiti i neka društvena potreba ili pak realizirati određeni društveni interes. Naravno, ako novi ovlaštenik ne izgradi zgradu u određenom roku, i njega je pogađala sankcija gubitka prava korištenja radi građenja.

6. Jesu li pravo korištenja radi građenja i trajno pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu stvarna prava

6.1. Općenito

U pravnoj znanosti izraženo je gotovo jednodušno gledište da je pravo korištenja (pri čemu se podrazumijeva pravo korištenja radi građenja i trajno pravo korištenja) stvarno pravo.³² Ovo gledište bilo je općeprihvaćeno samo ako su ta prava pripadala vlasničkopравnim subjektima. Okolnost što su pravo korištenja radi građenja i trajno pravo korištenja imovinskopravni izrazi društvenog vlasništva instrumenti u funkciji zaštite i realizacije istovremeno individualnog ili društvenog interesa, krnjilo je donekle njihov uski individualistički građanskopravni karakter. Ovo obilježje ograničavalo je njihovu individualnost, ekskluzivnost i repulzivnost, što karakterizira klasična građanska prava koja su u funkciji u prvom redu egoističnog interesa njihovog nositelja. Ali ove osobine u načelu nisu lišile ova prava njihovih stvarnopравnih obilježja.

Objekt prava korištenja radi građenja i trajnog prava korištenja bila je građevna čestica – prostorno određena stvar – *res certa*, a ne prestacija davatelja prava korištenja radi građenja. Stoga su njihova esencijalna obilježja bila: neposrednost i apsolutnost. Ugovorom, kome je prethodio akt o dodjeli prava korištenja radi građenja, zasnivala su se prava i obveze između stjecatelja i davatelja prava korištenja radi građenja, odnosno druge ovlaštene društvenopravne osobe, ali se time nije konstituiralo pravo korištenja radi građenja. U skladu s načelom upisa, koji proizlazi iz načela neposrednosti i apsolutnosti stvarnih prava, ovo pravo se stjecalo uknjižbom u zemljišnu knjigu ili drugu javnu knjigu, na temelju ugovora odnosno pravnog posla.³³ Prije uknjižbe postojala su samo prava i obveze, koje su izvirale iz ugovora. Trajno pravo korištenja, koje je pripadalo vlasniku zgrade također se, u skladu s načelom upisa, prenosilo zajedno s građevinskim objektom na temelju ugovora samo uknjižbom u zemljišnu knjigu ili u drugu javnu knjigu (čl. 12. st. 2. i 33. ZOVO-a). Ovo pravo, kao i ostala stvarna prava, stjecalo se zajedno s građevinskim objektom na temelju pravnog posla, nasljeđivanjem i po samom zakonu, npr. dosjelošću (čl. 12. st. 1. i 28. ZOVO-a). Trajno prava

³⁰ Kako i građevinski objekt na kojem postoji pravo vlasništva, predstavlja društveno dobro (društveni interes), ukazao je šire u monografiji: Simonetti, P., Građenje na tuđem zemljištu, str. 168 i dalje.

³¹ Čl.294.st.1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, također, propisuje protek roka od dvadeset godina kao razlog za ukinuće prava građenja

³² Rajčić, Č., op. cit., str. 378.; Spaić, V., Građansko pravo..., op. cit., str. 672.; Vedriš, M., Osnove imovinskog prava, Zagreb, 1976., str. 105., 164., 199. i 207.; Pop-Georgijev, D., Razvitok na pravoto na korištenje..., op. cit., str. 203.; Stojanović, D., Stvarno pravo, op. cit., str. 232.; Božović, S., Ekspropriacija stvarnih službenosti i zakupa, str. 35.; Šijakova, M., op. cit., str. 60.-67.

³³ Vidi čl.51.st.3. ZGZ-a SRH

korištenja, zajedno s građevinskim objektom, moglo se hipotekarno založiti, iako se ono u načelu, kao što će se kasnije vidjeti, nije moglo unovčiti preko mjere koja bi omogućila zahvaćanje gradske rente, koja je po zakonu pripadala općini (čl. 8. ZGZ –a iz 1986.). Okolnost što se pravo korištenja radi građenja nije moglo steći dosjelošću i što se nije moglo hipotekarno založiti nije dovodilo u pitanje njegovu stvarnopravnu prirodu, jer je ovo ograničenje proizlazilo iz zabrane raspolaganja, prijenosa na drugu osobu, iz njegova svojstva strogo osobnog prava uporabe građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu radi izgradnje zgrade. Ni prava osobnih služnosti (plodouživanja uporabe i stanovanja) ne mogu se otuđiti i naslijediti, a ipak su tipična stvarna prava.³⁴ Napokon, esencijalni sadržaj prava korištenja radi građenja i trajnog prava korištenja, u skladu s načelom ograničenog broja stvarnih prava, bio je određen zakonom.

U „predamandmanskom“ periodu do 1971. za vrijeme «posrednog samoupravljanja» kada je u pretežnom dijelu pravne znanosti bila nesporna vlasničkopravna, odnosno imovinskoppravna koncepcija društvenog vlasništva, pravo korištenja i pravo raspolaganja društvenim sredstvima (pluralistički koncept), odnosno pravo korištenja (monistički koncept), bila su stvarna prava na sredstvima u društvenom vlasništvu, koja pripadaju radnoj organizaciji, odnosno drugoj društvenopravnoj osobi.³⁵ Stvarna prava su prema tomu bila i trajno pravo korištenja kao i pravo korištenja radi građenja, kao i druga prava korištenja koja su pripadala društvenopravnim osobama na stvarima u društvenom vlasništvu.

Prividno sva obilježja stvarnih prava imala su pravo korištenja radi građenja i trajno pravo korištenja i onda kada su se ta prava nalazila u skupu „sredstava“ (jezikom građanskog prava- kvazi imovini) određene društvenopravne osobe („postamandmanski“ preiod). Ali u tom slučaju, prema vladajućoj interpretaciji ona nisu bila prava na stvarima,³⁶ pa se nisu mogla svrstati u kategoriju stvarnih prava. „Radnici i drugi radni ljudi“ koji su udružili svoj rad u organizaciji udruženog rada ili u nekoj drugoj društvenopravnoj osobi imali su u pogledu korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu prava, obveze i odgovornosti koje su proizlazile iz prava rada društvenim sredstvima i uvjetima rada u društvenom vlasništvu. Ovaj splet različitih prava, obveza i odgovornosti proizlazio je iz društveno-ekonomskog odnosa u kome se nalazio radnik koji je udružio svoj rad „povodom“ sredstava i uvjeta rada u društvenom vlasništvu. Svojim radom udruženi radnici i drugi radni ljudi prisvajali su na osnovi rada ova sredstva i uvjete rada ne samo radi zadovoljavanja svojih pojedinačnih i zajedničkih potreba, nego i za opće društvene potrebe.³⁷ Zato su se u udruženom radu zasnivala prava, obveze i odgovornosti iz prava rada³⁸, a ne iz prava vlasništva na stvari, tj. sredstvima rada u užem smislu, kao u slučaju kada svojstva stvari u društvenom vlasništvu

³⁴ §§ 504.-529. OGZ-a

³⁵ Šire o tome: Vedriš, M., Osnove imovinskog prava, op. cit., str. 195.-203.; Spaić, V., Društvena svojina u uslovima socijalističke robne proizvodnje, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XIII, 1964., i od istog autora: Pravna priroda prava raspolaganja društvenim sredstvima, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, XXIII., 1975.

³⁶ Društvenopravne osobe nisu imale pravo na stvarima u društvenom vlasništvu već pravo raspolaganja u pravnom prometu (čl. 200.–208. ZUR-a); društvenopravna osoba je odgovarala za obveze sredstvima kojima je raspolagala (čl. 209.–222. ZUR-a), ali u pogledu prava korištenja, upravljanja i raspolaganja imali su prava, obveze i odgovornosti u društvenopravnoj osobi udruženi radnici i drugi radni ljudi koji su radom stjecali dohodak i pravo upravljanja i raspolaganja njime (čl. 184.–199. ZUR-a).

³⁷ Gams, A., Svojina, Naučna knjiga, Beograd, 1988., str. 251.–316. (Svojinski odnosi prema Ustavu); Lukić, R., Društvena svojina i samoupravljanje, Savremena škola, Beograd, 1974.; Vedriš, M., Samoupravni koncept društvenog vlasništva i kolektivna odgovornost, Naša zakonitost, god. 35, br. 1, 1981. i od istog autora: Prava u pogledu upravljanja, korištenja i raspolaganja društvenim sredstvima i imovinskoppravna odgovornost društvenih pravnih osoba, Naša zakonitost, god. 30, br. 5, 1976.; i: Prava i obaveze subjekata udruženog rada u pogledu korištenja, upravljanja, i raspolaganja društvenim sredstvima, Naša zakonitost, god. 31, br. 6-7, 1977.; Spaić, V., Prava u pogledu sredstava u društvenoj svojini, Akademija nauka i umjetnosti BiH, Radovi XLIX, Odjeljenje društvenih nauka, Knj. 16. (poseban otisak) 1973.; Geršković, L., Pravo rada u sustavu udruženog rada, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1977. br.1. str. 19.-27.; Horvat, V., O pravu korištenja i pravu raspolaganja, Ekonomski pregled, Zagreb, god. 26, br. 7-8, 1972. i od istog autora: O problemu transformacije ekonomskog odnosa u pravni odnos, Naša zakonitost, god. 28, br. 4, 1974., str. 1420. i 1431. i Pravni subjekti i subjektivna prava u sistemu udruženog rada, Naša zakonitost, 1976, br.4; Stojanović, D., Društvena svojina, Pravni fakultet, Novi Sad, 1976., str. 59.-92.

³⁸ Radonjić, D., Pravo rada društvenim sredstvima, NIO Univerzitetska riječ, Titograd, 1985.

(npr. građevinsko zemljište) prisvajaju vlasničkopravne osobe, također na temelju prava, obveza i odgovornosti, izvan udruženog rada (čl. 241. ZUR-a). Isključenje iz prometa prava korištenja radi građenja nije dokaz za tvrdnju da ono nije stvarno pravo kad pripada društvenopravnoj osobi jer je isto pravo bilo u načelu izvan prometa i kad je pripadalo vlasničkopravnim osobama. S druge strane trajno pravo korištenja bilo je u pravnom prometu zajedno sa zgradom ili posebnim dijelom zgrade (stan, apartman, poslovna prostorija) i kad je pripadalo društvenopravnim osobama. Zato se na ovom mjestu konfrontiraju nevlasničkopravna i vlasničkopravna koncepcija.

Pravna priroda prava korištenja radi građenja i trajnog prava korištenja s gledišta koncepta društvenog vlasništva iz vremena neposrednog samoupravljanja (nakon ustavnih amandmana 1971.) zavisi, dakle od toga jesu li ta prava pripadala vlasničkopravnim subjektima ili su se nalazila u skupu sredstava (imovini) društvenopravne osobe. Ovdje će se pokušati objasniti *ratio* i specifičnosti tih prava kao prava vlasničkopravnih subjekata i nešto pobliže odrediti njihova obilježja kada su se nalazila u skupu sredstava društvenopravne osobe.

6.1.1. Pravo raspolaganja u pravnoj znanosti

Prema tadašnjem vladajućem shvaćanju, u pravnoj znanosti, pravo raspolaganja nije bilo subjektivno pravo društvenopravne osobe na stvarima. Po jednom shvaćanju ono je po svojoj prirodi svojevrсна zakonska legitimacija ili pak punomoć (ovlaštenje) koju daje radni kolektiv općim aktom – samoupravnim sporazumom, društvenopravnoj osobi za uključivanje u pravni promet.³⁹ Drugi u pravu raspolaganja društvenopravne osobe prepoznaju pravnu moć te osobe, potencijalno pravo koje joj je dano zakonom ili samoupravnim sporazumom, da se uključuje u pravni promet.⁴⁰ Prema trećima, pravo raspolaganja društvenopravne osobe, pravni je izraz njene poslovne sposobnosti, koja je određena zakonom, samoupravnim sporazumom ili statutom⁴¹. Poslovna sposobnost je opća pretpostavka za zaključenje pravnih poslova, preuzimanje obveza i stjecanje prava, ali ovdje se radi o pravnom poslu raspolaganja određenom stvari u društvenom vlasništvu ili stjecanju prava na stvari koja je u društveno vlasništvo prenesena iz privatnog vlasništva. Shvaćanje da se „pravo raspolaganja“ nalazi izvan prava vlasništva, da je zapravo izraz poslovne sposobnosti fizičke ili pravne osobe, prethodi sustavu samoupravljanja i teorijama prirode društvenog vlasništva, a nastalo je u prvoj polovini 20. stoljeća u krugu buržoaske pravne znanosti.⁴² Po jednom drugom mišljenju pravo raspolaganja nije ovlast raspolaganja u smislu građanskog prava, već je, kao i pravo korištenja, osnovni oblik upravljanja stvarima u društvenom vlasništvu.⁴³ U tom slučaju, upravljanje obuhvaća sve akte pravne dispozicije. (ius abutendi u granicama sustava društvenog vlasništva i samoupravljanja).

Rijetki su bili pravnici koji su zastupali mišljenje da je pravo raspolaganja subjektivno pravo na stvarima u društvenom vlasništvu u građanskopravnom smislu koje pripada društvenopravnim

³⁹ Geršković, L., Karakteristike pravnog sistema iniciranog Ustavom od 1974., Privreda i pravo, 1974., br. 7-8, str. 11.; Finžgar, A., Društvena svojina u Nacrtu zakona o udruženom radu, Samoupravno pravo, br. 3, 1976., str. 7-8.; Vedriš, M., Prava i obveze subjekata udruženog rada u pogledu korištenja, upravljanja i raspolaganja društvenim sredstvima, Naša zakonitost, god. 31, br. 6-7, 1977., str. 78.

⁴⁰ Stojanović, D., Stvarno pravo, 3. izd., Beograd, 1977., str. 276.

⁴¹ Spaić, V., Pravna priroda prava raspolaganja društvenim sredstvima, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1975., str. 403-404.; Radonjić, D., Pravo raspolaganja stvarima u društvenoj svojini, Savremena administracija, Beograd, 1977., 3. izd., str. 57. i 58.

⁴² Živadinović, Stevan, Pravo raspolaganja i svojina, Beograd, 1938., i tamo citirana djela poznatih europskih pravnika kao što su Thon, Planiol, Oetermann i dr.

⁴³ Sajović, B., Temelji družbenolastninskih i premoženskih razmerij, Ljubljana, 1981., str. 113. Na drugom mjestu, razmatrajući procese preobrazbe i diferencijaciju različitih oblika prava vlasništva u suvremenom svijetu, Sajović kaže: "U mnogim slučajevima smo nekada govorili i o nevlasništvu, ali više u odnosu prema poznatim opštepriznatim vlasničkim sistemima. Nikada ovakvo opredjeljenje nije išlo za tim da ukaže na odsustvo subjekta, odnosno onoga koji je ovlašten na vlasnička prava..." (Sajović, B., O promjenama vlasničkih prava, u zborniku Promjene u pravu svojine, NIO Službeni list SR BiH, Sarajevo, NIU Službeni list SFRJ, Beograd i Savez udruženja pravnika BiH, Sarajevo 1990., str. 5.-18.).

osobama. Po jednom shvaćanju: pravo raspolaganja je subjektivno stvarno pravo, iako osobito, koje pripada društvenopravnoj osobi⁴⁴. Drugi je autor u pravu raspolaganja na drugi način, kroz drugu prizmu, vidio specifično subjektivno pravo.⁴⁵ Profesor Gams, koji je razvio teoriju podijeljenog vlasništva kao poseban oblik kolektivnog vlasništva na stvarima u društvenom vlasništvu, još potpunije je argumentirao da je pravo raspolaganja društvenopravnih osoba subjektivno pravo. Podijeljeno vlasništvo, prema njegovom mišljenju, karakteristično je za sve povijesne oblike kolektivnog vlasništva,⁴⁶ on je u pravu raspolaganja prepoznao subjektivno pravo društvenopravnih osoba koje prelazi granice pojma što ih sugerira njegov naziv.⁴⁷ Po njegovu shvaćanju ono je apsolutno stvarno pravo na stvarima u društvenom vlasništvu u imovini („sredstvima“) određene društvenopravne osobe i prije i poslije Ustavnih amandmana iz 1971.

Iako je društveno vlasništvo po intencijama Ustava SFRJ iz 1974., i ZUR-a tzv. „malog ustava“ negacija privatnog prava vlasništva (uspostavlja se načelo privajanja društvenih sredstava na temelju udruženog rada, a ne na temelju prava vlasništva). Po jednom novijem gledištu u stvarnosti je postojao „nekakav hibrid javnopravnog i stvarnopravnog režima... semistvarnopravni režim... paralelni režim pripadanja stvari ...“ a to znači da su u tome pravnom sustavu postojala dva usporedna stvarnopravna režima. Stoga su „organizacije udruženog rada i drugi korisnici društvenih sredstava imali svojevrstni kvazivlasnički položaj u pogledu stvari koje su bile „na njihovom korištenju“... značajno sputani ovlaštenjima javne vlasti s jedne strane i snažno naglašenim samoupravnim pravima radnika s druge strane.“⁴⁸

Zastupnici nevlasničkopravne koncepcije nailaze na nepremostive teškoće kada se suoče s pitanjem prirode pravnog prometa sredstvima u društvenom vlasništvu i s prirodom pravne zaštite tih sredstava.

Ako je pravo raspolaganja neotuđivo svojstvo društvenopravne osobe, kao što tvrde zastupnici nevlasničkopravne koncepcije, u pravnom prometu su stvari, a ne prava. To znači da društvenopravna osoba prenosi stvari (pokretne ili nepokretne) u «sredstva» druge društvenopravne osobe, a ne prenosi prava na stvari. U tom slučaju nema npr. odgovornosti za pravne nedostatke stvari, što je bitno obilježje građanskopravnog prometa. S druge strane ova koncepcija ne može objasniti pravni promet između društvenopravne i vlasničkopravne osobe, jer kad se stvar iz društvenog vlasništva prenosi u imovinu vlasničkopravne osobe, ta osoba na nju stječe pravo vlasništva. Iz ovoga proizlazi zaključak da je u prometu bilo sa stanovišta društvenopravne osobe pravo na stvar koje se singularnom sukcesijom pretvara u pravo vlasništva vlasničkopravne osobe. U protivnom bi se radilo o originarnom stjecanju prava vlasništva (apropriacijom) na stvarima u društvenom vlasništvu što zakonom nije dopušteno. Osim toga, ako je pravo raspolaganja svojstvo društvenopravne osobe, a ne njeno subjektivno pravo, postavlja se pitanje koje pravo ovlašćuje tu osobu na podizanje tužbe za sudsku zaštitu. Prema tomu, sintagma pravo raspolaganja je naziv za vlasnička ovlaštenja koja pripadaju društvenopravnoj osobi. U tom smislu pristalice vlasničkopravne koncepcije govore da pravo raspolaganja obuhvaća i druge ovlasti društvenopravne osobe,

⁴⁴ Đurović, Ljiljana, Prava i obaveze društvenopravnih lica na sredstvima u društvenoj svojini (doktorski rad), Pravni fakultet u Beogradu, 1978, str. 435.

⁴⁵ Horvat, Vladimir, Pravni subjekti i subjektivna prava u sistemu udruženog rada, "Naša zakonitost", 1976., br. 4., str. 32.-33.

⁴⁶ Gams, A., Svojina, Naučna knjiga, Beograd, 1988.; isti: Razmatranja o svojini sa stanovišta ekonomije, prava, sociologije i filozofije u gore citiranom sarajevskom Zborniku, Promjene u pravu svojine, Sarajevo, 1990.

⁴⁷ Gams, A., op. cit., str. 291.-312. i u ranijim radovima objavljenim u pravnoj periodici, počevši od početka šezdesetih godina, npr. O svojini, III, Naša stvarnost, Beograd, 1963., br. 5., str. 563.-566.

⁴⁸ Gavella, N., Gliha, I., Uvod u stvarno pravo, Pravni fakultet, Zagreb, Zavod za građanskopravne znanosti, Zagreb, 1991., str. 15.; N. Gavella: Pravo vlasništva (svojine) u sistemu građanskog prava s obzirom na pojavu segmentacije stvarnopravnog uređenja u spomenutom Zborniku, "Promjene u pravu svojine", Sarajevo, 1990., str. 19-23. Ova koncepcija je bila donekle slična koncepciji o društvenom vlasništvu i pravu korištenja kao «kvazi svojini» koju je formulirao sredinom pedesetih godina profesor Legradić, Vidi: Legradić, R., Dvije teorije o strukturi društvene svojine, Arhiv za pravne i društvene nauke, god. XLI., br. 3, 1955., Beograd, str. 270.-276.

odnosno da je riječ o subjektivnom pravu koje «prelazi granice» što ih sugerira njegov naziv: ono je apsolutno stvarno pravo na stvarima u društvenom vlasništvu. Specifičnosti prava raspolaganja društvenopravnih osoba proizlaze iz «hibrida» javnopravnog i stvarnopravnog režima kako istiće jedan pristalica vlasničkopravne koncepcije (Gavella).

Ustavno načelo neposrednog prisvajanja svojstva stvari na osnovi rada negacija je prava vlasništva, ali ne svakog prava na stvarima u društvenom vlasništvu. I pravna ustanova koja se zasnivala na «načelu rada» - prisvajanja na osnovi rada, a ne na osnovi prava vlasništva, bila je inkorporirana u tržišne odnose, jednako kao što je inkorporirana vlasničkopravna ustanova. Na tržištu se razmjenjivači roba (a to su i stvari koje se razmjenjuju za novac ili za druge stvari, pokretne ili nepokretne) prepoznaju kao nositelji prava vlasništva ili drugih stvarnih prava koja ih legitimiraju da tim stvarima raspoložu. S pravnog gledišta na tržištu se ne razmjenjuju samo stvari nego u prvom redu prava na stvari (stvari su samo objekti prava). Zato prodavatelj ne odgovara samo za materijalne nego i za pravne nedostatke stvari (čl. 508.-515. ZOO-a koji je stupio na snagu 1.10.1978., a još se primjenjuje u BiH).⁴⁹ Sklapanjem ugovora o kupoprodaji kupac se obvezuje platiti prodavatelju kupovnu cijenu jer ga priznaje kao nositelja prava vlasništva ili drugog stvarnog prava na stvari koju želi steći na temelju toga ugovora prijenosom ili konstituiranjem prava na stvari. Nositelj prava raspolaganja na određenoj stvari sklapa ugovor o razmjeni s nositeljem prava raspolaganja na drugu stvar koje pravo na tu stvar želi steći; zato što u kontrahentu prepoznaje nositelja prava na stvari. Prema tomu pravo raspolaganja nije ni pravna legitimacija ni svojstvo društvenopravne osobe, koje je izvan prometa, nego pravo na stvari koje se prodajom ili razmjenom prenosi na drugu društvenopravnu osobu. Pravo raspolaganja na određenu stvar pretpostavka je za stjecanje (konstituiranje) prava vlasništva na osnovi pravnog posla s vlasničkopravnom osobom, nositeljicom prava raspolaganja. Vlasničkopravna osoba, naime, ne bi mogla steći pravo vlasništva na stvar na temelju pravnog posla s društvenopravnom osobom koja nije nositelj prava raspolaganja, u sustavu neposrednog samoupravljanja osnovnog prava na stvar u društvenom vlasništvu. Otudjenjem stvari iz društvenog vlasništva u privatno vlasništvo na temelju pravnog posla pretvara se pravo raspolaganja (ranije pravo upravljanja, odnosno pravo korištenja) u pravo vlasništva, kao što se pravo vlasništva na stvari koja se prenosi iz privatnog u društveno vlasništvo pretvara u pravo raspolaganja u trenutku uspostavljanja društvenog vlasništva na tu stvar.

Nijedan vlasnik neće dati u zamjenu svoju stvar za stvar u društvenom vlasništvu ili za nju platiti tržišnu cijenu ako u kontrahentu ne vidi nositelja prava na stvar koje se prijenosom stvari u privatno vlasništvo pretvara u pravo vlasništva stjecatelja. Pravo koje se u ovom slučaju pretvara u pravo vlasništva ili je pretpostavka za stjecanje prava vlasništva, je pravo raspolaganja. Ne može se na temelju pravnog posla steći pravo koje nema druga ugovorna strana odnosno koje se ne može pretvoriti u odgovarajuće pravo stjecatelja.

Ne može se na temelju pravnog posla, ni inače, steći pravo vlasništva na stvari u društvenom vlasništvu na kojoj nema pravo raspolaganja ni jedna društvenopravna osoba, jer u tom slučaju je riječ o općem dobru, ili javnom dobru u općoj upotrebi, tj. izvan prometa na koje nitko ne može steći pravo vlasništva ili koje drugo stvarno pravo.

6.2. Vlasničkopravne osobe

Kada je nositelj prava korištenja radi građenja i trajnog prava korištenja bio vlasničkopravni subjekt – to su bila individualna (isključiva) prava na zemljištu u društvenom vlasništvu. Ali kao

⁴⁹ Komentar Zakona o obligacionim odnosima (redakcija Blagojević/Kruij), izd. Savremene administracije, Beograd, 180; Komentar Zakona o obligacionim odnosima (redakcija Perović/Stojanović), Kragujevac-Gornji Milanovac, 1980; Gorenc, V., Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 1998; Vizner, B., Komentar Zakona o obveznim odnosima, vlastito izdanje, Zagreb, 1980.

što je već rečeno, ni tada ta prava nisu imala izrazita obilježja klasičnih građanskih prava. Ona nisu ograničavala društveno vlasništvo, već su bila upravo njegov imovinskopравни izraz, instrument za realizaciju njegove svrhe. Zbog toga su nositelji prava korištenja radi građenja i trajnog prava korištenja imali istovremeno prava, obveze i odgovornosti u pogledu korištenja zemljišta, tj. ostvarenja njegove svrhe u konkretnim društvenim okolnostima u skladu s urbanističkom regulativom koriste građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu. S druge strane, davanjem na korištenje građevinskog zemljišta radi izgradnje obiteljskih stambenih zgrada društvena zajednica poticala je individualnu inicijativu "radnih ljudi i građana", da ulaganjem osobnih sredstava i pomoću sredstava društvene solidarnosti (stambeni krediti uz nisku kamatnu stopu-cijenu kredita koji su bili povoljni i zbog stalnog djelovanja inflacije bez revalorizacije) neposredno rješavaju svoje stambene potrebe izgradnjom obiteljskih stambenih zgrada (individualna izgradnja) ili stanova (zadružna izgradnja).

Budući da je građevinsko zemljište pretežno bilo u društvenom vlasništvu najčešća pretpostavka za individualnu stambenu izgradnju bilo je konstituiranje prava korištenja radi građenja u korist pojedinaca ili njihovih asocijacija (zadružna izgradnja i sl.). Pravo vlasništva građana "na stambene zgrade i stanove za zadovoljavanje osobnih i obiteljskih potreba" zbog osobitog društvenog značaja, i kao osobno pravo, bilo je zajamčeno Ustavom SFRJ (čl. 78. st. 2.), odnosno Ustavom SRBiH (čl. 84. st. 2.) iz 1974. i Ustavom SRH.⁵⁰

Radi usporedbe podsjećamo da su se na drugi način zadovoljavale stambene potrebe "radnih ljudi i građana" zasnivanjem stanarskog prava na stanu u društvenom vlasništvu. Dakle, opet, pomoću jednog subjektivnog prava na nekretnini u društvenom vlasništvu, koje, međutim, nije imalo svojstva klasičnog stvarnog prava, već obveznog prava s elementom apsolutnosti – *contra omnes*⁵¹. Stanarsko pravo najčešće se stjecalo bez neposredne participacije nositelja stanarskog prava (stanovi su se gradili iz doprinosa svih zaposlenih) za razliku od prava korištenja radi građenja koje se po pravilu stjecalo uz naknadu koju je plaćao stjecatelj. Pravo na stan u društvenom vlasništvu također je bilo zajamčeno Ustavom SFRJ (čl. 164. st. 1.), odnosno Ustavom SRBiH (čl. 171. st. 1.) svim građanima radi zadovoljavanja osobnih i obiteljskih potreba.

Stambene potrebe "radnih ljudi i građana" zadovoljavale su se konstituiranjem prava koja su ovlašćivala njihove nositelje prisvajati uporabna svojstva građevne čestice radi izgradnje vlastite obiteljske zgrade pa i stana u npr. zadružnoj izgradnji.

Budući da su ova prava u načelu bila izvan prometa, njihovi nositelji nisu mogli prisvajati prometnu vrijednost zemljišta pa ni stana u društvenom vlasništvu. Prometna vrijednost se nije mogla prisvajati ni zamjenom društvenih stanova, koja je bila dopuštena u načelu samo uz suglasnost davatelja stanova na korištenje (ovu suglasnost zamjenjivala je odluka nadležnog organa kada je bila neosnovano uskraćena), jer zamjena je naturalna, a ugovorna obveza plaćanja naknade za zamjenu (prida) je protupravna, pa stoga ništava. Prometna vrijednost po zakonu se nije mogla prisvojiti ni prijenosom trajnog prava korištenja, zajedno s otuđenjem građevinskog objekta, jer u načelu u cijenu nije ulazila vrijednost građevne čestice kojom se kasnije koristio pravni sljednik uz plaćanje periodične naknade (komunalni doprinosi za korištenje građevinskog zemljišta) kao i njegov prednik. U cijenu je ulazila samo naknada koju je stjecatelj prava korištenja radi građenja platio davatelju toga prava i naknada doprinosa plaćenog za uređenje zemljišta. Stvarna mogućnost prisvajanja

⁵⁰ Ustav Socijalističke Republike Hrvatske.

⁵¹ Vidi Orlić, M., Stanarsko pravo, u: Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, NIU Sl. list SFRJ, Beograd, 1978., T. 3., str. 148.–151. i tamo citiranu literaturu. Prema jednim stanarsko pravo je bilo pretežno obvezno pravo, a prema drugima – stvarno pravo. Ova pravna razmatranja se oslanjaju na raniji savezni Zakon o stambenim odnosima iz 1959. (Sl. list FNRJ 16/59. i 17/59.), i potonje zakone o stambenim odnosima federalnih jedinica iz prve polovine sedamdesetih godina, uključujući i Zakon o stambenim odnosima SRBiH – prečišćeni tekst (Sl. list SRBiH 14/84 i 12/87). Vidi o tome Tumbri, T., Stanarsko pravo u zakonodavstvu, praksi i teoriji; Zakonitost, god. 46., br.3., 1992.

gradske rente je postojala (ona se ograničavala porezom na promet prava na nekretninama), ali ta mogućnost nije proizlazila iz ovlaštenja trajnog prava korištenja, nego iz faktičnih tržišnih okolnosti.

Pravo korištenja radi građenja je, kao što je ranije navedeno, dvostruko ograničeno. S jedne strane se nije moglo otuđiti, naslijediti ili opteretiti, a s druge se gubilo ako se u relativno kratkom roku ne bi ostvario njegov esencijalni sadržaj – izgradnja zgrade. Jer, kao što je već rečeno, s izgradnjom zgrade ostvarivao se istovremeno i interes društvene zajednice. Gubitak zbog nevršenja prava korištenja radi građenja bila je sankcija koja se vezivala uz obvezu koja je bila imanentna ovom pravu. Iz ovoga je proizlazilo da se ova prava nisu mogla izjednačiti s klasičnim građanskim pravima.⁵² Stanarsko pravo, obvezno pravo iz ugovora o korištenju stana u društvenom vlasništvu iako je po nekim elementima bilo blisko stvarnom pravu zadržalo je osnovno obilježje obveznog prava, pa se gubilo otkazom ugovora. Ugovor se mogao otkazati zbog nekorištenja stana, po pravilu protekom roka od šest mjeseci kako je bilo propisano ZSO-om⁵³ izuzev propisanih iznimki.⁵⁴

6.3. Društenopravne osobe

Građevinsko zemljište u društvenom vlasništvu ulazilo je u “sredstva” društvenopravne osobe kao: “sredstvo” poslovanja ako je bilo namijenjeno za izgradnju poslovnih objekata (čl. 227. ZUR-a), “sredstvo” zajedničke potrošnje ako je bilo namijenjeno za zadovoljavanje osobnih i zajedničkih potreba radnika i drugih radnih ljudi koji su udružili svoj rad u toj društvenopravnoj osobi (čl. 229. ZUR-a); primjerice, za izgradnju stambenih zgrada ili objekata za odmor i rekreaciju. U pogledu korištenja tog zemljišta, kao i ostalih nekretnina koje su ulazile u skup sredstava društvenopravne osobe, radnici ili drugi radni ljudi u društvenopravnoj osobi imali su prava, obveze i odgovornosti koje su bile uređene zakonom i samoupravnim općim aktom (čl. 231. ZUR-a). Prava, obveze i odgovornosti, radnici ili drugi radni ljudi u društvenopravnoj osobi imali su i u pogledu trajnog prava korištenja koje je bilo vezano uz pravo raspolaganja i korištenja zgrade ili građevinskog objekta koji je bio sastavni dio “skupa sredstava” (imovine) društvenopravne osobe.

Pravo korištenja radi građenja bilo je izvan prometa i kada je ulazilo u “skup sredstava” društvenopravne osobe pa se nije mogla prenijeti građevna čestica na kojoj je konstituirano to pravo iz sredstava jedne u sredstva druge društvenopravne osobe. Takav prijenos bio je moguć samo aktom društveno-političke zajednice, tj. općine (čl. 65. st. 2. ZGZ-a), tzv. administrativni prijenos.⁵⁵

Pravo korištenja radi građenja koje je ulazilo u skup sredstava društvenopravne osobe se također gubilo ako se nije vršilo u određenom vremenskom intervalu koji je bio određen zakonom ili ugovorom o konstituiranju toga prava koji se sklappao na temelju rješenja o dodjeli neizgrađene građevinske čestice radi izgradnje zgrade predviđene u detaljnom urbanističkom planu ili drugom

⁵² Finžgar, A., Novi pogledi na pravni režim građevinskog zemljišta u društvenoj svojini, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1979, br. 4. str. 507., dovodi u sumnju imovinsko pravnu prirodu toga prava.

⁵³ Zakon o stambenim odnosima, (prečišćeni tekst), Sl. list SRBiH 14/84, 12/87 (čl. 44.).

⁵⁴ Stanarsko pravo je također bilo izvan prometa, a ugovor o korištenju stana u načelu se mogao otkazati ako su se nositelj stanarskog prava i članovi njegovog obiteljskog domaćinstva prestali koristiti stanom neprekidno duže od 6 mjeseci (čl. 44. ZSO SRBiH). Slične propise imale su i druge socijalističke republike i autonomne pokrajine. Jedan izuzetak od zabrane načela raspolaganja i to jedini bila je zamjena stanarskog prava uz suglasnost davatelja stana na korištenje, odnosno rješenjem nadležnog organa ako ta suglasnost neopravdano izostane (čl. 29.-31. ZSO SRBiH). Slične propise imale su i ostale SR i SAP. Taj izuzetak učinjen je u skladu s slobodnom kretanja nastanjivanja, koja je bila zajamčena tadašnjim Ustavom (čl. 183. st. 1. Ustava SFRJ) i u svrhu pružanja mogućnosti nositeljima stanarskog prava da sami nalaze prikladna rješenja pri zadovoljavanju svojih stambenih potreba i stambenih potreba svojih obitelji. Time, međutim se nije odstupalo od suštine ovoga prava, kao prava uporabe stvari. Zato je bilo protupravno plaćanje naknade (pride) u slučaju zamjene stanarskog prava.

⁵⁵ Postojala je pravna ustanova prisilnog prijenosa prava korištenja na drugu društvenopravnu osobu – u općem interesu – po saveznom Zakonu o eksproprijaciji, čl. 65.-72. i po Zakonu o eksproprijaciji SRBiH, Sl. list SRBiH 35/72, 19/77, 12/87 i 38/89; Sl. list RBiH, 3/93 i 15/94 (pročišćeni tekst: 88.-95.)

aktu prostornog uređenja. U tom pogledu nije bilo praktične razlike s obzirom na nositelja toga prava društvenopravne ili privatnopravne osobe. Postojala je, međutim razlika u tomu što je pojedinac, nositelj toga prava, neposredno zadovoljavao svoj interes realizacijom prava, zadovoljavajući svoju potrebu, dok su radnici ili drugi radni ljudi realizacijom prava korištenja radi građenja zadovoljavali istovremeno opće i zajedničke potrebe. U drugom slučaju realizirala se i šira društvena potreba, a u prvom slučaju – interes šire društvene zajednice: svaka novostvorena vrijednost – svaka nova zgrada ulazila je u riznicu narodnog bogatstva.

Postojala je razlika između trajnog prava korištenja s obzirom na pripadnost jednom ili drugom subjektu. Šire je bilo pravo raspolaganja trajnog prava korištenja, koje je bilo neraskidivo povezano s pravom vlasništva na građevinskom objektu (ograničavalo ga je uglavnom pravo prvokupa u korist određenih subjekata),⁵⁶ nego trajnog prava korištenja, koje je ulazilo, zajedno s građevinskim objektom, u “skup sredstava” društvenopravnih osoba. Osim toga, a to je još bitnije, vlasnik se mogao koristiti ili ne koristiti građevinskim objektom,⁵⁷ odnosno zgradom; održavati ga ili ne održavati pa ga je čak mogao prepustiti propadanju iako se time vrijeđao društveni interes, jer društvena zajednica po pravilu nije imala učinkovita sredstva (sankcije) za sprječavanje takvog ponašanja.⁵⁸ Naprotiv, radnici ili drugi radni ljudi u društvenopravnoj osobi u čijim sredstvima se nalazio i stan imali su pravo, obvezu i odgovornost u pogledu korištenja, zaštite i održavanja građevinskog objekta koji je ulazio u sredstva društvenopravne osobe. To pravo, obveza i odgovornost bili su determinirani racionalnim društvenim interesom. U slučaju kada ovi subjekti nisu postupali u skladu s društvenim interesom, građevinski objekt se mogao prisilno prenijeti u sredstva druge društvenopravne osobe. Razlog je što radnici i drugi radni ljudi u društvenopravnoj osobi korištenjem građevinskog objekta, kao i drugih sredstava koja su ulazila u sredstva društvenopravne osobe, nisu zadovoljavali samo svoje individualne potrebe, nego i zajedničke potrebe, kao i potrebe, a ne samo interese i šire društvene zajednice⁵⁹. Drugim riječima, bio je širi i neposredniji društveni interes u pogledu korištenja i čuvanja društvenih sredstava te je učinkovitije zaštićen odgovarajućom pravnom (zakonskom) sankcijom.

7. Usporedba prava korištenja radi građenja i trajnog prava korištenja s pravom vlasništva i pravom služnosti

Autori koji su bili suglasni da su pravo korištenja radi građenja i trajno pravo korištenja imali stvarnopravnu prirodu (po vladajućem mišljenju samo kada pripadaju vlasničkopravnim subjektima) razišli su se kada su ih počeli uspoređivati s pojedinim stvarnim pravima.

Prema jednom gledištu, “trajno pravo korištenja” (pojam za oba prava) u praksi poprimao je sva bitna ovlaštenja prava vlasništva uključujući i pravo raspolaganja - otuđenja zajedno s građevinskim objektom.⁶⁰

⁵⁶ Po ZPN SRBiH (čl. 31. i 32.). Slične propise imali su i zakoni o prometu nekretnina drugih republika i socijalističkih autonomnih pokrajina.

⁵⁷ Izuzetno se moglo predvidjeti propisom općinske skupštine obveza davanja u zakup neuseljelog stana (čl. 60. ZSO SRBiH).

⁵⁸ Samo kada pojava propadanja građevinskih objekata dobije široke razmjere, npr. uslijed velikih ratnih ili prirodnih razaranja ili dubokih ekonomskih poremećaja kao i ogromnih pokreta (preseljavanja) stanovništva, država preko svojih organa, ustanova i javnih poduzeća, reagira u svrhu zaštite takvih objekata od propadanja. Takve mjere su poduzimane i u Jugoslaviji poslije Drugog svjetskog rata. Vidi npr. Zakon o obaveznoj oporavci oštećenih i dotrajalih započetih zgrada u okružnim mjestima Bosne i Hercegovine od 9. veljače 1946. godine, Sl. list NRBiH 7/46. U monografiji: Simonetti, P., Građenje na tuđem zemljištu, op. cit., str. 168.-169. zabilježili smo takve zakonske intervencije čak i u rimskom pravu, predviđao ih je i OGZ (§ 387.), a normirane su i u tadašnjem Građanskom zakoniku RSFSR od 1. listopada 1964. (čl. 141.)

⁵⁹ Šire, Lukić, R., Društvena svojina i samoupravljanje, str. 40. i dalje.

⁶⁰ Janković, M., Sadržina prava na građevinskom zemljištu, Pravni život, god. X., br. 6, 1961., str. 31.; Sentić, M., Pravni aspekti pribavljanja, utvrđivanja i korištenja građevinskog zemljišta u gradovima, Komuna, br. 4, 1970., str. 16.

Prema drugom shvaćanju, pravo građenja (također termin za oba prava), koje se prema ovom autoru moglo konstituirati i na zemljištu na komu nije postojalo pravo vlasništva, slično je osobnoj služnosti - pravu plodouživanja.⁶¹

Postojalo je i treće gledište, prema kojem je isto pravo bilo "trajno pravo korištenja" do izgradnje građevinskog objekta – osobna služnost (to je bilo pravo korištenja radi građenja prema terminologiji koja je usvojena u ovoj raspravi), a nakon izgradnje, stvarna služnost,⁶² (tj. trajno pravo korištenja)⁶³, koje traje dok postoji građevinski objekt, tj. povlasno dobro.

Pobornici prvog gledišta uspoređivali su "trajno pravo korištenja" (naziv za oba prava) s ovlaštenjem vlasnika zemljišta da, u granicama urbanističke regulative, upotrebljava zemljište za građenje, održavanje i korištenje građevinskog objekta, a pri tome su gubili iz vida ostala ovlaštenja prava vlasništva. Ono što je do sada navedeno o pravnoj prirodi i funkciji tih dvaju prava govori o tako dubokoj bitnoj razlici između njih i prava vlasništva da je između tih prava nemoguće vidjeti makar i prividnu sličnost. Uostalom, takva sličnost ne postoji čak ni između superficijarnog prava i prava vlasništva, jer je superficijarno pravo samo stvarno pravo na tuđoj nekretnini koje neutralizira atrakcijsku snagu zemljišta, koja proizlazi iz prava vlasništva pa zahvaljujući tomu nositelj superficijarnog prava ima pravo vlasništva na zgradu (*proprietà superficaria*). Postoji sličnost između prava vlasništva i austrijskog prava građenja, odnosno njemačkog nasljednog prava građenja danas i hrvatskog i bosanskog prava građenja⁶⁴, jer ova prava, nisu samo prava na tuđoj stvari, nego su istovremeno i samostalna postvorena prava "jurističko zemljište" netjelesne stvari i u odnosu prema zgradi su glavna stvar. Ukratko, ta prava zamjenjuju zemljište ili kako navode njemački pravници za nasljedno pravo građenja kako ono dolazi na mjesto zemljišta.⁶⁵ Pogotovu se pravo građenja i trajno pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu nisu mogla uspoređivati s pravom vlasništva. Pravo korištenja radi građenja bilo je izvan prometa, a trajno pravo korištenja se u pravnom prometu kretalo samo zajedno s pravom vlasništva (i raspolaganja) na građevinskom objektu kao pretpostavka za autonomnost građevinskog objekta, a ne zato da bi se pomoću njega u prometu realizirala vrijednost građevne čestice, odnosno prisvajala gradska renta, koja po zakonu pripada društveno-političkoj zajednici (općini).⁶⁶

Prema tomu što se pravo korištenja radi građenja konstituiralo radi zadovoljavanja neke individualne ili obiteljske potrebe - prisvajanje uporabnih svojstava stvari (građevne čestice) radi izgradnje odgovarajućeg građevinskog objekta (najčešće obiteljske stambene zgrade) i po tome što se ovo pravo nije moglo otuđiti, naslijediti i oteretiti, ono bi se moglo usporediti s osobnom služnošću, posebice s pravom uporabe. Međutim, postoji bitna razlika između toga prava i te osobne služnosti. Osobna služnost ovlašćuje titulara za posjedovanje i korištenje tuđe stvari, ali pri tome ne dira u njeno

⁶¹ Spaić, V., *Stvarno pravo*, Sarajevo, 1962., str. 292.

⁶² Božović, S., *Eksproprijacija stvarnih služnosti i zakupa*, Naša zakonitost, 1970., br.1. str. 40.

⁶³ Nacrt radne grupe Ministarstva finansija i ekonomije, Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, Beograd, juni 2006., umjesto ustanove prava građenja, uvodi novu ustanovu "službenost građenja", i kao "stvarnu službenost građenja za potrebe povlasnog dobra" i kao pravo osobe da za svoje potrebe na tuđoj "nepokretnoj stvari" ima u svojini zgradu ili njen deo, kao i da upotrebljava i koristi delove poslužnog dobra potrebne za vršenje svojine na zgradi odnosno njenom delu" (čl. 347. st. 1.). Ove služnosti odstupaju od građanskopravnih klasičnih služnosti i još više od prava korištenja radi građenja i trajnog prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu.

⁶⁴ Tako i Nacrt radne skupine Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH/ Republike Srpske od 16. 12. 2005. (čl. 300.–315.) koji je objavljen u Zborniku radova, Četvrto međunarodno savjetovanje, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Neum, 16., 17. i 18. lipnja 2006., Pravni fakultet Sveučilišta, Mostar, 2006.

⁶⁵ Vidi: §11. njemačke Uredbe o nasljednom pravu građenja (1919), i §§ 1. i 6. austrijskog Zakona o pravu građenja. Ring, J., op.cit. uz paragraf 11 Uredbe o nasljednom pravu građenja.

⁶⁶ Zato po sustavu društvenog vlasništva nije uživao sudsku zaštitu ugovor o davanju u zakup trećoj osobi dijela izgrađene katastarske čestice radi obavljanja obrtničke djelatnosti. Time bi se, naime, omogućilo prisvajanje gradske rente: VSBIH, Rev- 373/82 od 31. svibnja 1983., Bilten Vrhovnog suda BiH, br. 3/83., str. 7., br. 3.

sućanstvo⁶⁷- *salva rerum substantia*, to je bitno obilježje svih osobnih služnosti u građanskopravnim sustavima kontinentalne Europe.⁶⁸ Pravo korištenja radi građenja naprotiv ovlašćivalo je titulara upravo da promijeni dotadašnju namjenu zemljišta, koje nije pripadalo drugom subjektu (vlasniku), već je društveno dobro na komu nitko nije imao pravo vlasništva niti ga može steći. Građevinsko zemljište namijenjeno je za izgradnju, ali se ta namjena faktički realizirala tek s izgradnjom, a sve dotle ono se moglo koristiti prema prijašnjoj namjeni, pa i kao poljoprivredno zemljište, ako se time nije onemogućavalo privođenje urbanističkoj svrsi. Naprotiv, imatelj osobne služnosti nije mogao graditi na zemljištu na kojem je imao pravo plodouživanja ili pravo uporabe, čak ni onda kada je to zemljište predviđeno za izgradnju građevinskog objekta, koje bi on ili vlasnik zemljišta mogao imati u vlasništvu. Uostalom, osobne služnosti prestale su s podruštvoavljenjem zemljišta,⁶⁹ pa je isključeno da bi se mogle iznova konstituirati nakon podruštvoavljenja. Građanskopravne klasične služnosti su prava koja ograničavaju tuđe pravo vlasništva. Pravo korištenja radi građenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu je pravo koje pripada određenoj fizičkoj ili pravnoj osobi pomoću kojega ona ostvaruje svrhu građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu u skladu s zakonskim propisima prostornog uređenja, izgradnjom odgovarajuće zgrade.

Trajno pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu nije se moglo usporediti sa stvarnom služnošću "nasloniti teret svoje zgrade na tuđu zgradu" (§ 475. st. 1. t. 1. OGDZ-a), jer ta služnost predstavlja ograničenje prava vlasništva na tuđoj nekretnini, dok je trajno pravo korištenja bilo u funkciji realizacije svrhe društvenog vlasništva na građevinskom zemljištu.

Trajno pravo korištenja bilo je donekle slično stvarnoj služnosti, koja je razdvajala zemljište u društvenom vlasništvu od pripatka ili priraštaja pogona (gospodujućeg dobra) koji se nalazio na drugom povlasnom zemljištu. Postojale su, međutim i dvije razlike. Prvo, pravo služnosti razdvajalo je od zemljišta građevinski objekt koji je bio pripadak ili priraštaj glavne stvari, a koja se nalazila na drugom zemljištu, dok je trajno pravo korištenja razdvajalo od zemljišta samo to povlasno dobro – samostalni građevinski objekt. Drugo, pravo služnosti nije prestajalo po sili zakona, ako bi propala glavna stvar, a ostao priraštaj, odnosno pripadak, koji je odvajala od zemljišta, jer bi u protivnom građevinski objekt (naprava, uređaj) koji je bio priraštaj odnosno pripadak pogona (glavna stvar) postao priraštaj "opterećenog" zemljišta. Pravo služnosti nije prestajalo ni ako bi propao priraštaj, odnosno pripadak, jer bi u tom slučaju imatelj glavne stvari imao pravo ponovno podignuti naprave koje su bile priraštaj te stvari, odnosno njihov pripadak. Naprotiv, trajno pravo korištenja prestajalo je s propašću ili uklanjanjem građevinskog objekta kao samostalne stvari.

Trajno pravo korištenja je bilo, kao što je naprijed izloženo, toliko usko vezano uz pravo vlasništva (raspolaganja) na građevinskom objektu, da je bez toga prava bilo nemoguće pravno razdvajanje trajnog građevinskog objekta od zemljišta kao samostalnog objekta prava vlasništva niti bi se taj objekt bez trajnog prava korištenja mogao nalaziti u sredstvima (imovini) društvenopravne osobe kojoj pripada kao investitoru ili po bilo kojoj drugoj pravnoj osnovi. S druge strane, bez građevinskog objekta nije bilo ni trajnog prava korištenja. Ono je nastajalo s građevinskim objektom i trajalo je dok je postojao građevinski objekt, odnosno dok taj objekt zadržava svojstvo trajnosti

⁶⁷ §§ 504. OGDZ-a.

⁶⁸ U nekim europskim pravnim sustavima, međutim postoji ustanova specifičnog prava služnosti građenja na tuđem zemljištu, kako samostalnih zgrada tako i naprava i uređaja (pertinencija), koja je ipak bliža pravu građenja nego klasičnim stvarnim služnostima, npr. u švicarskom pravu (art. 675. i 779. Code civil suisse). Tako i u radnom nacrtu Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije (čl.347.-357.), tiskan u publikaciji Ka novom stvarnom pravu Srbije/ Auf dem Wege zu einen neuen Sachenrecht Serbiens, „izdanje“ Njemačke organizacije za tehničku suradnju (GTZ) GmbH – Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Europu – Pravna reforma, Beograd 2007, a izrađen je pod vodstvom Prof. V. Vodinićića.

⁶⁹ Čl. 50. Zakona o nacionalizaciji najmanih zgrada građevinskih zemljišta koji je stupio na snagu 6.12.1958.;Vidi: Finžgar, A., Službenosti i založna prava na društvenim sredstvima, Pravni život, br. 3., 1979., str. 52-53., gdje su citirani propisi o negašenju stvarnih služnosti i u slučaju podruštvoavljenja po drugim osnovama: agrarna reforma, arondacija i konfiskacija, za razliku od osobnih služnosti koje prestaju s prijenosom nekretnina (zemljišta zgrada) u društveno vlasništvo.

kao pretpostavke za priraštaj koji neutralizira trajno pravo korištenja. Dakle, trajno pravo korištenja i pravo vlasništva (raspolaganja) na građevinskom objektu bili su u korelativnom odnosu. Ova se teza potvrđuje u slučaju podruštvovljenja građevinskog zemljišta na kome postoji trajna zgrada, jer se tada po samom zakonu konstituira trajno pravo korištenja bez obzira prenosi li se istovremeno zgrada u društveno vlasništvo ili ostaje u privatnom vlasništvu.

Trajno pravo korištenja se konstituira i u slučaju kada se zgrada prenosi u društveno vlasništvo s kojom se po sili zakona prenosi u društveno vlasništvo i zemljište. Jer zgrada u društvenom vlasništvu ne može stajati na zemljištu u privatnom vlasništvu. Pravo vlasništva (raspolaganja) na zgradu i trajno pravo korištenja na zemljištu, ma koliko usko bili međusobno povezani i uslovljeni, imali su svako svoj objekt. Objekt trajnog prava korištenja bila je građevna čestica u društvenom vlasništvu, dok je objekt prava vlasništva (raspolaganja) – bio samostalni trajni građevinski objekt. Ovaj pravni dualitet proizlazi iz načela po kome se građevinsko zemljište ne može otuđiti iz društvenog vlasništva, a samostalna zgrada (građevinski objekt) može.⁷⁰⁷¹

8. Pravna priroda privremenog prava korištenja

Privremeno pravo korištenja ovlašćivalo je bivšeg vlasnika podruštvovljenog neizgrađenog građevinskog zemljišta da se koristi tim zemljištem od podruštvovljenja do deposediranja u načelu prema dotadašnjoj namjeni. Ovo ovlaštenje nije ostatak prava „dojučerašnjeg“ vlasnika, već originalno pravo koje je nastalo po samom zakonu u trenutku prisilnog podruštvovljenja neizgrađenog građevinskog zemljišta. Privremeno pravo korištenja je rezultat dviju kontradiktornih pravnih činjenica: prisilnog podruštvovljenja građevinskog zemljišta i pravne zapreke za prisilno deposediranje bivšeg vlasnika sve do nastanka mogućnosti za privođenje zemljišta urbanističkoj namjeni ili do dobrovoljne predaje zemljišta općini. U tom razdoblju, koje bi trajalo po nekoliko godina, a ponekad i više desetljeća, bilo je društveno neopravdano lišiti neposrednog posjeda prijašnjeg vlasnika, odnosno daljnjeg korištenja zemljištem, jer je bilo u društvenom interesu da se zemlja obrađuje ili koristi za druge dopuštene korisne namjene. S druge strane, s deposediranjem nastala bi obveza općine plaćanja naknade za zemljište, a tu obvezu općine nisu mogle izvršiti odjednom zbog nedostatka sredstava koja se pribavljaju ustupanjem zemljišta na korištenje radi građenja. Zemljište se, međutim, u načelu nije moglo predati budućem stjecatelju prava korištenja radi građenja dok se ne bi uredilo za građenje, a zbog ograničenih sredstava i neposrednih potreba uređivalo se parcijalno. Za ustupljeno zemljište, pored naknade za uređenje i doprinosa za korištenje stjecatelj prava korištenja radi građenja, plaćao je općini naknadu u iznosu koji je općina plaćala prijašnjem vlasniku.

Budući da je izražavalo i osiguravalo realizaciju ekonomskog interesa pojedinca, prisvajanjem uporabne vrijednosti neizgrađenog građevinskog zemljišta do privođenja svrsi, privremeno pravo korištenja bilo je tipično imovinsko pravo. Imalo je neke vanjske karakteristike prekarističnog prava (na prvi pogled se čini da traje do opoziva), ali se bitno razlikovalo od prekarija (obveznog prava). Prije svega, to nije bilo izmoljeno pravo, već je nastalo po sili zakona, a njegova egzistencija (trajanje i prestanak) nije zavisila od volje nekog drugog imovinskopravnog subjekta, nego od nastanka zakonskih pretpostavki za deposediranje, koje je po službenoj dužnosti utvrđivao općinski organ vlasti, a ne općina kao društvenopravna osoba. Deposediranje nije bio akt raspolaganja općine kao društvenopravne osobe, nego akt upravljanja skupštine općine, dakle javne vlasti. Objekt privremenog prava korištenja nije bila prestacija (kao kod prekarija, posudbe ili nekog drugog obveznog prava), tj. obveza vlasnika, nego stvar - podruštvovljeno neizgrađeno građevinsko zemljište. Ono je, stoga stvarno pravo.

⁷⁰ Čl.1.st.2. i 3. ZPZZ – a, odnosno čl.3.st.2. i 3. ZPN SRBiH.

⁷¹ Simonetti, P., Pravo korištenja na građevinskom zemljištu, Informator, Zagreb, 1985., str.193.216.

Međutim, privremeno pravo korištenja nije bilo stvarno pravo na tuđoj stvari, kao npr. osobne služnosti (pravo plodouživanja ili pravo upotrebe - *usus*) jer se njime nije ograničavalo pravo nekog drugog subjekta kao što te služnosti ograničavaju pravo vlasništva - stvarno pravo na tuđoj stvari, već naprotiv privremeno pravo korištenja izražavalo je i štيتilo pojedinačni interes koji je bio u skladu s društvenim interesom: da se zemljište obrađuje ili na drugi dopušten način iskorištava.

Općina koja je po zakonu upravljala građevinskim zemljištem nije mogla imati neki drugi interes koji bi bio u koliziji s širim društvenim interesom, a kad bi takav interes i postojao, po pravilu ne bi uživao pravnu zaštitu. Sukob interesa eventualno bi nastao tek u trenutku kada nastanu zakonske pretpostavke za privođenje zemljišta urbanističkoj namjeni, ali taj sukob se razrješavao deposediranjem, tj. prisilnim prestankom privremenog prava korištenja ili konstituiranjem prava korištenja radi građenja u korist prijašnjeg vlasnika na temelju prvenstvenog prava. Prema tomu, do nastanka pretpostavki za deposediranje, odnosno za prestanak privremenog prava korištenja to pravo nije bilo u koliziji s interesima općine sve dotle dok su se interesi općine podudarali s općim društvenim interesom, pa se nisu ograničavala prava općine na to zemljište.

Bitna karakteristika privremenog prava korištenja je što je i ono, kao uostalom i ostala prava korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu (pravo korištenja radi građenja i trajno pravo korištenja), pravo uporabe, a ne pravo vrijednosti - pravo koje je davalo ovlaštenje da se prisvaja uporabna vrijednost stvari, odnosno prirodna svojstva zemljišta, a ne pravo koje je davalo ovlaštenje da se u pravnom prometu prisvaja gradska renta, zbog čega je ono bilo izvan prometa, osobno pravo, koje se moglo prenijeti samo na bračnog druga, potomke, usvojenike, roditelje i usvojitelje (čl. 24. ZGZ-a SR BiH iz 1986.).⁷²

9. Pravna priroda prava stvarne služnosti

Pravo stvarne služnosti na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, kao i pravo stvarne služnosti na zemljištu u privatnom vlasništvu, ima dvije odlike: ono je pravo na tuđem zemljištu (poslušno dobro); ono pripada svakodobnom vlasniku (kao i nositelju prava korištenja zemljišta u društvenom vlasništvu) povlasne nekretnine.

Pravo stvarne služnosti razlikovalo se od ostalih prava korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, odnosno od prava korištenja i raspolaganja neizgrađenim građevinskim zemljištem koje se, do privođenja urbanističkoj namjeni, nalazilo u sredstvima određene društvenopravne osobe. Specifična razlika između prava stvarne služnosti i prava korištenja građevinskog zemljišta bila je što je pravo služnosti stvarno pravo na "zemljištu u društvenom vlasništvu" na kojem ima pravo korištenja druga osoba ili se ono nalazilo u "sredstvima" druge društvenopravne osobe koja je na tom zemljištu imala pravo korištenja ili pravo raspolaganja. Iz ovoga proizlazi da je pravo stvarne služnosti bilo ograničeno pravo i da je ograničavalo pravo drugog ovlaštenika, odnosno mogućnost korištenja kada je opterećena zemljišna čestica bilo sredstvo društvenopravne osobe. Druga, ovlaštenik prava stvarne služnosti je vlasnik povlasne nekretnine odnosno ovlaštenik osnovnog prava na nekretnini u društvenom vlasništvu.

⁷² Čl.10. ZGZ-a iz 1974.

10. Zajednička odlika prava korištenja radi građenja, trajnog prava korištenja, privremenog prava korištenja i prava služnosti na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu

Pravo korištenja radi građenja, trajno pravo korištenja, privremeno pravo korištenja i pravo služnosti na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, iako se ne mogu poistovjetiti s klasičnim stvarnim pravima na tuđoj stvari, jer ne ograničavaju tuđe privatno pravo vlasništva na zemljištu, već su to bila prava na nekretnini na kojoj je negirano privatno pravo vlasništva, koja su imala obilježja samostalnih stvarnih prava.

Pravo stvarne služnosti – ako bi pripadalo vlasničkopravnom subjektu nositelju privremenog prava korištenja, prava korištenja radi građenja ili trajnog prava korištenja izgrađenog zemljišta, jednako kao i ova prava korištenja tih osoba na tom zemljištu – bilo je imovinsko stvarno pravo i to bez obzira na to je li opterećivalo zemljište na kojem postoji pravo korištenja vlasničkopavnog subjekta ili zemljište koje se nalazilo u sredstvima društvenopravne osobe, pa i zemljište na kojem je isključivo općina imala pravo upravljanja i raspolaganja. Stvarnopravno obilježje sva tri prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu i pravo stvarne služnosti proizlazilo je iz činjenice što je objekt toga prava - stvar (zemljišna čestica), a ne prestacija (obveza), zbog čega njegova egzistencija nije ovisila od promjene subjekata u pravnom odnosu (ovlaštenika povlasnog ili poslužnog dobra). Upravo je zbog toga njegova temeljna karakteristika bila neposrednost, kao što je to bila karakteristika i ostalih stvarnih prava. Iz tog obilježja proizlazila je druga karakteristika, a to je da je ono djelovalo prema svima. Na ovu drugu karakteristiku nadovezivalo se načelo publiciteta, koje se ostvarivalo upisom u zemljišnu ili drugu javnu knjigu u koju su se upisivala prava na nekretninama.

Specifična odlika prava stvarne služnosti imatelja prava korištenja građevne čestice u društvenom vlasništvu jest što je ona bila u akcesornom odnosu ne samo prema pravu korištenja (privremeno pravo korištenja, pravo korištenja radi građenja, trajno pravo korištenja), odnosno prema pravu raspolaganja društvenopravne osobe neizgrađenim građevinskim zemljištem do privođenja urbanističkoj namjeni, nego i prema pravu raspolaganja općine na povlasnom dobru. Zbog toga pravo služnosti nije prestajalo prestankom prava korištenja radi građenja, što predstavlja praktičnu vrijednost, jer prilikom zasnivanja prava korištenja radi građenja u korist druge osobe nije se moralo ponovo osnivati pravo služnosti.

Pravo služnosti je inače po svojoj općoj prirodi pravo uporabe tuđe stvari te je isključena mogućnost prisvajanja gradske rente tim pravom. Po toj karakteristici pravo služnosti se svrstava, u širem smislu, u prava korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu.

Sažetak

Tijekom povijesti rimskog prava sve do suvremenog superficijarnog prava i prava građenja, odnosno njemačkog nasljednog prava građenja oblikovale su se različite pravne ustanove prava imati vlastitu zgradu na tuđem zemljištu, nasuprot načelu superficies solo cedit. Ovaj tekst se ograničava, međutim, samo na najpoznatije suvremene pravne ustanove uključujući i ustanove prava korištenja radi građenja i trajnog prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu. Ovaj kratak prikaz, izrađen na temelju šireg istraživanja pokazuje sličnosti i razlike između prava na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, superficijarnog prava i prava građenja odnosno njemačkog nasljednog prava građenja. Suvremeno superficijarno pravo jednako kao i pravo građenja odvajaju zgradu od zemljišta kao posve samostalnu nekretninu, ali ne privlače zgradu kao pravo građenja, koje sa zgradom čini neraskidivo pravno jedinstvo jer ne postoji pravo koje bi moglo razdvojiti zgradu od prava građenja kao što pravo građenja odvajaju zgradu od zemljišta. Pravno

jedinstvo zgrade i i prava građenja nema iznimke. Na temelju ovog uvida dolazi se do spoznaje da se trajno pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu u hrvatskom i bosanskom pravu (pravu entiteta BiH) moglo pretvoriti samo u pravo građenja koje se spaja s pravom vlasništva (suvlasništva) na zgradu odnosno posebne dijelove zgrade.

Ključne riječi: pravo korištenja, superficijarno pravo, pravo građenja, pravo vlasništva.

I

**NOVI RAZVOJ U OBLASTI GRAĐANSKOG
PRAVA U ZEMLJAMA JUGOISTOČNE EVROPE**

Prof. Dr. Slobodan Perović

Osnivač Universitas Iuris Naturalis Copanici,

Predsednik Saveza udruženja pravika Srbije i Republike Srpske

NOVI RAZVOJ U OBLASTI GRAĐANSKOG PRAVA U ZEMLJAMA JUGOISTOČNE EVROPE

Kratak istorijski pregled. – U vremenu postojanja Jugoslavije (1918–1941) na njenoj teritoriji postojalo je šest režima primene građanskog prava, i to: 1) na području Hrvatske važio je Austrijski građanski zakonik 1811. god. (u noveliranom i izvornom izdanju zavisno od pojedinih regiona); 2) na području Crne Gore važio je Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru od 1888. god. (delo Valtazara Bogišića); 3) na području Srbije važio je Srpski građanski zakonik od 1844. god.; 4) na području Vojvodine važilo je mađarsko pravo koje je bilo pod jakim uticajem Austrijskog građanskog zakonika; 5) na teritoriji Bosne i Hercegovine primenljiv je Austrijski građanski zakonik u pogledu obligacionog i stvarnog prava, dok je u oblasti porodičnog i naslednog prava važilo šerijatsko pravo kao i običajno pravo; 6) na području Makedonije (posle Balkanskih ratova) važio je Srpski građanski zakonik od 1844. god.

Posle Drugog svetskog rata svi pravni propisi, a time i oni iz oblasti građanskog prava, bili su ukinuti, što znači da su izgubili pravnu snagu, čime je prekinut pravni kontinuitet sa pravom predratne Jugoslavije. To je učinjeno donošenjem Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. god. i za vreme neprijateljske okupacije od 25. oktobra 1946. god. (Službeni list FNRJ, br. 86 od 25. oktobra 1946. god.). Prema ovom zakonu sudovi su mogli da rešavaju građanskopravne odnose na osnovu uopštenih pravnih pravila koja nisu u suprotnosti sa novim društvenim i pravnim poretom.

Kod takvog stanja stvari, odmah posle Drugog svetskog rata (1946, 1947. i sl.) neki delovi građanskog prava bili su regulisani posebnim zakonima kao što su zakoni iz oblasti porodičnog prava (Osnovni zakon o braku, Zakon o starateljstvu, Zakon o usvojenju, Zakon o odnosima roditelja i dece), a zatim (1955) uređena je oblast naslednog prava (1955). Oblast obligacionog prava bila je samo delimično regulisana (npr. materija o zastarelosti potraživanja) sve do 1978. god. kada je donesen Savezni zakon o obligacionim odnosima. Što se tiče svojinskih odnosa doneseni su tzv. revolucionarni zakoni koji su se odnosili na nacionalizaciju određenih objekata pojedinih privrednih grana kao i nacionalizaciju građevinskog zemljišta i stambenog prostora pod zakonom određenim uslovima. Sve navedene oblasti građanskog prava bile su regulisane u kontekstu saveznog i republičkog zakonodavstva pod uslovima i na način kako je to bilo predviđeno ustavima SFRJ kao i drugim zakonodavstvom.

Postojeće stanje zakonodavstva u oblasti građanskog prava

Opšti građanski zakonik. – Kada je u pitanju Opšti građanski zakonik u sadašnjem zakonodavstvu u zemljama jugoistočne Evrope treba konstatovati činjenicu da Opšti građanski zakonik danas u ovim zemljama postoji samo u Albaniji, koji je stupio na snagu 1994. godine (ranije je postojao Građanski zakonik 1929. i 1981. godine). Ovaj zakonik se sastoji od 1168 članova i podeljen je na više delova kao što su: opšti deo; svojina; nasledstvo; obligacije, i drugi srodni instituti.

U svim drugim zemljama Jugoistočne Evrope danas ne postoji opšti građanski zakonik, već su pojedini delovi građanskog prava regulisani posebnim zakonima.

Međutim, kada je reč o aktuelnom radu na izradi Opšteg građanskog zakonika treba konstatovati da je u Republici Srbiji taj rad u toku na osnovu Odluke Vlade Republike Srbije o obrazovanju Komisije za izradu Građanskog zakonika (Službeni glasnik RS, br. 104/06 i 110/06). U daljem izlaganju o rezultatima ovoga rada biće više reči.

Pored rada na Opštem građanskom zakoniku u Republici Srbiji potrebno je takođe konstatovati činjenicu da je Vlada Republike Makedonije 28. 12. 2010. godine donela Odluku o formiranju Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Makedonije (br. 51-7683/1) i imenovala članove te komisije. Ova odluka je objavljena u "Služben vesnik na Republika Makedonija".

U drugim zemljama jugoistočne Evrope (Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Crna Gora) nisu formirane komisije za izradu opšteg građanskog zakonika, što ne znači da pravna teorija i praksa nije otvorena za razmišljanje u tom pravcu.

Kada je reč o izradi Građanskog zakonika za Republiku Srbiju ovde se navodi samo nekoliko motiva koji govore u prilog donošenja Građanskog zakonika.

Polazeći od postojećeg stanja zakonodavstva u oblasti građanskopravnih odnosa, ustanovljene sudske prakse i razvijene pravne teorije, stvoreni su svi neophodni uslovi za kodifikaciju građanskog prava u obliku Građanskog zakonika Republike Srbije, za čije donošenje je ustavni osnov neosporan.

Svakako, rad na izradi Građanskog zakonika ne svodi se samo na prostu recepciju postojećih posebnih zakona u ovoj oblasti i njihovo tehničko uobličavanje u smislu kodeksa. On bi, pre svega, trebalo da obuhvati analizu postojećih zakonskih rešenja, njihovo osavremenjivanje i dogradnju, a naročito njihovo usklađivanje, kako međusobno, tako i sa savremenim tekovinama civilizacije prava, pravne prakse i pravne teorije, opšte i naše. Zato je neophodno odgovarajuća zakonska rešenja u ovoj oblasti usaglasiti sa rešenjima ratifikovanih međunarodnih konvencija, kao i drugim međunarodnim standardima, a naročito sa pravom Evropske unije, gde je u toku rad na izradi Građanskog zakonika EU, rad koji se neće okončati u neposrednoj budućnosti, ali koji bi svakako bio u paralelnoj optici rada na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije. Pojedina rešenja u ovoj oblasti trebalo bi usaglasiti sa čitavim sistemom smernica koje dolaze iz Evropske unije, a koje se odnose na sasvim konkretna pitanja iz ove oblasti prava. To je danas fakt, ne samo sa zemljama članicama Evropske unije, već i sa onim zemljama koje se nalaze na putu ka članstvu u Evropsku uniju, gde se nalazi i Republika Srbije i njen pravni sistem.

Srbija je danas jedna od retkih zemalja koja početkom XXI veka nema svoj građanski zakonik, što je teško razumeti ako se zna da je ona bila među prvim evropskim zemljama koje su još u XIX veku imale Građanski zakonik. Građanski zakonik treba doneti, ne samo zbog urgentne potrebe, već i zbog opšteg stanja našeg prava, njegove istorije i kulture, kao i zbog značajnog koraka ka vladavini pravne sigurnosti. Naime, svaka kodifikacija u oblasti građanskog prava, već samim svojim postojanjem uveličava bogatstvo pravne zajednice i doprinosi stabilnosti pravnih ustanova. To predstavlja jedan od neophodnih uslova konstitucije pravne države. Ona omogućava svim pravnim subjektima, kako građanima, tako i pravnim licima da na jednom mestu imaju korpus svih građanskih subjektivnih prava.

Ako se počne od činjenice da su sve kodifikacije privatnog prava na evropskom kontinentu bile prožete tekovinama pravne nauke, i da su one, upravo u vremenu pojave tih kodifikacija i njihovog oživotvorenja u praksi, doživljavale zapažen progres, onda nema razloga da bude drugačije i sa kodifikacijom građanskog prava u Republici Srbiji.

Uzimajući u obzir rezultate pravne nauke i rešenja komparativnog prava, ta kodifikacija ne bi smela da preraste u prepreku daljeg razvoja prava, posebno autonomnog prava privrednih subjekata, opasnost koja se iskazuje već iz samog pojma kodifikacije kao čvrstog zakonodavnog okvira. I zbog toga kodifikatorski akt treba da zadovolji dve naizgled antinomne težnje: da učvrsti već izgrađene odnose jedne koherentne celine doprinoseći većem poštovanju načela pravne sigurnosti, ali i da istovremeno ne zatvara put daljoj evoluciji građanskog prava i stalnom usavršavanju pravnog poretka u celini, već naprotiv, da tu evoluciju podstiče.

Potrebe prakse, naročito privredno-poslovne prakse, brzo se menjaju pod uticajem različitih faktora (državni intervencionizam, finansijsko tržište, nadsacionalne asocijacije), a naročito pod uticajem naglog tehničkog razvoja koji donosi nove načine komuniciranja i nove sadržaje građanskopravnih odnosa. Sve to govori u prilog stanovištu da se prilikom izbora pojedinih rešenja kao posledice ove ili one teorije, mora voditi računa o potrebama praktičnog života, jer se i kodeks, kao i svaki drugi zakon, donosi upravo radi tog realnog i što kvalitetnijeg i humanijeg života, a ne radi zadovoljenja neke teorije koja ne odgovara tim zahtevima. Otuda je potrebno učiniti zajednički napor da kodifikacija građanskog prava, ne samo u njenom nastanku, već naročito u vremenu njene primene i oživotvorenja u praktičnom svetu, doprinese ostvarivanju očekivanih rezultata.

Komisija je do sada objavila četiri knjige koje su posvećene pojedinim oblastima Građanskog zakonika. Tako, Komisija je novembra 2007. godine objavila I knjigu „Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije“ – Izveštaj Komisije sa otvorenim pitanjima, u tiražu od 1300 primeraka, na 407 stranica štampanog teksta. Tekst je dostavljen nadležnim organima, pravnim i privrednim institucijama i zainteresovanim pojedincima, radi što potpunijeg informisanja najšire javnosti, a u cilju podsticanja stručne diskusije u postupku iznalaženja što boljih zakonskih rešenja u budućem Građanskom zakoniku Republike Srbije. Radi toga, tekst je objavljen i na elektronskoj prezentaciji Ministarstva pravde.

Taj izveštaj Komisije, pored okvirnog sadržaja budućeg Građanskog zakonika, obuhvatio je otvorena pitanja sa osnovnim argumentima i alternativama, kao i moguća normativna rešenja u pojedinim oblastima građanskopravnih odnosa.

Prva knjiga Komisije je pobudila interesovanje i pozitivne reakcije pravničke javnosti, ne samo u Republici Srbiji, već i u inostranstvu, naročito u zemljama Evropske unije i bivšim jugoslovenskim republikama, sada samostalnim državama.

Druga knjiga je objavljena 2009. godine i ona obuhvata obligacione odnose sa brojnim alternativama kod pojedinih predloženih rešenja. Knjiga je publikovana na 450 stranica u tiražu od 1.000 primeraka sa dopunskim tiražom od 400, sa ukupno 1436 članova.

Predloženi tekst, sa brojnim alternativama i napomenama uz određene članove, predstavlja normativnu ilustraciju zakonskih rešenja o kojima će se Komisija naknadno opredeliti u skladu sa rezultatima stručne javne rasprave koja je usledila nakon objavljivanja tog teksta.

Kao osnova za izradu teksta, sasvim razumljivo, poslužio je važeći Zakon o obligacionim odnosima koji u pravnom poretku Republike Srbije uspešno funkcioniše već više od 30 godina i koji je od domaće i inostrane pravničke javnosti pozitivno ocenjen. Njegova vitalnost i funkcionalnost potvrđeni su, ne samo u poslovnoj praksi, već i u najširoj primeni u sudskoj i vansudskoj praksi.

Komisija je nastojala da taj važeći zakonodavni akt usavrši i dopuni, ne samo na osnovu analize bogate višedecenijske prakse i savremenih tendencija, pre svega, u evropskoj komparativnoj legislativi, već i u skladu sa potrebama i racionalnim zahtevima savremenog pravnog života.

Po svom obimu, predložene promene su znatne u odnosu na važeći Zakon o obligacionim odnosima.

Ilustracije radi, navode se najznačajnije promene:

1. Unete su definicije o najvažnijim institutima, kao što su: obligacioni odnosi; privredni ugovori; krivica; šteta; opasne stvari; opasne delatnosti i bitne povrede ugovora.
2. Dopunjene su odredbe o: zaključenju ugovora; zastupanju; pregovorima; ponudi; predugovoru; tumačenju ugovora i opcionom ugovoru.
3. Razrađene su odredbe o tumačenju ugovora i o prokuri, kao najširem i specifičnom poslovnom punomoćju.
4. Iznete su različite varijante o dejstvu promenjenih okolnosti (klauzula rebus sic stantibus).
5. Znatno su proširena zakonska rešenja o odgovornosti za prouzrokovanu štetu (pre svega, odredbe o odgovornosti privrednih subjekata; države i drugih subjekata javnih ovlašćenja; lekara i drugog medicinskog osoblja). Posebno su razrađene odredbe o odgovornosti za štetu od životinja, građevina, motornih vozila, terorističkih akata, javnih demonstracija, sportskih i drugih manifestacija.
6. Predviđeno je pravo privrednih subjekata i drugih pravnih lica na novčanu naknadu štete zbog povrede poslovnog ugleda.
7. Značajne novine unete su u oblasti naknade neimovinske štete u slučaju povrede zaštićenih prava ličnosti (Ustavom zagarantovanih prava ličnosti, kao i prava zagarantovanih opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima).
8. Razrađena je zakonska materija o hartijama od vrednosti.
9. Predložena su rešenja o ispunjenju obaveza, kao najvažnijem načinu prestanka obligacija (na primer: ovlašćenje trećeg lica da primi ispunjenje, red uračunavanja ispunjenja, odbijanje zadocnelog ispunjenja, dejstvo dužnikove docnje).
10. Dopunjena su rešenja o kompenzaciji.
11. Formulirane su odredbe o kumulativnim i alternativnim obavezama.
12. Regulirani su ugovori koji do sada nisu bili zakonski regulirani, kao što su: poklon; posluga; ortakluk; ugovor o čuvanju sportne stvari (ugovorni sekvestar); prodaja sa pravom otkupa i ugovor o saradnji u poljoprivredi.
13. Da bi se ocenila celishodnost unošenja (kao imenovanih) novih ugovora autonomnog privrednog prava, u tekstu su razrađene odredbe o: franšizingu; faktoringu; forfeitingu i ugovoru o distribuciji.
Komisija posebno očekuje izjašnjavanje stručne javnosti o potrebi zakonskog regulisanja tih ugovora.
14. Takođe su, kao alternativne mogućnosti, formulirane i odredbe o: izdavačkom ugovoru i lizingu.
15. Značajne dopune su izvršene i kod ugovora o: prodaji; građenju; prevozu; licenci; trgovinskom zastupanju; organizovanju putovanja; jemstvu; osiguranju i reosiguranju.
16. Posebno je razrađen deo o bankarskim ugovorima i drugim bankarskim poslovima.

Pojedini ugovori su prethodno bili objavljeni u I knjizi Komisije (kao na primer: ugovor o osiguranju). Međutim, u knjizi su objavljeni, jer su korigovani ili prošireni na osnovu prispelih sugestija, najnovijih smernica EU i novih saznanja iz poslovne prakse.

Komisija je juna 2011. godine objavila III knjigu Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije koja obuhvata porodične odnose u tiražu od 600 primeraka, str. 144, sa ukupno članova 382. Knjiga obuhvata sledeće ustanove: brak, odnosi deteta i roditelja, usvojenje, hranjenišтво, starateljstvo, izdržavanje, imovinski odnosi, zaštita od nasilja u porodici i posebni postupci u porodičnopravnim sporovima. Sadržane su značajne novine važećeg Porodičnog zakona, u skladu sa savremenim tendencijama u evropskom uporednom pravu, usvojenim međunarodnim konvencijama i sa naučnim saznanjima i stečenim iskustvom u primeni tog zakona u sudskoj i upravnoj praksi.

Ilustracije radi, navodimo sledeće najznačajnije pravne institute iz oblasti porodičnih odnosa koji su regulisani, razrađeni ili inovirani tim delom Prednacrt Građanskog zakonika:

1. Unete su odredbe o podsticanju rađanja dece;
2. Poboljšana su rešenja koja se odnose na vanbračnu zajednicu;
3. Razrađene su i dopunjene odredbe o zaključenju i prestanku braka;
4. Predloženo je uvođenje crkvene forme braka (uz predlog za promenu Ustava);
5. Inovirane su odredbe o odnosima roditelja i dece i usklađene sa Konvencijom UN o pravima deteta (npr. zabranjeno je fizičko kažnjavanje deteta i sl.);
6. Predložene su potpuno nove odredbe o materinstvu i očinstvu u slučaju začeca uz biomedicinsku pomoć, kao i o ugovoru o rađanju za drugog (tzv. surogatu materinstva);
7. Dopunjena su zakonska rešenja o pravima deteta pod roditeljskim staranjem;
8. Novelirana su zakonska rešenja o vršenju i prestanku roditeljskog prava i predloženo uklanjanje mogućnosti produženja roditeljskog prava, i umesto toga, u cilju bolje zaštite interesa deteta, stavljanje deteta pod starateljstvo;
9. Razrađene su odredbe o usvojenju, posebno o usvojenju od strane stranog državljanina;
10. Predloženo je omogućavanje zasnivanja nepotpunog usvojenja;
11. Inovirana su zakonska rešenja o zasnivanju, dejstvu i prestanku starateljstva;
12. Poboljšana je pravna zaštita štíćenika;
13. Precizirane i razrađene su odredbe o izdržavanju i imovinskim odnosima supružnika, kao i članova porodične zajednice;
14. Predloženo je formiranje alimentacionog fonda u cilju zaštite dece čiji roditelj-dužnik izbegava plaćanje izdržavanja;
15. Korigovana su važeća zakonska rešenja koja se odnose na sudske i upravne postupke u vezi sa porodičnopravnim sporovima.

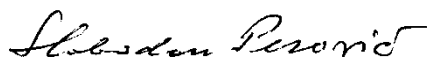
Najveći broj predloženih novina formulisan je u obliku alternativnih predloga, što će u predstojećoj stručnoj javnoj raspravi omogućiti lakše izjašnjavanje o tim predlozima i doprineti iznalaženju što boljih finalnih zakonskih rešenja.

Komisija je decembra 2011. godine objavila IV knjigu Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije koja je posvećena ustanovi nasleđivanja kao delu Građanskog zakonika u tiražu od 600 primeraka, str. 106, sa ukupno članova 243.

Sadržane su brojne izmene i dopune kao i alternativna rešenja naročito u pogledu sledećih pitanja: osnovi nasleđivanja, sposobnost za nasleđivanje, nedostojnost za nasleđivanje, pravna priroda prava na nužni deo, isključenje iz prava na nužni deo, naslednopravni tretman poklona, pojam zaveštanja kao i mnoga alternativna rešenja kod pojedinih vrsta zaveštanja, uslovi i rokovi, ugovor o nasleđivanju, mere zaštite domaćih naslednika i druga brojna pitanja koja su predložena uz postojeća zakonska rešenja.

Komisija radi na preostalim delovima Građanskog zakonika (opšti deo i stvarno pravo) tako da će sa šest objavljenih knjiga Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije najširoj pravničkoj i drugoj javnosti učiniti dostupnim obuhvaćenu materiju Opšteg građanskog zakonika, i posle javne diskusije i učinjenih sugestija, Komisija će izaći sa mogućim izmenama i dopunama postojećeg teksta. Opšti deo Građanskog zakonika treba da obuhvati osnovna načela, subjekte građanskog prava (fizička i pravna lica), pravne poslove, uslove i rokove, zastupanje, vršenje i zaštitu građanskih prava, zastarelost potraživanja kao i druga srodna pitanja izvedena iz osnovnih pitanja Opšteg dela. U pogledu svojine i drugih stvarnih prava biće regulisana pitanja: pojam, sticanje i zaštita svojine, stvarne i lične službenosti, založno pravo, državljanstvo, prava inostranih lica u pogledu sticanja svojine i druga srodna pitanja koja proizlaze iz osnovnih pitanja u materiji stvarnog prava. Sve ovo u smislu aktualiziranja mnogih rešenja koja sadrži postojeći Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa (Sl. list SFRJ, br. 6/80 i 36/90, Sl. list SRJ, br. 29/96 i Sl. glasnik RS, br. 115/2005).

Komparativni pregled. – Kada je reč o opštem građanskom zakoniku u zemljama Jugoistočne Evrope već je rečeno da jedino Albanija ima Opšti građanski zakonik (1994) dok druge zemlje Jugoistočne Evrope opšti građanski zakonik nemaju, ali zato je materija građanskog prava u ovim zemljama regulisana posebnim propisima koji su koncentrisani u velikom broju posebnih zakona kojima se regulišu sasvim konkretna pitanja iz oblasti građanskog prava. Tako, kada je u pitanju svojina i druga stvarna prava, u svim zemljama Jugoistočne Evrope postoje zakoni koji regulišu široku oblast svojinskih odnosa i drugih stvarnih prava, a istovremeno postoje i brojni zakoni koji su komplementarni sa svojinskim zakonima. Isti je slučaj i sa obligacionim odnosima, porodičnim odnosima i naslednopravnim odnosima. Što se tiče obligacionih odnosa u većini zemalja Jugoistočne Evrope u velikom delu preuzeta su rešenja iz Saveznog zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Pri tome značajne su i modifikacije pojedinih rešenja kao i unošenje nekih ustanova koje nije poznao ovaj zakon, kao npr.: poklon, posluga, ortakluk, doživotno izdržavanje, odgovornost za štetu od životinja, odgovornost za štetu od građevina, odgovornost proizvođača stvari sa nedostatkom (usaglašavanje sa direktivama EU), naknada deliktne i ugovorne štete zbog povrede prava ličnosti, predugovorna odgovornost, sklapanje ugovora elektronskim putem, novi ugovori u oblasti autonomnog trgovačkog prava kao što su: lizing, franšizing, faktoring, ugovor o distribuciji i drugi srodni ugovori iz ove oblasti građanskopravnih odnosa.



Prof. dr Slobodan Perović

АКТУЕЛИЗАЦИЈА СИСТЕМАТИЗОВАЊА ПРАВИЛА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У РЕГИЈИ ЈУГОИСТОЧНЕ ЕВРОПЕ

Апстракт

У чланку се излаже питање односа грађанскоправне теорије и законодавне праксе на подручју грађанског права. Предмет излагања је систематизовање правила и прописа грађанског права, а посебно облигационог права и теоријске могућности и законодавна одређења у новом грађанском законодавству у Југоисточној Европи.

Кључне ријечи: систем облигационог права, систематика закона, грађански законик, грађанскоправна теорија

Увод

У овом раду желимо испитати домашај процеса законодавних промјена и актуелног процеса прилагођавања грађанских законодавстава земаља Југоисточне Европе праву ЕУ. Питање које се намеће јесте: да ли правну теорију и у којој мјери за нова истраживања подстичу законодавне промјене, или законодавне промјене проистичу из резултата теоријских истраживања. Уколико су законодавне промјене резултат успешних резултата теоријских истраживања, тада можемо очекивати да имамо уравнотежен и хармонизован правни систем. Уколико су законодавне промјене исхитрене и условљене политичким процесима, оне не могу бити промишљене и прилагођене нашим условима. На први поглед можемо истаћи хипотезу да у овом аспекту правног живота ситуација није идеална. Однос идеје и праксе би требао бити узајаман и реципрочан с несумњивим вођством теорије. Такав циљ готово никада није постигнут у нашој друштвено-политичкој и правној стварности и историји. Најгора варијација тог односа је када свијет идеја и теорије буде *ancilla politicae*. Да ли је однос научника-теоретичара *vis-a-vis* политике (центра власти и моћи) однос „слуге и господара”? Постоје свијетли примјери који демантују општу праксу, какви су резултати рада Копаоничке школе природног права која твори одлучан став правне науке (*scientia iuris civilis*) да се њена ријеч чује, слуша и поштује у редовима одговорних друштвених фактора и да се развије свијест да игноранција њене дјелатности и ставова шкоди пракси. Када посматрамо теорију грађанског права несумњиво су покретачи теоријских истраживања били грађански законици или процеси кодификације грађанског права европских земаља и утицај који су најважније европске кодификације вршиле и на наше право. У непосредној прошлости још увијек Скица за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића врши трајан утицај на теоријска истраживања.

Обрада теме овог чланка повезана је са активностима извођења Пројекта израде Грађанског законика Републике Македоније.¹ Садржај македонског пројекта обухвата и

¹ Влада Републике Македоније и Министарство правде Републике Македоније, Скопје, јули 2009.

излагања о кодификацијама грађанског права почевши од старих медитеранских земаља, преко европских кодификација предмодерног доба, европских модерних кодификација и кодификаторских дјела на бившем југословенском простору до парцијалне кодификације грађанског права у федералној Југославији и актуелног статуса кодификовања грађанског права у бившим југословенским републикама.² У Додатку Пројекта, међу прилозима за изразу Грађанског законика Републике Македоније, у прилозима VI и VII излаже се литература и допунска литература. Ова проблематика се обрађује и у овом чланку.

У Пројекту Грађанског законика Републике Македоније проблематизује се и актуелни статус питања кодификовања грађанског права бивших југословенских република.³ Као дио обраде овог проблема замашан посао предстоји око што потпуније инвентуре прописа, систематизованог, цјеловитог пописа прописа, са неопходним објашњењима, напоменама и коментарима укупне збирке правила цјелокупног грађанског права појединих земаља регије југоисточне Европе. Сваки такав попис без неопходних објашњења не би много значило као инструмент припреме кодификаторских радова. Као примјер и образац могуће корисне обраде овог питања представљају Вуковићева „Правила грађанских законика.“⁴ Наведени приручник, као основни стуб, садржи правила Аустријског грађанског законика и Српског грађанског законика.⁵ Као што је познато, стварањем федералне Југославије стављени су ван снаге сви окупациони прописи, како у погледу норме тако и у погледу садржине. С прописима који су затечени 6. априла 1941. на правној снази, као што је био случај са оба грађанска законика, А. г. з. и Срп. г. з., револуционарни Закон о неважности... прописао је тако што је онај дио прописа који је био супротан новом поретку стављен ван снаге и у погледу норме и у погледу садржине, а остали прописи су се могли примјењивати као „правна правила“, тј. били су стављени ван снаге само у погледу норме.⁶

Саставни дијелови класичних кодификација грађанског права не дају потпуну слику садржаја правила и прописа цјелокупног грађанског права модерних земаља. Идеја кодификације цјелокупног грађанског права, свих позитивних прописа који регулишу грађанскоправне односе је недостижан циљ и ако би се започело с његовом реализацијом ништа се друго не би створило изван механичког збира законских прописа. Кодификаторска обрада овог непрегледног материјала је подухват највишег степена обраде, стварање синтезе грађанског права је пут којим се рјеђе иде у модерним условима.

Прелиминарно истичемо да парцијална кодификација грађанског права постоји у свим бившим републикама федеративне Југославије, док су кодификаторски процеси који воде ка интегралној кодификацији започели у Републици Србији и Републици Македонији.

1. О систему правила у европским кодификацијама грађанског права

Откриће Јустинијановог законика у Западној Европи крајем XI вијека потакнуло је, посредством школе глосатора и постглосатора, проучавање Римског права на европским универзитетима с циљем изградње модела права у сагласности с правдом и рационалном

² Ibid., 21.–78

³ Ibid., 72.–81.

⁴ Правила грађанских законика/ с накнадним прописима, судском праксом, напоменама и подацима из литературе/ Приручник за праксу, науку и законодавство југословенског грађанског права, приредио др Михајло Вуковић, уз сурадњу др Мартина Ведриша и дипл. правника Ђуре Вуковића, Загреб, 1961, ИП „Школска књига“.

⁵ А. г. з. се од 29. децембра 1878. године, према наредби Аустро-угарског министарства у БиХ почео примјењивати на цијелој територији БиХ. У Србији је прво службено издање Срп. г. з. било објављено 1844. године.

⁶ Ibid., стр. IX Предговора.

теоријом природног права.⁷ Током 17. и 18. вијека приступа се кодификацији, тј. преображају споменутог модела права у позитивно право, како су то предлагали тада најпознатији универзитетски професори.⁸ То је био значајан искорак у односу на тадашње изворе права, јер су судови и пракса примјењивали као важеће право или обичајно право или канонско право или право трговаца.⁹ Кодификација је таква техника израде законодавних аката која систематски и (све)обухватно уређује читаву област друштвених односа у једном законодавном акту.¹⁰ Систематизовање и употреба у европској науци развијеног система правних појмова, правног рјечника и правних класификација обиљежје је кодификације.¹¹ Првобитна идеја кодификације била је идеја универзалности. То значи да кодификација грађанског права има универзално важење у свим државама тадашње Европе и примјену од стране свих судова у њима. У стварности тога времена догодило се нешто друго, за шта су правни писци поборници кодификације почели оптуживати саму кодификацију, тј. да је кодификација узрок нарушавања европског континенталног (римско-германског) система права и настанка законодавног национализма и позитивизма.¹²

Доношење Француског грађанског законика (С. с.) и Аустријског грађанског законика (А. г. з.) обавезало је судску праксу у Француској и Аустрији да вјерно тумачи слово тих законика, а такав приступ је подржавала и правна наука тог доба која је пошла од премисе да су у тим законима обнародоване природноправне норме преточене у позитивно право. Тако је изједначаван појам права са појмом законика. Тиме је афирмисан законски позитивизам, школа појмовне јуриспруденције у Њемачкој као и догматски ставови о праву као вољи државних управљача или владајуће класе те да изван тог и таквог права нема ни природног, ни праведног ни позитивног права.¹³

Кодификаторски замах у Њемачкој ишао је преко политике уједињења и осамостаљења Њемачке, за што су се залагали Хегел и Фихте у својим радовима.¹⁴ У основама за доношење Њемачког грађанског законика (Њ. г. з.) била је жеља професора Тибоа (*Thibout*) који је као важну претпоставку за политичко уједињење Њемачке предложио уклањање различитих територијалних права (тзв. правног партикуларизма) доношењем општег Њемачког грађанског законика. Савињи је одбацио Тибоове идеје о доношењу јединственог законика по узору на Француски и Аустријски грађански законик, већ је пошавши од рецепције римског права форматиранио у *Corpus iuris civilis*¹⁵ развио тзв. Пандектистичку школу.¹⁶

Мада су ствараоци европских кодификација грађанског права пошли од различитих премиса, природноправних, општих и непромјењивих принципа разума и правде, с једне стране, и старог римског права као извора правила за рјешавање спорних случајева, с друге стране, садржинска сличност омогућила је суштинско јединство европско-континенталног (римско-германског) система права.¹⁷ Један од творца С. с., Порталис, уочио је и исказивао

⁷ Будимир Кошутих, Увод у велике правне системе данашњице, Београд, 2002. године, стр. 53.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid., 57.

¹⁴ Ibid., 58.

¹⁵ Pandekta (грч. pán, déchesthai sadržati, pandéktés који све садржи) пл. "књиге које садрже све", главни саставни део *Corpus juris civilis*, зборник који садржи списе старијих римских писаца (који је саставило, по наредби цара Јустинијана, седамнаест правника, и који је објављен 16. XII 533. са законском снагом); такође: име које обухвата целокупно римско грађанско право и предавања о њему; уп. Digesta.

¹⁶ Будимир Кошутих, нав. дјело, стр. 58.

¹⁷ Ibid., 59.

однос између стварања и примјене права који представља битно обиљежје европско-континенталног права.¹⁸ Законодавац мора утврдити принципе за примјену, а не нудити рјешења сваког посебног питања. Законодавна вјештина је да обликује принципе, а судија ове принципе оживотворује, проширујући их на посебне случајеве мудро и рационално вјештином примјене права.¹⁹ Тако су творци С. с. материји одговорности посветили свега пет чланова, а стваралачка примјена није присиљавала законодавца 200 година да мијења и допуњује законик.²⁰ Планиол није критиковао систематику С. с. која је наслиједила систематику права из Гајевих институција и Јустинијановог кодекса.

Материја грађанског права је у С. с. подијељена на уводни дио, књигу прву – лица (статусно, брачно и породично право), књигу другу – ствари и друга ограничења својине (стварно, облигационо и наследно право) и књига трећа – различити начини стицања својине (грађански судски поступак). Планиол је ову систематику бранио аргументима да научна систематика одговара научном дјелу или уџбенику, али није неопходна па чак ни корисна за законик. Законик није за подучавање студената већ за примјену од стране образованих и искусних правника практичара. Стога је Планиол сматрао да је довољно да материја у законнику буде изложена јасно и адекватно, а не сходно строго утврђеним научним правилима. Стварно и облигационо право из С. с. важеће је и дан данас. Овај законик је афирмисао принцип слободе уговарања и одговорности на основу кривице, што је постигнуће непролазне вриједности.²¹

Њемачки грађански законик је продукт историјске правне школе која је обликовала појмове и систематику законика, посебно „општи дио“ који прожима све посебне дијелове законика.²² Историјска правна школа је инспирисала Пандектистичку правну школу за коју је правни систем затворен поредак институција, идеја и принципа развијених из римског права. Примјена права је механичка и логична те даје рјешења за сваки проблем логичком методом из датих принципа и појмова. То је метод појмовне јуриспруденције.²³ Творци Њ. г. з. су 2.385 параграфа подијелили на пет књига: општи дио, облигационо право, стварно право, породично право и наследно право. Уводним законом додата је и шеста књига, међународно приватно право.²⁴

Швајцарски грађански законик (Ш. г. з.) сматра се једним од најмодернијих и по ријечима његовог творца Еугена Хубера предосновом будућег европског грађанског законика чија је припрема већ отпочела.²⁵ Ш. г. з. не тежи „апстрактној казуистици“ већ садржи намјерно остављене некомплетне норме, препуштајући судији да их „заврши“ користећи се стандардима рационалног и праведног.²⁶ Одредба члана 1. Ш. г. з. постулира улогу судије у примјени права и прописује да ако нема одредбе у Законику судија одлучује у складу с обичајним правом, а ако у њему нема правила, у складу са нормом коју би сам донио да је у улози законодавца, узимајући у обзир прихваћену доктрину и традицију.²⁷ На тај начин је усвојен метод слободног судијског истраживања права који је у својој сјенци оставио школу појмовне јуриспруденције и егзегетичку правну школу.²⁸

¹⁸ Ibid., 64.

¹⁹ Ibid., 65.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid., 66.

²² Ibid., 69.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid., 70.

²⁵ Ibid., 71.

²⁶ Ibid., 73.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid., 74.

Савремени процеси европеизације и глобализације као компоненте транзиције поставили су дилему: да ли би традиција *ius commune* требала потиснути регуле и принципе римског права односно њихов утицај на савремено грађанско право. Ова дилема се јавила из разлога што је савремена западноевропска теорија покренула активности на изучавање средњовјековног права како би тзв. *ius commune* средњег вијека послужило као парадигма за ново *ius commune* савремене уједињене Европе. Сматра се прихватљивим становиште да је *ius commune* само једна карика, која до сада није довољно истражена, која спаја античку правну мисао о заједничким основама праведног правног поретка са савременим тежњама одржавања „стуба правде“ у вртлогу савремених, материјализованих и комерцијализованих процеса европеизације и глобализације.²⁹ Поред тога, запажа се значај судских преседената у савременом европском праву, које преседентно право све више ствара на европском, а не само националном нивоу. Западне земље су развијале овај систем примјене и стварања права за вријеме када су бивше социјалистичке земље задржавале систем у којем је судија примјењивао право *stricti iuris*, па у томе касне педесет година, јер за то вријеме нису пратиле модернизацију извора права у земљама Западне Европе. Поједини аутори сматрају да право Југоисточне Европе треба да сустигне право Западне Европе по питању мјеста и улоге преседентног права.³⁰ Прихватљиво је да се ново *ius commune Europaenum* ствара на засадима античке римске и грчке мисли, а не на *ius commune* средњег и раног новог вијека.³¹ Постизање основног циља права, остваривање правде и правичности према датим могућностима, ослања се на основне принципе римског права као бране од опасности уске специјализације и правног позитивизма, јер право није скуп параграфа независан од друштвених вриједности и циљева.³²

Извори Аустријског грађанског законика (А. г. з.) 1811. године су римско право, учење природног права и идеје просвјетитељства, али је Нацрт припремио *Franz von Zeiller*, судија и професор природног права на Универзитету у Бечу. АГЗ слиједи институциони систем. Први дио Законика уређује лица, правну способност, женидбено право, родитељско право и туторство; други дио ствари (реална права на стварима-посјед, својину, залог и служност, а у персонална права уврштава уговоре и право на накнаду штете).

Србијански грађански законик, једини цјеловити зборник грађанског права у правној историји Србије, донесен је 1844. године, на почетку процеса националног ослобађања, уједињавања и еманципације српског народа. Био је међу првима у тадашњој Европи (Француски ГЗ 1804, Аустријски ГЗ 1811, Холандски ГЗ 1838). Србијански ГЗ је еклектички трансплант претежно преузимањем одредби Аустријског ГЗ, уз присутан утицај Француског ГЗ, римског и обичајног права.

Француски грађански законик из 1804. године, који је, такођер, утицао на Србијански ГЗ, подијељен је у 4 дијела: увод, књига прва – о лицима, књига друга – о имовини и књига трећа – о стицању имовине. Извори Француског ГЗ су били: римско право о одговорности, законском наслеђивању и имовинском праву, канонско право о браку, а канонско право о личним и имовинским односима брачних супружника, краљевске уредбе о регистарским књигама рођења, вјенчања и смрти и поклонима, револуционарно право за брачно и заложно право, као и учења правних теоретичара, *Puffendorfa*, *Wolffa*, *Ferriera* и *Bourjona*.

У основи систематике АГЗ и С. с. је институциони систем који води поријекло из римског права (Гајеве институције) који грађанско право дијели на: 1) лица, 2) ствари (имовину) и 3)

²⁹ Др. сц. Магдолна Сич: Трајне вредности римског права, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 43, 3–4/2006., стр. 385.

³⁰ Ibid., 394.

³¹ Ibid., 398.

³² Ibid., 399.

тужбе. Пандектни систем примијењен у Њемачком ГЗ (1896) израстао је из учења њемачких правних теоретичара оног времена и дијели грађанско право на: 1) општи дио, 2) облигационо право, 3) стварно право, 4) породично право и 5) наследино право.

У нас се теорија грађанског права дијели и излаже кроз: 1) општи дио, 2) стварно право, 3) облигационо право и 4) наследино право. Породично право је, у досадашњем систему права, било изван система излагања предмета Грађанског права.

Занимљиву систематику имао је Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору из 1888. године (ОИЗ). У трећи дио ОИЗ сврстано је оно што се у модерном праву назива правила о именованим уговорима („о куповини и другим главнијим врстама уговора“ разврстано у двадесет раздјељака. Дио четврти ОИЗ носи наслов: „О уговору уопште, као и о другим пословима, дјелима, приликама од којих дугови потјечу“. Ријеч је о изворима облигација, тј. општим правилима за поједине изворе почевши од уговора (о постојању уговора, о вршењу уговора, о последицама неизвршења или неисправном извршењу уговора, о особитим одредбама или углавцима који могу бити у уговору), затим о дуговима који долазе од недопуштених дјела, а уговора се не тичу, о дуговима који потјечу од различитих послова, дјела и прилика (обећању које се огласом чини и о незваном вршењу туђих послова, о дуговима од неоправданог користовања туђим). Потом се излажу правила о преношењу дугова и о престајању дугова. Систематика ОИЗ је занимљива, јер почиње уводним правилима, након којих долази стварно право, па облигационо право, а затим статусни дио о субјектима имовинског права. Ово је супротно систематици која се промовише у модерној теорији грађанског права која излаже правила од општег према посебном, док је ОИЗ пошао од посебних према општим правилима. Како истичу коментатори³³ „Општим имовинским закоником први пут у историји модерне кодификације биле су из појма грађанског права, не рачунајући неке екстерне одредбе, искључене области брака, старатељства, диобе и наслеђивања, а садржај грађанског законика сведен на општи дио, одредбе о лицима, стварна права и уговоре.“

Упркос развијеној судској пракси из времена примјене тзв. „стarih правних правила“ грађанских законика систематизовање норми грађанског права у времену је ишло другачијим правцем. Југославија, за вријеме свог државно-правног битисања, није донијела кодификацију грађанског права, него је посебним законима обрадила основне гране грађанског права, с изузетком општег дијела који је остао расут у низу закона. Тако, нпр. правила облигационог права садржана у нормама Закона о облигационим односима/78 не насланају се ни на А. г. з. нити Срп. г. з., већ на трговачке обичаје (Узансе) и модерне законе (ШЗО) односно међународне правне изворе (Хашки једнообразни закон за међународну продају робе). Овим путем се и данас настоји ићи у области кодификовања грађанског права, тј. да се узимају у обзир међународни и европски правни извори, као што је Конвенција УН о међународној продаји робе (ЦИСГ), Принципи европског облигационог права (ПЕЦЛ), Директива о продаји потрошачких роба и Приједлог уредбе о европском облигационом праву. Али, проблематика извора превазилази оквир ове теме.

Наставни планови и програми Правних факултета у Југославији као и државама насталим њеном дисолуцијом дијелили су наставни предмет под називом Грађанско право на: Увод у грађанско право³⁴ или Општи дио грађанског права.³⁵ Посебно се издвајало Стварно

³³ Томица Никчевић: Општи имовински законик у историји кодификације права у Црној Гори, у књизи: Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, на Цетињу у државној штампарији 1888, фототипско издање, „Обод“, Цетиње, 1980, стр. 12.

³⁴ Гамс, Андрија/Ђуровић, Љиљана, Увод у грађанско право, Научна књига, Београд, 1990; Станковић, Обрен/Водинелић, Владимир, Увод у грађанско право, Номос, Београд, 1996.

³⁵ Спаић, Војислав: Грађанско право, Општи дио и стварно право, Универзитет у Сарајеву, Сарајево, 1971.

право као nastavni предмет или nastavna јединица у оквирима nastavnog предмета Грађанско право.³⁶

Интеракција између теорије и праксе као и дилеме у домену теоријске и законске систематике материје Грађанског права нису окончане.

2. О систему правила облигационог права

Закон о облигационим односима из 1978. године материју облигационих односа расподјељује у два дијела. Први дио је општи дио и садржи: начела (Глава I); општа правила за све изворе облигационих односа, тј. облигационе односе који настају из основа уговора, проузроковање штете, стицања без основа, пословодства без налога и једностраних изјава воље (Глава II); дејства обавеза (Глава III); престанак обавеза (Глава IV), разне врсте обавеза (Глава V) и промјене субјеката у облигацији (Глава VI). Други дио Закона о облигационим односима насловљен „Уговори“ садржи именоване грађанскоправне и привредноправне, трговачке, уговоре. Трећи дио Закона уређује сукоб закона, а четврти прелазне и завршне одредбе.

Проф. др Слободан Перовић је бираним ријечима у „Скици за један портрет“, указао на лик и дјело творца научне кодификације облигација и уговора, професора Михаила Константиновића, који је од Скице за законик о облигацијама и уговорима створио залиху „општих правних правила“ којима су судови годинама попуњавали правне празнине и прије доношења Закона о облигационим односима, али и након тога. У наведеном тексту професор Перовић истиче да је од 1969. до 1978. године Скица професора Константиновића, као права постојбина спасоносних „општих правних правила“ играла улогу изворишта права у домену облигација у ондашњој судској пракси. Али, у условима законодавног вакуума, судови, као одговорна тијела за примјену и дистрибуцију права, морали су се довијати због инсуфицијенције правних прописа за рјешавање облигационоправних спорова. Правна правила су била спасоносно помагало које је омогућавало да се право остварује и без постојања одговарајуће законске норме. Како свједочи професор Перовић, у судским пресудама, из разумљивих разлога није стајало да је спорна ствар пресуђена на основу одговарајуће одредбе Скице професора Константиновића, већ је стајало да се она пресуђује на основу одговарајућег „правног правила“, што је ствар технике и форме изражавања (као што је и данас случај када суд нема прописа), али не и суштине ствари. Овај однос и међузависност правила и прописа играо је значајну улогу кроз историју нашег грађанског права.

Скица за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића као зборник правила има једноставну систематику и састоји се од двије књиге; у првој су облигације, а у другој уговори. Књига прва садржи слиједеће дијелове: дио први, настанак обавеза, зборно је мјесто за све облигације из свих признатих извора облигација (уговора, проузроковања штете, неоснованог обогаћења, незваног вршења туђих послова, пословодства без налога и једностраних изјава воље). Дио други садржи дејство обавеза, трећи, престанак обавеза, четврти, разне врсте обавеза и пети, промјену повјериоца или дужника. Књига друга садржи именоване уговоре.

Др Лазар Марковић, професор Правног факултета у Београду аутор је огромног опуса, заправо cjелокупног система Грађанског права, књиге Општег дијела и стварног права, књиге Породичног права, и Насљедног и Облигационог права, чиме је, према оцјени академика С. Перовића, створио теоријски систем грађанског права, уникум у домаћој

³⁶ О. Станковић-М. Орлић: Стварно право, Београд, 1989.

правној литератури.³⁷ Облигационо право, пронађено случајно као рукописна заоставштина Лазара Марковића, објављена је у едицији „Класици југословенског права“, као дио његовог система класичног грађанског права, садржи општи и посебни дио. Општи дио обухвата: општа разматрања о тражбинама, садржину чинидбе, извршење чинидбе. Потом се излажу извори облигација које Л. Марковић назива „постајање дуговних односа“: уговор и заснивање обавеза једностраним правним послом. Након тога излаже о субјектима облигација и промјенама субјеката облигације, а општи дио завршава излагањем о престанку дуговних односа. Посебни дио обрађује обавезе из појединих уговора и обавезе без уговорног основа (дуговне односе из пословодства без налога, из неоснованог обогаћења, недопуштених радњи и из заједнице ствари и права).

Проф. др Љубиша Милошевић³⁸ заснива свој систем излагања у уџбенику Облигационог права на Биљешкама проф. др Владимира Капора са предавања проф. др Михаила Константиновића о облигационом праву.³⁹ Уџбеничка систематика професора Љ. Милошевића састојала се од успостављања баланса између општег и посебног дијела излагања о Облигационом праву. Извори облигационих односа садржани су у општем дијелу. Након уводних излагања, излаже се Први дио – извори постанка облигација (облигациони уговори, проузроковање штете као извор облигација, обогаћење без правног основа – правно неосновано обогаћење као извор облигација, незвано вршење туђих послова као извор облигација, једностране изјаве воље као извор облигација, закон и разни други правни акти као извор облигација). Други дио садржи излагања о дејству облигација, трећи о престанку облигација, четврти о множини субјеката и објеката у облигацији (сложена облигација) и пети дио о промјенама субјеката у облигацији. Посебни дио уџбеника професора Милошевића, Облигационо право чини Посебни дио у којем излаже поједине именоване облигационе уговоре. Уџбенички систем излагања професора Љ. Милошевића оцијењен је од стране професора М. Бартоша у поменутом Предговору, као излагање позитивног права, а не као преглед футуристичких погледа на правни систем, гдје професори позитивног права у великој мјери иду испред законодавства и излажу својим студентима и читаоцима као право оно што они заступају, оно што они желе, а не оно што стварно чини садржину позитивноправног система права.⁴⁰

Занимљива је систематика коју је изложио проф. др Стојан Цигој у Посебном дијелу Облигационог права који је обухватио поједине правне односе и који је назвао: „Контракти ин репарације“.⁴¹ У првом дијелу овог уџбеника обрађени су именовани облигациони уговори. У другом дијелу, као репарације, обрађене су поједине одштетне облигације (одговорност лица у радном односу, одговорност за штетни догађај, тј. само проузроковање штете, штете с обзиром на предмет и посебни случајеви обогаћења (верзије, кондикције и гестије)).

Проф. др Оливер Антић⁴² у уџбенику подијељеном у седам књига излаже општи дио Облигационог права. Прва књига садржи теорију облигација и обухвата сва питања од појма до престанка облигације. Књига друга – Уговори, садржи општу теорију облигационог уговора, Књига трећа – проузроковање штете, четврта – стицање без основа / правно неосновано обогаћење, пета – пословодство без налога, шеста – једнострану изјаву воље, а седма – закон

³⁷ Лазар Марковић: Облигационо право, Београд, 1997. „Службени лист СРЈ“.

³⁸ Облигационо право, Београд, „Научна књига“ 1977. година.

³⁹ Оп. цит., стр. 3. према Предговору проф. др Милана Бартоша.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Објављено у Љубљани, 1979.

⁴² Облигационо право, Београд, 2008., Правни факултет Универзитета у Београду и „Службени гласник“.

и друге правно релевантне чињенице које непосредно путем закона представљају изворе облигација.

Др. Живомир С. Ђорђевић и др Владан С. Станковић, професори београдског Правног факултета у свом заједнички писаном уџбенику⁴³ систематизују излагање Облигационог права на Први дио – Увод, који обухвата основне појмове облигационог права, други дио – обрађује изворе облигационих односа (уговор, једнострану изјаву воље, проузроковање штете, правно неосновано обогаћење, пословодство без налога и закон као извор облигација). Трећи дио обрађује дејство облигација, четврти – промјену субјеката у облигационоправном односу, пети – обезбјеђење облигација и шести – престанак, гашење, облигација.

Проф. Др. Слободан Перовић, академик, у свом уџбенику⁴⁴ излаже уз општа питања Облигационог права и општу теорију уговора. Изложена је материја тзв. Опште теорије уговора а затим поједини именовани уговори. Како професор С. Перовић сам наговјештава у „Напомени уз IV издање“, цјелокупна материја облигационог права треба да се обради у двије књиге. У првој књизи обрађена су питања опште теорије облигација (општи појмови, подјела и извори облигација), а затим цјелокупно уговорно право, како општи тако и посебни дио уговорног права. Друга књига требала би да обухвати остале изворе облигација (проузроковање штете, стицање без основа, пословодство без налога, једностране изјаве, као и питања дејства и престанка облигација).

Структура уџбеника проф. др Гале Галева и проф. др Јадранке Дабовић-Анастасовске састоји се од пет дијелова подијељених по главама унутар сваког дијела. Први дио обрађује појам, изворе и начела облигационог права, други дио опште учење о облигационим односима, трећи дио облигационе уговоре, како општи дио уговорног права тако и именоване облигационе уговоре, четврти дио облигационе односе настале проузроковањем штете и пети дио остали облигациони односи (неосновано обогаћење / стицање без основа, пословодство без налога и једностране изјаве воље).

Упуштајући се у рјешавање проблема система излагања правила облигационог права за потребе уџбеника⁴⁵ аутор овог чланка је систематизовао излагање цјелокупне уџбеничке грађе предмета Облигационо право према наставном програму Правног факултета Универзитета у Бањој Луци подијеливши ју у двије књиге. Прва књига је подијељена на општи и посебни дио. Општи дио садржи општа питања облигација и општа питања уговора. Посебни дио прве књиге садржи само поједине именоване уговоре. Друга књига садржи, такођер, општи и посебни дио. Сви вануговорни извори облигација у тој другој књизи добили су свој и општи и посебни дио. Материја је излагана другачије него у Закону о облигационим односима /78, чији посебни дио обухвата само именоване уговоре. Сматрао сам да за потребе уџбеничке литературе и подробнијег увида у све институте, сви извори облигација имају могућности да се изложе као општи и посебни дио. Тиме би се избјегао законски дебаланс општих и посебних правила која закон не издваја на такав начин, али оставља могућност да се поступи на наш начин.

Пратећи процесе реформисања југословенског Закона о облигационим односима запазили смо да су описана рјешења у погледу систематике правила облигационог права примијењена приликом доношења новог Закона о обвезним односима Републике Хрватске. Систематику аутори називају архитектуром законског текста⁴⁶ и она дијели законски текст на

⁴³ Облигационо право, Београд, „Научна књига“, 1986. године.

⁴⁴ Облигационо право, Београд, „Службени лист СФРЈ“, 1981. године.

⁴⁵ Проф. др Бранко Мораит, Облигационо право – књига прва, Бања Лука, 1997. г.

⁴⁶ Проф. др. сц. Хрвоје Качер, Нови ЗОО – почетак или наставак, крај или...?, у Закон о обвезним односима, Инжењерски биро д. д., Загреб, липањ 2005. стр. 11.

Дио први – опћи дио који садржи као посебне главе: основна начела, судионици обвезних односа, настанак обвеза, врсте обвеза, учинци обвеза, промјене у обвезном односу и престанак обвеза. Дио други – посебни дио подијељен је у двије главе: уговорни обвезни односи и извануговорни обвезни односи. Глава која обухвата уговорне обвезне односе садржи: опће одредбе и уговоре. Опће одредбе садрже односно општа правила о уговору уопште, а уговори садрже правила о именованим уговорима. Слиједећа глава садржи пописе за извануговорне обвезне односе (узроковање штете, стјецање без основе, пословодство без налога, јавно обећање награде и вриједносне папире). Дио трећи садржи прелазне и завршне одредбе. Оваква систематика се, унеколико, приближава уџбеничкој систематици излагања какву смо примијенили у нашем приказаном приступу. Међутим, Закон о обвезним односима РХ/05 само је правила о облигацији, од начела, преко субјеката, врсти, дејства, промјена и престанка облигација, означио као општи дио. За ову систематику оно што се уџбенички излаже код нас као општа правила уговора или о уговору уопште као и поједине именоване уговоре и правила о свим законом признатим вануговорним изворима облигација сврстава у посебни дио закона. Оправдање за ове промјене структуре (архитектуре) ЗОО аутори налазе у уставном уређењу СФРЈ које је условило да савезни законодавац уреди само општи дио грађанског права, док је уређење посебног дијела остављено у надлежност федералних јединица савезне државе. Пошто се тада (1978) сматрало да одговорност за штету треба јединствено уредити, то је она смјештена у општи дио закона иако је она, традиционално, дио посебног облигационоправног уређења. Аутор истиче да, пошто уставног ограничења више нису имали, премјестили су све вануговорне облигационе односе у посебни дио, у складу са традицијом и правном теоријом.⁴⁷ Несумњиво да, по нашем мишљењу, ова систематика има оправдања изузев сврставања правила о уговору уопште у посебни дио, односно неиздвајања именованих уговора у посебни дио. И овдје постоји извјесни дебаланс систематике излагања, јер би, по нашем мишљењу, дио други могао да садржи и опште и посебне одредбе о уговорима, како је већ скицирано: Глава VIII Уговорни обвезни односи, Одјелак 1. Опће одредбе, Одјелак 2. Уговори.

Структура Скице за законико облигацијама и уговорима и данас изгледа најпрегнантнија. Скица се састоји од двије књиге: Књига прва – Облигације и Књига друга – Уговори. Књига прва – Облигације обухвата пет дијелова: дио први – настанак обавеза, и обрађује сваки признати извор облигација (уговор, проузроковање штете, неосновано обогаћење, незвано вршење туђих послова /пословодство без налога/ и једнострана изјава воље. Део други – дејство обавеза; део трећи – престанак обавеза; део четврти – разне врсте обавеза и део пети – промјена повјериоца или дужника. Књига друга- Уговори, садржи двадесет девет одјелјака у којима су обрађени именовани уговори.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије (Преднацрт), друга књига, Облигациони односи, Београд 2009. године, преузима систематику Скице за законик о облигацијама и уговорима уз извјесне измјене и допуне. Друга књига Преднацрта носи наслов: Облигациони односи (облигације). Ријеч је о једној књизи која садржи основна начела и седам дијелова. Дио први – настанак обавеза, разрађује све изворе облигација: уговор (општа правила), проузроковање штете, стицање без основа, пословодство без налога, једнострана изјава воље и хартије од вриједности. Дио други – дејства обавеза, трећи – престанак обавеза, четврти – разне врсте обавеза, пети – промјену повјериоца или дужника, шести – уговоре – у педест и двије главе и седми – банкарске послове.

Уочава се терминолошко одступање од основних термина из Скице. Умјесто термина „обвеза“ који користи Скица, Преднацрт се определијелио за термин „обавеза“ за облигацију. Мада је цијела књига Преднацрта насловљена термином „облигациони односи (облигације)“,

⁴⁷ Ibid, str. 24.

у садржају се термини облигациони однос и облигације више не употребљавају, а ни обвеза, него само обавеза. У литератури је давно запажено да обавеза није прикладан термин да означи облигацију или облигациони однос. Обавеза је општи правни термин који се користи у свим гранама права као антипод праву, кроз симбиозу права и обавезе. Облигација или облигациони однос су нешто друго. Облигација или облигациони однос је термин за јединство права и обавеза. Не видимо оправдане разлоге зашто се један општеприхваћен термин као што је „облигација“ не може одомаћити у модерном законодавству. Тачно је да Закон о обвезним односима користи термин „обвезни односи“. Међутим, и у 300/05 није досљедно кориштен термин „обвеза“, јер се користи, на пр. термин факултативне обвезе и факултативне тражбине. Ако је обвеза синоним за облигације, онда је умјесто факултативне обвезе требало стајати факултативна дуговања или дугови. Тражбина и дуг су антиподи. Обавеза или дуг су синоними. Али, обвеза је термин за облигацију, како га је правилно успоставио и употребљавао професор Константиновић.

3. Стање у Босни и Херцеговини односно Републици Српској

У најкраћем казано, Босна и Херцеговина је баштинила аустријску кодификацију, Аустријски грађански законик из 1879. године који је примјењиван као норма све до доношења Закона о неважности правних прописа... у федеративној Југославији, од када се наставила његова примјена од стране судова који су његове одредбе примјењивали као правна правила. За Хрватску, Славонију и Босну и Херцеговину остао је на снази неновелирани А. г. з. и након уједињења у Југославију (Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца) 1918. године. Федеративна Југославија од 1945. године доноси диференциран грађанскоправни систем започевши законодавни рад на доношењу посебних закона, а не законика или кодификације почевши са Законом о мјеници и Законом о чеку, преко Закона о браку, Закона о односима родитеља и дјецe, Закона о усвојењу и Закона о старатељству, Закона о насљеђивању, Закона о застарјелости потраживања, до Закона о облигационим односима 1978. и Закона о основним својинско-правним односима 1980. године. Ови основни грађанскоправни прописи су у вријеме постојања федеративне Југославије дијељени на савезне и републичке. Тако су на територији СРБиХ, ЗОО и ЗОСПО важили као савезни закони, а Породични закон из 1979. и Закон о насљеђивању из 1980. године као републички закони.

Дисолуција федеративне Југославије доводи до стварања два ентитетска правна подручја на територији Босне и Херцеговине. Грађанско законодавство, према тзв. Дејтонском уставу, припало је ентитетима. Своју законодавну надлежност, према Уставом прописаном поступку, ентитети могу делегирати на тзв. државни односно надентитетски ниво.

Република Српска је, искористивши своја уставна овлаштења, уредила грађанскоправне односе засебним законима. Од најзначајнијих грађанских закона који имају значење *lex generalis*, донесени су: Закон о стварним правима („Службени гласник РС“, 124/2008, 58/09, 14/10), Закон о насљеђивању („Службени гласник РС“, 3/2009), Породични закон („Службени гласник РС“, 54/2002), Закон о предузећима („Службени гласник РС“, 24/98), Закон о привредним друштвима („Службени гласник РС“ 127/08, 100/11), Закон о земљишним књигама („Службени гласник РС“, 67/2003 и 46/2004), Закон о катастру РС („Службени гласник РС“ 60/11), Закон о матичним књигама („Службени гласник РС“, 111/09), Закон о грађевинском земљишту („Службени гласник РС“, 112/06), Закон о уређењу простора и грађењу („Службени гласник РС“, 55/10), Закон о пољопривредном земљишту („Службени гласник РС“, 93/06, 86/07, 14/10), Закон о експропријацији („Службени гласник РС“, 112/06, 37/07, 110/08), Закон о нотарима („Службени гласник РС“, 86/04, 2/05, 74/05, 37/07, 50/10, 78/11).

Закон о облигационим односима је југословенски савезни закон са најзначајнијим измјенама извршеним 1993., које су садржински истовјетне измјенама и допунама извршеним у Републици Србији. Рад на изради новог Закона о облигационим односима заустављен је 2003. године по завршетку израде Нацрта ЗОО ФБиХ/РС. Као и у Босни и Херцеговини, тако и у осталим новонасталим државама од федералних јединица федеративне Југославије није донијета још ни једна грађанска кодификација. Недостатак законика у Босни и Херцеговини условио је да се одређени институти који уобичајено налазе своје мјесто у општем дијелу грађанског законика уђу и у споменути Нацрт ЗОО ФБиХ/РС, као што је, на пр.: правна и пословна способност, заступање, услов и рок, и др.

Тврдња да се савремено грађанско законодавство данас највећим дијелом налази у грађанским законцима, а једним мањим дијелом и у облику специјалног законодавства је, у најмању руку, за дискусију. Ова тврдња могла је одговарати XVIII и XIX вијеку у европским државама, али XX вијек није више вијек грађанских кодификација.

Посматрано на националном плану грађанско право у Босни и Херцеговини није ни кодификовано ни унификовано, док у осталим државама регије југоисточне Европе није кодификовано (осим Албаније), али јесте унификовано, јер не постоји више правних подручја у истој држави као што је то случај са Босном и Херцеговином.

Резиме

Државе настале дисолуцијом Југославије дуго су у процесу тзв. транзиције. Транзиција на подручју грађанског права обиљежена је реформаторским и кодификаторским настојањима. У чланку се испитује однос теорије и праксе, утицај теоријских ставова на креирање законодавних рјешења. Основно питање које се данас рјешава јесте да ли ићи на креирање грађанског законика или кодекса или задржати постојеће парцијално нормирање грана односно дисциплина грађанског права. У потпитање спада систем излагања облигационог права, заправо како подијелити или груписати правила облигационог права, сва за себе или у склопу грађанског законика.

II

ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE

ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE/NEsAOBRAZNOST ROBE U KUPOPRODAJNIM UGOVORIMA U ZEMLJAMA JUGOISTOČNE EVROPE U POREĐENJU SA RJEŠENJIMA EVROPSKOG PRAVA¹

1. Uvod

U zemljama sljednicama bivše SFRJ (dalje i: zemlje sljednice) je odgovornost prodavca za materijalne nedostatke ispunjenja obaveze uređena u osnovi na isti način već od 1978. godine, budući da su odredbe bivšeg saveznog Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. (dalje i: ZOO ex-SFRJ)² prvobitno bile preuzete u svim državama nastalim disolucijom bivše SFRJ. Nakon toga su u onim državama u kojima su doneseni novi zakoni koji uređuju obligacione odnose u principu u pogledu prodavčeve odgovornosti zadržana gotovo ista rješenja. Takođe je i Građanski zakonik Albanije (dalje: AlbGZ)³ u primjeni već skoro 20 godina. Budući da se generalno radi o jednoj klasičnoj temi obligacionog prava, moglo bi se početi od toga da je ova tema, barem u bivšim jugoslovenskim zemljama, s obzirom i na obimnu komentatorsku literaturu, već dovoljno istražena.

Mjerodavni zakoni koji uređuju obligacione odnose u zemljama nastalim disolucijom bivše SFRJ reguliraju u principu općenito ugovor o prodaji, naime neovisno od toga ko su ugovorne strane, sa određenim izuzecima u pogledu B2B ugovora (ugovora u privredi). U nekima od ovih zemalja kao i u Albaniji u pogledu potrošačkih ugovora *sedes materiae* nalazi se u posebnim zakonima koji reguliraju zaštitu potrošača; prilikom donošenja tih zakona o zaštiti potrošača, ove su zemlje implementirale (više ili manje uspješno) Direktivu o nekim aspektima prodaje potrošačkih dobara i pratećih garancija (dalje: Direktiva o potrošačkoj prodaji ili Direktiva 1999/44/EZ)⁴. U drugim zemljama je implementacija Direktive 1999/44/EZ provedena tako što su njene odredbe inkorporirane u zakone koje u tim zemljama reguliraju obligacione odnose, tako da opća pravila o odgovornosti prodavca sadrže neke izuzetke u pogledu B2C ugovora (potrošačkih) ugovora. Ovo je pitanje bilo sveobuhvatno istraženo i predstavljeno u okviru Prvog Civil Law Forum-a održanog u Cavtatu 2010 godine.⁵

Bez obzira na prethodno rečeno, ovo pitanje ne samo da nije izgubilo nimalo od svoje relevantnosti već je naprotiv dobilo nove impulse, kako na regionalnoj, tako i na razini Evropske Unije. Prije svega, odredbe zakona koji reguliraju obligacione odnose u ovim zemljama nisu više identične (u nekim zemljama su određene promjene uzrokovane inkorporiranjem odredaba o potrošačkim

¹ Osnova za ovaj uporednopravni izvještaj su bili nacionalni izvještaji sačinjeni od strane **Aide Gugu, LL.M** (Albanija), **mag. Almedine Šabić** (BiH), **Dr. Hano Ernsta** (Hrvatska), **Dr. Nede Zdraveve**, (Makedonija), **Marka Jovanovića, LL.M** i **mag. Milena Đorđević** (Srbija). Prilikom pisanja ovog komparativnog izvještaja postavilo se dosta pitanja, koja nisu bila uzeta u obzir prilikom koncipiranja upitnika tako da sljedstveno tome nacionalni izvještaji nisu u tom pogledu ni mogli ponuditi odgovore. Ta su pitanja mnogo više elaborirana u pogledu pravnih poredaka zemalja sljednica bivše SFRJ nego u pogledu Albanije, što je jedino posljedica činjenice da izvori na albanskom jeziku nisu bili dostupni autoru ovog rada. Stavovi i zaključci izneseni u ovom radu su lični stavovi autora, a ne nacionalnih izvještalaca.

² Službeni list SFRJ 29/78, 39/85, 46/85, 45/89, 57/89.

³ Zakon br. 7850 od 29.7.1994., Službeni list Republike Albanije 11/94.

⁴ OJ L 1999 171, 7.7.1999.

⁵ Vidi više u Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, First Regional Conference, Cavtat, Vol. III, 2010, str. 413 – 518.

prodajama u zakone koji reguliraju obligacione odnose kao što je to npr. slučaj sa Hrvatskom i Crnom Gorom). Osim toga, zakonske odredbe o zaštiti potrošača se u svakom slučaju razlikuju kako međusobno tako i u odnosu na opće zakonske odredbe o ugovornim obligacijama. Iz tog razloga, poređenje regulative u ovim zemljama je još uvijek interesantno.

Ovo je pitanje dobilo dodatne impulse zahvaljujući zakonodavnoj aktivnosti na EU razini. To se primarno odnosi na Direktivu 2011/83/EU Evropskog parlamenta i Savjeta od 25. oktobra 2011. o pravima potrošača, kojom se mijenja Direktiva Savjeta 93/13/EZ i Direktiva 1999/44/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta i stavlja van snage Direktiva Savjeta 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta (dalje: Direktiva o pravima potrošača ili Direktiva 2011/83 EU)⁶ kao i na Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Savjeta o Zajedničkom evropskom pravu prodaje COM/2011/635 final (dalje: ZEPP) od 11. oktobra 2012.

Nijedna od zemalja regiona nije trenutno članica EU i shodno tome je obavezna na implementaciju Direktive 2011/83/EU u mjeri i u vremenskom okviru koji je određen pojedinim Sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju koje su ove zemlje zaključile (dalje: SSP). Direktiva 2011/83 EU unosi novine više u pogledu obaveza informiranja i opoziva ugovora od strane potrošača nego što na novi način uređuje odgovornost prodavca. Ova Direktiva ne mijenja materijalne odredbe Direktive 1999/44/EZ u pogledu prava potrošača za slučaj nesaobraznosti robe. Pitanja odgovornosti prodavca su tako još uvijek regulirana Direktivom 1999/44/EZ – stoga će se ovaj rad fokusirati na ovu Direktivu.

Član 8a Direktive 1999/44/EZ, koji je nedavno uveden Direktivom 2011/83/EU, propisuje zahtjeve u pogledu podnošenja izvještaja od strane zemalja članica. U slučaju da zemlja članica prihvata veći nivo zaštite od onog koji je predviđen u članovima 5(1) i 7(1) Direktive 2011/83/EU, ta zemlja članica je obavezna da o tome obavijesti Komisiju. To je logična konsekvencija činjenice da je u Direktivi 2011/83/EU prihvaćen pristup maksimalne harmonizacije kako je to propisano članom 4. Budući da zemlje Jugoistočne Evrope nisu članice EU, postavlja se pitanje, da li su i ove zemlje obavezne da učine isto? Odgovor bi trebao biti sadržan u svakom pojedinom SSP, ali to nije predmet ovog rada. Na ovom mjestu treba primijetiti da članovi 5(1) i 7(1) Direktive 2011/83/EU predviđaju veoma visok nivo informacijskih obaveza u potrošačkim ugovorima i neki od ovih zahtjeva se sigurno odnose na obavezu prodavca da isporuči stvari bez nedostatka (npr. članovi 5(1) (a), (i), (l) Direktive 1999/44/EZ⁷).

Pošto se Uredbe Evropske Unije ne primjenjuju direktno u zemljama Jugoistočne Evrope, čak i ako bi Uredba o Zajedničkom evropskom pravu prodaje bila usvojena, ugovorne strane u ovim zemljama ne bi bile u mogućnosti da optiraju za njegovu primjenu. Čini se da poređenje rješenja u regionu i onih u ovom Prijedlogu nije relevantno za praksu. Ipak, iz akademske perspektive postoji značajan interes u kompariranju regionalne regulative sa onom iz ovog opcionalnog instrumenta kao i sa Principima evropskog ugovornog prava – Principle of European Contract Law (PECL) i Nacrta zajedničkog referentnog okvira – Draft Common Frame of Reference (DCFR).

Cilj ovog rada je da uporedi rješenja o odgovornosti prodavca sadržana u zakonima koji reguliraju opće ugovorne odnose u zemljama Jugoistočne Evrope kao i saglasnost tih rješenja sa zakonskim okvirom Evropske Unije. Ovo poređenje može dati odgovor koja je metoda implementacije potrošačkog *acquis*-a koji regulira odgovornost prodavca primjerenija za ove zemlje (metoda kodifikacije ili inkorporacije). Osim toga, rezultati ove komparativne analize bi mogli takođe dati odgovor na pitanje koliko "evropski" su odista određena opća pravila ugovornog prava u ovim zemljama.

⁶ OJ L 2011, 304/64.

⁷ Ove odredbe reguliraju obavezu prodavca da informira kupca o osnovnim karakteristikama robe, da pruži informaciju u slučaju da potrošač treba da snosi troškove povrata stvari kao i informaciju koja sadrži podsjetnik o postojanju zakonske odgovornosti za saobraznost robe.

2. Zakonski okvir

Zemlje Jugoistočne Evrope mogu biti podijeljene u nekoliko grupa prema različitim kriterijima.

Prije svega, na jednoj strani su one zemlje sljednice bivše SFRJ, u kojima značajan uticaj ima Zakon o obligacionim odnosima bivše SFRJ a na drugoj strani je Albanija. Oboje ZOO ex-SFRJ i albanski Građanski zakonik sadrže obimne i razrađene odredbe o odgovornosti prodavca za nesao-braznost robe.⁸

U većini zemalja prve grupe koje je pomenuta već su doneseni novi zakoni o obligacionim odnosima a to su Hrvatska,⁹ Makedonija,¹⁰ i Crna Gora.¹¹ U Bosni i Hercegovini (dalje i: BiH) kao i u Srbiji još nisu doneseni novi zakoni koji reguliraju obligacione odnose; o njima se još uvijek primjenjuje Zakon o obligacionim odnosima bivše SFRJ. Zbog specifičnog ustavno-pravnog uređenja BiH ne postoji jedinstven zakon na državnoj razini, ali ZOO ex-SFRY se još uvijek, sa samo nekoliko amandmana više tehničke prirode, primjenjuje u oba entiteta (Federacija BiH, Republika Srpska) kao i u Brčko Distriktu BiH.¹² Ipak pravni osnov primjene ovog Zakona u ova tri sastavna dijela BiH je različit.

Osim zakona koji reguliraju obligacione odnose odnosno Građanskog zakonika u Albaniji, u svim ovim zemljama su usvojeni posebni zakoni o zaštiti potrošača¹³, koji u većini ovih zemalja takođe sadrže odredbe o odgovornosti prodavca za saobraznost prodatih stvari sa ugovorom (Hrvatska i Crna Gora predstavljaju izuzetke u ovom slučaju). Na ovaj način ove zemlje imaju dva sistema odgovornosti prodavca: jedan za B2B ugovore kao i sve ugovore koji ne mogu biti klasificirani kao B2C ugovori, i poseban sistem za potrošačke ugovore. U ovim zemljama se postavlja interesantno pitanje odnosa između odredaba općeg ugovornog prava o odgovornosti prodavca i posebnih pravila za potrošačke ugovore.

U Hrvatskoj i Crnoj Gori Direktiva 1999/44/EZ je transponirana u odredbe njihovih zakona o obligacionim odnosima koji reguliraju odgovornost prodavca općenito – obim kao i kvalitet ove transpozicije međutim nije isti u obje zemlje.¹⁴ Dok hrvatski Zakon o obligacionim odnosima isključivo sadrži odredbe o odgovornosti prodavca i Zakon o zaštiti potrošača uopće ne regulira ovo pitanje, u Crnoj Gori je odnosni set pravila podijeljen između ova dva akta. Ovakvo rješenje bi se moglo smatrati najnepraktičnijim i najnekonzistentnijim.

⁸ Vidjeti takođe kod Meškić, Z., et al., Consumer Sales Directive (99/44) in: Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, First Regional Conference, Cavtat, Vol. III, 2010, str. 518.

⁹ Narodne novine Republike Hrvatske, 33/05, 41/08.

¹⁰ Služben vesnik na Republika Makedonija 18/01, 4/02, 5/03, 84/08, 81/09 i 161/09.

¹¹ Službeni list Republike Crne Gore 47/08, 4/11.

¹² Ovaj zakon je preuzet u pravni sistem Federacije BiH (Službeni list RBiH 2/92, 13/93, 13/94, Službene novine FBiH 29/03) i takođe u pravni sistem Republike Srpske (Službeni glasnik Republike Srpske 17/93, 57/98, 39/03, 74/04). Pošto odredbe relevantne za ovu analizu nisu bile mijenjane i shodno tome se međusobno ne razlikuju, u cilju da se olakša razumjevanje ovog teksta, biće dalje upućivano na Zakon o obligacionim odnosima BiH ili ZOO BiH. U Srbiji ovaj zakon takođe nije bio bitnije mijenjan (Službeni glasnik Republike Srbije 31/93).

¹³ Albanija: Zakon o zaštiti potrošača (Zakon 9902 od 17.04.2008, Službeni list Republike Albanije No. 84/03, dalje: ZPP Alb; Bosna i Hercegovina: Zakon o zaštiti potrošača (Službeni glasnik BiH 25/06), dalje: ZPP BiH; Hrvatska: Zakon o zaštiti potrošača (Narodne novine Republike Hrvatske 79/07, 125/07, 79/09, 89/09, 78/12), dalje: ZPP Hrv; Makedonija: Zakon o zaštiti potrošača (Služben vesnik na Republika Makedonija 38/04, 77/07, 103/08), dalje: ZPP Mak; Crna Gora (Službeni list Republike Crne Gore 26/07), dalje: ZPP CG; Srbija: Zakon o zaštiti potrošača (Službeni glasnik Republike Srbije 73/10), dalje: ZPP Srb.

¹⁴ Više kod Meškić, Z., et al., op. cit., 518. i dalje.

3. Koncept nesaobraznosti robe odnosno materijalnih nedostataka u zemljama Jugoistočne Evrope i u Evropskom pravu

Jedinstven koncept povrede ugovora kakav se može naći u određenim međunarodnim izvorima prava (Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe – CISG, UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts) kao i u Evropskom ugovornom pravu, nije usvojen ni u zemljama sljednicama ni u Albaniji. Principles of European Contract Law (PECL),¹⁵ kao korpus pravila za ugovorne obligacione odnose, kao i Draft Common Frame of Reference (DCFR)¹⁶ kao gneralniji korpus pravila koji sadrži pravila za sve obligacione odnose, kao i pravni okviri koji reguliraju samo kupoprodajne ugovore (Zajedničko evropsko pravo prodaje) su bazirani na jedinstvenom konceptu neizvršenja obligacije (*non-performance*) i odgovornosti za bitnu povredu ugovora. Ovaj koncept je prihvaćen u zemljama *common law* sistema i evropskim romanskim pravnim sistemima. Nasuprot tome, Švicarska i Austrija imaju drugačiji sistem, kao što je bio slučaj i sa Njemačkom sve do modernizacije obligacionog prava u toj zemlji 2002. godine.

U pravilu se smatra da u Jugoistočnim evropskim zemljama ugovorne obaveze mogu biti povrijeđene neispunjenjem, zakašnjelim ispunjenjem, djelimičnim (i kasnim) ispunjenjem, ispunjenjem sa nedostacima i skriviljenom nemogućnošću ispunjenja. Smatra se da sve vrste povrede ugovornih obaveza imaju različit pravni osnov odgovornosti; takođe su propisane različite pretpostavke i posljedice odgovornosti.¹⁷ Sve ovdje analizirane zemlje koriste takozvani *cause approach* (kauzalni pristup), vodeći računa o različitim razlozima i konsekventno različitim posljedicama neispunjenja. Nasuprot tome, drugi pravni poreci primjenjuju uniformni koncept neispunjenja ugovora i uniformni sistem sankcija za bitnu povredu ugovora.¹⁸

Očigledno je da su odredbe zemalja sljednica bivše Jugoslavije u ovom pogledu pod uticajem austrijskog prava. Ipak, u ovom pogledu danas Austrija predstavlja prije jedan izuzetak, naročito nakon što je Njemačka takođe redefinirala svoja pravila o neizvršenju (*Leistungstörungsrecht*) u sklopu modernizacije njenog ugovornog prava 2002. godine.¹⁹ Pod uticajem CISG-a (član 25.), mnogi nacionalni pravni poreci su usvojili ovaj koncept.²⁰ Takođe su i neki pravni pisci u Austriji mišljenja da je nejedinstveni sistem neizvršenja zastario i da treba biti reformiran prihvatanjem univerzalnog shvatanja o povredi ugovora.²¹ Postavlja se pitanje da li se rješenja zemalja sljednica bivše SFRJ i Albanije odista značajno razlikuju od onih sadržanih u CISG-u i različitim pravnim izvorima Evropskog prava, te da li bi trebali biti reformirani u skladu sa ovim poslednjim?

Kakva je situacija sa Evropskim pravnim izvorima? Nije jednostavno staviti u istu ravan pravne izvore koji sadrže opća pravila ugovornog prava i one koji sadrže samo pravila o prodajnim ugovorima, tvrdeći pri tome da su ovi poslednji takođe bazirani na općem konceptu neizvršenja ugovora. PECL i DCFR pripadaju prvoj grupi i prihvatanje ovog generalnog koncepta neizvršenja i povrede ugovora je vidljivo, čak i ako ono nije izvršeno na isti način. Dok DCFR sadrži opće definicije jedne obligacije, izvršenja i neizvršenja obligacije²², PECL takve definicije ne sadrži. Ipak oba kor-

¹⁵ Art 8 : 101 PECL.

¹⁶ Art. III 1:102 (3).

¹⁷ Petrić, S.; Odgovornost za materijalne nedostatke po novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (2006) 27, str. 87, 101; Vukadinović, R., Rethinking on the Concept and consequences of Non-performance of Contractual Obligations and Breach of Contract, in Vukadinović, R., (Ed.) Thirty Years of the Law on Obligations, *de lege lata* and *de lege ferenda* (2009 Beograd) str. 207.

¹⁸ Vukadinović, R., op. cit., str. 206.

¹⁹ Vidi više kod Artz, M., Verbrauchergüterkauf in: Büllow/Artz (Hrsg.), Handbuch Verbraucherprivatrecht (Heidelberg 2005), str. 399.

²⁰ U ovom smislu Vukadinović, R., op. cit., str. 217.

²¹ Schauer, M., Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil in: Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, ABGB 2011, Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (Wien 2008), str. 69.

²² Član I 1:102 (1) - (3) DCFR.

pusa pravila, iako koriste različite formulacije, definiraju konsekvence neizvršenja jedne ugovorne obligacije (PECL) odnosno bilo koje obligacije (DCFR).²³ Kada god jedna strana ne izvrši obligaciju (PECL: ugovornu obligaciju) i neizvršenje nije opravdano propisanim razlozima, povjerilac se može poslužiti bilo kojim predviđenim pravnim sredstvom.

Ovaj koncept je konkretiziran u korpusima pravila koji reguliraju ugovor o prodaji. Član 87. ZEPP propisuje da je neizvršenje obligacije (nastale ugovorom o prodaji – primjedba autora) izostanak izvršenja takve (prodavčeve – primjedba autora) obligacije, neovisno o tome da li je neizvršenje opravdano ili ne, i uključuje neispоруku, ili zakašnjelu isporučku, kao i isporučku nesaobrazne robe.

Ovakva jasna definicija ili objašnjenje koncepta neispunjenja se ne može očekivati u Direktivi o potrošačkoj prodaji. Prije svega priroda ove Direktive i njeni ciljevi ne omogućavaju da se uključi generalni pojam neispunjenja. Naime, cilj ove Direktive je približavljiva regulative zemalja članica u određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i pratećim garancijama (član 1. stav 1.); ovaj pravni izvor je fokusiran na jedan tip neispunjenja a to je isporučka dobara sa materijalnim nedostatkom. Ovo slijedi iz obaveze prodavca da isporučiti stvari sa osobinama koje odgovaraju onima koje su ugovorene. Proizilazi iz definicije, koja određuje kada se smatra da su dobra u saglasnosti sa ugovorom, da zakonodavac nije uzео u obzir kasnu isporučku ili neispоруku (čak ni djelimična isporučka nije izričito pomenuta). Član 3. Direktive o potrošačkoj prodaji određuje da će prodavac biti odgovoran za bilo koji nedostatak saobraznosti koji postoji u vrijeme predaje stvari – ovakva formulacija izražava opći pojam saobraznosti. Takođe član 2. stav 1. definira osnovnu obavezu na jedan generalan način: prodavac je obavezan da preda stvari koje su u skladu sa ugovorom o prodaji. Ipak, član 2. stavovi 2. do 5. sadrže definiciju nesaobraznosti koja samo sadrži različite vrste materijalnih nedostataka.

U zemljama sljednicama bivše SFRJ²⁴ relevantne odredbe o neispunjenju su široko raspršene u različitim dijelovima njihovih zakona o obligacionim odnosima.²⁵ Najveći dio ovih odredaba može biti pronađen u općem dijelu ovih zakona (što može biti zbunjujuće jer se opći dio ovih zakona ne poklapa sa općim dijelom obligacionog prava). Ova pravila su zatim dijelom pozicionirana u dio koji regulira pojedine ugovore, naročito ugovor o prodaji. Ova disperzija pravila o neizvršenju je u velikoj mjeri uzrokovana nekonsekventnom sistematikom zakona o obligacionim odnosima; u ovim slučajevima razlika između općeg dijela zakona o obligacionim odnosima i općeg dijela ugovornog prava nije konsekventno provedena. U Hrvatskoj je naprimjer prilikom reforme obligacionog prava sistematizacija općeg dijela poboljšana.²⁶ Razlog zbog koga nije lako steći kompletnu sliku odgovornosti za neizvršenje leži u činjenici da zakoni o obligacionim odnosima na nekim mjestima upućuju na odgovornost bilo kojeg dužnika a na drugima na odgovornost dužnika u ugovornim obligacijama.

Opravljanje za odgovornost prodavca kao i za odgovornost bilo kojeg povjerioca za neva-ljano ispunjenje leži već u općim principima na kojima su zasnovani zakoni o obligacionim odnosima koji se primjenjuju u regionu. Pri tome se prvenstveno misli na princip jednake vrijednosti uzajamnih činidaba²⁷ i na princip savjesnosti i poštenja.²⁸

Centralna odredba o odgovornosti svakog dužnika odnosno svake ugovorne strane, uključujući i prodavca, je placirana u opći dio navedenih zakona o obligacijama, ali ipak se ova generalna odredba često zanemaruje u diskusijama vezanim za koncept neizvršenja obligacije koje se vode

²³ Član 8:101 PECL, Art. III. 3:101 DCFR.

²⁴ Zbog činjenice da albanska literatura i zakonski tekstovi nisu dostupni, diskusija će biti fokusirana na identične odredbe sadržane u zakonima o obligacionim odnosima u zemljama nasljednicama bivše SFRJ.

²⁵ Ovi su zakoni u najvećem dijelu identično strukturirani.

²⁶ Dio I regulira opći dio obligacija, Dio II je posvećen ugovorima, pri čemu prvo poglavlje regulira opća pitanja ugovornog prava, a drugo poglavlje pojedinačne ugovore.

²⁷ Član 15. ZOO BiH, član 8. ZOO CG, član 7. ZOO Hrv, član 8. ZOO Mak, član 15. ZOO Srb.

²⁸ Član 12. ZOO BiH, član 4. ZOO CG, član 4. ZOO Hrv, član 5. ZOO Mak, član 12. ZOO Srb.

u zemljama nasljednicama. Dio pomenutih zakona koji regulira prestanak obligacija (a ispunjenje dugovane činidbe je osnovni razlog prestanka obligacija) sadrži generalno pravilo o ispunjenju.²⁹ Ispunjenje predstavlja izvršenje onoga što čini sadržinu određene obaveze, tako da niti je dužnik može ispuniti nečim drugim niti povjerilac može zahtijevati nešto drugo od dužnika. Ova formulacija ima generalni domet; pojmom sadržine obligacije pokriveni su i predmet, mjesto, vrijeme i način ispunjenja.

Ovako generalno opredjeljenje je podcrtano u kontekstu odredaba o odgovornosti za izvršenje ugovornih obaveza. Povjerilac u ugovornom obligacionom odnosu je ovlašten a dužnik je obavezan da izvrši obavezu kako je ugovoreno odnosno u punoj saglasnosti sa ugovorom.³⁰ Ova odredba izražava istu ideju kao i prethodno citirano opće pravilo o ispunjenju. Pravila o ugovornoj odgovornosti propisuju obavezu dužnika da nadoknadi štetu uzrokovanu bilo neizvršenjem ili zakašnjelim izvršenjem ugovorne obaveze³¹ Cjelina odredaba zakona o obligacionim odnosima o ugovornoj odgovornosti za štetu uključuje ista pravila za neizvršenje i zakašnjelo izvršenje odnosno jedna zakonska odredba govori izričito o povredi ugovora.³²

Pravila o zasnivanju ugovornih obligacija su smještena u općem dijelu zakona o obligacijama (BiH, Crna Gora, Makedonija, Srbija) i u općem dijelu ugovornog prava (Hrvatska) i sadrže specifična pravila o odgovornosti stranaka za neizvršenje dvostranih obligacionih odnosa. Ovdje je *sedes materiae* za odgovornost za nesaobraznost robe, ispunjenje sa zakašnjenjem i nemogućnost ispunjenja. Prije svega, svaki dvostranoobvezujući ugovor može biti povrijeđen ukoliko postoje materijalni nedostaci ispunjenja.³³ Nema općih pravila za odgovornost dužnika za takvo manjkavo ispunjenje, ali zakoni upućuju na primjenu pravila o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke odnosno za nesaobraznost robe. Na ovaj način, pravila skrojena za jedan poseban ugovor (ugovor o prodaji) imaju efekte općih pravila. Pravila za dvostranoobvezujuće ugovore sadrže takođe pravila o pravnim sredstvima u slučaju zakašnjelog ispunjenja.³⁴ Povjerilac je ovlašten da zahtjeva izvršenje ili da raskine ugovor i paralelno može tražiti naknadu štete. Pravila koja važe za ugovor o prodaji predviđaju ista pravna sredstva za kupca. U slučaju zakašnjelog ispunjenja povjerilac je generalno obavezan da ostavi naknadni rok za ispunjenje i nakon što taj rok protekne, on može raskinuti ugovor, kao što je to slučaj i kod postojanja materijalnih nedostataka. U svim tim slučajevima povjerilac ima pravo na naknadu štete. Ovo ponovo pokazuje da posljedice i pravna sredstva kod različitih vrsta neispunjenja ustvari nisu različiti već prije slični.

Čini se da su zakoni o obligacionim odnosima u regionu u stvari inspirisani idejom jedinstvenog koncepta neizvršenja ugovora i odgovornosti za neopravdan nedostatak saobraznosti, ali zbog činjenice da su ove odredbe više nego raspršene i nekonzistentno pozicionirane u okviru ovih zakona, ova ideja se gotovo potpuno izgubila i biva slabo shvaćena.

Odredbe o izostanku ispunjenju u zemljama sljednicama se baziraju na sistemu raščlanjenih i nejedinstvenih činjenica. Čak iako nema generalno proklamovanog principa jedinstvenog sistema neizvršenja i odgovornosti za povredu ugovora postoje značajne indikacije koje idu u tom pravcu. Kao što je kratko prethodno napomenuto bilo bi više primjereno rješenja u ovim zemljama u pogledu nesaglasnosti ispunjenja sa ugovorom posmatrati kao mješavinu oba sistema. Dalja će razmatranja o lijekovima/pravnim sredstvima (pod 8) dodatno potkrijepiti ovu tezu.

²⁹ Član 307/1 ZOO BiH, član 314/1 ZOO CG, član 166/1. ZOO Hrv, član 296/1. ZOO Mak, član 309. ZOO Srb.

³⁰ Član 262/1 ZOO BiH, član 269/1 ZOO CG, član 342/1. ZOO Hrv, član 251/1 ZOO Mak, član 262/1 ZOO Srb.

³¹ Član 262/2 ZOO BiH, član 269/2 ZOO CG, član 342/2 ZOO Hrv, član 251/2 ZOO Mak, član 262/2 ZOO Srb.

³² Član 266/1 ZOO BiH, član 273/1 ZOO CG, član 346/1 ZOO Hrv, član 255/1 ZOO Mak, član 266/1 ZOO Srb.

³³ Član 121. ZOO BiH, član 116. ZOO CG, član 357. ZOO Hrv, član 110. ZOO Mak, član 121. ZOO Srb.

³⁴ Član 124. ZOO BiH, član 119. ZOO CG, član 360. ZOO Hrv, član 113. ZOO Mak, član 124. ZOO Srb.

4. Kriteriji za određivanje nesaobraznosti robe (razlika u kvalitetu, kvantitetu, prirodi, pakovanju, podbonosti da služi redovnoj upotrebi, osobine za posebne namjene)

U skladu sa ranijim jugoslovenskim Zakonom o obligacijama, zakonska definicija materijalnih nedostataka je bila fokusirana na razlike u kvalitetu, a kriteriji za nesaobraznost robe su postavljeni negativno; ovaj Zakon je predvidio situacije u kojima postoji materijalni nedostatak, imajući u vidu situaciju kada stvari nisu podobne za uobičajenu upotrebu ili promet, kada stvari nemaju potrebna svojstva za naročitu upotrebu za koju ih kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavcu ili mu nije mogla ostati nepoznata, ako stvar nema svojstva i odlike koje su bile izričito ili prećutno ugovorene ili propisane, ili kada je prodavac predao stvar koja nije saglasna uzorku ili modelu, osim ako su uzorak ili model bili pokazani samo radi obavještenja. Sve zemlje sljednice su zadržale ovakve odredbe; u BiH, Makedoniji i Srbiji drugi razlozi materijalnih nedostataka nisu ni predviđeni.³⁵

U Hrvatskoj, gdje je Direktiva o potrošačkim prodajama u velikoj mjeri korektno transponirana u Zakon o obligacionim odnosima, kao i u Crnoj Gori, gdje je ova transpozicija u velikoj mjeri fragmentarna i nekompletna, definicija materijalnih nedostataka je dopunjena dodavanjem nekih daljih zahtjeva u skladu sa članom 2.2 (d) i 2.5 Direktive o potrošačkim prodajama. Tako da pored već navedenih situacija, materijalni nedostaci postoje ako stvar nema svojstva koja inače postoje kod drugih stvari iste vrste i koja je kupac mogao opravdano očekivati prema prirodi stvari, posebno uzimajući u obzir javne izjave prodavca, proizvođača i njihovih predstavnika o svojstvima stvari (reklame, označavanje stvari i dr.), ako je stvar nepravilno montirana pod uvjetom da je usluga montaže uključena u ispunjenje ugovora o prodaji i ako je nepravilna montaža posljedica nedostataka u uputama za montažu.³⁶

U nekima od ovih zemalja, u kojima Direktiva o potrošačkim prodajama nije bila transponirana u opće ugovorno pravo (Albanija, BiH, Makedonija, Srbija), različiti kriteriji za materijalne nedostake se pojavljuju u dva različita izvora, što neće olakšati primjenu potrošačkog prava u sudskoj praksi ovih zemalja.³⁷

Ova regulativa se u zemljama sljednicama fokusira na nedostatke u kvalitetu i ne sadrži odredbe u pogledu nedostatka u kvantitetu, pakovanju (u pogledu pakovanja izuzetak postoji u Hrvatskoj i Crnoj Gori), kao ni odredbe za slučaj predaje *aliud*-a. Generalno, predaja druge stvari je živo diskutirana u ovim zemljama, pri čemu neki pisci tu situaciju vide kao nedostatak u ispunjenju a neki kao neispunjenjene. Jasno opredjeljenje za jedinstven koncept neispunjenja i povrede ugovora bi olakšalo nepotrebnu distinkciju između ispunjenja sa nedostatkom i isporuke druge stvari (*aliud*).³⁸

Zakoni o obligacionim odnosima ne smatraju da nedostatak u pogledu kvantiteta predstavlja slučaj materijalnih nedostataka, ali sankcioniraju ovu vrstu odstupanja od ugovora. Isporuka manje količine nego je ugovoreno se smatra djelimičnim ispunjenjem, a ugovor može biti raskinut samo u pogledu dijela koji nedostaje, osim ako kupac ima opravdan interes da primi ispunjenje u cjelini, u kojem slučaju se ugovor može raskinuti u cjelosti.³⁹ Ako je isporučena veća količina i ako u pitanju nije trgovački ugovor, može se upotrebom *argumentum a contrario* zaključiti da kupac nije obavezan da prihvati višak pri čemu je ovlašten na naknadu štete.⁴⁰ Radi se o propustu u ovim zakonima; rješenja koja vide slučaj neispunjenja u svakom odstupanju od ugovorenog kako u pogledu

³⁵ Član 479. ZOO BiH, član 466. ZOO Mak, član 479. ZOO Ser.

³⁶ Član 401/1 ZOO Hrv, član 487. ZOO CG.

³⁷ Više o propustima koji su učinjeni u nekim zemljama regiona prilikom formuliranja pravila o odgovornosti trgovca u potrošačkim prodajnim ugovorima vidjeti kod Meškić, Z., et al., op. cit., str. 526.

³⁸ Schauer, M., op. cit., str. 68.

³⁹ Član 492. ZOO BiH, član 500. ZOO CG, član 414. ZOO Hrv, član 480. ZOO Mak, član 492. ZOO Ser.

⁴⁰ Član 493. ZOO BiH, član 501. ZOO CG, član 415. ZOO Hrv, član 481. ZOO Mak, član 493. ZOO Srb.

kvaliteteta ali i kvantiteta i predviđaju jedinstven sistem pravnih sredstava su daleko konsekventnija, sistematičnija i lakša za primjenu.

U skladu sa albanskim pravom, materijalni nedostatak prvenstveno postoji ako stvari nisu podobne za svrhe specifične upotrebe kako je predviđeno ugovorom. Ukoliko ugovorom nije određena svrha u koju bi stvar trebala biti upotrebljena, materijalni nedostatak postoji ako stvar nije podobna za opću upotrebu stvari iste vrste. Osim toga smatra se da stvari nisu u skladu sa ugovorom ako nisu instalirane ili pakovane na uobičajeni način na koji se stvari iste vrste pakuju ili instaliraju. Ako takav uobičajeni način pakovanja ili instalacije ne može biti određen, stvari treba da budu pakovane ili instalirane na način koji garantira njihovu punu zaštitu i očuvanje.⁴¹ Albanska rješenja u pogledu određenja materijalnih nedostataka su s jedne strane skromnija od onih u zemljama sljednicama bivše Jugoslavije. Ali u drugu ruku, ona su mnogo sveobuhvatnija. U Albaniji je prodavac obavezan da preda stvari kvalitete, kvantiteta i vrste predviđene ugovorom, kao i pakovane i instalirane onako kako je predviđeno ugovorom.

U nekim aspektima Direktiva o potrošačkim prodajama nudi niži standard potrošačke zaštite od onog predviđenog odredbama zakona koji reguliraju obligacione odnose u zemljama sljednicama. U skladu sa Direktivom ne postoji saglasnost ako stvari nisu podobne za specifične svrhe koje potrošač zahtjeva, o kojima je prodavac bio obavješten u vrijeme zaključenja ugovora. Ista odredba je sadržana u svim zakonima o obligacijama. Ali Direktiva o potrošačkim prodajama sadrži i jedan dodatni zahtjev, kakav ne postoji u zemljama Jugoistočne Evrope. Naime, potrebno je da je prodavac prihvatio da isporuči stvari za takve posebne namjene. Nakon donošenja Direktive o pravima potrošača, koja predstavlja akt maksimalne harmonizacije, ova činjenica bi mogla biti predmetom obaveze informacije prema članu 8a.

U pogledu određenja materijalnih nedostataka, rješenja Jugoistočne Evrope se razlikuju od onih koja postoje u evropskim pravnim izvorima po tome što je u evropskom pravu pozitivno definirana saobraznost robe i što je saglasnost u pakovanju, montaži, kvantitetu uključena u definiciju, što nedostaje u nekim zemljama Jugoistočne Evrope.⁴²

5. Znanje kupca za materijalne nedostatke, obaveze kupca

5.1. Znanje kupca za materijalne nedostatke

U principu je kupac odgovoran za materijalne nedostatke čak i ako za njih ne zna.⁴³ Sličnost sa konceptom neizvršenja ugovora u međunarodnim i evropskim pravnim izvorima može ovdje biti primjećena; u oboma znanje prodavca nije relevantno.⁴⁴ Prema DCFR neizvršenje jedne obligacije je svaki izostanak izvršenja obligacije, bilo da je opravdan ili ne.⁴⁵ Tako formulacija "kad god ugovorna strana ne izvrši obavezu" koja je korištena u PECL ukazuje na irelevantnost prodavčeve subjektivne odgovornosti.⁴⁶ Postoje neki razlozi, predviđeni u PECL, koji isključuju prodavčevu odgovornost a koji su objektivne prirode. Prodavac je oslobođen odgovornosti ako dokaže da je neizvršenje posljedica okolnosti izvan njegove kontrole i da se ne bi moglo razumno očekivati da takve okolnosti uzme u obzir u vrijeme zaključenja ugovora, ili da ih izbjegne, ili prevlada te okolnosti i njihove posljedice.⁴⁷

⁴¹ Član 715. Alb GZ.

⁴² Uporedi član IV.A-2:302 DCFR, član 100. ZEPP.

⁴³ Član 716. Alb GZ, član 478/1 ZOO BiH, član 486/1 ZOO CG, član 400/1 ZOO Hrv, član 466/1 ZOO Mak, član 478/1 ZOO Srb.

⁴⁴ Vukadinović, R., op. cit., str. 210.

⁴⁵ Član III. 1:102 (3).

⁴⁶ Član 8:101 PECL.

⁴⁷ Član 8:108 PECL.

Interesantno je da zakoni o obligacionim odnosima zemalja nasljednica prihvataju objektivnu odgovornost za ugovornu štetu sa veoma sličnim oslobađajućim razlozima koji su navedeni u PECL.⁴⁸ Ove opće odredbe o ugovornoj odgovornosti trebaju biti primjenjene takođe i na ugovor o prodaji, ali se čini da u zemljama nastalim disolucijom bivše Jugoslavije, prodavčeva odgovornost za materijalne nedostatke nije podvrgnuta općim pravilima ugovorne odgovornosti već posebnim pravilima. Bilo bi interesantno istražiti kako to utiče na konzistentnost sistema ugovorne odgovornosti propisanog ovim zakonima o obligacionim odnosima.

ZEPP takođe predviđa odgovornost prodavca za svaki nedostatak saobraznosti.⁴⁹ Slično pravilo nije direktno propisano u Direktivi o potrošačkim prodajama, ali slijedi iz odredaba prema kojima je prodavac obavezan da isporuči stvari koje su u saglasnosti sa ugovorom o prodaji,⁵⁰ kao i iz odredaba člana 2 (2) koje reguliraju situaciju u kojoj se smatra da nema nesaglasnosti sa ugovorom. Ova odredba govori o odsustvu nesaglasnosti ali ne i o odsustvu prodavčeve odgovornosti, u skladu sa čime se može zaključiti da čim postoji nesaobraznost, postoji i prodavčeva odgovornost, bez obzira da li je on svjestan nesaobraznosti ili ne.

Građanski zakonik Albanije kao i obligacioni zakoni iz regiona predviđaju određene razloge koji prodavca oslobađaju od odgovornosti. Ovi razlozi su povezani sa znanjem kupca o postojanju nedostataka. Njegovo znanje može uz uvjet ispunjenja propisanih uvjeta dovesti do isključenja prodavčeve odgovornosti. U Albanskom pravu ovo je pravilo propisano zakonom o zaštiti potrošača. Prodavac ne odgovara ako je kupac u momentu zaključenja ugovora bio svjestan da postoji materijalni nedostatak, ili to nije znao ali zbog svoje krivice, ili nije razumno mogao neznati za materijalni nedostatak, ili ako nedostatak potiče od materijala koji je dostavio potrošač.⁵¹ A u bivšim jugoslovenskim zemljama prodavac nije odgovoran ako je, u momentu zaključenja ugovora, materijalni nedostatak bio poznat kupcu ili je bilo nemoguće da mu ostane nepoznat.⁵² Zakoni o obligacionim odnosima postavljaju pretpostavku da nisu mogli ostati nepoznati kupcu nedostaci koje bi brižljivo lice sa prosječnim znanjem i iskustvom lica istog zanimanja i struke kao kupac moglo lako opaziti pri uobičajenom pregledu stvari.⁵³ U Hrvatskoj se ova odredba ne primjenjuje na potrošačke ugovore.⁵⁴

Smisao pomenutih zakonskih odredaba je da znanje kupca za postojanje nedostataka oslobađa prodavca odgovornosti za materijalne nedostatke. Ova formulacija predviđa da je prodavac čak i slučaju da postoji nedostatak ispunjenjina pod određenim pretpostavkama ekulpiran. U evropskim pravnim izvorima u ovakvim slučajevima ne postoji nesaobraznost i povreda ugovora. Izvinjavajući razlozi kao i posljedice kupčevog znanja i u evropskim pravnim izvorima i u odgovarajućim zakonima o obligacionim odnosima su gotovo isti, ali je filozofija koja stoji iza njih nešto drugačija (vidi pod 3).

Ako prodavac nije savjestan i ako zna da postoji materijalni nedostatak, ali izjavljuje da stvar nema nedostatak ili da ima određene posebne osobine, činjenica da kupac zna za nedostatak nije relevantna.⁵⁵ Ovo je razumna odredba, koja uzima u obzir neophodni balans prava i odgovornosti ugovornih strana i koja je takođe posljedica načela savjesnosti i poštenja. Slična odredba ne postoji u albanskom Građanskom zakoniku.

⁴⁸ Član 262. i 263. ZOO BiH, član 269. i 270. ZOO CG, član 342. i 343. ZOO Hrv, član 251. i 252. ZOO Mak, član 262. i 263. ZOO Srb.

⁴⁹ Član 105/1 ZEPP.

⁵⁰ Član 2/1 Direktive o potrošačkim prodajama.

⁵¹ Član 29/5 Alb ZZP.

⁵² Član 480/1 ZOO BiH, član 488/1 ZOO CG, član 402/1 ZOO Hrv, član 467/1 ZOO Mak, član 480/1 ZOO Srb.

⁵³ Član 480/2 ZOO BiH, član 488/2 ZOO CG, član 402/2 ZOO Hrv, član 467/2 ZOO Mak, član 480/2 ZOO Srb.

⁵⁴ Član 402/3 ZOO Hrv. Iako je u Crnoj Gori Direktiva o potrošačkim prodajama transponirana u Zakon o obligacionim odnosima na ovom mjestu nema takvog posebnog pravila za potrošače.

⁵⁵ Član 480/3 ZOO BiH, član 488/3 ZOO CG, član 402/4 ZOO Hrv, član 467/3 ZOO Mak, član 480/3 ZOO Srb.

Ne bi trebalo zaboraviti da svi ovi zakoni o obligacionim odnosima kao i albanski građanski zakonik izvorno nisu bili skrojeni radi zaštite potrošača. Ali nakon što je Direktiva 1999/44/EZ transponirana u hrvatski Zakon o obligacionim odnosima, ovaj zakon ne sadrži sličnu pretpostavku u pogledu potrošačke prodaje; pretpostavka da određeni nedostaci nisu mogli ostati nepoznati je u hrvatskom ZOO direktno isključena kada su u pitanju potrošački ugovori.⁵⁶ U drugim pravnim porecima koji su ovdje analizirani, gdje pravila o zaštiti potrošača predstavljaju zaseban skup pravila, ovakva presumpcija ne postoji u odgovarajućim zakonima o zaštiti potrošača. Čini se da nema potrebe da se pomenuta pretpostavka eliminiira zbog toga što u tim zakonima nema ni obaveze da potrošač pregleda stvari. Međutim, izostavljanje ove odredbe bi se moglo tretirati i kao pravna praznina što bi moglo voditi primjeni općih ugovornih pravila. Šta više član 6. ZZP CG direktno propisuje da odredbe Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore treba da budu primjenjene ukoliko nešto drugo nije predviđeno Zakonom o zaštiti potrošača. Ovo može voditi zaključku da obaveza pregleda stvari postoji i kod potrošačke prodaje. Takvo rješenje ne bi bilo u skladu sa Direktivom o potrošačkim prodajama.

5.2. Dužnosti kupca

U Albaniji i zemljama koje su nastale iz bivše SFRJ položaj kupca se u okviru općih pravila obligacionog prava razlikuje zavisno od činjenice da li je nedostatak bio vidljiv ili ne, a u ovom posljednjem slučaju i da li je prodavac prisustvovao pregledu stvari. U zakonima o obligacionim odnosima zemalja sljednica bivše SFRJ postoje posebna pravila o položaju kupca u privrednim ugovorima, ali to nije predmet razmatranja ovog rada. Ovo je tačka na kojoj se zakoni o obligacionim odnosima zemalja sljednica i Direktiva o potrošačkim prodajama znatno razlikuju u pogledu obaveza na pregled stvari od strane kupca (što je bilo obrađeno pod 5.1.) i u pogledu rokova. Isto bi se moglo reći za albanska rješenja.

U albanskoj doktrini se smatra da su vidljivi nedostaci oni koji lako mogu biti identificirani od strane kupca u momentu isporuke stvari. Nevidljivi nedostaci stvari mogu biti identificirani nakon predaje ili tokom upotrebe stvari. Ovo razlikovanje je važno za određivanje odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke; prodavac ne odgovara za vidljive nedostatke stvari.⁵⁷ Ovo omogućava da se indirektno zaključi da je kupac obavezan da pregleda stvari, iako to nije izričito propisano. U bivšoj Jugoslaviji je ova obaveza bila izričito propisana.⁵⁸

Nakon pregleda je kupac obavezan da informira prodavca o vidljivom nedostatku u roku od 8 dana, odnosno deset dana u Albaniji, u protivnom će on izgubiti prava koja ima po osnovu materijalnih nedostataka.⁵⁹ U bivšim jugoslovenskim zemljama, nakon što je pregled izvršen u prisustvu objiju stranaka, kupac je obavezan da saopći prodavcu odmah njegove prigovore u pogledu vidljivih nedostataka, u protivnom će izgubiti prava koja ima po ovom osnovu;⁶⁰ slična odredba ne postoji u albanskom pravu.

U svim pravnim porecima je kupac prilikom informiranja prodavca obavezan da opiše prirodu nedostataka.⁶²

⁵⁶ Član 402/3 ZOO Hrv.

⁵⁷ Član 715. in fine Alb GZ.

⁵⁸ Član 481/1 ZOO BiH, član 489/1 ZOO CG, član 403/1 ZOO Hrv, član 469/1 ZOO Mak, član 481/1 ZOO Srb.

⁵⁹ Član 717 Alb GZ, član 481/1 ZOO BiH, član 489/1 ZOO CG, član 403/1 ZOO Hrv, član 469/1 ZOO Mak, član 481/1 ZOO Srb.

⁶⁰ Član 481/2 ZOO BiH, član 489/2 ZOO CG, član 403/2 ZOO Hrv, član 469/2 ZOO Mak, član 481/2 ZOO Srb.

⁶¹ Ovdje postoje neki izuzeci npr. kada stvari trebaju biti dalje otpremljene.

⁶² Član 717 Alb GZ, član 484/1 ZOO BiH, član 491/1 ZOO CG, član 406/1 ZOO Hrv, član 472/1 ZOO Mak, član 484/1 ZOO Srb.

Ako se radi o skrivenom nedostatku, odnosno ako ga nije bilo moguće otkriti prilikom redovnog pregleda prilikom preuzimanja stvari, kupac je obavezan da informira prodavca o nedostacima u okviru propisanog perioda, nakon čijeg protoka kupac gubi svoja prava. Propisani period značajno varira ovdje i zavisi od činjenice da li je Direktiva o potrošačkim prodajama bila transponovana u zakone o obligacijama ili ne. U BiH, Crnoj Gori, Makedoniji i Srbiji ovaj rok iznosi osam dana od dana kada je kupac otkrio nedostatak. Takođe postoji i objektivni rok – prodavac ne odgovara za nepostojanje saobraznosti koje je otkriveno nakon protoka od šest mjeseci od predaje stvari.⁶³ Budući da je Direktiva o potrošačkim prodajama direktno transponovana u ZOO Hrv tamo su predviđeni duži rokovi – dva mjeseca umjesto osam dana i dvije godine umjesto šest mjeseci.⁶⁴ Isto je trebalo biti učinjeno u Crnoj Gori ali ova je tačka izostavljena i shodno tome nije izvršena pravilna transpozicija Direktive. Čini se da u albanskom pravu nema u ovom pogledu razlike između vidljivih i nevidljivih nedostataka – rok iznosi 10 dana u okviru perioda od dvije godine.⁶⁵

Ako prodavac nije savjestan, ako mu je nedostatak poznat ili mu nedostatak nije mogao ostati nepoznat, kupac je oslobođen od obaveze da ispituje isporučene stvari i da informira prodavca u okviru propisanih rokova.⁶⁶

Direktiva o potrošačkim prodajama ne pravi razliku između vidljivih i nevidljivih nedostataka, a takođe su i rokovi znatno duži nego u zakonima o obligacionim odnosima zemalja sljednica (izuzetak u ovom pogledu predstavlja Hrvatska). Harmonizacija ovih zakona sa rokovima iz Direktive ne bi bila problematična; u osnovi bi se radilo samo o jednoj tehničkoj intervenciji. Ipak, razlikovanje na vidljive i nevidljive nedostatke je konceptijske prirode, i u ovom pravcu u cilju transpozicije Direktive o potrošačkim prodajama bi trebalo predvidjeti posebne izuzetke kada su u pitanju potrošači, kao što je to učinila Republika Hrvatska. U Hrvatskom pravu je potrošač obavezan, nakon što se otkrije materijalni nedostatak, da informira prodavca o tome u roku od dva mjeseca, a najkasnije u roku od dvije godine od isporuke stvari. Ovakva regulative je potpuno u skladu sa članom 5 (2) i (3) Direktive o potrošačkim prodajama, što nije slučaj sa Zakonom o obligacionim odnosima Crne Gore, gdje je takođe bila izvršena transpozicija navedene Direktive.

6. Vrijeme relevantno za procjenu postojanja materijalnih nedostataka

U svim pravnim porecima zemalja sljednica koji su ovdje bili analizirani, opća pravila ugovornog prava sadrže određene odredbe u pogledu vremena u kojem se cijeni postojanje materijalnih nedostataka. Bitni moment je vrijeme prelaska rizika sa prodavca na kupca.⁶⁷ Ugovorno pravo zemalja sljednica određuje moment prenosa posjeda kao moment prelaska rizika. Već je ova odredba općeg ugovornog prava u saglasnosti sa članom 3 (1) Direktive o potrošačkim prodajama,⁶⁸ čak i ako odredbe o zaštiti potrošača uopće ne sadrže to pravilo.

Međutim ova odredba općeg ugovornog prava nije kogentne prirode; ugovorne strane mogu ugovoriti drugačije. Postavlja se pitanje da li ovakva mogućnost, data u općem ugovornom pravu, može biti primjenjena prilikom zaključenja ugovora o potrošačkoj prodaji? Da li bi takva ugovorna klauzula, koja bi određivala drugi momenat prelaska rizika bila protivna kogentnoj prirodi potrošačkog prava i time članu 7 (1) Direktive 1999/44/EZ? Ugovaranja ovakve klauzule je npr. zabra-

⁶³ Član 482/2 ZOO BiH, član 490/2 ZOO CG, član 470/2 ZOO Mak, član 482/2 ZOO Srb.

⁶⁴ Član 404/1 i 2 ZOO Hrv.

⁶⁵ Član 717. Alb GZ.

⁶⁶ Član 717. Alb GZ, član 485. ZOO BiH, član 493. ZOO CG, član 407. ZOO Hrv, član 473. ZOO Mak, član 485. ZOO Srb.

⁶⁷ Član 478/1 ZOO BiH, član 400/1 ZOO Hrv, član 466/1 ZOO Mak, član 486/1 ZOO CG, član 478/1 ZOO Srb.

⁶⁸ Vidjeti takođe Meškić, Z., et. al., op.cit, str. 527.

njeno prema DCFR.⁶⁹ Zemljama članicama nije dozvoljeno da donese pravila koja direktno ili indirektno ukidaju ili ograničavaju prava potrošača, kao ni zemljama vezanim SSP-om. U slučaju da su neke zemlje izostavile da u odredbama o zaštiti potrošača odrede moment prelaska rizika, primjenile bi se odredbe općeg ugovornog prava. To bi značilo da su ugovorne strane slobodne da odrede drugi moment prelaska rizika.⁷⁰ Na primjer, bilo bi nepovoljno za potrošača ako bi moment prelaska rizika u potrošačkom ugovoru bio određen prije momenta isporuke. U ovakvim slučajevima ne bi pomogla ni odredba kakva postoji samo u ZZZP Hrv. U skladu sa članom 6/2 ZZZP Hrv ugovorna odredba koja bi mijenjala zakonske odredbe na štetu potrošača bi se smatrala ništavom. Ali ako nije jasno iz same odredbe da je njen cilj zaštita potrošača ili ako takve odredbe nema uopće, tada citirana zaštitna klauzula ne bi mogla biti primjenjena.

Ovaj primjer pokazuje kako pažljivo mora biti određena interakcija općeg ugovornog i potrošačkog ugovornog prava. Bolje je riješiti sva pitanja vezana za Direktivu 1999/44/EZ bilo u zakonu o zaštiti potrošača bilo potpunim transponiranjem Direktive u opće ugovorno pravo; referiranje potrošačkog prava na opće ugovorno pravo (kao što je slučaj sa Crnom Gorom⁷¹), ili mješavina ovih pravila može dovesti do ograničenja prava potrošača.

Čini se da albanski Građanski zakonik ne sadrži odredbe o ovom pitanju kao što je slučaj i sa albanskim Zakonom o zaštiti potrošača⁷².

7. Ugovorne odredbe o isključenju i/ili ograničenju odgovornosti prodavca

U svim zemljama nastalim iz bivše Jugoslavije pravila o odgovornosti prodavca nisu kognitivne prirode, tako da ta odgovornost može biti potpuno isključena, ograničena ili proširena. Jedino bi isključenje bilo ništavo ako je prodavac nesavjestan (što znači da je prodavac bio svjestan postojanja nedostataka u momentu zaključenja ugovora o prodaji, ali je propustio da obavijesti prodavca o tome) ili je takva ugovorna klauzula nametnuta monopolskim položajem prodavca.⁷³ Isto pravilo može se naći u PECL.⁷⁴ Takođe DCFR propisuje zabranu isključenja ili ograničenja prodavčeve odgovornosti u potrošačkim kupoprodajnim ugovorima.⁷⁵

Mogućnost da se isključi ili ograniči odgovornost prodavca za materijalne nedostatke ne može postojati u potrošačkim ugovorima. Ako u nacionalnim zakonodavstvima postoji takva mogućnost to znači da Direktiva o potrošačkim prodajama nije korektno transponirana. Takva bi mogućnost bila suprotna članu 7 (1) ove Direktive. Neophodno je da bilo u općem ugovornom pravu bilo u posebnom pravu zaštite potrošača bude predviđena klauzula koja direktno zabranjuje navedene ugovorne klauzule o ograničenju ili isključenju odgovornosti.

Hrvatski Zakon o obligacionim odnosima propisuje da je takvo isključenje od odgovornosti u potrošačkim ugovorima nevaljano.⁷⁶ Identična zabrana za potrošačke ugovore postoji još u Zakonu o zaštiti potrošača BiH.⁷⁷ Ali ovakva zabrana u Crnoj Gori ne postoji niti u crnogorskom zakonu o obligacionim odnosima niti u ZZZP CG. U ZZZP Mak se ovakva klauzula smatra nepravičnom ugovor-

⁶⁹ Član IV.A.-2:309 DCFR.

⁷⁰ Ovdje se može postaviti pitanje neposrednog dejstva direktiva.

⁷¹ Član 6. ZZZP CG.

⁷² Meškić, Z., et. al., op.cit, str. 527.

⁷³ Član 486/2 ZOO BiH, član 494/2 ZOO CG, član 408/2 ZOO Hrv, član 474/2 ZOO Mak, član 486/2 ZOO Srb.

⁷⁴ Član 8:109 PECL.

⁷⁵ Član IV.A. – 2:309 DCFR.

⁷⁶ Član. 408/2 ZOO Hrv.

⁷⁷ Član 2. ZZZP BiH.

nom odredbom⁷⁸, ali samo ako je odgovornost isključena za nevidljive nedostatke. Evidentno je da u ovom pogledu rješenja u zemljama Jugoistočne Evrope nisu potpuno harmonizirana sa Evropskom pravom.

8. Prava kupca

U skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima bivše Jugoslavije i novim zakonima koji reguliraju obligacione odnose zemalja sljednica kao i sa Građanskim zakonikom Albanije kupac ima pravo izbora između više pravnih sredstava: a) on može zahtijevati ispunjenje ugovora, pri čemu ovo pravo ima dva modaliteta – zahtjev kupca može biti upravljen na otklanjanje nedostataka ili na isporuku stvari bez nedostatka, b) on može zahtijevati smanjenje cijene i c) on može raskinuti ugovor. Neovisno o tome koje je sredstvo kupac izabrao on ima pravo na naknadu štete.⁷⁹ Pretpostavka za izvršavanje ovih prava u albanskom pravu je bitna povreda ugovora, što podrazumjeva situaciju u kojoj je nedostatak stvari takve prirode, da u cjelini sprječava ispunjenje cilja ugovora ozbiljno narušavajući prava kupca.⁸⁰ Može se konstatovati da je ova situacija različita od one u drugim Jugoistočnim zemljama, u kojima su pravna sredstva moguća čak i kada je nedostatak manjeg obima; jedino je važno da se ne radi o neznatnom nedostaku.⁸¹

Ista pravna sredstva su predviđena u Evropskim pravnim izvorima kao i u CISG-u.⁸² CISG predviđa jedinstveni koncept povrede ugovora i jedinstveni sistem pravnih lijekova. Već je bilo objašnjeno da Jugoistočna Evropa ne prihvata jedinstveni sistem neizvršenja odnosno povrede ugovora. Međutim predviđeni sistem kupčevih pravnih sredstava očigledno nije bitno vezan za jedinstveni koncept povrede ugovora, tako da su pravila o pravnim lijekovima u Jugoistočnoj Evropi pod snažnim i direktnim uticajima CISG-a.

Prema CISG-u pravna sredstva kupca imaju alternativni i kompetitivni karakter⁸³, što je slučaj i sa zemljama sljednicama. Kupčev izbor nije neograničen; neka od ovih pravnih sredstava kupac može slobodno izabrati, dok neka sredstva mogu biti izabrana u zavisnosti od vrste nedostatka i ispunjenja dodatnih uvjeta. Restrikcije generalno nisu propisane u pogledu onih sredstava koja ciljaju na ispunjenje ugovora, ali pravo na raskid ugovora u principu ne može biti izvršeno kao prva opcija; neophodno je da kupac obavijesti prodavca i da mu ostavi naknadni rok za ispunjenje koje bi bilo u skladu sa ugovorom.⁸⁴ Kupac nije obavezan da prodavcu ostavi naknadni rok za ispunjenje ako prodavac, nakon što je obaviješten o nedostatku, saopći kupcu da neće ispuniti ugovor, ili se iz okolnosti slučaja može zaključiti da prodavac neće biti u stanju da ispuni ugovor čak ni u ovom dodatnom roku.⁸⁵ Isto rješenje se može naći u albanskom pravu. Kupac bi trebao dati razumno vrijeme prodavcu da ispuni njegovu obavezu. Za vrijeme tog dodatnog roka kupac nije ovlašten da vrši bilo koje drugo pravno sredstvo osim ako je informiran od strane prodavca da ovaj neće izvršiti svoju obavezu.⁸⁶

Evropska rješenja i rješenja u Jugoistočnoj Evropi se razlikuju u pogledu pravnih lijekova a naročito u pogledu njihovog međusobnog odnosa. Evropski pravni izvori ne prihvataju u principu

⁷⁸ Član 65. ZZP Mak.

⁷⁹ Član 488. ZOO BiH, član 496. ZOO CG, član 410. ZOO Hrv, član 476. ZOO Mak, član 488. ZOO Srb.

⁸⁰ Član 723. Alb GZ.

⁸¹ Član 478/3 ZOO BiH, član 486. ZOO CG, član 400/4 ZOO Hrv, član 466/3 ZOO Mak, član 488. ZOO Srb.

⁸² Član 45. do 52. CISG.

⁸³ Vukadinović, R., op. cit., str. 216.

⁸⁴ Član 490. ZOO BiH, član 412. ZOO Hrv, član 478. ZOO Mak, član 498. ZOO CG, član 490. ZOO Srb. U pogledu takode Bikić, A., Bikić, E., Obligaciono pravo, Posebni dio, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje (Sarajevo 2011), str. 25; Meškić, Z., et al., str. 530. i dalje.

⁸⁵ Član 490/2 ZOO BiH, član 498/2 ZOO CG, član 412/2 ZOO Hrv, član 478/2 ZOO Mak, član 490/2 ZOO Srb.

⁸⁶ Član 722. Alb GZ.

hijerarhiju između pravnih lijekova, u skladu sa kojom neki od njih moraju biti prioritarno korišteni.⁸⁷ DCFR predviđa određena sredstava bez da ih izričito navodi. Osim toga početna pozicija DCFR-a nije kupčevo pravo izbora; ovaj izbor je ograničen prodavčevom spremnošću da da ispunjenje u skladu sa ugovorom i da ugovor održi na snazi.⁸⁸ U skladu sa članom 9:301 PECL kupac ima pravo da raskine ugovor ako je neispunjenje bitne prirode, i čini se da to pravo ne zavisi od mogućnosti da se koriste druga pravna sredstva. Međutim u članu 8:104 PECL se radi o pravu dužnika da održi ugovor na snazi. "Ovo pravo na ozdravljenje ugovora, ipak, otklanja prioritet zahtjeva upravljenog na specifično ispunjenje i samo daje dužniku mogućnost da spriječi vršenje određenih pravnih sredstava svojom vlastitom aktivnošću."⁸⁹ U članu 106. ZEPP su samo pobrojana pravna sredstva i nema odredbe kojom bi bio uspostavljen određeni prvenstveni rang između njih. Jedina odredba u tom pravcu je ona prema kojoj samo kompatibilna pravna sredstva mogu biti kumulirana.⁹⁰

Obaveza ostavljanja dodatnog roka za ispunjenje je takođe prihvaćena u Evropskom ugovornom pravu,⁹¹ što upućuje na redosljed vršenja pravnih sredstava. Ipak, pod određenim pretpostavkama i evropski izvori ugovornog prava odustaju od obaveze davanja dodatnog roka za izvršenje, ali i formulacija i cilj tog pravila se razlikuju od rješenja u Jugoistočnoj Evropi. U skladu sa DCFR to nije neophodno ukoliko je izostanak predaje stvari bez nedostataka povezan sa činjenicama koje je dužnik znao ili se razumno moglo očekivati da ih zna, a koje dužnik nije saopćio povjeriocu.⁹² Prema ZEPP ovaj dodatni vremenski period se ne treba ostaviti ako kupac ima razloga da vjeruje da u budućnosti prodavac neće ispuniti svoju obavezu.⁹³ PECL predviđa anticipirano neizvršenje; ukoliko je prije vremena za izvršenja od strane ugovorne strane jasno da će doći do bitnog neizvršenja, druga ugovorna strana može raskinuti ugovor.⁹⁴ U ovom segmentu je začuđujuća raznolikost rješenja na evropskoj razini pri čemu izgleda da su rješenja zakona o obligacionim odnosima preciznije formulirana; rješenja ZEPP su obojena subjektivnim shvatanjem određene ugovorne strane, a formulacija PECL-a je suviše široka, što je posljedica činjenice da ta formulacija nije dizajnirana isključivo za ugovor o prodaji već više za sve dvostranoobvezujuće ugovore.

Pravni poretki Jugoistočne Evrope koji su ovdje analizirani ne definiraju koju vrstu štete ugovorna strana može tražiti i u kojem obimu. Ovo pitanje je rješeno u PECL odredbom da oštećena strana ima pravo na naknadu štete koju je uzrokovala druga strana i za koju ne postoje oslobađajući razlozi, pri čemu referira na opće odredbe o oslobađanju od odgovornosti sadržane u članu 8:108.⁹⁵ Ovo rješenje je takođe prihvatljivo za ovdje analizirane pravne poretke.

S obzirom na predviđena pravna sredstva jasno je da su rješenja u regionu bliže rješenjima CISG-a nego onima iz različitih pravnih izvora Evropskog ugovornog prava, koja se, opet, i međusobno značajno razlikuju.

⁸⁷ Vidjeti Schmidt-Kessel, M., Remedies for Breach of Contract in European Private Law in: Schulze, R. (Ed.) New Features in Contract Law (2007 München) str. 193.

⁸⁸ Član III. – 3:202 DCFR.

⁸⁹ Schmidt-Kessel, M., op. cit., str. 194.

⁹⁰ Član 106.6 ZEPP.

⁹¹ Član III. – 3:103 DCFR.

⁹² Član III. – 3:107 (3) DCFR.

⁹³ Član 109.4 (c) ZEPP.

⁹⁴ Član 9:304 PECL.

⁹⁵ Član 9:501 PECL.

9. Zaključak

Komparativna analiza izvršena na osnovu nacionalnih izvještaja koji su sačinjeni prema datom upitniku omogućava nekoliko zaključaka.

Prije svega postoji još uvijek velika sličnost, odnosno kada su u pitanju prava BiH, Srbije i Makedonije, potpuna identičnost odredbi općeg ugovornog prava o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke. Razlike u pravima Hrvatske i Crne Gore su uslovljene transpozicijom Direktive 1999/44/EZ u zakone koji reguliraju obilgacione odnose u tim zemljama. Rješenja u Albaniji su u velikoj mjeri paralelna iako manjoj mjeri detaljna i razrađena. To već pokazuje da prekogranične transakcije kada nisu u pitanju potrošači ne bi bile otežane postojanjem različitih pravnih poredaka. Eventualne buduće zakonodavne aktivnosti ne bi smjele ugroziti ovu harmoniziranost odredbi. Moguće je čak da različita, a ponekad i neadekvatna, transpozicija potrošačkog *acquis*-a u pojedinim zemljama više smetnji pričinu prekograničnim potrošačkim ugovorima, nego što će to biti slučaj sa ostalim prekograničnim ugovorima o prodaji.

Dalje su rješenja općeg ugovornog prava o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke pokazala veliki stupanj konvergencije sa PECL i DCFR. Veoma je zanimljivo da su rješenja u pogledu ugovora o prodaji i bez transpozicije Direktive 1999/44/EZ pokazala i veliki stupanj sličnosti sa tom direktivom.

Stepen implementacije Direktive 1999/44/EZ u nacionalne pravne poretke Jugoistočne Evrope je istražen u velikoj mjeri, kako je rečeno, u okviru Civil Law Forum I, a rezultati javno objavljeni.⁹⁶ Pitanje da li je metod implementacije, pogotovo u zemljama sljednicama bivše SFRJ, mogao biti drugačiji zaslužilo je pažnju i ovog rada, koji stoji na poziciji, da je, budući da odredbe Zakona o obligacionim odnosima bivše SFRJ kao i zakona o obligacionim odnosima donesenih u zemljama nastalim disolucijom bivše SFRJ pokazuju u velikom stepenu konvergenciju sa Direktivom 1999/44/EZ bilo bolje transpoziciju izvršiti u opća pravila o prodaji⁹⁷ i ostvariti jedinstven sistem tih pravila sa neophodnim pojedinačnim izuzecima u pogledu potrošača.

U pogledu metoda implementacije potrošačkog *acquis*-a principijelno opredjeljenje u svim analiziranim zemljama je bilo za metodu kodifikacije tj. za donošenje posebnih zakona o zaštiti potrošača kojima je obuhvaćeno i ugovorno potrošačko pravo. Metoda integracije iskorištena je samo djelimično i samo za pojedine direktive iako su u zemljama nastalim disolucijom bivše SFRJ zakoni koji reguliraju obligacione odnose kao i Građanski zakonik Albanije nudili takvu mogućnost. Direktiva 1999/44/EZ predstavlja rijedak izuzetak te je u nekim zemljama (Hrvatska, Crna Gora) korišten i mješoviti metod, te su pored donošenja posebnog zakona koji regulira zaštitu potrošača, mijenjane i odredbe zakona o obligacionim odnosima pod utjecajem potrošačkog *acquis*-a.

Iz više razloga je opća integracija potrošačkog ugovornog prava u ZOO bila izvodljiva. Opći dio obligacija je bilo mjesto gdje se mogao jedinstveno i generalno za sve ugovore regulirati institut jednostranog raskida ugovora. Određeni izuzeci su mogli naravno biti stipulirani u korist potrošača. Dalje ZOO sadržava odredbe o nepravičnim ugovornim odredbama, predviđa odgovornost za neispravan proizvod, tako da i dodavanje novog posebnog osnova odgovornosti za nepoštenu reklamu ne bi narušilo sistem odštetnog prava itd. Kada je u pitanju odgovornost prodavca za uredno ispunjenje ugovora tj. za materijalne nedostake stvari, ZOO je imao razrađen sistem odgovornosti za materijalne nedostatke stvari i pravnih lijekova za takav slučaj. Kako je već rečeno odredbe o kupoprodajnom ugovoru u zakonima o obligacionim odnosima zemalja nasljednica pokazuju visok stupanj visok stepen konvergencije sa Direktivom o potrošačkoj prodaji, tako da opredjeljenje da se ne izvrši transpozicija ove Direktive u opće odredbe ugovornog prava znači propuštenu šansu.

⁹⁶ Vidi fusnotu 5.

⁹⁷ Tako i Meškić, Z., op. cit. str. 547.

Sa trendom donošenja direktiva maksimalne harmonizacije, kao što je Direktiva o pravima potrošača, pitanje metoda implementacije bi moglo gubiti na značaju. Ovakve direktive koje ne dozvoljavaju odstupanja u pogledu nivoa zaštite potrošača teže su pogodne za implementaciju u zakone koji reguliraju obligacione odnose ili građanske zakonike. Time između potrošačkog ugovora i "običnog" obligacionog ugovora nastaje znatnija razlika, što može dodatno otežati primjenu potrošačkog prava.⁹⁸

⁹⁸ U tom smislu Meškić, Z., Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača od 25. oktobra 2011, Sl. list EU 2011, L 304/64, NPR 1/2012, str. 45; Z. Čađenović *et. al.*, Potrošačko ugovorno pravo Evropske unije, Forum za građansko pravo za jugoistpčnu Evropu, Beograd 2010, str. 723.

ODGOVORNOST ZA NESAOBRAZNOST ROBE PREMA KONVENCIJI UN O MEĐUNARODNOJ PRODAJI I ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE PREMA NACIONALNIM ZAKONIMA ZEMALJA REGIONA

Uvod

Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe,¹ usvojena 1980. godine (Bečka konvencija) predstavlja jednu od najznačajnijih konvencija u okviru unifikacije ugovornog prava.² Konvencija je rezultat dugogodišnjeg rada predstavnika država sa različitim pravnim sistemima u okviru UNCITRAL-a i predstavlja univerzalni kodifikatorski akt u domenu međunarodne prodaje robe. Bečka konvencija koja je u bivšoj Jugoslaviji i u još deset zemalja stupila na snagu 1988. godine³ primenjuje se sa sve većim uspehom. Do februara 2012. godine, Konvenciju je ratifikovalo 78 država iz celog sveta. U okviru Evropske unije, skoro sve države su pristupile ratifikaciji ovog dokumenta, pa se Bečka konvencija, između ostalog, smatra i opštim pravom međunarodne prodaje u Evropi.

Za potrebe Konferencije Foruma za građansko pravo Jugoistočne Evrope održane u Skoplju januara 2012. godine u organizaciji GLZ, izvršena je komparativna analiza koncepta nesaobraznosti robe usvojenog u Bečkoj konvenciji i pravila o materijalnim nedostacima prihvaćenim u nacionalnim zakonima Srbije, Hrvatske, Bosne i Hercegovine, Crne Gore i Makedonije, kao i odgovarajućih rešenja usvojenih u Građanskom zakoniku Albanije.

U okviru pomenute analize, izrađen je upitnik o pravilima relevantnim za nesaobraznost robe i materijalne nedostatke stvari, grupisanim prema sledećim opštim pitanjima: 1. koncept nesaobraznosti robe prema Bečkoj konvenciji i odgovornost za materijalne nedostatke u nacionalnim zakonima zemalja regiona (generalna komparacija); 2. kriterijumi za postojanje nesaobraznosti prema Bečkoj konvenciji i kriterijumi nacionalnih zakona zemalja regiona za postojanje materijalnih nedostataka; 3. odgovornost prodavca za nesaobraznost/materijalne nedostatke; 4. klauzule isključenja i ograničenja odgovornosti prodavca za nesaobraznost/materijalne nedostatke; 5. obaveza pregleda robe i obaveštenja prodavca o nesaobraznosti/materijalnim nedostacima; 6. pravna sredstva kupca u slučaju nesaobraznosti/materijalnih nedostataka;

¹ *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.*

² Za upoznavanje sa ovom konvencijom, potrebno je početi od: P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Third Edition*, ed. I. Schwenzer, Oxford University Press, 2010; P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Second (English) Edition*, Oxford University Press, 2005; S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, C. H. Beck Hart Nomos, München, 2011; C. M. Bianca, M. J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, Giuffrè, 1987; K. H. Neumayer, C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, Cedidac, Lausanne, 1993; J. O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, 1999; V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises – Droit uniforme*, L. G. D. J., Paris, 2000; C. Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale – Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris, L. G. D. J., 1995; B. Audit, *La vente internationale de marchandises Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, L. G. D. J., Paris, 1990; H. M. Flechtner, R. A. Brand, M. S. Walter (ed), *Drafting Contracts under the CISG Center for International Legal Education University of Pittsburgh School of Law, Oxford University Press, 2008.*

³ Jugoslavija je ratifikovala ovu konvenciju 27. marta 1985. godine. Nakon državno-pravnih promena u Jugoslaviji, Konvencija je u Srbiji ostala na snazi.

Na upitnik su odgovarali mladi stručnjaci iz zemalja regiona i to:

- mr Milena Đorđević i mr Marko Jovanović, Pravni fakultet u Beogradu (Srbija)
- dr Hano Ernst, Pravni fakultet u Zagrebu (Hrvatska)
- dr Draginja Vuksanović i mr Velibor Korać, Pravni fakultet u Podgorici (Crna Gora)
- mr Aida Bushati Gugu, Pravni fakultet u Tirani (Albanija)
- mr Almedina Šabić, Pravni fakultet u Sarajevu (Bosna i Hercegovina)
- dr Nenad Gavrilović, dr Borka Tuševska i dr Neda Zdraveva, Pravni fakultet u Skoplju (Makedonija).

Na osnovu odgovora mladih stručnjaka na upitnik, u ovom referatu sumirana su osnovna rešenja Bečke konvencije i nacionalnih zakona zemalja regiona koja se odnose na nesaobraznost/materijalne nedostatke.

Koncept nesaobraznosti robe prema Bečkoj konvenciji i odgovornost za materijalne nedostatke u nacionalnim zakonima zemalja regiona

Bečka konvencija usvaja jedinstveni koncept nedostatka saobraznosti robe (*lack of conformity, défaut de conformité*), prema kome je prodavac dužan isporučiti robu u količini, kvalitetu i vrsti kako je to predviđeno ugovorom i pakovanu ili zaštićenu na način predviđen ugovorom (čl. 35). Prema ovom konceptu, u pojam nesaobraznosti robe, pored razlika u kvalitetu, uključene su i razlike u količini robe, isporuka robe druge vrste – *aliud*, kao i razlike u pakovanju robe. Koncept nesaobraznosti usvojen u Bečkoj konvenciji potrebno je tumačiti autonomno, u skladu sa članom 7.1 Konvencije, a ne primenom odgovarajućih kriterijuma prihvaćenih u nacionalnim pravnim sistemima.

S druge strane, u zakonima o obligacionim odnosima Srbije, Hrvatske, Bosne i Hercegovine, Crne Gore i Makedonije (u daljem tekstu: nacionalni zakoni zemalja regiona), čini se razlika između nedostataka u kvalitetu stvari, obuhvaćenim posebnim pravilima o odgovornosti za materijalne nedostatke i ostalih slučajeva neispunjenja ili neurednog ispunjenja obaveze isporuke koji su predviđeni drugim pravilima zakona, odvojenim od pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke.⁴ Ipak, koncept nesaobraznosti nije sasvim nepoznat u pravnim sistemima zemalja regiona. U Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Mihaila Konstantinovića, čija su brojna rešenja prihvaćena u Zakonu o obligacionim odnosima koji je važio u bivšoj Jugoslaviji,⁵ pored »klasičnih« pravila o materijalnim nedostacima, predviđena su i posebna pravila za ugovore o prodaji u privredi. Prema njima, odgovornost prodavca za materijalne nedostatke postoji i u slučaju predaje samo jednog dela individualno određene stvari, kao i u slučaju predaje manje ili veće količine od ugovorene, u slučaju predaje kupcu druge stvari, a ne one koja je ugovorena ili predaje stvari druge vrste, kao i onda kad predata stvar nije saobrazna uzorku ili modelu (čl. 407. st. 3). Pored toga, redaktori srpskog Građanskog zakonika čija je izrada u toku, po ugledu na odgovarajuća rešenja Skice i Bečke konvencije, predložili su izmene pravila o materijalnim nedostacima srpskog Zakona o obligacionim odnosima. Prema ovom predlogu, pravila o materijalnim nedostacima primenjuju se i u slučaju predaje samo jednog dela stvari ili predaje manje ili veće količine od ugovorene, u slučaju predaje druge stvari, a ne one koja je ugovorena ili predaje stvari druge vrste (*aliud*), kao i onda kad stvar nije pakovana

⁴ V. odgovore na upitnike iz Srbije (M. Đorđević, M. Jovanović), Hrvatske (H. Ernst), Bosne i Hercegovine (A. Šabić), Crne Gore (D. Vuksanović, V. Korać) i Makedonije (N. Gavrilović, B. Tuševska, N. Zdraveva).

⁵ Rešenja ovog zakona, sa manjim izmenama i dopunama, suštinski su zadržana u zakonima o obligacionim odnosima koje su bivše jugoslovenske republike usvojile kao svoje nacionalne zakone nakon prestanka postojanja bivše Jugoslavije.

ili zaštićena na način uobičajen za takvu vrstu stvari ili, ako takav način ne postoji, na način koji je dobar da sačuva ili zaštići stvar.⁶

Za razliku od drugih nacionalnih zakona zemalja regiona, u Građanskom zakoniku Albanije, prihvaćen je koncept nesaobraznosti robe, prema kome je prodavac dužan da isporuči robu ugovorenog kvaliteta, količine i vrste, pakovane i montirane onako kako je to ugovorom predviđeno.⁷

Kriterijumi za postojanje nesaobraznosti prema Bečkoj konvenciji i kriterijumi nacionalnih zakona zemalja regiona za postojanje materijalnih nedostataka

Prema Bečkoj konvenciji, prodavac je dužan isporučiti robu u količini, kvalitetu i vrsti kako je to predviđeno ugovorom i pakovanu ili zaštićenu na način predviđen ugovorom. Ako se strane nisu drukčije sporazumele, smatra se da roba nije saobrazna ugovoru ukoliko: nije podobna za svrhe za koje se takva roba uobičajeno koristi; nije podobna za naročitu svrhu koja je prodavcu izričito ili prećutno stavljena do znanja u vreme zaključenja ugovora, osim kad okolnosti ukazuju da se kupac nije oslonio niti je bilo razumno da se osloni na stručnost i prosuđivanje prodavca; ne poseduje kvalitete robe koje je prodavac kupcu predočio u vidu uzorka ili modela; nije pakovana ili zaštićena na način uobičajen za takvu robu ili, ako takav način ne postoji, na način koji je dobar da sačuva i zaštići robu (čl. 35.1).

Ovakvo određenje kriterijuma nesaobraznosti ima značajnih sličnosti, ali i razlika u odnosu na rešenja nacionalnih zakona zemalja regiona koja se odnose na materijalne nedostatke.

Kriterijumi Konvencije vezani za nepodobnost za uobičajenu (redovnu) svrhu (upotrebu) robe, naročitu svrhu (upotrebu), te nesaobraznost robe uzorku ili modelu, u velikoj meri odgovara rešenjima nacionalnih zakona o materijalnim nedostacima stvari. Prema nacionalnim zakonima, materijalni nedostatak stvari postoji ako stvar nema potrebna svojstva za njenu redovnu upotrebu ili za promet, ako stvar nema potrebna svojstva za naročitu upotrebu za koju je kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavcu, ili mu je morala biti poznata, ako stvar nema svojstva i odlike koje su izričito ili prećutno ugovorene odnosno propisane i kad je prodavac predao stvar koja nije saobrazna uzorku ili modelu, osim ako su uzorak ili model pokazani samo radi obaveštenja. U tim okvirima, pojedini nacionalni zakoni uvode i nove, dodatne kriterijume u cilju prilagođavanja pravila Smernici 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i jemstvima EU. Tako, u hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima, navedena pravila o materijalnim nedostacima proširena su predviđanjem da nedostatak postoji i u sledećim slučajevima: ako stvar nema svojstva koja inače postoje kod drugih stvari iste vrste i koja je kupac mogao opravdano očekivati prema prirodi stvari, posebno uzimajući u obzir javne izjave prodavca, proizvođača i njihovih predstavnika o svojstvima stvari (reklame, označavanje stvari i dr); ako je stvar nepravilno montirana pod uslovom da je usluga montaže uključena u ispunjenje ugovora o prodaji i ako je nepravilna montaža posledica nedostataka u uputstvima za montažu.⁸ Slična pravila sadrži i Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore.⁹

Jedna od razlika Konvencije u odnosu na nacionalne zakone zemalja regiona ogleda se u formulaciji vezanoj za podobnost robe za naročitu svrhu. Prema Konvenciji, prodavac ne odgovara za nesaobraznost ako »okolnosti ukazuju da se kupac nije oslonio niti je bilo razumno da se osloni na stručnost i prosuđivanje prodavca«. S druge strane, prema rešenju nacionalnih zakona, nedostatak postoji »ako stvar nema potrebna svojstva za naročitu upotrebu za koju je kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavcu, ili mu je morala biti poznata«.

⁶ V. čl. 531. Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, Druga knjiga, Obligacioni odnosi, Beograd, 2009, str.176–177.

⁷ Član 710 i 715. Građanskog zakonika Albanije, nav. prema odgovorima na upitnik A. Bushati Gugu.

⁸ Nav. prema H. Ernst, odgovor na upitnik iz Hrvatske.

⁹ Nav. prema D. Vuksanović, V. Korać, odgovor na upitnik iz Crne Gore.

Druga razlika sastoji se u tome što Konvencija u pojam nesaobraznosti izričito uključuje zahtev koji se odnosi na pakovanje, odnosno zaštićivanje robe. Predviđanje ovog zahteva karakteristično je za američko pravo, dok ga kontinentalni pravni sistemi, po pravilu, izričito ne postavljaju, iako se čini da potrebe međunarodnog prometa zahtevaju njegovu jasno zakonsko određenje. Uopšteno rečeno, ako drukčije nije ugovoreno, roba treba da bude pakovana na način uobičajen za tu vrstu robe, što se procenjuje prema ustaljenom načinu pakovanja u konkretnoj grani trgovine ili, ako takav način ne postoji, na način koji je podoban da sačuva i zaštiti robu.

Razlika između Konvencije i nacionalnih zakona zemalja regiona postoji i u pogledu same formulacije pravila o nesaobraznosti/materijalnim nedostacima. Konvencija izričito predviđa da količina, kvalitet, vrsta i pakovanje robe moraju biti u skladu sa onim što je ugovorom predviđeno; slučajevi nesaobraznosti Konvencijom su predviđeni kao supsidijarno rešenje koje se primenjuje tek ako se ugovorne strane nisu drukčije sporazumele. S druge strane, nacionalni zakoni predviđaju slučajeve materijalnih nedostataka u zavisnosti od toga da li su strane ugovorom predvidele svojstva stvari ili ugovorom u tom pogledu nije ništa predviđeno. Kad su svojstva stvari predviđena ugovorom, zakoni sadrže pravilo prema kome materijalni nedostatak postoji onda kad stvar nema svojstva i odlike koje su izričito ili prećutno ugovorene. Tim putem, nacionalni zakoni, putem pravila *dispozitivnog* karaktera, prihvataju široko određenje pojma materijalnog nedostatka, ostavljajući ugovornim stranama slobodu da ovo pitanje uredi saglasnošću volja.

Najzad, Građanski zakonik Albanije koji prihvata koncept nesaobraznosti robe, predviđa da nedostatak saobraznosti postoji kad roba nije podobna za naročitu upotrebu predviđenu ugovorom, ako drukčije nije ugovoreno. U slučaju kad se to ne može odrediti, smatra se da roba nije saobrazna ugovoru ako nije podobna za opštu upotrebu za koju se roba iste vrste koristi. Pored toga, smatra se da roba nije saobrazna ugovoru ako nije montirana i pakovana na način uobičajen za pakovanje i montiranje takve robe, a ako takav način ne postoji, na način podoban da zaštiti i sačuva robu.¹⁰

Odgovornost prodavca za nesaobraznost/materijalne nedostatke

Prema Bečkoj konvenciji, prodavac odgovara za svaki nedostatak saobraznosti koji je postojao u trenutku prelaza rizika na kupca, čak i ako je nedostatak postao očit kasnije. Prodavac takođe odgovara za svaki nedostatak saobraznosti koji se pojavio nakon trenutka prelaza rizika, a koji se može pripisati povredi bilo koje njegove obaveze, uključujući i povredu garancije da će roba za neko vreme ostati podobna za njenu redovnu ili naročitu svrhu ili da će zadržati određena svojstva ili karakteristike (čl. 36).

Slična rešenja predviđaju i nacionalni zakoni. Prema njima, prodavac odgovara za materijalne nedostatke stvari koje je ona imala u času prelaza rizika na kupca, bez obzira na to da li mu je to bilo poznato.¹¹ Prodavac odgovara i za one materijalne nedostatke koji se pojave posle prelaza rizika

¹⁰ Nav. prema A. Bushati Gugu, odgovor na upitnik iz Albanije, gde se navodi: „*A presumption of conformity is expressed in a negative way (lack of conformity): goods are presumed not to be in conformity with the contract if they are not fit for the specific purpose of use as provided in the contract, unless it is otherwise provided by an agreement. In cases when this cannot be determined goods will be deemed not to be in conformity with the contract if they are not fit for general use that the same type of goods can be. In addition goods are deemed to be not in the conformity with the contract if they are not installed and packaged in general manner that the goods of the same type can be packaged or installed. When this general manner for packing or installing cannot be found the goods have to be packaged and installed in a manner that guarantee their full protection and preservation (art. 715 of the CC)*”.

¹¹ Albanski Građanski zakonik predviđa da je prodavac odgovoran za svaki nedostatak saobraznosti koji postoji u trenutku prelaska rizika na kupca i vremenu posle toga. Nav. prema A. Bushati Gugu, odgovor na upitnik iz Albanije, gde se navodi: „*Article 716 of the CC stipulates that the seller is liable for any defect or non-conformity that exists at the time the risk passes from seller to buyer and the time after it. The seller is liable for defects or nonconformity that are determined after the time it delivers the goods and which fall under any kind of its obligation, including also the guarantee time during which the good should be fit for purpose of usual use, or be fit for particular purpose, or during which the goods are supposed to preserve their quality and characteristics (Art.716, 2end)*”.

na kupca ako su posledica uzroka koji je postojao pre toga. Za razliku od Konvencije, zakoni predviđaju da se neznan materijalni nedostatak ne uzima se u obzir.

Prema Konvenciji, prodavac ne odgovara za nesaobraznost ukoliko je kupac u vreme zaključenja ugovora znao za tu nesaobraznost ili mu ona nije mogla biti nepoznata (čl. 35.3). Nacionalni zakoni predviđaju slična pravila u pogledu pomenutog pitanja.¹² Prema njima, prodavac ne odgovara za nedostatke koji se odnose na podobnost za redovnu upotrebu ili promet, naročito upotrebu i ugovorena svojstva ili odlike stvari ako su u času zaključenja ugovora nedostaci bili poznati kupcu ili mu nisu mogli ostati nepoznati. Zakoni preciziraju da se smatra da nisu mogli ostati nepoznati kupcu oni nedostaci koje bi brižljivo lice sa prosečnim znanjem i iskustvom lica istog zanimanja ili struke kao kupac moglo lako opaziti pri uobičajenom pregledu stvari.¹³ Ipak, prodavac odgovara i za nedostatke koje je kupac mogao lako opaziti, ako je izjavio da stvar nema nikakve nedostatke ili da stvar ima određena svojstva ili odlike. Za razliku od Konvencije, nacionalni zakoni ne predviđaju zakonsko isključenje odgovornosti u slučaju nesaobraznosti robe sa uzorkom ili modelom, kao ni u slučaju neodgovarajućeg pakovanja ili zaštite. Najzad, pravila nacionalnih zakona o garanciji za ispravno funkcionisanje robe primenjuju se samo u odnosu na tehničku robu za koju je kupcu predat garantni list.

Klauzule isključenja i ograničenja odgovornosti prodavca za nesaobraznost/materijalne nedostatke

Pravila Bečke konvencije o proceni štete zasnovana su na dva osnovna principa – princip potpune naknade i princip ograničenja odgovornosti putem pravila predvidljivosti. Prema članu 74. Konvencije: "Naknada štete za povredu ugovora koju je učinila jedna strana jednaka je pretrpljenom gubitku i izmakloj dobiti koji su usled povrede nastali za drugu stranu. Ova naknada ne može biti veća od gubitka koji je strana koja je povredila ugovor predvidela ili morala predvideti u trenutku zaključenja ugovora kao moguću posledicu povrede ugovora, s obzirom na činjenice koje su joj tada bile poznate ili morale biti poznate".¹⁴

U oblasti ugovorne odgovornosti, nacionalni zakoni zemalja regiona postavljaju pravilo prema kome poverilac ima pravo na naknadu stvarne štete i izgubljene dobiti, koje je dužnik u vreme zaključenja ugovora morao predvideti kao moguće posledice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate.¹⁵ Ovo rešenje, zasnovano na principu potpune naknade i principu ograničenja odgovornosti putem pravila predvidljivosti, korespondira odgovarajućem rešenju Bečke konvencije. Ipak, za razliku od Konvencije, zakoni izričito predviđaju da se ograničenje na predvidljivu štetu ne primenjuje onda kad je šteta nastala kao rezultat prevare, namernog neispunjenja ili krajnje nepažnje.

Pitanje odgovornosti za povredu ugovora najčešće se uređuje saglasnošću volja ugovornih strana putem odgovarajućih ugovornih klauzula. U tim okvirima, ugovorne strane su slobodne da, u granicama javnog poretka, prinudnih propisa i dobrih običaja, predvide različite modalitete ugovorne odgovornosti. Oni se kreću od isključenja ugovorne odgovornosti, preko njenog ograni-

¹² Za ovo pitanje u Građanskom zakoniku Albanije v. A. Bushati Gugu, odgovor na upitnik iz Albanije, gde se navodi: "Article 715 of the CC stipulates that the seller cannot be held liable for the defects of goods that are known to buyer at the moment of conclusion of contracts except when the defects have to do with the quality that the goods must have had according to the contract or according to the seller notice".

¹³ U hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima koji reguliše i potrošačke ugovore, navedena pretpostavka se ne primenjuje na potrošačke ugovore, s obzirom na to da kod potrošačkih ugovora ne postoji obveza pregleda stvari, već samo dužnost obaveštavanja prodavca o otkrivenom nedostatku. Nav. prema H. Ernst, odgovor na upitnik iz Hrvatske.

¹⁴ Ovo pravilo preuzeto je iz člana 82. Haškog jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji robe, 1964 (ULIS), s tim što se član 74. Konvencije primenjuje i u slučaju kad je ugovor raskinut, za razliku od pravila Haškog zakona koji se odnosi samo na slučajeve u kojima ugovor nije raskinut.

¹⁵ Član 266.

čenja, pa sve do proširenja ugovorne odgovornosti na slučajeve za koje se inače, prema pravilima merodavnog prava, ne odgovara. Prema tome, pravila merodavnog prava o isključenju i ograničenju ugovorne odgovornosti, primenjuju se onda kad ovo pitanje nije regulisano ugovornom klauzulom odnosno kad je ugovorna klauzula pogođena sankcijom ništavosti.

¹⁶ Uoporednom pravu postoji velika neujednačenost u pogledu pravila o ovoj vrsti klauzula.¹⁶ U okviru izvora uniformnog ugovornog prava, UNIDROIT Principi predviđaju da se ugovorna strana ne može pozvati na klauzulu kojom se ograničava ili isključuje odgovornost za neispunjenje ili koja dozvoljava ispunjenje suštinski drugačije od onoga šta je druga strana razumno očekivala, ako bi to, sa stanovišta cilja ugovora, bilo očigledno nepravično (čl. 7.1.6). S druge strane, Principi evropskog ugovornog prava sadrže pravilo prema kome pravna sredstva u slučaju neispunjenja mogu da se isključe ili ograniče osim ako bi pozivanje na isključenje ili ograničenje bilo suprotno načelu savesnosti i poštenja (čl. 8.109). Slično rešenje u tom pogledu predviđeno je i u Nacrtu Zajedničkog okvira (čl. III.–3:105). Najzad, Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji ne odnosi se na punovažnost ugovora i bilo koje od njegovih odredaba (čl. 4.a), čime pitanje klauzula o isključenju i ograničenju ostaje izvan oblasti primene Konvencije.

Nacionalni zakoni zemalja regiona sadrže detaljna pravila o ograničenju i isključenju odgovornosti.¹⁷ Prema njima, odgovornost dužnika za nameru (*dolus*) ili krajnju nepažnju (*culpa lata*) ne može se ugovorom unapred isključiti. Sud može, na zahtev zainteresovane ugovorne strane poništiti i ugovornu klauzulu o isključenju odgovornosti za običnu nepažnju, ako je takva klauzula proizašla iz monopolskog položaja dužnika ili uopšte iz neravnopravnog odnosa ugovornih strana. Klauzula kojom se određuje najviši iznos naknade je punovažna ako tako određen iznos nije u očiglednoj nesrazmeri sa štetom i ako za određeni slučaj zakonom nije nešto drugo predviđeno. Najzad, u slučaju ograničenja visine naknade, poverilac će imati pravo na potpunu naknadu ako je nemogućnost ispunjenja obaveze prouzrokovana namerno ili krajnjom nepažnjom dužnika. Posebno pitanje pokreće slučaj u kome je klauzula o isključenju ili ograničenju odgovornosti sadržana u opštim uslovima ugovora po pristupu. Prema nacionalnim zakonima zemalja regiona, ništave su odredbe opštih uslova koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima. Pored toga, sud može odbiti primenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj. Najzad, treba imati u vidu i pravilo *contra preferentem* prema kome je sud dužan da nejasne odredbe ugovora po pristupu tumači u korist strane koja je ugovoru pristupila.

¹⁶ U okviru Evropske unije, dve direktive nalažu državama članicama da usklade svoja pravila o klauzulama o isključenju i ograničenju odgovornosti. Na prvom mestu, to je Direktiva od 5. aprila 1993. godine o nepravičnim klauzulama u potrošačkim ugovorima, prema kojoj se ugovorna klauzula koja nije bila predmet posebnih pregovora smatra nepravičnom klauzulom ako, suprotno načelu savesnosti, prouzrokuje značajnu neravnotežu u pravima i obavezama ugovornih strana, na štetu potrošača. Države članice moraju predvideti da nepravične klauzule koje je prodavac ili snabdevač uneo u ugovor sa potrošačem neće obavezivati potrošača (*Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, Official Journal, L95/93, str. 29*). U istom smislu, direktiva od 25. maja 1999. utvrđuje da, pod uslovima predviđenim nacionalnim pravom, potrošača ne obavezuju ugovorne klauzule ili sporazumi zaključeni sa prodavcem, pre nego što je nedostatak saobraznosti stavljen na znanje prodavcu, a koji direktno ili indirektno isključuje ili ograničava prava koja proističu iz direktive (*Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, Official Journal L171/99, str. 12*).

¹⁷ Građanski zakonik Albanije ne sadrži izričite odredbe o ugovornom isključenju ili ograničenju odgovornosti. V. A. Bushati Gugu, odgovor na upitnik iz Albanije, gde se navodi: "*Article 715 of the CC stipulates that the seller cannot be held liable for the defects of goods that are known to buyer at the moment of conclusion of contracts except when the defects have to do with the quality that the goods must have had according to the contract or according the seller notice. There is no other specific rule for the limitation of total exclusion of the liability of sellers*".

Kad je reč o ugovoru o prodaji, zakoni predviđaju da ugovorne strane mogu ograničiti ili sasvim isključiti prodavčevu odgovornost za materijalne nedostatke stvari.¹⁸ Ipak, odredba ugovora o prodaji kojom prodavac ograničava ili isključuje odgovornost za materijalne nedostatke ništava je ako je nedostatak bio poznat prodavcu, a on o njemu nije obavestio kupca, kao i kad je prodavac nametnuo tu odredbu, koristeći svoj poseban monopolski položaj. Kupac koji se odrekao prava da raskine ugovor zbog nedostatka stvari zadržava ostala prava zbog tih nedostataka.

Obaveza pregleda robe i obaveštenja prodavca o nesaobraznosti/materijalnim nedostacima

Za isticanje nesaobraznosti, prema Konvenciji, zahtevaju se dva uslova: da kupac u vreme zaključenja ugovora za tu nesaobraznost nije znao¹⁹ i da je nedostatak saobraznosti postojao u trenutku prelaska rizika na kupca.²⁰ To podrazumeva obavezu kupca da robu pregleda u što je moguće kraćem roku zavisno od okolnosti²¹ i da, ukoliko utvrdi nedostatak saobraznosti, o tome obavesti prodavca u razumnom roku od trenutka kada ga je otkrio ili morao otkriti, a najkasnije dve godine od dana stvarne predaje.²² Ipak, i po proteku ovih rokova, kupac ne gubi pravo da se pozove na nedostatak saobraznosti ukoliko se taj nedostatak odnosi na činjenice koje su prodavcu bile poznate ili mu nisu mogle biti nepoznate, a on ih nije otkrio kupcu.²³

Nacionalni zakoni, u okviru pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke, predviđaju rešenja bliska Konvenciji. Kupac ima pravo da se pozove na materijalni nedostatak koji mu u času zaključenja ugovora nije bio poznat i koji je postojao u času prelaza rizika na kupca. U pogledu pregleda robe i obaveštenja prodavca o materijalnim nedostacima, zakoni čine distinkciju između vidljivih nedostataka s jedne i skrivenih nedostataka s druge strane. Iako vidljive i skrivene nedostatke zakoni odvojeno regulišu, ovo rešenje ne razlikuje se suštinski od Konvencije, koja izričito predviđa da odgovornost prodavca za nedostatak nesaobraznosti postoji »čak i ako je postao očit kasnije«.

Prema nacionalnim zakonima, kupac je dužan da primljenu stvar na uobičajen način pregleda ili je da na pregled, čim je to prema redovnom toku stvari moguće, i da o vidljivim nedostacima obavesti prodavca u roku od osam dana, a kod ugovora u privredi bez odlaganja, inače gubi pravo koje mu po tom osnovu pripada. Kad je pregled izvršen u prisustvu obeju strana, kupac je dužan svoje primedbe zbog vidljivih nedostataka saopštiti prodavcu odmah, inače gubi pravo koje mu po tom osnovu pripada. S druge strane, ako je kupac otpremio stvar dalje bez pretovara, a prodavcu je pri zaključenju ugovora bila poznata ili morala biti poznata mogućnost takve dalje otpreme, pregled stvari može biti odložen do njenog prispeća u novo mesto opredeljenja, i u tom slučaju kupac je dužan da prodavca obavesti o nedostacima čim je po redovnom toku stvari mogao za njih doznati od svojih klijenata. Prema zakonima o obligacionim odnosima Hrvatske i Crne Gore koji uređuju i potrošačke ugovore, obaveza pregleda ne postoji u slučaju potrošačkih ugovora.²⁴ Skriveni nedostatak zakoni definišu kao nedostatak koji se nije mogao otkriti uobičajenim pregledom prilikom preuzimanja stvari. Kad se posle prijema robe od strane kupca pokaže da stvar ima skriveni nedostatak kupac je dužan, pod pretpostavkom gubitka prava, o tom nedostatku obavestiti prodavca u roku od

¹⁸ Hrvatski Zakon o obveznim odnosima koji uređuje i potrošačke ugovore predviđa da kod potrošačkih ugovora ne postoji mogućnost ograničenja ni isključenja prodavčeve odgovornosti uopšte. Nav. prema H. Ernst, odgovor na upitnik iz Hrvatske.

¹⁹ Čl. 35.3.

²⁰ Čl. 36.

²¹ Čl. 38.

²² Čl. 39.

²³ Čl. 40.

²⁴ Nav. prema H. Ernst, odgovor na upitnik iz Hrvatske, D. Vuksanović, V. Korać, odgovor na upitnik iz Crne Gore.

osam dana (u hrvatskom zakonu u roku od dva meseca)²⁵ od dana kad je nedostatak otkrio, a kod ugovora u privredi bez odlaganja. Prodavac ne odgovara za nedostatke koji se pokažu pošto protekne šest meseci od predaje stvari ako drukčije nije ugovoreno, osim ukoliko mu je taj nedostatak bio poznat ili mu nije mogao ostati nepoznat.

Rešenja Konvencije i nacionalnih zakona u pogledu obaveštenja o nedostatku su bliska. Prema njima, obaveštenje mora biti konkretno (kupac je dužan bliže opisati nedostatak odnosno navesti prirodu nedostatka)²⁶ i mora biti blagovremeno učinjeno. Za razliku od Konvencije, nacionalni zakoni, u okviru pravila o obaveštenju o nedostatku, predviđaju da je kupac dužan pozvati prodavca da pregleda stvar. Forma obaveštenja o nedostatku nije predviđena. Međutim, nacionalni zakoni sadrže pravilo prema kome se smatra da je kupac izvršio svoju obavezu da obavesti prodavca ako blagovremeno obavesti o nedostatku koje je kupac poslao prodavcu preporučenim pismom, telegramom ili na neku drugi pouzdan način zadocni ili uopšte ne stigne prodavcu.

Prema nacionalnim zakonima, kupac ne gubi pravo da se pozove na materijalni nedostatak i u slučaju kad nije izvršio obavezu pregleda ili obavezu blagovremenog obaveštenja, kao i u slučaju kad se nedostatak pokaže po proteku šest meseci od predaje stvari, ako je taj nedostatak bio poznat prodavcu ili mu nije mogao ostati nepoznat. Ovo rešenje blisko je odgovarajućem pravilu Bečke konvencije.²⁷

Pravna sredstva kupca u slučaju nesaobraznosti/materijalnih nedostataka

Prema Bečkoj konvenciji, u slučaju nesaobraznosti robe, kupac može: zahtevati ispunjenje ugovora – isporuku druge robe kao zamenu ili otklanjanje nedostatka (čl. 46); sniziti cenu (čl. 50); izjaviti da raskida ugovor pod uslovima iz člana 49 Konvencije; zahtevati naknadu štete bilo samostalno (čl. 45.1.b) bilo zajedno sa nekim drugim pravnim sredstvom (čl. 45.2). Zahtev za zamenu i raskid ugovora uslovljeni su postojanjem bitne povrede ugovora u smislu člana 25 Konvencije. Konvencija ne poznaje automatski raskid (*ipso iure, de plain droit*), već izjava o raskidu ima dejstvo samo ako je o njoj obavestena druga strana. Kupac gubi pravo da zahteva zamenu ili da izjavi da raskida ugovor ako mu je nemoguće da robu vrati u suštinski istom stanju u kome ju je primio (čl. 82).

Prema nacionalnim zakonima, kupac koji je blagovremeno i uredno obavestio prodavca o materijalnom nedostatku može:

1. zahtevati otklanjanje nedostatka ili predaju druge stvari bez nedostatka (ispunjenje ugovora).²⁸ Ukoliko kupac ne dobije zahtevano ispunjenje ugovora,²⁹ on zadržava pravo da raskine ugovor ili da snizi cenu;

²⁵ U hrvatskom pravu, kod potrošačkih ugovora je rok uvijek dva meseca od otkrivanja, jer ne postoji obaveza pregleda. Nav. prema H. Ernst, odgovor na upitnik iz Hrvatske.

²⁶ Prema hrvatskom ZOO, u obaveštenju o nedostatku stvari kupac nije dužan bliže opisati nedostatak i pozvati prodavca da pregleda stvar, osim ako se radi o trgovačkom ugovoru. Nav. prema H. Ernst, odgovor na upitnik iz Hrvatske.

²⁷ Za ovo pitanje u Građanskom zakoniku Albanije v. A. Bushati Gugu, odgovor na upitnik iz Albanije, gde se navodi: „According to CC (717) the buyer when it is not otherwise foreseen in other laws, or by the parties, has 10 days to notify the seller for the defects of goods from the moment he/she discovers such defects. The buyer is obliged to specify the nature of the defects. The buyer loses his right to claim the defects of goods if he does not exercise it within two years from the moment of the delivery of goods if such a time limit does not contradict with time of the guarantee foreseen in a contract. However the Civil Code contains an exception to these general rules of the time limit for the right of claim of the buyer. Article 718 of the CC reads that the seller will not profit from the rules of article 717 (meaning that the time limit is not applicable) if the defects of goods have to do with facts that he was aware of or could have been aware of and he/she did not made known to the buyer”.

²⁸ U zakonima Hrvatske i Crne Gore izričito je predviđeno da troškove otklanjanja nedostatka i zamene stvari snosi prodavac. Nav. prema H. Ernst, odgovor na upitnik iz Hrvatske, D. Vuksanović, V. Korać, odgovor na upitnik iz Crne Gore.

²⁹ Prema hrvatskom Zakonu, ako bi način uklanjanja nedostatka, odnosno predaja druge stvari bez nedostatka imao za posledicu znatne neugodnosti za kupca, on ima pravo raskinuti ugovor odmah ili zahtevati srazmerno sniženje cijene. Nav. prema H. Ernst, odgovor na upitnik iz Hrvatske.

2. zahtevati sniženje cene. Sniženje cene se vrši prema odnosu između vrednosti stvari bez nedostatka i vrednosti stvari sa nedostatkom u vreme zaključenja ugovora. Kupac koje je postigao sniženje cene zbog materijalnog nedostatka može raskinuti ugovor ili zahtevati novo sniženje cene ako se naknadno otkrije neki drugi nedostatak;
3. izjaviti da raskida ugovor. Nacionalni zakoni ne prihvataju koncepciju bitne povrede ugovora usvojenu u Bečkoj konvenciji. Ipak, ova koncepcija nije sasvim nepoznata u pravnim sistemima zemalja regiona. Tako, bitna povreda ugovora bila je predviđena Skicom za Zakonik o obligacijama i ugovorima,³⁰ a u Prednacrtnu srpskog Građanskog zakonika predloženo je uvođenje ovog instituta u srpsko obligaciono pravo. Prema ovom predlogu, »Bitna povreda ugovora postoji kad neispunjenje ugovorne obaveze od strane dužnika prouzrokuje takvu štetu poveriocu koja ga suštinski lišava koristi koju je od ugovora opravdano očekivao ili usled koje se za poverioca svrha ugovora ne može ostvariti.«³¹ U skladu sa navedenim opštim pravilom, Prednacrt predviđa i izmene odgovarajućih pravila o raskidu ugovora o prodaji zbog materijalnih nedostataka.³² Prema nacionalnim zakonima, kupac može raskinuti ugovor samo ako je prethodno ostavio prodavcu naknadni primereni rok za ispunjenje obaveze. Ako prodavac ne ispuni ugovor u naknadnom roku, ugovor se raskida po samom zakonu (*ipso iure, de plain droit*), ali ga kupac može održati ako bez odlaganja izjavi prodavcu da ugovor održava na snazi. S druge strane, kupac može raskinuti ugovor i bez ostavljanja naknadnog roka, ako mu je prodavac, posle obaveštenja o nedostacima, saopštio da neće ispuniti ugovor ili ako iz okolnosti konkretnog slučaja očigledno proizlazi da prodavac neće ispuniti ugovor ni u naknadnom roku. Ako prodavac u naknadnom roku ne ispuni ugovor, on se raskida po samom zakonu, ali ga kupac može održati ako bez odlaganja izjavi da ugovor održava na snazi. Zakoni predviđaju posebna pravila o raskidu ugovora zbog delimičnih nedostataka koja su bliska odgovarajućim pravilima Konvencije, kao i pravila o raskidu u slučaju kad je određena jedna cena za više stvari. Kupac gubi pravo da raskine ugovor zbog nedostatka stvari kad mu je nemoguće da vrati stvar ili da je vrati u stanju u kome ju je primio. Ipak, kupac može raskinuti ugovor zbog nedostatka ako je stvar potpuno ili delimično propala ili oštećena usled nedostatka koji opravdava raskid ugovora, ili usled nekog događaja koji ne potiče od njega ni od lica za koje on odgovara. Isto vredi ako je stvar potpuno ili delimično propala ili oštećena usled obaveze kupca da pregleda stvar ili ako je kupac pre nego što je otkriven nedostatak potrošio ili izmenio jedan deo stvari u toku njene redovne upotrebe, kao i ako je oštećenje ili izmena bez značaja. Međutim, kupac koji je iz ovih razloga izgubio pravo da raskine ugovor, zadržava ostala zakonom predviđena prava po osnovu materijalnih nedostataka.

U svakom od navedenih slučajeva kupac ima pravo i na naknadu štete. Pored toga, i nezavisno od toga, prodavac odgovara kupcu i za štetu koju je kupac zbog nedostatka pretrpeo na drugim svojim dobrima, prema opštim pravilima o odgovornosti za štetu.

Prema nacionalnim zakonima, prava kupca koji je blagovremeno obavestio prodavca o postojanju nedostatka gase se po isteku jedne godine (dve godine u hrvatskom Zakonu), počev od dana upućivanja obaveštenja prodavcu, osim ako je prodavčevom prevarom kupac bio sprečen da ih upotrebi. Ipak, kupac koji je blagovremeno obavestio prodavca o nedostatku može posle proteka

³⁰ Član 95.

³¹ Osnovno odstupanje u odnosu na Konvenciju ogleda se u izostavljanju zahteva predvidljivosti štete predviđenog u članu 25 Konvencije. V. u celini član 138 Prednacrta Građanskog zakonika Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi, str. 52. Uporediti sa članom 25 Bečke konvencije.

³² V. čl. 544 i 545 Prednacrta Građanskog zakonika Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi, str. 180–181.

ovog roka, ako još nije isplatio cenu, istaći svoj zahtev za sniženje cene ili zahtev da mu se naknadi šteta kao prigovor protiv prodavčevog zahteva da mu se isplati cena.³³

Zaključne konstatacije

Komparativnom analizom pravila Bečke konvencije i nacionalnih zakona relevantnih za nesaobraznost robe odnosno materijalne nedostatke, može se konstatovati da osnovne razlike proizlaze iz sistematike i oblasti primene ovih izvora: nacionalni zakoni uređuju oblast obligacionih odnosa uopšte, dok se Bečka konvencija primenjuje isključivo na ugovor o međunarodnoj prodaji robe. Iz oblasti primene Bečke konvencije isključena je prodaja robe »kupljene za ličnu ili porodičnu upotrebu ili potrebe domaćinstva«.³⁴ S druge strane, pojedini nacionalni zakoni u oblast svog regulisanja uključuju i pravila o potrošačkoj prodaji, dok su u drugim pravnim sistemima potrošački ugovori regulisani posebnim propisima.

Izvan okvira pomenutih razlika formalno-pravne prirode, osnovna distinkcija između Bečke konvencije i nacionalnih zakona ogleda se u pojmu nesaobraznosti robe prihvaćenom u Konvenciji. Pojam nesaobraznosti širi je od pojma materijalnih nedostataka i obuhvata i slučaj delimične isporuke, isporuke manje ili veće količine od ugovorene, isporuke druge stvari – *aliud*, kao i pakovanje robe.

S druge strane, utvrđenje posebnih slučajeva nesaobraznosti u Konvenciji –vezanih za nepodobnost robe za uobičajene svrhe, naročite svrhe, kao i nesaobraznost robe uzorku ili modelu, u velikoj meri odgovara rešenjima nacionalnih zakona o materijalnim nedostacima stvari.

Pored toga, pravila Konvencije o odgovornosti prodavca za nesaobraznost robe gotovo su identična odredbama nacionalnih zakona koje se odnose na odgovornost prodavca za materijalne nedostatke. Prema oba sistema, prodavac odgovara za svaki nedostatak saobraznosti (materijalni nedostatak) koji je postojao u trenutku prelaska rizika na kupca, čak iako je nedostatak postao vidljiv kasnije; za takav nedostatak prodavac neće odgovarati ukoliko je kupac u vreme zaključenja ugovora za njega znao ili mu nije mogao ostati nepoznat.

Rešenje Konvencije koje se odnosi na pravo kupca da se poziva na nedostatak saobraznosti takođe je blisko pravilima nacionalnih zakona. Osnovna razlika u pogledu ovog pitanja sastoji se u tome što u okviru pregleda robe i obaveštenja prodavca o materijalnim nedostacima, zakoni prave distinkciju između vidljivih nedostataka s jedne i skrivenih nedostataka s druge strane.

³³ Za ovo pitanje u Građanskom zakoniku Albanije v. A. Bushati Gugu, odgovor na upitnik iz Albanije, gde se navodi: "The Albanian Civil Code distinguishes two separate situations for determining buyer's remedies according to the degree of non conformity. The civil doctrine distinguishes between substantial breach of contractual obligation and unsubstantial breach of contractual obligation. The substantial breach of contractual obligation will comprise cases under which the defects of goods are of nature that totally hamper the object of the contract by heavily impairing the rights of the buyer. The substantial breach of the contract does not necessary mean the total breach of the contract, it can also be partial breach of the contract but in any case it will be qualified as substantial breach when it causes the non fulfillment of buyer's rights. Having said that, article 722 CC stipulates that in cases where delivery of a defective good constitutes a substantial breach of contractual obligation, the buyer may ask not only the repair or replacement of goods but also for a reduction of price or the dissolution of contract. The request for the repair of the replacement can be done by the buyer at the time of the detection of the defect (art. 717 of CC) or within a reasonable time. The buyer should give the seller the reasonable time to fulfill its obligation. During reasonable time the buyer is not allowed to use any other form of remedies unless he has been informed by the seller that the latter will not fulfill its obligation. In any case the buyer has the right to seek for compensation of damage (art.722 of CC). Unsubstantial breach of obligation as defined by article 723 of the CC implies the situation in which the delivery of defective goods constitutes unsubstantial breach of contract which not necessary impair the buyers rights and the general will of the contractual parties. In such cases the buyer may require the replacement or the repair of defects, secondly price reduction. Again like in the cases of substantial breaches the buyer is supposed to provide the seller with reasonable time to comply with such obligations and when the seller does not comply point 1 (the repair or replacement of goods with defects) within the time limit provided by the buyer, the latter has the right to ask for the price reduction. In any case the buyer can claim damage compensation (art. 723 CC)".

³⁴ V. član 2.a Konvencije u celini.

Prilikom ocene prava kupca na raskid ugovora zbog nedostataka saobraznosti odnosno materijalnih nedostataka, osnovni kriterijum ogleda se u ozbiljnosti odnosno težini nedostatka u pitanju. U načelu, prodavac odgovara za sve nedostatke stvari/robe koji umanjuju njenu vrednost ili korisnost s obzirom na cilj koji je ugovorom određen ili koji proizlazi iz okolnosti slučaja ili namere strana. Ipak, pravo na raskid ne daje svaki nedostatak, već samo onaj usled koga kupac ne može ostvariti očekivanu korist, ali tako da se time u suštini osujećuje svrha ugovora. U Konvenciji, taj princip obuhvaćen je uslovima postojanja bitne povrede ugovora, a u nacionalnim zakonima, on je izražen kroz odredbu prema kojoj se neznatan materijalni nedostatak ne uzima u obzir, pravila o raskidu ugovora zbog delimičnih nedostataka, kao i kroz opšte pravilo o tome da se ugovor ne može raskinuti zbog neispunjenja neznatnog dela obaveze.

III

ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE

Prof. Dr. Arsen Janevski

Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij", Skoplje, Pravni fakultet, „Justinijan Prvi“

Prof. Dr. Zoran Rašović

Pravni fakultet Univerziteta u Crnoj Gori

ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE

– Komparativno-pravni pregled zemalja –

Srbija, Makedonija, Hrvatska, Crna Gora, Bosna i Hercegovina, Albanija

Pitanje pravnih nedostataka i odgovornosti za pravne nedostatke je bitno pitanje za ispunjenje cilja ugovornih odnosa. Kauza ugovora ne može se realizovati ili ne može se realizovati u potpunosti ukoliko ne postoje pravni mehanizmi koji omogućavaju sticanje subjektivnog prava, posebno svojinu (vlasništvo) ili pravo korišćenja, koje će biti nesmetano od prava i zahteva trećih osoba. Postojanje takvih prava i zahteva označava postojanje pravnih nedostataka i odgovornosti za njih. Uz pravne nedostatke vezana su materijalnoppravna i procesnoppravna pitanja, a cilj ovog izveštaja je da utvrdi stepen koherentnosti reguliranja u zemljama jugoistočne Evrope.

Stanje nacionalne legislative u pogledu odgovornosti za pravne nedostatke je u centru interesa, posebno Predlog Regulative zajedničkog evropskog prava za ugovore.¹ Naime, do sada evropsko zakonodavstvo koje je uređivalo ugovore (pre svega potrošačko) nije uređivalo pitanje pravnih nedostataka odnosno prava trećih osoba i odgovornost prodavca kada se ta prava pojave. Članom 102, Aneksa Regulative, uređeno je da stvar, odnosno digitalni sadržaj, mora biti oslobođen prava ili neočigledno neosnovanih potraživanja trećih osoba, uključujući i prava intelektualne svojine. Što se tiče prava ili potraživanja na osnovu intelektualne svojine, stvar odnosno digitalni sadržaj mora biti oslobođen prava ili neočigledno neosnovanih potraživanja trećih osoba: a) prema pravu države gde će se stvar ili digitalni sadržaj koristiti u skladu sa ugovorom, ili u slučaju nepostojanja ugovora prema pravu države gde kupac ima postojano poslovno sedište ili u slučaju potrošačkih ugovora u mestu boravišta koje je naveo potrošač u vreme zaključenja ugovora; b) za koje je prodavac znao ili je morao da zna u vreme zaključenja ugovora. U ugovorima između poslovnih subjekata, stav 2 se ne primenjuje kada je kupac znao ili morao da zna za prava i potraživanja zasnovana na intelektualnoj svojini u vreme zaključenja ugovora. Slično, u potrošačkim ugovorima stav 2 se ne primenjuje kada je potrošač znao ili morao da zna za prava i potraživanja zasnovana na intelektualnoj svojini u vreme zaključenja ugovora (stav 4). Za ove ugovore dodatno je propisano da strane ne mogu isključiti primenu ovih odredbi ili promeniti njihovo dejstvo na štetu potrošača.

Generalni zaključak istraživanja o pravnoj uređenosti instituta "odgovornost za pravne nedostatke" je da je ovaj institut, poznat i kao zaštita od evikcije, odnosno odgovornost za evikciju, uređen u svim zemljama jugoistočne Evrope i da su pravila postavljena u zakonima (zakonicima) kojim se uređuje odgovornost za pravne nedostatke relativno ujednačena.

Zakonodavci u zemljama JIE, po pravilu, pitanje odgovornosti za pravne nedostatke uređuju u opštem delu ugovornog prava odredbom koja se odnosi na dejstvo teretnih ugovora i kod ugovoro-

¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final.

ra o prodaji, s tim da kod posebnih ugovora (poklon, zajam, zakup i dr.) upućuju na odredbe ugovora o prodaji. Komparativno, Austrijski građanski zakonik uređuje ovo pitanje u opštem dijelu ugovora. Njemački građanski zakonik, Švajcarski zakonik o obligacijama, Italijanski građanski zakonik i Francuski građanski zakonik u okviru kupoprodajnog ugovora, s tim da Italijanski građanski zakonik sadrži i opštu odredbu i za druge tipove ugovora.

Iz analize proizlazi da su pravila detaljnije razrađena u pravu zemalja bivše SFRJ i da je to primer koji Albanija može slediti pogotovo kad je u pitanju odgovornost za pravne nedostatke prava. Istovremeno, može se konstatirati da u pravima Crne Gore, Srbije, Hrvatske, Makedonije, Federacije BiH i Republike Srpske, nema upućujuće odredbe za odgovarajuću primenu odredbi o materijalnim nedostacima, što je propust. Treba primeniti npr. odredbe o: naknadi štete, troškovima otklanjanja nedostataka i predaje stvari bez nedostataka, raskidu ugovora bez ostavljanja naknadnog roka, djelimičnim nedostacima i slučaju kad je određena jedna cijena za više stvari, gubitku prava na raskid ugovora, posljedicama raskida zbog nedostatka, sniženju cijene, pravnom položaju sticaoca u slučaju postupnog otkrivanja nedostataka. Isto rješenje kao u navedenim pravima imaju: Švajcarski građanski zakonik, Francuski građanski zakonik i Italijanski građanski zakonik, dok Njemački građanski zakonik i Austrijski građanski zakonik sadrže zajedničke odredbe o materijalnim i pravnim nedostacima, ali i posebne odredbe o pravnim nedostacima.

1. Odgovornost za pravne nedostatke

Institut odgovornosti za pravne nedostatke uređen je u Građanskom zakoniku Albanije, odnosno zakonima o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Makedonije, Crne Gore i Srbije.

Zakoni/zakonici ne sadrže eksplicitnu definiciju odgovornosti za pravne nedostatke. U svim zemljama ova se odgovornost vezuje za odgovornost za pravne nedostatke ispunjenja, odnosno za obavezu prodavca da kupcu preda stvar koja je oslobođena od prava ili zahteva trećih osoba. Zabeleženo je da sud ima važnu ulogu u zaokruživanju značenja ovog pojma, ali na žalost, sudska praksa nije svugde lako dostupna pa se ne može analizirati njeno značenje u svim zemljama podjednako.

Tako, u Građanskom zakoniku Albanije² (u daljem tekstu GZAL) ne postoji definicija pojma, a takva ne proizlazi ni iz prakse najvišeg suda. Kao odgovornost za pravne nedostatke podrazumeva se obaveza prodavca da isporuči robu koja je oslobođena od prava i zahteva trećih osoba. U albanskom pravu ova odgovornost je poznata kako zaštita od evikcije³, time da se pod evikcijom podrazumeva gubljenje ili uznemiravanje prava svojine kupca tokom ispunjavanja njegovog prava kao vlasnika.⁴ U albanskom Građanskom zakoniku ovo pitanje je uređeno članom 719, koji se treba tumačiti tako da pokriva ne samo zaštitu od evikcije zbog postojanja prava trećih osoba, već zbog postojanja zahteva trećih osoba koja mogu da osujete mirnu vladavinu kupca kao vlasnika.⁵ Pri tome se treba imati u vidu da je članom 719 odgovornost ograničena na slučajeve kada nije drugo ugovoreno između ugovornih strana.

U državama bivše SFRJ odgovornost za pravne nedostatke uređena je na isti način. Zakonima o obligacionim odnosima najpre je uređena opšta odgovornost kod dvostranoobavezujućih

² The Civil Code, Law No. 7850, dated on 29. 7. 1994, Official Journal No.11, pg. 491, amended by Law No. 8781, dated on 3. 5. 2001, Official Journal No. 24, pg. 757.

³ Mariana Semini (Tutulani), "E Drejta e Detyrimeve dhe kontraktave. Pjesa e Posaçme", Botimi i Tretë, Tiranë 2002, fq 13.

⁴ Marina Semini, v. supra, ibid.

⁵ A. Sallabanda. Ibid. For example, when the buyer has lost his property rights over an object, as a consequence of a court decision which recognizes the right of property of a third party, the buyer is considered evicted.

tovarnih ugovora tako da svaki ugovaratelj odgovara za pravne nedostatke ispunjenja i da je dužan štiti drugu stranu od prava i zahtjeva trećih osoba kojim bi njeno pravo bilo isključeno ili suženo. Ovakva definicija nalazi se u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine (čl. 121. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima⁶ (dalje u tekstu: ZOO BiH)), Republike Hrvatske (čl. 357. st. 2. Zakona o obveznim odnosima⁷ (dalje u tekstu: ZOOHR)), Republike Makedonije (čl. 110, stav 2, Zakona o obligacionim odnosima (dalje u tekstu: ZOO RM⁸)), Crne Gore (čl. 116, stav 2, Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore⁹ (dalje u tekstu: ZOO CG)) i Srbije (čl. 121, stav 2, Zakona o obligacionim odnosima Srbije¹⁰ (dalje u tekstu: ZOO RS)). Ovako opšte postavljena odgovornost vezuje se za odgovornost prodavca za pravne nedostatke, osim ako kod pojedinih ugovora nije drukčije propisano. Odgovornost prodavca za pravne nedostatke uređena je čl. 508 ZOO BiH, čl. 430 ZOO HR, čl. 496 ZOO RM, 516 ZOO CG i čl. 508 ZOO RS. Zakoni stipuliraju odgovornost u slučajevima potpune i delimične evikcije kod prenosa stvari. U pogledu prenosa prava garantuje se postojanje i nesmetana ostvarljivost tog prava, odnosno odgovornost za pravne nedostatke prava pojaviće se kada prenešeno pravo ne postoji ili se isto ne može nesmetano ostvariti.

Sudska praksa upotpunjuje definiciju instituta. Praksa Hrvatske daje definiciju odgovornosti za pravne nedostatke određujući da se radi od zaštiti od evikcije definiranoj kao „pravno uznemiravanje ... (koje) se vrši na temelju nekog prava trećeg koje je postojalo prije kupčevog stjecanja”¹¹, odnosno odgovornost za evikciju: „...odgovornost za pravne nedostatke (evikcija) nije ništa drugo nego pravno uznemiravanje stjecatelja stvari od strane nekog trećeg koji zapravo isključuje, umanjuje ili ograničava kupčevo pravo...”¹²

Kod utvrđivanja postojanja odgovornosti za pravne nedostatke bitno je još istaći da ona postoji ako kupac, odnosno drugi sticatelj, nije bio obaviješten o nedostatku niti je pristao na to da predmet ispunjenja ima pravni nedostatak.¹³ Uz to, da bi postojala odgovornost prodavca za pravni nedostatak, potrebno je da je taj nedostatak postojao u momentu predaje stvari kupcu, pri

⁶ Zakon o obligacionim odnosima (službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89) preuzet je u oba entiteta. U Federaciji BiH (u daljem tekstu: FBiH) kao Zakon o obligacionim odnosima FBiH (Službeni list RBiH, 2/92, 14/93, 13/94, Službeni glasnik FBiH 29/03), a u Republici Srpskoj (u daljem tekstu: RS) kao Zakon o obligacionim odnosima Republike Srpske (Službeni glasnik RS, 17/93, 57/98, 39/03, 74/04). Odredbe ovih zakona u pogledu odgovornosti za pravne nedostatke su identične, pa će, radi lakše razumljivosti teksta, biti referirano samo na ZOO, bez dodatnih oznaka FBiH ili RS, misleći pri tome na propise oba entiteta.

⁷ NN 35/05 i 41/08

⁸ Službeni list Republike Makedonije br.18/2001; 4/2002; 5/2003; 84/2008; 81/2009 i 161/2009.

⁹ "Sl. list Crne Gore", br. 47/08

¹⁰ "Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i "Sl. list SRJ", br. 31/93

¹¹ Županijski sud u Zagrebu, Gž-4788/02, od 23. 4. 2004

¹² Županijski sud u Rijeci, Gž-1326/03, od 24. 11. 2004

¹³ Iz prakse:

- U praksi Hrvatske ovo je potvrđeno i u revizijskoj odluci Vrhovnog suda RH, Rev. 848/88 od 27. 9. 1989. u kojoj sud navodi: "Međutim, uvjet za prodavateljevu odgovornost u takvom slučaju jest da kupac nije bio obaviješten u vrijeme kupovine o postojanju prava trećih osoba na stvari koju kupuje, odnosno da nije pristao kupiti stvar opterećenu tim pravom. U ovom slučaju, pak, utvrđeno je da su tužitelj i tuženi znali da navedeni televizor nije ocarinjen i tužitelj kao kupac pristao je kupiti i takav televizor. Zbog toga tuženi u smislu navedene zakonske odredbe ne odgovara kao prodavatelj za nedostatak koji je stvar imala u vrijeme prodaje kupcu, pa tužitelj, kako se opravdano ističe u reviziji, neosnovano od tuženoga traži naknadu štete.;"
- „Kupac koji nije znao ili nije morao znati da mu je prodana tuđa stvar, ovlašten je – ako se zbog toga nije mogla ostvariti svrha ugovora- raskinuti ugovor i tražiti naknadu štete. Ta prava pripadaju i kupcu kojem je prodat automobil sa falsifikovanim tvorničkim brojevima na šasiji i motoru, jer se radi o pravnim nedostacima koji onemogućavaju korišćenje vozila." Pravni stav Kantonalnog suda u Sarajevu, Bilten sudske prakse Kantonalnog suda u Sarajevu, broj 3/2001, str. 25.

čemu, po pravilu, nije relevantno, da li je prodavac za taj nedostatak znao ili nije.¹⁴ Znanje prodavca javiće se kao pretpostavka za nastanak njegove odgovornosti u slučajevima kada je riječ o posebnim ograničenjima javnopravne naravi i gde se, da bi došlo do odgovornosti, traži da je prodavac znao da postoje ili je znao da se takva ograničenja mogu očekivati, a nije to saopštio drugoj strani. Javnopravna ograničenja postoje i u nemačkom i u austrijskom pravu.

Dalje, gledano komparativno, slično pravu Albanije, pravne nedostatke reguliše i čl. 42 Bečke konvencije, koji određuje da roba koju prodavac isporučuje kupcu mora biti slobodna od svakog prava ili potraživanja trećeg lica. Švajcarski zakonik o obligacijama predviđa da prodavac jemči za to da treći ne može kupcu u celosti ili delimično oduzeti predmet prodaje na pravnom osnovu koji je postojao u vrijeme zaključenja ugovora. Nemački građanski zakonik daje negativnu definiciju određujući da stvar nema pravne nedostatke kad treći u pogledu stvari ne može prema kupcu ostvarivati nikakva prava ili samo prava preuzeta ugovorom o kupoprodaji. Konvencija UN o međunarodnoj prodaji robe predviđa opštu obavezu prodavca da preda robu koja je slobodna od bilo kojeg prava i zahteva trećeg lica.

2. Definicija pravnog nedostatka za stvari i prava

Zakonodavstva svih država sadrže odredbe koje određuju da se pravni nedostaci mogu objaviti u pogledu stvari. Pravni nedostaci prava zakonski na opšti način nisu uređeni u Albaniji, dok se u drugim državama nalazi zakonska definicija.

U pogledu stvari, prema zakonima, pravni nedostaci postoje kada na (prodanoj) stvari postoji neko pravo trećega koje isključuje, umanjuje ili ograničava pravo kupca.¹⁵ Pravo trećeg može biti bilo koje pravo kojim se zadiru u pravo koje je sticatelj prema ugovoru trebao steći. No, pri ovome treba imati u vidu da će prema sticatelju učinak imati, što će reći da će predstavljati bit pravnog nedostatka, samo prava trećih koja su apsolutne prirode (stvarna prava npr.). Relativna prava trećih će se javiti kao pravni nedostatak samo ako mogu imati učinak prema sticatelju u konkretnim okolnostima. Pri tome, u teoriji se ističe da uznemiravanje koje nije posledica vršenja nekog prava, nego predstavlja čisto faktičko uznemiravanje, ne ulazi u pojam evikcije.¹⁶

Kod prenosa prava, prema zakonima o obligacionim odnosima država bivše SFRJ, smatra se da postoji pravni nedostatak kada pravo koje se prodaje ne postoji ili ima pravnih smetnji za njegovo ostvarenje.¹⁷ U albanskom zakonodavstvu uređeno je da predmet ugovora o prodaji može biti i prenos prava, ali GZAL ne sadrži opštu definiciju koja uređuje odgovornost za pravne nedostatke tih prava.

¹⁴ Iz prakse proizlazi:

- „Nije pravni nedostatak na stvari za koje bi odgovarao prodavac pod uslovima iz člana 508.–514., ako kupac te stvari samo misli ili strahuje da će mu jednoga dana neko treće lice oduzeti stvar na osnovu jačeg prava na posjed.“ Vrhovni sud Republike Srpske, broj: Rev-4/01, od 27. 2. 2001. godine – Bilten sudske prakse VS RS, broj 1/2004, odluka broj 70, str. 120–121;
- „Prodavac odgovara za pravne nedostatke stvari bez obzira da li je za iste znao ili ne.“ Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. br. 1166/09, od 18. 11. 2009. godine.

¹⁵ Čl. 508. st. 1. ZOO BiH, čl. 430 stav 1 ZOO RH, čl. 496 stav 1 ZOO RM, čl. 516 stav 1 ZOOGC, čl. 508. st. 1. ZOO RS. Treba se naglasiti da se ovakva definicija u Albaniji ne nalazi u zakonodavstvu, već da se ona izvlači iz tumačenja čl. 719 GZAL o postojanju prava *in rem* i prava *in personae* kojima se onemogućuje ili narušava mirna vladavina, videti Ardian Nuni, „Hyrje në të Drejtën Civile“, Botime „Morava“, Tiranë 2006, pg. 96.

¹⁶ Vidi i: Bikić A., Obligaciono pravo – Posebni dio, Sarajevo, 2005., str. 31.

¹⁷ Videti čl. 508 st. 2. ZOO BiH, čl. 430 stav 2 ZOO RH, čl. 496 stav 2 ZOO RM, čl. 516 stav 2 ZOOGC, čl. 508. st. 2. ZOO RS.

Kao posebni oblik pravnog nedostatka može se izvesti ograničenje javnopravne prirode.¹⁸ Smatra se da ovo ograničenje postoji kada se opštim ili posebnim pravnim aktom javnog prava isključi, ograniči ili umanjí samo pravo sticatelja ili ovlašćenja koja bi imao na osnovu ugovora.

3. Obaveze kupca u slučajevima pravnih nedostataka

U svim analiziranim pravnim sistemima uređeno je da kupac ima obavezu da obavesti prodavca kad se pojavi pravni nedostatak. Tako, prema članu 720 GZAL kupac mora da obavesti prodavca o postojanju prava ili zahteva trećih strana i da specificira prirodu tih prava ili zahteva. Slična obaveza o obaveštenju prodavca sa strane kupca postoji i prema čl. 509 ZOO BiH, čl. 431. ZOO RH, čl. 497 ZOO RM, čl. 517 ZOO CG i čl. 509 ZOO RS. Ova obaveza kupca postoji izuzev kada prodavcu odnosno otuđivatelju već nije poznato da je stvar sa nekim pravnim nedostatkom¹⁹, odnosno kada je pravo trećeg očitó osnovano.²⁰ Rok za obaveštenje nije specificiran u zakonima. U albanskom pravu smatra se da to treba da bude u razumnom roku, dok se u pravu bivših država SFRJ smatra da to obaveštenje treba da usledi u najkraćem roku. Ovo proizlazi iz opšte odredbe o odgovornosti zbog propuštanja obavijesti, prema kojoj bi kupac/sticalac odgovarao prodavcu/otuđivatelju za štetu koja bi mu zbog propuštanja davanja obavijesti nastala.²¹ Način na koji se obaveštenje treba dostaviti drugoj ugovornoj strani takođe nije propisan.

¹⁸ Čl. 514 ZOO BiH, čl. 436 ZOO RH, čl. 502 ZOO RM, čl. 523 ZOO CG, čl. 514 ZOO RS. Iz prakse:

- Vrhovni sud Srbije, Rev. 742/2006 od 28. 6. 2006. godine: "Prodavac odgovara po pravilima zaštite od evikcije i u slučaju kada su na stvari postojala određena ograničenja javnopravne prirode a kupac ih nije saopštio prodavcu, i ta odgovornost će postojati ne samo za ona ograničenja koja već postoje u času zaključenja ugovora već i za ona koja se mogu očekivati, ako je u konkretnom slučaju on za to znao";
- Presuda Vrhovni sud BiH, Rev-479/81, od 24. 6. 1982. godine: „Prodavac robe uvezene iz inostranstva uz carinsku povlasticu odgovara kupcu za pravne nedostatke prema pravilima o zaštiti od evikcije ako je robu stavio u promet bez plaćanja pune carine i o tome nije obavijestio kupca. Tek sa plaćanjem pune carine, roba može biti u slobodnom prometu, a ako je uvezena uz carinsku povlasticu, promet je zabranjen ili ograničen od plaćanja carine (čl. 121. st. 2. i 3. i čl. 508–515. ZOO)“;
- Vrhovni sud Federacije BiH, broj: Rev. 201/98, od 10. 12. 1998. godine, Bilten VS FBiH, broj 1/1999, odluka broj 46: „Kada broj na motoru na prodatom automobilu ne odgovara broju motora u saobraćajnoj dozvoli, radi se o stvari sa pravnim nedostatkom koji se manifestuje u ograničenju javno-pravne prirode kupčeva prava, pa ukoliko takav nedostatak postoji, stiču se uslovi za raskid ugovora o prodaji automobila.“
- U Hrvatskoj praksi kao primjer ograničenja javnopravne naravi može se navesti slučaj kada je carina oduzela stečenu stvar jer ona prilikom uvoza nije bila ocarinjena (Vrhovni sud RH, Rev. 848/88 od 27. 9. 1989), postoji kada automobil ima krivotvorene isprave (krivotvorenu prometnu dozvolu) odnosno krivotvoren broj šasije, što kupcu onemogućavaju registraciju i uporabu automobila (Vrhovni sud RH, Rev 2726/94 od 14. 5. 1997., Rev. 560/95 od 18. 6. 1998., Rev. 1459/01 od 15. 9. 2004. te Rev. 152/00 od 28. 5. 2003.), kada predmet ispunjenja ukradeno motorno vozilo, zbog čega je nadležno tijelo oduzelo takvo vozilo od kupca (Vrhovni sud RH, Rev 3226/94 od 28. 10. 1997., te Vrhovni sud RH, Rev 2507/99 od 5. 2. 2002.), kada pravo vlasništva nije moguće pretvoriti u pravo vlasništva na posebnom dijelu nekretnine zato što je zgrada sagrađena protivno građevnoj dozvoli (Vrhovni sud RH, Rev. 502/07 od 19. 11. 2008.), dok s druge strane, Vrhovni sud RH je u revizijskom predmetu Rev. 1058/05 od 16. 3. 2006. zauzeo stajalište da činjenica da nekretnina koja je predmet prodaje nije upisana u zemljišne knjige i da prodavatelj nije upisan kao vlasnik nije sama po sebi takav pravni nedostatak koji bi kupcu davao pravo na raskid ugovora.

¹⁹ To je potvrdio i Vrhovni sud u revizijskom predmetu Rev. 979/07 od 27. 11. 2007., naglasivši da je kupac dužan obavijestiti prodavatelja kad se pokaže da treća osoba polaže neko pravo na stvar, izuzev kad je to prodavatelju već poznato. Prema sudskoj praksi prodavatelju protiv kojeg se vodi kazneni postupak u vezi s prodanom stvari moralo bi biti poznato da postoji pravni nedostatak na prodanoj stvari, slijedom čega kupac nije dužan o tome obavijestiti prodavatelja (Vrhovno sud RH, Rev. 285/06 od 17. 10. 2007.)

²⁰ Čl. 512, stav 1 ZOO BiH, čl. 434. st. 1. ZOO RH, čl. 500, stav 1 ZOO RM, čl. 529 stav 1 ZOO CG čl. 512 stav 1 ZOO RS; Prema sudskoj praksi Hrvatske: "Činjenica da je treća osoba podnijela zahtjev za vraćanje oduzete imovine nije očitó osnovano pravo u smislu čl. 434. st. 1. ZOO, koje bi isključivalo, umanjivalo ili ograničavalo pravo tužitelja kao kupca. Postojanje prava treće osobe treba naime biti posve nesporno, a ishod upravnog postupka koji je pokrenula ta treća osoba nije izvjestan. Pravo treće osobe mora biti očitó. U ovom slučaju tek postoji mogućnost da treća osoba u pokrenutom postupku pred upravnim tijelom stekne određena prava. Prava koja će eventualno steći treća osoba ne moraju dovesti do isključenja, umanjivanja ili ograničenja tužiteljeva prava." (Vrhovni sud RH, Rev. 668/05 od 14. 6. 2006.)

²¹ Vidi čl. 268 ZOO BiH, čl. 348. ZOO RH, čl. 275 ZOO RM, čl. 275 ZOO CG, čl. 268 ZOO RS prema kome ugovorna strana koja je dužna obavijestiti drugu stranu o činjenicama što su od utjecaja na njihov međusobni odnos odgovara za štetu koju pretrpi druga strana zbog toga što nije bila na vrijeme obaviještena.

Pored obaveze o obaveštenju, u pravnim sistemima koji se temelje na ZOO SFRJ, kada se pokaže da treća osoba polaže pravo na stvar, kupac je dužan da pozove prodavca da u razumnom roku oslobodi stvar od prava ili pretenzije trećeg ili da mu, kada je predmet ugovora ograničen po rodu, isporuči drugu stvar bez pravnog nedostatka.²²

Slična rješenja za obaveze kupca onima koje sadrže zakoni Crne Gore, Srbije, Hrvatske, Makedonije, Federacije BiH i Republike Srpske imaju Austrijski građanski zakonik, Italijanski građanski zakonik i Francuski građanski zakonik. Slično pravu Albanije je i odredba člana 42 i 43 Bečke konvencije.

4. Sankcije za pravne nedostatke (Obim odgovornosti za pravne nedostatke)

Glavne sankcije koje proizlaze iz postojanja pravnih nedostataka su raskid ugovora, sniženje cene i odgovornost za pretrpljenu štetu. Ova odgovornost se javlja kada prodavac ne odgovori na poziv kupca da u razumnom roku oslobodi stvar od prava ili pretenzije trećeg ili da mu, kada je predmet ugovora ograničen po rodu, isporuči drugu stvar bez pravnog nedostatka.

Ugovor se raskida po samom zakonu ako prodavac ne postupi po zahtevu kupca pa se stvar oduzme od kupca (čl. 510 stav 1 ZOO BiH, čl. 432 stav 1. ZOO RH²³, čl. 498 stav 1 ZOO RM, čl. 518 stav 1 ZOO CG, čl. 510, stav 1 ZOO RS). **Ugovor se raskida po izboru kupca**²⁴ ako prodavac ne postupi po zahtevu kupca, pa se zbog toga umanje ili ograniče kupčeva prava (čl. 727 u vezi sa članom 710–3 i 690, 698, 699 GZAL²⁵, čl. 510 stav 1 ZOO BiH, čl. 432 st. 1 ZOO RH, čl. 498 stav 1 ZOO RM, čl. 518 stav 1 ZOO CG, čl. 510 stav 1 ZOO RS). Slično, ako prodavac ne udovolji kupčevom zahtevu da u razumnom roku oslobodi stvar od prava ili zahteva trećega, kupac može raskinuti ugovor ako se zbog toga njegova svrha ne može ostvariti (čl. 510 stav 2 ZOO BiH, čl. 432 st. 2. ZOO RH, čl. 498 stav 2 ZOO RM, čl. 518 stav 2 ZOO CG, čl. 510 stav 2 ZOO RS). U slučaju raskida ugovora nastupaju posljedice

²² Čl. 509 ZOO BiH, čl. 431. ZOO RH, čl. 497 ZOO RM, čl.517 ZOO CG i čl. 509 RS; prema praksi Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine „Kupac ne može tražiti da mu prodavac zbog nemogućnosti prenosa prava vlasništva na prodatu parcelu, koja je razvrgnućem suvlasničke zajednice nekretnina, pripala drugom suvlasniku, prenese pravo vlasništva na neku drugu parcelu jer zemljišne parcele nisu stvari određene po rodu, već su one uvijek individualno određene stvari (Čl. 508. i 509. ZOO).“ – Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, broj: Rev. 246/86 od 30. 07. 1986. godine.

²³ Vrhovni sud RH, Rev. 473/03 od 19. 7. 2006, Rev. 644/07 od 28. 8. 2997., Rev. 788/01 od 12. 5. 2004., Rev. 1054/92 od 9. 9. 1992., Rev.1391/99 od 19. 11. 2000. i Rev. 560/95 od 18. 6. 1998.

²⁴ Prema sudskoj praksi, nije nužno tužbom zahtijevati raskid ugovora. Također, izjava o raskidu ne mora biti učinjena u pisanom obliku. Do raskida dolazi izjavom kupca, ako su ostvarene pretpostavke za raskid ugovora zbog pravnih nedostataka. Ako bi postojao spor o tome je li raskid ugovora u ovom slučaju proizveo pravni učinak, odluka suda imala bi deklaratorni a ne konstitutivni karakter. (Vrhovni sud RH, Rev 152/00 od 28. 5. 2003.) Vrhovni sud RH je u revizijskom predmetu Rev. 1435/97 od 3. 12. 1997. obrazložio: "Pravilno je zaključivanje sudova da krivotvoreni tvornički bojevi na motoru automobila koji je predmet kupoprodajnog ugovora imaju značenje pravnog nedostatka zbog kojeg je ograničeno kupčevo pravo nesmetanog korištenja stvari, pa se u slučaju neotklanjanja tog nedostatka od strane prodavatelja ne može ostvariti svrha ugovora. Stoga, ako prodavatelj na zahtjev kupca u razumnom roku stvar ne oslobodi takva nedostatka, kupac može raskinuti ugovor. Navedeno pravo, raskinuti ugovor, predstavlja pravo na jednostrani izvansudski raskid ugovora, a što znači da učinak raskida ima sama izjava o raskidu ugovora, pa u slučaju kada je zatražen sudski raskid i o njemu donesena odluka suda, takva odluka nema konstitutivno, već deklaratorno značenje... Kako je u konkretnom slučaju izjava o raskidu dana unutar navedenog roka od godine dana, pa tužbeni zahtjev za raskid ugovora ima samo deklaratorno značenje, te se može odnositi samo na utvrđenje već nastalog raskida ugovora, treba zaključiti da nije nastupio gubitak prava tužitelja." Nadalje, u sudskoj praksi zauzeto je stajalište da sama tužba kojom se traži raskid kupoprodajnog ugovora predstavlja izjavu kupca o raskidu ugovora, kada takva izjava nije dana prije podnošenja tužbe (Vrhovni sud RH, Rev. 1391/99 od 19. 11. 2000., te Županijski sud u Dubrovniku, Gž-1426/06 od 20. 11. 2008.).

²⁵ Građansko odeljenje Visokog suda, Odluka Br. 75, iz 18. 2. 2010, st. 3 i 4: "(...) U članu 719 Građanskog zakonika jasno je opredeljeno da 'prodavac treba da isporuči robu oslobođenu od svih prava ili zahteva trećih osoba, osim ukoliko je drugačije opredeljeno ugovorom'. U ugovoru koji je predmet ovog spora, uređeno je prema čl. 710/3 ovog Zakonika da je 'odgovornost prodavca odnosno obaveza prodavca da zaštiti robu od potraživanja, nedostatka ili nesaobraznosti robe ugovorom. (...) Uzimajući u vidu okolnosti, drugi sudovi su pravilno odlučili da tuženi, u svojstvu prodavca, nije ispunio svoje obaveze koje proizlaze iz Zakona (član 710/3 Građanskog Zakonika), i da se kao rezultat ugovor treba raskinuti saglasno članovima 690, 698, 699 ovog Zakonika."

koje slede raskid ugovora prema pravu država, koje nisu bile direktan interes ovog istraživanja.²⁶ **Kupac može da traži srazmerno umanjenje cene** ako prodavac ne postupi po njegovom zahtevu, u slučaju umanjenja ili ograničenja kupčeva prava (čl. 510 stav 1 ZOO BiH, čl. 432 stav 1 ZOO RH, čl. 498 stav 1 ZOO RM, čl. 518 stav 1 ZOO CG, čl. 510 stav 1 ZOO RS). Pravo **naknade štete** kupac ima u slučaju potpune evikcije (prema čl. 727 GZAL) odnosno u svakom slučaju prema općim pravilima o odgovornosti za štetu (čl. 510 stav 3 ZOO BiH, čl. 432 stav 3 ZOO RH²⁷, čl. 498 stav 3 ZOO RM²⁸, čl. 518 stav 3 ZOO CG, čl. 510 stav 3 ZOO RS). U pravima zemalja nasljednica ZOO-a SFRJ, uslov, da kupac zahteva naknadu štete je da u času sklapanja ugovora nije znao za mogućnost da mu stvar bude oduzeta, ili da njegovo pravo bude umanjeno ili ograničeno, pa se ta mogućnost ostvari. Ipak i u slučajevima kada je kupac znao za mogućnost delimične ili potpune evikcije, pa je do nje došlo, bez obzira na to što nema pravo na naknadu štete, imaće pravo da zahteva vraćanje, odnosno sniženje cijene (čl. 510 stav 4 ZOO BiH, čl. 432 stav 4 ZOO RH, čl. 498 stav 4 ZOO RM, čl. 518 stav 4 ZOO CG, čl. 510 stav 4 ZOO RS).

U pravu Albanije, kupac može i odložiti plaćanje ugovorne cijene kada postoji razlozan osnov za sumnju da robe/stvari ili njihov dio mogu biti vraćene trećem licu, osim ako prodavac ne pruži odgovarajuće garancije. Ovo plaćanje se ne može odložiti ako je kupac bio upoznat sa rizikom u vrijeme prodaje. Sličan pravu Albanije je i član 1481 Italijanskog građanskog zakonika.

5. Ograničavanje/isključivanje odgovornosti prodavca za pravne nedostatke

Pravila o odgovornosti za pravne nedostatke su dispozitivne prirode. Zakoni Srbije, Makedonije, Hrvatske, Crne Gore i Bosne i Hercegovine sadrže posebnu odredbu kojom se predviđa mogućnost da se odgovornost prodavca za pravne nedostatke ograniči ili sasvim isključi ugovorom.²⁹ Ova odredba je posledica načela dispozitivnosti prema kojem ugovorne strane slobodno uređuju obligacione odnose. Međutim, ograničenje odnosno isključenje odgovornosti je uslovljeno. Tako, ako je u vreme zaključenja ugovora, prodavcu bio poznat ili mu nije mogao ostati nepoznat neki nedostatak u njegovom pravu, odredba ugovora o ograničenju ili o isključenju odgovornosti za pravne nedostatke je ništava.³⁰ To znači da će prodavac odgovarati kupcu kao da te odredbe u ugovoru nije ni bilo.

²⁶ Valja zabilježiti da prema praksi Bosne i Hercegovine „Kod raskida ugovora zbog pravnih nedostataka kupcu pripada pravo na povrat kupoprodajne cijene u punom iznosu, bez obzira na činjenicu da se više godina koristio spornom stvari.“ – Okružni sud u Banjaluci, broj: Gž-563/08, od 26. 8. 2008. godine; slično prema albanskoj pravnoj teoriji prodavac usled raskida ugovora je dužan da vrati primljenu cenu u trenutku zaključenja ugovora.

²⁷ Prema sudskoj praksi Republike Hrvatske plaćena premija kasko osiguranja za vozilo koje je kupcu bilo oduzeto zato što je trećem bilo ukradeno predstavlja štetu na koju kupac ima pravo (Vrhovni sud RH, Rev. 1054/92 od 9. 9. 1992.). Kupac kojem je nadležno tijelo oduzelo kupljeno vozilo jer je bilo ukradeno ima pravo od prodavatelja zahtijevati povrat isplaćene cijene a i naknadu štete. (Vrhovni sud RH, Rev. 1391/99 od 19. 11. 2000., te Rev. 2726/94 od 14. 5. 1997.)

²⁸ Prema Rešenju br. 459/81 od 29. 12. 1981. Vrhovnog suda Republike Makedonije: „Kad je ugovor o prodaji raskinut zbog toga što je stvar oduzeta kupcu sa strane trećeg lica, pošto nije bila svojina prodavca, prodavac odgovara za celu štetu bez obzira na to da li je bio savesan tj. da li je znao da stvar koju prodaje nije njegova.“ Slično, prema odluci Gzz. br. 51/06 Vrhovnog suda Republike Makedonije, „za pravni nedostatak vozila, predmet ugovora o prodaji, prodavac odgovara bez obzira da li je znao ili je mogao da zna. Ukoliko je vozilo bilo oduzeto od kupca, ugovor se raskida po samom zakonu, a kupac ima pravo naknade pretrpljene štete.“

²⁹ Videti čl. 513, st. 1 ZOO RS, čl. 501, st. 1 ZOO RM, čl. 435, st. 1 ZOO RH, čl. 522, st. 1 ZOO CG, čl. 513, st. 1 ZOO BiH.

³⁰ Videti čl. 513, st. 2 ZOO RS, čl. 501, st. 2 ZOO RM, čl. 435, st. 2 ZOO RH, čl. 522, st. 2 ZOO CG, čl. 513, st. 2 ZOO BiH.

Međutim, čak i u slučaju da je odgovornost prodavca isključena ugovorom, on se time ne oslobađa svake vrste odgovornosti. Ako je došlo do potpune evikcije, on će morati da vrati primljeni iznos na ime kupoprodajne cene, jer bi se u suprotnom neosnovano obogatio.³¹

Kada je reč o pravu Albanije, prema čl. 720 st. 1 Građanskog zakonika Albanije kupac treba da obavesti prodavca o pravima ili zahtevima trećeg lica u razumnom roku od momenta kada je kupac postao svesan ili je trebao postati svesan prava i zahteva trećeg lica. Tumačenjem *a contrario* pomenute odredbe znači da ako kupac ne obavesti prodavca o pravima i zahtevima trećeg lica, prodavac se oslobađa od obaveze za odgovornost protiv evikcije i shodno tome oslobođen je i odgovornosti za pravne nedostatke. Kao i u drugim pravima zemalja regiona i u pravu Albanije je uređeno da se prodavac ne može pozivati na izostanak obaveštenja od strane kupca, i shodno tome izbeći obavezu garantiranja, ako je bio svesan prava i zahteva treće strane ili njihove prirode.³²

6. Vremensko ograničenje prava kupca u vezi pravnih nedostataka

Ostvarivanje prava kupca iz odgovornosti za pravne nedostatke, po pravilu, vremenski je ograničeno.

U zakonima Srbije, Makedonije, Hrvatske, Crne Gore i Bosne i Hercegovine predviđene su gotovo identične odredbe koje normiraju gubljenje prava kupca po osnovu pravnih nedostataka. Ostvarivanje prava kupca iz odgovornosti za pravne nedostatke u pravu ovih zemalja vremenski je ograničeno rokom koji se razlikuje zavisno o tome da li se radi o vansudskoj ili sudskoj evikciji.

U zakonima o obligacionim odnosima svih pomenutih zemalja regiona pitanje gubljenja prava kupca po osnovu pravnih nedostataka uređeno je na sledeći način:

a) Kada je reč o vansudskoj evikciji, propisano je pravilo da se pravo kupca po osnovu pravnih nedostataka gasi istekom godine dana od saznanja za postojanje prava trećeg.^{33 34} Po svojoj prirodi, reč je o prekluzivnom i subjektivnom roku. Rok je subjektivan jer teče od saznanja za postojanje prava trećeg. U ovom slučaju irelevantno je na koji je način kupac saznao za pravo trećega;

b) Ako se radi o sudskoj evikciji, u slučaju da je treće lice pre isteka pomenutog roka od godinu dana, pokrenulo spor, a kupac pozvao prodavca da se u spor umeša, pravo kupca se gasi tek

³¹ U tom smislu navodi se stav sudske prakse:

- „Nastupanjem potpune evikcije ugovor se raskida po samom zakonu, pa prodavac ne može zadržati cijenu, jer za to nema pravnog osnova“. Presuda VSCG, Rev. br. 47/2008, od 5. 2. 2008. godine.
- „Nastupanjem potpune evikcije ugovor se raskida po samom zakonu, pa prodavac ne može zadržati cijenu jer za to nema pravnog osnova. Ništava je odredba ugovora o ograničenju ili o isključenju odgovornosti prodavca za pravne nedostatke, ukoliko je prodavac u vrijeme zaključenja ugovora bio nesavjestan“. Odluka VSCG, Rev. br. 518/94, od 14. 6. 1995. godine.

³² Videti čl. 720, st. 2 Građanskog zakonika Albanije.

³³ Videti čl. 515, st. 1 ZOO RS, čl. 503, st. 1 ZOO RM, čl. 437, st. 1 ZOO RH, čl. 524, st. 1 ZOO CG, čl. 515, st. 1 ZOO BiH.

³⁴ Po ovom pitanju iz sudske prakse navode se dve odluke VSRH:

- Odluka VSRH, Rev. br. 1435/97, od 3. 12. 1997. godine. Iz obrazloženja odluke: „Navedeno pravo raskinuti ugovor predstavlja pravo na jednostrani izvansudski raskid ugovora, a što znači da učinak raskida ima sama izjava o raskidu, pa u slučaju kada je zatražen sudski raskid i o njemu donijeta odluka suda, takva odluka nema konstitutivno, već deklaratorno značenje. [...] Kako je u konkretnom slučaju izjava o raskidu data unutar navedenog roka od godinu dana, pa tužbeni zahtjev za raskid ugovora ima samo deklaratorni značaj, te se može odnositi samo na utvrđenje već nastalog raskida ugovora, to je za zaključiti da nije nastupio gubitak navedenog prava.“
- Odluka VSRH, Rev. br. 3122/99, od 8. 7. 2003. Iz obrazloženja odluke: „Pravilan je zaključak niže stupanjskih sudova o nepostojanju okolnosti na strani tužitelja kao kupca koje bi dovodile do gašenja njegovog prava po osnovi pravnih nedostataka. Naime, suprotno reviziji, tužitelj je upućivanjem obavijesti o oduzimanju vozila tuženiku, odmah istog dana kada mu je vozilo oduzeto, a to je uslijedilo 21. ožujka 1995. godine, održao rok iz čl. 515. st. 1. ZOO. (sada čl. 437. st. 1. ZOO) [...] Isto tako, a suprotno reviziji, sama obavijest o oduzimanju, sa ujedno upućenim zahtjevom za povrat cjelokupno plaćene prodajne cijene za ovo vozilo, predstavljalo bi izraženu volju za raskidom koji raskid bi u datim okolnostima oduzimanja, a i slijedom naravi samog nedostatka, nastupio po zakonu pozivom na čl. 510. st. 1. ZOO (sada čl. 432. st. 1.)“

istekom šest meseci po pravosnažno okončanom sporu.^{35 36} U ovom slučaju rok je prekluzivan i objektivn. Nakon isteka tog roka, kupac gubi prava iz odgovornosti za pravne nedostatke.

U pravu Albanije po pitanju vremenskog ograničenja prava kupca u vezi pravnih nedostataka izričito nisu normirani vremenski rokovi u kojima bi se kupac mogao pozivati na pravne nedostatke. U čl. 720 st. 1 Građanskog zakonika Albanije utvrđena je obaveza kupca da obavesti prodavca o pravima ili zahtevima trećeg lica. Vremensko ograničenje koje utvrđuje ovaj član je da obaveštenje treba biti dostavljeno u „razumnom roku od momenta kada kupac postane svesan ili je trebao postati svesan prava i zahteva trećeg lica“. Šta se smatra „razumnim rokom“ zavisi od okolnosti i složenosti svakog pojedinačnog slučaja. Pomenuti rok za obaveštenje razlikuje se od vremenskog roka kada su u pitanju nedostaci koji se odnose na robu koja nije u skladu sa ugovorom. Čl. 717 Građanskog zakonika Albanije uređuje da kupac gubi pravo da se poziva na ovaj nedostatak, ako ne obavesti prodavca, konkretizirajući prirodu odstupanja u roku od deset dana od dana kada utvrdi neusklađenost, osim ako zakon ili strane ne ugovore drugi vremenski rok. U svakom slučaju, kupac gubi pravo da se poziva na ovaj nedostatak ukoliko ne obavesti prodavca najkasnije u roku od dve godine od dana kada je roba predana kupcu, osim ako je taj rok u suprotnosti sa ugovornim periodom garancije.

7. Pozicija stranaka (prodavca, kupca i trećeg lica koje je nosilac nekog prava ili pretenduje na pravo) u sporovima za odgovornost zbog pravnih nedostataka. Specifični pravni lekovi protiv odluke prvostepenog suda kada je u pitanju odgovornost za pravne nedostatke. Specifičnosti izvršenja presuda u ovim slučajevima.

Po definiciji, evikcija predstavlja pravni akt trećeg lica (prigovor, tužba u materijalnom smislu) kojim treće lice na osnovu određenog jačeg prava, koje je postojalo u trenutku zaključenja ugovora o prodaji, isključuje ili ograničava pravo vlasništva kupca, koji je verovao da je to pravo vlasništva pribavio u potpunosti i bez ograničenja na osnovu ugovora o prodaji.

Kada treće lice polaze određeno pravo na stvar, koja je predmet ugovora o prodaji između kupca i prodavca, treće lice može da podnese tužbu nadležnom sudu, odnosno da povede spor protiv kupca te stvari (vlasnička tužba, svojinska tužba), tražeći povraćaj te stvari.

Kada je reč o sporovima za odgovornost zbog pravnih nedostataka, po pravilu, treće lice koje pretenduje na određenu stvar, kao tužilac, podnosi tužbu protiv kupca, kao tuženog. U ovom sporu, prodavac stvari može učestvovati u parnici kao treće lice. Pritom, njegova pozicija u parničnom postupku može biti u ulozi umešača, odnosno trećeg lica, obaveštenog o parnici.

Materijalni zakon (ZOO) Srbije, Makedonije, Hrvatske, Crne Gore i Bosne i Hercegovine ne sadrži posebne odredbe koje se odnose na položaj stranaka (prodavca, kupca i trećeg lica koje je nosilac nekog prava ili pretenduje na pravo) u parnici zbog odgovornosti zbog pravnih nedostataka.

³⁵ Videti čl. 515, st. 2 ZOO RS, čl. 503, st. 2 ZOO RM, čl. 437, st. 2 ZOO RH, čl. 524, st. 2 ZOO CG, čl. 515, st. 2 ZOO BiH.

³⁶ Po ovom pitanju iz sudske prakse navode se dve odluke VSRH:

- Odluka VSRH, Rev. br. 3226/94, od 28. 10. 1997. godine. Iz obrazloženja odluke: „Kupac kojem je nadležno tijelo oduzelo kupljeno motorno vozilo jer je bilo ukradeno, ima pravo od prodavatelja zahtijevati povrat isplaćenog cijene ovo zato što je prodavatelj (u ovoj pravnoj stvari revident) odgovoran kao prodavatelj stvari s pravnim nedostatkom a sve je sukladno čl. 508. st. 1. Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine", br. 53/91., 73/91, 3/94. i 7/96. – dalje ZOO), jer je prodao tužitelju stvar na kojoj treći ima pravo koje isključuje kupčevo pravo (tuđu stvar). Sankcije za prodaju stvari s pravnim nedostatkom koja je oduzeta kupcu propisane su čl. 510. st. 1. ZOO pa je tužitelj sukladno navedenoj odredbi mogao raskinuti ugovor i kao posljedicu raskida ugovora tražiti povrat isplaćene cijene (čl. 132. st. 2. ZOO).“
- Odluka VSRH, Rev. br. 1703/91 od 14. 11. 1991. godine. Iz obrazloženja odluke: „Naime, raskidom ugovora parnične su stranke oslobođene svojih obveza (izuzev obveze na naknadu štete) pa kako su tužitelji djelomično izvršili ugovor imali su pravo zahtijevati od tuženika da im vrate ono što su dali (čl. 132. st. 1. i 2. ZOO) pa je prema čl. 361. st. 1. ZOO zastarijevanje njihovog potraživanja počelo teći prvog dana poslije dana kad su upravo oni raskinuli predmetni ugovor a od tada pa do podnošenja tužbe u ovom sporu istekao je petogodišnji zastarni rok, kako to nedvojbeno proizlazi iz navedenih odlučnih činjenica koje su sudovi utvrdili.“

Kada je reč o njihovom položaju u sporovima za odgovornost zbog pravnih nedostataka u pravnim sistemima pomenutih zemalja regiona odgovor tražimo u procesnim normama. Naime, moguće su sledeće situacije:

Iz odredaba ZOO pomenutih zemalja regiona koji uređuju pitanje odgovornosti zbog pravnih nedostataka možemo izvesti određene konstatacije koje se odnose na položaj zainteresovanih subjekata u postupku povodom spora za odgovornost zbog pravnih nedostataka. ZOO, u odredbama o gubljenju prava kupca na osnovu pravnih nedostataka, predviđa pravilo da kupac može pozvati prodavca da se **umeša** u spor, koji je protiv njega povelu treće lice.³⁷ Pritom institut učešća umešača u parničnom postupku, uređen je pravilima procesnog zakona, koji će u ovom slučaju biti primenjen.³⁸

Međutim, moguća je i sledeća situacija: u sporu koji je treće lice povelu protiv kupca, kupac može na osnovu ovlašćenja koje mu daje ZPP, da prodavca, kao trećeg lica **obavesti o parnici**.³⁹ U tom kontekstu, ZOO predviđa odredbu da kupac ima pravo da se poziva na odgovornost prodavca za pravne nedostatke i kada je **bez obaveštenja** i bez spora priznao očigledno pravo trećeg.

U situaciji kada se kupac, ne obaveštavajući prodavca, upusti u spor sa trećim licem i spor izgubi, ipak se može pozvati na odgovornost prodavca o pravnim nedostacima, osim ako, prodavac dokaže da je on raspolagao sa sredstvima kako bi se odbio zahtev trećeg lica.⁴⁰ U ovom slučaju, u eventualnoj parnici između kupca (kao tužioca) i prodavca (kao tuženoga), prodavac može da istakne prigovor o lošem vođenju parnice.

Kupac bi mogao biti i aktivna strana u parnici (tužilac). Npr. pravom vlasničkom tužbom za predaju stvari (*reivindicatio*) kupac od trećeg lica (tuženoga) zahteva predaju stvari, a treće lice prigovara da je on, a ne kupac vlasnik te stvari.

Isto tako, kupac stvari bi mogao i tužbom za utvrđenje zahtevati da sud utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje prava trećeg lica ukoliko strahuje od moguće evikcije. I u ovom bi slučaju kupac imao ulogu tužioca.⁴¹

Moguća je i situacija da postoji sudski spor između kupca i prodavca konkretne stvari, u vezi ugovora o prodaji, a treće lice da podnese tužbu za glavno mešanje protiv kupca i prodavca, koji će u tom postupku imati položaj suparničara.

U Crnoj Gori praksa pokazuje da se treće lice, koje je i postavilo evikijski zahtjev, po pravilu javlja kao tužilac koji, s obzirom na to da je najčešće sporno pravo svojine, vlasničkom tužbom pokušava povratiti državinu na stvari na koju polaže i u postupku dokazuje pravo svojine. Kao tuženi se redovno javljaju i kupac i prodavac tuđe stvari.⁴²

³⁷ Videti čl. 515, st. 2 ZOO RS, čl. 503, st. 2 ZOO RM, čl. 437, st. 2 ZOO RH, čl. 524, st. 2 ZOO CG, čl. 515, st. 2 ZOO BiH.

³⁸ Videti čl. 208–211 Zakona o parničnom postupku Republike Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 125/2004, 111/2009, u daljem tekstu ZPP RS), čl. 194–197 Zakona o parničnom postupku Republike Makedonije („Сл. весник на РМ“, br. 79/2005, 110/2008, 83/2009 i 116/2010 i prečišćeni tekst, objavljen u „Службен весник на Република Македонија“ br. 7/2011, u daljem tekstu ZPP RM), čl. 206–209.a Zakona o parničnom postupku Republike Hrvatske („Narodne novine“ br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08 i 57/11, u daljem tekstu ZPP RH), čl. 205–208 Zakona o parničnom postupku Crne Gore („Sl. list“ br. 022/04-1, 028/05-31, 076/06-1, u daljem tekstu ZPP CG), čl. 369–371 Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Sl. novine Federacije BiH“, broj 53/03, 73/05, 19/06, u daljem tekstu ZPP BiH).

³⁹ Ako tuženi ili tužilac treba da neko treće lice obavesti o otpočetoj parnici da bi se time zasnovalo izvesno građanskopravno dejstvo, oni mogu, sve dok se parnica pravosnažno ne dovrši, to učiniti podneskom preko parničnog suda, u kome će se navesti razlog obaveštenja i u kakvom se stanju nalazi parnica. Videti čl. 213, st. 1 ZPP RS, čl. 199, st. 1 ZPP RM, čl. 211, st. 1 ZPP RH, čl. 210, st. 1 ZPP CG, čl. 372, st. 1 ZPP BiH.

⁴⁰ Videti čl. 511 ZOO RS, čl. 499 ZOO RM, čl. 433 ZOO RH, čl. 519 ZOO CG, čl. 511 ZOO BiH.

⁴¹ Ovakav položaj (uloga) zainteresovanih lica u parnici navodi se u odgovorima na upitnik iz Bosne i Hercegovine.

⁴² U tom kontekstu navodi se izvod iz obrazloženja presude VSCG, Rev. br. 17/2008, od 5. 2. 2008. godine: „Prema tome, neovlašćeno raspolaganje sa njihovim stanom, ne sprečava tužioce kao vlasnike, da vlasničkom tužbom traže predaju u državinu predmetnog stana, koji se nalazi u državini kupca, tj. drugotuženog kakav je zahtjev, pored ostalih, postavljen u ovoj pravnoj stvari.“

Pravo Albanije, u čl. 728 Građanskog zakonika izričito normira obavezu kupca da pozove prodavca da se uključi u parnicu kada je kupac tužen od strane trećeg lica koje tvrdi da polaže prava na kupljenoj stvari. Kada kupac ne postupi u skladu sa ovom odredbom i protiv njega bude izrečena konačna sudska odluka, on gubi pravo na garanciju od evikcije, ako prodavac dokaže da je postojalo dovoljno razloga za povlačenje zahteva treće strane. Kupac koji je dobrovoljno priznao pravo treće strane, gubi pravo na garanciju od evikcije, ako ne dokaže da nije bilo dovoljno razloga da se spreči sticanje stvari. Položaj prodavca u sporu između trećeg lica, kao tužioca i kupca, kao tuženoga može biti u ulozi umešača⁴³ ili trećeg lica obaveštenog o parnici.⁴⁴

Što se tiče pitanja postojanja specifičnih pravnih lekova protiv odluka prvostepenog suda, kada je reč o sporovima za odgovornost zbog pravnih nedostataka, ni jedan od analiziranih pravnih sistema zemalja regiona ne poznaje odnosno ne sadrži posebne odredbe koje uređuju posebne (specifične) pravne lekove protiv odluka prvostepenog suda.

Kada je reč o mogućnosti postojanja određenih specifičnosti koje se odnose na izvršenje presuda u slučajevima odgovornosti za pravne nedostatke, isto kao i po prethodnom pitanju, zakoni analiziranih država ne poznaju takve specifikke.

⁴³ Videti čl. 191 Građanskog procesnog zakona Albanije.

⁴⁴ Videti čl. 192 Građanskog procesnog zakona Albanije.

Prof. Dr. Arsen Janevski

Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij", Skoplje, Pravni fakultet, „Justinijan Prvi“

Prof. Dr. Zoran Rašović

Pravni fakultet Univerziteta u Crnoj Gori

ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE

– Komparativno-pravni pregled zemalja – Srbija, Makedonija, Hrvatska, Crna Gora, Bosna i Hercegovina, Albanija

Rezime

U ovom radu autori analiziraju stepen koherentnosti reguliranja pitanja pravnih nedostataka i odgovornosti za pravne nedostatke u zemljama jugoistočne Evrope. Uz pravne nedostatke vezana su materijalnoppravna i procesnoppravna pitanja koja se zasebno razrađuju.

U provom delu analizira se definiranje instituta odgovornosti za pravne nedostatke. Pri tome autori zaključuju da je on uređen u Građanskom zakoniku Albanije, odnosno zakonima o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Makedonije, Crne Gore i Srbije, koji ne sadrže eksplicitnu definiciju odgovornosti za pravne nedostatke. U svim zemljama ova se odgovornost vezuje za odgovornost za pravne nedostatke ispunjenja, pri čemu sudska praksa ima važnu ulogu u zaokruživanju značenja ovog pojma. Kada se mogu pojaviti pravni nedostaci, predmet je analize drugog dela ovog rada. Zakonodavstva svih država sadrže odredbe koje određuju da se pravni nedostaci mogu pojaviti u pogledu stvari. Pravni nedostaci prava zakonski na opšti način nisu uređeni u Albaniji, dok se u drugim državama nalazi zakonska definicija. Dalje u radu analizira se pitanje obaveze kupca (oštećene strane) pri čime se utvrđuje da je u svim analiziranim pravnim sistemima uređeno da kupac ima obavezu kad se pojavi pravni nedostatak da o tome obavesti prodavca, a pored ove obaveze, u pravnim sistemima koji se temelje na ZOO SFRJ, kada se pokaže da treća osoba polaže pravo na stvar, kupac je dužan da pozove prodavca da u razumnom roku oslobodi stvar od prava ili pretenzije trećeg ili da mu, kada je predmet ugovora ograničen po rodu, isporuči drugu stvar bez pravnog nedostatka. Iz analize priložene u četvrtom delu zaključuje se da u analiziranim sistemima glavne sankcije koje proizlaze iz postojanja pravnih nedostataka su raskid ugovora, sniženje cene i odgovornost za pretrpljenu štetu. U petom delu analiziraju se pravila o ograničenju ili isključenju odgovornosti za pravne nedostatke. Polazeći od toga da su pravila dispozitivne prirode, u pravu Srbije, Makedonije, Hrvatske, Crne Gore i Bosne i Hercegovine predviđa se mogućnost da se odgovornost prodavca za pravne nedostatke ograniči ili sasvim isključi ugovorom, pri čemu je to ograničenje odnosno isključenje odgovornosti uslovljeno. Ovakva mogućnost postoji i u pravu Albanije, time da nije izričito zakonski predviđena. Diskusija u šestom delu rada navodi na zaključak da je ostvarivanje prava kupca iz odgovornosti za pravne nedostatke, po pravilu, vremenski ograničeno. U sedmom delu rada analiziraju se procesnoppravna pitanja u vezi s odgovornosti za pravne nedostatke. Tako po pitanju pozicije stranaka (prodavca, kupca i trećeg lica koje je nosilac nekog prava ili pretenduje na pravo) u sporovima za odgovornost zbog pravnih nedostataka zaključuje se da materijalni zakoni Srbije, Makedonije, Hrvatske, Crne Gore i Bosne i Hercegovine ne sadrže posebne odredbe koje se odnose na položaj stranaka u parnici zbog odgovornosti zbog pravnih nedostataka. Kada je reč o njihovom položaju u sporovima za odgovornost zbog pravnih nedostataka u pravnim sistemima

pomenutih zemalja regiona, odgovor tražimo u procesnim normama. Pravo Albanije izričito normira obavezu kupca da pozove prodavca da se uključi u parnicu kada je kupac tužen od strane trećeg lica koje tvrdi da polaže prava na kupljenoj stvari. U pogledu pravnih lekova protiv odluke prvostepenog suda kada je u pitanju odgovornost za pravne nedostatke, kako i izvršenja presuda u slučajevima odgovornosti za pravne nedostatke, zakoni analiziranih država ne poznaju specifične koje razlikuju ove slučajeve od drugih.

IV

PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA

PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA

Zbirni prikaz rešenja pravnih sistema Albanije, Bosne i Hercegovine (Republika Srpska, Federacija BiH i Distrikt Brčko), Crne Gore, Hrvatske, Makedonije i Srbije

I. Uvod

Predmet ovog teksta je zbirni prikaz rešenja pravnih sistema Republike Albanije, države Crne Gore, Republike Hrvatske, Republike Makedonije i Republike Srbije, a na osnovu prikaza nacionalnih istraživača iz svih ovih zemalja. Nacionalni izveštaji su rađeni po prethodnom upitniku, čiji je primarni cilj da se navedu osnovne crte rešenja svih ovih pravnih sistema u pogledu pravnih lekova zbog povrede prodajnog ugovora – šteta i kamata. Pri tom, nacionalni se izveštaji fokusiraju na nekoliko pitanja koja su povezana sa prikazom nacionalnih pravnih pravila koja se odnose na naknadu štete i na isplatu kaznenih kamata zbog neispunjenja obaveza ugovornih strana iz prodajnog ugovora. Sledi pregled nacionalnih izveštaja, da bi se na kraju teksta rezimirao nivo usaglašenosti rešenja predmetnih pravnih sistema o ovom pitanju.

II. Odgovori na pojedina pitanja

1. U kojim slučajevima kršenja prodajnog ugovora strane imaju pravo da traže obeštećenje? Da li je pravo na nadoknadu radi gubitka pravo po sebi, ili je to jedno od prava koji slijedi iz kršenja ugovora?

U **pravnom sistemu Republike Albanije**, ovo je pitanje regulisano u okviru albanskog Građanskog zakona (Zakon br. 7850 od 29. 7. 1994. g., sa izmenama). Albanski Građanski zakon reguliše pitanje prodajnih ugovora u članovima 705–756. Prema Građanskom zakonu, ugovor ima snagu zakona između ugovornih strana. Može biti raskinut ili izmenjen uz međusobni pristanak ili iz razloga koje zakon dopušta (član 690. GZ-a). Ugovor obavezuje strane ne samo na ono što je predviđeno u njemu, već i na efekte koji nastaju iz primene zakona (član 693. GZ-a). Kao što se može videti prilikom zaključivanja ugovora, same strane preuzimaju obavezu koja proizlazi i definisana je u samom ugovoru. One imaju obavezu da zadovolje ugovorne uslove u dobroj veri (*bona fide*). Prema čl. 422 Građanskog zakona poverilac i dužnik se moraju ponašati korektno jedan prema drugom, nepristrasno i razložno. Ako dužnik ne izvrši svoju obavezu, ili je ne izvrši na propisan način, u tom slučaju radi se o kršenju obaveze koja proizlazi iz ugovora ili zakona. Kršenje ugovora povlači primenu sankcija prema odgovarajućoj strani. Svako neispunjavanje i neizvršenje obaveza obavezuje dužnika da nadoknadi štetu koju je prouzrokovao poveriocu, osim ukoliko ne dokaže da do neispunjavanja obaveze nije došlo zbog njegove krivice. U tom slučaju poverilac ima pravo da: a) zatraži izvršenje obaveze, posebno dostavu stvari ili izvršenje radova, kao i nadoknadu za štetu koja je prouzrokovana kašnjenjem izvršenja; b) zatraži nadoknadu štete prouzrokovanu neizvršavanjem obaveze. Treba

podsetiti da ugovorne strane ne mogu uneti posebnu klauzulu koja isključuje ili ograničava njihovu odgovornost za neispunjavanje obaveze. Svaki sporazum koji isključuje ili ograničava odgovornost strana za neizvršavanje obaveza se smatra nevažećim (čl. 479. GZ-a).

Kada je izvršenje nemoguće zbog greške dužnika, poverilac ima pravo da zatraži nadoknadu prouzrokovane štete. Dužnik je kriv, kada je namerno ili iz nemara, stvorio uslove koji su onemogućili izvršenje, ili je preduzeo mere da spreči izvršenje (član 480. GZ-a). U vezi s tim ovde se analizira član 486. albanskog Građanskog zakona koji utvrđuje da šteta koja je nastala neizvršenjem obaveze dužnik mora nadoknaditi i da se ta nadoknada mora sastojati od iznosa svih gubitaka nastalih umanjenjem imovine, kao i zarade koja bi se mogla stvoriti u normalnim tržišnim uslovima (propuštena zarada). Tu pripada i nadoknada i popravke šteta prema razumnim cenama kako bi se sprečila ili ograničila šteta, a koje se odnose na okolnosti i zasnivaju na odgovornosti strane, razumni i neophodni troškovi da se utvrdi šteta i odgovornost, kao i troškovi koji se odnose na vansudsko poravnanje u ispunjavanju obaveze.

S druge strane, kada ugovor podrazumeva obaveze obe strane, i kada izvršenje obaveza jedne od strana nije onemogućeno zbog greške druge strane, ni jedna strana nema pravo da traži od druge izvršenje obaveze ili nadoknadu štete, osim ako zakon ili odredbe ugovora drukčije ne propisuju. Svaka od strana ima pravo da traži od druge strane da vrati ono što je bilo neophodno za izvršenje obaveze (član 488. GZ-a). Prema članu 492. Građanskog zakona, ukoliko poverilac kasni, dužnik ima pravo na nadoknadu štete koja je prouzrokovana i oslobađa se odgovornosti u slučaju da se izvršenje obaveze ne može izvršiti, osim kada se obaveza ne može izvršiti zbog njegove greške. U slučaju kašnjenja poverioca, dužnik ne plaća kamatu. Član 450. albanskog Građanskog zakona utvrđuje da nadoknada za štetu prouzrokovanu kašnjenjem u plaćanju određenog iznosa novca sadrži dospеле kamate od dana kada je započeto kašnjenje dužnika, u službenoj valuti zemlje u kojoj se obavlja plaćanje. Procenat kamate se utvrđuje zakonom. Na kraju svake godine iznos dospelih kamata sabira se sa iznosom obaveze na osnovu koje se kamate obračunavaju.

Pravni interes se plaća bez obaveze poverioca da dokaže štetu. Kada poverilac dokaže da mu je nanesena šteta veća od pravnog interesa, dužnik je dužan da mu plati i drugi deo štete. Također, u skladu sa čl. 454. GZ-a, član 450. ovog zakona ne uskrađuje pravo poveriocu da zahteva nadoknadu za štetu koja je nastala zbog činjenice da se kurs određene valute promenio od dana kada je započelo kašnjenje. U vezi sa pitanjem u kom slučaju kršenja prodajnog ugovora strane imaju pravo da zatraže nadoknadu gubitka, možemo reći da strane imaju pravo da traže nadoknadu za gubitke u svakom slučaju kada je druga strana odgovorna za kršenje ugovora koje je rezultovalo gubitkom. Ali kao što se vidi iz daljnjeg teksta, pravo na nadoknadu nije jedino pravo. U članu 722. GZ-a navodi se da u slučaju da predaja oštećene imovine predstavlja značajno kršenje ugovornih obaveza, kupac ima pravo da zatraži: 1) u trenutku kršenja, kako predviđa član 717 ovog zakona ili u razumnom roku od trenutka kršenja, predaju stvari kao dodatnu nadoknadu ili zamenu; 2) popravku stvari kada je to razložno, uzimajući u obzir sve konkretne okolnosti. Zahtev za popravkom mora se podneti u trenutku kršenja ugovora kako utvrđuje član 717. gore ili u razumnom roku od trenutka kršenja ugovora; 3) smanjenje cene; 4) raskid ugovora.

Kupac može dati prodavaču razuman rok da ispuni svoje obaveze. Tokom tog perioda, kupac ne može koristiti pravna sredstva da rešava kršenje ugovora osim ako ga prodavač ne obavesti da neće ispuniti obavezu u određenom roku. U svakom slučaju, kupac neće izgubiti pravo na odštetu. Član 723. GZ-a navodi da kada predaja stvari sa oštećenjem ne predstavlja značajno kršenje ugovora, kupac može zatražiti: 1) popravku stvari koje su oštećene; ili 2) umanjenje cene. Kupac može dati prodavaču razuman rok za ispunjenje ovih obaveza. Tokom tog perioda kupac ne može koristiti pravna sredstva da bi rešavao kršenje ugovora osim ako ga prodavač ne obavesti da neće ispuniti obavezu u određenom roku. Kada prodavač ne ispuni zahtev sadržan u tački jedan ovoga člana u

roku koji je odredio kupac, kupac može zatražiti smanjenje cene za predmetne stvari. U svakom slučaju, kupac neće izgubiti pravo na odštetu.

Član 736. GZ-a utvrđuje da prodavač može odrediti dodatni rok za kupca da ispuni svoje obaveze. Osim u izuzetnim slučajevima kada kupac ne obavesti prodavača da će se pridržavati svojih obaveza u tom periodu, prodavač ne može koristiti pravna sredstva radi obeštećenja za gubitke koji su nastali zbog kašnjenja u ispunjavanju obaveza. Međutim, prodavač ne gubi pravo na nadoknadu štete prouzrokovanoj kašnjenjem. Pored toga, član 737. GZ podrazumeva da prodavač može smatrati ugovor raskinutim: ako je kršenje ugovornih ili pravnih obaveza kupca značajno i ključno; ako kupac ne ispuni svoju obavezu u smislu plaćanja po određenoj ceni ili preuzimanja stvari u dodatnom roku koji je odredio prodavač ili ako izjavi da to neće učiniti u tom roku; ukoliko je kupac platio cenu, prodavač gubi pravo da proglašuje ugovor prekinutim osim ako to ne zatraži; u slučaju kašnjenja u ispunjavanju obaveze kupca, prije nego što postane svestan izvršenja obaveza; u slučaju kršenja ugovora iz drugačijih razloga nego što je neispunjavanje obaveza u razumnom roku; nakon trenutka kada je on bio upoznat ili je trebao biti upoznat o takvom kršenju; nakon isteka dodatnog roka koji je sam utvrdio, ili nakon što kupac objavi da neće ispuniti obaveze u dodatnom roku.

Član 743. GZ-a navodi da ako jedna od strana kasni u plaćanju ukupne cene ili bilo kog iznosa, druga strana ima pravo da zatraži kamatu na te iznose, a što nema uticaja na obeštećenje. Član 745. GZ-a utvrđuje da ukoliko je ugovor raskinut i ako nakon razumnog vremena kupac obavi zamensku kupovinu ili prodavač ponovo proda stvari, strana koja zatraži obeštećenje može dobiti razliku između cene navedene u ugovoru i cene u zamenskoj kupovini ili prodaji, kao i svaku drugu nadoknadu koja je predviđena u prethodnom članu. U slučaju prodaje sa rezervisanim vlasništvom, član 749. GZ-a navodi da ukoliko je ugovor raskinut zbog neizvršenja od strane kupca, prodavač mora vratiti uplaćene rate koje je primio, uz korektnu nadoknadu za korištenje stvari i za štetu. Ukoliko se navodi da uplaćene rate treba da zadrži prodavač kao obeštećenje, sud može, u skladu sa okolnostima, da odobri smanjenje dogovorenog obeštećenja.

U **Bosni i Hercegovini (Republici Srpskoj)**, najvažnija opšta pretpostavka odgovornosti za povredu ugovora jeste da je došlo do povrede ugovora. Do povrede ugovora dolazi kada se ugovorne strane ne ponašaju u skladu sa sadržajem ugovora, tj. povreda ugovora može nastati bilo od strane poverioca, bilo od strane dužnika. Tako npr. povreda ugovora o prodaji od strane dužnika nastaje kada ne ispuni svoju obavezu uopšte, ili je ne ispuni u predviđenom roku, ili na dogovorenom mjestu itd. Poverilac može prouzrokovati povredu ugovora ako npr. odbije da primi uredno ispunjenje duga, ili traži ispunjene duga u drugo vreme ili na drugom mjestu itd.

ZOO povredu ugovora reguliše u delu pod nazivom „Dejstva obaveze“ (čl. 262–294). Kada dođe do povrede ugovora, ugovor samim tim ne prestaje. Tako je i po ZOO-u koji sadrži posebna pravila o prestanku obaveza (Glava IV: „Prestanak obaveza“, čl. 295–393) u okviru kojih ne predviđa povredu ugovora i uopšte obligacije kao načina njihovog prestanka. Dakle, usled povrede ugovora „poveriočeva prava i dužnikove obaveze“ i dalje postoje kao osnovne (primarne), samo što se sada javlja još jedna nova (dodatna, sekundarna, akcesorna) obaveza koja se sastoji u naknadi prouzrokovane štete. Identitet obligacije nije izmenjen, izmenjen je samo sadržaj obaveze. Ovakvo shvatanje poznato je kao teorija o subrogaciji, jer iznos koji duguje dužnik za povredu ugovora predstavlja surogat primarne činidbe, mada takav stav nije u potpunosti prihvatljiv.

Najčešći slučaj povrede osnovne obaveze jeste kada dužnik ne ispuni svoju obavezu ili zadočni sa njenim ispunjenjem. Poverilac je u tom slučaju ovlašćen da, osim prava da zahteva od dužnika ispunjenje obaveze, zahteva i naknadu štete koju je zbog toga pretrpeo. Ovo pravo poverioca na naknadu štete kao opšte pravilo regulisano je u čl. 262/2 ZOO-a, dok postoji čitav niz pojedinih odredbi ZOO koje sadrže pravo poverioca na naknadu štete, što se smatra suvišnim, jer bi se i bez obzira na ove pojedine odredbe primenjivalo opšte pravilo. Naime, odredba čl. 262/2 ZOO-a se pri-

menjuje u svim slučajevima kada dužnik ne ispunji svoju obavezu ili zadocni s njenim ispunjenjem bez obzira na to iz kojeg izvora obligacije je obaveza nastala (ugovora, prouzrokovanja štete, sticanja bez osnova, posloводства bez naloga), zbog čega se smatra da je ovu odgovornost ispravnije nazvati odgovornost za štetu nastalu zbog povrede postojeće obaveze nego „ugovornom odgovornošću za štetu“.

Da bi nastala odgovornost za povredu ugovora zbog toga što dužnik nije ispunio svoju obavezu u celini ili je ispunjenje delimično ili je zadocnio sa njenim ispunjenjem, potrebno je da je prethodno takva obaveza dužnika ustanovljena, tj. da između poverioca i dužnika postoji obligacioni odnos. Ukoliko strana koja je pretrpela štetu i odgovorna strana nisu bile ni u kakvom obligacionom odnosu prije nastanka štete ili prouzrokovana šteta nije ni u kakvoj vezi sa obligacionim odnosom tih strana, između njih ne nastaje ugovorna odgovornost za štetu. Ovakav obligacioni odnos mora biti punovažan, tj. da proizvodi pravna dejstva, a ne da se radi o ništavom ili rušljivom ugovoru koji je kasnije poništen u zakonskom roku.

Odgovornost za povredu ugovora može nastati i kad nisu prekršene njegove izričite odredbe, nego i zakonske odredbe koje se primenjuju kao dopunske u slučaju kada pojedini pravni odnosi nisu regulisani ugovorom. To proizlazi iz dispozitivnog karaktera odredbi čl. 20 ZOO-a. Svaka povreda ugovora, tj. njegovo neispunjenje u potpunosti ili delimično ili zadocnjenje u ispunjenju, nema za posledicu odgovornost neke od ugovornih strana za takvu povredu ugovora. Da bi došlo do odgovornosti za povredu, potrebno je da je šteta zaista i nastala. Da li će doći do naknade takve štete, na kraju krajeva, zavisi i od poverioca, prvo od toga da li će iskoristiti svoje pravo da zahteva naknadu štete (v. čl. 262/2 ZOO-a), a zatim i da li će uspeti dokazati njeno postojanje i visinu. Pored toga, poverilac mora dokazati i uzročnu vezu između nastale štete i povrede, a uzrok mora biti takav da bez njega ne bi bilo štetne posledice.

Da bi se dužnik oslobodio od odgovornosti za štetu koju je prouzrokovao poveriocu povredom ugovora, a za koju odgovornost postoji oboriva pretpostavka, mora dokazati postojanje nekih okolnosti koje isključuju protivpravnost takvog njegovog ponašanja. U tom smislu u ZOO je prihvaćena tzv. subjektivno -objektivna koncepcija odgovornosti dužnika, odnosno njegovog oslobođenja od ove odgovornosti. U čl. 263 ZOO-a regulisane su dvije pretpostavke koje kumulativno oslobađaju dužnika odgovornosti: 1. da su nemogućnost ispunjenja obaveze ili zakašnjenje sa ispunjenjem obaveze u vezi sa okolnostima nastalim posle zaključenja ugovora i 2. da te okolnosti dužnik nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći.

Okolnost koja dovodi do nemogućnosti ispunjenja obaveze ili zakašnjenja sa ispunjenjem predstavlja situaciju u kojoj se dužnik našao, a mogu se sastojati u prirodnim ili pravnim razlozima, biti trajne ili privremene, potpune ili delimične, objektivne (kad niko ne može ispuniti neku obavezu) ili subjektivne (kad obavezu ne može ispuniti dužnik). Okolnost treba da je nastala posle zaključenja ugovora, nezavisno od volje dužnika, koju dužnik nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći. Izraze „sprečiti, otkloniti ili izbeći“ treba tumačiti tako da se odnose kako na samo nastupanje okolnosti, tako i na posledice koje ta okolnost izaziva, tj. nastalu štetu. Znači da dužnik prvo dokazuje da je nastupanje određene okolnosti za njega bilo nesavladivo, a zatim da ni nastalu štetu (posledicu) nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći. Pri tome se pažnja dužnika ceni objektivno, tj. da li se u datoj situaciji ponašao kao dobar privrednik, odnosno dobar domaćin (v. čl. 18/1 ZOO-a).

Na odgovornost dužnika za štetu koju je prouzrokovao poveriocu povredom ugovora može se uticati i samim ugovorom. Radi se o ugovornom proširenju odgovornosti dužnika iz čl. 264/1 ZOO i na slučaj za koji se po redovnom toku stvari („inače“) ne odgovara, ali ne i u pravcu (nesrazmerno) veće naknade štete nego što je prouzrokovana, što je u skladu sa načelom savесnosti i poštenja (v. čl. 264/2 ZOO-a). Isto tako regulisana je i mogućnost ugovornog ograničenja i isključenja odgovornosti (čl. 265 ZOO-a), s tim da se odgovornost dužnika može isključiti samo za običnu nepažnju (*culpa*

levis), a ne i za nameru (*dolus*) i krajnju nepažnju (*culpa lata*). I isključenje odgovornosti za običnu nepažnju nije neograničeno, već je klauzula neodgovornosti dopuštena samo ukoliko je rezultat slobodno izražene volje ugovornih strana i nije suprotna osnovnim načelima ZOO-a i to načelu zabrane stvaranja i iskorištavanja monopolskog položaja (čl. 14), ravnopravnosti stranaka (čl. 11) i načelu savestnosti i poštenja (čl. 12).

Ugovorno ograničenje odgovornosti znači da je dužnik odgovoran za prouzrokovanu štetu zbog neispunjenja ili zadocnjenja u ispunjenju ugovorne obaveze, ali ne u onom obimu u kojem bi bio odgovoran da nije ugovorena klauzula ograničenja odgovornosti (v. čl. 265/3 ZOO-a). Slično kao i kod isključenja, ni ograničenje odgovornosti nije „neograničeno“ ukoliko je nemogućnost ispunjenja obaveze prouzrokovana namerom ili krajnjom nepažnjom dužnika (čl. 265/4 ZOO-a). Pored ovog opšteg izuzetka o ograničenju odgovornosti, regulisana su i dva pojedinačna slučaja i to ukoliko je određeni iznos u „očiglednoj nesrazmeri“ sa štetom i „ako za određeni slučaj nije što drugo zakonom određeno“ (čl. 265/3 ZOO-a), a zakonom je određeno npr. plaćanje zatezних kamata za zadocnjenje sa ispunjenjem novčane obaveze (čl. 277 ZOO-a), zatim odgovornost ugostitelja (čl. 724 ZOO-a) itd.

U Bosni i Hercegovini (Federaciji BiH, Distriktu Brčko), najvažnija opšta pretpostavka odgovornosti za povredu ugovora jeste da je došlo do same povrede ugovora. Do povrede ugovora dolazi kada se ugovorne strane ne ponašaju u skladu sa sadržajem ugovora, tj. povreda ugovora može nastati bilo od strane poverioca, bilo od strane dužnika. Tako npr. povreda ugovora o prodaji nastaje kada dužnik ne ispuni svoju obavezu uopšte ili je ne ispuni u predviđenom roku ili na dogovorenom mjestu itd. Poverilac može prouzrokovati povredu ugovora ako npr. odbije da primi uredno ispunjenje duga ili traži ispunjenje duga u drugo vreme ili na drugom mestu itd.

ZOO povredu ugovora reguliše u delu pod nazivom „Dejstva obaveze“ (čl. 262–294). Kada dođe do povrede ugovora, ugovor samim tim ne prestaje. Tako je i po ZOO-u koji sadrži posebna pravila o prestanku obaveza (Glava IV: „Prestanak obaveza“, čl. 295–393) u okviru kojih ne predviđa povredu ugovora i uopšte obligacije kao načina njihovog prestanka. Dakle, usled povrede ugovora „poveriočeva prava i dužnikove obaveze“ i dalje postoje kao osnovne (primarne), samo što se sada javlja još jedna nova (dodatna, sekundarna, akcesorna) obaveza koja se sastoji u naknadi prouzrokovane štete. Identitet obligacije nije izmenjen, izmenjen je samo sadržaj obaveze. Ovakvo shvatanje poznato je kao teorija o subrogaciji, jer iznos koji duguje dužnik za povredu ugovora predstavlja surogat primarne činidbe, mada takav stav nije u potpunosti prihvatljiv.

Najčešći slučaj povrede osnovne obaveze jeste kada dužnik ne ispuni svoju obavezu ili zadocni sa njenim ispunjenjem. Poverilac je u tome slučaju ovlašćen da, osim prava da zahteva od dužnika ispunjenje obaveze, zahteva i naknadu štete koju je zbog toga pretrpeo. Ovo pravo poverioca na naknadu štete kao opšte pravilo regulisano je u čl. 262/2 ZOO-a, dok postoji čitav niz pojedinih odredbi ZOO koje sadrže pravo poverioca na naknadu štete, što se smatra suvišnim, jer bi se i bez obzira na ove pojedine odredbe primenjivalo opšte pravilo. Naime, odredba čl. 262/2 ZOO-a se primenjuje u svim slučajevima kada dužnik ne ispuni svoju obavezu ili zadocni s njenim ispunjenjem bez obzira na to iz kojeg izvora obligacije je obaveza nastala (ugovora, prouzrokovanja štete, sticanja bez osnova, posloводства bez naloga), zbog čega se smatra da je ovu odgovornost ispravnije nazvati odgovornost za štetu nastalu zbog povrede postojeće obaveze nego „ugovornom odgovornošću za štetu“.

Da bi nastala odgovornost za povredu ugovora zbog toga što dužnik nije ispunio svoju obavezu u celini ili je ispunjenje delimično ili je zadocnio sa njenim ispunjenjem, potrebno je da je prethodno takva obaveza dužnika ustanovljena, tj. da između poverioca i dužnika postoji obligacioni odnos. Ukoliko strana koja je pretrpela štetu i odgovorna strana nisu bile ni u kakvom obligacionom odnosu pre nastanka štete ili prouzrokovana šteta nije ni u kakvoj vezi sa obligacionim odnosom tih strana, između njih ne nastaje ugovorna odgovornost za štetu. Ovakav obligacioni odnos mora biti

punovažan, tj. da proizvodi pravna dejstva, a ne da se radi o ništavom ili rušljivom ugovoru koji je kasnije poništen u zakonskom roku.

Odgovornost za povredu ugovora može nastati i kad nisu prekršene njegove izričite odredbe, nego i zakonske odredbe koje se primjenjuju kao dopunske u slučaju kada pojedini pravni odnosi nisu regulisani ugovorom. To proizlazi iz dispozitivnog karaktera odredbi čl. 20 ZOO-a.

Svaka povreda ugovora, tj. njegovo neispunjenje u potpunosti ili delimično ili zadocnjenje u ispunjenju, nema za posledicu odgovornost neke od ugovornih strana za takvu povredu ugovora. Da bi došlo do odgovornosti za povredu ili kako to kaže profesor Loza, „da bi nastupila izmjena sadržaja obligacije usled njene povrede“, potrebno je da je šteta zaista i nastala. Da li će doći do naknade takve štete, na kraju krajeva, zavisi i od poverioca, prvo od toga da li će iskoristiti svoje pravo da zahteva naknadu štete (v. čl. 262/2 ZOO-a), a zatim i da li će uspeti dokazati njeno postojanje i visinu. Pored toga, poverilac mora dokazati i uzročnu vezu između nastale štete i povrede, a uzrok mora biti takav da bez njega ne bi bilo štetne posledice.

Da bi se dužnik oslobodio od odgovornosti za štetu koju je prouzrokovao poveriocu povredom ugovora, a za koju odgovornost postoji oboriva pretpostavka, mora dokazati postojanje nekih okolnosti koje isključuju protivpravnost takvog njegovog ponašanja. U tom smislu u ZOO je prihvaćena tzv. subjektivno-objektivna koncepcija odgovornosti dužnika, odnosno njegovog oslobođenja od ove odgovornosti. U čl. 263 ZOO-a regulisane su dve pretpostavke koje kumulativno oslobađaju dužnika odgovornosti: 1. da su nemogućnost ispunjenja obaveze ili zakašnjenje sa ispunjenjem obaveze u vezi sa okolnostima nastalim posle zaključenja ugovora i 2. da te okolnosti dužnik nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći.

Okolnost koja dovodi do nemogućnosti ispunjenja obaveze ili zakašnjenja sa ispunjenjem predstavlja situaciju u kojoj se dužnik našao, a mogu se sastojati u prirodnim ili pravnim razlozima, biti trajne ili privremene, potpune ili delimične, objektivne (kad niko ne može ispuniti neku obavezu) ili subjektivne (kad obavezu ne može ispuniti dužnik). Okolnost treba da je nastala posle zaključenja ugovora, nezavisno od volje dužnika, koju dužnik nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći. Izraze „sprečiti, otkloniti ili izbeći“ treba tumačiti tako da se odnose kako na samo nastupanje okolnosti, tako i na posledice koje ta okolnost izaziva, tj. nastalu štetu. Znači da dužnik prvo dokazuje da je nastupanje određene okolnosti za njega bilo nesavladivo, a zatim da ni nastalu štetu (posledicu) nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći. Pri tome se pažnja dužnika ceni objektivno, tj. da li se u datoj situaciji ponašao kao dobar privrednik, odnosno dobar domaćin (v. čl. 18/1 ZOO-a).

Na odgovornost dužnika za štetu koju je prouzrokovao poveriocu povredom ugovora može se uticati i samim ugovorom. Radi se o ugovornom proširenju odgovornosti dužnika iz čl. 264/1 ZOO i na slučaj za koji se po redovnom toku stvari („inače“) ne odgovara, ali ne i u pravcu (nesrazmerno) veće naknade štete nego što je prouzrokovana, a što je u skladu sa načelom savesnosti i poštenja (v. čl. 264/2 ZOO-a).

Isto tako regulisana je i mogućnost ugovornog ograničenja i isključenja odgovornosti (čl. 265 ZOO-a), s tim da se odgovornost dužnika može isključiti samo za običnu nepažnju (*culpa levis*), a ne i za namernu (*dolus*) i krajnju nepažnju (*culpa lata*). Isključenje odgovornosti za običnu nepažnju nije neograničeno, već je klauzula neodgovornosti dopuštena samo ukoliko je rezultat slobodno izražene volje ugovornih strana i nije suprotna osnovnim načelima ZOO-a i to načelu zabrane stvaranja i iskorištavanja monopolskog položaja (čl. 14), ravnopravnosti stranaka (čl. 11) i načelu savesnosti i poštenja (čl. 12).

Ugovorno ograničenje odgovornosti znači da je dužnik odgovoran za prouzrokovanu štetu zbog neispunjenja ili zadocnjenja u ispunjenju ugovorne obaveze, ali ne u onom obimu u kojem bi bio odgovoran da nije ugovorena klauzula ograničenja odgovornosti (v. čl. 265/3 ZOO-a). Slično kao

i kod isključenja, ni ograničenje odgovornosti nije „neograničeno“ ukoliko je nemogućnost ispunjenja obaveze prouzrokovana namerom ili krajnjom nepažnjom dužnika (čl. 265/4 ZOO-a). Pored ovog opšteg izuzetka o ograničenju odgovornosti, regulisana su i dva pojedinačna slučaja i to ukoliko je određeni iznos u „očiglednoj nesrazmeri“ sa štetom i „ako za određeni slučaj nije što drugo zakonom određeno“ (čl. 265/3 ZOO-a), a zakonom je određeno npr. plaćanje zatezних kamata za zadocnjenje sa ispunjenjem novčane obaveze (čl. 277 ZOO-a), zatim odgovornost ugostitelja (čl. 724 ZOO-a) itd.

U pogledu obima naknade štete prouzrokovane povredom ugovora prethodno je potrebno napraviti razliku između štete prouzrokovane običnom nepažnjom dužnika i štete prouzrokovane prevarom, namernim neispunjenjem obaveze ili neispunjenjem zbog krajnje nepažnje dužnika.

Obična nepažnja (*culpa levis*) je nemarnost prilikom činjenja ili nečinjenja, koja odstupa od ponašanja naročito brižljivog (savesnog) čoveka, nepažnja koju ne bi učinio naročito pažljiv čovek. Dužnik koji postupa sa običnom nepažnjom dužan je poveriocu nadoknaditi samo predvidljivu štetu, tj. onu štetu za koju je dužnik znao ili morao znati da će nastupiti ako ugovornu obavezu ne bude ispunio onako kako ona glasi. To je regulisano odredbom čl. 266/1 ZOO-a i važi samo u oblasti ugovorne odgovornosti, dok je kod deliktne odgovornosti odgovorno lice dužno nadoknaditi celokupnu štetu koja se može pripisati štetnoj radnji. Pravilo o predvidljivoj šteti važi samo ukoliko nije ugovorena klauzula o ograničenju odgovornosti dužnika iz čl. 265 ZOO-a, jer u tom slučaju ugovoreni iznos predstavlja predvidljivu štetu. Isto tako ugovorom se može i proširiti odgovornost dužnika (čl. 264 ZOO-a) u kome slučaju dužnik odgovara za svu štetu, a ne samo za predvidljivu.

ZOO razlikuje dve situacije kada je šteta predvidljiva, a van tih situacija smatra se da je šteta nepredvidljiva i samim tim dužnik za nju ne odgovara. Jedna se situacija odnosi na onu štetu za koju je dužnik morao pretpostaviti da će se desiti ako bude prekršio ugovor, jer se radi o šteti koja nastupa po redovnom toku stvari kad se povredi ugovor. Druga situacija odstupa od redovnog toka stvari zbog nekih posebnih (izuzetnih) okolnosti za koje dužnik nije morao znati, ali su mu ipak bile poznate.

U obe situacije sporan je kriterijum procene predvidljivosti štete od strane dužnika za povredu ugovora. Ipak, između konkretnog (subjektivnog) i apstraktnog (objektivnog) kriterijuma, većina autora se opredeljuje za ovaj drugi, apstraktni kriterijum prema kojem se okolnosti procenjuju s obzirom na pažnju koja se u pravnom prometu zahteva od prosečnog dužnika, a ne s obzirom na lična svojstva i mogućnosti dužnika (konkretni kriterijum). Dakle, polazi se od standarda dobrog domaćina, odnosno dobrog privrednika, a u nekim slučajevima i dobrog stručnjaka (v. čl. 18 ZOO-a).

Predvidljivu štetu koja nastupa prema redovnom toku stvari dokazuje dužnik prema opštem pravilu o teretu dokazivanja da je onaj ko nešto tvrdi dužan to i dokazati, jer predvidljiva šteta ograničava ugovornu odgovornost i ide u prilog dužniku. Ukoliko dužnik ne postupi na ovakav način, poverilac će zahtevati štetu koju je stvarno pretrpeo. Predvidljivu štetu koja odstupa od redovnog toka stvari zbog nekih posebnih okolnosti za koje je dužnik znao, a zbog kojih je poveriocu nastupila veća šteta od uobičajene, dužan je da nadoknadi sam dužnik. Takvu štetu, odnosno da je dužnik znao za te posebne okolnosti, dokazuje poverilac. U oba slučaja merodavno vreme za ocenu koje su okolnosti dužniku bile poznate je momenat zaključenja ugovora. Pri tome dužniku ne mora biti poznata visina, već samo mogućnost nastupanja štete kao posledice povrede ugovora. Isto tako od dužnika se traži da uzme u obzir samo stvarnu (realnu) opasnost štete, tj. predvidljiva je ona šteta koja se obično dešava prilikom povrede ugovora. Dužnik odgovara samo za štetu koja je neposredna posledica povrede ugovora, a ne i za štetu koja ima neki drugi uzrok (posredna šteta).

Interesantno je pitanje primene odredbi o ograničenju odgovornosti dužnika za predvidljivu štetu u slučaju neispunjenja ili neurednog ispunjenja novčane obaveze. Za odgovor na ovo pitanje relevantna je odredba čl. 278/1 ZOO prema kojoj: „Poverilac ima pravo na zateznu kamatu

bez obzira na to da li je pretrpeo kakvu štetu zbog dužnikove docnje". S obzirom na to da je zatezna kamata minimalna naknada štete na koju poverilac ima pravo u slučaju da dužnik zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze, onda dužnik ne bi mogao zahtevati ograničenje odgovornosti na iznos manji od iznosa zatezne kamate. Ukoliko je poverilac pretrpeo veću štetu od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate, ima pravo zahtevati razliku do potpune naknade (čl. 278/2 ZOO-a). U tom slučaju mogle bi se primeniti odredbe o ograničenju odgovornosti dužnika za predvidljivu štetu.

Pravilo o odgovornosti dužnika za predvidljivu štetu ne može se primeniti ukoliko je dužnik prouzrokovao štetu prevarom (*fraus*), namernim neispunjenjem obaveze (*dolus*) ili neispunjenjem zbog krajnje nepažnje (*culpa lata*). Zbog povrede ugovora u slučaju prevare, namernog neispunjenja obaveze ili neispunjenja zbog krajnje nepažnje dužnika poverilac ima pravo na naknadu celokupne štete bez obzira na to što dužnik nije znao za posebne okolnosti zbog kojih je ona nastala (čl. 266/2 ZOO-a). Ovde se krivica dužnika ne pretpostavlja, tako da je teret dokazivanja na poveriocu, a ukoliko ne uspe dokazati da je dužnik postupao *fraus, dolus* ili *culpa lata* imaće pravo samo na predvidljivu štetu.

Naknada štete koju dužnik duguje poveriocu zbog povrede ugovora može se smanjiti u dva slučaja. Prvi slučaj je kada za poverioca zbog povrede ugovora od strane dužnika nastane i neki dobitak u kome slučaju vrši se oduzimanje koristi od štete (tzv. kompenzacija koristi iz čl. 266/3 ZOO-a). Drugi slučaj je kada je ugovorna strana koja se poziva na povredu dužna preduzeti sve odgovarajuće razumne mere kojima bi se šteta mogla smanjiti, inače će druga ugovorna strana imati pravo na smanjenje naknade (čl. 266/4 ZOO-a). Pored navedena dva slučaja do smanjenja naknade dužnika može doći i u slučaju krivice poverioca (čl. 267 ZOO-a).

Po **pravnom sistemu Crne Gore**, šteta kao posledica povrede dužnosti izvršenja obaveze od strane dužnika može nastati ili zbog toga što dužnik nije izvršio svoju obavezu (neizvršenje obaveze) ili zbog toga što je nije izvršio u roku (zadocnjenje u ispunjenju) (čl. 269 st. 2 crnogorskog ZOO). Pravo na naknadu štete je jedno od prava s obzirom na to da u dvostranim ugovorima, kad jedna strana ne ispuni svoju obavezu, druga strana može zahtevati ispunjenje obaveza ili raskinuti ugovor, a u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete (član 119 crnogorskog ZOO).

U **Republici Hrvatskoj**, ugovor o kupoprodaji općenito je uređen odredbama Zakona o obveznim odnosima (čl. 376–473. hrvatskog ZOO). Kada je ugovor o kupoprodaji raskinut zbog povrede ugovora od strane jednog ugovarača, druga strana ima pravo na naknadu štete koju zbog toga trpi, prema opštim pravilima o naknadi štete nastale povredom ugovora (čl. 445. hrvatskog ZOO). Radi se o posebnoj odredbi (*lex specialis*) koja vredi za ugovor o kupoprodaji i koja zapravo upućuje na primenu opšte odredbe (*lex generalis*) o dužnosti ispunjenja ugovornih obaveza i posledica njihovog neispunjenja iz čl. 342. hrvatskog ZOO. Prema opštoj odredbi, temeljna svrha i učinak ugovornih odnosa jest ovlast verovnika da zahteva od dužnika ispunjenje obaveze "savjesno i kako ona glasi", te dužnikova obaveza ispuniti obavezu "savjesno i u svemu kako ona glasi". Ne ispuni li dužnik savjesno ili u celosti svoju obavezu, verovnik ima pravo da zahteva naknadu štete koju je time pretrpeo. Ovom formulacijom hrvatski zakonodavac je jasno postavio pravilo prema kojem se zbog zakašnjenja ili neispunjenja obaveze dužnik ne oslobađa obaveze ispunjenja, ona ostaje i on ju je i dalje dužan ispuniti i ne pripada mu pravo na neispunjenje ili odustajanje od ugovora plaćanjem naknade štete verovniku. Obaveza ispunjenja kao primarna obaveza ostaje (jer obaveza prestaje tek kada se ispuni, čl. 160. hrvatskog ZOO), ali se uz nju javlja nova, sekundarna obaveza – obaveza naknade štete kao uzročna posledica neispunjenja ili zakašnjenja s primarnom obavezom. Osim ove opšte situacije raskida kupoprodajnog ugovora, Zakon o obveznim odnosima uređuje još dvije specifične situacije raskida ugovora o kupoprodaji i naknade štete.

Kada je kupoprodaja raskinuta zbog povrede ugovora od strane jednog ugovarača, a stvar ima tekuću cenu, druga strana može zahtevati razliku između cene određene ugovorom i tekuće

cene na dan raskida ugovora na tržištu mesta u kojem je posao obavljen (čl. 446. st. 1.). Tekuća cena je cena utvrđena službenom evidencijom na tržištu mesta prodavatelja u vreme kada je trebalo doći do ispunjenja (čl. 286. st. 1. hrvatskog ZOO). Ako na tržištu mesta u kojem je posao obavljen nema tekuće cene, za izračunavanje visine naknade uzima se u račun cena tržišta koje bi ga moglo zameniti u datom slučaju, kojoj treba dodati razliku u troškovima prevoza (čl. 446. st. 2. hrvatskog ZOO). U pravnoj literaturi ova vrsta štete naziva se apstraktnom štetom. Za nastanak odnosa odgovornosti za ovu vrstu štete potrebno je da: 1. ugovor bude raskinut zbog povrede ugovora od strane jednog ugovarača, 2. da predmet kupoprodaje ima tekuću cenu. Naziv apstraktna šteta proizlazi iz presumpcije da je ugovorna strana pretrpela štetu s obzirom na razliku prema tekućoj ceni. Jednostavnije rečeno, kada je kupac dužan platiti cenu koja je niža od tekuće, a prodavač odgovoran za raskid ugovora, kupac ima pravo zahtevati razliku između cene koju bi bio dužan da plati da ugovor nije raskinut i više tekuće cene. S druge strane, kada je kupac dužan da plati cenu koja je viša od tekuće cene i odgovoran je za raskid ugovora, prodavac ima pravo zahtevati razliku između više cene koju bi kupac bio dužan da plati da ugovor nije raskinut i niže tekuće cene. Dakle, razlika između pojedinih iznosa cena (razlika između ugovorene cene i tekuće cene) predstavlja iznos apstraktno štete.

Kad je objekt kupoprodaje stanovita količina stvari određenih po rodu, pa jedna strana ne ispuni svoju obavezu na vreme, druga ugovorna strana može izvršiti prodaju radi pokrića, odnosno kupovinu radi pokrića, i zahtevati razliku između cene utvrđene ugovorom i cene prodaje, odnosno kupovine radi pokrića. Bitno je da kupovina, odnosno prodaja radi pokrića budu izvršene u razumnom roku i na razuman način. Također je bitno da je pre nameravane prodaje, odnosno kupovine radi pokrića, verovnik dužan o svojoj nameri obavestiti dužnika, inače mu odgovara za time počinjenu štetu (čl. 447. hrvatskog ZOO). Iz dikcije samog člana vidljivo je da je za nastanak odgovornosti za štetu potrebno: 1. da je objekt stanovita količina određenih stvari određena po rodu, 2. da je jedna strana pala u zakašnjenje, 3. da je druga strana izvršila prodaju ili kupovinu radi pokrića, 4. da je kupovina, odnosno prodaja radi pokrića izvršena u razumnom roku i na razuman način. U pravnoj literaturi ova vrsta štete naziva se konkretnom štetom. Ovo zato što suugovarač koji obavi prodaju, odnosno kupovinu radi pokrića može zahtevati uz navedene pretpostavke od suprotne strane razliku između cene određene ugovorom i cene prodaje, odnosno kupovine radi pokrića koju je zaista ostvario. Dakle, razlika između pojedinih iznosa cena (razlika između ugovorene cene i cene koju je postigao kupovinom ili prodajom) predstavlja iznos apstraktno štete. Bitno je da obavest o nameravanoj kupovini ili prodaji radi pokrića nije pretpostavka za nastanak odgovornosti za štetu, ali strana koja nije obavestila drugu stranu o nameravanoj prodaji, odnosno kupovini radi pokrića može drugoj strani odgovarati za štetu koja joj je time nastala. Međutim, pored prava na naknadu štete prema navedenim pravilima, ugovoru verna strana ima pravo i na naknadu veće štete ako ju je pretrpela (čl. 448. hrvatskog ZOO).

U **makedonskom pravnom sistemu**, pravo na naknadu štete zbog povrede ugovora o prodaji stoji kako u situacijama neispunjenja ugovora o prodaji, odnosno u situacijama docnje, tako i u situacijama neurednog ispunjenja ugovora. Kada je ugovor raskinut zbog neispunjenja, po opštim pravilima o odgovornosti za neispunjenje ugovora, obe strane su oslobođene svojih obaveza, izuzev obaveze na naknadu eventualne štete (čl. 121(1) makedonskog ZOO). Ovo stoji i po opštim pravilima o docnji, odnosno po opštim pravilima o neispunjenju. Naime, kad dužnik ne ispuni obavezu ili zadocni sa njenim ispunjenjem, poverilac ima pravo zahtevati i naknadu štete koju je usled tog pretrpeo (čl. 251(2) makedonskog ZOO). Za štetu zbog zadocnjenja sa ispunjenjem odgovara i dužnik kome je poverilac dao primeren naknadni rok za ispunjenje (čl. 251 (3) makedonskog ZOO). Imajući u vidu ove odredbe, pravo na naknadu štete postoji i u slučaju raskida ugovora, i kada je ugovor ispunjen, ali sa zadocnjenjem. Što se tiče nepravilnog ispunjenja ugovora o prodaji, pravo o naknadi štete stoji kao pravo kupca i u slučajevima zahteva za pravilno ispunjenje, kao i u slučaje-

vima kada su optirani zahtevi o raskidu ugovora ili o sniženju cene (čl. 476(2) makedonskog ZOO). Ova pravila se odnose na materijalne nedostatke ispunjenja. Što se tiče pravnih mana ispunjenja, i u ovim slučajevima stoji pravo kupca na naknadu štete, bez obzira na to da li je došlo do potpune ili do delimične evikcije (čl. 498(3) makedonskog ZOO). Konačno, što se tiče prodaje, postoje posebna pravila o naknadi štete u slučaju raskida ugovora o prodaji zbog povrede ugovora. Obim primene ovih odredaba je sporan, imajući u vidu da povreda nije ograničena na slučajeve nedostataka ispunjenja, nego i na slučajeve neispunjenja. Bar na teoretskom nivou, slučaj povrede bi postojao i kod situacija neispunjenja i kod situacija nepravilnog neispunjenja. U svakom slučaju, kad je prodaja raskinuta zbog povrede ugovora od strane jednog ugovarača, druga strana ima pravo na naknadu štete koju zbog toga trpi, prema opštim pravilima o naknadi štete nastale povredom ugovora (čl. 511 makedonskog ZOO). Takođe, postoji i posebno pravilo o naknadi tzv. apstraktne štete. Naime, kad je prodaja raskinuta zbog povrede ugovora od strane jednog ugovarača, a stvar ima tekuću cenu, druga strana može zahtevati razliku između cene određene ugovorom i tekuće cene na dan raskida ugovora na tržištu mesta u kome je posao obavljen (čl. 512(1) makedonskog ZOO). Konačno, postoji i posebno pravilo za naknadu tzv. konkretne štete radi pokrića, koje podrazumeva da kad je predmet prodaje izvesna količina stvari određenih po rodu, pa jedna strana ne izvrši svoju obavezu na vreme, druga strana može izvršiti prodaju radi pokrića, odnosno kupovinu radi pokrića, i zahtevati razliku između cene određene ugovorom i cene prodaje, odnosno kupovine, radi pokrića (čl. 513(1) makedonskog ZOO).

U pravu **Republike Srbije**, kada jedna strana u dvostranom ugovoru ne ispuni svoju dospelu obavezu, druga ima pravo da zahteva ispunjenje ugovora ili pravo na raskid ugovora zbog neispunjenja. U oba slučaja strana prema kojoj obaveza nije ispunjena, ovlašćena je da zahteva i naknadu prouzrokovane štete. U prvom slučaju je u pitanju šteta prouzrokovana zadocnjenjem u ispunjenju obaveze, dok se u drugom slučaju radi o šteti prouzrokovanoj neispunjenjem obaveze. Izbor između ova dva prava predviđen je čl. 124 Zakona o obligacionim odnosima. Pravo da zahteva ispunjenje obaveze, poverilac ima i može ostvarivati bez ikakvih ograničenja i dodatnih uslova, jer se radi o obavezi dužnika nastaloj zaključenjem ugovora. S druge strane, da bi poverilac prostom izjavom volje, saopštene drugoj strani, mogao raskinuti ugovor, Zakon zahteva ispunjenje dodatnih uslova, predviđenih čl. 125–131. Možda bi trebalo naglasiti da je u srpskom pravu pravni režim raskida ugovora zbog materijalnih nedostataka izjednačen u svemu sa pravnim režimom raskida ugovora zbog neizvršenja (čl. 497 srpskog ZOO), te da se ovo odnosi kako na postupak raskida, tako i na dejstva raskida. Naime, u prvom slučaju radi se o odgovornosti za kvalitativne materijalne nedostatke, a u drugom o odgovornosti za delimično neizvršenje – isporuka manje količine od ugovorene i isporuka druge vrste od ugovorene i potpuno neizvršenje ugovora. Pravnici anglosaksonskog sistema podveli bi sve navedeno pod ‘bitna povreda ugovora’, koja formulacija je sadržana i u Prednacrtnu građanskog zakonika.

Čl. 132 srpskog ZOO regulisana su dejstva raskida. Dakle, u slučaju raskida ugovora zbog neispunjenja obaveze nastupaju određene pravne posledice. Raskidom ugovora zbog neispunjenja prestaje da postoji pravni osnov obavezivanja. Stranke su oslobođene svih obaveza nastalih zaključenjem ugovora (čl. 132, st. 1 srpskog ZOO). Nijedna od njih ne može više zahtevati ispunjenje obaveze iz ugovora od druge strane, jer je ugovor kao pravni osnov obavezivanja prestao da postoji. Međutim, ukoliko su obe strane izvršile delimično svoje obaveze iz ugovora ili je jedna strana svoju obavezu izvršila u celosti, a druga ne (ili samo delimično), postavlja se pitanje restitucije – povraćaja datog, jer raskid ima retroaktivno dejstvo. Svaka strana ima pravo zahtevati povraćaj datog (čl. 132, st. 2 i st. 3 srpskog ZOO), a vraćanje se vrši po pravilu *in natura*, a tek ukoliko je to nemoguće, u novcu. Pored naknade štete i restitucije, svaka strana duuguje drugoj naknadu za koristi koje je u međuvremenu imala od onoga što je dužna vratiti, odnosno naknaditi (čl. 132, st. 4 srpskog ZOO).

Postavlja se pitanje da li raskid zbog neispunjenja ima dejstva prema trećim savesnim licima? Na osnovu ugovora o prodaji, prodavac je stvar predao kupcu. Treće lice steklo je stvar od kupca iz prethodnog ugovora, koji je dužan, po raskinutom ugovoru, istu stvar vratiti prodavcu iz raskinutog ugovora. Međutim, treće savesno lice, moglo je originarnim putem steći pravo svojine na spornoj stvari. Prvo, u smislu Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa, u slučaju da se radi o pokretnoj stvari, na kojoj je državina stečena punovažnim, teretnim ugovorom, upravljanim na prenos svojine (svojina se međutim nije mogla steći derivativnim putem, jer je sporni ugovor zaključen sa nevlasnikom), savesni sticalac stiče pravo svojine na osnovu pravila o sticanju od nevlasnika. Drugi način originarnog načina sticanja jeste održaj (regulisan Zakonom o osnovama svojinskopravnih odnosa). Savesni sticalac održajem stiče pravo svojine na osnovu protoka vremena, u kojem je imao kvalifikovanu državinu (šta se pod istom podrazumeva zavisi od toga da li je u pitanju redovni ili vanredni održaj). Kako je treće lice steklo pravo svojine, prestalo je da postoji pravo svojine prodavca iz raskinutog ugovora, a iz razloga što na jednoj stvari ne mogu postojati dva prava svojine. Dakle, prodavac ne može svojinskom tužbom zahtevati povraćaj stvari, niti podizati obligacionu tužbu protiv trećeg, jer sa njim nije u obligacionom odnosu, već jedino zahtevati od kupca iz raskinutog ugovora naknadu vrednosti stvari u novcu.

2. Kakva je definicija koncepta gubitka u vašem zakonodavstvu – materijalnog i nematerijalnog? U skladu sa vašim zakonima, da li ugovorne strane imaju pravo na nadoknadu za materijalne/nematerijalne gubitke u slučaju kršenja ugovora? Da li postoje neki posebni uslovi koji se odnose na odgovornost za gubitke kada dođe do kršenja prodajnog ugovora? Na osnovu kojih propisa se precizira stepen odgovornosti i iznos kompenzacije za gubitke (materijalne i/ili nematerijalne) u slučaju kršenja ugovora?

U **pravnom sistemu Republike Albanije**, materijalni gubitak je regulisan u članovima 450. i 486. albanskog Građanskog zakona koji su već gore pomenuti. Ovi članovi pružaju osnovu za pravilno razumevanje materijalnog gubitka koji može biti nadoknađen strani koja trpi zbog kršenja ugovora. S druge strane, albansko zakonodavstvo ne daje definiciju koncepta nematerijalnog gubitka. Vredi napomenuti da se albanska jurisprudencija bavi konceptom vanugovornih šteta i u tom smislu Vrhovni sud Albanije, u presudi o ujednačavanju, br. 12 od 14. 9. 2007. g. daje opšte naznake i orijentaciju koju sudovi niže instance treba da slede u slučajevima šteta u automobilskim nezgodama. U ovoj presudi albanski Vrhovni sud bavio se konceptom materijalne i nematerijalne štete. Tumačenje u presudi o ujednačavanju može se po načelu analogije, ukoliko je propisano, koristiti čak i u slučajevima koji uključuju nematerijalnu štetu nastalu kršenjem prodajnih ugovora. Ponovo treba naglasiti da albansko zakonodavstvo ne poznaje definiciju nematerijalnog gubitka. Tako se ovaj koncept definiše u sudskoj praksi od slučaja do slučaja. Albansko građansko pravo utvrđuje da strane uvek imaju pravo na nadoknadu materijalnih gubitaka zbog kršenja ugovora. Kada se radi o nematerijalnim gubicima, zakon ove gubitke niti eksplicitno isključuje, ali ni uključuje. U vezi sa pitanjem da li postoje neki uslovi vezani sa odgovornost za gubitak u slučaju kršenja ugovora, možemo se pozvati na čl. 722, 723 i 737. GZ-a.

U **Bosni i Hercegovini (Republici Srpskoj)**, u pogledu obima naknade štete prouzrokovane povredom ugovora prethodno je potrebno napraviti razliku između štete prouzrokovane običnom nepažnjom dužnika i štete prouzrokovane prevarom, namernim neispunjenjem obaveze ili neispunjenjem zbog krajnje nepažnje dužnika. Obična nepažnja (*culpa levis*) je nemarnost prilikom činjenja ili nečinjenja, koja odstupa od ponašanja naročito brižljivog (savesnog) čoveka, nepažnja koju ne bi učinio naročito pažljiv čovek. Dužnik koji postupa sa običnom nepažnjom dužan je poveriocu nado-

knaditi samo predvidljivu štetu, tj. onu štetu za koju je dužnik znao ili morao znati da će nastupiti ako ugovornu obavezu ne bude ispunio onako kako ona glasi. To je regulisano odredbom čl. 266/1 ZOO-a i važi samo u oblasti ugovorne odgovornosti, dok je kod deliktne odgovornosti odgovorno lice dužno nadoknaditi celokupnu štetu koja se može pripisati štetnoj radnji. Pravilo o predvidljivoj šteti važi samo ukoliko nije ugovorena klauzula o ograničenju odgovornosti dužnika iz čl. 265 ZOO-a, jer u tom slučaju ugovoreni iznos predstavlja predvidljivu štetu. Isto tako ugovorom se može i proširiti odgovornost dužnika (čl. 264 ZOO-a) u kome slučaju dužnik odgovara za svu štetu, a ne samo za predvidljivu.

ZOO razlikuje dve situacije kada je šteta predvidljiva, a van tih situacija smatra se da je šteta nepredvidljiva i samim tim dužnik za nju ne odgovara. Jedna se situacija odnosi na onu štetu za koju je dužnik morao pretpostaviti da će se desiti ako bude prekršio ugovor, jer se radi o šteti koja nastupa po redovnom toku stvari kad se povredi ugovor. Druga situacija odstupa od redovnog toka stvari zbog nekih posebnih (izuzetnih) okolnosti za koje dužnik nije morao znati, ali su mu ipak bile poznate. U obe situacije sporan je kriterijum procene predvidljivosti štete od strane dužnika za povredu ugovora. Ipak, između konkretnog (subjektivnog) i apstraktnog (objektivnog) kriterijuma, većina autora se opredeljuje za ovaj drugi, apstraktni kriterijum, prema kojem se okolnosti procenjuju s obzirom na pažnju koja se u pravnom prometu zahteva od prosečnog dužnika, a ne s obzirom na lična svojstva i mogućnosti dužnika (konkretni kriterijum). Dakle, polazi se od standarda dobrog domaćina, odnosno dobrog privrednika, a u nekim slučajevima i dobrog stručnjaka (v. čl. 18 ZOO-a).

Predvidljivu štetu koja nastupa prema redovnom toku stvari dokazuje dužnik prema opštem pravilu o teretu dokazivanja da je onaj ko nešto tvrdi dužan to i dokazati, jer predvidljiva šteta ograničava ugovornu odgovornost i ide u prilog dužniku. Ukoliko dužnik ne postupi na ovakav način, poverilac će zahtevati štetu koju je stvarno pretrpeo. Predvidljivu štetu koja odstupa od redovnog toka stvari zbog nekih posebnih okolnosti za koje je dužnik znao, a zbog kojih je poveriocu nastupila veća šteta od uobičajene, dužan je da nadoknadi sam dužnik. Takvu štetu, odnosno da je dužnik znao za te posebne okolnosti, dokazuje poverilac. U oba slučaja merodavno vreme za ocenu koje su okolnosti dužniku bile poznate je momenat zaključenja ugovora. Pri tome dužniku ne mora biti poznata visina, već samo mogućnost nastupanja štete kao posledice povrede ugovora. Isto tako dužnik se traži da uzme u obzir samo stvarnu (realnu) opasnost štete, tj. predvidljiva je ona šteta koja se obično dešava prilikom povrede ugovora. Dužnik odgovara samo za štetu koja je neposredna posledica povrede ugovora, a ne i za štetu koja ima neki drugi uzrok (posredna šteta).

Interesantno je pitanje primene odredbi o ograničenju odgovornosti dužnika za predvidljivu štetu u slučaju neispunjenja ili neurednog ispunjenja novčane obaveze. Za odgovor na ovo pitanje relevantna je odredba čl. 278/1 ZOO prema kojoj: „Poverilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpio kakvu štetu zbog dužnikove docnje“. S obzirom na to da je zatezna kamata minimalna naknada štete na koju poverilac ima pravo u slučaju da dužnik zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze, onda dužnik ne bi mogao zahtevati ograničenje odgovornosti na iznos manji od iznosa zatezne kamate. Ukoliko je poverilac pretrpeo veću štetu od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate, ima pravo zahtevati razliku do potpune naknade (čl. 278/2 ZOO-a). U tom slučaju mogle bi se primeniti odredbe o ograničenju odgovornosti dužnika za predvidljivu štetu.

Pravilo o odgovornosti dužnika za predvidljivu štetu ne može se primeniti ukoliko je dužnik prouzrokovao štetu prevarom (*fraus*), namernim neispunjenjem obaveze (*dolus*) ili neispunjenjem zbog krajnje nepažnje (*culpa lata*). Zbog povrede ugovora u slučaju prevare, namernog neispunjenja obaveze ili neispunjenja zbog krajnje nepažnje dužnika poverilac ima pravo na naknadu celokupne štete bez obzira na to što dužnik nije znao za posebne okolnosti zbog kojih je ona nastala (čl. 266/2 ZOO-a). Ovde se krivica dužnika ne pretpostavlja tako da je teret dokazivanja na poveriocu, a ukoliko ne uspe dokazati da je dužnik postupao *fraus*, *dolus* ili *culpa lata* imaće pravo samo na predvidljivu štetu.

Naknada štete koju dužnik duguje poveriocu zbog povrede ugovora može se smanjiti u dva slučaja. Prvi slučaj je kada za poverioca zbog povrede ugovora od strane dužnika nastane i neki dobitak u kome slučaju se vrši oduzimanja koristi od štete (tzv. kompenzacija koristi iz čl. 266/3 ZOO-a). Drugi slučaj je kada je ugovorna strana koja se poziva na povredu dužna preduzeti sve odgovarajuće razumne mere kojima bi se šteta mogla smanjiti, inače će druga ugovorna strana imati pravo na smanjenje naknade (čl. 266/4 ZOO-a). Pored navedena dva slučaja do smanjenja naknade dužnika može doći i u slučaju krivice poverioca (čl. 267 ZOO-a).

U pravnoj teoriji, praksi i zakonodavstvu jedna od podela štete jeste na materijalnu i nematerijalnu štetu. Kao sadržina materijalnog pojma štete poznate su obična šteta (stvarna ili pozitivna šteta, *damnum emergens*) i izmakla korist (posredna šteta, *lucrum cessans*). Pravila o naknadi oba vida materijalne štete mogu se primeniti i za predvidljivu i za celokupnu štetu, o kojima je napred bilo reči. Naknada štete se, po pravilu, dosuđuje u novčanom obliku, a prema načinu obračuna može biti konkretna i apstraktna.

Pored naknade materijalne štete za povredu ugovorne obaveze može se dosuditi i nematerijalna šteta ukoliko je takvu štetu ugovorna strana i pretrpela. Ova mogućnost naknadu nematerijalne štete u slučaju povrede ugovorne obaveze proističe iz indirektnih odredbi ZOO-a. Naime, ZOO ne sadrži odredbe koje direktno regulišu nematerijalnu štetu u ugovornim odnosima. Međutim, na osnovu upućujuće odredbe iz čl. 269 ZOO-a shodno se primenjuju njegove odredbe o naknadi nematerijalne štete prema pravilima o deliktnoj odgovornosti (Odeljak 2 ZOO-a pod nazivom „Prozrokovanje štete“). Ovo je jedna modernistička interpretacija nematerijalne štete kod ugovorne odgovornosti, jer se tradicionalno smatralo da je ugovorna odgovornost rezervisana samo za materijalnu štetu. U prethodnom periodu smatralo se da se odredba čl. 262/2 ZOO-a odnosi samo na materijalnu štetu, a da čl. 266/1 i 2 ZOO-a služi za provođenje toga člana, odnosno da bi se odredba čl. 262/2 mogla odnositi i na materijalnu i na nematerijalnu štetu, ali da se čl. 266/1 i 2 odnosi isključivo na određivanje obima naknade materijalne štete.

Pravna teorija se po ovom pitanju različito pozicionirala tako što jedni, pod uticajem imovinskopravnog karaktera ZOO-a i građanskog prava u celini, uopšte ne ističu nematerijalnu štetu kod ugovorne odgovornosti, a drugi ostavljaju mogućnost dosuđivanja i novčane naknade nematerijalne štete za povredu ugovorne obaveze. Što se tiče stava sudske prakse po ovom pitanju gotovo da ga i nema. Međutim, navedena modernistička interpretacija bi trebala predstavljati modernu koncepciju nematerijalne štete kod ugovorne odgovornosti. Ovakva koncepcija, *de lege lata* i/ili *de lege ferenda* je prihvaćena u mnogim evropskim zakonodavstvima, kao i u Principima evropskog ugovornog prava (tzv. Landova načela). Kao pozitivan primer u ovome pravcu možemo navesti i Republiku Hrvatsku, s obzirom na to da je pripadala istom pravnom krugu sa jedinstvenim zakonodavstvom u ovoj oblasti, koja je novim Zakonom o obveznim odnosima iz 2005. godine u čl. 346/1 izričito regulisala, osim naknade obične štete i izmakle koristi, i pravo poverioca na „pravičnu naknadu neimovinske štete“. Na ovakvo rešenje svakako je uticalo i prihvaćanje drugačijeg koncepta (tzv. objektivna umesto ranije subjektivne koncepcije) nematerijalne štete kao povrede prava ličnosti uopšte, a što je, takođe, tendencija u savremenom pravu.

Navedeno priznavanje ugovorne odgovornosti za nematerijalnu štetu posledica je promene socijalne i pravne funkcije obligacionopravnih ugovora. Naime, sve više se zaključivanjem pojedinih ugovora (npr. ugovora o organizovanju putovanja, ugovora o hotelskim uslugama i sl.), umesto materijalnih dobara, želi pribaviti neko zadovoljstvo, određeno duhovno obogaćenje (tzv. industrija slobodnog vremena), gde se čovek javlja ne samo kao tzv. *homo consumens* (potrošač masovnih dobara), već i kao tzv. *homo sensibilis* (uživalac nematerijalnih dobara). U svakom slučaju prihvatanje stava i o nematerijalnoj šteti u ugovornom pravu predstavlja prvi korak u tom pravcu koji otvara mnoga druga pitanja: predvidljivosti nematerijalne štete, pravične novčane naknade

nematerijalne štete zbog povrede ugovora (problem komercijalizacije), ograničavanje i proširenje odgovornosti za nematerijalnu štetu itd.

U **Bosni i Hercegovini (Federaciji BiH, Distriktu Brčko)**, kao sadržina materijalnog pojma štete poznate su obična šteta (stvarna ili pozitivna šteta, *damnum emergens*) i izmakla korist (posredna šteta, *lucrum cessans*). Pravila o naknadi oba vida materijalne štete mogu se primeniti i za predvidljivu i za celokupnu štetu, o kojima je napred bilo reči. Naknada štete se, po pravilu, dosuđuje u novčanom obliku, a prema načinu obračuna može biti konkretna i apstraktna.

Pored naknade materijalne štete za povredu ugovorne obaveze može se dosuditi i nematerijalna šteta ukoliko je takvu štetu ugovorna strana i pretrpela. Ova mogućnost naknade nematerijalne štete u slučaju povrede ugovorne obaveze proističe iz indirektno odredbe ZOO-a. Naime, ZOO ne sadrži odredbe koje direktno regulišu nematerijalnu štetu u ugovornim odnosima. Međutim, na osnovu upućujuće odredbe iz čl. 269 ZOO-a shodno se primenjuju njegove odredbe o naknadi nematerijalne štete prema pravilima o deliktnoj odgovornosti (Odjeljak 2 ZOO-a pod nazivom „Prozrokovanje štete“). Ovo je jedna modernistička interpretacija nematerijalne štete kod ugovorne odgovornosti, jer se tradicionalno smatralo da je ugovorna odgovornost rezervisana samo za materijalnu štetu. U prethodnom periodu smatralo se da se odredba čl. 262/2 ZOO-a odnosi samo na materijalnu štetu, a da čl. 266/1 i 2 ZOO-a služi za provođenje toga člana, odnosno da bi se odredba čl. 262/2 mogla odnositi i na materijalnu i na nematerijalnu štetu, ali da se čl. 266/1 i 2 odnosi isključivo na određivanje obima naknade materijalne štete.

Naša pravna teorija se po ovom pitanju različito pozicionirala tako što jedni autori, pod uticajem imovinskopravnog karaktera ZOO-a i građanskog prava u celini, uopšte ne ističu nematerijalnu štetu kod ugovorne odgovornosti, dok drugi autori ostavljaju mogućnost dosuđivanja i novčane naknade nematerijalne štete za povredu ugovorne obaveze. Što se tiče stava sudske prakse po ovom pitanju gotovo da ga i nema. Međutim, navedena modernistička interpretacija trebala bi predstavljati modernu koncepciju nematerijalne štete kod ugovorne odgovornosti. Ovakva koncepcija, *de lege lata* i/ili *de lege ferenda* je prihvaćena u mnogim evropskim zakonodavstvima, kao i u Principima evropskog ugovornog prava (tzv. Landova načela). Kao pozitivan primer u ovome pravcu možemo navesti i Republiku Hrvatsku, s obzirom na to da je pripadala istom pravnom krugu sa jedinstvenim zakonodavstvom u ovoj oblasti, koja je novim Zakonom o obveznim odnosima iz 2005. godine u čl. 346/1 izričito regulisala, osim naknade obične štete i izmakle koristi, i pravo poverioca na „pravičnu naknadu neimovinske štete“. Na ovakvo rešenje svakako je uticalo i prihvaćanje drugačijeg koncepta (tzv. objektivna umesto ranije subjektivne koncepcije) nematerijalne štete kao povrede prava ličnosti uopšte, a što je, takođe, tendencija u savremenom pravu.

Navedeno priznavanje ugovorne odgovornosti za nematerijalnu štetu posledica je promene socijalne i pravne funkcije obligacionopravnih ugovora. Naime, sve više se zaključivanjem pojedinih ugovora (npr. ugovora o organizovanju putovanja, ugovora o hotelskim uslugama i sl.), umesto materijalnih dobara, želi pribaviti neko zadovoljstvo, određeno duhovno obogaćenje (tzv. industrija slobodnog vremena), gde se čovek javlja ne samo kao tzv. *homo consumens* (potrošač masovnih dobara), već i kao tzv. *homo sensibilis* (uživalac nematerijalnih dobara).

U svakom slučaju prihvatanje stava i o nematerijalnoj šteti u ugovornom pravu predstavlja prvi korak u tom pravcu koji otvara mnoga druga pitanja: predvidljivosti nematerijalne štete, pravične novčane naknade nematerijalne štete zbog povrede ugovora (problem komercijalizacije), ograničavanje i proširenje odgovornosti za nematerijalnu štetu itd.

Po **pravnom sistemu Crne Gore**, šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist), nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha, kao i povreda prava ličnosti i ugleda pravnog lica (nematerijalna šteta) (član 149 crnogorskog ZOO). Ugovorne strane imaju pravo na naknadu materijalne štete u slučaju povrede ugovora i to obične

štete (*dammnum emergens*) i izmakle koristi (*lucrum cessans*). Opšte je pravilo da kad je prodaja raskinuta zbog povrede ugovora od jedne ugovorne strane, druga strana ima pravo na naknadu štete koju zbog toga trpi, prema opštim pravilima o naknadi štete nastale povredom ugovora (član 532 crnogorskog ZOO). Kad je prodaja raskinuta zbog povrede ugovora od strane jedne ugovorne strane, a stvar ima tekuću cenu, druga strana može da zahteva razliku između cene određene ugovorom i tekuće cene na dan raskida ugovora na tržištu mesta u kome je posao obavljen kao i naknadu svih razumnih troškova nastalih zbog neizvršenja. Ako na tržištu mesta u kome je posao obavljen nema tekuće cene, za izračunavanje visine naknade uzima se u račun tekuća cena tržišta koje bi ga moglo zameniti u datom slučaju, kojoj treba dodati razliku u troškovima prevoza (član 533 crnogorskog ZOO).

Kad je predmet prodaje izvesna količina stvari određenih po rodu, pa jedna strana ne izvrši svoju obavezu na vreme, druga strana može izvršiti prodaju radi pokrića, odnosno kupovinu radi pokrića, i zahtevati razliku između cene određene ugovorom i cene prodaje, odnosno kupovine radi pokrića kao i naknadu svih razumnih troškova nastalih zbog neizvršenja. Prodaja, odnosno kupovina radi pokrića mora biti izvršena u razumnom roku i na razuman način. O izvršenoj prodaji, odnosno kupovini poverilac je dužan da obavesti dužnika (član 534 crnogorskog ZOO). Pored prava na naknadu štete prema gorenavedenim pravilima, ugovoru verna strana ima pravo i na naknadu veće štete, ukoliko ju je pretrpela (član 535 crnogorskog ZOO). Kupac ima pravo na naknadu štete po osnovu odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke stvari. Kupac koji je blagovremeno i uredno obavestio prodavca o nedostatku može da: 1) zahteva od prodavca da nedostatak ukloni ili da mu preda drugu stvar bez nedostatka (ispunjenje ugovora); 2) zahteva sniženje cene; 3) izjavi da raskida ugovor. U ovim slučajevima kupac ima pravo i na naknadu štete. Prodavac odgovara za štetu koju je kupac zbog nedostatka stvari pretrpeo na drugim svojim dobrima, i to prema opštim pravilima o odgovornosti za štetu (član 496 crnogorskog ZOO). Kupac ima pravo na naknadu štete i po osnovu odgovornosti prodavca za ispravno funkcionisanje prodate stvari. Ako prodavac ne izvrši u razumnom roku opravku ili zamenu stvari, kupac može raskinuti ugovor ili sniziti cenu i zahtevati naknadu štete (član 512 crnogorskog ZOO). Kupac ima pravo na naknadu pretrpljene štete i po osnovu odgovornosti prodavca za pravne nedostatke (zaštita od evikcije) (član 518 crnogorskog ZOO). Propisi na osnovu kojih se precizira stepen odgovornosti i visina naknade štete u slučaju povrede ugovora sadržani su u Zakonu o obligacionim odnosima (269–276 crnogorskog ZOO), kao posebnim odredbama i opštim pravilima o obimu naknade materijalne štete (196–199 crnogorskog ZOO).

U **Republici Hrvatskoj**, opća pravila o odnosu odgovornosti za štetu, uključujući definicije pojmova kao npr. definiciju stepena odgovornosti i utvrđivanje iznosa naknade štete uređuje Zakon o obveznim odnosima kao opšti propis obaveznog prava (čl. 1045–1110. hrvatskog ZOO). Pored nje- ga neki specifični odnosi odgovornosti za štetu uređeni su posebnim zakonima kao na primer Zakon o zaštiti okoliša uređuje odgovornost za štetu uzrokovanu onečišćenjem okoliša, zatim Carinski zakon predviđa da ako pregledom stvari ili osobnim pregledom putniku bude nanescena materijalna šteta, putnik ima pravo na naknadu tako nanescene štete od RH, Zakon o sustavu državne uprave predviđa odgovornost RH gde građani imaju pravo na naknadu nastalih troškova zbog neobavljanja službene radnje, a o zahtevu za naknadu tih troškova odlučuje zaključkom voditelj postupka koji je pozvao stranku na neku radnju u upravnom postupku itd. Međutim, i na odgovornost za štetu predviđenu tim posebnim propisima primenjuju se opšte odredbe i opšti koncept odnosa odgovornosti za štetu koji je uređen Zakonom o obveznim odnosima.

Prema opštim pravilima Zakona o obveznim odnosima za nastanak odnosa odgovornosti za štetu potrebno je da budu ispunjene sledeće pretpostavke: 1) da postoje jasno određeni subjekti odnosa odgovornosti za štetu – štetnik i oštećenik; 2) da je nastala određena šteta na strani oštećenika. Pri tome zakon definiše štetu kao umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprečavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava ličnosti (neimovinska šteta); 3) da postoji štetna radnja

štetnika. Štetna radnja može se sastojati od povrede neke ugovorne obaveze (ugovorna odgovornost za štetu), od građanskog delikta (vanugovorna odgovornost za štetu) i od povrede pregovora koji prethode sklapanju ugovora (predugovorna odgovornost za štetu); 4) da postoji uzročna veza (kauzalni nesus) između štetne radnje kao uzroka i štete kao posledice; 5) da je ispunjen zahtev protupravnosti štetne radnje. Ovde je reč o: a) protupravnosti u objektivnom smislu: štetna radnja je protivna nekom pravnom pravilu; b) protupravnosti u subjektivnom smislu: štetna radnja je počinjena krivicom štetnika. Hrvatski ZOO navodi da krivnja postoji kada je štetnik prouzročio štetu namerno ili nepažnjom (čl. 1049. hrvatskog ZOO), pri čemu hrvatski ZOO dalje razlikuje običnu i krajnju nepažnju.

Glede vrste odgovornosti za štetu temeljno pravilo hrvatskog sistema odnosa odgovornosti za štetu je subjektivna odgovornost kod koje se krivica presumira, osim ako nije drugačije propisano. Drugim rečima, ko drugome prouzroči štetu dužan ju je nadoknaditi osim ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice (čl. 1045. st. 1. hrvatskog ZOO). Pri tome se pretpostavlja samo obična nepažnja (čl. 1045. st. 2.) dok se krajnja nepažnja i namera trebaju dokazati. Budući da se traži krivica kao pretpostavka, radi se o subjektivnoj odgovornosti za štetu. Međutim naš zakon poznaje i objektivnu odgovornost za štetu kod koje se ne traži krivica (protupravnost u subjektivnom smislu) kao opšta pretpostavka već samo protupravnost u objektivnom smislu. Pa tako za stvari ili delatnosti od kojih potiče povećana opasnost za štete za okolinu odgovara se bez obzira na krivicu (čl. 1045. st. 3. hrvatskog ZOO). Ali se za štetu odgovara bez obzira na krivicu i u drugim slučajevima predviđenim zakonom (čl. 1045. st. 4. hrvatskog ZOO) kao na primer odgovornost od opasne stvari ili opasne delatnosti (čl. 1063–1067. hrvatskog ZOO), odgovornost za štete izazvane motornim vozilom u pogonu (čl. 1068–1072 hrvatskog ZOO), odgovornost za neispravan proizvod (čl. 1073–1080 hrvatskog ZOO), odgovornost roditelja za decu do navršene sedme godine života (čl. 1065. st. 1. hrvatskog ZOO) itd. Osim subjektivne i objektivne odgovornosti za štetu hrvatskog ZOO još poznaje: 1. predugovornu, ugovornu i vanugovornu odgovornost za štetu, 2. vlastitu odgovornost i odgovornost za drugoga, 3. odgovornost više osoba za štetu: podeljena i solidarna, 4. kao i još neke posebne slučajeve kao odgovornost zbog uskraćivanja nužne pomoći, odgovornost u vezi s obavezom sklapanja ugovora, odgovornost u vezi obavljanja posla od javnog interesa.

U hrvatskom pravnom sistemu šteta je definisana kao umanjeње nečije imovine (obična šteta), sprečavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava ličnosti (neimovinska šteta) (čl. 1046. hrvatskog ZOO). Pored toga hrvatski ZOO još dodatno uređuje prava ličnosti navodeći da svako fizičko i pravno lice ima pravo na zaštitu svojih prava ličnosti pod pretpostavkama uređenim zakonom. Pod pravima ličnosti za fizičke osobe zakon podrazumeva pravo na život, telesno duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost ličnog i porodičnog života itd. Jednako tako pravno lice ima sva navedena prava ličnosti, osim onih koja su vezana strogo za biološku bit fizičkog lica, a osobito ima pravo na zaštitu ugleda i dobrog glasa, časti, imena odnosno kompanije, poslovne tajne, slobode privređivanja i dr. (čl. 19. hrvatskog ZOO). Bitno je napomenuti da navedena prava ličnosti ne predstavljaju zatvoren broj, već se može povrediti i neko drugo pravo ličnosti koje nije izričito navedeno zakonskom odredbom. Ovo pravno rešenje hrvatskog ZOO-a iz 2005. godine, drugačije je od rešenja hrvatskog ZOO-a iz 1978. godine koji je ograničavao prava ličnosti i definiciju neimovinske štete isključivo na prava koja su tada bila izričito zakonom navedena.

Naknada štete u slučaju neispunjenja ili zakašnjenja s ispunjenjem ugovora općenito regulisana je odredbama čl. 342–349. hrvatskog ZOO. Kada dužnik ne ispuni obavezu ili zakasni s njezinim ispunjenjem, verovnik ima pravo zahtevati i popravlanje štete koju je zbog toga pretrpeo (ugovorna odgovornost za štetu, čl. 342. st. 2. hrvatskog ZOO). Ovde se radi o opštem pravilu (*lex generalis*). Pri tome verovnik ima pravo zahtevati naknadu imovinske i neimovinske štete. Ovo je novina uvedena Zakonom o obveznim odnosima iz 2005. godine (prema hrvatskom ZOO/78 mogla se tražiti samo

naknada imovinske štete) pa zato niti nema novije sudske prakse koja se posebice odnosi na naknadu neimovinske štete zbog povrede kupoprodajnog.

Kad je kupoprodaja raskinuta zbog povrede ugovora od strane jednog ugovarača, druga strana ima pravo na naknadu štete zbog toga trpi, prema opštim pravilima o naknadi štete nastale povredom ugovora (čl. 445. hrvatskog ZOO). Isto vredi kada stvar ima tekuću cenu ili je izvršena prodaja radi pokrića ili kupovina radi pokrića pod posebnim pretpostavkama (čl. 446–447.). Te odredbe propisuju posebna pravila (*lex specialis*) u slučaju raskida ugovora o kupoprodaji, čime se nadopunjavaju opšte odredbe o naknadi štete zbog neispunjenja ili zakašnjenja s ispunjenjem dužnikove obaveze iz čl. 342. hrvatskog ZOO (*lex generalis*).

Razlika između opštih i posebnih odredaba nije velika ali ipak možemo istaknuti dve razlike. Prvo, bez posebnog pravila o raskidu kupoprodajnog ugovora (čl. 445. hrvatskog ZOO) pravo na naknadu štete procenjivalo bi se prema opštem pravilu o naknadi štete zbog zakašnjenja ili neispunjenja (čl. 342. hrvatskog ZOO). Po njemu bi pravo na naknadu štete imao samo verovnik. Uvođeci posebno pravilo za naknadu štete kod kupoprodajnog ugovora pravo na naknadu štete je prošireno i na slučajeve kada je ugovor raskinut zbog povrede ugovora od strane jednog ugovarača, što znači da može doći i do povrede obaveze od strane verovnika i zato prema posebnom pravilu za kupoprodaju pravo na raskid i naknadu štete ima još dodatno i dužnik. Drugo, za nastanak obaveze naknade štete iz ugovora o kupoprodaji nije dovoljno samo zakašnjenje, neispunjenje ili neobaveštavanje kao što je to prema opštem pravilu, već je prema posebnim pravilima potrebno da ugovor o kupoprodaji zaista bude raskinut.

Stupanj odgovornosti i iznos naknade štete uređuje Zakon o obveznim odnosima. Pri tome hrvatski ZOO kao temeljno načelo presumira samo najblaži stepen krivice – običnu nepažnju dok se krajnja nepažnja i namera trebaju dokazati (osim ako se radi o objektivnoj odgovornosti za štetu). Glede obima naknade štete zbog neispunjenja obaveze, verovnik ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi (imovinska šteta) te pravičnu naknadu neimovinske štete, koje je dužnik u vreme sklapanja ugovora morao predvideti kao moguće posledice povrede ugovora s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate (čl. 346. st. 1. hrvatskog ZOO). Ovde se radi o obavezi naknade samo tzv. predvidive štete. Znači odgovornost za povredu ugovorne obaveze je kvantitativno ograničena jer on ne odgovara za štetu u punom obimu već samo u meri koju je u trenutku sklapanja ugovora mogao predvideti. Kao kriterij ocene predvidivosti ili nepredvidivosti uzima se objektivni kriterij ocene dužnika kao urednog i savesnog privrednika, odnosno dobrog domaćina iz čl. 10. hrvatskog ZOO. Međutim, ako se radi o prevari i namernom neispunjenju ugovora te neispunjenju ugovora iz krajnje nepažnje verovnik ima pravo zahtevati naknadu celokupne štete koja je nastala zbog povrede ugovora, bez obzira na to što dužnik nije znao za posebne okolnosti zbog kojih su one nastale (čl. 346. st. 2. hrvatskog ZOO). Ovde se radi o obavezi naknade tzv. celokupne štete. Prevara, namera i krajnja nepažnja treba se dokazati. Ako je pri povredi obaveze pored štete nastao za verovnika i neki dobitak, o njemu će se prilikom određivanja visine naknade voditi računa u razumnoj meri. Ovde se radi o posebnom institutu preboja štete s koristi koja je ostvarena (*compensatio lucri cum damno*).

Konačno pri oceni iznosa naknade štete nastale povredom ugovorne obaveze sud treba voditi računa i o ponašanju one osobe koja se poziva na naknadu štete. Zato strana koja se poziva na povredu ugovora dužna je poduzeti sve razumne mere da bi se smanjila šteta izazvana tom povredom, inače druga strana može zahtevati smanjenje naknade (čl. 346. st. 3–4. hrvatskog ZOO). Ali ako je verovnik ili osoba za koju on odgovara ipak pridoneo nastanku štete ili njezinoj visini ili otežanju dužnikova položaja, naknada štete će se smanjiti srazmerno doprinosu (čl. 347. hrvatskog ZOO). Kako se šteta popravlja? Imovinska šteta popravlja se uspostavljanjem pređašnjeg stanja, a ako ona ne otklanja štetu u potpunosti ili uspostava pređašnjeg stanja nije moguća, onda se šteta po-

pravlja naknadom u novcu (čl. 1085. hrvatskog ZOO). Tačna visina stvarne štete određuje se prema cenama u vreme donošenja sudske odluke, osim ako zakonom nije određeno nešto drugo. Pri oceni visine izmakle koristi uzima se u obzir dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovnom toku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije ostvarenje je sprečeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem (čl. 1089. hrvatskog ZOO). Obaveza naknade imovinske štete smatra se dospelom od trenutka nastanka štete (čl. 1086. hrvatskog ZOO).

Neimovinska šteta (povreda prava ličnosti) popravljiva se objavljivanjem presude ili ispravka ako se njome može postići svrha koja se postiže pravičnom novčanom naknadom (čl. 1099. hrvatskog ZOO). Međutim, ako se takva svrha ne može postići objavljivanjem presude, onda će se neimovinska šteta popraviti pravičnom novčanom naknadom koju će dosuditi sud ako težina povrede i okolnosti slučaja to opravdavaju. Pri odlučivanju o visini pravične novčane naknade sud će voditi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha, cilju kojemu služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njezinom naravi i društvenom svrhom. Za povredu ugleda i drugih prava ličnosti pravnog lica sud će, ako proceni da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi mu pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema (čl. 1100. hrvatskog ZOO). Zanimljivo je da sud na zahtev oštećenika može dosuditi i pravičnu novčanu naknadu i za buduću štetu ako je posve izvesno da će ona trajati i u budućnosti (čl. 1104. hrvatskog ZOO). Obaveza pravične novčane naknade doprinosi danom podnošenja pisanog zahteva ili tužbe, osim ako je šteta nastala nakon toga (čl. 1103. hrvatskog ZOO).

U **makedonskom pravnom sistemu**, u odnosu na obim i visinu naknade štete, pored spomenutih pravila o naknadi apstraktne štete i konkretne štete radi pokrića, važe opšta pravila o odgovornosti za štetu zbog neispunjenja, odnosno zakašnjenja. Po čl. 255(1) makedonskog ZOO, poverilac ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi, kao i na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete, koje je dužnik u vreme zaključenja ugovora morao predvideti kao moguće posledice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate. Ukratko, poverilac ima pravo na naknadu kako materijalne štete (obične štete i izgubljene dobiti), tako i nematerijalne štete. Izričito spominjanje prava na naknadu nematerijalne štete, u slučaju povrede ugovora, je rezultat intervencija izvršenih novelom makedonskog ZOO iz 2008. godine, imajući u vidu i opšte načelo o zaštiti ličnih prava iz čl. 9-a makedonskog ZOO. U svakom slučaju, ova se šteta nadoknađuje jedino kako predvidljiva. Izuzetak iz ovog pravila je odredba iz čl. 255(2) makedonskog ZOO, koja podrazumeva da u slučaju prevare ili namernog neispunjenja, kao i neispunjenja zbog krajnje nepažnje, poverilac ima pravo zahtevati od dužnika naknadu celokupne štete koja je nastala zbog povrede ugovora, bez obzira na to što dužnik nije znao za posebne okolnosti zbog kojih su one nastale. Pri opredeljivanju visine štete, uzima se u obzir i doprinos poverioca za nastalu štetu. Ovaj doprinos, posle novele makedonskog ZOO iz 2008. godine, se više ne procenjuje po krivici poverioca. Tako, saglasno čl. 256 makedonskog ZOO, kada je poverilac, ili lice za koje on odgovara, doprineo za nastanak štete ili za njenu visinu ili za otežanje dužnikovog stanja, tada se naknada srazmerno snižava. Konačno, dužnik se može osloboditi odgovornosti za štetu jedino ako dokaže da nije mogao ispuniti svoju obavezu, odnosno da je zadocnio sa ispunjenjem obaveze, zbog vanrednog događaja nastalog posle zaključenja ugovora, koji nije mogao da spreči, izbegne ili otkloni (viša sila) (čl. 252 makedonskog ZOO).

U pravu **Republike Srbije**, Zakon o obligacionim odnosima ne daje definiciju štete. U čl. 155 koji nosi naziv – šteta, navode se vrste štete, i to podela na materijalnu i nematerijalnu. Pod materijalnom štetom podrazumeva se umanjenje nečije imovine – obična (stvarna) šteta i sprečavanje njenog povećanja – izmakla korist. Nematerijalna šteta je, u smislu Zakona, nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha. Materijalna ili imovinska šteta jeste šteta koja nastaje na imovnin-

skim dobrima, pri čemu, pod imovinskim dobrima podrazumevamo ona čija je vrednost merljiva u novcu, odnosno, kako se u teoriji to često definiše "ona koja se za novac mogu otuđiti i pribaviti". Ukoliko je imovina oštećenog pogođena neposredno, odnosno, došlo je do umanjenja imovine, u pitanju je stvarna šteta. U suprotnom, ukoliko je imovina oštećenog pogođena posredno, odnosno, po redovnom toku stvari došlo bi do njenog uvećanja, ali isto nije nastupilo upravo zbog štetnog događaja, imamo izmaklu korist kao vid materijalne štete.

Kada dužnik (kupac ili prodavac) iz ugovora o prodaji ne ispuni svoju obavezu ili je neuredno ispuni, postaje dužnik naknade štete poveriocu (kupcu ili prodavcu), osim ukoliko je do štete došlo zbog uzroka za koji dužnik ne odgovara. Cilj naknade štete jeste stavljanje poverioca u onaj imovinski položaj, u kojem bi se nalazio da je ugovor uredno ispunjen – pozitivni ugovorni interes. U slučaju raskida ugovora dužnik duguje poveriocu apstraktnu i konkretnu štetu (čl. 523–526). Apstraktna šteta se određuje apstraktno (na šta ukazuje i sam naziv), tj. bez obzira na to da li je poverilac i pretrpeo neku štetu – u pitanju je pretpostavljena šteta. Utvrđivanje visine ovako pretrpljene štete bazira se na ideji preprodaje. Dakle, da je prodavac ispunio svoju obavezu iz ugovora i kupcu isporučio robu, kupac je istu mogao preprodati po određenoj ceni (a kako to nije učinio, jer mu prodavac robu nije isporučio, trpi štetu). S druge strane, prodavac je takođe istu robu mogao prodati drugom kupcu po određenoj ceni. Druga ideja na kojoj se može bazirati apstraktna šteta jeste kupovina, odnosno prodaja radi pokrića. Ukoliko je tekuća cena robe u trenutku raskida ugovora viša od ugovorene, kupac trpi štetu, suprotno, ukoliko je tekuća cena niža od ugovorene, štetu trpi prodavac. U oba slučaja, poverilac naknade štete mora dokazati navedenu razliku u ceni. Pored apstraktno štete, kupac ili prodavac u slučaju neizvršenja obaveze druge strane mogu biti poverioci i naknade konkretne štete – realizacija kupovine odnosno prodaje radi pokrića. Šteta se obračunava prema razlici ugovorene i cene koja je ostvarena prodajom odnosno kupovinom (podrazumeva se da se uzimaju u obzir i učinjeni troškovi). Pored apstraktno i konkretne štete, u slučaju raskida ugovora o prodaji poverilac (kupac ili prodavac) može ostvariti pravo na naknadu i druge dokazane štete.

Kada ugovor nije raskinut poverilac ostvaruje pravo samo na naknadu tzv. ostale štete (vid konkretne štete), koja obuhvata stvarnu štetu i izmaklu korist. Ugovoru o prodaji posvećena je glava VII srpskog ZOO-a. Čl. 488 st. 1 srpskog ZOO propisano je pravo kupca (koji je blagovremeno i uredno obavestio prodavca o nedostatku stvari) da može: zahtevati od prodavca da nedostatak ukloni ili da mu preda drugu stvar bez nedostatka (ispunjenje ugovora); zahtevati sniženje cene; izjaviti da raskida ugovor. St. 2 istog člana propisano je da kupac u svakom od ovih slučajeva ima pravo i na naknadu štete. Da bi se došlo do preciznog odgovora na pitanje, naime, kada kupac ima pravo na naknadu štete, neophodno je prvo navesti slučajeve u kojima postoji materijalni nedostatak, odnosno odgovornost prodavca za isti, a u smislu srpskog ZOO-a. Da bi se radilo o materijalnom nedostatku, neophodno je da u konkretnom slučaju isti postoji, a u smislu čl. 479 srpskog ZOO-a; da je nedostatak skriven; da je postojao u momentu prelaska rizika na kupca (a što je u srpskom pravu trenutak sticanja državnine na stvari od strane kupca) i blagovremeno obaveštenje prodavca od strane kupca.

U okviru odredaba koje srpski ZOO posvećuje ugovoru o prodaji nalaze se i članovi koji regulišu pitanje garancije za ispravno funkcionisanje prodate stvari, odnosno čl. 504 propisuje pravo kupca da raskine ugovor ili zahteva sniženje cene, uz naknadu štete u oba slučaja, ukoliko prodavac ne izvrši u razumnom roku opravku ili zamenu stvari. U okviru iste glave srpskog ZOO na još jednom mestu predviđa pravo kupca na naknadu štete od prodavca, a u slučaju tzv. evikcije, odnosno odgovornosti prodavca za pravne nedostatke stvari – čl. 510 st. 3 srpskog ZOO-a. Bez obzira na to da li se zbog evikcije ugovor raskida po sili zakona (potpuna evikcija) ili kupac ostvaruje svoje pravo na raskid ugovora ili srazmerno sniženje cene, kupac uvek ima pravo i na naknadu pretrpljene štete. Što se tiče položaja prodavca, nesumnjivo je da i prodavac, kada se ispune određeni uslovi, ima pravo da zahteva naknadu štete od kupca. Prvo, prodavac može raskinuti ugovor o prodaji u slučaju da kupac

cenu ne isplati, a što predstavlja osnovnu obavezu kupca iz ugovora o prodaji. Prodavac takođe ima pravo i da zahteva ispunjenje (izvršenje prinudnim putem). U oba slučaja prodavac može od kupca zahtevati naknadu štete.

Postavlja se pitanje da li prodavac ima neka prava i ako ima, koja su to prava, u slučaju da kupac ne izvrši neku drugu obavezu iz ugovora (u anglosaksonskom pravu ovo bi se podvelo pod nebitne povrede ugovora). Ono što je nesumnjivo, to je da prodavac i u ovom slučaju ima pravo na naknadu štete (i naravno pravo da zahteva ispunjenje). Naknada štete javlja se dakle, kao generalna sankcija. Čl. 523 srpskog ZOO-a predviđa da u slučaju raskida ugovora o prodaji zbog povrede ugovora od strane jednog ugovarača, druga strana ima pravo na naknadu štete koju zbog toga trpi, prema opštim pravilima o naknadi štete nastale povredom ugovora. Dakle, ovaj član upućuje na opšte odredbe o naknadi štete nastale povredom ugovora. Koje su to odredbe? Čl. 262 st. 2 propisuje da poverilac ima pravo zahtevati naknadu štete koju je pretrpeo usled neispunjenja ili zadocnjenja u ispunjenju od strane dužnika. Dalje, čl. 264 propisano je da se ugovorom može proširiti odgovornost dužnika i na slučaj za koji on inače ne odgovara, ali da se ispunjenje ovakve ugovorne odredbe ne može zahtevati ako bi to bilo u suprotnosti sa načelom savesnosti i poštenja. Suprotna ovoj jeste odredba čl. 265 koja propisuje mogućnost za ograničenje i isključenje odgovornosti. Ne može se isključiti odgovornost za nameru i grubu nepažnju (st. 1), kao ni za običnu nepažnju (st. 2), ukoliko je ona posledica sporazuma proizašlog iz monopolskog položaja dužnika ili uopšte neravnopravnog odnosa ugovornih strana. Punovažna je i odredba ugovora kojom se određuje najviši iznos naknade, ako tako određeni iznos nije u očiglednoj nesrazmeri sa štetom i ako za određeni slučaj nije što drugo zakonom određeno (st. 3). U slučaju ograničenja visine naknade poverilac ima pravo na potpunu naknadu ako je nemogućnost ispunjenja obaveze prouzrokovana namerno ili krajnjom nepažnjom dužnika (st. 4). U pogledu obima naknade, čl. 266 poveriocu daje pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi, ali samo one koju je u vreme zaključenja ugovora dužnik morao predvideti (st. 1). U slučaju prevare, namere ili krajnje nepažnje dužnik se i naknada štete koja se nije mogla predvideti (st. 2). Uvek kada Zakon ne propisuje drugačije, na naknadu ugovorne štete primenjuju se shodno odredbe istog Zakona o naknadi vanugovorne štete.

3. U kojim slučajevima kršenje ugovora podrazumijeva i pravo na kamate? Kako se kamatna stopa određuje u slučaju kršenja (kašnjenja u izvršavanju) prodajnog ugovora? Odgovorite na slijedeća pitanja: Da li su vaši zakoni usaglašeni sa Direktivom za borbu protiv kašnjenja u plaćanju (Direktiva 2000/35/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 29. juna 2000. g. za borbu protiv kašnjenja u plaćanju i trgovinskim transakcijama, OJ L 200, 8. 8. 2000, str. 35–38), i na koji način se to radi? Molimo vas da tačno navedete pravna rješenja ovog pitanja.

U **pravnom sistemu Republike Albanije**, ukoliko nastupi kršenje ugovora, postoji obaveza da oštećena strana bude obeštećena. Od tog trenutka nastaje obaveza, poverilac ima pravo da zahteva kamate na iznos koji odgovara obeštećenju ukoliko dužnik nije ispunio obavezu. Član 450. GZ-a treba imati na umu u tom slučaju. Ovaj član utvrđuje da se kamatna stopa određuje prema zakonu. Naime, albanski Parlament do sada nije usvojio niti jedan zakon koji utvrđuje kamatnu stopu. S druge strane, albanski Vrhovni sud je doneo odluku o ujednačavanju br. 932 od 22. 6. 2000. g. u kojoj navodi određene kriterije na osnovu kojih se procenjuje iznos kamatne stope. U stvari, ova odluka je donesena u drugačijim okolnostima (nakon pada piramidalnih shema), ali može još uvek poslužiti kao skup smernica za sud prilikom donošenja odluka o nadoknadi šteta i kamatnim stopama na iznos novca koje dužnik mora platiti poveriocu. U ovoj odluci Vrhovni sud Albanije naveo je da je primena visoke kamatne stope na kredite protuzakonita, osim u iznosu koji odgovara najvišoj kamat-

noj stopi koji je propisala Centralna banka Albanije u vreme sklapanja ugovora. Naravno, ova odluka reguliše kamatnu stopu za kredite, ali sudovi mogu koristiti ove kriterije i kod utvrđivanja gubitka (iznosa novca koji je potrebno platiti) u slučaju kršenja prodajnih ugovora. U tom smislu možemo reći da se iznos kamatne stope u slučajevima kršenja prodajnih ugovora određuje od slučaja do slučaja, a u skladu sa kamatnom stopom koju objavljuje Centralna banka Albanije. Sudovi se oslanjaju na ovlaštene računovođe u obračunavanju specifičnog iznosa kamata u pojedinačnim slučajevima.

U vezi sa Direktivom 2000/35/EC Evropskog parlamenta i Vijeća od 29. juna 2000. g. o rešavanju zakašnjelog plaćanja u trgovačkim transakcijama, treba da naglasimo da pomenuta direktiva nije ugrađena u albansko građanskopravno zakonodavstvo. Ovo istovremeno ne znači da zakonodavstvo nije u potpunosti usklađeno sa Direktivom, već samo da ne postoji posebno usvojen zakon koji je ugradio ovu direktivu u građanskopravno zakonodavstvo. U vezi sa članom 3 Direktive, član 450. GZ-a utvrđuje da se nadoknada za štetu prouzrokovanu kašnjenjem u plaćanju određenog novčanog iznosa sastoji od dospelih kamata koje se obračunavaju od datuma početka kašnjenja dužnika, u službenoj valuti zemlje u kojoj se obavlja plaćanje. Kamatna stopa se obračunava prema zakonu. Na kraju svake godine dospеле kamate se sabiraju sa iznosom obaveze na osnovu kojeg je i izvršen obračun. Pravni interes se plaća bez obaveze poverioca da dokaže štetu. Kada poverilac dokaže da je pretrpeo štetu veću nego što je pravni interes, dužnik je dužan da mu isplati drugi deo štete.

Član 686. GZ-a navodi da standardni uslovi koje je pripremila jedna od strana imaju dejstvo i na drugu stranu, ukoliko je u vreme sastavljanja ugovora ova druga strana bila upoznata sa njima ili je trebala biti upoznata iskazavši uobičajenu pravnu revnost. Opće odredbe koje se odnose na gubitak ili nesrazmernu povredu interesa ugovornih strana imaju dejstvo posebno ukoliko se razlikuju od principa jednakosti i nepristrasnosti koje utvrđuje ovaj zakon i koje se odnose na ugovorne odnose. U svakom slučaju, uslovi nemaju dejstvo, osim ako nisu posebno odobreni u pisanoj formi, koji favorizuju jednu stranu koja ih je unapred pripremila, i kojima se ograničava odgovornost, ovlašćuje povlačenje iz ugovora ili obustavljanje radova, ili na osnovu kojih se nameću vremenski rokovi, uključujući zaplenu prema drugoj strani, ograničava pravo ulaganja protutražbine, ograničava ugovorna sloboda u odnosima sa trećom stranom, uvode arbitražne klauzule, ili odstupanja od nadležnosti sudova.

Član 479 GZ-a također utvrđuje da se svaki sporazum koji oslobađa ili ograničava odgovornost strana u neizvršavanju obaveza smatra nevažećim. U vezi sa stavom 5 člana 2. Direktive, građansko zakonodavstvo ne sadrži odredbe koje eksplicitno dozvoljavaju organizacijama koje su službeno priznate, ili imaju legitiman interes, da predstavljaju mala i srednja preduzeća, da preduzimaju radnje u skladu sa nacionalnim pravom pred sudovima ili nadležnim administrativnim telima na temelju ugovornih uslova opšte prirode za koje se smatra da su izrazito nekorektni u smislu stava 3 Direktive. Ukoliko se jave druga pitanja u vezi sa nelojalnom konkurencijom, primenjuje se Zakon br. 9121 od 28. 7. 2003. g. o zaštiti konkurencije, sa izmenama. Ukoliko se radi o nekome ko je klasifikovan kao potrošač, primenjuje se Zakon br. 9902 od 17. 4. 2008. g. o zaštiti potrošača (sa izmenama). Prema članu 4. Direktive, Građanski zakon Albanije u članu 746. utvrđuje da kada se prodaja vrši u ratama, kupac stiče vlasništvo na stvari nakon plaćanja poslednje rate, preuzimajući rizik do vremena isporuke. Zakašnjeli prenos vlasništva uz gore pomenute uslove mora biti predviđen ugovorom. Član 747. utvrđuje da se prenos vlasništva u skladu sa gorespomenutom odredbom može izvršiti na poverioce kupca samo ako je to dokumentovano u pisanoj formi sa datumom pre izdavanja kredita. Ukoliko prodaja uključuje nepokretne i pokretne registrovane stvari, primenjuju se odredbe o registraciji. Član 748. GZ-a dalje utvrđuje da bez obzira na svaki ugovor koji predviđa drugačije, kašnjenje u plaćanju jedne rate koja ne prelazi jednu osminu ukupne cene ne povlači raskidanje ugovora, a kupac zadržava prednost rokova za plaćanje kasnijih rata. S druge strane, član 749. GZ-a navodi da ukoliko se ugovor raskida zbog neizvršenja od strane kupca, prodavač mora vratiti rate koje je primio,

uz zadržavanje prava na poštenu nadoknadu za korištenje stvari i nastale štete. Ukoliko je određeno da prodavač zadrži plaćene rate kao odštetu, sud može, u skladu sa okolnostima, odobriti smanjenje odobrene odštete. Na kraju možemo reći da ni jedna uredba sadržana u članu 5 Direktive nije ugrađena u albansko zakonodavstvo.

U Bosni i Hercegovini (Republici Srpskoj), kamata (interes, uzura, dobit, fajda) je cena, odnosno naknada koja se plaća za upotrebu tuđeg novca ili tuđih zamjenjivih pokretnih stvari, bez obzira na to da li se navedene stvari koriste na osnovu pravnog posla, odnosno po nekom pravnom osnovu, ili bez njega, koja se daje u stvarima iste vrste. S obzirom na osnov nastanka (ugovor ili zakon) razlikujemo ugovorne i zakonske kamate. Zatezna (moratorna) kamata je zakonska kamata koju duguje dužnik, pored glavnice, u slučaju docnje sa ispunjenjem novčane obaveze (čl. 277/1 ZOO-a). Svrha joj je ostvarenje funkcije naknade štete, tj. predstavlja sankciju za neblagovremeno ispunjenje novčane obaveze, s obzirom na prirodu novca kao dugovane stvari.

Navedenu odredbu je potrebno dovesti u vezu sa odredbom čl. 266/1 ZOO-a koja reguliše pravo poverioca na naknadu obične štete i izmakle koristi i to one koju je dužnik morao predvideti. Obična šteta, u principu, lako se dokazuje. Naime, odgovornost dužnika novčane obaveze se pretpostavlja zbog same činjenice da je u docnji pa se *ipso facto* stiče pravo poverioca na zateznu kamatu. I naknadu štete koja prelazi visinu zatezne kamate poverilac može dokazati. Međutim, izmakla korist se ne pretpostavlja i nije ju lako utvrditi, jer se prema odredbi čl. 189/3 ZOO-a mora utvrditi kakav gubitak je nastao za poverioca usled docnje dužnika da bi se ostvarila potpuna naknada štete iz čl. 278/2 ZOO-a, u vezi s čl. 266 ZOO-a koji ima korektivnu ulogu. Svrha potpune ili integralne naknade štete (v. čl. 190 ZOO-a) jeste da se poverilac novčanog potraživanja dovede u ono stanje u kome bi se nalazio da je dužnik po redovnom toku stvari svoju obavezu izvršio u roku dospeća.

Pored naknade potpune štete, poverilac može zahtevati i valorizaciju obezvređenog novčanog potraživanja usled inflacije (tzv. inflatorna šteta) kako bi se uspostavilo načelo jednake vrednosti davanja iz čl. 15 ZOO-a, tj. nadoknadila razlika između stvarno isplaćene vrednosti ugovorne obaveze i njene realne tržišne vrednosti. Zatezna kamate se može dosuditi i kod nematerijalne štete za povredu ugovorne obaveze, jer i ovaj oblik štete ima svoje mesto kod odgovornosti za povredu ugovora, kako smo to napred naveli. Novčana naknada za nematerijalnu štetu predstavlja glavno potraživanje, a naknada za zakašnjenje u isplati glavnog potraživanja predstavlja zateznu kamatu, čiji nastanak i visina neposredno zavise od postojanja glavnog potraživanja.

Zatezna kamata se isplaćuje po stopi koja je utvrđena Zakonom o visini stope zatezne kamate Republike Srpske. Prema odredbama ovog zakona u slučaju docnje dužnika sa ispunjenjem novčane obaveze u domaćoj ili stranoj valuti, duguje, pored glavnice i zateznu kamatu na iznos duga do dana isplate po kamatnoj stopi koja se sastoji od stope rasta na malo za period za koji se računa zatezna kamata i fiksne stope od 0,05% dnevno (čl. 3). Obračun zatezne kamate vrši se tako da se fiksna stopa od 0,05% dnevno množi brojem dana zakašnjenja i tako utvrđena stopa množi sa iznosom glavnog duga uvećanog za kamatu po stopi rasta cena na malo iz prethodnog člana. Ukoliko je stopa rasta cena na malo iz prethodnog člana nula ili je negativna primenjuje se samo fiksna stopa od 0,05% dnevno (čl. 4). Zakonom o dopuni Zakona o visini stope zatezne kamate reguliše se obračun kamate na novčane obaveze iskazane u dinarima, dok Zakon o izmjeni zakona o visini stope zatezne kamate iz 2008. godine, umesto reči „cijena na malo“ u čl. 3 i 4 osnovnog zakona iz 2001. godine, zamenjuje riječima „potrošačkih cijena“.

Ovakav način regulisanja utvrđivanja visine stope zatezne kamate, kao i njeno regulisanje u ZOO-u nije u skladu sa Direktivom o sprečavanju zakašnjenja u plaćanju u trgovačkim ugovorima. Svakako da će to biti još jedan zadatak zakonodavcu u postupku prilagođavanja našeg zakonodavstva sa pravnom stečevinom Evropske unije (*acquis communautaire*).

U Bosni i Hercegovini (Federaciji BiH, Distriktu Brčko), zatezna (moratorna) kamata je zakonska kamata koju duguje dužnik, pored glavnice, u slučaju docnje sa ispunjenjem novčane obaveze (čl. 277/1 ZOO-a). Navedenu odredbu je potrebno dovesti u vezu sa odredbom čl. 266/1 ZOO-a koja reguliše pravo poverioca na naknadu obične štete i izmakle koristi i to one koju je dužnik morao predvideti. Obična šteta se, u principu, lako dokazuje. Naime, odgovornost dužnika novčane obaveze se pretpostavlja zbog same činjenice da je u docnji pa se *ipso facto* stiče pravo poverioca na zateznu kamatu. I naknadu štete koja prelazi visinu zatezne kamate poverilac može dokazati. Međutim, izmaka korist se ne pretpostavlja i nije ju lako utvrditi, jer se prema odredbi čl. 189/3 ZOO-a mora utvrditi kakav gubitak je nastao za poverioca usled docnje dužnika da bi se ostvarila potpuna naknada štete iz čl. 278/2 ZOO-a, a u vezi s čl. 266 ZOO-a koji ima korektivnu ulogu. Svrha potpune ili integralne naknade štete (v. čl. 190 ZOO-a) jeste da se poverilac novčanog potraživanja dovede u ono stanje u kome bi se nalazio da je dužnik po redovnom toku stvari svoju obavezu izvršio u roku dospeća.

Pored naknade potpune štete, poverilac može zahtevati i valorizaciju obezvređenog novčanog potraživanja usled inflacije (tzv. inflatorna šteta) kako bi se uspostavilo načelo jednake vrednosti davanja iz čl. 15 ZOO-a, tj. nadoknadila razlika između stvarno isplaćene vrednosti ugovorne obaveze i njene realne tržišne vrednosti.

Zatezna kamata se može dosuditi i kod nematerijalne štete za povredu ugovorne obaveze, jer i ovaj oblik štete ima svoje mesto kod odgovornosti za povredu ugovora, kako smo to napred naveli. Novčana naknada za nematerijalnu štetu predstavlja glavno potraživanje, a naknada za zakašnjenje u isplati glavnog potraživanja predstavlja zateznu kamatu, čiji nastanak i visina neposredno zavise od postojanja glavnog potraživanja.

Zatezna kamata se isplaćuje po stopi koja je utvrđena posebnim zakonom. U Republici Srbskoj to je Zakon o visini stope zatezne kamate („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 19/01, 52/06, 103/08) u Federaciji BiH to je Zakon o visini stope zatezne kamate na neizmirena dugovanja („Službene novine Federacije BiH“, br. 56/04, 68/04, 29/05, 48/11). Pre ovog zakona i njegovih izmena i dopuna na snazi je bio Zakon o visini stope zatezne kamate, („Službene novine Federacije BiH“, br. 27/98, 51/01), a u Brčko distriktu BiH Zakon o visini stope zatezne kamate („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 2/02, 25/08).

Obračun zateznih kamata po neizmirenim dugovanjima na osnovu ugovora iz dužničko-poverilačkih odnosa prema Zakonu o visini stope zatezne kamate na neizmirena dugovanja Federacije BiH vrši se po stopi od 12% godišnje (čl. 2/1). Obračun ove zatezne kamate vrši se primenom metoda prostog kamatnog računa za godišnje periode, a konformnog kamatnog računa za periode manje od godinu dana (čl. 3/1).

Stope zatezne kamate u Brčko distriktu BiH u slučaju kada dužnik zakasni sa ispunjenjem novčane obaveze sastoje se od: 1. koeficijenta rasta potrošačkih cena u Distriktu za period za koji se računaju kamate i 2. fiksne stope od 0,03% dnevno (čl. 3/2). Obračun zatezne kamate vrši se tako da se fiksna stopa od 0,03% dnevno množi brojem dana zakašnjenja i tako utvrđena stopa množi iznosom glavnog duga uvećanog za kamatu po koeficijentu rasta potrošačkih cena (čl. 4/1), a ukoliko je koeficijent rasta potrošačkih cena nula ili negativan primenjuje se samo fiksna stopa od 0,03% dnevno (čl. 4/2).

Ovakav način regulisanja utvrđivanja visine stope zatezne kamate, kao i njeno regulisanje u ZOO-u nije u skladu sa Direktivom o sprečavanju zakašnjenja u plaćanju u trgovačkim ugovorima, prema kojoj visina kamate za kašnjenje u plaćanju koju je dužnik dužan da plati, predstavlja iznos kamatne stope koju primenjuje Evropska centralna banka na svoje poslednje oročene transakcije izvršene prije prvog kalendarskog dana odnosnog polugodišta (referentna stopa), plus najmanje sedam posto (marža), osim ako nije drugačije predviđeno ugovorom (čl. 3/1/(d)). Svakako da će to

biti još jedan zadatak zakonodavca u postupku prilagođavanja nacionalnih propisa sa pravnom stečevinom Evropske unije (*acquis communautaire*).

Po **pravnom sistemu Crne Gore**, pravo na kamatu propisano je u slučaju docnje sa ispunjenjem novčane obaveze. Dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duguje, pored glavnice, i zateznu kamatu po stopi utvrđenoj posebnim zakonom. Poverilac i dužnik mogu ugovoriti da stopa zateznih kamata bude niža ili viša od stope zateznih kamata određenih zakonom. Ako je stopa ugovorne kamate viša od stope zatezne kamate, ona teče i posle dužnikove docnje (član 284 crnogorskog ZOO). Poverilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpeo kakvu štetu zbog dužnikove docnje. Ako je šteta koju je poverilac pretrpeo zbog dužnikovog zadocnjenja veća od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate, on ima pravo da zahteva razliku do potpune naknade štete (član 285 crnogorskog ZOO). Na dospelu a neisplaćenu ugovornu ili zateznu kamatu, kao i na druga dospelu povremena novčana davanja ne teče zatezna kamata, izuzev kad je to zakonom određeno. Na iznos neisplaćene kamate može se zahtevati zatezna kamata samo od dana kada je sudu podnesen zahtev za njenu isplatu, a na povremena dospelu novčana davanja teče zatezna kamata od dana kad je sudu podnesen zahtev za njihovu isplatu (član 286 crnogorskog ZOO).

Kamatna stopa u slučaju zadocnjenja sa ispunjenjem novčane obaveze određuje se u skladu sa Zakonom o visini zatezne kamate ("Sl. list Crne Gore", br. 83/09). Ovim zakonom određuje se visina stope zatezne kamate koju plaća dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze u slučajevima kada visina stope zatezne kamate nije uređena ugovorom. Dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duguje, pored glavnice, i zateznu kamatu na iznos duga do dana isplate, po stopi utvrđenoj ovim zakonom (čl. 2). Stopa zatezne kamate utvrđuje se u visini osnovne stope zatezne kamate uvećane za sedam procentnih poena. Osnovna stopa zatezne kamate je kamatna stopa koju utvrđuje Evropska centralna banka za glavne operacije refinansiranja (main refinancing operation) i koja važi prvog dana kalendarskog polugodišta na koje se odnosi (čl. 3). Stopa zatezne kamate utvrđuje se polugodišnje, a obračunava godišnje. Stopa zatezne kamate utvrđuje se za polugodišta od 1. januara do 30. juna i od 1. jula do 31. decembra (čl. 4).

Crnogorsko zakonodavstvo je usklađeno sa Direktivom 2000/35 EC (Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions – Direktiva o borbi protiv docnje u plaćanju u trgovinskim poslovima). To potvrđuju navedene odredbe Zakona o obligacionim odnosima i Zakona o visini zatezne kamate, koje se tiču prava na kamatu i utvrđivanja stope zatezne kamate. Zakonom o obligacionim odnosima je uređeno vreme ispunjenja novčanih obaveza iz ugovora u privredi kako bi se crnogorskog ZOO uskladio sa odredbama Direktive (član 322 crnogorskog ZOO).

U **Republici Hrvatskoj**, dužnik koji zakasni s ispunjenjem novčane obaveze duguje, pored glavnice i zatezne kamate (čl. 29. st. 1. hrvatskog ZOO). Radi se o opštoj odredbi koja se primenjuje i na kupoprodajni ugovor (posebice na ugovor o kupoprodaji s obročnom otplatom cene ili ugovor o kupoprodaji na kredit), osim ako stranke nisu drugačije ugovorile. Kamate su dakle posledica dužnikova kašnjenja u ispunjenju obaveze i one teku od dospeća tražbine. Iz toga sledi temeljno pitanje: kada dužnik dolazi u zakašnjenje? Odnosno, kako ćemo odrediti trenutak dospeća? Odgovor ovisi o kojoj vrsti odnosa se radi.

Kod ugovornih obaveza kod kojih barem jedna od ugovornih strana nije trgovac, dužnik dolazi u zakašnjenje kada ne ispunji obavezu u roku određenom za ispunjenje. Ako rok ispunjenja nije predviđen ugovorom, dužnik je dužan ispuniti obavezu u roku koji je predviđen zakonom. Međutim ako rok nije određen ni ugovorom niti zakonom, a cilj posla, narav obaveze i ostale okolnosti ne zahtevaju stanovit rok za ispunjenje, verovnik može zahtevati odmah ispunjenje obaveze, a dužnik sa svoje strane može zahtevati od verovnika da odmah primi ispunjenje (čl. 173. hrvatskog ZOO). Poziv verovnika na ispunjenje obaveze kada rok nije određen može biti usmeno ili pismeno, vansudskom

opomenom ili započinjanjem nekog postupka čiji je cilj ispunjenje obaveze (čl. 183. hrvatskog ZOO). U posljednjem slučaju dužnik je dužan izvršiti svoju obavezu odmah, iako se u praksi ustalio rok od osam dana od takva poziva.

Za vreme ispunjenja novčanih obaveza u trgovačkim ugovorima i ugovorima između trgovaca i osoba javnog prava do 31. 12. 2011. vredi čl. 174. hrvatskog ZOO-a i koji je potpuno usklađen s Direktivom 2000/35/EZ. Međutim, od 1. 1. 2012. odredbe tog člana biće stavljene van snage zbog stupanja na snagu novog Zakona o rokovima ispunjenja novčanih obaveza. Hrvatski sabor je na sjednici 21. 10. 2011. godine doneo novi Zakon o rokovima ispunjenja novčanih obaveza (NN 125/11, dalje: ZORINO), sa stupanjem na snagu od 1. 1. 2012. godine. Novim zakonom uređuju se rokovi ispunjenja novčanih obaveza i pravne posledice zakašnjenja s ispunjenjem u cilju suzbijanja zakašnjenja s ispunjenjem novčanih obaveza između poduzetnika i između poduzetnika i osoba javnog prava. Ovaj zakon posledica je usklađivanja hrvatskog pravnog sistema sa Direktivom 2011/7/EU o borbi protiv kašnjenja u plaćanju u trgovačkim transakcijama (OJ L 48/01). Direktiva 2011/7/EU usvojena je radi još efikasnije borbe s zakašnjenjem u ispunjavanju novčanih obaveza u trgovačkim transakcijama. Krajnji rok za njezinu implementaciju u nacionalna prava država članica EU je 16. 3. 2013. nakon čega će u potpunosti nadomestiti Direktivu 2000/35/EZ. Republika Hrvatska je već ispunila svoju obavezu donošenjem novog Zakona o rokovima ispunjenja novčanih obaveza. Tim zakonom se stavlja izvan snage dosadašnja odredba čl. 174. Zakona o obveznim odnosima (novčana obaveza kod trgovačkih ugovora) a kojom su bila implementirana rešenja Direktive 2000/35/EZ.

Prema novom zakonu uređenje rokova ispunjenja novčanih obaveza je sledeće. Glede rokova ispunjenja novčanih obaveza u ugovorima među poduzetnicima, navedenim ugovorom može se ugovoriti rok ispunjenja novčane obaveze do 60 dana, a sasvim iznimno može se ugovoriti i duži rok ispunjenja novčanih obaveza. Ako ugovorom među poduzetnicima nije ugovoren rok za ispunjenje novčane obaveze, dužnik je dužan, bez potrebe da ga verovnik na to pozove, ispuniti novčanu obavezu u roku od 30 dana od: 1) dana kada je dužnik primio račun ili drugi odgovarajući zahtev za isplatu, ili 2) od dana kada je verovnik ispunio svoju obavezu, ako nije moguće sa sigurnošću utvrditi dan primitka računa ili drugog odgovarajućeg zahteva za isplatu ili ako je dužnik primio račun ili drugi odgovarajući zahtev za isplatu prije nego li je verovnik ispunio svoju obavezu, ili 3) od dana isteka roka za pregled predmeta obaveze, ako je ugovorom ili zakonom predviđen određeni rok za takav pregled, a dužnik je primio račun ili drugi odgovarajući zahtev za isplatu prije isteka toga roka. Pri tome rok za pregled predmeta obaveze ne može biti duži od 30 dana od dana primitka predmeta obaveze, osim ako je iznimno ugovoren duži rok za pregled predmeta obaveze (čl. 2. ZORINO). Glede rokova ispunjenja novčanih obaveza u ugovorima između preduzetnika i lica javnog prava, ugovorom između preduzetnika i lica javnog prava u kojem je lice javnog prava dužnik novčane obaveze može se ugovoriti rok ispunjenja novčane obaveze do 30 dana. Iznimno može se ugovoriti i duži rok, ali ne duži od maksimalno 60 dana. Novčane obaveze u ugovorima između preduzetnika i lica javnog prava, a u kojima su preduzetnici ili zavod koji provodi obavezno zdravstveno osiguranje i zdravstvena ustanova čiji je osnivač Republika Hrvatska, jedinica područne (regionalne) samouprave ili grad dužnici novčane obaveze, ispunjavaju se u skladu sa odredbama koje vrede za ispunjavanje obaveza između preduzetnika (dakle prema čl. 2.). Ako ugovorom između preduzetnika i lica javnog prava nije ugovoren rok za ispunjenje novčane obaveze, dužnik je dužan, bez potrebe da ga verovnik na to pozove, ispuniti novčanu obavezu u roku od 30 dana koji se određuje na jednak način kao i za ugovore između preduzetnika. Jednaka odredba primenjuje se na rok za pregled predmeta obaveze (čl. 3. ZORINO).

Zakon je vrlo restriktivan. Ništave su ugovorne odredbe kojima se isključuje, ograničava ili uslovljava pravo verovnika na zatezne kamate za slučaj dužnikova zakašnjenja s ispunjenjem novčane obaveze. Jednako tako su ništave odredbe kojima se: 1. ugovara datum primitka računa ili drugog

odgovarajućeg zahteva za isplatu; 2. ugovara rok ispunjenja novčane obaveze duži od 60 dana (u ugovorima među preduzetnicima iz čl. 2.2. ZORINO); 3. ugovara rok za pregled predmeta obaveze duži od 30 dana (u ugovorima među preduzetnicima iz čl. 2.5. ZORINO); 4. ugovara rok za ispunjenje novčane obaveze duži od 30 dana (a lice javnog prava nije dužnik u ugovorima između preduzetnika i lica javnog prava iz čl. 3.2. ZORINO); 5. ugovara rok ispunjenja novčane obaveze duži od 60 dana (u ugovorima između preduzetnika i lica javnog prava iz čl. 3.3. ZORINO); 6. ugovara rok za pregled predmeta obaveze duži od 30 dana (u ugovorima između preduzetnika i lica javnog prava iz čl. 3.6. ZORINO). Sve ovo će se primeniti ako na temelju okolnosti slučaja, a posebno trgovačkih običaja i naravi predmeta obaveze, proizlazi da je takvom ugovornom odredbom, suprotno načelu savesnosti i poštenja, prouzrokovana neravnopravnost u pravima i obavezama ugovornih strana na štetu verovnika. Pri oceni ništavosti neke odredbe uzeće se u razmatranje jesu li postojali opravdani razlozi za odstupanje od rokova ispunjenja novčanih obaveza propisanih tim zakonom (čl. 4. ZORINO).

Zatezne kamate su posledica dužnikova zakašnjenja u ispunjenju novčane obaveze, pa osim glavnice dužnik u slučaju zakašnjenja duuguje i kamate (čl. 26. st. 1. hrvatskog ZOO). One teku od prvog sledećeg dana nakon dospeća tražbine. Zatezne kamate se ne ugovaraju već one pripadaju verovniku – ugovornoj strani već po samom zakonu (*ex lege*). Zato se one u praksi još nazivaju i zakonske zatezne kamate i njihova stopa je uređena zakonom. Obaveza plaćanja kamate javlja se kao primarna obaveza ugovorne strane na primer kod ugovora o kreditu, ugovora o zajmu, ugovora o bankovnom novčanom pologu, ugovora o kupoprodaji s obročnim otplatama cene ili kupoprodaje na kredit. Stopa zatezних kamata na odnose iz trgovačkih ugovora i ugovora između trgovca i lica javnog prava određuje se, za svako polugodište, uvećanjem eskontne stope Hrvatske narodne banke koja je vredila zadnjeg dana polugodišta koje je prethodilo tekucem polugodištu za osam postotnih poena (eskontna stopa + 8%), a u ostalim odnosima za pet postotnih poena (eskontna stopa + 5%). Kod trgovačkih ugovora i ugovora između trgovca i lica javnog prava strane mogu ugovoriti drukčiju stopu zatezних kamata ali ne preko navedenog maksimalnog iznosa (čl. 29. st. 2–3. hrvatskog ZOO). Razlikovanje visine kamatne stope s obzirom na vrstu pravnog posla iz kojeg proističe posledica je implementacije Smernice 2000/35/EZ u hrvatski pravni sistem. Odredbe o visini kamatne stope su prisilnog ili kogentnog karaktera.

Odredba ugovora o drugačijoj kamatnoj stopi od one zakonom propisane ništava je ako na temelju okolnosti slučaja, a prvenstveno trgovačkih običaja i naravi predmeta obaveze, proizlazi da je tako ugovorenom stopom zatezних kamata, suprotno načelu savesnosti i poštenja, prouzrokovana očigledna neravnopravnost u pravima i obavezama ugovornih strana. Prilikom ocene da li je odredba ugovora o stopi zatezних kamata ništava uzeće se, između ostalog, u obzir da li su postojali opravdani razlozi za odstupanje od zakonom predviđene stope zatezних kamata (čl. 29. st. 4–5. hrvatskog ZOO). Stopa zatezних kamata odnosi se na razdoblje od jedne godine. Nju određuje Hrvatska narodna banka koja je dužna svakog 1. januara i 1. jula objaviti eskontnu stopu u »Narodnim novinama« – službenom glasilu Republike Hrvatske (čl. 29. st. 7–8.). U pravnoj literaturi smatra se da eskontna stopa Hrvatske narodne banke predstavlja referentan odraz realnog stanja tržišta novca.

Međutim, osim zatezних, hrvatski pravni sistem dopušta i da stranke same svojim sporazumom ugovore kamate, pa se one stoga nazivaju ugovorne kamate. Razlika prema zatezним kamatama je što se one mogu ugovoriti i za korištenje drugim zamenjivim (generičnim) stvarima. Stopa ugovornih kamata između osoba od kojih barem jedna nije trgovac ne može biti viša od stope zakonskih zatezних kamata koja je vredila na dan sklapanja ugovora, odnosno na dan promene ugovorne kamatne stope, ako je ugovorena promenjiva kamatna stopa. Stopa ugovornih kamata između trgovca, odnosno trgovca i osobe javnog prava ne može biti viša od stope zakonskih zatezних kamata koja vreduje za osobe koje nisu trgovci, uvećane za polovinu te stope (čl. 26. st. 1–2. hrvatskog ZOO). Ako su kamate ugovorene, ali nije određena njihova stopa, između osoba od kojih barem

jedna nije trgovac, vredí kamatna stopa u visini četvrtine stope zakonskih zatezних kamata, a između trgovaca polovina stope zakonskih zatezних kamata određene (čl. 26. st. 3 hrvatskog ZOO). Ako su ugovorene više kamate od dopuštenih, primeniće se najviša dopuštena kamatna stopa. Jednako kao i kod zatezних kamata i stopa ugovornih kamata odnosi se na razdoblje od jedne godine (čl. 29. st. 4–5. hrvatskog ZOO). Glede odnosa ugovornih i zatezних kamata ako je kod trgovačkih ugovora ili ugovora između trgovaca i osoba javnog prava stopa ugovornih kamata viša od stope zatezних kamata, one teku i posle dužnikova zakašnjenja (čl. 29. st. 6. hrvatskog ZOO). Ako je u navedenim ugovorima ugovorena ugovorna kamata koja je do polovice viša od zakonske stope zatezne kamate, onda se ona primenjuje. Dakle, ako dužnik padne u zakašnjenje, neće nastati njegova obaveza plaćanja zatezних kamata, nego će i dalje ostati njegova obaveza plaćanja ugovornih kamata po toj stopi koja je viša od stope zatezних kamata.

U **makedonskom pravnom sistemu**, u principu, jedino kršenje novčane obaveze daje poveriocu pravo na isplatu tzv. kaznene kamate, pa ova opšta pravila važe i za obavezu kupca za isplatu prodajne cene. Ova se kamata plaća po snazi zakona, kada dužnik padne u zadocnjenje s ispunjenjem novčane obaveze (čl. 266(1) makedonskog ZOO). Po pravilu, vreme padanja dužnika u docnju se opredeljuje primenom pravila makedonskog ZOO o dospelosti potraživanja (čl. 266(2) makedonskog ZOO). Ako se dospelost ne može opredeliti pomoću ovih pravila, onda se primenjuju pravila preuzeta iz Direktive 2000/35/EZ, koja su implementirana u čl. 266(3) makedonskog ZOO. Specifičnost je domaćeg prava da makedonski ZOO uređuje i visinu stope kaznene kamate. Pri tom, po ugledu na Direktivu 2000/35/EZ, makedonski ZOO pravi razliku između tzv. zakonske kaznene kamate i tzv. ugovorne kaznene kamate. Osnov opredeljivanja svake od ovih stopa je tzv. referentna stopa, a to je kamatna stopa osnovnog instrumenta operacija na otvorenom tržištu, koju objavljuje Narodna banka Republike Makedonije svakog drugog januara i svakog prvog jula. Narodna banka objavljuje referentnu stopu za tekuće polugodište, odnosno do kraja tekućeg polugodišta, i to na svojoj veb strani (čl. 266-a(6) makedonskog ZOO). Kada je reč o stopi zakonske kaznene kamate, ona se opredeljuje za svako tekuće polugodište dok je dužnik u zakašnjenju, i to uvećanjem referentne kamatne stope koja je važila poslednjeg dana prethodnog polugodišta za određeni broj procentnih poena. U trgovačkim ugovorima i u ugovorima između trgovaca i lica javnog prava, ova se referentna stopa uvećava za deset procentnih poena, a u ugovorima u kojima bar jedno lice nije trgovac, referentna stopa se uvećava za osam procentnih poena (čl. 266-a(1) makedonskog ZOO). Ovako opredeljena stopa zakonske kaznene kamate važi za svako polugodište dok je dužnik u docnji. Mora se napomenuti da ova pravila važe jedino kada je novčana obaveza izražena u domaćoj valuti. Pravilo je slično i kada je novčana obaveza izražena ili opredeljena u stranoj valuti, mada se u ovim situacijama kao referentna stopa smatra jednomesečna stopa EURIBOR-a, za evro, koja je važila poslednjeg dana prethodnog polugodišta (čl. 266-a(2) makedonskog ZOO). Ova se pravila primenjuju na tzv. zakonsku kaznenu kamatu. Dozvoljeno je ugovaranje i tzv. ugovorne kaznene kamate, ali samo u trgovačkim ugovorima i ugovorima između trgovaca i lica javnog prava. Kao lica javnog prava se smatraju lica koja su obavezna da postupaju po pravilima o javnim nabavkama, izuzev trgovaca (čl. 266-a(7) makedonskog ZOO). Stopa ugovorne kaznene kamate, međutim, ne može biti veća od za pedeset procenata uvećane stope zakonske kaznene kamate, koja je važila na dan zaključenja ugovora (čl. 266-a(3) makedonskog ZOO), zavisno od valute obaveze. Sud je ovlašćen, na zahtev druge stranke, da potpuno ili delimično oglasi za ništavu ugovornu odredbu o stopi ugovorne kaznene kamate, pod uslovima iz čl. 266-a(4) i (5) makedonskog ZOO. Sva ova pravila se odnose na zakašnjenje isplate novčane obaveze koja proizlazi iz ugovora. Što se tiče ostalih vrsta obligacija, važi stopa zakonske kaznene kamate koja se primenjuje za ugovore u kojima barem jedno lice nije trgovac, za odgovarajuću valutu (čl. 266-b makedonskog ZOO).

U pravu **Republike Srbije**, u situaciji povrede obaveze iz ugovora o prodaji (regulisanog Zakonom o obligacionim odnosima RS) pitanje zatezne kamate postavlja se u dva slučaja. Prvi slučaj je

pravo na zateznu kamatu na dospelo potraživanje prodavca prema kupcu zbog neplaćanja cene (ili nepotpune isplate cene), kao i na druga novčana potraživanja prodavca prema kupcu. Drugi slučaj predstavlja pravo kupca na zateznu kamatu u slučaju vraćanja cene usled raskida ugovora o prodaji. Osnovna obaveza kupca iz ugovora o prodaji jeste isplata cene u vreme i na mestu određenom u ugovoru, pod uslovom da su stranke isto ugovorile (čl. 516 srpskog ZOO). Kako cena mora biti izražena u novcu (bar pretežno, ako ne u celosti), obaveza kupca spada u novčane obligacije. Ugovor o prodaji je tipičan dvostrani ugovor, što znači da i kupca i prodavca stavlja u položaj i poverioca i dužnika. Ukoliko kupac ne isplati cenu o dospelosti, pada u docnju, i to dužničku, a kako je u pitanju povreda novčane obligacije, primenjuju se pravila o zateznoj kamati, čije postojanje je uslovljeno specifičnošću novca kao stvari. U srpskom pravu dužnička docnja regulisana je čl. 324 srpskog ZOO-a, koji propisuje da dužnik dolazi u docnju kada ne ispunji obavezu u roku određenom za ispunjenje, odnosno, ukoliko rok nije određen dužnik dolazi u docnju kada ga poverilac pozove da ispunji obavezu, usmeno ili pismeno, vansudskom opomenom ili započinjanjem nekog postupka čija je svrha da se postigne ispunjenje obaveze. Citirani član posmatraćemo u vezi sa čl. 277 istog zakona, kojim je propisano da dužnik (u ovom slučaju kupac) koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duguje pored glavnice i zateznu kamatu. Dakle, kada kupac iz ugovora o prodaji ne ispunji svoju obavezu o dospelosti, poverilac uvek ima pravo na zateznu kamatu, bez obzira na to da li je kupac odgovoran za zakašnjenje. Poverilac nije dužan da dokaže da je pretrpeo štetu u visini zatezne kamate. S druge strane, dužnik ne može dokazivati da zbog njegove docnje nije nastupila šteta za poverioca, kao što ne može dokazivati da je šteta nastupila, ali u obimu manjem od iznosa zatezne kamate. Logika za navedena pravila je jednostavna. Da je kupac isplatio cenu na vreme, prodavac je primljeni novac mogao staviti u depozit. Otuda, bez obzira na razlog pada u docnju kupca i njegovu eventualnu odgovornost ili neodgovornost za isto, prodavac trpi štetu u visini zatezne kamate, a sve ovo zbog specifičnosti novca kao stvari koja se može "dati pod interes". Odnosom zatezne kamate i naknade štete bavićemo se prilikom davanja odgovora na druga pitanja.

U slučaju raskida ugovora o prodaji, postavlja se pitanje prava kupca na povraćaj cene, ukoliko je kupac izvršio svoju obavezu iz ugovora. Ukoliko nije, raskid obe strane oslobađa svih obaveza iz ugovora. Raskid ugovora jedan je od načina prestanka ugovora. Kako raskidom nestaje pravni osnov po kojem je prodavac primio određenu sumu novca na ime cene, postavlja se pitanje restitucije kao posledice raskida ugovora. Kupac ima pravo da zahteva povraćaj cene, ali i iznos kamate, i to počev od dana kada je cena isplaćena prodavcu. Razlog za ovo jeste retroaktivnost dejstva raskida, odnosno, isto je predviđeno čl. 132 st. 5 srpskog ZOO, koji propisuje da je strana (u ovom slučaju prodavac) koja vraća novac dužna platiti zateznu kamatu od dana kada je isplatu primila. Ratio ovog pravila isti je u svim slučajevima novčanih obligacija, odnosno nalazi se na polju specifičnosti novca, njegove unutrašnje vrednosti koja se može menjati, a u konkretnom slučaju i nemogućnosti upotrebe novca od strane kupca, a za vreme dok se isti nalazio kod prodavca. U slučaju raskida ugovora, kupac bi imao pravo i na povraćaj avansa koji je eventualno dao prodavcu. Ovo svakako uz pravo na kamatu na iznos avansa, i to od momenta uplate istog (presuda Višeg privrednog suda Srbije, Pz. 3034/91 od 15. 5. 1991.). U poslednjem slučaju kamata se plaća kao naknada za korišćenje novca od strane prodavca.

U srpskom pravu odredbe o zateznoj kamati nalaze se u Zakonu o obligacionim odnosima i Zakonu o visini stope zatezne kamate. Srpski ZOO, kao što smo naveli u odgovoru na prethodno pitanje, propisuje pravo poverioca na zateznu kamatu u slučaju docnje dužnika sa isplatom novčanog iznosa, a drugi utvrđuje visinu stope zatezne kamate i način njenog obračuna. Naime, prema čl. 277 st. 1 srpskog ZOO-a, dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duguje pored glavnice i zateznu kamatu po stopi utvrđenoj zakonom. Ako je stopa ugovorene kamate viša od stope zatezne kamate, ona teče i posle dužnikove docnje, i obrnuto, ukoliko je stopa ugovorene kamate niža od

stope zatezne, posle docnje teče samo zatezna, ali nikada obe zajedno (čl. 277, st. 2 srpskog ZOO). Obaveza dužnika koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze na isplatu zakonske kamate, i to na iznos duga do dana isplate, predviđena je i čl. 1 Zakona o visini stope zatezne kamate. Čl. 2 istog Zakona predviđeno je da se stopa zatezne kamate sastoji od mesečne stope rasta potrošačkih cena i fiksne stope od 0,5 % mesečno. Obračun zatezne kamate vrši se tako što se fiksna mesečna stopa od 0,5% množi iznosom glavnog duga uvećanog za kamatu po mesečnoj stopi rasta potrošačkih cena primenom konformne metode, koja podrazumeva pripis mesečno obračunate kamate glavnom dugu i obračun nove kamate na iznos tako utvrđene glavnice (cl. 3 st. 1 Zakona). Čl. 3 st. 2 istog zakona propisano je da ukoliko za neki mesec nije poznata stopa rasta potrošačkih cena, primenjuje se poslednja objavljena mesečna stopa rasta potrošačkih cena, odnosno, st. 3 propisano je da za mesec za koji je stopa rasta potrošačkih cena jednaka nuli ili je negativna, mesečna stopa zatezne kamate jednaka je fiksnoj stopi od 0,5%. Podatke o mesečnim stopama rasta potrošačkih cena u Republici Srbiji objavljuje na svojoj internet stranici Republički zavod za statistiku. Inače, zatezna kamata se obračunava počevši od prvog dana po proteku ugovorenog, odnosno zakonom određenog roka za plaćanje, a prestaje teći istekom dana u kojem je izvršeno plaćanje. Ukoliko nije bilo ugovoreno kada dospeva dužnikova obaveza, zatezna kamata teče od poveriočevog poziva dužniku da plati dug, odnosno od dana podnošenja tužbe sudu, jer je od tog trenutka dužnik u docnji.

Zakon o visini stope zatezne kamate donet je 2001. godine, a izmene i dopune usledile su 2011. godine. Danom stupanja na snagu ovog zakona prestao je da vazi Zakon o visini stope zatezne kamate od 1993. godine. Novi zakon, za razliku od starog, ne predviđa posebnu odredbu o stopi zatezne kamate na potraživanja u stranoj valuti između domaćih i stranih lica, odnosno moglo bi se reći da u srpskom pravu postoji pravna praznina, koju sudska praksa nije uspela u potpunosti da popuni. Postoje stavovi da bi se od odgovarajuće kamatne stope na potraživanja u stranoj valuti moglo doći sabiranjem referentne kamatne stope u zemlji valute u kojoj je dug izražen sa fiksnom stopom od 6% (godišnja kamatna stopa po ranijem Zakonu) godišnje, te na taj način doći do odgovarajućeg procenta kamate na godišnjem nivou.

Zakonodavstvo Republike Srbije nije usklađeno sa Direktivom 2000/35 Evropske zajednice.

4. *Da li oštećena strana ima pravo da traži nadoknadu za gubitak pored prava na kamatu, ili su ova dva prava isključena? U slučaju kumulativnih prava, da li plaćanje kamata utiče na određivanje iznosa nadoknade za gubitak i na koji način?*

U **pravnom sistemu Republike Albanije**, član 450. GZ-a utvrđuje da kada poverilac dokaže da je pretrpeo štetu veću od pravnog interesa, dužnik je obavezan da mu plati drugi deo štete. U tom smislu možemo reći da su oba prava uključena, a ne isključena. Takođe, može se reći da plaćanje kamata utiče na utvrđivanje iznosa odštete za gubitke. U stavu 2 člana 450. GZ-a navodi se da se na kraju svake godine dospеле kamate sabiraju sa iznosom obaveze na osnovu koje je i napravljen obračun. To znači da se iznos obaveze povećava svake godine zbog primene pravnog interesa. Taj se iznos dodaje na iznos koji se dobije sabiranjem ukupnog iznosa obaveze i iznosa novca na osnovu obračunatih kamata na kraju svake godine. Tako da će naredne godine iznos koji odgovara obavezama i na koji se primenjuje pravni interes biti veći nego onaj izračunat za prethodnu godinu.

U **Bosni i Hercegovini (Republici Srpskoj)**, poverilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpeo kakvu štetu zbog dužnikove docnje (čl. 278/1). Dakle, radi se o pretpostavljenoj šteti koju poverilac ne dokazuje i dovoljno je da se dokaže samo docnja dužnika novčane obaveze. Ukoliko je poverilac usled docnje dužnika pretrpeo veću štetu nego što bi dobio na ime zatezne kamate, ima pravo zahtevati razliku do potpune naknade štete (čl. 278/2 ZOO-a). U ovom slučaju poverilac mora i dokazati da je tu veću štetu pretrpeo.

U **Bosni i Hercegovini (Federaciji BiH, Distriktu Brčko)**, poverilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpeo kakvu štetu zbog dužnikove docnje (čl. 278/1). Dakle, radi se o pretpostavljenoj šteti koju poverilac ne dokazuje i dovoljno je da se dokaže samo docnja dužnika novčane obaveze. Ukoliko je poverilac usled docnje dužnika pretrpeo veću štetu nego što bi dobio na ime zatezne kamate, ima pravo zahtevati razliku do potpune naknade štete (čl. 278/2 ZOO-a). U ovom slučaju poverilac mora i dokazati da je tu veću štetu pretrpeo.

Po **pravnom sistemu Crne Gore**, pravo na zateznu kamatu je samostalno pravo poverioca. Poverilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpeo kakvu štetu zbog dužnikove docnje (čl. 285 st. 1 crnogorskog ZOO). Ako je šteta koju je poverilac pretrpeo zbog dužnikovog zadocnjenja veća od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate, on ima pravo da zahteva razliku do potpune naknade štete (čl. 285 st. 2). Kada je u pitanju šteta koja je veća od iznosa zatezne kamate, poverilac mora po opštim pravilima tu štetu dokazati, da bi imao pravo da zahteva razliku do potpune naknade.

U **Republici Hrvatskoj**, oštećena strana u pravilu može zahtevati kamatu i naknadu štete kao dva kumulativna prava. Verovnik ima pravo na zatezne kamate bez obzira na to da li je pretrpeo kakvu štetu zbog dužnikova zakašnjenja. Ako je šteta koju je verovnik pretrpeo zbog dužnikova zakašnjenja veća od iznosa koji bi dobio na ime zatezanih kamata, on ima pravo zahtevati razliku do potpune naknade štete (čl. 30. hrvatskog ZOO). Razlog ovakvoj pravnoj regulaciji proizlazi iz same prirode tih prava. Kamata je naknada koju neko plaća zato što se kroz neko vreme koristio tuđim novcem, a naknada štete kao što joj samo ime kaže ima kao cilj nadoknaditi imovinsku ili neimovinsku štetu koja je nastala zbog povrede ugovora. Stajalište da zatezne kamate nisu naknada štete jasno je izrekao Vrhovni sud RH. U tom smislu ova dva prava ne utiču jedno na drugo posebno u određivanju iznosa naknade štete. Nadoknađuje se šteta koja je zaista nastala prema pravilima i kriterijima za naknadu štete koji su opisani u prethodnim odgovorima. Za razliku od toga kamate se plaćaju čak i ako nije nastupila nikakva šteta. Čak nije niti dozvoljen protudokaz da je verovnik pretrpeo manju štetu od one koja je propisana kogentnim odredbama o visini stope zatezanih kamata.

U **makedonskom pravnom sistemu**, načelno, kaznena kamata ima ne samo odštetnu, nego i preventivnu i kaznenu funkciju. Drugim rečima, poverilac ima pravo na kaznenu kamatu i ako je njegova realna šteta manja od iznosa kaznene kamate ili pak uopšte nije pretrpeo štetu (čl. 267(1) makedonskog ZOO). Ali ukoliko poverilac dokaže da je njegova realna šteta veća od iznosa koji mu pripada na osnovu kaznene kamate, onda on ima pravo na potpunu naknadu štete. Naime, kako je to predviđeno u čl. 267(2) makedonskog ZOO, ako je šteta koju je poverilac pretrpeo zbog dužnikovog zadocnjenja veća od iznosa koji bi dobio na ime kaznene kamate, on ima pravo zahtevati razliku do potpune naknade štete.

U pravu **Republike Srbije**, čl. 278 st. 1 srpskog ZOO-a koji propisuje da poverilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpeo kakvu štetu zbog dužnikove docnje. St. 2 istog člana propisuje da u slučaju da je šteta koju je poverilac pretrpeo zbog dužnikovog zadocnjenja veća od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate, on ima pravo zahtevati razliku do potpune naknade štete. Ovaj stav upravo predstavlja odgovor na pitanje da li su pravo na naknadu štete i pravo na kamatu prava koja se mogu ostvarivati nezavisno jedno od drugog ili ostvarivanje jednog isključuje ostvarivanje drugog. Nesumnjivo je da se srpsko pravo opredeljuje za prvu varijantu, odnosno poverilac može u konkretnom slučaju ostvariti i pravo na zateznu kamatu i pravo na naknadu štete (ovo drugo samo u visini razlike do potpune naknade štete). Dakle, poverilac uvek ima pravo na zateznu kamatu, i to od trenutka pada dužnika u docnju do isteka dana kada je izvršeno plaćanje i kao što smo već istakli, bez obzira na to da li je odgovoran za zakašnjenje sa plaćanjem. Odvojeno od toga posmatramo pitanje eventualne štete koja je prouzrokovana poveriocu dužnikovim zadocnjenjem. Prvo, postavlja se pitanje da li je poverilac pretrpeo štetu, i to onu prouzrokovanu docnjom dužnika?

Ukoliko jeste, dužnik će biti obavezan da poveriocu naknadi štetu, ali samo ukoliko je odgovoran za zakašnjenje sa plaćanjem duga. Svakako otežavajuća okolnost za dužnika jeste ta što se njegova odgovornost pretpostavlja, a ne dokazuje! Može se dokazivati samo suprotno tj. da dužnik nije odgovoran za zadocnjenje i tada teret dokazivanja pada na dužnika. Kako se dužnik oslobađa odgovornosti za štetu? Prvo, iz čl. 278 st. 2 proizlazi obaveza dužnika na naknadu štete prouzrokovane poveriocu zbog zadocnjenja. Ovaj član možemo dovesti u vezu sa čl. 262 st. 2 koji isto propisuje obavezu dužnika na naknadu štete poveriocu nastalu usled neispunjenja ili zadocnjenja u ispunjenju obaveze. Sledeći član – čl. 263 daje odgovor na postavljeno pitanje, odnosno, dužnik se oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaze da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći (naime, dužnik se oslobađa odgovornosti usled postojanja okolnosti koje isključuju odgovornost bez obzira na krivicu). Mogao bi se dakle izvesti sledeći zaključak: ukoliko dužnik nije odgovoran za zadocnjenje u ispunjenju obaveze, poverilac ima pravo samo na zateznu kamatu, u suprotnom ima pravo i na zateznu kamatu i na razliku do pune visine štete, ukoliko je naravno iznos pretrpljene štete veći od iznosa zatezne kamate, što se naravno mora dokazati, a teret dokazivanja postojanja štete, kao i visine pretrpljene štete svakako je na poveriocu. Dakle, poverilac zahteva zateznu kamatu i dokazuje da je pretrpeo štetu koju zatezna kamata ne pokriva u potpunosti, a dokaže li isto, sud mu dosuđuje i zateznu kamatu i razliku između zatezne kamate i dokazane štete.

Postoji dakle pretpostavka odgovornosti dužnika za zakašnjenje, ali čak i ukoliko dužnik ne dokaže postojanje okolnosti koje isključuju njegovu odgovornost, položaj poverioca nije nimalo lak. Upravo je poverilac taj koji mora dokazati da postoji šteta i da je ista nastala kao posledica zakašnjenja dužnika sa plaćanjem. U pogledu visine pretrpljene štete, teret dokazivanja je i dalje na poveriocu. Šteta nastala kao posledica neisplate u roku može nekada predstavljati izmaklu korist za poverioca odnosno dobit koju bi poverilac sigurno ostvario da je dužnik platio u roku (što poverilac mora dokazati). U drugim slučajevima pretrpljena šteta je stvarna šteta. Kada poverilac dokaže da je pretrpeo štetu i kada se utvrdi visina štete, od visine pretrpljene štete mora biti odbijena zatezna kamata! Poverilac dakle, ima pravo da zahteva samo razliku između zatezne kamate i pretrpljene štete, odnosno biće mu isplaćena samo razlika do potpune naknade štete. Druga mogućnost jeste da poverilac samo zahteva pun iznos naknade dokazane štete, bez obračuna i naplate zatezne kamate!

Moglo bi se reći da čl. 278 st. 2 srpskog ZOO-a predstavlja pravilo srpskog prava – zatezna kamata odbija se od iznosa pretrpljene štete. I pored toga, navedeno pravilo ne bi trebalo primenjivati uvek i doslovno, bez uzimanja u obzir okolnosti svakog konkretnog slučaja. Situacija koja svakako dovodi u pitanje doslednu primenu ovog člana, jeste prodaja radi pokrića. Naime, kupac nije isplatio cenu u roku, pao je u docnju, počela je teći zatezna kamata. S druge strane, prodavac mu stvar nije predao, čekao je isplatu cene, da bi na kraju raskinuo ugovor, stvar prodao drugom licu, ali po ceni nižoj od one ugovorene sa prvim kupcem – pretrpeo je dakle štetu! Ko je dužnik naknade? Prvi kupac! Kako je naplatio cenu od drugog kupca, prestala je teći zatezna kamata zbog docnje, koja je teretila prvog kupca, ali nastala je obaveza na naknadu štete i sada teče zatezna kamata na iznos koji predstavlja razliku u cenama (tj. štetu). Ovaj primer ukazuje na složenost pojedinih slučajeva, te nemogućnost rešavanja istih primenom jednostavnog pravila sadržanog u čl. 278 – odbiti zateznu kamatu od pretrpljene štete!

III. Rezime

Što se tiče **prve grupe pitanja**, u pravnom sistemu Republike Albanije postoji odgovornost ugovornih strana zbog povrede ugovora o prodaji. Pri tom, naknada štete nije jedini pravni lek koji se može izjaviti, imajući u vidu da se može tražiti i ispunjenje, pravilno ispunjenje, umanjenje cene i

raskid ugovora, kao što se može zahtevati i isplata kamata, kada je reč o novčanoj obligaciji. Što se tiče pravnih sistema Bosne i Hercegovine (Republike Srpske, Federacije BiH i Distrikta Brčko), države Crne Gore, Republike Hrvatske, Republike Makedonije i Republike Srbije, načelno je prihvaćeno da kršenje ugovora nastaje u slučajevima neispunjenja (potpunog ili delimičnog), u slučajevima nepravilnog ispunjenja (ispunjenja sa materijalnim i pravnim manama), kako i u slučajevima docnje. Naknada štete je jedan od raspoloživih pravnih lekova, dok se može zahtevati i ispunjenje, uredno ispunjenje, umanjenje cene i raskid ugovora. Takođe, može se zahtevati i naknada tzv. apstraktne štete, kao i naknada štete zbog prodaje ili kupovine radi pokrića.

Što se tiče **druge grupe pitanja**, u pravnom sistemu Republike Albanije prihvaćeno je da poverilac ima pravo na naknadu materijalne štete, načelno u obliku obične štete i izgubljene dobiti. U pogledu naknade nematerijalne štete zbog kršenja ugovorne obaveze, ne postoji eksplicitno rešenje. Što se tiče pravnih sistema Bosne i Hercegovine (Republike Srpske, Federacije BiH i Distrikta Brčko), države Crne Gore, Republike Hrvatske, Republike Makedonije i Republike Srbije, načelno je prihvaćeno da se kod povrede prodajnog ugovora nadoknađuju i obična šteta i izgubljena dobit, kao oblici materijalne štete. Pri tome, u pravilu se nadoknađuje jedino predvidljiva šteta, osim u nekim posebnim situacijama. U pravnim sistemima Bosne i Hercegovine (Republike Srpske, Federacije BiH i Distrikta Brčko), države Crne Gore i Republike Srbije ne postoje izričita zakonska rešenja o nadoknadi nematerijalne štete, dok pravni sistemi Republike Hrvatske i Republike Makedonije priznaju i pravo na naknadu i ove štete.

Što se tiče **treće grupe pitanja**, u pravnom sistemu Republike Albanije postoje odredbe o obavezi plaćanja kaznene kamate zbog zadocnjenja sa isplatom novčane obaveze. Građanski zakonik je samo načelno usaglašen sa odredbama Direktive 2000/35/EZ, ali ne kao potpuna implementacija direktive nego kao načelno pravilo o isplati kaznenih kamata. Što se tiče pravnih sistema Bosne i Hercegovine (Republike Srpske, Federacije BiH i Distrikta Brčko), države Crne Gore, Republike Hrvatske, Republike Makedonije i Republike Srbije, načelno je prihvaćeno da docnja isplate novčane obligacije daje poveriocu pravo na isplatu kamate, po stopi koja se određuje zakonom. U pogledu opredeljenja stope kaznene kamate, pravni sistemi države Crne Gore, Republike Hrvatske i Republike Makedonije prihvataju sistem Direktive 2000/35/EZ, dok je u Republici Hrvatskoj kao referentna uzeta eskontna stopa. Direktiva 2000/35/EZ nije implementirana u pravo Bosne i Hercegovine (Republike Srpske, Federacije BiH i Distrikta Brčko) i u pravo Republike Srbije.

Bitno je naglasiti i da je u Republici Hrvatskoj 2011. godine donesen novi Zakon o rokovima ispunjenja novčanih obaveza, sa stupanjem na snagu od 1. 1. 2012. godine. Ovaj zakon posledica je usklađivanja hrvatskog pravnog sistema sa Direktivom 2011/7/EU o borbi protiv kašnjenja u plaćanju u trgovačkim transakcijama. Direktiva 2011/7/EU usvojena je radi još efikasnije borbe sa zakašnjenjem u ispunjavanju novčanih obaveza u trgovačkim transakcijama. Krajnji rok za njezinu implementaciju u nacionalna prava država članica EU je 16. 3. 2013. nakon čega će u potpunosti nadomestiti Direktivu 2000/35/EZ.

Što se tiče četvrtе grupe pitanja, u pravnom sistemu Republike Albanije prihvaćeno je da se šteta pokriva isplatom kamate, ali se može tražiti i veća šteta. Što se tiče pravnih sistema Bosne i Hercegovine (Republike Srpske, Federacije BiH i Distrikta Brčko), države Crne Gore, Republike Hrvatske, Republike Makedonije i Republike Srbije, načelno je pravilo da je pravo na kamatu samostalno pravo poverioca. Ukoliko je šteta veća od kamate, poverilac ima pravo na tzv. potpunu naknadu.

V
ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA

FINALNA KOMPARATIVNA ANALIZA ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA

1. Trenutni status u okviru nacionalnog zakonodavstva u odnosu na transpoziciju Direktive o elektronskoj trgovini 2000/31/EC, Direktive o pravnom okviru Zajednice za elektronske potpise 1999/93/EC i Direktive 97/7/EC o prodaji na daljinu;

Opšte zabeleške

U državama referentima postoje različiti zakoni za transponiranje gorenavedenih EU Direktiva.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
<p>1) Zakon br. 10128, od 11.05.2009, "o elektronskoj trgovini"</p> <p>2) Zakon br. 9880, od 25.2.2008 "o elektronskom potpisu"</p> <p>3) Zakon br. 9902, od 17.04.2008 "o zaštiti potrošača", izmenjen i dopunjen Zakonom br. 10444, od 14.07.2011</p> <p>4) Odluka Save-ta Ministara, br. 64, od 21.1.2009 "o ugovorima na daljinu"</p>	<p>A) Državni nivo</p> <p>1) Zakon o elektronskom potpisu (Službene novine br. 91/06</p> <p>2) Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu (Službene novine br. 88/07)</p> <p>3) Zakon za zaštitu potrošača (Službene novine br. 25/06</p> <p>4) Odluka o osnovi korišćenja elektronskog potpisa i davanja usluga za certifikaciju (Službene novine br. 21/09)</p> <p>B) Nivo entiteta – U Federaciji Bosne i Hercegovine primenjeni zakoni su prethodno navedeni državni zakoni - Republika Srpska (RS)</p> <p>1) Zakon o elektronskom potpisu (Službene novine RS br. 59/08)</p> <p>2) Zakon o elektronskim dokumentima (Službene novine RS br. 110/08)</p> <p>3) Zakon o elektronskoj delatnosti (Službene novine RS br. 59/09)</p> <p>4) Postoji veliki broj podzakonskih akata kojim se reguliše e-trgovina - Brčko District (BD)</p> <p>1) Zakon o elektronskom potpisu (Službene novine BD br. 39/10, 61/10, 14/11)¹</p> <p>2) Zakon o elektronskom dokumentu (Službene novine BD br. 39/10)²</p>	<p>1) Zakon o elektronskoj trgovini (Službene novine br. 173/03, 67/08, 36/09 i 130/11)</p> <p>2) Zakon o elektronskom potpisu (Službene novine br. 10/02 i 80/08)</p> <p>3) Zakon o elektronskom dokumentu (Službene novine br. 150/05)³</p> <p>4) Zakon o zaštiti potrošača (Službene novine br. 79/07, 125/07, 79/09 i 89/09)</p>	<p>1) Zakon o elektronskoj trgovini (Službene novine br. 133/2007 i 17/2011)</p> <p>2) Zakon o elektronskim podacima i elektronskom potpisu (Službene novine br. 34/2001, 6/2002 i 98/2008</p> <p>3) Zakon o zaštiti potrošača (Službene novine br. 38/2004, 77/2007, 103/2008 i 24/2011)</p>	<p>1) Zakon o elektronskoj trgovini (Službene novine br. 80/2004, i 41/2010)</p> <p>2) Zakon o elektronskom potpisu (Službene novine br. 55/03, 31/05 i 41/2010)</p> <p>3) Zakon o zaštiti potrošača (Službene novine br. 26/07)</p>	<p>1) Zakon o elektronskoj trgovini ("Službene novine Republike Srbije", br. 41/2009)</p> <p>2) Zakon o elektronskom potpisu ("Službene novine Republike Srbije", br. 135/2004)</p> <p>3) Zakon o zaštiti potrošača ("Službene novine Republike Srbije", br. 73/2010).</p> <p>4) Zakon o elektronskom dokumentu ("Službene novine Republike Srbije", br. 51/2009).</p>

¹ Ovaj Zakon će se primenjivati od 01.01.2012. godine

² Ovaj Zakon će se primenjivati od 01.01.2012. godine

³ Ovaj Zakon nije povezan sa navedenim direktivama EU, ali je deo pravnog okvira koji pokriva e-ugovore

2. Da li je napravljena referenca u odnosu na Model zakona o elektronskoj trgovini UNCITRAL-a iz 1996. godine?

Opšte zabeleške

U pravima država referenata, u oblasti e-trgovine ne postoje direktne reference na Model zakona o elektronskoj trgovini UNCITRAL-a iz 1996. godine, ali odredbe Zakona o e-trgovini u relevantnim državama su urađene u duhu ovog modela, indirektno, prateći i transponujući relevantne EU Direktive.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
Vidi opšte zabeleške	Vidi opšte zabeleške	Vidi opšte zabeleške	Vidi opšte zabeleške	Vidi opšte zabeleške	Vidi opšte zabeleške

3. Postoje li neki posebni nacionalni zakoni i implementirajuće (izvršne) uredbe o ugovorima koji su usvojeni u državama JIE?

Opšte zabeleške

Pravni okvir e-trgovine i e-ugovaranja u referentnim državama je uključen u zakonima (pomenutim gore u odgovoru na pitanje broj 1), propisima i ostalim zakonodavstvom za implementaciju koje pokriva konkretne oblasti. Crna Gora je isključak ovome. Uobičajeno implementirajuće zakonodavstvo pokriva pitanja povezana za izdavanje kvalifikovanih elektronskih certifikata, zarada od formiranja kvalifikovanih davatelja usluga za certifikaciju, registar davatelja usluga za certifikaciju ovlašćenih da izdaju elektronske certifikate itd. Ovo implementirajuće zakonodavstvo je u obliku odluka, preporuka i pravilnika.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
				Ne postoji zakonodavstvo tog tipa u Crnoj Gori	

4. Definicija e- ugovora u nacionalnom pravu

Opšte zabeleške

Zakoni Albanije, Hrvatske, Makedonije, Crne Gore, Republike Srpske i Srbije sadrže definicije e-ugovora, ali zakon Bosne i Hercegovine ne definiše e-ugovor. Prema nacionalnom zakonodavstvu *ugovor u elektronskoj formi* je ugovor kojeg pravne i fizičke osobe u cijelosti ili djelimično sklapaju, šalju, primaju, raskidaju, otkazuju, pristupaju i prikazuju elektroničkim putem koristeći elektronička, optička ili slična sredstva, uključujući, ali ne ograničavajući se na prijenos Internetom.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
<ul style="list-style-type: none"> - Shodno članu 11 Zakona o elektronskoj trgovini", ugovori zaključeni elektronskim sredstvima se smatraju elektronskim ugovorima. - elektronska sredstva uključuju svu elektronsku opremu za obradu (uključujući i digitalnu kompresiju) i čuvanje podataka na koji način se usluga daje od tačke porekla do krajnjeg odredišta, putem elektronske opreme - Zabeleška: kada se definiše ugovor (elektronski ili ne) neophodno je uputiti na definiciju sadržanu u Građanskom zakonu. 	<ul style="list-style-type: none"> - Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu definiše elektronsku poruku i elektronske podatke, ali nema definicije e-ugovora - In Republika Srpska isto kao gorenavedena definicija 	isto kao gorenavedena definicija u opštim zabeleškama	<ul style="list-style-type: none"> - isto kao gorenavedena definicija - Zakon o zaštiti potrošača definiše pojam ugovora zaključenih na daljinu - Zakon o obveznim odnosima definiše pojam ugovor između odsutnih osoba, a Zakon o trgovini definiše pojam ugovori na daljinu zaključeni među osobama na različitom mestu. Zakon o finansijskim uslugama na daljinu koristi termin ugovor na daljinu. 	isto kao gorenavedena definicija u opštim zabeleškama	vrlo slično gorenavedenoj definiciji u opštim zabeleškama

5. Koliko je koraka potrebno da bi jedan izvršiv e- ugovor bio zaključen?

Opšte zabeleške

Uobičajeno za zaključivanje ugovora potrebno je tri do četiri koraka. Imeno prvi je informativan, gde se ugovorne strane (poslovni partneri) međusobno informišu o ceni roba ili usluga koje su subjekt buduće ponude na on-line tržištu. Drugi korak je kada se, na osnovu dobijenih informacija, daje ponuda za robe ili usluge, cene, uslove plaćanja, pitanja isporuke i drugi ugovorni uslovi i obaveze. Treći korak se sastoji od sastavljanja ugovora. Osobito u ovom koraku ima pregovora oko detalja budućeg ugovora. I, na kraju, četvrti korak je trenutak zaključivanja ugovora (nalog za kupovinu) i obaveze sa ciljem realizacije.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
Zaključenje elektronskih ugovora se realizira određenim koracima koji su temeljito regulisani u Zakonu o elektronskoj trgovini	U Bosni i Hercegovini su potrebna četiri koraka za zaključivanje e-ugovora.	Ne postoji jedan jedinstven odgovor na ovo pitanja, niti postoji zakon koji određuje broj koraka potrebnih za zaključivanje e-ugovora.	U Makedoniji postoji razlika između B2B i B2C ugovore. Za B2B ugovore, potrebno je četiri koraka, a za B2C potrebna su tri koraka.	Za B2C ugovore u Crnoj Gori uobičajeno su potrebna tri koraka	Primenjuje se tradicionalni način zaključivanja (ponuda, prihvatanje).

6. Trenutak u kojem se smatra da je e-ugovor zaključen

Opšte zabeleške

Trenutak kada se e-ugovor smatra zaključenim je trenutak kada ponuđač dobije e-poruku koja sadrži izjavu ponuđenog u pogledu njegovog-njenog prihvatanja sadržine ugovora. Ponuda i prihvatanje se smatraju dobijenim u trenutku kada je sadržina poruke dostupna stranama kojima je upućena. Zakon ne pojašnjava šta se podrazumeva ppođ *sposobni da pristupe izjavi/dostupne stranama*.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Shodno Zakonu o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, e-ugovor se zaključava kada se izjava koja izražava volju za zaključivanje e-ugovora dobije od primalaca pod redovnim okolnostima.	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški

7. Pravna forma (formalnost) na osnovu koje se e-ugovor smatra važećim

Opšte zabeleške

E-ugovori su podjednako važeći kao tradicionalni pisani ugovori. Validnost e-ugovora neće biti osporena samo na osnovi toga što je zaključen u elektronskoj formi. Međutim, mogu postojati posebni formalni zahtevi za B2C e-ugovore.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški

8. Da li se ugovorima koji se zaključuju elektronskim putem (“on line”) daje jednak pravni status kao ugovorima “na papiru” (“off-line”)?

Opšte zabeleške

Da, postoji jednakost e-ugovora sa papirnatim („off-line“) ugovorom. Nacionalni zakoni referentnih država daju elektronskom dokumentu potpisanom sa strane ugovornih strana jedanki status kao dokumentu na papiru.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški

9. Da li postoje neki različiti specifični aspekti e- ugovora u odnosu na nacionalno ugovorno pravo kada se radi o sastavljanju ugovora (ponuda, prihvatanje, potvrđivanje, da li e- marketing (e-oglašavanje) predstavlja ponudu roba ili poziv na povlašćen tretman, e-ugovori ili opći uslovi, i sl.)?

Opšte zabeleške

Nacionalni zakoni referentnih država zahtevaju od elektronskih ugovora da ispune iste osnovne uslove i obaveze za važnost i oblik ugovora kao i offline ugovori. Prema tome, isti zakoni iz Zakona o obveznim odnosima (Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Makedonija, Crna Gora i Srbija) ili Građanskog zakona (Albanija) o opštim uslovima i obavezama, predlogu, ponudi i prihvatanju trebaju regulisati i e-ugovore. Očigledno je da nema značajnih različitih aspekata (*differentia specifica*) u pogledu e-ugovora sve dok se oni smatraju ekvivalentnim u statusu sa tradicionalnim offline ugovorima, iako se mogu naći neki specifični aspekti, koji nastaju od prirode e-komunikacija. Nema dileme da se te pravne kategorije trebaju tumačiti uzimajući u obzir određene specifikke e-transakcija. Glavna razlika je e-marketing koji se smatra jednom od faza u zaključenju ugovora, tako da reklamiranjem kupac ostvaruje prvi kontakt sa proizvođačem i trgovcem, što možda nije evidentno u tradicionalnim ugovorima. Isto tako, zakonodavstvo za zaštitu potrošača se primenjuje na komercijalne komunikacije e-trgovine.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški

10. Ugovori i transakcije koji su isključeni iz primjene zakonodavstva o e-ugovaranju

Opšte zabeleške

Određeni ugovori i transakcije u svim referentnim državama, zbog njihove specifične pravne prirode, su isključeni iz primene zakonodavstva za e-ugovore. Razlog zašto su isključene neke od ovih pravnih oblasti uglavnom leži u činjenici što su ove oblasti temeljito uređene drugim zakonima. Da rezimirano, ovi isključci se odnose na:

- Aktivnosti notara ili druge slične aktivnosti povezane sa vršenjem javnih ovlašćenja;
- Zastupanje osoba i zaštita njihovih interesa pred sudovima i svim drugim telima gde osobu mogu zastupati treće strane shodno zakonima za zastupanje;
- Plaćene aktivnosti za učešće u kladenju, lutrijama, kockanju, elektronskim igrima, trkama i kazinima;

- Polje oporezivanja;
- Zaštita ličnih podataka;
- Pitanja povezana sa praksama i ugovorima uređenim zakonom o konkurenciji;
- Ugovori kojima se kreiraju ili prenose prava na nekretnine, osim ugovora o renti;
- Ugovori koji, prema zakonu, zahtevaju uključenost sudova, javnih organa i profesija koje vrše ili daju javnu uslugu;
- Ugovori jamstva i kolateralnog obezbeđenja dati sa strane osoba koje deluju van svoje trgovačke, poslovne ili profesionalne delatnosti;
- Ugovori koji se uređuju porodičnim pravom ili zakonom za nasleđivanje;
- Finansijske usluge ili usluge hartija od vrednosti, za koje se primenjuje marketing na daljinu.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški

11. Jednakost elektronske dokumentacije u ugovornim predmetima (npr. pojam trajnog medijuma, elektronski zapisi, itd.)

Opšte zabeleške

Ako elektronski dokumenat ispunjava određene uslove u pogledu zaštite autentičnosti, bezbednost komunikacija i njihovog prenosa, elektronski dokumenat je jednak papirnatom dokumentu u pravnoj važnosti.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
Zakonodavni okvir ne daje posebne propise koji se odnose na ekvivalenciju elektronskih dokumenata u pogledu pitanja trajnog medijuma, elektronskih evidencija itd. Ovo pitanje se treba rešiti u praksi. Ali najvažnije pitanje koje uređuje zakon je bezbednost elektronskih dokumenata i njihov odraz na realni svet. U pogledu ovog pitanja, Zakon o elektronskoj trgovini ne daje uredbe ali Zakon br. 10273, od 29.04.2010 "o elektronskom dokumentu" predviđa neke opšte odredbe o očuvanju elektronskog dokumenta. Zakon određuje pravila o kreiranju arhive za čuvanje elektronskih dokumenata.	Elektronski podaci se mogu koristiti kao dokaz u pravnim postupcima	Definicija trajnog medijuma se može naći u Zakonu o zaštiti potrošača. Neke definicije se mogu naći u Zakonu o elektronskim komunikacijama	Imajući na umu da određene informacije obezbeđene elektronskom tehnologijom uobičajeno imaju privremeni period, u određivanju trajnog medijuma Zakon o obezbeđivanju finansijskih usluga na daljinu usvojen 2010. godine, po prvi put precizno definiše termin trajnog medijuma što je svaki instrumenat kojim se olakšava potrošaču čuvanje podataka koji se odnose na njega/nju lično, na način koji omogućava korišćenje istih u određenom razdoblju. Ovaj termin znači svaki instrumenat kojim se olakšava potrošaču čuvanje podataka koji se odnose na njega/nju lično, na način koji omogućava korišćenje istih u određenom razdoblju sukladno cilju informacija, a omogućava i nepromenjenu reprodukciju pohranjenih informacija.	Ekvivalencija elektronskog dokumenta sa papirnatim dokumentom je propisana u Zakonu o elektronskom dokumentu (Službene novine br. 5/08)	Srpski Zakon o elektronskom dokumentu određuje da pravna validnost e-dokumenta ne može biti dovedena u pitanje samo zbog njegove elektronske forme. Prema tome, e-dokumenat je ekvivalentan "papirnatom" dokumentu, ako ispunjava sve neophodne uslove propisane Zakonom o e-dokumentu.

12. E-ugovori u kontekstu B2B, B2C, C2C i B2G

Opšte zabeleške

U pravnom okviru referentnih država, e-ugovori se mogu zaključiti između biznisa, biznisa i potrošača, biznisa i vlade. U zavisnosti od strana uključenih u transakcije elektronskog ugovaranja ono se može podeliti na e-ugovore zaključene između: delovnih subjekata (B2B), trgovca i potrošača (B2B) trgovca i vlade (B2G) i potrošača i potrošača (C2C). Prema tome, ovisno o tipu ugovora primenjuju se različita pravila u nacionalnom zakonodavstvu. Najčešći e-ugovori u referentnim državama su B2B i B2C.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
Nema statističkih i oficijalnih podataka o ugovorima u kojima su stupile ove dve strane, jer ne postoje tekući oficijalni registri.	U Bosni i Hercegovini ne postoji PKI Infrastruktura (za digitalne certifikate) za pravna i fizička lica na državnom nivou. Međutim, postoje nezavisne IPK infrastrukture u oblasti e-bankarstva i e-vlade u zatvorenom sistemu koji uključuje 10.000 kompanija i 10.000 javnih službenika. Moguće negativne posledice se primjećuju u B2B i G2B transakcijama.	U oblasti B2G ugovaranja u Hrvatskoj možemo pomenuti e-zdravstvo, e-penzije, e-carinu, e-porez, e-javne nabavke itd.	Shodno regulatornoj reformi delovnih operacija, Republika Makedonija od 2010. godine kontinuirano radi na poboljšanju poslovnog okruženja u Makedoniji, a sa ciljem usaglašavanja sa EU Direktivama i preporukama za elektronsku registraciju, pripremljen je veliki broj projekata: implementacija sistema za jednošalterski sistem za licenciranje za izvozno-uvozne aktivnosti kao i tranzit robe i usluga, tarifne kvote, usluge za elektronsku registraciju u trgovačkom registru i registru drugih pravnih lica, čime se omogućava dostavljanje zahteva za registraciju kompanije, promene i brisanje pravnih lica putem interneta, sa uključivanjem prethodno pripremljenih elektronskih dokumenata i elektronskih certifikata, registraciju direktnih investicija nerezidenata u Republici Makedoniji i rezidenata u inostranstvu, elektronsko upravljanje stečaja itd.	U Crnoj Gori, najkorišćeniji ugovori su B2C. B2B ugovori su prisutni samo na tržištu finansija i kapitala. B2G ugovori nisu prisutni u Crnoj Gori.	B2G ugovori još uvek nisu uobičajeni u praksi u Srbiji. Čine se određeni razvoji usvajanjem srpskog Zakona o javnoj nabavci. Ovaj zakon (član 54) predviđa mogućnost da ponuđač dostavi ponudu u elektronskoj formi ako organ koji vrši nabavku obezbedi takvu mogućnost u tenderskoj dokumentaciji.

13. Porezni aspekti i moguće porezne prepreke koje se odnose na prekogranične e-transakcije

Opšte zabeleške

Informacijsko-komunikacijske tehnologije menjaju svet u velikom obimu. Ovi revolucionarni koraci novih tehnologija omogućavaju nove načine za kupovinu i prodaju roba i usluga. Danas, fizičko prisustvo nije tako važno u sklapanju ugovora i prema tome ključno pitanje je dali treba da se oporezuje prihod od ovih transakcija. Veliki broj vlada se boji ogromne ekspanzije interneta, a problem oporezivanja transakcija koje su u nematerijalnoj formi je globalni problem. Uobičajeno zakoni o elektronskoj trgovini ne obezbeđuju konkretna pravila o fiskalnim obavezama, niti daju neke instrumente za fiskalne aspekte

e-trgovine. Prema tome, mi uvodimo pitanje kako da usaglasimo nacionalne fiskalne granice sa svetom interneta.

Generalno, prekogranične e-transakcije su samo ekstenzija postojećih prekograničnih transakcija koje koriste informatičku tehnologiju; prema tome, na te transakcije se ne treba primenjivati različiti poreski režim. E-transakcije zato podležu porezu na prihod, uvoznim dažbinama i PDV-u. Sektori, robe i usluge koji su isključeni od uvoznih dažbina su oni koji su pokriveni multilateralnim i bilateralnim ugovorima za isključenje uvoznih dažbina. Ali zbog te karakteristike, e-transakcije mogu privući određene poreske prepreke u pogledu na moguće dvojno oporezivanje ili dvojno neoporezivanje. Isto tako, može se javiti nesigurnost u pokušaju definisanja permanentne lokacija ili mesta efektivnog upravljanja oporezivog biznisa koji koristi e-transakcije.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški	Ne postoje značajne razlike od opštih zabeleški

14. Ostale prepreke koje se odnose na prekogranične e-transakcije (uvozne držabine, carine i sl.)

Opšte zabeleške

Prekogranične e-transakcije podležu svim uvoznim dažbinama, carinama i akcizama (ako je primenljivo) koje se primenjuju na druge, tradicionalne prekogranične transakcije. Kao što je gore rečeno, ove uvozne dažbine se mogu isključiti multilateralnim ili bilateralnim ugovorima. Postoje određena mišljenja na međunarodnom nivou da prelazak na e-trgovinu generiše potencijalne gubitke prihoda, ali do sada nema posebnih propisa i studija objavljenih po tom pitanju.

U svim referentnim državama ne postoje dopunske carinske ili uvozne dažbine koje se nameću samo na transakcije u e-trgovini.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
	Carinski zakon Bosne i Hercegovine nije prilagođen evropskom Carinskom zakoniku u oblasti slobodnih trgovačkih zona i intelektualne svojine.				

15. E-ugovori i zaštita ličnih podataka

Opšte zabeleške

Zaštita ličnih podataka i privatnosti u toku pregovaranja i izvršenja tradicionalnih ugovora isto tako zahteva pažnju i u e-ugovaranju. Zaštita ličnih podataka između strana se garantuje enkripcijom podataka. Ovo je osobito važno kada se podaci razmenjuju ili čuvaju sa strane trećih osoba uključenih u proces realizacije ugovora. Termin lični podaci se definiše kao svi podaci kojima se individualne osobe mogu identifikovati prema adresi, imenu, prezimenu, uzrastu, telefonskom broju, elektronskoj pošti itd. Vrlo je važno da kompanija koja prima podatke njih drži i koristi samo za ciljeve ispunjenja obaveza koje

nastaju iz ovog ugovora. Posle izvršenja ugovora, osobito posle dostave robe, kompanija je obavezna da garantuje diskreciju i da ne zloupotrebi lične podatke za ciljeve različite od dozvoljenih.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
Zaštita ličnih podataka se uređuje Zakonom br. 9887 "o zaštiti ličnih podataka", Zakonom "o elektronskim komunikacijama u Republici Albaniji".	U Bosni i Hercegovini, odredbe o zaštiti podataka su uključene u Zakon o elektronskom potpisu i Zakon o zaštiti potrošača	U Hrvatskoj, zaštita podataka u e-ugovaranju se uređuje u Zakonu o zaštiti ličnih podataka (Službene novine br. 103/03, 118/06, 41/08 i 130/11); Zakonu o elektronskim komunikacijama (Službene novine br. 73/08 i 90/11); Zakonu o zaštiti potrošača (Službene novine br. 79/07, 125/07 i 75/09); Zakonu o potrošačkom kreditu (Službene novine br. 79/09, 89/09 i 133/09); Zakonu o uslugama za platni promet	Za zaštitu podataka u e-ugovaranju najvažniji zakoni su: Zakon o zaštiti ličnih podataka i Zakon o elektronskim komunikacijama. Od primene Zakona do sada, nema registrovanih ozbiljnih prekršaja ličnih podataka u elektronskoj trgovini.	Zaštita podataka u Crnoj Gori se reguliše u: Zakonu o zaštiti ličnih podataka (Službene novine br. 79/2008), Zakonu o elektronskom dokumentu (Službene novine br. 5/08) i Zakonu o elektronskom potpisu (Službene novine br. 55/03, 31/05 i 41/2010)	Zakon koji uređuje zaštitu podataka u Srbiji je Zakon o zaštiti ličnih podataka ("Službene novine Republike Srbije", br. 97/2008)

16. Trenutna situacija u praksi sa certifikacijom –davaoci usluga kao izdavači (kvalificiranih) certifikata o elektronskim potpisima;

Opšte zabeleške

Elektronski certifikat je sredstvo koje potvrđuje elektronski potpis i omogućava osobi u elektronskoj transakciji da dokaže svoj identitet drugim učesnicima u toj transakciji i to je ekvivalentno ličnoj karti.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
U Albaniji uspostavljena je Agencija za elektronsku certifikaciju, ali u pogledu situacije u praksi postoji samo jedan registrovani davatelj usluge za certifikaciju, t.j. "Posta Shqiptare Sh.A.". U Bosni i Hercegovini ovlašteni organ je Ured za nadzor i akreditaciju i deo je Ministarstva informatičkog društva. U Republici Srpskoj ovlašćeni organ je Agencija za informatičko društvo. Procenjuje se da u Bosni i Hercegovini, ima 12.000 običnih certifikata i 100 kvalifikovanih certifikata.	Tekuća situacija u Hrvatskoj je takva da postoji samo jedan davatelj usluge za certifikaciju: Finansijska Agencija (FINA, www.fina.hr)	U Hrvatskoj, zaštita podataka u e-ugovaranju se uređuje u Zakonu o zaštiti ličnih podataka (Službene novine br. 103/03, 118/06, 41/08 i 130/11); Zakonu o elektronskim komunikacijama (Službene novine br. 73/08 i 90/11); Zakonu o zaštiti potrošača (Službene novine br. 79/07, 125/07 i 75/09); Zakonu o potrošačkom kreditu (Službene novine br. 79/09, 89/09 i 133/09); Zakonu o uslugama za platni promet	Danas na tržištu u Makedoniji postoje samo dve registrovane kompanije u Ministarstvu Finansijske Agencije koje izdaje elektronske potpise: Clearing House, Clearing Interbank System KIBS Co. Skopje i Makedonski Telecom Co. Skopje. Možda će povećanje transakcija putem interneta sa strane biznis sektora i potrošača koje je sve neizbežnije dovesti da se u bližoj budućnosti osnuju druge kompanije za izdavanje elektronskih certifikata.	Trenutno u Crnoj Gori postoji samo jedan davatelj usluge za certifikaciju, a to je Pošta Crne Gore. U Crnoj Gori, ovlašćeni organ je u Sekretarijatu za razvoj Vlade Crne Gore. Trenutno ima 1000 digitalnih e-potpisa koje koriste pravna i fizička lica.	Registrovana tela za certifikaciju ovlašćena da izdaju kvalifikovane elektronske potpise u Srbiji su: - Pošta Srbije – prvo registrovano telo za certifikaciju - Srpska Privredna Komora - Ministarstvo unutrašnjih poslova - HALCOM BG CA

17. Rješavanje sporova u vezi sa e- ugovorima (nacionalna sudska praksa ustanovljena do sada)

Opšte zabeleške

U referentnim državama ne postoji sudska praksa o sporovima povezanim sa e-ugovorima rešenim arbitražom ili sudom.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
		U Hrvatskoj postoji jedna odluka Vrhovnog Suda Hrvatske (br. 1227/93 od 18. 10. 1994)			

18. Dostupni statistički podaci povezani sa e-ugovorima (procenat stanovništva koje koristi internet, promet u e-transakcijama itd.)

Opšte zabeleške

Procenat korišćenja interneta i e-transakcija u referentnim državama se povećava iz godine u godinu.

Albanija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora	Srbija
Procenat populacije koja koristi internet u 2011. godini je 50% u poređenju sa 4,8% internet korisnika registrovanih pre 6 godina. Postoje određeni statistički podaci o upotrebi interneta u biznisu, iz studije koju je sprovela IDRA (Institut za istraživanje i razvoj) čiji su rezultati da od 300 intervjuisanih biznisa, 84% imaju puni pristup internetu u njihovim kancelarijama, 68% ovih biznisa ima internet velike brzine, a 58% biznisa ima intranet veze.	Prema podacima Regulatorne agencije za komunikaciju Bosne i Hercegovine, u 2010. godini bilo je 522.364 internet pretplatnika. Agencija procenjuje 2.000.000 internet korisnika ili 52% populacije. U Bosni i Hercegovini, u 2010. godini, 42,8% pretplatnika je koristilo xDSL internet, a 25,2% je koristilo dial-up internet.	Ukupan broj internet korisnika u Hrvatskoj je 60% populacije. E-trgovina u 2010. godini čini 14% ukupnog prometa. Korisnici Interneta u Hrvatskoj najčešće kupuju na inozemnim online stranicama 44,4%, a 32,29% u Hrvatskim online prodavnicama. Prema GemiusAudience istraživanju, procenat osoba koje kupuju u Hrvatskim online prodavnicama u 2011. godini je 37%. Prema istom istraživanju, u junu 2011. godine bilo je 1.955.877 internet korisnika, starijih od 12 godina. (http://www.audience.com.hr)	Prema statističkim podacima u Republici Makedoniji, januara 2011. godine, 93% poslovnih subjekata sa 10 ili više zaposlenih je bilo opremljeno kompjuterima, 88,6% ima internet pristup. U pogledu elektronskih faktura pogodnih za automatsku obradu, poslovni subjekti su primili više (9,3%) nego što su poslali (6%). 58,9% imaju svoju internet stranu, a 10,4% obezbeđuju on-line naručivanje na internet strani. Najkorištenije usluge e-vlade u 2011. godini sa strane poslovnih subjekata koji imaju pristup internetu su preuzimanje formulara (78,2%) i različitih informacija (76,8%) od internet strana javnih vlasti, dok najzastupljenije administrativne procedure realizirane elektronski (e-povratkom popunjenih formulara) su registrirane kod socijalnih dažbina za zaposlene (28,1%). Dalje, 24% poslovnih subjekata koji imaju pristup internetu su 2010. godine dostavili ponude za robu ili usluge putem internet sistema javnih nabavki u državi. Januara 2011. godine, polovina poslovnih subjekata sa najmanje 10 zaposlenih je koristilo politiku upotrebe telefona i interneta i video konferencije umesto fizičkog putovanja, a 31,4% je obezbedilo zaposlenima pristup na daljinu resursima poslovnog subjekta (e-pošta, dokumenta i aplikacije) omogućavajući rad van poslovnih kancelarija. U prvoj polovini 2011. godine, samo 4,1% internet korisnika je korišćenjem interneta dostavljalo narudžbine za kupovinu robe za ličnu upotrebu, dok je 6,7% to uradilo u poslednjih 12 meseci, uglavnom za kupovinu odeće i sportske opreme (20,4). 22,2% osoba koje su koristile internet u poslednjih 12 meseci je koristilo usluge e-vlade za dobijanje informacija (18,2), download oficijalnih formulara (11,2%) sa internet strana javne administracije i slanje popunjenih formulara internet stranicama javne administracije (7,4%).	Prema istraživanju iz 2011. godine, 40% populacije ume da koristi računar. Nema podataka o zaključenim e-transakcijama.	Prema najnovijim podacima Zavoda za statistiku Srbije, manje od polovine domaćinstava (41,2%) imaju internet konekciju. Prošle godine, samo 380.000 stanovnika Srbije je kupilo proivod ili platilo račun na internetu. Čak 87 procenata njih nikada nije koristilo komercijalne internet usluge.

VI

NEPRAVIČNE UGOVORNE ODREDBE U OPĆEM UGOVORNOM PRAVU

NEPRAVIČNE UGOVORNE ODREDBE U OPĆEM UGOVORNOM PRAVU

Urednici

Nada Dollani, dr. iur., predavač građanskog prava, Katedra za građansko pravo, Pravni fakultet, Univerzitet u Tirani

Christa Jessel-Holst, dr. iur. dr. h.c., prijašnji viši istraživač, Max Planck Institut za komparativno i međunarodno privatno pravo, Hamburg

Tatjana Josipović, dr. sc., ugledna profesorica građanskog prava, Katedra za građansko pravo, Pravni fakultet, Univerzitet u Zagrebu

Lista autora

Zvezdan Čađenović, LL.M. (Amsterdam), asistent na Fakultetu za državne i evropske studije, Podgorica, Crna Gora; i ekspert za pravnu harmonizaciju u projektima koje finansiraju EU/GIZ u Crnoj Gori
Emilia Miščenić, dr. iur. (Graz), LL.M. (Saarbrücken), viši asistent na Katedri za Europsko i međunarodno privatno pravo, Pravni fakultet, Univerzitet u Rijeci, Hrvatska

Nada Dollani, dr. iur., predavač građanskog prava, Katedra za građansko pravo, Pravni fakultet, Univerzitet u Tirani, Albanija

Nenad Gavrilović, dr. sc., docent, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Univerzitet “Sv. Kiril i Metodij“, Skoplje, Makedonija

Marija Karanikić Mirić, dr. sc., LL.M. (Pravni fakultet Univerziteta Djuk), docent na Katedri za građansko pravo, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Srbija

Zlatan Meškić, dr. iur. (Beč), docent, Katedra za građansko pravo, Pravni fakultet, Univerzitet u Zenici, Bosna i Hercegovina

Borka Tuševska, dr. sc., docent, Pravni fakultet, Univerzitet “Goce Delcev“, Stip, Makedonija

Neda Zdraveva, dr. sc., docent, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Univerzitet “Sv. Kiril i Metodij“, Skoplje, Makedonija

Sadržaj

I. Uvod *(Christa Jessel-Holst & Tatjana Josipović)*

II. Nacionalni izvještaji

- A. Nepravične ugovorne odredbe u ugovornom pravu Republike Albanije *(Nada Dollani)*
- B. Nepravične ugovorne odredbe u ugovornom pravu Bosne i Hercegovine *(Zlatan Meškić)*
- C. Nepoštene ugovorne odredbe u ugovornom pravu Republike Hrvatske *(Emilia Mišćenić)*
- D. Nepravične ugovorne odredbe u ugovornom pravu Republike Makedonije *(Neda Zdraveva, Nenad Gavrilović, Borka Tuševska)*
- E. Nepoštene ugovorne odredbe u ugovornom pravu Crne Gore *(Zvezdan Čadjenović)*
- F. Nepravične odredbe u ugovornom pravu Republike Srbije *(Marija Karanikić Mirić)*

III. Komparativna analiza

- A. Pravna rasprava o potrebi uključivanja uređenja nepoštenih ugovornih odredaba u Građanskom zakoniku/Zakonu o obligacionim odnosima *(Nada Dollani)*
- B. Nepravične ugovorne odredbe u B2B ugovorima *(Zlatan Meškić)*
- C. Definicija nepravičnih ugovornih odredaba, lista, uloga sudova *(Neda Zdraveva)*
- D. Ocjena nepravičnosti ugovornih odredaba i rokovi za utvrđenje nevaljanosti *(Zvezdan Čadjenović)*
- E. Pravne posljedice nepravičnosti ugovornih odredaba *(Emilia Mišćenić)*

I. Uvod

Christa Jessel-Holst i Tatjana Josipović

Ovaj doprinos pripremljen za Drugi Forum za građansko pravo Jugoistočne Evrope u Skopju (2012.) predstavlja nastavak suradnje koja svoje začetke ima u aktivnostima Prvog Forumu za građansko pravo u Cavtatu (2010.). Tada je ustanovljena radna skupina za komparativno proučavanje EU potrošačkog ugovornog prava i njegovih implikacija na zemlje regije Jugoistočne Evrope. U tom je kontekstu, radna grupa inter alia analizirala transpoziciju Direktive 93/13/EEZ o nepravilnim ugovornim odredbama u Albaniji, Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj, Makedoniji, Crnoj Gori i Srbiji. Ipak, materija se može promotriti i iz šire perspektive. Nije ni potrebno isticati da su standardizirani uvjeti ugovora od izuzetne važnosti u pravnoj praksi. U današnje vrijeme, a koje je vrijeme reformi, pravi položaj standardnih uvjeta u sustavu ugovornog prava postaje predmetom diskusije na međunarodnoj razini. U svim gore navedenim zemljama, standardni uvjeti su uređeni putem dva seta odredaba, ali se odnos između općeg i posebnog zakonodavstva sadržajno razlikuje od zemlje do zemlje. *De lege ferenda*, na raspolaganju se nalaze dodatne mogućnosti, sve do potpune integracije standardnih uvjeta ugovora u Građanske zakonike/Zakone o obligacionim odnosima.

Tema "Nepravilne ugovorne odredbe u općem ugovornom pravu" pripremljena je od strane tima koji je gotovo identičan onome iz Cavtata. Prof.dr.sc. Tatjana Josipović se je priključila skupini urednika zajedno sa dr. sc. Nadom Dollani i dr. sc. Christom Jessel-Holst kao ostalim članovima. Za izradu šest nacionalnih izvještaja i pravnu komparaciju angažirani su znanstvenici sa izuzetnom ekspertizom. Lista autora uključuje dr. sc. Nadu Dollani (Albanija), dr. sc. Zlatana Meškić (Bosna i Hercegovina), dr. sc. Emiliu Mišćenić (née Čikara, Hrvatska), dr. sc. Nedu Zdraveva, dr. sc. Nenada Gavrilović i (kao jedinog novog člana) Borku Tuševska (Makedonia), Zvezdana Čadjenović (Crna Gora) i dr. sc. Mariju Karanikić Mirić (Srbija).

Zajednička struktura za nacionalne izvještaje je pripremljena unaprijed. Kao i dosada, engleski jezik je korišten kao zajednički radni jezik. Time je autorima omogućena uska međusobna suradnja tijekom procesa pripreme njihovih doprinosa.

Hamburg i Zagreb, 15. maj 2012.

II. NACIONALNI IZVJEŠTAJI

A. Nepoštene ugovorne odredbe u ugovornom pravu Republike Albanije

Nada Dollani, Tirana

1. Pravna rasprava u Albaniji o uključenju regulacije nepoštenih ugovornih odredbi u opšte ugovorno pravo u okviru Građanskog zakonika

Slijedeći zaključke prve konferencije Foruma za građansko pravo Jugoistočne Evrope, gdje je radna grupa za Potrošačko ugovorno pravo EU naglasila većinu zajedničkih problema i nedostataka za efikasnu implementaciju ugovornog potrošačkog prava i predložila integraciju ugovornog potrošačkog prava u opšte obligaciono pravo da bi podigli svijest o posebnim odredbama primjenjivim na najčešću vrstu ugovora i da bi izbjegli sistemske razlike između opšteg građanskog prava/obligacionog prava i posebnog zakonodavstva o zaštiti potrošača, albanske upravne i zakonodavne vlasti bile su poprilično otvorene za prihvaćanje i aktivne u oblasti zaštite potrošača. Albanski zakonodavac izmijenio je Zakon o zaštiti potrošača (ZKP) u julu 2011.¹ Prvi cilj amandmana, kao što je rečeno u naslovu zakona,² jeste da potpuno harmonizuje ZKP sa Direktivama 2008/48³ i 2008/122.⁴ Dalje, djeluje da je zakonodavac, svjestan ili pojedinih sistemskih neusaglašenosti ili nekih slučajnih omaški u ZKP koje su nastale kao rezultat copy-paste transpozicije EU Direktiva, pokušao da popuni praznine putem izmjena Zakona o zaštiti potrošača, vođen dodatno i problemima sa kojima se suočila Komisija za zaštitu potrošača (KZP) za vrijeme svog svakodnevnog rada sa žalbama potrošača.⁵

Kao prvo, zakonodavac je izmijenio *inter alia* područje primjene ZKP proširujući ga na ugovore o pružanju usluga i uspostavljajući princip „bolje zašтите“, propisujući da odredbe ZKP neće biti primjenjene ukoliko druge pravne odredbe u datoj oblasti pružaju po potrošača povoljniji tretman o zaštiti potrošačkih prava,⁶ što faktički ne predstavlja nikakvu radikalnu materijalnu izmjenu, jer bi jednak rezultat mogao biti postignut teleološkim tumačenjem, ali u određenim stvarima, kao u pogledu određenih nepoštenih odredbi, dalje smanjuje područje primjene ZKP, jer albanski Građanski zakonik (AGZ) pruža viši nivo zaštite.⁷

¹ Zakon br. 10 444 od 14.7.2011 "O nekim izmjenama i dopunama zakona br. 9902 od 17.4.2008 "o zaštiti potrošača", *Sl.list R. Albanije* br. 103/2011.

² Naziv ovog zakona odobrenog od albanskog parlamenta upućuje na fusnotu koja kaže da je ovaj zakon u potpunosti harmonizovan sa Direktivama EU 2008/48 i 2008/122.

³ Direktive 2008/48/EC Evropskog Parlamenta i Vijeća od 23. aprila 2008. o ugovorima o potrošačkom kreditu ukidajući Direktivu Vijeća 87/102/EEC (Sl. list EU L 133, 22/05/2008 str.66 – 92) čiji čl. 27. propisuje da će imati dejstvo za države članice od 12. maja 2010.

⁴ Direktiva 2008/122/EZ Evropskog Parlamenta i Vijeća od 14. januara 2009. o zaštiti potrošača u pogledu određenih aspekata ugovora o timeshare-u, dugoročnih proizvoda o odmoru, ponovnoj prodaji i razmjeni (Sl. list EU L 033 , 03/02/2009 str. 10 – 30) čiji čl. 16. propisuje da će ova Direktiva imati dejstvo za države članice od 23. februara 2011.

⁵ Za daljne informacije vidi također zapisnik sa sjednice albanskog parlamenta od 14.7.2011. na http://www.parlament.al/web/Sesioni_i_katert_11681_1.php, posljednja posjeta 15. novembra 2011. Albanski zakonodavac dotakao se nekih problema identifikovanih od strane Radne grupe o potrošačkom ugovornom pravu EU u ovim izmjenama, u publikaciji CLFSEE zbirci studija i analiza, Volume III, 407-550, 2010.

⁶ Čl. 1. Zakona br. 10 444/2011.

⁷ F. Parapatits, "Albania: Reform of Consumer Protection Law", *European Review of Private Law* 2010/1, 165-175.

Kao drugo, poprilično paradoksalno u odnosu na njegovu namjeru,⁸ u pogledu nepoštenih odredbi u ugovornim odredbama, albanski zakonodavac je ograničio područje primjene zaštite potrošača zamijenjujući prethodni vjerovatno nenamjeran propust u vrijeme usvajanja ZZP u 2008, koji se odnosi na nepoštene odredbe doslovnom transpozicijom čl. 4 (2) Direktive 93/13⁹ koji glasi: "Ocjena o tome jesu li neke odredbe nepoštene neće se odnositi na definiciju glavnog predmeta ugovora niti na primjerenost cijene i naknade na jednoj strani, i isporučenim uslugama i robi, na drugoj, sve dok su te odredbe formulisane jasnim i razumljivim jezikom."¹⁰ Stoga su glavne ugovorne odredbe isključene iz kontrole i ocjene nepoštenosti, ukoliko ispunjavaju kriterije transparentnosti. Uprkos ogromnom značaju načela autonomije volje, koje se nije spominjalo za vrijeme procesa odobravanja, ne može se poreći da je takva izmjena korak nazad u ekstenzivnoj zaštiti potrošača ciljanoj od strane zakonodavca, i vjerovatno bespotrebna, jer je izostavljanje takve odredbe u potpunosti u skladu sa odlukom Suda EU *Caja de Ahorros*,¹¹ u kojoj je potvrđeno da države članice mogu pružiti bolju zaštitu i odrediti da takve odredbe budu predmet testa pravednosti.

Ipak, slijedećom izmjenom zakonodavac je to kompenzovao dodajući dalju odredbu u potpuno transponovanu listu sadržanu u 1. aneksu Direktive 93/13, dok izuzeci iz 2. aneksa nisu transponovani u ZZP. Pored prethodne liste, nepoštenim odredbama se smatraju takve odredbe koje „mijenjaju odredbe ugovora o kreditu, naročito metodu/način računanja kamate i njenih elemenata, bez prethodne saglasnosti potrošača“¹² Dalja izmjena tiče se kriterija transparentnosti pisanih ugovornih odredbi propisujući: „U slučaju ugovora gdje su sve ili određene doredbe ponuđene potrošaču napismeno, ove odredbe moraju biti napisane razumljivo na albanskom jeziku i imati jasan i izdvojen izgled. Font koji se koristi mora biti "Times New Roman", sa veličinom slova najmanje 10. Kada postoji sumnja u značenje odredbe, primjenice se tumačenje koje je najpovoljnije za potrošača.“¹³ Ova izmjena uvodi jasniju obavezu za trgovce, koji moraju na odgovarajući način da skrenu pozornost potrošača na opšte ugovorne odredbe.

Kao treće, osim transpozicije novih Direktiva 2008/48¹⁴ i 2008/122,¹⁵ ostale izmjene tiču se neke daljne i bolje implementacije o usklađenosti ugovora kod ugovora o pružanju usluga,¹⁶ ugo-

⁸ Prema diskusiji u plenarnoj sjednici parlamenta prilikom usvajanja zakona, moglo se osjetiti prenatraglažavanje potrošačkih prava kao da su osnovna ljudska prava. Sva obrazloženja ovakvih izmjena zasnovana su kao prvo na zaštiti potrošača i kao drugo na harmonizaciji ZZP sa skorim *acquis-om*, iako nije bilo mnogo diskutirano, osim dva odgovorna zamjenika, koja nisu spomenuli niti posebno ovu izmjenu, niti bilo kakvu brigu za zaštitom načela slobode ugovaranja ili interese trgovaca. Za daljnje detalje vidi: http://www.parlament.al/web/Sesioni_i_katert_11681_1.php, datum rasprave 14.7.2011, str. 5-7; o diskusiji o stalnoj parlamentanoj komisiji o proizvodnoj aktivnosti, trgovini i zaštiti okoline, vidi: http://www.parlament.al/web/Per_Veprimtarite_Prodhuese_Tregtine_dhe_Mjedisin_148_1.php?evn=srm&rpp=2&rp=20&msv=msvSrc&ser=188, datum rasprave 8.7.2011, posljednja posjeta 15. novembar 2011.

⁹ Direktiva Savjeta 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima (Sl. list EU L 095, 21/04/1993 str. 29–34).

¹⁰ Ova odredba nije bila transponovana i dodana je putem novog Zakona 10 444/2011, pod čl. 27. (3), kao (3.1) od ZZP br. 9902/2008.

¹¹ Odluka Suda EU od 3. juna 2010, C-484/08 – *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* [2010] ECR-00000, gdje je Sud EU odlučio da se čl. 4.(2) i 8. Direktive moraju tumačiti tako da nisu protivni nacionalnom propisu poput onog u osnovnom postupku, koji dozvoljava sudsku kontrolu nepravednosti ugovornih odredbi, koje se tiču glavnog predmeta ugovora ili primjerenosti cijene odnosno naknade i isporučene usluge odnosno robe, koja predstavlja protučinidbu, iako su te odredbe formulisane jasno i razumljivo.

¹² Čl. 5. (2) novog Zakona 10 444/2011 *supra* br. 1, koji dodaje novu nepoštenu odredbu u listu propisanu u čl. 27. (4) ZZP br. 9902/2008.

¹³ Čl. 6. novog Zakona 10 444/2011, koji mijenja čl. 28. (1) ZZP br.s 9902/2008.

¹⁴ Čl. 44. i 45. ZZP izmijenjeni su u skladu sa Direktivom o ugovorima o potrošačkom kreditu, putem čl. 14. i 15. novog Zakona 10 444/2011.

¹⁵ Čl. 42. i 43. ZZP izmijenjeni su u skladu sa Direktivom o zaštiti potrošača u pogledu određenih aspekata ugovora o timeshare-u, dugoročnih proizvoda o odmoru, ponovnoj prodaji i razmjeni, putem čl. 12. i 13. novog Zakona 10 444/2011.

¹⁶ Čl. 7. novog Zakona 10 444/2011, koji mijenja čl. 33. (1) ZZP br. 9902/2008.

vora zaključenih van poslovnih prostorija,¹⁷ i ugovora na daljinu, praveći pojedine odgovarajuće prilagodbe.¹⁸

Kao četvrto, neke veoma zanimljive izmjene su napravljene u pogledu upravnih i sudskih zabrana, kazni i pravnih sredstava koje potrošači imaju na raspolaganju da bi zaštitili svoja prava. Kazne za administrativne prekršaje su znatno više i KZP je stekla nadležnosti za vansudsko rješavanje sporova, npr. za ocjenu štete i gdje je prikladno, za dodjelu naknade štete.¹⁹ Nije posve sigurno da li se ova odredba uklapa u cjelokupan pravni sistem, podsjećajući da je institut građanske odgovornosti propisan Građanskim zakonikom i da su samo sudovi nadležni da rješavaju zahtjeve između dvije privatne stranke, zasnovano na principu građanskog postupka i drugih pravnih elemenata, koji bi teško mogli biti ispitani od strane nespecializiranog upravnog tijela, čiji su članovi državni službenici, ne nužno pravnici. Bilo kako bilo, uzimajući u obzir pasivnost sudova u potrošačkim stvarima, kao i suzdržavanje potrošača²⁰ da usmjere svoje tužbe prema sudskim postupcima zbog nedostatka povjerenja i vjerovatno zbog visokih troškova pokretanja sudskih postupaka, ovo rješenje, iako neprimjenjivo bez daljnjih izmjena zakonodavstva, djeluje razumno, sve dok su upravne odluke na zahtjev stranke predmet sudske kontrole.²¹ Zavisno od toga da li se štetom smatra *inter alia* profit koji je stekao trgovac korištenjem, između ostalog, nepoštenih odredbi, ova odredba djeluje u skladu sa nekim prijedlozima naučnika,²² između ostalog, o pojednostavljenju postupka.

Ovim izmjenama, potrošačka prava i državne intervencije u nadzoru nad tržištem su znatno ojačane, naročito nadležnosti KZP kod sagledavanja nepoštenih odredbi korištenih u potrošačkim ugovorima. Potrošači sada imaju pravo, u svakom slučaju, čak i kada ugovor nalaže drugačije,²³ da svoje zahtjeve postave pred propisanim tijelima. Na određeni način, oni imaju pravo na efikasno pravno sredstvo, i svaki ugovor sa trgovcem o alternativnom rješavanju sporova u pogledu bilo kojih žalbi potrošača ostali bi bez dejstva. Nadalje, kazne za korištenje nepoštenih odredbi su značajno povećane.²⁴

Dalji razvoj u oblasti zaštite potrošača predstavlja iznenađujuća hiperaktivnost KZP,²⁵ koja djeluje pod ministarstvom privrede, trgovine i energetike. Počevši od aprila 2010,²⁶ donijela je blizu sedamnaest odluka u pogledu potrošačkih predmeta, koje se većinski tiču nepoštenih trgovačkih praksi, ali dvije odluke imaju za predmet nepoštene ugovorne odredbe korištene od strane trgovca u standardnim potrošačkim ugovorima, gdje su neke od odredbi smatrane nepoštenim i ukinute.

Prva odluka KZP²⁷ bavi se *ex officio* kontrolom ugovornih odredbi o standardnom ugovoru o dostavi vode postavljene od strane Vodovod-Kanalizacija [(sha)JSC], kćerke firme od Korça, čije dionice su u vlasništvu države. Prema navodima optuženog, standardne ugovorne odredbe su zasnova-

¹⁷ Čl. 8. novog Zakona 10 444/2011, koji mijenja. 34. ZZP br. 9902/2008.

¹⁸ Čl. 9. i 10. novog Zakona 10 444/2011, koji mijenja čl. 36. i 37. ZZP br. 9902/2008.

¹⁹ Čl. 19. novog Zakona 10 444/2011, koji mijenja čl. 57. ZZP br. 9902/2008. Ovaj član reguliše administrativne prekršaje i kazne, dok je posljednji stav (5) dodan, a koji propisuje rješavanje sporova i ocjenu i naknadu štete.

²⁰ U pogledu suzdržanosti potrošača i neefikasnosti potrošačkih pravnih sredstava uporedi potpuno suprotnu ili radikalnu perspektivu u pristupu zaštiti potrošača u slobodnoj tržišnoj ekonomiji, u O. Ben-Shahar "One-Way Contracts: Consumer Protection without Law" *European Review of Contract Law (ERCL)* 2010/3, 221-249.

²¹ Čl. 59. ZZP br. 9902/2008; Albanski zakon o građanskom postupku; Albanski upravni zakon.

²² H-W. Micklitz, "Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts", *ERCL* 2010/4, 347-383, 382.

²³ Čl. 18. novog zakona 10 444/2011, koji mijenja. 56. ZZP br. 9902/2008.

²⁴ Čl. 19. novog Zakona br. 10 444/2011, koji mijenja čl. 57. ZZP br. 9902/2008, propisuje da se povredačl. 27.(4) [pretpostavljenih nepoštenih odredbi] kažnjava sa kaznom od do 2% opšteg obrta prethodne finansijske godine i ne manje od 500 000 Albanian Lekë (približno 4500 Euro).

²⁵ Svih sedamnaest odluka KZP mogu se naći pod <http://www.mete.gov.al/rub.php?l=a&idr=243>, posljednja posjeta 20. novembra 2011.

²⁶ Inicijalne odluke donesene od KZP izvještene su u CLFSEE *Collection of Studies and Analyses, Volume III*, 407-550, Belgrade 2010, str. 416.

²⁷ Odluka KZP br. 9 od 6.8.2010, objavljena pod <http://www.mete.gov.al/rub.php?l=a&idr=243>, posljednja posjeta 20. novembra 2011.

ne na odluci Vijeća ministara (OVM)²⁸, bez obzira na to KZP smatrala ih je suprotnim ZP 9902/2008 i donijela zabranu nalažući preduzeću da standardne odredbe prilagodi u roku od tri mjeseca od dana odluke. Konkretnije, KZP je došla do zaključka da se radi o uključenju nepoštenih odredbi u standardni ugovor o vodovodu određen putem ZP, čl. 27. (4, b, c, d, e), koji odgovara nepoštenim odredbama postavljenim u Direktivi 93/13, u 1. aneksu (b), (c), (e), (g).

Druga odluka KZP²⁹ donesena je na osnovu žalbe potrošača protiv privatne finansijske institucije, Alpha Bank, koja se ticala ugovora o kreditu u pogledu načina računanja kamata. KZP nakon što je detaljno ispitala potrošački ugovor i njegov aneks, donijela je odluku da su neke odredbe predstavljale zavaravajuću praksu i propuste suprotne čl. 15. ZP i nisu bile prezentovane jasnim i razumljivim jezikom, prema čl. 28. ZP, nadalje prema obrazloženju KZP³⁰ jedna ugovorna odredba smatrana je suprotnom čl. 27 (4, g, gj) ZP.³¹ Kao zaključak, KZP je u ovom slučaju izrekla kaznu od 170 000 albanskih Lekë³² za povrede, smatrajući odredbu standardnog ugovora nepoštenom, i time nevaljanom (ukinutom) i donijela upravnu mjeru za prilagodbu povreda i zabranu ponavljanja takve prakse u budućnosti. Nudeći širu zaštitu potrošaču, Albanija nije transponovala 2. aneks 93/13 Direktive prema čijem lit. (j) pretpostavljena nepoštena odredba je bez prepreke primjenjiva na odredbe prema kojim pružalac finansijskih usluga zadržava pravo na izmjenu kamate koju plaća potrošač ili na osnovu kasnije, ili iznos drugih naknada za finansijske usluge bez obaviještenja gdje postoji valjan razlog, pod uslovom da je pružalac dužan da informiše drugu ugovornu stranu o tome u najkraćem mogućem roku i da posljednje navedeni imaju mogućnost da odmah raskinu ugovor.³³ Pozitivna strana KZP odluka može se vidjeti u efikasnosti i brzini, motivaciji i stvarnoj namjeri da se bavi i rješava potrošačke žalbe, putem izvršenja, iako su ove upravne odluke uvijek predmet sudskih razmatranja, a sudski pristup ovim pitanjima još uvijek nije poznat. Vrat ćemo se *infra* ovom pitanju u pogledu prirode nepoštenih odredbi.

Da sumiramo, može se reći da rasprava o potrošačkom ugovornom pravu u albanskom zakonodavnom okruženju ne nedostaje, ali da je za sada zbog političke situacije³⁴ uvrštavanje potrošačkih ugovora u Građanski zakonik, za koji je neophodna apsolutna većina da bi bio izmijenjen³⁵, izvan diskusije i trenutno mogućeg. Bilo kako bilo, odredbe koje se tiču nepoštenih standardnih odredbi u ugovorima postoje u Građanskom zakoniku, koji bi se mogao primjenjivati kako na potrošače tako i na poduzetnike, ali ne bi mogle biti nadgledane, kontrolisane i ispitane na jednak način kao potrošački ugovori od strane upravnog tijela, koje je odgovorno za kontrolu nepoštenih odredbi samo u potrošačkim ugovorima. Mora se napomenuti da albansko zakonodavstvo i vlasti nemaju svijest o ravnoteži koja bi trebala biti postignuta na tržištu, koja je tako nužna za ekonomiju u razvoju, uzimajući u obzir da su osnovni akteri u takvim ekonomijama, osim potrošača, mala preduzeća, koja se u većini slučajeva ne razlikuju u tolikoj mjeri od potrošača. Postojanje pravnih ili upravnih mjera koje su ekstremne prirode,³⁶ vodi do kontradikcije između namjere zakonodavca

²⁸ Odluka vijeća ministara br. 96 od 21.2.2007.

²⁹ Odluka KZP br. 15 od 4.2.2011, objavljena na <http://www.mete.gov.al/rub.php?l=a&id=243>, posljednja posjeta 20. novembra 2011.

³⁰ Iako kratko, takvo obrazloženje odgovara određenim međunarodnim teoretskim prijedlozima o vezi između transparentnosti nepoštenih odredbi i nepoštenih poslovnih praksi putem zavaravanja. Vidi S. Orlando, "The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice", *ERCL* 1/2011, 26-56.

³¹ Koji glasi kako slijedi: (g) omogućavanje trgovcu ili pružalocu usluga da jednostrano izmijeni odredbe ugovora bez validnog razloga određenog u ugovoru; (gj) omogućavanje trgovcu ili pružalocu usluga da jednostrano izmijeni bez valjanog razloga bilo koju osobinu proizvoda ili usluge koja će se pružiti; to odgovara lit. (j), (k) Direktive 93/13 1. aneksa.

³² Otprilike 1500 eura.

³³ 2. aneks (b), alineja (j) Direktive 93/13.

³⁴ Samo da se skrene pozornost čitaocima da je u posljednjem zakonodavnom periodu opozicija gotovo odbacila učešće u parlamentu..

³⁵ Ustav Republike Albanije iz 1998.

³⁶ Vidi diskusiju u parlamentu *supra* fn. 8.

da ojača zaštitu potrošačkih prava, i realističnog ishoda implementacije takve mjere zaštite,³⁷ da ne pominjemo pitanja izvršenja u praksi, pretpostavljajući da su ovi *supra* navedeni izolovani slučajevi, čije sudbine u konačnom izvršenju nisu još uvijek poznate. Sve ove nedosljedne i kontradiktorne situacije su rezultat nedostatka dubine u razlozima i filozofiji koja stoji iza cjelokupne potrošačke oblasti, kao i nedostatka jasne vizije i ciljeva. Sve brige političara usredotočene su na harmonizaciju i približavanje zakonodavstva *acquis*-u, bez pokušaja da se razumiju prave potrebe za takav normativni sistem zaštite potrošača, i bez svijesti da nedosljedan i nesistematičan pristup u stvarnosti ne ostvaruje namjeravani rezultat harmonizacije i približavanja. Tako je preporučljivo da se nađe srednji put bavljenja potrošačkim pitanjima koji ide zajedno sa borbom protiv tržišnih neuspjeha,³⁸ nalazeći odgovarajuću ravnotežu između kontradiktornih interesa poduzetnika i potrošača, i tako postižući ugovornu pravdu, sa potrebnim poštovanjem načela ugovorne slobode, potencijalno štiteći i mala preduzeća koja se često ne nalaze u boljoj situaciji nego potrošači. U stvari, osim nenamjernih propusta, ili nedostatka svijesti zakonodavca, ova pravna situacija je posljedica propusta ispravne primjene načela nomotehnike i postupaka, tako dovodeći do čestih izmjena, koje vjerovatno predstavljaju lične poglede i znanje međunarodnih eksperta koji učestvuju u radnim grupama. Loše formulisana zakonodavstva možda neće postići svoj cilj, ili će ga možda postići skupo, ili mogu dovesti do skupih postupaka da bi se riješile višeznačnosti u tekstu propisa. Dalje, takva nezadovoljavajuća implementacija zakonodavstva može također da smanji njegovu prihvaćenost od strane adresata. Važno je da pravni vakum i protivrječnost stvorena razgradnjom prijašnjeg pravnog sistema kada su povezani sa donošenjem novih neodgovarajućih pravnih propisa mogu dezorijentisati ljude, sudove i javnu upravu.³⁹

2. Nepoštene ugovorne odredbe u B2B ugovorima

Da bi se imala jasnija i šira perspektiva o važećoj pravnoj situaciji u Albaniji, bilo bi primjereno da se spomene da zbog političke historije i ekonomske nerazvijenosti, u albanskom pravnom okruženju nije bilo raširene zapadne rasprave o standardnim ugovornim odredbama i njihovim ograničenjima, važnosti takvih odredbi, kao i mogućih implikacija u privatnom pravu.⁴⁰

U pogledu nepoštenih ugovornih odredbi, iako ne postoji izričito upućivanje na pojam „nepoštena“, Albanski Građanski zakonik (AGZ)⁴¹, slijedeći model italijanskog Građanskog zakonika, koji je bio jedan od prvih građanskih zakonika u Evropi koji je pružao kontrolu nad opštim ugovornim odredbama,⁴² propisuje osnovna pravila o nadzoru opštih odredbi u ugovorima koji su primjenjivi na sve stranke, bilo potrošače, trgovce, fizičke osobe, pravna lica, bilo da su javna ili privatna, djelujući u bilo koju svrhu, bilo ličnu ili profesionalnu. Sve transakcije koje sadrže opšte ugovorne odredbe

³⁷ F. Papatris, 175 o ograničenju područja primjene ZPP putem drugih odredbi.

³⁸ H. Röslér, "Protection of the Weaker Party in European Contract Law", *European Review of Private Law (ERPL)* 4/2010, 729-756, 742.

³⁹ Za detaljnije upute u sastavljanju zakona vidi Upute za sastavljanje zakona u Albaniji. "A Guide to the Legislative Process in Albania", objavio Euralius, Ministarstvo pravde i Vijeće Evrope. Tirana, 5. maj 2006.

⁴⁰ Albanija je jedna od rijetkih država u Evropi koja je prošla od zaostalog feudalizma do komunizma, i odatle do istočno-evropske tranzicije, i tako nije iskusiła bilo kakvu industrijsku revoluciju koja je bila zajednička Zapadnoj Evropi i kao posljedica toga nedostajala je debata o standardnim ugovorima. Zbog političke ideologije privatno pravo je gotovo nestalo tako da su mnogi privatnopravni institute i regulacije teško razumljivi u praksi na ispravan način. Standardne odredbe su kao takve nepoznate i nejasna kategorija. O pravnoj pozadini albanskog privatnog i trgovačkog prava vidi C. Boglia, "The New Albanian Act on Business Associations: Ongoing Legal Reforms in Commercial and Private Law", *20 Review of Central and East European Law* 1994/6 str. 657-676. Voljela bih da skrenem pozornost albanskim čitateljima na odgovarajuće, široko i svjetski rašireno razumijevanje pitanja standardnih ugovornih odredbi K-H. Neumayer; *Standard Contract Terms*, Int.Enc.Comp.L. VII, ch 12 (1976) s. 12-4 – 12-101.

⁴¹ AGZ je odobren putem zakona br. 7850 od 29.7.1994, *Sl.list R. Albanije* br. 11/94.

⁴² H. Kötz, *European Contract Law*, Vol 1, preveo T. Weir, Clarendon Press, Oxford 1997, 140.

su predmet testa pravednosti prema čl. 686. AGZ,⁴³ iako pažljivim čitanjem svih odredbi pod ovim poglavljem, moglo bi se razumjeti strogim tumačenjem da su predmet ovih odredbi samo standardni ugovori (ugovori po pristupu) korišteni u okruženju masivne proizvodnje, koji imaju namjeru da disciplinuju određene ugovorne odnose.⁴⁴ Prema čl. 686. AGZ, prva alineja, „opšte ugovorne odredbe, koje je sastavila jedna ugovorna strana, imaju *dejstvo* [dodano naglašavanje] protiv druge strane samo ako je u trenutku zaključenja ugovora posljednje navedeni znao ili morao znati za ove odredbe pokazujući dužnu pažnju.“ Ova odredba je povezana sa dejstvom opštih/standardnih ugovornih odredbi.

Ovaj član je poboljšana verzija čl. 1341. italijanskog civilnog zakonika, jer je uveo dodatni stav, druga alineja, koji propisuje: „One su *nevaljane* [dodano naglašavanje] (ništave), opšte odredbe koje uzrokuju gubitak ili neproporcionalnu nepogodnost/štetu po interese ugovorne strane, naročito ako značajno odstupaju od načela jednakosti i nepristrasnosti propisanim u odredbama građanskog zakonika, koje regulišu ugovorne odnose.“ Stoga, AGZ sistemski pokušava da pruži i garantuje ravnotežu između sukobljenih interesa stranaka. Takva odredba daje opštu ocjenu u pogledu nevaljanih ugovornih (standardnih) odredbi, pozivajući se na ugovornu ravnotežu, formalno ostvareno načelo jednakosti stranaka, i putem kauze, koja izražava ekonomsku i socijalnu svrhu ugovora,⁴⁵ kao i dispozitivnim propisima koji regulišu tipski ugovor,⁴⁶ koji apstrantko izražavaju šta bi stranke ugovorile pod idealnim okolnostima koristeći svoju autonomiju volje i slobodu ugovaranja. Doktrinu *kauze* također koriste francuski sudovi prilikom „izjednačavanja ravnoteže“ uneravnoteženog B2B ugovora, što ponekad ide dalje nego što je to dozvoljeno pod posebnim zakonodavstvom o nepoštenim odredbama.⁴⁷

Treći stav čl. 686. AGZ postavlja crnu listu ugovornih odredbi⁴⁸ koje nemaju *pravno dejstvo* [dodano naglašavanje] pod uslovom da (1) idu u korist strane koja ih je unaprijed formulisala, osim ako su (2) izričito pismeno odobrene od druge strane. Ovaj stav gotovo doslovno slijedi čl. 1341., drugi stav, italijanskog Građanskog zakonika, sa izuzetkom da je izmijenjen jedan uslov. Takva izmjena čini se logičnom, jer je AGZ mlađi zakonik u odnosu na italijanski, tako da odražava pravno iskustvo u formulaciji odredbe. Zbog toga je uslov „prećutno produženje ili obnova ugovora“ iz čl. 1341. italijanskog Građanskog zakonika izbačena u čl. 686. a dodan je drugi uslov „..arbitražne klauzule ili izbjegavanje sudske nadležnosti“.

Stoga, nevaljana/ ništava, crna lista opštih odredbi izbjegava sudsku kontrolu ako su izričito odobrene pismenim putem od druge strane. Kada je reč o potrošačkim ugovorima, ovo treba razumjeti u smislu odredbi o kojima se pregovaralo, tako da potpis na određenom unaprijed sastavljenom standardnom tekstu nije dovoljan, čak i kada je stavljen na svaku stranu, nego mora imati za rezultat da je na takve odredbe izričito skrenuta pozornost druge strane, da ih je strana razumjela i da je sa njima saglasna.⁴⁹

Dalje. u ugovorima zaključenim potpisivanjem šablona ili formi, koje imaju za cilj da jedinstveno regulišu određeni ugovorni odnos, dodatne odredbe o ovim formama preovlađuju prvobit-

⁴³ Opšte odredbe ugovora su regulisane pod V dijelom, Naslov I, Poglavlje II “Tumačenje ugovora”, članovi 686-688.

⁴⁴ To proizilazi iz čitanja zajedno sa čl. 687. AGZ. Vidi G. Cian/A. Trabucchi, *Commentario Breve al Codice Civile*, CEDAM, 2010, čl. 1341, 1523.

⁴⁵ A. Nuni, “E Drejta Civile: Pjesa e Përgjithshme”, Tiranë (2009).

⁴⁶ P. Nebia, *Unfair Contract Terms in European Law*, Hart Publishing, Oxford 2007, 162 gdje su opisane metode odlučivanja pred italijanskim sudovima.

⁴⁷ M.W. Heselnik, “Unfair terms in Contracts Between Business” u R. Schulze/J. Stuyck eds. *Towards a European Contract Law*, Sellier, Munich 2011, 144.

⁴⁸ Crna lista je izložena pod 3. pitanjem ovog izvještaja.

⁴⁹ Za italijansko tumačenje vidi G. Cian/A. Trabucchi, Art. 1341, 1523; G. Alpa “*Il Diritto dei Consumatori*”, Laterza, Bari 1999, 164.

ne odredbe, čak i ako prvobitne odredbe nisu ukinute.⁵⁰ *Contra proferentem* pravilo je propisano u čl. 699. AGZ, prema kojem „u svakom slučaju, odredbe uključene u opšte ugovorne odredbe ili standardne forme, koje su postavljene od strane jedne od ugovornih strana, tumače se u korist druge ugovorne strane, u slučaju bilo kakve sumnje.” Takvo pravilo je također propisano u ZZP u njegovom čl. 28., kako je izmijenjen, povezujući ga sa načelom transparentnosti. AGZ u ovom slučaju pruža širu zaštitu jer *contra proferentem* pravilo ne postavlja kao predmet načelo transparentnosti, nego samo uslovljava da odredbe moraju biti sastavljene od druge strane. Bilo je potpuno bespotrebno da se takvo načelo transponuje iz Direktive 93/13, jer je već bilo propisano u albanskom zakonodavstvu. Međutim, argumentuje se da je takvo pravilo samo za sebe slabo oružje protiv jasno sastavljenih pravila ili vižeznačnih pravila, koje su ipak štetne po potrošača. Povoljnije tumačenje nije uvijek poželjno za potrošača, jer bi potrošač mogao biti bolje zaštićen kada je odredba tumačena protiv njega, uzrokujući značajnu neravnotežu suprotno savjesnosti i poštenju, i time čineći odredbu nepoštenom, te ga preostajuće ugovorne odredbe stavljaju u bolji položaj.⁵¹

Gore navedeno osposobljava sud da, čak *ex officio*, u skladu sa opštim odredbama o ništavosti pravnih akata, proglaši ništavost ugovornih odredbi bilo u B2C ili B2B ugovorima, jer ove odredbe imaju opštu primjenu na bilo koju ugovornu stranu. U takvom slučaju, ugovor ostaje na snazi, jer u skladu sa čl. 111. AGZ, kada uzrok ništavosti pogađa samo dio pravnog akta, on ostaje na snazi u svojim ostalim dijelovima, osim ako su, prema sadržaju pravnog akta, takvi dijelovi neodvojivo povezani sa ništavim pravnim aktom. AGZ propisuje dosljedno rješenje u pogledu djelomične ništavosti pravne odredbe, jer osigurava očuvanje pravnog akta i bez ništavog dijela. Razlog za to leži u logici da ništavost u ovom slučaju ide u korist slabije strane koja postaje predmet unaprijed formuliranih odredbi, čak i kada ih ne poznaje, tako da bi bilo iracionalno u ovom slučaju proglašiti cijeli ugovor ništavim, i time omogućiti snažnijoj strani da zahtijeva naknadu štete. Ovo bi uzrokovalo suprotan efekt od onog koji odredba namjerava ostvariti.⁵² Određene debate u italijanskoj pravnoj doktrini, da nevaljane odredbe nisu ništave odredbe, jer je nevaljanost namjerno odabrani novi pojam da bi predstavljao novi koncept, i da ne treba pokušavati nove koncepte smjestiti u stare kategorije,⁵³ nisu relevantne za albansku pravnu situaciju, utoliko što je pravna terminologija u pogledu ovog pitanja, uz male varijacije dosljedna iz lingvističke perspektive. U svakom slučaju, u pogledu B2C ugovora, opstanak ugovora bez nepoštene odredbe je izričito osiguran.⁵⁴

Albanski sudovi se suzdržavaju od primjene gore navedenih sredstava, osim ako stranka to ne zahtijeva, zbog načela građanskog postupka.⁵⁵ Generalno postoji sklonost ka zahtijevanju ništavosti ugovora; kotrola opštih ugovornih odredbi nije preferirano sredstvo, dok je proglašenje ništavosti ugovora zasnovano na klasičnim principima (bilo apsolutne ili relativne) poprilično preferirana kako od strane stranaka tako i sudova.⁵⁶

AGZ kao moderni zakonik, propisuje sva nužna načela za ostvarenje ugovorne pravde.

⁵⁰ Čl. 688. AGZ

⁵¹ P. Nebia, (2007) 142.

⁵² H. Kötz, 141.

⁵³ E. Graziuso, "La Tutela del Consumatore contro le Clausole Abusive", Giuffrè Editore, Milano 2010, 294.

⁵⁴ Čl. 28. (2) ZZP koji transponuje čl. 6. 93/13 Direktive propisuje: "U slučaju da se odredba smatra nepoštenom, ona je ništava od trenutka zaključenja ugovora. Druge ugovorne odredbe ostaju obavezujuće za strane i daljnje izvršenje ugovora je moguće".

⁵⁵ Čl. 6. albanskog Zakona o građanskom postupku br. 8116/1996 koji propisuje kako slijedi: "sud ... će odlučiti o svemu što je tuženo i samo o tome šta je tuženo".

⁵⁶ Ukoliko bi neko pogledao sredstva istraživanja Okružnog suda Tirane, čiji pretraživač je zasnovan na brojevima članova Građanskog zakonika, vidio bi da se članovi u opštim ugovornim odredbama uopšte ne pojavljuju u takvim mehanizmima istraživanja, <http://www.gjykatatirana.gov.al/>, last visited 22 November 2011.

3. Definicija nepoštenih ugovornih odredbi i njena konkretizacija u crnoj ili sivoj listi; uloga sudova prilikom tumačenja nepoštenih ugovornih odredbi

Pravna definicija napoštene odredbe nalazi se samo u ZZP, naime u čl. 27. (1) koji je transponovao čl. 3. (1) Direktive 93/13 ali se malo razlikuje: „ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo smatra se nepoštenom ukoliko uzrokuje očiglednu i istaknutu neravnotežu u pravima i obavezama stranaka koje proizilaze iz ugovora, na štetu potrošača“. Izbačen je koncept „savjesnosti i poštenja“ i dodata beskorisna riječ koja ukazuje na „istaknutu/primjetnu“ neravnotežu. Uvijek će se smatrati da se o odredbi nije individualno pregovaralo ukoliko je sastavljena unaprijed, pa potrošač nije mogao uticati na njezin sadržaj, naročito u kontekstu kakvog unaprijed pripremljenog standardnog ugovora. Prema čl. 27. (2) ZZP, činjenica da se o određenim aspektima odredbe ili o nekoj posebnoj odredbi nije pregovaralo ne isključuje test pravednosti za ostatak ugovora, ukoliko cjelokupna ocjena ugovora ukazuje na to se ipak radi o unaprijed sastavljenom standardnom ugovoru. S druge strane AGZ propisuje definiciju ništavosti opšte/standardne odredbe konstatujući da: „Opšte odredbe koje uzrokuju gubitak ili neproporcionalnu nepogodnost/štetu po interese ugovorne strane ništave su, naročito ako značajno odstupaju od načela jednakosti i nepristrasnosti/neravnoteže propisanim u odredbama građanskog zakonika, koje regulišu ugovorne odnose“.⁵⁷

Očigledno, definicija nepoštene odredbe s jedne strane, i ništave opšte odredbe s druge, ne razlikuju se značajno. Mogle su biti savršeno koordinisane. Ali na ovaj način, albanski pravni sistem sadrži dva paralelna seta propisa, koji regulišu isto pitanje, jedan primjenjiv na potrošače, i drugi primjenjiv na sve, uključujući i potrošače. Bilo bi poželjnije da se ove odredbe spoje kako bi se izbjegle iskrivljenosti i nedosljednosti u privatnom pravu. Jedan jedini set propisa koji regulišu opšte ugovorno pravo, je šta više dugogodišnja cilj Evropske unije, koja je skoro usvojila novi prijedlog Uredbe o Zajedničkom evropskom pravu prodaje (EPP),⁵⁸ koje iako ograničeno u području primjene, jer se tiče samo prekograničnih transakcija o ugovorima o prodaji i uslugama, sadrži propise kako za B2C tako i B2B ugovore.

Kako ZZP tako i AGZ sadrže samo listu nepoštenih odredbi, koja se čini kao crna lista, iako je formulacija relevantnih odredbi veoma kratka. Čl. 27. (4) transponuje cjelokupnu listu iz 1. aneksa Direktive 93/13 i nova odredba je dodana putem najnovijih izmjena ZZP.⁵⁹ Nije izričito rečeno da li se radi o konačnoj listi, ali uzimajući u obzir da čl. 28. ZZP sadrži opštu odredbu o ocjeni i definiciji nepoštenosti, znači da druge odredbe koje nisu uključene u listu i povrijeđuju kriterije postavljene u relevantnim odredbi, a na štetu potrošača, mogu biti proglašene ništavim od strane suda. Takva lista ne treba ograničiti vlasti kada ocjenjuju nepoštenost odredbe o kojoj se nije pregovaralo.

Na jednak način AGZ propisuje crnu listu ništavih odredbi prema čl. 686. (3), prema kojoj: one odredbe nemaju pravno dejstvo, koje uspostavljaju (i) ograničenje odgovornosti, (ii) mogućnost opoziva ugovora, ili (iii) ukidaju svoje izvršenje obaveze, ili (iv) drugoj strani nameću gubitak rokova ili (v) ograničenja prava na podizanje protivužbe, ili (vi) o ugovornoj slobodi u vezi sa trećim stranama, (vii) arbitražne klauzule, (viii) ili derogiraju sudsku nadležnost, osim ako su izričito odobrene pismenim putem od druge strane“. Odredbe sadržane u crnoj listi su pisane uopštenije, ostavljajući prostor za tumačenje *lato sensu*, tako nudeći nekada i bolju zaštitu strani koja ih nije formulisala, npr. bilo kakvo ograničenje odgovornosti, bilo materijalne ili lične, zabranjeno je prema AGZ.⁶⁰ Iako se u italijanskoj pravnoj doktrini i sudskoj praksi takva lista smatra konačnom, zbog izuzetnog karaktera odredbe (čl. 1341. (2) italijanskog Građanskog zakonika) u pogledu opšteg načela slobode forme,⁶¹

⁵⁷ Čl. 686., § 2 AGZ.

⁵⁸ Prijedlog Uredbe Evropskog Parlamenta i Vijeća o Zajedničkom evropskom pravu prodaje COM(2011) 635 final, Brisel, 11.10.2011.

⁵⁹ Vidi gore 1. Sada, čl. 27. (4) ZZP sadrži 18 nepoštenih odredbi od slova a-m.

⁶⁰ F. Parapatis, 173.

⁶¹ P. Nebia, (2007), 51.

takvo tumačenje ne treba se smatrati ispravnim za AGZ, jer kako je gore navedeno, novi stav je dodan čl. 686. AGZ (slijedeći da čl. 1241. italijanskog Građanskog zakonika ima samo dva stava). Stoga sudovi ne trebaju biti ograničeni takvom listom, i mogu koristiti opšte kriterije, poput očigledne neravnoteže ili značajne nejednakosti koji mogu proizlaziti iz standardni ugovornih odredbi, da bi ocjenili nepoštenost odredbe, iako takva odredba nije uvrštena u listu.

Nadalje, Sud EU je smatrao u Komisija/Švedske da lista u aneksu sadrži samo indikativnu i otvorenu listu odredbi koje se mogu smatrati nepoštenim. Odredba koja se pojavljuje na listi ne mora nužno biti smatrana nepoštenom, i obratno, odredba koja se ne pojavljuje na listi može bez obzira na to biti nepoštena.⁶²

4. Relevantne okolnosti za test pravednosti

Potreba za sudskom kontrolom nad standardnim ugovornim odredbama danas se diskutuje u pravnoj nauci, iako se predloženi razlozi za kontrolu nepoštenosti značajno razlikuju u različitim teorijama.⁶³ Klasični stav opravdava takvu kontrolu argumentom zaštite slabije strane i nejednake moći pregovaranja između prodavca i kupca,⁶⁴ neka druga opravdanja tiču se bolje distribucije ishoda koji se mogu ostvariti ugovornim pravom;⁶⁵ druge teorije predlažu njihovo pravdanje sa neuspjesima tržišta ukazujući na asimetričnosti u informacijama i nužnosti obaveze da informacija bude pružena;⁶⁶ drugi pristup je paternalistički, koji se u slabijem obliku može naći u njemačkoj ideji da bi se dispozitivni propis trebao koristiti kao mjerilo kontrole;⁶⁷ i neki drugi argumenti su povezani sa razmatranjem politike socijalnih vrijednosti, dijeleći socijalnu pravdu ili podstičući ugovornu pravdu ukazujući na načela savjesnosti i poštenja, doprih poslovnih običaja, solidarnosti i poštovanja drugih,⁶⁸ koji u stvari mogu pomoći u ostavljenju materijalne ravnopravnosti i materijalne slobode ugovaranja.⁶⁹

S obzirom da albansko zakonodavstvo predstavlja dva paralelna seta propisa, ove dvije regulacije će biti diskutovane na takav način. Čl. 686.-688. AGZ i čl. 27.-28. ZZP, postavljaju kriterije za materijalnu i formalnu kontrolu ništavih/nepoštenih odredbi.

Prema ZZP, subjektivno područje primjene nepoštenih odredbi uspostavljeno je putem čl. 2. i prošireno na odnose između trgovaca i potrošača u pogledu dobara i usluga. Poput ovoga, objektivno područje primjene nepoštenih odredbi određeno je putem dva ograničenja:

(a) Odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo

Kontrola pravednosti se ne primjenjuje na odredbe o kojima se pojedinačno pregovaralo. Pojam odredbe o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo zahtijeva da odredba nije pregovarana, tako da je potencijalno nametnuta potrošaču čak i kada je korištena u jednoj transakciji, dok je standar-

⁶² Sud EU odluka od 7. maja 2002., C-478/99 – *Commission of the European Communities v. Kingdom of Sweden* [2002] ECR I-04147, § 20.

⁶³ O sažetku i odgovarajućoj kritici na svaku teoriju vidi M. W. Hesselink, 131-147.

⁶⁴ Takvo mišljenje je snažno naglašeno od strane Suda EU; Vidi također, M. Kenny, J. Debebey, L. Fox O'Mahony, *Unconscionability in European Private Financial Transaction: Protecting the Vulnerable*, Cambridge University Press 2010.

⁶⁵ O kritici na ciljeve distribucije NZRO vidi J. Eidenmüller "Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in DCFR", *European Review of Contract Law* 2009/5 str. 109-131.

⁶⁶ B. Schäfer & P.C. Leyens, "Judicial control of Standard Terms in consumer contracts", u P. Larouche & F. Chirico eds. *Economic Analysis of the DCFR*, Sellier, Munich 2010, 97-119, također objavljeno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520457, posljednja posjeta 25. novembra 2011.

⁶⁷ M.W. Hesselink, 139.

⁶⁸ *Ibid.*, 142; H. Rösler, 732-735.

⁶⁹ A. Colombi-Ciacchi, "Party Autonomy as Fundamental Right in the European Union", *ERCL* 2010/3, 303-318.

dna odredba sastavljena za opšte korištenje da bi regulisala na jedinstven način određeni ugovorni odnos (687. AGZ). Za odredbu se smatra "da se o njoj nije pregovaralo" kao prvo, kada je sastavljena unaprijed i kao drugo, kada potrošač nije mogao uticati na njen sadržaj,⁷⁰ naročito u kontekstu unaprijed sastavljenih standardnih ugovora. Bilo kako bilo, činjenica da se o pojedinim aspektima odredbe i o posebnoj odredbi pojedinačno pregovaralo ne isključuju primjenu ove odredbe na ostatak ugovora ako generalna ocjena ugovora pokazuje da je to ipak unaprijed sastavljeni standardni ugovor. Ova odredba naznačava da primjena testa pravednosti možda nije ograničena na „standardne ugovore“, nego da bi mogla biti proširena na ugovore koji su jednom korišteni,⁷¹ iako uzimajući u obzir *ratione persona* opšte područje primjene ZZP, teško bi se mogao zamisliti nestandardni ugovor unaprijed sastavljen od trgovca.

(b) Osnovne odredbe: predmet ugovora ili cijena

Prema novim izmjenama ZZP, Čl. 4.(2) Direktive je doslovno transponovan u čl. 27. (3.1) ZZP. Prema ovim izmjenama područje primjene testa nepravednosti dalje je ograničeno, što je zapravo korak nazad, jer je nivo zaštite potrošača smanjen, uzimajući u obzir da prema skoroj praksi Suda EU državama članicama nije zabranjeno da pruže veću zaštitu potrošačima i dalje prošire kontrolu nad nepoštenim odredbama.⁷² Nadalje, ove odredbe Direktive uvedena je u posljednji trenutak pod njemačkim uticajem, da bi se iz područja primjene Direktive isključili svi aspekti transakcije koji su direktna posljedica ugovorne slobode stranaka.⁷³ Zbog generalne pobune njemačkih pravnikâ da se poštuje tržišna ekonomija i ugovorna sloboda, područje primjene Direktive 93/13 nije samo ograničeno na odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo nego i isključenjem *essentialia negotii*, dok su u drugim državama, poput Francuske, sudovi ovlašteni da kontrolišu sve ugovorne odredbe.⁷⁴ Bilo kako bilo ova odredba nema za cilj da reguliše osnovnu odredbu sve dok je izražena jasnim i razumljivim jezikom. Nadalje, 19. recital Direktive 93/13 naznačuje da iako ocjena nepoštenosti karaktera neće biti vršena nad odredbama koje opisuju ili glavni predmet ugovora ili odnos kvaliteta/cijene robe ili pruženih usluga, glavni predmet ugovora i odnos cijene/kvaliteta mogu biti uzeti u obzir prilikom ocjene nepoštenosti drugih odredbi. Na taj način odobrena je indirektna kontrola cijene. Nadalje, Direktiva 93/13 izmijenjena Direktivom o pravima potrošača prepoznaje ovaj fenomen zahtijevajući od država članica da informišu Komisiju kada prošire ocjenu nepoštenosti na odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo ili primjerenost cijene ili naknade.⁷⁵

Novi EPP⁷⁶ u čl. 7. reguliše šire definiciju „odredbi o kojima se nije pojedinačno pregovaralo“ konstatujući da se o ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo ukoliko je sastavljena od jedne strane a druga strana nije mogla uticati na njen sadržaj. Kada jedna strana punidi izbor ugovornih odredbi drugoj strani, za odredbu se neće smatrati da je o njoj pojedinačno pregovaralo samo zato što druga strana nju bira iz ponuđenog izbora. U ugovoru između trgovca i potrošača, ugovorne odredbe sastavljene od treće strane smatraju se sastavljenim od strane trgovca, osim ako ih potrošač nije uvrstio u ugovor.

⁷⁰ Direktiva 93/13 je posudila takvu odredbu iz njemačkog BGB, vidi P. Nebia "Unfair Contract Terms" u C. Twigg-Flesner "The Cambridge Companion to European Union Private Law", Cambridge University Press 2010, 216-228, 219.

⁷¹ P. Nebia (2007), 134-155.

⁷² C-484/08 – *Caja de Ahorros op.cit.*

⁷³ J. Stuyck, "C-484/08 – *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*", European Review of Contract Law 6/ 2010, str. 449-459; P. Nebia (2007), 124; P. Nebia (2010), 219.

⁷⁴ H. Kötz, 144-145.

⁷⁵ Direktiva 2011/83/EU od 25. oktobra 2011. o pravima potrošača, mijenjajući Direktivu Vijeća 93/13/EEZ i Direktivu 1999/44/EZ Evropskog Parlamenta i Vijeća ukidajući Direktivu 85/577/EEZ i Direktivu 97/7/EZ Evropskog Parlamenta i Vijeća, Sl. list EU L 304 /64, 22. novembar 2011, čl. 32. uvrštava "čl. 8a" u Direktivu 93/13.

⁷⁶ Prijedlog Uredbe Evropskog Parlamenta i Vijeća o Zajedničkom evropskom pravu prodaje COM(2011) 635 final, Brisel, 11.10.2011.

Kontrola pravednosti se sastoji od dvije vrste kontrole, materijalne i formalne. Materijalna kontrola zasnovana je na kriteriju očigledne i istaknute neravnoteže u pravima i obavezama stranaka na štetu potrošača. ZKP također ukazuje na okolnosti koje moraju biti uzete u obzir prilikom ocjene nepoštenosti ugovorne odredbe, poput:

- a) prirode robe ili usluga za koje je ugovor zaključen;
- b) vremena zaključenja ugovora;
- c) svih okolnosti koje prate zaključenje ugovora;
- d) svih drugih odredbi ugovora ili drugog ugovora o kojem on ovisi.

Osim ovih kriterija, ZKP uvodi i crnu listu nepoštenih odredbi, koja je produžena sa novim izmjenama. Iako vlasti imaju na raspolaganju opštu klauzulu za ocjenu nepoštenosti, i neće biti ograničene listom, argument u korist takve liste jeste da se imaju jasni pokazatelji šta je dozvoljeno a šta ne, da bi se pomoglo praktičarima prilikom sastavljanja ugovora s jedne strane, i potrošačkim udruženjima i vlastima s druge.⁷⁷ Lista je mnogo duža u predloženom EPP, i podijeljena na sivu i crnu listu.⁷⁸ Iako se ova lista kritikuje,⁷⁹ mogla bi pomoći u jedinstvenom tumačenju nepoštenosti putem ukazivanja na konkretnije odredbe i tako osposobljavajući sudove da koriste dedukciju ili indukciju kako bi ocijenili nepoštenost.

ZKP je isključio kriterij „savjesnosti i poštenja“, iako se tragovi tog koncepta mogu naći u AGZ, međutim ne u vezi sa valjanosti standardnih/opštih ugovornih odredbi. U ovom pogledu ZKP je usklađen sa AGZ.

Nije jednostavno da se odluči tačno značenje i praktična primjena testa „očigledne neravnoteže“. Zbog nedostatka prakse i uzimajući u obzir da je ovo evropski koncept, koji je preuzet iz Direktive 93/13, od pomoći je da se uputi na neke autore koji su istražili ove koncepte. Nebia objašnjava da:

„Jasno je da ‘očigledna neravnoteža’ uključuje nedostatak simetričnosti u pravima i obavezama stranaka ili da su prava prodavca ili pružaoca usluga ili pravna sredstva prekomjerna i disproportionalna; i to, narpotiv, ‘ravnoteža’ znači da se svaki rizik prebačen na potrošača treba odvagati u odnosu na rizik stavljen na trgovca: npr., potrošač može kupiti robu koja djeluje kao da sadrži potpunu garanciju, ali nalazi da odredba čini pružaoca usluge jedinim sucem o pitanju da li roba ima nedostaka ili ne. Neravnoteža leži u tome da prodavac može uložiti pravno sredstvo protiv kupca ako posljednje navedeni ne plati, ali kupac nema pravno sredstvo protiv trgovca, ako trgovac poriče da je roba falična. ... odredba se treba ocijeniti nepoštenom, ukoliko iako je kompenzovana nižom cijenom, stavlja na potrošača neprihvatljiv stepen rizika. Primjenjujući ovo načelo na ‘očiglednu neravnotežu’ to bi značilo da su odredbe poštene ukoliko mogu biti prihvaćene od strane racionalnih zastupnika koji, ne znajući na kojoj strani transakcije stoje, su morali sebe zamisliti kao stranke u transakciji. Ugovori koji padnu na testu neće se poništiti, osim ako je gubitnička strana svjesno uključena u preuzimanje rizika. Stoga, može se predložiti da odredba uzrokuje ‘očiglednu neravnotežu’, kada uključuje rizik koji ne samo pojedini potrošač ne bi preuzeo, nego većina potrošača ne bi.“⁸⁰

Kötz pokušava da objasni ovaj koncept uzimajući u obzir da se ugovorne odredbe mogu smatrati ništavim ako druga strana nije imala pravu priliku da utiče na njihov sadržaj, argumentujući da odsustvo takve prilike ne postoji zbog moći pregovaranja ili ekonomske superiornosti poslovne

⁷⁷ H. Kötz, 145.

⁷⁸ COM(2011) 635 final, čl. 84. (crna lista) i čl. 85. (siva lista).

⁷⁹ D. Mazeaud, "Unfairness and Non negotiated Terms" u R. Schulze/J. Stuyck eds. "Towards a European Contract Law", Sellier, Munich 2011 na str. 123-129.

⁸⁰ Nebia (2007), 150.

strane, nego zbog činjenice da troškovi transakcije provjere opštih odredbi i njihovog poređenja sa onima koje su drugi ponudili, i pravljenje protivprijedloga koji vode do daljnih pregovora, mogu proširiti svaku moguću prednost koju strana stekne. Osim toga, drugi trgovci ne bi nudili bolje uslove. Takvo ponašanje je racionalno, ali može biti iskorišteno od poslovnog subjekta. Njegove odredbe bi prema tome trebale biti tretirane kao „nepoštene“ ili „nerazumne“, ukoliko su nepovoljnije u poređenju sa onim što bi bilo dogovoreno, da su strane bile u stanju da o njima pregovaraju u svijetu gdje troškovi transakcije koštaju nula. U takvom svijetu, rizik bi bio prebačen na stranu koja bi ga mogla izbjeći o jeftinijem trošku. Tako da ukoliko bi kupac izbjegao određeni rizik o manjem trošku nego poslovni subjekt, onda bi on bolje prihvatio rizik nego višu cijenu koju bi ponudio trgovac, ukoliko bi on morao snositi rizik. Takvo obrazloženje ne bi se primijenilo, ako nikakvo preventivno djelovanje ne bi bilo moguće, ili bi bilo moguće samo o disproportionalnom trošku. U takvom slučaju razumne stranke bi prebacile rizik na stranu koja bi se mogla jeftinije ograditi od moguće štete, i naročito jeftinije se osigurati protiv nje.⁸¹ Takve argumente također podržava ekonomska analiza pravne teorije, koja nudi razloge za sudsku kontrolu, njena ograničenja i ravnopravnost u odnošenju prema potrošačkim i poslovnim ugovorima.⁸²

Štaviše, Sud EU do sada nije ponudio nikakvu vodilju u pogledu značenja testa pravednosti u Direktivi 93/13. U *Freiburger Kommunalbauten* od Suda EU je zahtijevano da odluči o valjanosti klauzule koja obavezuje potrošača da plati cijenu pružaocu usluge prije njegovog izvršenja usluge, na što je odgovorio da je na nacionalnom sudu da odluči da li takva ugovorna odredba ispunjava kriterije da bi se smatrala nepoštenom.⁸³ To što se Sud EU u ovom slučaju suzdržao od odlučivanja o primjeni opšteg kriterija na određeni propis mora se posmatrati u svijetlu posebnih okolnosti koje su pratile slučaj. Sud EU je odbio da da bilo kakvu pomoć, bilo kakvu uputu da li značenje neodređenog, apstraktnog ili otvorenog koncepta kakav koristi Direktiva 93/13 uključuje određenu grupu slučajeva.⁸⁴ Upućujući na nacionalno pravo o ocjeni nepoštenosti Sud EU je dao valjanost korištenju dispozitivnog nacionalnog privatnog prava kao mjerila nepoštenosti. Taj koncept koristi AGZ kada propisuje da se nevaljanost standardne odredbe treba cijeliti prema gubitku ili disproportionalnoj nepogodnosti koja uzrokuje nejednakost i neravnotežu jednoj od strana suprotno načelima sadržanim u AGZ. Stoga, dispozitivni propisi mogu se smatrati onim što bi stranke dogovorile, da su imale priliku da o tome pregovaraju. Ovaj argument ide u korist paternalističkom pristupu.

U pogledu formalne kontrole ZPP sa skorim izmjenama uvodi preformulisani zahtjev transparentnosti, propisujući da kada su odredbe ponuđene potrošaču u pismenom obliku, obe odredbe moraju biti sastavljene razumljivo na albanskom jeziku i moraju imati jasan i izdvojen izgled. Font koji se koristi mora biti "Times New Roman", sa veličinom slova najmanje 10. Kada postoji sumnja u značenje odredbe, primjenjuje se tumačenje koje je najpovoljnije za potrošača. Nova formulacija ZPP je određenija nego ona propisana u Direktivi 93/13, koja ima za cilj da dalje odredi zahtjev transparentnosti, definišući koje je značenje „razumljivog“ s jedne strane i „jasnog“ s druge strane. Takva odredba ima za cilj da privuče pažnju potrošača na standardne odredbe. Takav princip je duboko ukorijenjen u pravu EU, od prva dva programa za zaštitu potrošača i politike informisanja Zajednice.⁸⁵ Pravo na informaciju je jedno od najnaglašenijih prava od strane prava EU, i obaveze informisanja su uključene u gotovo svaku direktivu. Sankcija za povredu zahtijeva transparentnosti je

⁸¹ H. Kötz, 146-147.

⁸² B. Schäfer & P.C. Leyens.

⁸³ Sud EU, odluka od 1. aprila 2004., C-237/02 – *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v Ulrike Hofstetter und Ludger Hofstetter* [2004] ECR I-3403.

⁸⁴ Vidi M. W. Hesselink "Case: ECJ- *Freiburger Kommunalbauten v Hofstetter*" *European Review of Contract Law*, 2006/3 str. 365-375; P. Rott "What is the Role of the ECJ in EC Private Law? -A Comment on the ECJ judgments in *Oceano Grupo, Freiburger Kommunalbauten, Leitner and Veedfald*", *Hanse Law Review*, 2005/1/1, 10-17.

⁸⁵ Vidi V. Kendall, *EC Consumer Law*, Chancery Law Publishing, London 1994, 7.

poprilična kazna o kojoj treba da odluči KZP.⁸⁶ Slijedeće načelo uvedeno u ovoj odredbi je *contra proferentem* pravilo, što je poprilično razumljivo i jasno u privatnom pravu, iako nije uvijek pogodno da ostvari svoj cilj, jer je nekada bolje da je odredba nepoštena/nevaljana, nego da se tumači u korist potrošača.⁸⁷

5. Zastara ništavosti

Zakon ne reguliše ovo pitanje, ali pod pretpostavkom da su nepoštenne odredbe ništave ugovorne odredbe, prema opštim načelima one nisu predmet zastare. Pravni akt koji je apsolutno ništav ne proizvodi nikakve pravne posljedice. Takva ništavost je uvedena zakonom u opštem interesu kao sankcija za ugovore koji vrijeđaju zakonske prinudne propise.⁸⁸ Takav akt nema snagu valjanog pravnog akta. Apsolutna ništavost je predmet/stvar činjenice, i sud bi samo mogao primjetiti ništavost. Odluka suda u tavnim slučajevima ima samo deklaratorno dejstvo. Kada nadležni sud prilikom odlučivanja o nekom slučaju primjeti da je pravni akt apsolutno ništav, on se ograničava samo na proglašenje/potvrdu ništavosti a odlučuje o meritumu slučaja da bi riješio konflikt između stranaka povezan sa odgovarajućim pravnim odnosom. Sama priroda apsolutne ništavosti uzrokuje cijeli niz posljedica: ništav pravni akt ne može konvalidirati kasnijim aktom, niti saglasnošću niti odobrenjem, niti istekom roka zastare, niti kasnijim nestajanjem razloga ništavosti. Ništavost pravnog akta može prigovoriti bilo ko, ko ima interes; može se prigovarati protiv druge ili treće strane, čak i ako djeluju u dobroj vjeri, koje se pozivaju na prava koja proizilaze iz ništavog akta. Apsolutna ništavost proglašava se *ex officio* od strane suda, čak i ako je ne zahtijeva zainteresovana strana ili čak i protiv njene volje.⁸⁹ Ipak, sudovi obično imaju tendenciju da prenaglašavaju čl. 6. Zakona o građanskom postupku i ograniče se samo na zahtjeve stranaka, i time zaobilaze ovu dužnost na štetu javnog poretka.⁹⁰

Takvo stajalište je također suprotno praksi Suda EU koji je u *Cofidis* odlučio da Direktive 93/13 zabranjuje nacionalni propis koji, u postupcima koje su pokrenuli prodavci ili pružaoci usluga protiv potrošača na osnovu ugovora zaključenih između njih, zabranjuje nacionalnom sudu da po isteku roka zastare utvrdi po službenoj dužnosti ili postupajući po prigovoru potrošača, da je ugovorna odredba nepoštena.⁹¹ Sud EU je odlučio da postavljanje vremenskog ograničenja za sudsku ovlast, da po službenoj dužnosti utvrdi da je nepravredna odredba protuzakonita, je suprotna ciljevima Direktive 93/13. Sud EU također naglašava da dozvola državama članicama da uvede takve rokove zastare, koji bi mogli da se međusobno razlikuju, također bi bila suprotna načelu jedinstvene primjene Prava EU. (§ 34). Stoga je očigledno, da je takva situacija prikladna da utiče na efikasnu zaštitu koju čl. 6. i 7. Direktive 93/13 žele pružiti (§ 35). Da bi potrošačima uskratili korist od zaštite, prodavci i pružaoci usluga bi samo morali da sačekaju do isteka roka utvrđenog u njihovom zakonodavstvu prije zahtjevanja izvršenja nepoštenih odredbi koje bi nastavili da koriste u ugovorima. Stoga je procesno pravilo koje zabranjuje nacionalnom sudu da po isteku roka zastare, po službenoj

⁸⁶ Čl. 57. izmijenjen putem ZZP.

⁸⁷ H. Kötz, 141.

⁸⁸ Čl. 92. AGZ.

⁸⁹ A. Nuni, 337-338.

⁹⁰ Postoji popriličan broj slučajeva preduzeća mobilne komunikacije protiv njihovih klijenata, čije prebivalište nije u Tirani; bez obzira na to Okružni sud Tirane odlučuje protiv takvih tuženih, u njihovom odsustvu prihvaćajući prorogacionu klauzulu postavljenu u standardnom ugovoru, iako je protivna AGZ i ZZP, čak suprotna onome što je odlučio Sud EU u svojoj praksi o prorogacionim klauzulama npr. *Oceano, Mostaza Claro, Pannon, Pénzügyi Lízing, i dr.* Iako Albanija nije država članica, ona želi da pristupi, tako da bi sudovi mogli biti najbolji posrednici u harmonizaciji zakonodavstva sa *acquis communautaire*. Vidi <http://www.gjykatirana.gov.al/>. Vidi također odluku Vrhovnog suda br. 11243-01473-00-2006 i Regj. Themeltar, br.00-2009-405 i Vendimit (8) od 5.2.2009 o suprotnom stavu bez ikakvog valjanog argumenta što je rečeno pod pitanjem <http://www.gjykatalarte.gov.al/>, posljednja posjeta 28. novembar 2011.

⁹¹ Sud EU odluka od 21. novembra 2002, C-473/00 – *Cofidis v. Fredout*, [2002] ECR I-10875.

dužnosti ili na prigovor potrošača, utvrdi da je nepoštena odredba čije izvršenje zahtijeva trgovac ili ponudilac usluga, u postupku u kojem su potrošači tužena strana, prikladna da prekomjerno oteža primjenu zaštite iz Direktive 93/13. (§ 36).

6. "Nevaljanost" ili "neobavezujuće dejstvo" nepoštene odredbe

Na primjeru čl. 686. AGZ, možemo vidjeti da se u okviru jedne odredbe koriste različiti pojmovi [*ima dejstvo, ništav, bez dejstva/nevaljan*], iako bi prema sistemskom tumačenju odredbe crne liste postavljene u trćem stavu trebale biti tumačene u svjetlu drugog stava, koji uređuje opštu klauzulu da bi se razumjelo šta se misli pod nevaljanim/ništavim ili u terminologiji potrošača „nepoštenim“. U pogledu klasifikacije i posljedica ova odredba trebala bi se primijeniti u vezi sa opštim dijelom AGZ, koji propisuje kategorije ništavosti pravnog akta, koje mogu biti apsolutna ili relativna, djelomična ili potpuna, jer ne postoji druga kategorija propisana u zakonodavstvu. Iz jezičke perspektive ne postoji nedosljednost u korištenoj terminologiji; u opštem dijeu propisano je da *ništav* pravni akt ne proizvodi *pravne posljedice*, dok prema odredbi koja reguliše standardne odredbe one „*nemaju pravno dejstvo*“ u prvom i tećem stavu, i „ništave“ su prema drugom stavu. Pojam „dejstvo“ i „posljedice“ su veoma bliski sinonimi u albanskom jeziku. Tako su ništave standardne odredbe veoma slične apsolutnoj ništavosti, iako postoje određene neriješene poteškoće, jer je takva kategorija rijetko podnesena pred sudovima. Poteškoće nastaju u razmatranju „nepoštenih odredbi“. Prema čl. 28. (2) ZZZP u slučaju da se odredba smatra nepoštenom, takvom se smatra sa dejstvom *ex tunc*. Druge ugovorne odredbe ostaju obavezujuće za stranke i daljne izvršenje ugovora je moguće. Iz osobina nepoštenih odredbi i apsolutne ništavosti pravnog akta proizilaze značajne sličnosti uzimajući u obzir da je zaštita potrošača stvar javnog poretka bilo zbog njihovog dobrostanja ili zbog postizanja materijalne slobode ili zbog borbe protiv tržišnih neuspjeha. Formulacija čl. 28. (2) ZZZP djeluje kontradiktorno, jer je u prvom dijelu rećenice korištena odgovarajuća rijeć koja ukazuje na apsolutnu ništavost, dok je u drugom dijelu odredbe korišten pojam koji nije karakterističan za apsolutnu ništavost, nego više za relativnu. Bilo kako bilo, odredba iskorijenjuje bilo kakve posljedice nepoštene odredbe, čak i kada je njen karakter pogrešno protumaćen. Takva odredba transponuje čl. 6. Direktive 93/13, zajedno sa njegovim namjernim nedorećenostima, koji je stvari namjerno ostavio nejasnim da bi ostavio prostora nacionalnom zakonodavstvu da ih lakše uklopi u njegov sopstveni kocept.⁹²

Kako AGZ pokazuje određene sličnosti sa italijanskim Građanskim zakonikom, bilo bi primjereno bar nakratko spomenuti neke pravne rasprave u italijanskoj nauci, da bi se pokazale razlike i autonomnost AGZ. Kao prvo, raspravlja se da li se nevaljanost uklapa u ništavost ugovora ili ne, i pojedini argumentuju da je zakonodavac imao za cilj da stvori novu kategoriju koja nije predmet djelomične ništavosti, jer bi proglašenje cjelokupnog ugovora ništavim suprotno interesu potrošača bilo poprilično riskantno. Ovo nije tako u albanskoj pravnoj stvarnosti, jer kategorija djelomične ništavosti (čl. 111. AGZ) nudi objektivni kriterij za održanje pravnog akta na snazi, za razliku od čl. 1419. italijanskog Građansko zakonika, koji pruža subjektivne kriterije. Kao drugo, u pogledu argumenta da je ništavost relativna jer je uspostavljena u interesu slabije strane koju štiti, AGZ priznaje zašttu koja uzrokuje apsolutnu ništavost, npr. za djecu ispod četrnaest godina. Dalje, Sud EU je naglasio visok nivo zaštite koju Direktiva 93/13 pruža potrošaćima proširujući zašttu na slućajeve u kojima potrošać koji je zakljućio ugovor koji sadrži nepoštenu odredbu propusti da prigovori nepoštenu prirodu odredbe, bilo zato što nije upoznat sa svojim pravima ili zato što se boji zahtijevati njihovo izvršenje zbog troškova koje sudski postupci iziskuju.⁹³ Kao treće, većinsko mišljenje u Italiji smatra

⁹² P. Nebia, (2010) str. 219.

⁹³ *Ibid.* § 34 *Cofidis*.

da nepoštene odredbe nisu predmet zastare, iako to nije neosporeno. Može se zastupati mišljenje jednako kao u Albaniji,⁹⁴ jer je takvo mišljenje također u skladu sa odlukom u *Cofidis*.

EPP je kritikovan jer nije razjasnio situaciju; bar je trebao uključiti i sistematizovati stvari već rješene od strane Suda EU.⁹⁵ Zapravo, EPP je odgovorio na dva od mnogih pitanja koja se mogu postaviti u pogledu nepoštenih odredbi i njihovog dejstva i klasifikacije. Tako, EPP je već potvrdno odgovorio u čl. 79., da ugovorne odredbe ostaju obavezujuće bez nepoštene odredbe, ukoliko mogu ostati na snazi. Na pitanje da li druge odredbe mogu biti modifikovane, kada je jedna odredba nepoštena, EPP izričito odgovara negativno. U pogledu drugih pitanja, poput da li je nepoštenost predmet zastare; koji propis se primjenjuje umjesto odredbe postavljene u nepoštenoj klauzuli; da li „neobavezujuće dejstvo“ djeluje *ipso jure* ili na zahtjev stranke, ili se kao takvo vrši jednostranim proglašenjem; da li je sud ovlašten ili čak obavezan da utvrdi *ex officio* nepoštenost ili da bude indiferentan kada je nepoštenost utvrđena; da li bi sud trebao odbiti primjenu nepoštene odredbe, čak i kada stranka koja je njome stavljena u nepovoljniji položaj, nema namjeru da je ospori; da li bi sud trebao jednostavno izbjeći primjenu takve odredbe ili bi mogao modificirati i tako je učiniti da ne bude nepoštena; da li bi nepoštena odredba mogla biti *ex post* učinjena obavezujućom putem potvrde od oštećene stranke nakon zaključenja ugovora.⁹⁶ Ovo su sve pitanja koja se postavljaju na osnovu kategorija i koncepta koji su do sada propisani domaćim zakonodavstvom, u pogledu ništavosti ugovora ili ugovorne odredbe. Vjerovatno će EU i Sud EU stvoriti autonomnu kategoriju nevaljanosti.

7. Ex-officio proglašenje ugovorne odredbe nepoštenom

Na osnovu svih gore navedenih razloga sudovi imaju mogućnost da *ex officio* proglase odredbu nepoštenom. U Albaniji je veoma je oskudna sudska praksa o nepoštenim odredbama i gotovo nikakva o potrošačkim ugovorima. Ipak, državne vlasti, poput KZP, uspješno su koristile svoje ovlasti u ovim predmetima⁹⁷ što pokazuje da bi sudovi mogli da učine mnogo više.

Paznja se mora posvetiti praksi Suda EU, jer su prava potrošača u ugovoru veoma važno pitanje i jer je zaštita od nepoštenih odredbi od velikog značaja na nivou EU, kako čl. 7. Direktive 93/13 zahtijeva od država članica da uvedu primjerena i efikasna sredstva da bi spriječila korištenje nepoštenih odredbi. Takva sredstva uključuju odredbe prema kojim osobe ili udruženja, koja prema nacionalnom pravu imaju legitiman interes da zaštite potrošače, mogu podnijeti tužbu prema nacionalnom pravu koje je u pitanju, pred sudovima ili nadležnim upravnim tijeloma, za odluku da li je ugovorna odredba sastavljena za opštu upotrebu nepoštena, tako da mogu primijeniti primjerena i efikasna sredstva da bi spriječila stalno korištenje takvih odredbi. Države članice su odabrale različite načine implementacije⁹⁸ ove odredbe. Među takvim efikasnim sredstvima mogla bi biti obaveza nacionalnih sudova da proglase odredbe nepoštenim *ex-officio*.

U više navrata, Sud EU se morao baviti pitanjem da li nacionalni civilni sudovi smiju ili čak moraju da testiraju, *ex-officio*, nepoštenost potencijalno nepoštene ugovorne odredbe. Temeljna

⁹⁴ Vidi E. Graziuso, op cit. fn.; P.G. Demarchi eds., "I diritti di consumatore e la nuova class action"; Zanielli editore, Bologna 2010; T. Febbrajo "L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore", Edizioni Scientifiche 2006.

⁹⁵ Za daljnu analizu opcionog instrumenta koji je pretvoren u Prijedlog Uredbe G. De Cristofaro "Invalidity" of Contracts and Contract Terms in the Feasibility Study on a Future Instrument for European Contract Law" u R. Schulze/J. Stuyck eds. "Towards a European Contract Law", Sellier, Munich 2011 at str. 97-120.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Vidi odluku KZP o kojoj je izvješteno gore 1.; Odluke KZP br. 9 od 6.8.2010 i br. 15 od 4.2.objavljeni na <http://www.mete.gov.al/rub.php?a&idr=243>, last visited on 20 November 2011.

⁹⁸ Vidi o različitim sredstvima implementacije H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers eds. EC consumer law compendium, Sellier, Munich 2008.

odluka je *Oceano Grupo*,⁹⁹ gdje je Sud EU smatrao da bi efikasna zaštita kakvu zahtijeva Direktiva 93/13 mogla biti postignuta samo ukoliko nacionalni sud ima ovlasti da odredi, po službenoj dužnosti, da li je odredba ugovora nepoštena kada vrši prethodnu ocjenu da li bi tužba trebala biti dopuštena pred nacionalnim sudovima. Sud EU je posmatrao ovlasti nužnim za osiguranje efikasne zaštite potrošača. Izrazio je brigu da li postoji realan rizik da potrošači ne bi bili upoznati sa njenim/njegovim pravima ili bi naišli na poteškoće u njihovom izvršenju.

U slučajevima koji su slijedili pred Sudom EU, postavilo se pitanje da li je nacionalnim sudovima samo dozvoljeno da ispituju nepoštenost potencijalno nepoštenih ugovornih odredbi po službenoj dužnosti ili imaju obavezu da to učine. U *Mostaza Claro*¹⁰⁰, Sud EU je smatrao da prema Direktivi 93/13, nacionalni sud pred kojim se odlučuje o tužbi za poništenje arbitražnog naslova mora odrediti po službenoj dužnosti da li je arbitražni sporazum ništav i poništiti takav naslov gdje sporazum sadrži nepoštenu odredbu. To je slučaj čak i kada potrošač nije prigovorio ništavosti u arbitražnom postupku, nego samo u tužbi za poništenje. Sud EU je odlučio da prinudni propisi Direktive 93/13 imaju status odredbi javnog poretka,¹⁰¹ koje se primjenjuju na jednakom nivou kao propisi o pravu konkurencije. Kao posljedica toga, nacionalni sud mora primijeniti ove propise po službenoj dužnosti u slučajevima kada bi nacionalno pravo zahtijevalo da sud primijeni nacionalne propise o javnom poretku po službenoj dužnosti.

Sud EU je potvrdio svoj prethodni stav o ovom pitanju u odluci *Pannon*.¹⁰² Ovaj slučaj se ponovo bavio klauzulom o isključivoj nadležnosti o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo. Sud EU je naglasio da nepoštena ugovorna odredba nije obavezujuća za potrošača i da nije nužno da je taj potrošač unaprijed uspješno osporio valjanost takve odredbe. Sud EU je također konstatovao da uloga nacionalnog suda prema Pravu EU nije ograničena na samu ovlast da odluči o mogućoj nepoštenosti ugovorne odredbe, nego umjesto toga stvara obavezu da se to pitanje ispita po službenoj dužnosti gdje su prisutni nužno zakonski i činjenični elementi. Odluka je također razjasnila pitanje da li nacionalni sud mora nepoštenu odredbu proglašiti ništavom, čak i ako potrošač izričito želi da bude vezan ovom odredbom. Sud EU je istaknuo da nacionalni sud nije obavezan da isključi mogućnost da će odredba biti primjenjiva, ako potrošač, nakon što je informisan o tome od strane suda, nema namjeru da utvrđuje njenu nepoštenost ili neobavezujući status.

Također u *PéNZÜgyi Lízing Zrt*,¹⁰³ Sud EU je otišao dalje nalažući obavezu nacionalnom sudu da istraži po službenoj dužnosti da li odredba koja dodjeljuje isključivu teritorijalnu nadležnost u ugovoru zaključenom između prodavca i potrošača, koji je predmet spora pred njim, spada u područje primjene Direktive 93/13, i u potvrdnom, da po službenoj dužnosti ocjeni da li je takva odredba nepoštena.

Da sumiramo, može se zaključiti da, iako je zakonodavac postavio dva paralelna seta propisa u pogledu stranaka koje su postala subjekt standardnih ugovornih odredbi, sudovi bi mogli imati ovlasti da kombinuju i usaglase takve setove propisa i primjene ih jedinstveno na sve ugovorne strane, kako AGZ pruža dovoljan osnov da bi se tumačio u skladu i u svijetlu sa praksom Suda EU, tako postižući stvarnu harmonizaciju i usklađivanje zakonodavstva kakvo zahtijeva Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa EU, cilj koji je zakonodavac propustio da ostvari na odgovarajući način. Ovako, bar sudovi mogu pomoći da obeshrabre daljnje iskrivljenje privatnog prava.

⁹⁹ Sud EU odluka od 27. juna 2000, povezani predmeti C-240/98 do C-244/98 – *Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero* [2000] ECR I-04941.

¹⁰⁰ Sud EU odluka od 26. oktobra 2006., C-168/05 – *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I-10421.

¹⁰¹ Vidi M. Ebers, "From *Océano* to *Asturcom*: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Judicata", *ERPL*, 4/2010, 823-864, str. 830.

¹⁰² Sud EU odluka od 4. juna 2009., C-243/08 – *Pannon GSM v. Erzébet Sustikné Györfi*.

¹⁰³ Sud EU odluka od 9. novembra 2010., C-137/08 – *VB PéNZÜgyi Lízing Zrt. v. Ferenc Schneider*, OJ C 013, 15.01.2011, str. 0002.

B. Nepoštene ugovorne odredbe u ugovornom pravu Bosne i Hercegovine

Zlatan Meškić, Zenica

1. Pravni izvori od značaja za analizu

Prije implementacije Direktive 93/13 u pravni sistem Bosne i Hercegovine, opšti uslovi ugovora bili su regulisani jugoslovenskim Zakonom o obligacionim odnosima (ZOO) iz 1978¹⁰⁴. godine. Članovi 142.-144. jugoslovenskog ZOO pružali su zaštitu za ugovornu starnu koja nije odredila ugovorne uslove, smatrajući opšte ugovorne uslove obavezujućim samo ukoliko je ta ugovorna strana u trenutku zaključenja ugovora bila upoznata ili morala biti upoznata sa njihovim sadržajem, zatim ukoliko njihova odredba prođe test poštenosti i samo u mjeri u kojoj taj opšti ugovorni uslov nije u sukobu sa individualno dogovorenim odredbom. Zaštita koju je pružao jugoslovenski ZOO primjenjivala se na unaprijed dogovorene ugovorne odredbe u svim vrstama ugovornih odnosa (na B2C, B2B, B2P i P2P ugovore). Nadalje, nejasne odredbe se u skladu sa čl. 100. jugoslovenskog ZOO tumače u korist ugovorne strane koja ih nije unaprijed formulisala ili predložila. Od raspada SFR Jugoslavije, ovaj zakon je sukcesijom nastavio da se primjenjuje u dvije neznatno različite verzije u svakom od entiteta BiH, kao ZOO Republike Srpske¹⁰⁵ i ZOO Federacije BiH¹⁰⁶. S obzirom da odredbe koje su relevantne za ovu analizu nisu različite, u svrhu veće jasnoće teksta ovdje će se samo ukazivati na Zakone o obligacionim odnosima BiH (ZOO).¹⁰⁷

Odredbe Direktive 93/13 uvedene su u pravni sistem BiH putem prvog Zakona o zaštiti potrošača BiH, usvojenog u 2002. godini,¹⁰⁸ koji je zbog nedostatka primjene u praksi zamijenjen u 2006. godini sa trenutno važećim Zakonom o zaštiti potrošača (ZZP).¹⁰⁹ Direktiva 93/13 je implementirana u čl. 93.-96. ZZP 2006. Opšta klauzula pravednosti je implementirana u čl. 94. i 95. ZZP. Prema čl. 94. ZZP trgovac ne smije koristiti ugovorne odredbe koje su nepravedne ili koje bi prouzrokovale štetu potrošaču. Takve ugovorne odredbe su ništave. Prema čl. 95. ZZP ugovorna odredba koja nije lično ugovorena smatra se nepravednom ako: stvara značajnu nejednakost između prava i obaveza ugovornih strana na štetu potrošača; bi ispunjenje ugovornih obaveza značajno odstupilo od opravdanog očekivanja potrošača; je u suprotnosti s principom postenja, savjesti i dobrim poslovnim običajima.

Kao prvo, ovakav način implementacije je izgleda pomiješao ugovorne odredbe o kojima se pojedinačno pregovaralo, sa ugovornim odredbama koje su lično ugovorene, t.j. ugovorene bez posrednika. Kao drugo, formulacija odredbe čl. 95. ZZP ne otkriva da li navedeni kriteriji značajne nejednakosti između prava i obaveza, povreda legitimnih očekivanja potrošača, te načela savjesno-

¹⁰⁴ Vidi *Sl. list SFRJ* br. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89, 57/89.

¹⁰⁵ *Sl. list Republike Srpske* br. 17/93, 57/98, 39/03, 74/04.

¹⁰⁶ *Sl. list Republike Bosne i Hercegovine* br. 2/29, 13/93, 13/94 i *Sl. list Federacije Bosne i Hercegovine* br. 29/03, 29/03.

¹⁰⁷ Ovakav naziv djeluje prikladan zbog procesa ponovnog ujedinjenja zakona o obligacionim odnosima na državnom nivou (o detaljima vidi više dole).

¹⁰⁸ *Sl. glasnik BiH* br. 17/02.

¹⁰⁹ *Sl. glasnik BiH* br. 25/06.

sti i poštenja i dobrih poslovnih običaja, trebaju biti ispunjeni alternativno ili kumulativno. Nejasan odnos između kriterija savjesnosti i poštenja i značajne nejednakosti u opštoj klauzuli pravednosti prema čl. 3 (1) Direktive 93/13,¹¹⁰ prenesen je i na čl. 95.ZZP uz određene dodatne dileme. Čl. 95. ZZP imenuje opravdana očekivanja potrošača kao dodatni kriterij, koji nije naveden u čl. 3. (1) Direktive, i koji bi stoga u slučaju kumulativne primjene uzrokovao da ZZP zahtijeva viši standard nego Direktiva 93/13.¹¹¹ Opravdanja očekivanja su novo načelo u oblasti obligacionih odnosa u BiH¹¹², veoma uopšteno formulirano bez daljnog objašnjenja¹¹³, i stoga otežano mogu biti predmet sudske ocjene u praksi. Ovo načelo je vjerovatno transponovano iz prvog prijedloga Direktive 93/13 iz 1990¹¹⁴, koji je navodio tri kriterija za test poštenosti, veoma slična onima koje sada možemo naći u čl. 95. ZZP. U ovom kontekstu zanimljivo je spomenuti da je je prijedlog Direktive iz 1990. godine, koji je iz nepoznatih razloga očigledano imao uticaj ja zakonodavca BiH, ova tri kriterija postavio alternativno.¹¹⁵

Čl. 95. ZZP kao slijedeći kriterij navodi načela savjesnosti i poštenja i dobrih poslovnih običaja. Shvata se kao kumulativni uslov povrede oba načela, iako Direktiva navodi samo načelo savjesnosti i poštenja, zbog čega je potrošačima ponovo teže uspostaviti nepoštenost ugovorne odredbe prema ZZP nego prema čl. 3. (1) Direktive 93/13¹¹⁶. Jedina mogućnost da se izbjegne zaključak da je implementacija opće klauzule pravednosti u čl. 94. i 95. ZZP suprotna čl. 3. (1) Direktive, jeste da se pokušaju tumačiti odredbe ZZP u skladu sa Direktivom, što je metoda tumačenja uspostavljena u praksi Suda EU¹¹⁷ i koju zahtijeva čl. 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju potpisanog između BiH s jedne strane i EU i njenih država članica s druge.¹¹⁸ Ovo bi dovelo do zaključka da se kriteriji iz čl. 95. trebaju shvatiti alternativno.¹¹⁹ Nadalje, tumačenje prema kojem su kriteriji u čl. 95. ZZP postavljeni kumulativno značilo bi da ZZP pruža manju zaštitu nego čl. 103. ZOO, koji zaštitu pruža svakoj ugovornoj strani proglašavajući ugovornu odredbu ništavom ukoliko je suprotna načelu dobrih poslovnih običaja. Alternativna primjena kriterija iz čl. 95. ZZP naravno ne rješava problem da nedostatak jasnosti i preciznosti odredbi dovodi do pravne nesigurnosti, i što je još mnogo veća šteta, neefikasnosti zaštite u praksi.¹²⁰

Paralelno sa razvojem ZZP, radovi na reformi ZOO rezultirali su Nacrtom ZOO FBIH/RS,¹²¹ kasnije objavljenom kao Nacrt ZOO BiH 2006 (NZOO 2006)¹²² Sa NZOO 2006 bilo bi implementirano

¹¹⁰ Z. Meškić, *Europäisches Verbraucherrecht-Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven*, Wien 2008, 68.

¹¹¹ M. Povolakić, „Die Schuldrechtsreform in Bosnien und Herzegowina und der Konsumentenschutz, unter besonderer Berücksichtigung der Umsetzung der Klauselrichtlinie“, u R. Welsler (ed.), *Konsumentenschutz in Zentral- und Osteuropa*, Wien 2010, 162.

¹¹² Z. Meškić/A. Brkić, „Zaštita potrošača od nepravednih ugovornih odredbi - usklađivanje obligacionog prava BiH sa Direktivom 93/13/EEZ“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, Vol. 3, maj 2010., 57.

¹¹³ M. Povolakić, 162.

¹¹⁴ Prijedlog Direktive Vijeća o nepoštenim uslovima u potrošačkim ugovorima, *Sl. list EU C 243*, 28/09/1990, str. 0002.

¹¹⁵ S. Petrić, „Institut općih uvjeta poslovanja u potrošačkom pravu Bosne i Hercegovine“, u ediciji, 25.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Presuda Evropskog suda pravde od 10. aprila 1984., 14/83, *Sabine von Colson i Elisabeth Kamann v Land Nordrhein Westfalen*, [1984], ECR 1981; Presuda Evropskog suda pravde od 14. jula 1994., 91/92, *Paola Faccini Dori v Recreb Srl.*, [1994] I-3325.

¹¹⁸ Čl. 70. SSP: „Strane priznaju važnost usklađivanja postojećeg zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa zakonodavstvom Zajednice, kao i njegovog efikasnog provođenja. Bosna i Hercegovina nastojat će osigurati postepeno usklađivanje svojih postojećih zakona i budućeg zakonodavstva s pravnom tečevinom (acquisem) Zajednice. Bosna i Hercegovina osigurat će propisnu primjenu i provođenje postojećeg i budućeg zakonodavstva“; Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Bosne i Hercegovine, s jedne strane, i Evropskih Zajednica i njihovih država članica, s druge strane, *Sl. glasnik BiH – međunarodni ugovori*, br. 5/08; Vidi Z. Meškić, „Osnivanje Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine kao uslov za članstvo u EU“, u E. Šarčević (ed.), *Jedan Vrhovni sud za BiH?*, Sarajevo 2011, 132.

¹¹⁹ Također A. Šabić, „Nepoštene klauzule u obligacionim ugovorima“, Sarajevo 2010, magistarski rad, 160; Z. Meškić/A. Brkić, 71.

¹²⁰ S. Petrić, „O problemu nepravednih odredaba potrošačkih ugovora u pravu Europske zajednice i pravu Bosne i Hercegovine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, br. XV 2002, 224.

¹²¹ Nacrt Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske od 16. juna 2003. dostupan na: ruessmann.jura.uni-sb.de/BiH-Project/Data/Obligaciono_pravo.pdf.

¹²² Vidi B. Morait/A. Bikić, *Objašnjenja uz Nacrt Zakona o obligacionim odnosima*, u saradnji sa GTZ, Sarajevo 2006.

četrnaest potrošačkih Direktiva, uključujući i Direktivu 93/13.¹²³ Međutim, politička volja za jedinstvenim zakonom o obligacionim odnosima na državnom nivou sve do danas je upitna. Najskoriji pokušaj desio se 8.1.2010., kada je novi NZOO (NZOO 2010) usvojen od strane vlade, ali nije prošao parlamentarnu proceduru. Uključivanje velikog broja odredbi o zaštiti potrošača u NZOO bilo je predmet kritike, zbog čega je u NZOO 2010 implementirano devet Direktiva, ali je i dalje sadržavao reformisane odredbe o opštim ugovornim uslovima kojima je implementirana Direktiva 93/13.¹²⁴ Za svrhe ove analize uzeće se u obzir kako Prijedlog Uredbe o zajedničkom evropskom pravu prodaje¹²⁵ tako i Nacrt Zajedničkog referentnog okvira.¹²⁶

2. Pravna rasprava u Bosni i Hercegovini o uključenju regulacije nepoštenih ugovornih odredbi u opće ugovorno pravo u okviru Zakona o obligacionim odnosima

Usvajanjem ZZZP u 2002. godini i kasnije ZZZP iz 2006. godine, BiH se pridružila državama poput Francuske i Austrije, koje su Direktivu 93/13 implementirale u posebnu kodifikaciju potrošačkog prava. Bez obzira na to, odredbe o opštim uslovima u ZZZP ostale su primjenjive i stoga BiH sada ima dva paralelno važeća zakona koja regulišu nepoštene ugovorne uslove. Implementacija Direktive 93/13 u ZZZP 2002 i 2006 nije spriječila zakonodavca BiH da nastavi svoj rad na reformi propisa o opštim ugovornim uslovima u ZZZP. ZZZP 2002 je čak propisivao u svom čl. 140. da se čl. 48.-110. tog zakona primjenjuju samo dok ne bude usvojen novi ZZZP BiH. Zakonodavac je bio svjestan radova na novom ZZZP i namjere da se većina Direktiva, uključujući Direktivu 93/13, implementira u novi ZZZP. Međutim, s obzirom da je prvi Nacrt ZZZP usvojen 2003, a kasnije objavljen u 2006., a zbog nedostatka političke volje nije usvojen niti na državnom niti na entitetskom nivou, novi ZZZP ne sadrži identičnu odredbu o privremenom karakteru njegovih članova koje implementiraju direktive za koje je postojala namjera da se implementiraju u ZZZP.¹²⁷ NZOO 2006 (čl. 184.-190.) i NZOO 2010 (čl. 158.-163.) sadrže mnogo detaljnije odredbe o opštim uslovima, kojima se implementiraju odredbe Direktive 93/13 pod snažnim uticajem njemačkog prava.

Stoga, izgleda da je zakonodavac BiH u pogledu odgovarajućeg pravnog izvora za nepoštene ugovorne odredbe zaključio da bi bilo najbolje da se razviju dva paralelna sistema zaštite strane koja nije formulisala opšte uslove. Ovo odmah postavlja pitanje odnosa između ova dva zakona. Čl. 1. (2) ZZZP određuje da će se "Na odnose i slucajeve iz oblasti zaštite potrošača koji nisu regulirani ovim Zakonom primjenjivat odredbe Zakona o hrani, Zakona o opcoj sigurnosti proizvoda te odgovarajuće odredbe zakona kojima se ureduju obligacioni odnosi u Bosni i Hercegovini". Ponovo vidimo da zakonodavac namjerno ne imenuje akte koji regulišu obligacione odnose, jer je bio svjestan tekuće reforme važećih ZZZP na entitetskom nivou, i istovremeno nesiguran u njihov ishod. Kao drugo, čl. 1. (2) osigurava princip *in dubio pro consumente*, koji zahtijeva odluku *in concreto* o tome koja odredba kojeg zakona je povoljnija po potrošača.¹²⁸ Čl. 1. (2) ZZZP mora se čitati zajedno sa čl. 2. ZZZP, koji propisuje da se „potrošač ne može odreći niti biti uskraćen za prava koja su mu data ovim Zakonom“. Stoga se odredbe ZZZP smatraju prinudnim propisima, a mogu biti derogirane odredbama potrošačkog ugovora ili primjenom drugih akata, samo ukoliko ugovor ili drugi akt pružaju veći

¹²³ Detaljnije vidi u Ch. Jessel-Holst/G. Galev (ed.), *Civil Law Forum for South East Europe*, Vol. III, Cavtat 2010, 417.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Prijedlog Uredbe Evropskog Parlamenta i Savjeta o Zajedničkom evropskom pravu prodaje od 11. oktobra 2011., COM (2011) 635 final; Vidi M. Povelakić, „Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Savjeta o Zajedničkom evropskom pravu prodaje“ KOM (2011) 635 final od 11.10.2011., *Nova Pravna Revija 2/2011*, Sarajevo, 53.

¹²⁶ Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Draft Common Frame of Reference-Outline Edition*, Munich 2009.

¹²⁷ M. Povelakić, 141.

¹²⁸ Z. Meškić/A. Brkić, 66.

nivo zaštite potrošača. Iako čl. 1. (2) uspješno rješava sukob između ZPP i ZOO iz perspektive interesa potrošača, osiguravajući mu najveći mogući nivo zaštite u svakom slučaju, mogao bi uzrokovati probleme u praksi ukoliko vodi do primjene ZPP na neke odredbe potrošačkog ugovora u ZOO na druge odredbe istog ugovora, zavisno od toga čije odredbe su povoljnije po potrošača.¹²⁹

Dok je zakonodavac BiH jasno izrazio svoje stajalište, da regulacija opštih ugovornih odredbi bar dodatno mora biti inkorporisana u generalno važeći ZOO, pravna nauka nema jasnu viziju, što je u trenutnoj pravnoj situaciji poprilično razumljivo. Naime, površan pristup zakonodavca implementaciji potrošačkih direktiva u ZPP rezultirao je nesistematičnim i ponešto pogrešnim odredbama ZOO s jedne strane, dok s druge strane imamo dobro uspostavljeni i visoko cijenjeni sistem ZOO. Pod ovim okolnostima, ideja da će uvrštavanje potrošačkih odredbi dovesti u opasnost sistem ZOO dolazi sama po sebi. Nije čudo da je ovaj argument korišten u političkoj debati o usvajanju ZOO 2006. godine u koji je implementirano 14 potrošačkih direktiva, te da je doveo do smanjenja broja potrošačkih direktiva implementiranih u ZOO 2010.

U nastavku biće opisani pojedini nedostaci regulacije nepoštenih ugovornih odredbi u ZPP. Čl. 93 (1) i (4) ZPP definiše pod kojim uslovima su generalne ugovorne odredbe obavezujuće za stranku koja ih nije formulisala. Ovo pitanje nije regulisano Direktivom 93/13. Stoga je zakonodavac BiH kao polazišnu tačku koristio rješenje sadržano u čl. 142. ZOO i pokušao da ga razvije dalje. Nažalost novi propis može uzrokovati više nesporazuma u praksi nego čl. 142. ZOO koji je usvojenotovo 25 godina ranije. Nedostaci čl. 142. ZOO mogu biti kompenzovani putem veoma stabilnog stanovišta pravne prakse i nauke, koje u pogledu čl. 93. ZPP jednostavno još nije razvijeno.¹³⁰ Naime, čl. 93. (1) ZPP propisuje da „ugovorne odredbe obavezuju potrošača samo ako je prije zaključenja ugovora bio upoznat sa sadržajem ugovora, odnosno ako su mu ugovorni uslovi trebali biti poznati u vrijeme zaključenja ugovora“. Prema čl. 93. (4) ZPP „smatra se da je potrošač bio upoznat o ugovornim odredbama ako ga je trgovac upozorio i ako su mu one bile dostupne“. Loše jezičko rješenje odredbe, korištenjem tako nepreciznih pravnih formulacija poput „upozorenje od strane trgovca“, ili korištenjem „ugovorne odredbe“ i „ugovorni uslovi“ u istom kontekstu postižući da se čine sinonimima, dopušta mnoga različita tumačenja odredbe. Jedno moguće tumačenje jeste da čl. 93. (1) i (4) sadrže opće uslove za zaključenje potrošačkih ugovora, a ne samo uslove za obavezujuće dejstvo ugovornih uslova, kao što je to slučaj u čl. 142. ZOO.¹³¹ S druge strane, ako u središte pozornosti stavimo činjenicu da je čl. 142. ZOO služio kao uzor za čl. 93. ZPP, može se doći do zaključka da je opće ukazivanje na „ugovorne odredbe“ redakcijska greška.¹³²

Daljni primjer lošeg zakonodavnog kvaliteta je čl. 95. ZPP, u kojem je implementirana opšta klauzula pravednosti iz čl. 3 (1) Direktive 93/13. Prema čl. 95. ZPP test pravednosti primjenjuje se samo na „ugovorne odredbe koje potrošač nije lično ugovarao“. Nije nužno da se dalje pojašni da formulacija „ugovorne odredbe koje nisu lično ugovarane“ iz čl. 95. ZPP, kojim se nastoji implementirati formulacija „ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo“ iz čl. 3 (1) Direktive, može dovesti doo pogrešnog tumačenja u pravnoj praksi koja nema tradicije u zaštiti potrošača.

Konačno, ZPP nije isključio ugovore povezane sa zapošljavanjem, ugovore koji se odnose na nasljedna prava, na prava iz porodičnog zakona i ugovore koji se odnose na osnivanje i organizaciju privrednih društava ili na ugovore o partnerstvu kako proizilazi iz 10. recitala Direktive 93/13, kao ni ugovorne odredbe koje su odraz obaveznih, zakonskih i regulatornih odredaba i odredaba ili načela međunarodnih konvencija, kako je propisano u čl. 1. (2) Direktive 93/13. Kada se pogledaju propusti zakonodavca BiH u implementaciji ograničenja područja primjene čl. 93.-96. ZPP zajedno

¹²⁹ Ovaj fenomen je poznat iz međunarodnog privatnog prava kao „dépeçage“.

¹³⁰ S. Petrić, „O problemu nepravednih odredaba.“, 229.

¹³¹ Z. Meškić/A. Brkić, 63.

¹³² S. Petrić, „O problemu nepravednih odredaba.“, 212; A. Šabić, 159.

sa mogućnošću da se čl. 93. ZPP primjenjuje na sve ugovorne odredbe, a ne samo na one o kojima potrošač nije pojedinačno pregovarao postaje jasno da zakonodavac nije shvatio svrhu i značenje Direktive 93/13.¹³³

Nacrti ZOO 2006 i 2010 sadrže odredbe čiji sadržaj ima viši kvalitet. Nepošteni ugovorni uslovi regulisani su u čl. 184.-190. NZOO 2006. Čl. 184. NZOO 2006 nudi definiciju opštih uslova formularnih ugovora, dok čl. 185. određuje prema kojim kriterijima opšti uslovi formularnih ugovora postaju sastavni dio ugovora. Oba pitanja nisu regulisana Direktivom 93/13. Naredni članovi o neobavezujućem karakteru neobičnih odredbi u opštım uslovima formularnih ugovora (čl. 186. NZOO 2006) i crna lista nepoštenih odredbi (čl. 188. NZOO 2006) transponovani su iz njemačkog prava. Važna razlika leži u tome što § 308 BGB sadrži „sivu listu“ i § 309 BGB „crnu listu“, dok su obe liste transponovane u čl. 188. NZOO 2006 kao „crne liste“.¹³⁴ Jednaka „crna lista“ iz NZOO 2006 preuzeta je u čl. 96. važećeg ZPP. Čl. 187. NZOO 2006 implementirao je opštu klauzulu iz čl. 3. (1) Direktive 93/13, proglašavajući odredbu u opštım uslovima formularnih ugovora nepoštenom, ako ugovornog partnera određivača suprotno načelima savjesnosti i poštenja te dobrım poslovnım običajima znatnije oštećuju. Smatra se da znatnije oštećenje postoji ako neka odredba opštım uslova ugovora dovodi do znatne nejednakosti u ugovornım pravima i obavezama na štetu ugovornog partnera određivača, odnosno znatnije odstupa od njegovog opravdanog očekivanja, ili tako ograničava bitna prava i obaveze koje proizilaze iz prirode ugovora da je ugroženo postizanje svrhe ugovora. Nadalje, čl. 189. NZOO reguliše pravnu posljedicu neuključivanja i nepunovažnosti opštım uslova. Konačno, čl. 190. isključuje B2B ugovore iz područja primjene prethodnih članova i sadrži poseban režım zaštite za B2C ugovore. NZOO 2010 je u svojim članovima 158.-163. zadržao koncept NZOO 2006, ali je izostavio „crnu listu“ u potpunosti i dodao opštu klauzulu preuzetu iz čl. 143. važećeg ZOO koja je djelomično u suprotnosti sa opštom klauzulom koju je preuzeo iz NZOO 2006 (čl. 161. i 162. NZOO 2010).¹³⁵

Prethodna analiza ZPP i NZOO dovela je do pitanja da li je implementacija Direktive 93/13 u dva odvojena zakona nužna za pravni sistem BiH¹³⁶ i da li će uzrokovati više sukoba zakona umjesto višeg nivoa zaštite potrošača. Ova kompleksna regulacija nepoštenih odredbi djeluje još manje prihvatljivo uzimajući u obzir da pravna praksa u BiH tek treba da otkrije praktični značaj odredbi ZPP o nepoštenım ugovornım odredbama. Dva oprečna zaključka se čine ispravnım: Da bi bilo bolje implementirati tako značajne odredbe od opšteg značaja za ugovorno pravo u ZOO, ili alternativno, da ZPP mora biti reformisan da bi dobio na značaju u praksi. Prema mišljenju prof. *Povlakić* razvoj u pravcu minimalne inkorporacije potrošačkih odredbi u ZOO 2010 u odnosu na ZOO 2006 pokazuje da je zakonodavac bar za sada odlučio u korist implementacije potrošačkih direktiva u zaseban zakon.¹³⁷ Ipak, iskustvo od devet godina od usvajanja prvog ZPP u 2002. godini pokazuje da ovakav razvoj ne može doprinijeti bližoj vezi između potrošačkog ugovornog prava i zakona o obligacionim odnosima koja je nužna da bi ova oblast dobila na značaju u praksi.¹³⁸

3. Nepoštene ugovorne odredbe u B2B ugovorima

Implementacija Direktive 93/13 u BiH urađena je u čl. 93.-96. ZPP, čije područje primjene je ograničeno na B2C ugovore. Stoga su ZOO jedini važeći pravni akti koji regulišu nepoštene ugovorne odredbe, koji se primjenjuju na B2C, B2B, B2P i P2P ugovore. Odredbe važećeg ZOO ostale su ne-

¹³³ M. Povlakić, 161.

¹³⁴ Z. Meškić/A. Brkić, 75.

¹³⁵ M. Povlakić, 157.

¹³⁶ A. Šabić, 151.

¹³⁷ M. Povlakić, 166.

¹³⁸ Ch. Jessel-Holst/G. Galev (ed.), 559.

promijenjene u odnosu na jugoslavenski ZOO iz 1978. i stoga su stvarane bez uticaja Direktive 93/13 ili prava EU uopšte. Čl. 142. i 143. ZOO primjenjuju se na opšte uslove formulisane od strane jedne ugovorne strane koji su sadržane u formularnom ugovoru ili na koje se ugovor poziva. Pri tome, ZOO odgovara njemačkom, nizozemskom i portugalskom pravnom sistemu.¹³⁹ ZOO štiti stranku koja nije formulisala opće uslove na tri nivoa, kao što je to uobičajeno u oblasti nepoštenih uslova: 1. postavljajući kriterije za obavezujuće dejstvo opštih ugovornih uslova; 2. kontrolišući sadržaj opštih ugovornih uslova; i 3. tumačenjem opštih ugovornih uslova u korist stranke koja ih nije formulisala.¹⁴⁰

Opšti ugovorni uslovi su obavezujući za stranku koja ih nije formulisala ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u trenutku zaključenja ugovora (čl. 142. (3) ZOO). Evaluacija obavezujućeg dejstva vrši se u vrijeme zaključenja ugovora, pri čemu stranka koja je postavila ugovorne uslove mora osigurati njihovu objavu prije zaključenja ugovora da bi omogućila drugoj strani da se sa njima upozna (čl. 142. (2) ZOO). Pretpostavlja se da su ugovorni uslovi bili poznati stranci koja je na njih pristala, ako su joj oni dati prije zaključenja ugovora ili ako su objavljeni na regulisani ili uobičajeni način.¹⁴¹ Pretpostavka je oboriva i teret dokazivanja leži na stranci koja tvrdi da joj ugovorni uslovi nisu bili poznati.¹⁴² U slučaju sukoba između individualno dogovorenih odredbi i opštih ugovornih uslova, prvo navedeni imaju prevagu (čl. 142. (4) ZOO). Čl. 143. ZOO dozvoljava *ex post* kontrolu pravednosti opštih ugovornih uslova propisujući da su njihove odredbe ništave ukoliko su suprotne cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima. Jednako se primjenjuje i na ugovore koje sadrže opće ugovorne uslove odobrene od strane nadležnog organa.¹⁴³ Konačno, u pogledu metode tumačenja opštih ugovornih uslova čl. 100. ZOO sadrži *in dubio contra stipulatorem* or *in dubio contra proferentem* pravilo, prema kojem nejasne odredbe treba da se tumače u korist stranke koja ih nije formulisala.¹⁴⁴ Ova odredba je ograničena na slučajeve kada je ugovor zaključen prema unaprijed odštampanom sadržaju, ili kad je ugovor bio na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane.¹⁴⁵

NZOO 2006 napustio je koncept jedinstvene zaštite ugovorne strane koja nije formulisala opšte uslove, kakav je predviđen u još uvijek važećim ZOO i gotovo je u potpunosti prenio njemački sistem iz §§ 305-310 BGB na čl. 184.-190. NZOO 2006. Iako njemački pravni sistem još uvijek primarno ima za cilj spriječiti da onaj koji je postavio ugovorne uslove, derogirajući time dispozitivno ugovorno pravo, na neodgovarajući način stavi drugu ugovornu stranu u lošiji položaj, od implementacije Direktive 93/13 zaštita potrošača razvijena je u drugi značajan princip zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi.¹⁴⁶ Kao posljedica toga, odredba o preduslovima za obavezujuće dejstvo opštih ugovornih uslova u čl. 185. NZOO 2006 i „crna lista“ nepoštenih odredbi iz čl. 188. NZOO 2006, ne primjenjuju se na B2B ugovore (čl. 190. NZOO 2006). Jednak koncept zadržan je u NZOO 2010, sa razlikom da ovaj Nacrt ne sadrži „crnu listu“ nepoštenih uslova, i da čl. 163. NZOO sadrži redakcijsku

¹³⁹ H. Schulte-Nölke in cooperation with Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers (eds), *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, Universität Bielefeld 2008, 351; vidi: http://www.eu-consumer-law.org/index_en.cfm

¹⁴⁰ Z. Meškić/A. Brkić, 81.

¹⁴¹ S. Perović/D. Stojanović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima – knjiga prva*, Beograd 1980, 455.

¹⁴² B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 584.

¹⁴³ Većina slučajeva u sudskoj praksi u BiH vezani su sa opštim ugovornim uslovima o dostavi električne energije; Vrhovni sud BiH, Pž. 112/87, 3. 8. 1988. - Bilten Vs BiH 2/89, 62; Vrhovni sud Federacije BiH, Pž. 250/99, 11. 4. 2000. - Bilten Vs FBIH 1/00, 32; Kantonalni sud Sarajevo, Gž. 200/99, 14. 4. 1999. - Bilten sp KsS 3/2001, 18; Z. Meškić/A. Brkić, 70.

¹⁴⁴ U pogledu opštih ugovornih uslova u ugovorima o osiguranju vidi Vrhovni sud BiH, Pž. 598/88, 10.7. 1989. - Bilten Vs BiH 3/89, 60.

¹⁴⁵ Dalje u J. Vilus, *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Beograd, 1976, 146-153; R. Slijepčević, *Tumačenje obligacionih ugovora*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Volume-III, Beograd, 1978, 332; B. Vizner, 447.

¹⁴⁶ O. Palandt/P. Bassenge et. al., *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2009⁶⁸, §305, 406.

grešku, koja bi nažalost dovela do potpunog isključenja B2B ugovora iz područja primjene.¹⁴⁷ Tako se definicija opštih ugovornih uslova (čl. 184. NZOO 2006), propis o neobičnim ugovornim uslovima (čl. 186. NZOO 2006), opća klauzula pravednosti (čl. 187. NZOO 2006) i pravne posljedice neuključenja i nepunovažnosti (čl. 189. NZOO 2006) primjenjuju na B2B ugovore. Čl. 190 (2) NZOO 2006 proširuje područje primjene čl. 186.-189. NZOO 2006 na slučajeve u kojima su unaprijed formulisani ugovorni uslovi određeni samo za jednokratnu upotrebu, ukoliko je u pitanju potrošački ugovor, a potrošač nije mogao uticati na njihov sadržaj. Za sve druge ugovore, prema čl. 184. NZOO 2006, zaštita se primjenjuje samo na opće ugovorne uslove koji su unaprijed formulisani za veći broj ugovora. Nadalje, u pogledu potrošačkih ugovora čl. 190. (2) NZOO 2006 utvrđuje pravnu pretpostavku da su ugovorni uslovi postavljeni od strane poduzetnika.

Najzanimljivija novina u oblasti nepoštenih uslova u NZOO 2006, koja nije bila pod uticajem Direktive 93/13, nego je neposredno uvezena iz §305c BGB, je čl. 186. NZOO 2006 o neobičnim ugovornim uslovima. Ona spriječava da odredbe opštih ugovornih uslova postanu sastavni dio ugovora, ako su prema okolnostima, a posebno prema vanjskom izgledu ugovora, tako neobične da ugovorni partner određivača sa njima ne mora računati. Čl. 186. NZOO 2006 zahtijeva ispunjenje dva uslova da bi se opšti ugovorni uslov proglasio neobavezujućim. Odredba opštih ugovornih uslova mora biti neobična, t.j. mora biti objektivno u suprotnosti sa razvojem pregovora ili značajno odstupati od uobičajenih ugovornih uslova.¹⁴⁸ Dodatno, odredba mora da bude iznenađujuća za drugu ugovornu stranu, npr. zato što je bila sakrivena na neobičnom mjestu u ugovoru.¹⁴⁹ NZOO 2010 je zadržao identičnu odredbu u svom čl. 160.

NZOO 2006 i 2010 može se kritikovati da previše detaljno reguliše zaštitu nepoštenih ugovornih odredbi u pogledu B2C ugovora, iako je Direktiva 93/13 već bila implementirana u ZZP, pri čemu istovremeno sužava područje primjene u pogledu B2B ugovora¹⁵⁰, npr. u pogledu pitanja kada opšte ugovorne odredbe postaju obavezujuće, koje je regulisano trenutno važećim ZOO, ali je u pogledu B2B ugovora isključeno iz područja primjene NZOO 2006 i 2010. Zakonodavac BiH očigledno nije uzeo u obzir da je njemački pravni sistem, koji je služio kao uzor za oba nacrt, implementirao Direktivu 93/13 samo u BGB, a ne, kao što je slučaj u pravnom sistemu BiH, dodatno i u zaseban zakon o zaštiti potrošača.¹⁵¹ Kritika je opravdana, ako B2B ugovori zbog redakcijske pogreške budu u potpunosti izostavljeni iz područja primjene čl. 159.-162. NZOO, kako je gore opisano. Prema mom mišljenju, ovakav koncept je daljni dokaz da zakonodavac BiH nije definitivno odlučio gdje da implementira Direktivu 93/13.

Ukoliko bi se redakcijska greška ispravila, koncept NZOO 2006 i 2010 bi odgovarao modernom razvoju u oblasti nepoštenih ugovornih odredbi. Najnoviji Prijedlog Uredbe o zajedničkom evropskom pravu prodaje (EPP), također propisuje različit nivo zaštite za B2C ugovore s jedne strane, i B2B ugovore s druge strane, u pogledu nekoliko aspekata u oblasti nepoštenih ugovornih odredbi. Zakonodavac EU dijeli mišljenje da propisi o zaštiti potrošača trebaju biti prinudnog karaktera, dok

¹⁴⁷ Dodatno, izmjene u Nacrtu su očigledno površno napravljene na više mjesta, tako npr. izuzetak u pogledu B2B ugovora sadrži redakcijsku grešku. Naime, čl. 163. NZOO 2010 propisuje da se čl. 153.-155. neće primjenjivati na B2B ugovore, iako ovi članovi uopšte ne regulišu ugovorne uslove, nego samo čl. 158.-163. NZOO 2010. Međutim, ako je zakonodavac mislio na čl. 159.-162., ovo bi u potpunosti isključilo B2B ugovore iz zaštite. Ako NZOO 2010 ima za cilj da zadrži sistem uspostavljen prema NZOO 2006 u NZOO 2010, samo čl. 159. koji sadrži odredbe o uključuju opštih ugovornih uslova treba biti isključen u pogledu B2B ugovora. Stoga, osim greške u numeraciji, počinjene su dvije daljne greške. Kao prvo, čl. 190. NZOO 2006 je isključio B2B ugovore iz područja primjene čl. 185. i 188. (ne: 185.-188.), i kao drugo, kako je čl. 188. sadržavao "crnu listu" koja je izbačena iz novog nacrt, nova odredba o isključenju B2B ugovora u čl. 163. NZOO 2010 ne mora spominjati bilo koji drugi član osim čl. 159. NZOO 2010. (drugi član u NZOO 2006 je bio čl. 188.)

¹⁴⁸ O. Palandt/P. Bassege et. al., §305c, 415; B. Morait/A. Bikić, 33.

¹⁴⁹ O. Palandt/P. Bassege et. al., §305c, 416; B. Morait/A. Bikić, 33

¹⁵⁰ A. Šabić, 151.

¹⁵¹ *Ibid.*

propisi o B2B ugovorima trebaju primarno slijediti načelo slobode ugovaranja.¹⁵² Međutim, oblast nepoštenih ugovornih odredbi je tipičan primjer gdje je EPP želio da pruži stepen zaštite malim i srednjim preduzećima pod određenim okolnostima.¹⁵³ Kao posljedica toga, EPP propisuje u čl. 70. (1) kao opšte pravilo da su ugovorne odredbe obavezujuće za stranku koja ih nije postavila samo ako su toj stranci bile poznate, ili ako je stranka koja ih je predložila preduzela razumne korake kako bi usmjerila pažnju druge stranke ka ovim odredbama, prije ili za vrijeme zaključenja ugovora.

Međutim, prema čl. 70. (2) EPP samo upućivanje u ugovoru na opšte ugovorne odredbe ne ispunjava kriterije iz čl. 70. (1) EPP, ukoliko je korišteno u B2C ugovoru, ali zadovoljava standarde u pogledu svih drugih ugovora. Nadalje, dok čl. 83. (1) EPP, koji je primjenjiv na B2C ugovore ponavlja opću klauzulu iz čl. 3. (1) Direktive 93/13, prema čl. 86. (1) EPP ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo u B2B ugovorima se smatraju nepoštenim, ukoliko su takve prirode da grubo odstupaju od dobrih poslovnih običaja, suprotno načelu savjesnosti i poštenja. „Grubo odstupanje od dobrih poslovnih običaja“ je standard koji je teže ispuniti nego „značajna neravnoteža između prava i obaveza stranaka“ (Čl. 3 (1) Direktive 93/13 i čl. 83 (1) EPP). Međutim, ukoliko ga uporedimo sa zaštitom od nepoštenih odredbi u UNIDROIT-Principa međunarodnih trgovačkih ugovora 2004¹⁵⁴ kao očigledno najpriznatijeg sistema propisa za B2B ugovore, prvi navedeni je manje strog nego načelo „grube razlike“ propisano u čl. 3.10 UNIDROIT-Principa, koje uključuje elemente kako materijalnog tako i procesnog nepoštenja.¹⁵⁵ UNIDROIT-Principi, koji su prema ekspertskoj grupi Evropske Komisije navedeni kao jedan od uzora za EPP¹⁵⁶, u pogledu standardnih uslova propisuju zaštitu samo u slučaju „iznenađujućih klauzula“ (čl. 2.1.20. UNIDROIT-Principi), sa jednakim značenjem kao „neobični uslovi“ u čl. 160. NZOO. Načelo „grube razlike“ iz čl. 3.10 UNIDROIT-Principa, kao propis koji je najprikladniji za uspostavljanje nepoštenosti ugovornih odredbi, primjenjuje se na sve ugovorne odredbe, a ne samo na standardne uslove. Također, UNIDROIT-Principi na inkorporaciju standardnih uslova u ugovor primjenjuju opće propise o zaključenju (čl. 2.19), sa posljedicom da je samo upućivanje na standardne uslove uobičajeno dovoljno da bi postali dio ugovora, što nije slučaj u čl. 70 (1) EPP.¹⁵⁷ Mora se napomenuti da nacionalni pravni sistemi osim propisa o nepoštenim ugovornim odredbama već sadrže opšti sistem zaštite od ugovornih odredbi koje su suprotne načelima savjesnosti i poštenja ili dobrih poslovnih običaja, ili daljnu zaštitu koja konkretizuje ova načela., npr. u slučaju zelenaških ugovora. Svaka buduća država članica poput BiH, već je morala da implementira čl. 3 (1) Direktive 93/13 sa svojom formulacijom „uzrokovanja značajne neravnoteže između ugovornih prava i obaveza stranaka“, i sada bi moglo postati moguće da se pred sudovima primjenjuje nova opća klauzula na B2B ugovore u čl. 86 (1) EPP koja ugovorne odredbe proglašava nepoštenim u slučaju „grubog ostupanja od dobrih poslovnih običaja“. Upitno je da li bi uključivanje toliko novih konkretizacija načela savjesnosti i poštenja i dobrih poslovnih običaja učinilo nacionalnim sudovima mogućim da prepoznaju koji su različiti nivoi zaštite koje pružaju ove formulacije, ukoliko razlika uopće postoji.

¹⁵² European Commission-Expert Group, 3.5.2011., *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners'*, 6; dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group/index_en.htm.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Vidi M.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*, 1/2004, 5; UNIDROIT-Principi su dostupni na www.unidroit.org.

¹⁵⁵ M. J. Bonell, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?", *Uniform Law Review*, 2/1996, 239.

¹⁵⁶ European Commission-Expert Group, 3.5.2011., *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners'*, 5.

¹⁵⁷ M.J. Bonell/R. Peleggi, "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table", *Uniform Law Review*, 3/2009, 453; NZOO 2006 i 2010 slijede jednak princip kao UNIDROIT-Principi, jer su B2B ugovori isključeni iz područja primjene odredbi o uključivanju opštih uslova.

Ipak, načelo *contra proferentem* (čl. 65 EPP; čl. 4.6. UNIDROIT-Principi; čl. II-8:103 Nacrta Zajedničkog referentnog okvira; čl. 5:103 Principa Evropskog ugovornog prava¹⁵⁸; čl. 114. NZOO 2010) i propis o prednosti pojedinačno ugovorenih odredbi (čl. 62 EPP; čl. 2.1.21 UNIDROIT-Principi; čl. II-8:104 Nacrt ZRO; čl. 5:104 Principa Evropskog ugovornog prava; čl. 158. (3) NZOO 2010) izgleda da predstavljaju jedinstveni standard. Zbog toga razlika između B2C ugovora sa načelom *in dubio pro consumerem* u čl. 64 EPP i B2B ugovora sa načelom *in dubio contra proferentem* u čl. 65 EPP djeluje nepotrebno.

4. Definicija nepoštenih odredbi i njena konkretizacija u crnoj ili sivoj listi; uloga sudova prilikom tumačenja nepoštenih ugovornih odredbi

ZZP BiH uopšteno propisuje u svom čl. 94. da „ne smije zahtijevati ugovorne odredbe koje su nepravedne ili koje bi prouzrokovale štetu potrošaču. Takve odredbe su ništave.“ Kriteriji za test poštenosti utvrđeni su u čl. 95. ZZP. Klauzule koje nisu „lično“ ugovorene smatraju se nepoštenim ukoliko: stvaraju značajnu nejednakost između prava i obaveza ugovornih strana na štetu potrošača; bi ispunjenje ugovornih obaveza značajno odstupilo od opravdanog očekivanja potrošača; su u suprotnosti s principom poštenja, savjesti i dobrim poslovnim običajima. Kako je gore opisano, ograničenje na „lično ugovorene“ klauzule, što izaziva utisak da se zaštita pruža samo u pogledu ugovornih odredbi koje su pregovarane bez posrednika, rezultat je pogrešnog prevoda riječi „pojedinačno“. Tri kriterija korištena u testu pravednosti iz čl. 95. ZZP nisu povezana veznikom, poput „i“ ili „ili“, koji bi razjasnio da li se kriteriji primjenjuju alternativno ili kumulativno. Ovo je dovelo do mnogo kritike u pravnoj nauci, zato što dodatno otežava primjenu tako važnog propisa u praksi.¹⁵⁹ Kako je gore predloženo, jedini način da se izbjegne da čl. 95. ZZP pruža niži nivo zaštite potrošača od čl. 3 (1). Direktive 93/13, i da time bude loša implementacija ove odredbe, jeste da se propisi ZZP tumače u skladu sa Direktivom, i time zaključiti da se kriteriji moraju razumjeti kao alternativni. Ovom metodom tumačenja sud bi mogao potrošaču *in concreto* pružiti minimalni nivo zaštite osiguran Direktivom 93/13, ali to ne rješava problem da loša formulacija čl. 94. i 95. ZZP otežava da zaštita u oblasti nepoštenih odredbi stekne veći značaj u praksi.

Čl. 143. ZOO sadrži opštu odredbu da su „ništave odredbe opštih uslova koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima“. Ova odredba se primjenjuje neovisno od mogućeg odobrenja ugovora koji sadrže nepoštene odredbe, od strane nadležnog organa. Zaštita iz čl. 143. ZOO ograničena je na unaprijed formulisane opšte ugovorne uslove (čl. 142. (1) ZOO). Niti čl. 95. ZZP niti čl. 143. ZOO ne isključuju bilo koje pitanje navedeno u čl. 4. (2) Direktive 93/13 iz svog područja primjene¹⁶⁰.

Čl. 161. NZOO 2010 ima jednak sadržaj kao čl. 143. ZOO. Međutim, čl. 162. NZOO pod naslovom „zabrana znatnijeg oštećenja“, postavlja novi kriterij za test pravednosti, konstatujući da „odredbe u opštim oslovima formularnih ugovora nisu punovažne, ako ugovornog partnera priređivača, suprotno načelima savjesnosti i poštenja te dobrim poslovnim običajima, znatnije oštećuju“. Član dalje propisuje da se „smatra da znatnije oštećenje postoji, ako neka odredba opštih uvjeta ugovora dovodi do znatne nejednakosti u ugovornim pravima i obavezama na štetu ugovornog partnera pri-

¹⁵⁸ The Principles of European Contract Law; Vidi O. Lando/H. Beale (ed.), *The Principles of European Contract Law I and II*, The Hague 1999; O. Lando, E. Clive, A. Prum and R. Zimmerman (ed.), *The Principles of European Contract Law III*, The Hague 2003; Vidi E. Bikić/L. Bubalo/R. Demirović, „Načela Evropskog ugovornog prava (Lando načela)“, *Revija za pravo i ekonomiju*, 3/2008, 104.

¹⁵⁹ S. Petrić, „O problemu nepravednih odredaba“, 224; M. Povelakić, 162; A. Šabić, 160; Z. Meškić/A. Brkić, 71.

¹⁶⁰ Nedostatak isključenja pitanja navedenih u čl. 4. (2) Direktive 93/13 generalno je podržan od strane domaće pravne nauke. Vidi N. Misita, *Osnove prava zaštite potrošača Evropske zajednice*, Sarajevo 1997, 269; Z. Meškić, „Nepravednost odredbi potrošačkih ugovora o kreditu sa promjenjivom kamatnom stopom - odluka Suda Evropske unije, 3. juni 2010., C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbank)“, *Nova Pravna Revija* 1-2/2010, 42.

ređivača, odnosno znatnije odstupa od njegovog opravdanog očekivanja, ili tako ograničava važna prava i obaveze koje proizlaze iz prirode ugovora, da je ugroženo postizanje svrhe ugovora". Čl. 162. (3) NZOO 2010 transponovao je izuzetak iz čl. 4. (2) Direktive propisujući da se čl. 162. NZOO 2010 ne primjenjuje na one odredbe opštih uslova formularnih ugovora, čiji je sadržaj preuzet iz važećih propisa ili se prije zaključenja ugovora o njima pojedinačno pregovaralo, ukoliko je druga strana mogla uticati na njihov sadržaj. Dalje se ne primjenjuje na odredbe o predmetu i cijeni ugovora, ako su jasne, razumljive i lako uočljive. Zanimljivo je uočiti da je cjelokupan koncept zaštite iz oblasti nepoštenih odredbi gotovo doslovno preuzet iz njemačkog BGB, ali da je zakonodavac BiH odlučio da se udalji od ovog koncepta samo u pogledu opšte klauzule. Naime, § 307 BGB koji je služio kao osnov za čl. 162. NZOO 2010, također sadrži zabranu značajnijeg oštećenja, ali ne navodi opravdana očekivanja ili značajnu neravnotežu u ugovornim pravama i obavezama kao jedan od kriterija. S obzirom da su ova dva kriterija jednaka kao u čl. 95. ZFP i ovog puta je zakonodavac korsti veznik „ili“, NZOO koji je priprema istovremeno sa ZFP 2006 daljni je argument u korist alternativne primjene kriterija čl. 95. ZFP. Treći kriterij ograničenja važnih prava i obaveza koje ugrožava na način da je ugroženo ostvarenje svrhe ugovore je jedini koji je drugačiji od čl. 95. ZFP i istovremeno je jedini koji je prenesen iz § 307 (2) BGB. Drugi kriterij § 307 (2) BGB, da odredba nije u skladu sa osnovnim principima zakonske odredbe od koje odstupa, nije uvršten u čl. 162. NZOO 2010. Međutim, prema mišljenju prof. *Bikića* i *Moraita*, koji su bili članovi tima koji je pravio nacrt, kada se uspostavlja da li je znatnije oštećenje suprotno načelima savjesnosti i poštenja u smislu čl. 162. (1) ZOO, isti ugovorni uslov mora se uporediti sa zakonskom odredbom koja bi se u tom slučaju primjenila da ugovorni uslov koji je u pitanju nije zaključen.¹⁶¹ Ovo mišljenje odgovara nedostajećem kriteriju iz § 307 (2) BGB.¹⁶²

NZOO 2010 uzrokovao je nove probleme vraćajući opštu klauzulu iz čl. 143. važećeg ZOO u čl. 161. NZOO 2010, i istovremeno zadržavajući novu opću klauzulu koja je stvarana za NZOO 2006 u čl. 162. NZOO 2010. To otvara nova pitanja u pogledu međusobnog odnosa ove dvije opće klauzule, ali je već sigurno da su ove dvije klauzule bar djelomično suprotne jedna drugoj.¹⁶³

Opšta klauzula iz čl. 3. (1) Direktive 93/13 konkretizovana je u indikativnoj listi ugovornih odredbi koje se mogu smatrati nepoštenim. Postojala je ekstenzivna diskusija u pravnoj nauci o pravnoj prirodi ove liste, uzrokovana nejasnom formulacijom čl. 3. (3) Direktive 93/13, ali i promijenom karaktera lista kroz historiju njenog nastanka¹⁶⁴, gdje su mišljenja varirala od pridudne „sive minimalne liste“ do liste sa funkcijom davanja primjera.¹⁶⁵ Sud EU je konačno razjasnio u *Komisija/Švedska*¹⁶⁶ da je lista indikativnog i ilustrativnog karaktera. Daljne pitanje o kojem se mnogo diskutovalo je da li su države članice obavezne da implementiraju listu, što je ponovo uzrokovano nejasnom odredbom u recitalu 17 Direktive 93/13, koji kaže da države članice mogu proširiti njihov doseg ili ih restriktivnije urediti u svom nacionalnom pravu. Ova odredba je korištena kako kao argument za, tako i protiv obaveze da se lista implementira u nacionalno pravo.¹⁶⁷ Sud EU je u istom slučaju konstatovao da države članice moraju izabrati formu i metodu implementacije liste koja nudi dovoljnu garanciju da javnost može saznati za nju, te je tako argumentovao u korist obaveze da se lista

¹⁶¹ A. Bikić/B. Morait, 33.

¹⁶² O. Palandt/P. Bassenge et. al., §307, 424.

¹⁶³ M. Povlakić, 157.

¹⁶⁴ Z. Meškić (2008), 73.

¹⁶⁵ R. van Gool, *Die Problematik des Rechts der missbräuchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, Frankfurt am Main 2002, 241.

¹⁶⁶ Presuda Evropskog suda pravde od 7. maja 2002., C-478/99 - *Commission of the European Communities v. Kingdom of Sweden* [2002] ECR I-04147, 22.

¹⁶⁷ K. Baier, *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Vertragsklauseln: die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien, England und Frankreich*, Hamburg 2004, 42; N. Reich/H. W. Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden 2003, 521; B. Lurger/S. Augenhöfer, *Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht*, Wien/New York 2005, 75.

implementira.¹⁶⁸ BiH je implementirala listu u čl. 96. ZZZP, ali klauzule navedene u listi jako se razlikuju od onih iz liste u Direktivi.¹⁶⁹ Razlog je ponovo da je zakonodavac koristio listu propisanu u §§ 308, 309 BGB i doslovno je prepisao u čl. 96. ZZZP. Ipak, dok se u BGB pravi razlika između sive liste u § 308 i crne liste u § 309, zakonodavac BiH je obe liste implementirao zajedno kao crnu listu u čl. 96. ZZZP. Čl. 188. NZOO 2006 sadržavao je istu crnu listu jednaku kao čl. 96. ZZZP, ali je ova lista izostavljena iz NZOO 2010. Ovo djeluje razumno uzimajući u obzir da dvije identične liste, koje su obe primjenjive samo na B2C ugovore u dva različita zakona nisu potrebne. Prijedlog iz EPP sadrži konačnu crnu listu (čl. 84 EPP) i sivu listu (čl. 85 EPP), koje bi postale neposredno primjenjive u državama članicama kada ugovorne strane izaberu EPP kao mjerodavno pravo za njihov ugovor.

5. Relevantne okolnosti za test pravednosti

Opšta klauzula pravednosti Direktive 93/13 ima za cilj da osigura opšte primjenjiv i objektivni sistem kontrole koji je orijentisan prema stabilnim i pouzdanim mjerama vrijednosti.¹⁷⁰ U test pravednosti odredbi treba da ulaze kako sadržajna mjerila vrijednosti poput propisa dispozitivnog prava koji bi inače bio mjerodavan, svrha ugovora ili poslovne prakse, kao i okolnosti koje su pratile zaključenje ugovora.¹⁷¹ Prema čl. 4. (1) Direktive 93/13 nepoštenost ugovorne odredbe ocjenjuje se tako da se u obzir uzimaju priroda robe ili usluga na koje se ugovor odnosi u vrijeme kad je ugovor zaključen, sve okolnosti koje prate sklapanje ugovora i sve ostale odredbe tog ugovora ili nekog drugog ugovora o kojem on zavisi. Ova odredba je implementirana u čl. 93. (2) ZZZP, ali nažalost ovo je učinjeno na tako nespretni način, da teško može biti od ikakve koristi u praksi. Čl. 93. (2) ZZZP propisuje da „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“. Uključivanje kriterija da ugovorne odredbe trebaju biti razumljive je očigledno pokušaj zakonodavca BiH da implementira prvu rečenicu čl. 5. (1) Direktive, koji nije implementiran nigdje drugo. Nejasno je zašto je zakonodavac pokušao da implementira čl. 4. (1) i prvu rečenicu čl. 5. (1) Direktive u istu odredbu ZZZP.¹⁷² Jedini ispravan dio transpozicije u čl. 93. (2) ZZZP je zahtjev da se uzme u obzir priroda proizvoda i usluga. Međutim, uzimajući u obzir da čl. 93. (2) ZZZP nigdje drugo ne spominje „tumačenje“ ili na bilo koji drugi način uspostavlja vezu sa testom pravednosti u čl. 94. i 95. ZZZP, za pravnu praksu koja nije upoznata sa Direktivom, čak i ispravan dio implementacije biće beskoristan. Zahtjev da ugovorne odredbe trebaju biti u vezi sa drugim odredbama u istom ugovoru, mogu se razumjeti kao ukazivanje na sistemsko tumačenje¹⁷³, iako zakonodavac ponovo nije koristio termin „tumačenje“. Još više zbunjuje i jednostavno pogrešan je generalni zahtjev čl. 93. (2) ZZZP da ugovorne odredbe trebaju biti u vezi sa odredbama drugih ugovora između istih stranaka, jer zaključenje ugovora o različitim poslovima između istih stranaka ne moraju stajati ni u kakvoj vezi.¹⁷⁴ Ipak, najgoru sudbinu imao je kriterij da se uzmu u obzir okolnosti koje su pratile sklapanje ugovora za vrijeme njegovog zaključenja, što je pogrešnim prevodom mutiralo u uzimanje u obzir svih drugih učesnika vezanih za zaključenje ugovora.¹⁷⁵ U većini slučajeva jednostavno neće postojati drugi učesnici i sa žaljenjem se konstatuje da zakonodavac nije bio sposoban da implementira važno sredstvo tumačenja iz čl. 4 (1) Direktive 93/13

¹⁶⁸ Presuda Evropskog suda pravde od 7. maja 2002., C-478/99 - *Commission of the European Communities v. Kingdom of Sweden* [2002] ECR I-04147, 22.

¹⁶⁹ Ch. Jessel-Holst/G. Galev (ed.), 470.

¹⁷⁰ K. Baier, 27.

¹⁷¹ R. van Gool, 71.

¹⁷² A. Šabić, 162.

¹⁷³ M. Powlakić, 159.

¹⁷⁴ A. Šabić, 161.

¹⁷⁵ M. Powlakić, 159.

iako je sasvim dovoljan bio ispravan prevod odredbe.¹⁷⁶ NZOO ne sadrži nijednu odredbu o okolnosti-ma koje se trebaju uzeti u obzir prilikom testa poštenosti opštih ugovornih uslova.

NZOO 2006 i 2010 nisu iskoristili priliku da isprave greške načinjene u čl. 93. (2) ZJP. Oba nacrtu nisu neposredno implementirala čl. 4. (1) Direktive. Međutim, čl. 137. NZOO 2006 i čl. 112 NZOO 2010 regulišu koje okolnosti trebaju da se uzmu u obzir kada se tumače bilo koje ugovorne odredbe, bez ograničenja na uslove o kojima se nije pojedinačno pregovaralo: a. okolnosti pod kojima je ugovor zaključen, uključujući i prethodne pregovore; b) ponašanje ugovornih strana, čak i nakon zaključenja ugovora; c) prirodu i svrhu ugovora; d) tumačenje koje su ugovorne strane već primijenile na slične odredbe i praksu koju su međusobno uspostavile; i e) značenje koje se obično pridaje odredbama i izrazima u odgovarajućoj struci.¹⁷⁷ Ova lista bar djelomično odgovara novoj listi okolnosti predloženoj u čl. 83. (2) EPP u pogledu B2C ugovora i čl. 86. (2) EPP u pogledu B2B ugovora. Zakonodavac EU trebao bi ponovo promisliti da li je zaista dobra zakonodavna tehnika da se propišu dvije iste liste okolnosti koje trebaju biti uzete u obzir, sa jedinom razlikom da činjenica da li je ispoštovan propis o transparentnosti iz čl. 82. EPP, čija primjena je ograničena na B2C ugovore, može biti uzeta u obzir samo u pogledu B2C ugovora.

6. Zastara ništavosti

Direktiva 93/13 je do sada samo implementirana u čl. 93.-96. ZJP koji ne sadrže propise o zastari. Čl. 94. ZJP propisuje da su ništave sve ugovorne odredbe koje su nepoštene. Čl. 1. (2) ZJP utvrđuje da se „na odnose i slučajeve iz oblasti zaštite potrošača koji nisu regulisani ovim Zakonom primjenjuju odredbe Zakona o hrani, Zakona o općoj sigurnosti proizvoda te odgovarajuće odredbe zakona kojima se uređuju obligacioni odnosi u Bosni i Hercegovini“. Stoga pravna sredstva o proglašenju ništavosti nepoštenih ugovornih odredbi i moguće vremensko ograničenje spadaju pod opšte uređenje ZOO. Prema čl. 110. ZOO pravo na isticanje ništavosti ne može isteći. Stoga ništavost nepoštenih ugovornih odredbi ne može biti predmet zastare. Svaka osoba sa pravnim interesom ima vremenski neograničeno pravo da se pozove na ništavost nepoštenih ugovornih odredbi u smislu čl. 94. ZJP (čl. 109. ZOO).¹⁷⁸ Čl. 143. ZOO također propisuje da su nepošteni ugovorne odredbe ništave, i zbog toga se isključenje zastare primjenjuje i na ovu odredbu. Usvajanjem NZOO u verziji iz 2006 ili 2010, pravna situacija u ovom pogledu ostala bi jednaka.¹⁷⁹

Prilikom implementacije čl. 7. (2) Direktive 93/13 u čl. 120., 122. (2) i (4) ZJP, zakonodavac BiH dao je ovlasti nadležnom sudu da naredi prestanak bilo kakvog čina ili prakse koji su u suprotnosti s odredbama ovog Zakona ili drugih propisa koji štete zajedničkim interesima potrošača. Prema čl. 122. (2) sud ima nadležnost da naredi objavu presude u cijelosti ili djelimično u medijima ili da zatraži korektivnu izjavu od tužene strane, dok čl. 122. (4) ZJP daje ovlasti kvalifikovanim tijelima da iniciraju postupak pred nadležnim sudom, pojedinačno ili zajednički protiv trgovaca iz istog ekonomskog sektora ili njihovih asocijacija koji koriste ili preporučuju istu praksu ili postavljanje sličnih nekorektnih uslova. ZJP ponovo ne reguliše nikakvo vremensko ograničenje za ova pravna sredstva. Kada su ova sredstva u vezi sa ništavosti nepoštenih ugovornih uslova prema čl. 94. ZJP, npr. kada nadležni sud naredi prestanak nepoštenih prakse ili proglašni nepoštene ugovorne odredbe ništavim i objavi takvu presudu, ova pravna sredstva neće biti predmet zastare. Jednako vrijedi za kolektivne postupke udruženja za zaštitu potrošača ili drugih nadležnih tijela kada se pozovu na ništavost nepoštenih ugovornih odredbi.¹⁸⁰

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ A. Bikić/B. Morait, 28.

¹⁷⁸ A. Bikić, *Obligaciono pravo-opći dio*, Sarajevo 2007, 178.

¹⁷⁹ M. Poveljak, 157.

¹⁸⁰ Vidi detaljnije u Ch. Jessel-Holst/G. Galev (ed.), 483; A. Šabić, 167.

7. “Nevaljanost” ili “neobavezujuće dejstvo” nepoštene odredbe

Čl. 6. (1) Direktive 93/13 propisuje da nepoštene odredbe korištene u B2C ugovorima ne obavezuju potrošača. Ova odredba implementirana je u čl. 94. (1) ZZZP određujući da su sve nepoštene ugovorne odredbe ništave. „Neobavezujući“ karakter nepoštene odredbe je stoga implementiran u pravni sistem BiH kao apsolutna ništavost.¹⁸¹ Čl. 143. ZOO sadrži jednaku sankciju za nepoštene uslove. Ovo je u skladu sa opštim odredbama o ništavosti ugovora suprotnim prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim poslovnim običajima prema čl. 103. ZOO, uzimajući u obzir da čl. 94. ZZZP i čl. 143. ZOO konkretizuju ovu odredbu za ugovorne odredbe o kojima se nije pregovaralo pojedinačno.¹⁸² Pravna posljedica je da se smatra da nepoštenu ugovornu uslov nije ni zaključen i da je njegova ništavost postojala od početka (*ex tunc*).¹⁸³ Ovo je u skladu sa stalnom praksom Suda EU.¹⁸⁴ Upitno je da li čl. 143. (2) ZOO, prema kojem sud može odbiti primjenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravedne ili pretjerano stroge prema njoj, propisuje relativnu ili apsolutnu ništavost. Ova odredba može se razumjeti kao da pruža dodatne mogućnosti proglašenja ugovornog uslova ništavim, osim same suprotnosti samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima, navedenim u čl. 143. (1) ZOO.¹⁸⁵ Druga mogućnost je da se tumači formulacija „sud može odbiti primjenu“ kao slučaj relativne ništavosti (mogućnost poništenja).¹⁸⁶ Međutim, zakonodavac nije odredio osobe koje su ovlaštene da se pozovu na ništavost, niti je odredbio vremensko ograničenje za takvo pravno sredstvo i samo se poziva na sud, što bi značilo da čl. 143. (2) sadrži *ex officio* obavezu suda.¹⁸⁷ Ovi argumenti govore u korist tumačenja da čl. 143 (2) ZOO u skladu sa čl. 94. ZZZP i čl. 143. (1) ZOO propisuje apsolutnu ništavost kao sankciju za nepoštene uslove i da je stoga također u skladu sa praksom Suda EU.

Nadalje, čl. 105. (1) ZOO propisuje da ništavost određene ugovorne odredbe ne povlači ništavost i samog ugovora, ako on može opstati bez ništave odredbe, osim ako ona nije bila uslov ugovora ili odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen. Čak i ako je ništava odredba bila uslov ili odlučujuća pobuda ugovora u slučaju kad je ništavost ustanovljena, upravo da bi se iz ugovora eliminisala ništava odredba i stoga ugovor zadržao svoju validnost u preostalom dijelu, ugovor nastavlja da postoji (čl. 105 (2) ZOO). Ova odredba o djelomičnoj ništavosti je u skladu sa čl. 6. (1) Direktive 93/13. Međutim, dodatni uslov da odredba nije bila niti uslov niti odlučujuća pobuda za zaključenje ugovora otežava potrošaču da ugovor nadživi činjenicu da je jedna od njegovih odredbi ništava.¹⁸⁸

NZOO 2010 također propisuje apsolutnu ništavost kao sankciju za nepoštene ugovorne uslove u svoje dvije opšte klauzule (čl. 161. i čl. 162. NZOO 2010). Čl. 189. NZOO 2006 propisuje pravne posljedice neuključenja i ništavosti ugovornih odredbi uređene prema njemačkom modelu iz §306 BGB. Prema čl. 189. NZOO 2006 ugovor ostaje punovažan bez uslova koji nije postao sastavni dio ugovora ili nije punovažan, a pitanje koje je bilo regulisano eliminisanim ugovornim uslovom, određuje se prema dispozitivnim zakonskim propisima. Redukcija nepoštenog uslova na njegov dopušteni dio izričito je bila zabranjena (čl. 189. (3) NZOO 2006). Ugovor neće ostati punovažan ako bi

¹⁸¹ S. Petrić, “O problemu nepravednih odredaba..”, 226; M. Povlakić, 162.

¹⁸² Z. Meškić/A. Brkić, 70.

¹⁸³ A. Bikić, 178.

¹⁸⁴ Presuda Evropskog suda pravde od 27. juna 2000., povezani predmeti C–240/98 do C–244/98 – *Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero* [2000] ECR I–04941; Presuda Evropskog suda pravde od 21. novembra 2002., C–473/00 – *Cofidis v. Fredout*, [2002] ECR I–10875; Presuda Evropskog suda pravde od 26. oktobra 2006., C–168/05 – *Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I–10421.

¹⁸⁵ M. Povlakić, 156; A. Šabić, 146.

¹⁸⁶ S. Petrić, „Nevaljanost općih uvjeta ugovora u hrvatskom pravu“, *Hrvatska pravna revija*, 7/ 2002., 45.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Ch. Jessel-Holst/G. Galev (ed.), 475.

to znatno otežavalo položaj jedne od ugovornih strana ili se ne bi mogla ostvariti svrha ugovora (čl. 189. (4) NZOO 2006). Međutim, ovaj član nije preživio izmjene u novijem NZOO 2010. Stoga bi sankcije za nepoštene uslove prema NZOO 2010 ostale jednake kao prema važećem ZOO.

8. *Ex-officio* proglašenje ugovorne odredbe nepoštenom

ZZP samo određuje u svom čl. 94. da je pravna sankcija za nepoštene odredbe njihova ništavost. Ipak, čl. 109. ZOO izričito konstatuje da sud na ništavost pazi po službenoj dužnosti. Na ništavost se može pozivati svako lice sa pravnim interesom i njegovo pravo ne može biti predmet zastare (čl. 110. ZOO). Moguća odluka suda o ništavosti ugovornih odredbi ima samo deklaratorno dejstvo.¹⁸⁹ Ove odredbe su ostale neizmijenjene u NZOO 2006 i 2010.

Čl. 109. (2) ZOO dozvoljava javnom tužiocu da zahtijeva utvrđivanje ništavosti. U pogledu B2C ugovora, čl. 101. ZZP obavezuje Ombudsmena za zaštitu potrošača *inter alia* istražuje aktivnosti na tržištu usmjerene prema potrošaču po službenoj dužnosti ili na osnovu žalbi, i da preporučuje upotrebu određenih uslova ugovora u ugovorima koji se koriste u posebnim sektorima poslovanja. Ovako jasna pravna situacija o ovom pitanju je u skladu sa stalnom praksom Suda EU. Odluka koja na najkonkretniji način pokazuje obavezu nacionalnih sudova prema čl. 6. (1) Direktive 93/13 je *Pénzügyi Lízing*¹⁹⁰. Ovdje je Sud EU smatrao da nacionalni sud mora po službenoj dužnosti odrediti da li se o osporenoj odredbi pojedinačno pregovaralo između trgovca i potrošača ili ne, i da li time spada u područje primjene Direktive 93/13. Ukoliko je to slučaj, u drugoj fazi istraživanja sud mora ispitati, ponovo *ex officio*, da li je takva odredba nepoštena prema nacionalnom zakonodavstvu kojim je implementiran čl. 3. i 4. Direktive. Ova odluka je rezultat razvoja prakse Suda EU tokom protekle decenije, koja je počela sa *Océano Grupo*¹⁹¹. Ova linija presuda Suda EU potvrđuje da je sistem kontrole nad ništavosti ugovornih odredbi uspostavljen prema Jugoslovenskom ZOO (kasnije ZOO BiH) u skladu sa Pravom EU.¹⁹² Uzimajući u obzir da kako ZOO tako i ZZP propisuju ništavost ugovornih uslova kao sankciju za njihovu nepoštenost, jednak sistem koji je u skladu sa Pravom EU, primjenjuje se, bar sa aspekta zakonodavstva, na oblast opštih ugovornih odredbi. Međutim, čak i sa mnogo boljom implementacijom Direktive 93/13 nego što je to slučaj u trenutnom ZZP, ovaj zadatak bi se mogao pokazati teškim za nacionalne sudove. Zbog tako loše implementacije Direktive 93/13 u ZZP, nacionalni sud bi trebao preći tri prepreke da bi ostvario ciljeve Direktive 93/13. 1. Moraju primjeniti zakon o zaštiti potrošača koji je, sa izuzetkom potrošačkog kredita, još uvijek većinski nepoznat¹⁹³; 2. Sudovi moraju primjenjivati odredbe o nepoštenim ugovornim odredbama čiji značaj, uprkos poprilično jasnim odredbama u veoma cijenjenom jugoslovenskom ZOO, nikada nije potpuno prepoznat u BiH; 3. Kao najteža od ove tri prepreke, sudovi moraju tumačiti odredbe čl. 93.-95. ZZP u skladu sa Direktivom, zbog toga što u suprotnom većina odredbi neće biti razumljiva za pravne praktičare, bar ne na ispravan način.

¹⁸⁹ A. Bikić, 178.

¹⁹⁰ Presuda Evropskog suda pravde od 9. novembra 2010., C-137/08 – *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v Ferenc Schneider*, Sl. list EU C 013, 15.01.2011., str. 2, tačka 50, 52 and 56.

¹⁹¹ Presuda Evropskog suda pravde od 27. juna 2000., povezani predmeti C-240/98 do C-244/98 – *Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero* [2000] ECR I-04941; Presuda Evropskog suda pravde od 6. oktobra 2009., C-40/08 – *Asturcom Telecomunicaciones S.L. v. Rodríguez Nogueira* [2009] ECR I-09579, tačka 32; Presuda Evropskog suda pravde od 16. novembra 2010., C-76/10 – *Pohotovost' s.r.o. v Iveta Korčkovská*, Sl. list EU C 030, 29. januar 2011., p. 0012, tačka. 40.

¹⁹² A. Bikić, 178.

¹⁹³ M. Povlakić, 137; Z. Meškić (2010), 42.

C. Nepoštene ugovorne odredbe u ugovornom pravu Republike Hrvatske

Emilia Mišćenić, Rijeka

1. Pravna rasprava u Hrvatskoj o pitanju da li je potrebno uključiti uređenje nepoštenih ugovornih odredaba u opće ugovorno pravo u okviru Zakona o obveznim odnosima.

U hrvatskome pravnome sustavu trenutno važe dva seta pozitivnih pravnih pravila o nepoštenim ugovornim odredbama koja se međusobno nadopunjuju. Jedan se tiče kontrole standardnih unaprijed sastavljenih uvjeta ugovora uređen Zakonom o obveznim odnosima¹⁹⁴ (dalje u tekstu: ZOO), koji je postojao i prije postupka usklađivanja hrvatskog važećeg zakonodavstva s europskom pravnom stečevinom o zaštiti potrošača i koji se primjenjuje na sve vrste ugovornih odnosa, bilo da uključuju fizičke ili pravne osobe ili oboje kao ugovorne strane (B2C, B2B, B2P i P2P ugovori). Stoga su se prije preuzimanja Direktive Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima¹⁹⁵ (dalje u tekstu: Direktiva 93/13) u hrvatski pravni sustav, odredbe o nepoštenim ugovornim odredbama odnosile samo na kontrolu općih uvjeta ugovora u standardnim unaprijed formuliranim ugovorima propisane u ZOO-u iz 1978. u ex čl. 142.-144.¹⁹⁶ Novi ZOO iz 2005. je preuzeo sadržaj ex čl. 142.-144. u nove čl. 295.-296. pod naslovom "VII. Opći uvjeti ugovora" u Dije-lu drugom, Glava VIII. o Ugovornim obveznim odnosima, Odjeljak 1. Opće odredbe ZOO-a. Odredbe ZOO-a imaju supsidijarno značenje za potrošačke ugovore i primjenjuju se ako Zakonom o zaštiti potrošača¹⁹⁷ (dalje u tekstu: ZPP) nije drukčije određeno za B2C ugovore (čl. 2. st. 2. ZPP). Drugi set pravnih pravila o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima je uređen u čl. 96.-106., Glava XI. ZPP-a, koja preuzima Direktivu 93/13 u hrvatski pravni sustav¹⁹⁸ i slijedeći koncept Direktive 93/13 ograničava kontrolu sadržaja na B2C ugovore.¹⁹⁹ Preuzimanje Direktive 93/13 i većine drugih EU di-

¹⁹⁴ Zakon o obveznim odnosima, NN br. 35/05., 41/08., 125/11.

¹⁹⁵ Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima, Sl. L. EZ 1993 L 95/29 (dalje u tekstu: Direktiva 93/13).

¹⁹⁶ Zakon o obveznim odnosima, NN br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 107/95., 7/96., 91/96., 112/99., 88/01. preuzeo je jugoslavenski ZOO iz 1978., Sl. L. SFRJ 29/78., 39/85., 46/85., 45/89., 57/89., putem Zakona o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, NN br. 53/91. Odredbe istog prestaju s važenjem stupanjem na snagu Zakona o obveznim odnosima iz 2005., NN br. 35/05., 41/08., 125/11.

¹⁹⁷ Zakon o zaštiti potrošača, NN br. 79/07., 125/07., 79/09., 89/09., 133/09., 78/12.

¹⁹⁸ Direktiva 93/13 je prvi puta u hrvatsko pravo preuzeta ZPP-om iz 2003. g. (NN br. 96/03.), čije odredbe prestaju važiti usvajanjem novog ZPP-a iz 2007. g. (NN br. 79/07., 125/07., 79/09., 89/09., 133/09., 78/12).

¹⁹⁹ Hrvatski ZPP se primjenjuje na ugovore sklopljene između trgovca i potrošača (B2C). Prema čl. 3. al. 9. ZPP-a potrošač je „fizička osoba koja sklapa pravni posao i djeluje na tržištu izvan svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti“. Prema čl. 3. al. 15. ZPP-a trgovac je „bilo koja osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u okviru svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti, kao i osoba koja nastupa u ime ili za račun trgovca“. Pojam trgovca uključuje trgovačka društva i trgovce pojedince, ali i sve druge fizičke i pravne osobe koje na tržištu djeluju unutar svoje poslovne ili profesionalne djelatnosti (poljoprivrednici, obrtnici, javne usluge, lokalna i područna (regionalna) samouprava, djelatnosti slobodnih zanimanja kao npr. slobodni umjetnici, arhitekti, odvjetnici itd.).

rektiva o zaštiti potrošača u ZZZP²⁰⁰ je izravna posljedica ispunjavanja preuzete obveze usklađivanja hrvatskog važećeg zakonodavstva sa *acquis communautaire*, koja je utvrđena čl. 69. i 74. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju potpisanog između Republike Hrvatske, s jedne strane i Europskih zajednica i njihovih država članica, s druge²⁰¹ (dalje u tekstu: SSP) 29. listopada 2001.

Odluka hrvatskog zakonodavca da uredi pravo zaštite potrošača u okviru posebnog zakonodavstva je početno bila motivirana sa mišlju očuvanja ZOO-a od novih i različitih koncepata EU prava i od čestih izmjena koje bi mogle ugroziti ili barem relativizirati njegove temeljne institute i sustavnost. Drugi razlog ovog pristupa je bio također strah od gubitka europskog porijekla nacionalnih odredaba pri proširenju preuzimanju direktiva, što bi moglo otežati tumačenje u skladu s direktivama.²⁰² Ipak, unatoč svim spomenutim argumentima ZOO je preuzeo neke direktive o potrošačkim ugovorima, npr. Direktivu 90/314 i Direktivu 1999/44, te ih je iskoristio za modernizaciju već postojećih odredaba. Argumentacija hrvatskoga zakonodavca se je temeljila na činjenici da personalno polje primjene tih direktiva omogućava proširenje i na osobe različite od potrošača. Primjerice, budući da su pravila o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari već bila uređena u ZOO-u, hrvatski je zakonodavac neke od odredaba Direktive 1999/44 preuzeo prošireno, širenjem njihova polja primjene *ratione materiae* na sve naplatne ugovore sklopljene ne samo u B2C već i u B2B i u P2P odnosima (čl. 400 et seq. ZOO).²⁰³ Takvo je preuzimanje Direktive 1999/44 rezultiralo stvaranjem određenih posebnih pravila unutar ZOO-a primjenjivih samo na potrošačke odnose.²⁰⁴ Stoga, iako se trenutno ne vodi pravna rasprava u Hrvatskoj o tome treba li posebno zakonodavstvo o zaštiti potrošača kod nepoštenih ugovornih odredaba uključiti u opće ugovorno pravo ZOO-a, slična argumentacija može se primijeniti i ovdje.²⁰⁵ Ovo promišljanje je još uvjerljivije zbog činjenice da su tijekom postupka harmonizacije sa Direktivom 93/13, čl. 295.-296. ZOO-a bili također izmijenjeni kako bi ispunili njezine zahtjeve, što je dovelo do sličnih i nadopunjujućih pravnih rješenja o nepoštenim ugovornim odredbama u ZZZP-u i ZOO-u.

Kada se uspoređuje zakonski okvir predstavljena dva seta odredaba o nepoštenim ugovornim odredbama, postoje brojna zajednička obilježja. Čl. 295. st. 1. ZOO-a definira opće uvjete ugovora kao „ugovorne odredbe sastavljene za ‘veći broj ugovora’ koje jedna ugovorna strana (sastavljač) prije ili u trenutku sklapanja ugovora predlaže drugoj ugovornoj strani, bilo da su sadržani u formularnom (tipskom) ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva“. Opći uvjeti ugovora dopunjuju

²⁰⁰ Dok ZZZP preuzima Direktive 98/6, 87/102, 93/13, 97/7, 85/577, 94/47, 98/27, 2002/65 i 2005/29, Direktiva 90/314 i 1999/44 su preuzete unutar ZOO-a. Radi preuzimanja Direktive 2008/48, zakonodavac je usvojio poseban Zakon o potrošačkom kreditiranju, NN br. 75/09., 112/12.

²⁰¹ Vidi Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, NN MU br. 14/01.

²⁰² Vidi Josipović T., „Anpassung des kroatischen Zivilrechts an europäische Standards“, u Welsler R. (ur.), *Privatrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa*, 2008, str. 141; Čikara E., „Die Angleichung des Verbraucherschutzrechts in der Europäischen Gemeinschaften: Unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzrechtes in der Republik Kroatien“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28, 2/2007, str. 1083.

²⁰³ Odredbe ZOO-a o ugovorima o kupoprodaji se primjenjuju na svaki ugovor o prodaji, tj. na svaki naplatni ugovor. Čl. 5. ZZZP-a propisuje da je trgovac dužan potrošaču ispuniti ugovor u skladu s odredbama ovoga ZZZP-a i ZOO-a i da će se u slučaju materijalnog nedostatka na proizvodu ili u odnosu na obavljenu uslugu na odnose potrošača i trgovca primjenjuju se odredbe Zakona o obveznim odnosima o odgovornosti za materijalne nedostatke stvari.

²⁰⁴ Čl. 402. st. 3. ZOO-a definira potrošačke ugovore; čl. 403. st. 4 ZOO sadrži posebno pravilo za potrošače glede obveze obavještanja o nedostatku sukladnosti itd. Detaljnije kod Čadjenović Z./Čikara E./Dabović Anastasovska J./Dollani N./Gavrilović N./Karanikić Mirić M./Meškić Z./Zdraveva N., *Consumer Sales Directive (99/44)* in: Jessel-Holst Ch./Galev G. (ur.), *EU Consumer Contract Law/Potrošačko ugovorno pravo Evropske unije*, Civil Law Forum for South East Europe-Collection of studies and analyses, Beograd, Zagreb, Jugoslavenski pregled, Denona d.o.o., volumen III, Beograd, 2010, str. 518 et seq.

²⁰⁵ Ova ideja je bila odbačena u odnosu na čl. 142-144 ZOO-a iz 1978., vidi Baretić M., „Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima“ u Dika M./Pogarčić Z. (ur.), *Obveze trgovca u sustavu zaštite potrošača*, Narodne novine, Zagreb, 2003, str. 60; Slakoper Z., „Nevaljanost pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2001, vol. 1, str. 204.

posebne pogodbe koje su ugovaratelji utvrdili u istom ugovoru, i u pravilu obvezuju kao i ove (čl. 295. st. 2. ZOO). Prema čl. 295. st. 5. ZOO-a opći uvjeti ugovora obvezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora. Nadalje, čl. 296. st. 1. ZOO-a propisuje da su ništetne „odredbe općih uvjeta ugovora koje, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzroče očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja sastavljajući ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako su opći uvjeti koji ih sadrže odobreni od nadležnog tijela“. Čl. 102. st. 1. ZPP propisuje da je nepoštena ugovorna odredba ništetna, a čl. 96. st. 1. ZPP propisuje da će se ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo smatrati „nepoštenom“ ako, suprotno načelu savjesnosti i poštenja,²⁰⁶ uzrokuje znatnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača. No, za razliku od ZOO-a, ZPP kontrolu (ne) poštenosti ne ograničava samo na standardne uvjete sastavljene „za veći broj ugovora“, već u skladu s preuzetom Direktivom 93/13, njegove su odredbe primjenjive i na unaprijed sastavljene pojedinačne ugovore za individualnu uporabu. Ipak stavlja poseban naglasak na unaprijed formulirane standardne uvjete trgovca propisujući u čl. 96. st. 2. ZPP-a da se smatra da se „o pojedinoj ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo, ako je tu odredbu unaprijed formulirao trgovac, zbog čega potrošač nije imao utjecaja na njezin sadržaj, poglavito ako je riječ o odredbi unaprijed formuliranog standardnog ugovora trgovca“. U slučaju jedinstvenog uređenja nepoštenih ugovornih odredaba u okviru ZOO-a, te bi se razlike lako mogle savladati odgovarajućim usklađivanjem odredaba ZOO-a. Obuhvaćanjem pojedinačnih ugovora i za individualnu uporabu, postigao bi se pravi cilj čl. 295.-296. ZOO-a, tj. zaštita strane koja ne može utjecati na sadržaj ugovora, neovisno o tome da li su uvjeti unaprijed sastavljeni za veći broj ugovora ili samo za pojedinačan ugovor.

Postoji čitav niz drugih ZPP i ZOO odredaba o nepoštenim ugovornim odredbama koje dijele sličnosti, poput odredbe o okolnostima koje se uzimaju u obzir prilikom ocjene ugovora (čl. 98. ZPP, čl. 296. st. 2. ZOO), ili glede isključenja pojedinih ugovornih odredaba od testa (ne)poštenosti, kao što su to ugovorne odredbe utemeljene na odredbama prisilne naravi (čl. 96. st. 5. ZPP, čl. 296. st. 3. ZOO) ili kod *contra proferentem* pravila (čl. 101. st. 1. ZPP, čl. 320 st. 1. ZOO). Osim manjih izmjena potrebnih za usklađivanje ovih odredaba ZOO-a sa zahtjevima Direktive 93/13, ne bi postojala potreba za većim intervencijama. Konačno, budući da ZPP kao *lex specialis* ne sadrži detaljne posebne odredbe o ništetnosti (npr. isticanje ništetnosti, rok za isticanje ništetnosti itd.) ili odredbe o naknadi štete itd., primjenjuju se opće odredbe ZOO-a. To je još jedan dobar razlog *pro* uređenju materije nepoštenih ugovornih odredaba unutar ZOO-a.

Iako se glavne razlike odnose na polje primjene, posebice personalno, poseban viši stupanj zaštite potrošača bi se mogao ograničiti na B2C ugovore uvođenjem određenih posebnih odredaba za potrošače, što je već učinjeno kod odredaba ZOO-a o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari.²⁰⁷ Preostale bi odredbe o nepoštenim ugovornim odredbama, kao što je prikazano prije, mogle prošireno preuzeti Direktivu 93/13 i biti primjenjive ne samo na B2C već i na B2B i ostale odnose. Takvo preuzimanje bi također bilo u skladu s zahtjevima Direktive 93/13, koja je i

²⁰⁶ Zahtjev da ugovorne strane djeluju u dobroj vjeri, je kao temeljno načelo hrvatskoga ugovornog prava utvrđen u čl. 4. ZOO-a pod nacionalnim pojmom *načelo savjesnosti i poštenja* (principle of conscientiousness and honesty) te je prihvaćen kao ekvivalent za "good faith" u ZPP-u (čl. 3. i 96.) i za "good faith and fair dealing" u ZOO-u (čl. 296. st. 1.), koji se oba koriste u službenim prijevodima ZPP-a i ZOO-a. Vidi Šarčević S./Čikara E., "European vs. National Terminology in Croatian Legislation Transposing EU Directives", u Šarčević S. (ur.), *Legal Language in Action: Translation, Terminology, Drafting and Procedural Issues*, Zagreb, 2009, str. 211.

²⁰⁷ Takav put slijedi i novi Prijedlog Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje (CESL), COM(2011) 635 final, Brussels, 11. listopada 2011., razlikovanjem između odredaba za B2C i B2B ugovore. Npr. u čl. 80. propisuje da se test (ne)poštenosti ne primjenjuje na određenje glavnog predmeta ugovora ili na prikladnost cijene koja se plaća u ugovorima između trgovca i potrošača ukoliko je trgovac ispunio obvezu zahtjeva transparentnosti iz čl. 82., dok se isto pravilo primjenjuje u ugovorima između trgovaca bez zahtjeva za ispunjenjem uvjeta transparentnosti.

nakon izmjena putem Direktive 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća o pravima potrošača²⁰⁸ ostala utemeljena na načelu minimalne harmonizacije. Pored potrebnih izmjena personalnog polja primjene glede definicija „potrošača“ i „trgovca“, također bi bilo potrebno uvesti odredbu koja bi u skladu s recitalom 10. iz preambule Direktive 93/13 isključila primjenu odredaba o zaštiti potrošača na ugovore o radu, ugovore o nasljeđivanju, obiteljskoppravne ugovore, ugovore o osnivanju i ustrojstvu trgovačkih društava i na ugovore o ortakluku.²⁰⁹

Uključivanje materije nepoštenih ugovornih odredaba u opće ugovorno pravo u smislu objedinjavanja dva trenutno postojeća seta pozitivnih pravnih pravila u okviru ZOO-a bi također doprinijelo bogatijoj sudskoj praksi. Trenutno postoji značajan nedostatak sudske prakse temeljem odredaba ZPP-a.²¹⁰ Hrvatski sudovi primjenjuju odredbe ZOO-a i štite potrošače kao i svaku drugu osobu ignorirajući istovremeno posebne odredbe o zaštiti potrošača. S druge strane postoje brojne sudske odluke o nepoštenim odredbama u standardnim unaprijed sastavljenim ugovorima temeljem odredaba ZOO-a.²¹¹ To je razumljivo ima li se u vidu stvarna mogućnost ugovora zaključenih čak u B2B odnosima, gdje jedna ugovorna strana u monopolskom položaju nameće nepošteno ugovorne odredbe drugoj strani, posebice malom i srednjem poduzetniku (SME). Ovo je daljnji važan argument koji bi mogao doprinijeti mogućoj budućoj pravnoj raspravi o uključivanju potrošačkih ugovornih pravila o nepoštenim ugovornim odredbama u ZOO.

²⁰⁸ Vidi čl. 32. Direktive 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, kojima se mijenja Direktiva Vijeća 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i opoziva Direktiva Vijeća 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EEZ Europskog parlamenta i Vijeća, Sl. L. EU L 304/64, 22. studenog 2011.

²⁰⁹ Moglo bi se slijediti i trenutačno rješenje iz ZPP-a, koji izričito ne isključuje ove ugovore od primjene njegovih pravila o nepoštenim ugovornim odredbama, budući njihovo isključenje rezultira iz njegova polja primjene *ratione personae*, naime subjekti ovih ugovora ne mogu biti pokriveni ZPP definicijama potrošača i trgovca. Preuzimanje izvan opsega Direktive 93/13 bi također značilo proširenje testa (ne)poštenosti sa ugovora o prodaji robe i pružanju usluga u smislu čl. 1. st. 1. Direktive 93/13 na sve ugovore s iznimkom navedenih.

²¹⁰ Koliko poznato, postoji svega nekoliko presuda koje se odnose na odredbe ZPP-a. Vidi Županijski sud u Zagrebu, Gž. 5173/10–2 od 23. studenog 2010. (javne usluge); Županijski sud u Zagrebu, Gž. 7188/08–2 od 21. travnja 2009. (javne usluge); Županijski sud u Varaždinu, Gž. 1074/08-2 od 4. kolovoza 2008. (kupoprodaja); Županijski sud u Varaždinu, Gž. 1052/08–2 od 12. lipnja 2008. (potrošački zajam); Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (VTSRH), Pž. 3114/05-3 od 26. listopada 2007. Pored mogućnosti zaštite potrošača u postupcima pokrenutima individualnom tužbom (Zakon o parničnom postupku iz 1976, sa kasnijim izmjenama NN br. 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91. kako preuzet Zakonom iz 1991. sa njegovim izmjenama u NN br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 129/00, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11.), ZPP u Dijelu V. Zaštita potrošačkih prava (Glava I) uređuje izvansudsko rješavanje potrošačkih sporova i zaštitu kolektivnih interesa potrošača (Glava II). Pristup potrošača pravnoj zaštiti je zajamčen osim sudskim putem i izvansudskim rješavanjem sporova (ad hoc arbitraže, Sudovi časti i Centri za mirenje pri Hrvatskoj gospodarskoj komori i Hrvatskoj obrtničkoj komori itd.), također i upravnim postupcima. Prvi slučaj zaštite potrošača utemeljen na ZPP-u je bio slučaj "Ponikve" glede odredbi o javnim uslugama, gdje je Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja usvojila slijedeću Odluku UP/I 030-02/2004-01/66, NN br. 135/05. Vidi također odluke Upravnog suda Republike Hrvatske, Us-4052/2004-7 od 21. veljače 2008.; isto Prekršajni sud u Zagrebu, XVII-G-12636-04 od 25. srpnja 2006.; Prekršajni sud u Zagrebu XVII-G-12636-04 od 25. srpnja 2006. Prije zadnjih izmjena i dopuna ZPP-a (NN br. 79/09.), koje su ukinule tu mogućnost, zaštita protiv nepoštenih ugovornih odredaba bila je zajamčena također prekršajnom odgovornošću. Nadležni inspektori ministarstava i Državnog inspektorata su bili ovlašteni kazniti novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 100.000,00 kuna (cca. EUR 1370 to 13700) pravne osobe koje koriste nepošteno ugovorne odredbe.

²¹¹ Ipak sve se ove odluke odnose na ex čl. 142.-144. ZOO-a iz 1978.: Vrhovni sud Republike Hrvatske (VSRH), Rev. 2486/90 od 14. veljače 1991.; VTSRH, Pž. 1844/91 od 10. ožujka 1992.; VSRH, Rev. 2371/90 od 14. svibnja 1992.; VSRH, Rev. 585/1992 od 23. rujna 1992.; VSRH, Rev. 1202/1992-2 od 24. rujna 1992.; VTSRH, Pž. 2222/92 od 27. travnja 1993.; VSRH, Rev. 1173/1997-2 od 21. siječnja 1998.; VSRH, Rev. 409/1996-2 od 10. veljače 2000.; VSRH, Rev. 819/1996 od 7. ožujka 2000.; VSRH, Rev. 1748/1996-2 od 12. travnja 2000.; VSRH, Rev. 3658/1999-2 od 1. lipnja 2000.; VSRH, Rev. 23023/99 od 14. rujna 2000.; VSRH, Rev. 2354/1997-2 od 1. veljače 2001.; Županijski sud u Koprivnici, Gž. 1087/02 od 14. studenog 2002.; VSRH, Rev. 382/02 od 25. ožujka 2003.; Županijski sud u Bjelovaru, Gž. 1158/2004-2 od 23. rujna 2004.; Županijski sud u Zagrebu, Gž. 3662/02 od 23. studenog 2004.; VSRH, Rev. 1034/04-2 od 20. rujna 2005.; VTSRH, Pž. 3580/05-3 od 13. prosinca 2005.; VTSRH, Pž. 3670/04-3 od 24. listopada 2006.; VTSRH, Pž. 4205/04 od 19. prosinca 2006.; VTSRH, Pž. 1480/04-3 od 26. veljače 2007.; VSRH, Rev. 636/2006-2 od 11. srpnja 2007.; VSRH, Rev. 1000/06-2 od 11. srpnja 2007.; VTSRH, Pž. 7102/2003 od 19. rujna 2007.; VTSRH, Pž. 5191/04-4 od 4. listopada 2007.; VSRH, Gzz. 19/2004-2 od 25. veljače 2008.; VSRH, Rev. 96/2008-2 od 14. listopada 2008.; VSRH, Rev. 499/2008-2 od 18. veljače 2009.

Mogući argument protiv jedinstvenog uređenja nepoštenih ugovornih odredaba unutar ZOO-a mogla bi biti činjenica da ZOO ne može ispuniti zahtjeve čl. 7. Direktive 93/13 glede postupka zaštite kolektivnih interesa potrošača. Ipak, ta bi postupovna pravila protiv osoba koje djeluju suprotno pravilima o nepoštenim ugovornim odredbama, mogla i dalje biti uređena u čl. 131.-141b. ZP-a.²¹² Budući da čl. 131. ZP uređuje isti postupak također za zaštitu interesa potrošača kod odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari koja je uređena u ZOO-u, isto bi se rješenje moglo uvesti i glede nepoštenih ugovornih odredaba.²¹³ Kako to prof.dr.sc. *Josipović* s pravom naglašava, odvojeno uređenje potrošačkog i općeg ugovornog prava narušava stvaranje konzistentnog sustava ugovornog prava prikladnog za tržišne odnose.²¹⁴ Jedinstveno uređenje materije nepoštenih ugovornih odredaba unutar ZOO-a bi donijelo veću transparentnost i sustavnost hrvatskome ugovornom pravu i posljedično omogućilo učinkovitiju zaštitu i ostvarenje dodijeljenih prava u praksi.

2. Nepoštene ugovorne odredbe u B2B ugovorima

Kao što je već spomenuto, hrvatski pravni sustav poznaje jedan set pravni pravila o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima uređen u čl. 96. do 106. ZP-a i drugi set pravni pravila o kontroli standardnih unaprijed sastavljenih općih uvjeta ugovora uređen čl. 295. do 296. ZOO. Dok odredbe ZP-a ograničavaju kontrolu sadržaja na B2C ugovore, ZOO odredbe o kontroli pravičnosti općih uvjeta ugovora se primjenjuju na sve vrste ugovornih odnosa, naime na B2C, B2B, B2P i P2P ugovore. Pretpostavimo li da prvo pitanje također podrazumijeva i pitanje o potrebi primjene odredaba o nepoštenim ugovornim odredbama na B2B ugovore, odgovor je također potvrđan. Korištenje unaprijed sastavljenih standardnih uvjeta u B2B ugovorima je uobičajen način poslovanja između trgovaca i čl. 295. st. 1. ZOO definira opće uvjete ugovora kao ugovorne odredbe sastavljene za veći broj ugovora koje jedna ugovorna strana (sastavljač) prije ili u trenutku sklapanja ugovora predlaže drugoj ugovornoj strani, bilo da su sadržani u formularnom (tipskom) ugovoru, bilo da se „na njih ugovor poziva“.

Opći uvjeti ugovora mogu biti inkorporirani u B2B ugovore također prešutno kada su opći uvjeti ugovora trgovaca monopolskog položaja izdignuti na razinu trgovačkih običaja.²¹⁵ Prema čl. 12. st. 2. ZOO-a u B2B obveznim odnosima primjenjuju se i trgovački običaji koje trgovci redovito

²¹² U rujnu 2011. je Udruga Franak pokrenula pred Trgovačkim sudom u Zagrebu postupak za zaštitu kolektivnih interesa klijenata devet hrvatskih banaka, tvrdeći da su odredbe u njihovim ugovorima o kreditu (uglavnom unaprijed sastavljeni sa općim uvjetima ugovora) nepoštene i stoga ništete. Budući da spomenuta udruga nije ovlaštena pokrenuti postupak za zaštitu kolektivnih interesa pred sudom prema Uredbi o određivanju osoba ovlaštenih za pokretanje postupka radi zaštite kolektivnih interesa potrošača (NN br. 124/09.), tužba je odbačena. No, Udruga Franak je sklopila ugovor o suradnji s Hrvatskim savezom udruga za zaštitu potrošača „Potrošač“, koji je ovlašten pokrenuti takav postupak. Vidi <http://udrugefranak.hr/index.php/component/k2/item/download/16>, posljednji put posjećeno 15. veljače 2012.

²¹³ Detaljnije kod Čadjenović Z./Čikara E./Dabović Anastasovska J./Dollani N./Gavrilović N./Karanikić Mirić M./Meškić Z./Zdraveva N., *Unfair Terms Directive (93/13)* u: Jessel-Holst Ch./Galev G. (ur.), op.cit., str. 484. Vidi i čl. 131. st. 1. ZP: „Svaka ovlaštena osoba ima pravo pokrenuti postupak za zaštitu kolektivnih interesa potrošača protiv osobe čije je postupanje u suprotnosti odredbama članka 30. do 115. ovoga Zakona, odredbama članka 400. do 429., članka 881. do 903. Zakona o obveznim odnosima, odredbama članka 8., 9. i 14. Zakona o elektroničkoj trgovini, odredbama članka 15., 17. do 18.a i 34. Zakona o elektroničkim medijima i odredbama članka 5. do 15. Pravilnika o načinu oglašavanja i obavješćivanja o lijekovima, homeopatskim i medicinskim proizvodima.“

²¹⁴ Uključivanje pravila o potrošačkim ugovorima u opći propis o obvezama njihovom primjenom na sve potrošačke ugovore ili eventualno na sve druge ugovore moglo bi prema prof.dr.sc. *Josipović* pozitivno utjecati na daljnju modernizaciju ugovornog prava. Vidi Josipović T., „Das Konsumentenschutzgesetz – Beginn der Europäisierung des kroatischen Vertragsrechts“, u: Grundmann S./Schauer M. (ur.), *The Architecture of European Contract Law*, 2006, str. 129.

²¹⁵ Prema čl. 12. st. 1. ZOO-a u obveznim odnosima među trgovcima primjenjuju se trgovački običaji čiju su primjenu ugovorili i praksa koju su međusobno razvili. U ovoj se odredbi može vidjeti utjecaj čl. 1:105 st. 1. kao opće odredbe Načela europskog ugovornog prava (PECL), koja propisuje da su strane vezane svakim običajem o kojem su se sporazumjele i svakom praksom koju su ustanovile između sebe.

primjenjuju u istim takvim odnosima, ako sudionici u njima nisu izrijekom ili prešutno isključili njihovu primjenu. Pravilo se međutim primjenjuje unutar granica postavljenih u čl. 295. st. 5. ZOO, prema kojem opći uvjeti obvezuju ugovornu stranu ako joj je njihov sadržaj bio poznat ili morao biti poznat u vrijeme sklapanja ugovora. Time je važnost kontrole nepoštenih odredaba u općim uvjetima ugovora kod B2B ugovora još naglašenija. Sličan pristup može se naći u čl. 86. novog Prijedloga Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje, prema kojem je u B2B ugovorima ugovorna odredba nepoštena samo ukoliko čini dio odredaba o kojima se nije pojedinačno pregovaralo i ako je takve prirode da značajno odstupa od dobre trgovačke prakse, suprotno dobroj vjeri i pravičnom poslovanju. Kod definiranja B2B odnosa, Prijedlog propisuje da se Zajedničko europsko pravo prodaje može koristiti samo u B2B odnosima gdje su sve ugovorne strane trgovci i najmanje jedna od njih je SME. Sličan *ratio* može se pronaći u čl. 295. do 296. ZOO-a glede kontrole pravičnosti općih uvjeta ugovora u B2B ugovorima.

Ovo vodi ka odgovoru na drugo pitanje koje se odnosi na pravila o utvrđenju nišetnima nepoštenih ugovornih odredaba, koja se primjenjuju i na B2C i na B2B ugovore. Kako je objašnjeno, odredbe ZPP-a o ovoj materiji su ograničene na B2C ugovore. ZPP propisuje u čl. 102. st. 1. da je „nepoštena ugovorna odredba (je) nišetna“ i u čl. 102. st. 2. uređuje djelomičnu nišetnost. ZOO s druge strane sadrži odredbu koja se primjenjuje i na B2C i B2B ugovore koja utvrđuje odredbe općih uvjeta ugovora nišetnima „koje, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzročie očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja sastavljača ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako su opći uvjeti koji ih sadrže odobreni od nadležnog tijela“ (čl. 296. st. 1. ZOO). Bez izričitog utvrđivanja takve odredbe općih uvjeta ugovora „nepoštenom“, ZOO ustanovljava ugovornu odredbu koja ispunjava uvjete propisane u čl. 296. st. 1., bilo u B2C ili B2B ugovorima, nišetnom. Ti uvjeti odgovaraju zahtjevima iz čl. 3. st. 1. Direktive 93/13 i izlaze čak izvan okvira njome propisanog stupnja zaštite utvrđujući odredbu općih uvjeta ugovora nišetnom kada ugrožava postizanje svrhe sklopljenog ugovora. Budući da svrha ugovora u svakom konkretnom slučaju mora biti određena tumačenjem suda, ovaj je razlog za utvrđenje odredbe općih uvjeta ugovora nišetnom kritiziran u praksi i literaturi.²¹⁶ U svezi s čl. 296. ZOO-a, čl. 324. st. 1. ZOO također uređuje djelomičnu nišetnost za sve vrste ugovora propisujući da „nišetnost neke odredbe ugovora ne povlači nišetnost ugovora ako on može opstati bez nišetne odredbe i ako ona nije bila ni uvjet ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor sklopljen“, a ako i jest bila, ugovor će ostati valjan „u slučaju kad je nišetnost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i vrijedio bez nje“ (čl. 324. st. 2 ZOO).

Štoviše, postavljeno bi se pitanje moglo promotriti iz drugog kuta i moglo bi se tvrditi da postoje druge odredbe u ZOO-u i drugim posebnim propisima primjenjive i na B2C i B2B ugovore, koje se odnose na druga pitanja i koje sankcioniraju sa nišetnosti ugovorne odredbe koje istovremeno ispunjavaju zakonske uvjete za nepoštenu ugovornu odredbu.²¹⁷ Treba napomenuti i da i ZPP i ZOO sadrže daljnje odredbe o pravnim posljedicama nepoštenosti ugovornih odredaba koje će detaljnije

²¹⁶ Vidi Slakoper Z., *Nevaljanost pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore*, op.cit., str. 197.

²¹⁷ Npr. čl. 345. ZOO uređuje jednu moguću situaciju propisujući da na zahtjev zainteresirane ugovorne strane sud može „poništiti i ugovornu odredbu o isključenju i ograničenju odgovornosti za običnu nepažnju, ako je takav sporazum proizašao iz monopolskog položaja dužnika ili uopće iz neravnopravnog odnosa ugovornih strana“. Dalje, čl. 408. st. 2. ZOO propisuje nišetnost odredbe ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za nedostatke stvari „ako je nedostatak bio poznat prodavatelju, a on o njemu nije obavijestio kupca, a i onda kad je prodavatelj nametnuo tu odredbu koristeći se svojim monopolskim položajem te ako se radi o potrošačkom ugovoru“. ZOO sadrži sličnu odredbu u čl. 528. st. 2. glede ugovora o zakupu i u čl. 558. st. 2. glede ugovora o najmu. Također, prema čl. 435. st. 2. ZOO-a „ako je u vrijeme sklapanja ugovora prodavatelju bio poznat ili mu nije mogao ostati nepoznat neki nedostatak u njegovu pravu, odredba ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za pravne nedostatke nišetna je“. Konačno, tu su opće odredbe ZOO-a prema čl. 322. st. 1. ZOO-a o nišetnosti ugovora (protivnost Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima ili moralu društva), ZOO odredbe o manama volje (čl. 279. *et seq.* ZOO) i ZOO odredba o prekomjernom oštećenju (čl. 375. ZOO) koja omogućava zahtijevanje poništaja ugovora.

biti obrađene u odgovoru na šesto pitanje (posljedice ništetnosti itd.). Pored utvrđenja nepoštena odredbe općih uvjeta ugovora ništetnom prema čl. 296. st. 1. ZOO, postoje daljnje implikacije koje sudska kontrola općih uvjeta može imati na B2B ugovore. Ukoliko sud ustanovi da ugovorna strana u vrijeme sklapanja ugovora nije bila upoznata ili morala biti upoznata sa općim uvjetima ugovora, oni neće zakonski obvezivati stranu (čl. 295. st. 5. ZOO). Nadalje, ukoliko sud ustanovi da postoji neslaganje između općih uvjeta ugovora i pojedinačno pregovaranih odredbi, prema kogentnoj odredbi čl. 295. st. 3. ZOO vrijede ove posljednje. No, treba priznati da određenje takvog neslaganja neće biti lagani zadatak za sud, budući da će posebne pojedinačno pregovarane odredbe i odredbe općih uvjeta ugovora rijetko biti u očitom izravnom sukobu. Sudovi također igraju posebnu ulogu prilikom tumačenja općih uvjeta ugovora primjenom *contra proferentem* načela u sporovima koji se tiču B2B transakcija. U skladu s tim načelom „u slučaju kad je ugovor sklopljen prema unaprijed otisnutom sadržaju, ili kad je ugovor na drugi način pripremila i predložila jedna ugovorna strana, nejasne odredbe tumačit će se u korist druge strane“ (čl. 320. st. 1. ZOO).

3. Definicija nepoštenih ugovornih odredaba i njezina konkretizacija u crnoj ili sivoj listi; uloga sudova u tumačenju nepoštenih ugovornih odredaba

Slijedeći normativni pristup Direktive 93/13, hrvatski je zakonodavac uskladio odredbe o općim uvjetima ugovora u ZOO-u i uveo u ZPP tzv. opću odredbu o (ne)poštenosti koja utvrđuje kriterije koje će sud koristiti u svakom konkretnom slučaju prilikom odlučivanja o (ne)valjanosti određene ugovorne odredbe. Kao posljedica doslovnog preuzimanja čl. 3. st. 1. Direktive 93/13 u čl. 96. st. 1. ZPP, ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo smatrati će se nepoštenom ako, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje znatnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača.²¹⁸ Ova se zakonska definicija nepoštena ugovorne odredbe, koja se odnosi samo na B2C ugovore, za razliku od odredaba ZOO-a o općim uvjetima ugovora također primjenjuje na unaprijed sastavljene pojedinačne ugovore za individualnu uporabu. Čl. 296. ZOO, koji se primjenjuje i na B2C i B2B ugovore, ograničava kontrolu pravičnosti samo na standardne uvjete sastavljene „za veći broj ugovora“ (čl. 295. st. 1. ZOO) i bez izričitog ustanovljavanja nepoštenosti utvrđuje odredbu općih uvjeta ugovora koja ispunjava pretpostavke iz st. 1., ništetnom. Prema čl. 296. st. 1. ZOO, ništetne su „odredbe općih uvjeta ugovora koje, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzroče očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja sastavljača ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako su opći uvjeti koji ih sadrže odobreni od nadležnog tijela“.²¹⁹ Stoga, čl. 296. st. 1. ZOO preuzima uvjete iz čl. 3. st. 1. Direktive 93/13 u prvome dijelu rečenice i dodaje već spomenuti kritizirani razlog za ništetnost glede postizanja svrhe sklopljenog ugovora. Tumačenje konkretne svrhe ugovora predstavlja težak i kompliciran zadatak za nacionalni sud, koji mora odrediti i objektivnu pravnu svrhu ugovora i ciljeve koje ugovorne strane žele postići. Takvo se tumačenje mora provesti prema općim odredbama ZOO-a o tumačenju i uzimanjem u obzir zajedničke namjere ugovaratelja (čl. 319. st. 2. ZOO).²²⁰

²¹⁸ Čl. 83. st. 1. novog Prijedloga Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje je načelno zadržao istu definiciju.

²¹⁹ Vidi npr. presudu Vrhovnog suda Republike Hrvatske VSRH, Rev 1000/2006-2 od 11. srpnja 2007.: „Pravilnik (o kriterijima naknade za izvršena ulaganja zakupniku) koji nije podzakonski akt može imati značaj općih uvjeta ugovora. (...) Nepravilnom i previše strogom prema zakupniku ocijenjena je odredba općih uvjeta (Pravilnika) prema kojoj zakupnik ima pravo na povrat uloženi sredstava samo ukoliko je ugovorena zakupnina veća od deseterostruke početne zakupnine.“

²²⁰ Čl. 319. st. 2. ZOO: „Pri tumačenju spornih odredbi ne treba se držati doslovnog značenja pojedinih izričaja, već treba istraživati zajedničku namjeru ugovaratelja i odredbu tako razumjeti kako to odgovara načelima obveznog prava utvrđenim ovim Zakonom.“

Obje zakonske definicije iz čl. 96. st. 1. ZZP-a i čl. 296. st. 1. ZOO-a se ne primjenjuju na odredbe ugovora o kojima se je pojedinačno pregovaralo.²²¹ Prema čl. 96. st. 2. ZZP smatra se „da se o pojedinoj ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo, ako je tu odredbu unaprijed formulirao trgovac, zbog čega potrošač nije imao utjecaja na njezin sadržaj, poglavito ako je riječ o odredbi unaprijed formuliranog standardnog ugovora trgovca.“ Odgovarajuća odredba je sadržana u čl. 296. st. 3. ZOO prema kojem se odredba o ništetnosti nepoštenih standardnih uvjeta iz čl. 296. st. 1. ZOO ne primjenjuje se na one odredbe općih uvjeta ugovora o kojima se je prije sklapanja ugovora pojedinačno pregovaralo, a druga je strana pritom mogla utjecati na njihov sadržaj. Ipak, „ako se pojedinačno pregovaralo o pojedinim aspektima neke ugovorne odredbe, odnosno o pojedinoj ugovornoj odredbi, a cjelokupna ocjena ugovora ukazuje na to da je riječ o unaprijed formuliranom standardnom ugovoru trgovca, to neće utjecati na mogućnost da se ostale odredbe tog ugovora ocijene nepoštenima“ prema čl. 96. st. 3 ZZP. Prema čl. 96. st. 4. ZZP „ako trgovac tvrdi da se o pojedinoj ugovornoj odredbi u unaprijed formuliranom standardnom ugovoru pojedinačno pregovaralo, dužan je to dokazati“.

Drugo isključenje od testa (ne)poštenosti se odnosi na ugovorne odredbe o predmetu ugovora i cijeni poštene ako su te odredbe jasne, lako razumljive i uočljive propisano u čl. 99. ZZP-a i čl. 296. st. 3. ZOO-a. Objekti ove odredbe potrebno je kritizirati, jer je hrvatski zakonodavac doslovce preuzeo čl. 4. st. 2. Direktive 93/13 ne uzimajući u obzir određena objašnjenja iz preambule Direktive, što je moglo biti od pomoći sudovima prilikom primjene ovih odredaba. Preuzimanjem obrazloženja iz recitala 19. preambule Direktive 93/13, koji određuje da se test (ne)poštenosti ne primjenjuje na „the quality/price ratio of the goods or services“, moglo se je postići bolje razumijevanje odredbe u smislu da se poštenost drugih ugovornih odredaba o obračunu cijene ili načinu plaćanja itd. može ispitati.²²² Uvođenjem drugog obrazloženja iz istog recitala prema kojem „predmet i cijena ugovora i ratio cijene/kvalitete mogu biti uzeti u obzir prilikom ocjene (ne)poštenosti drugih ugovornih odredaba“, moglo se je pojasniti sudovima da ove odredbe iako ne zasebno ali u kombinaciji s određenom drugom ugovornom odredbom mogu dovesti do nepoštenosti na štetu potrošača.²²³ Nedavna praksa Europskog suda (dalje u tekstu: ES) (sada: Sud EU-a)²²⁴ kao i razvoj zakonodavstva potvrdili su da je prošireno preuzimanje i odredbe Direktive 93/13 iz čl. 3. st. 1. i iz čl. 4. st. 2. o isključenju posebnih ugovornih odredaba u skladu s Direktivom 93/13. Čl. 32. Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača obvezuje države članice koje usvoje odredbe u skladu s načelom minimalne harmonizacije (čl. 8. Direktive 93/13) da o tome obavijeste Komisiju, kao i o naknadnim izmjenama, naročito kada se „tim odredbama proširuje ocjena nepoštenosti na ugovorne odredbe o kojima se je pojedinačno pregovaralo ili na prikladnost cijene ili plaćanja“. Također u svojoj presudi *Caja de Ahorros*, ES je odlučio: „članci 4. st. 2. i 8. Direktive 93/13/EEZ (...) se trebaju tumačiti na način da nisu u suprotnosti s nacionalnim zakonodavstvom, (...) koje dopušta sudsku ocjenu nepoštenosti ugovornih odredaba koje se odnose na određenje predmeta ugovora ili prikladnost cijene ili plaćanja, s jedne strane, za usluge ili robu koja se zauzvrat dobavlja, s druge strane, čak i u slučaju kada su te odredbe napisane

²²¹ O isključenju vidi Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5. April 1993 on unfair terms in consumer contracts, COM(2000) 248 final, Brussels, 27.4.2000., str. 14 (Report on the implementation of Directive 93/13).

²²² To je potvrđeno u Report on the implementation of Directive 93/13, str. 15: „The terms laying down the manner of calculation and the procedures for altering the price remain entirely subject to the Directive.“ U svojoj ranijoj praksi prije obveze harmonizacije prema SSP-u, Vrhovni sud Republike Hrvatske je odlučio u presudi VSRH, Rev 409/1996-2 od 10. veljače 2000., primjenom odgovarajućih odredaba iz ex čl. 143. ZOO iz 1978. da sud nije „ovlašten ispitivati osnovanost izračuna cijene, koju stranke slobodno ugovaraju“.

²²³ Vidi Petrić S., „Opći uvjeti ugovora prema novom ZOO“, u Slakoper Z. (ur.), *Bankovni i financijski ugovori*, Pravni fakultet Rijeka, Rijeka 2007., str. 56. Ipak, potreba restriktivnog tumačenja ove odredbe može se izvesti iz sive liste nepoštenih ugovornih odredaba u čl. 97. ZZP, koja nabroja određene ugovorne odredbe o dodatnim pravima i obvezama ugovornih strana glede predmeta ugovora i cijene.

²²⁴ Ugovor iz Lisabona o izmjenama Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o osnivanju Europske zajednice, SLJ. EZ C 306 od 17. prosinca 2007. promijenio je dotadašnje nazive i strukturu suda, uveo promjene u postupku imenovanja sudaca i nezavisnih odvjetnika, glede nadležnosti itd.

ne jasnim, razumljivim jezikom”²²⁵ Novi Prijedlog Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje uvjetuje kontrolu (ne)poštenosti predmeta ugovora ili prikladnosti cijene u B2C ugovorima sa trgovčevim ispunjenjem zahtjeva transparentnosti (čl. 80.), dok takav test isključuje kod B2B ugovora.²²⁶ Daljnje isključenje od testa (ne)poštenosti odnosi se na ugovorne odredbe kojima se u ugovor unose zakonske odredbe prisilne naravi, odnosno kojima se u ugovor unose odredbe i načela konvencija koje obvezuju Republiku Hrvatsku (čl. 96. st. 5. ZZZP) i na odredbe općih uvjeta ugovora, čiji je sadržaj preuzet iz važećih propisa (čl. 296. st. 3. ZOO). Pored odredaba prisilne naravi, ZOO ovime također obuhvaća i dispozitivne odredbe primjenjivog zakonodavstva koje ne mogu biti ispitane od strane suda kada su uključene u opće uvjete ugovora.²²⁷

Pored zakonske definicije nepoštenih ugovornih odredbi, čl. 97. ZZZP sadrži indikativnu i otvorenu listu ugovornih odredbi koje sud može utvrditi nepoštenima u svakome pojedinom slučaju temeljem pretpostavki uređenih u čl. 96. ZZZP. Zbog ograničenja nadležnosti EU u području zaštite potrošača, koja su postavljena načelima supsidijarnosti i proporcionalnosti (čl. 5. st. 3. i 4. UEU (ex čl. 5 st. 2. i 3. UEZ))²²⁸ europski je zakonodavac propisao u Aneksu Direktive 93/13 tzv. „sivu listu” nepoštenih ugovornih odredbi (ugovorne odredbe za koje se oborivo predmnijeva da su nepoštena).²²⁹ Načelo minimalne harmonizacije iz čl. 8. Direktive 93/13 omogućilo je nacionalnim zakonodavcima preuzimanje liste bilo kao sivu ili crnu (ugovorne odredbe koje su uvijek nepoštena), ili čak kao kombinaciju objiju lista. Suprotno tome, opcionalni Prijedlog Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje propisuje za B2C ugovore i sivu (čl. 85.) i crnu listu nepoštenih ugovornih odredbi (čl. 84.).²³⁰ ZZZP preuzima u čl. 97. putem sive liste 19 odredbi iz točke 1. sl. a)-q) Aneksa

²²⁵ Predmet C-484/08 od 3. lipnja 2010., *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* [2010] ECR I-04785.

²²⁶ Vidi Prijedlog Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje, čl. 80. st. 2.: Odjeljak 2. (Nepoštena ugovorne odredbe u ugovorima između trgovca i potrošača) se ne primjenjuje na određenje predmeta ugovora i prikladnost cijene koju je potrebno platiti ukoliko je trgovac ispunio obvezu transparentnosti iz čl. 82. Vidi čl. 80. st. 3.: Odjeljak 3. (Nepoštena ugovorne odredbe u ugovorima između trgovaca) se ne primjenjuje na određenje predmeta ugovora i prikladnost cijene koju je potrebno platiti.

²²⁷ To je u skladu s recitalom 13. preambule Direktive 93/13: "(...) whereas in that respect the wording 'mandatory statutory or regulatory provisions' in Article 1 (2) also covers rules which, according to the law, shall apply between the contracting parties provided that no other arrangements have been established". Vidi također zahtjev za donošenje prethodne odluke postavljen od Oberlandesgericht Oldenburg (Njemačka) 6. siječnja 2011. u Predmetu C-8/11, *Johann Bilker and Others v EWE AG*, gdje je sud pitao da li čl. 1. st. 2. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da statutorne i regulatorne odredbe nisu predmet odredbi te direktive čak i u slučaju kada se prodavatelj ili dobavljač u svojim odredbama i uvjetima ugovora poziva na statutorne i regulatorne odredbe usvojene u odnosu na različite grupe potrošača i različite vrste ugovora.

²²⁸ Vidi pročišćene tekstove Ugovora o Europskoj uniji (UEU) i Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU), OJ C 83/47 od 30. ožujka 2010.

²²⁹ Prijedlog Komisije za Direktivu Europskog parlamenta i Vijeća o pravima potrošača, KOM(2008) 614 fin, 2 sadržavao je obje liste, crnu u Aneksu II (čl. 34.) i sivu u Aneksu III (čl. 35.). No ove odredbe nisu ušle u tekst nove Direktive 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača.

²³⁰ Problem ograničenja nadležnosti se najvjerojatnije neće pojaviti s obzirom na predloženu pravnu osnovu čl. 114. UFEU zbog "opcionalne" naravi Prijedloga Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje. U skladu s njegovim čl. 3. strane se mogu sporazumjeti o tome da Zajedničko europsko pravo prodaje uređuje njihove ugovore o prodaji robe, dobavljanju digitalnog sadržaja i pružanju povezanih usluga koji se sklappaju prekogranično u granicama teritorijalnog, materijalnog i personalnog polja primjene utvrđenog u čl. 4. do 7.

Direktive 93/13,²³¹ koje ne moraju nužno smatrati nepoštenima i obrnuto, ako se ne nalaze na listi mogu svejedno biti ustanovljene nepoštenima.²³² Pritom izričaj sive liste ZP-a lagano odstupa od izričaja odredaba Aneksa Direktive 93/13.²³³ ZP ne uređuje izuzetke propisane u točki 2. Aneksa Direktive 93/13 koja dopušta državama da propišu određene izuzetke od odredaba na listi u točki 1. u slučaju kada ih koriste pružatelji financijskih usluga i time ZP pruža viši stupanj zaštite potrošača.²³⁴ ZOO s druge strane ne sadrži ni crnu niti sivu listu nepoštenih ugovornih odredaba, ograničavajući se na opću odredbu o (ne)valjanosti. Budući da su sudovi obvezani paziti na ništetnost *ex officio* (čl. 327. st. 1. ZOO), dakle i na ništetnost nepoštenih ugovornih odredaba, uvođenje takve indikativne liste bi moglo pomoći hrvatskim sudovima prilikom tumačenja značenja pretpostavki iz opće odredbe o (ne)valjanosti iz čl. 296. st. 1. ZOO. Koristeći važeći zakonodavni okvir sudovi mogu koristiti sivu listu iz čl. 97. ZP-a samo kada odlučuju o nepoštenim ugovornim odredbama u B2C ugovorima, što će rijetko biti slučaj jer sudovi ignoriraju posebno zakonodavstvo o zaštiti potrošača. Koliko je poznato, nema sudskih odluka koje se odnose na odredbe ZP-a o nepoštenim ugovornim odred-

²³¹ Prema čl. 97. ZP-a ugovorne odredbe koje bi se, uz ispunjenje pretpostavki iz čl. 96. ZP-a, mogle smatrati nepoštenima jesu, primjerice: „– odredba o ograničenju ili isključenju odgovornosti trgovca za štetu uzrokovanu smrću ili tjelesnom ozljedom potrošača, ako je šteta posljedica štetne radnje trgovca,– odredba o ograničenju ili isključenju prava koja potrošač ima prema trgovcu ili nekoj trećoj osobi u slučaju potpunog ili djelomičnog neispunjenja ugovora, uključujući i odredbu o isključenju prijeboga potrošačeva duga s dugom koji trgovac ima prema potrošaču,– odredba kojom se potrošač obvezuje na ispunjenje ugovorne činidbe, dok je ispunjenje obveze trgovca uvjetovano okolnošću čije ispunjenje ovisi isključivo o volji trgovca,– odredba kojom se predviđa da trgovac zadrži plaćeno od strane potrošača kada ovaj odluči da neće sklopiti, odnosno ne ispuni ugovor, dok se isto pravo ne predviđa za potrošača u slučaju da trgovac ne želi sklopiti, odnosno ne ispuni ugovor,– odredba kojom se potrošač obvezuje platiti nadoknadu štete zbog neispunjenja koja je znatno veća od stvarne štete,– odredba kojom se trgovca ovlašćuje na raskid ugovora na temelju njegove diskrecijske ocjene, dok isto pravo nije predviđeno i za potrošača,– odredba kojom se trgovca ovlašćuje da, u slučaju kada raskine ugovor, zadrži plaćeno za usluge koje još nije obavio,– odredba kojom se trgovca ovlašćuje na otkaz ugovora sklopljenog na neodređeno vrijeme bez ostavljanja primjerenog otkaznog roka, osim u slučajevima kada postoje opravdani razlozi za otkaz,– odredba kojom se određuje da će se ugovor na određeno vrijeme produljiti na neodređeno ili određeno vrijeme ne izjavi li potrošač, prije prestanka ugovora, da ne želi produljenje ugovora, ako je rok u kojem potrošač to može izjaviti neprimjereno kratak,– odredba kojom se potrošaču nameću određene obveze, a da potrošač prije sklapanja ugovora nije bio u mogućnosti upoznati se s tom odredbom,– odredba kojom se trgovcu dopušta da jednostrano mijenja ugovorne odredbe bez valjanog, ugovorom predviđenog razloga,– odredba kojom se trgovcu dopušta da jednostrano mijenja obilježja proizvoda ili usluge koji su predmet ugovora, bez valjanog razloga,– odredba kojom se cijena robe ili usluge utvrđuje u vrijeme isporuke robe, odnosno pružanja usluge ili odredba kojom se trgovcu dopušta povećanje cijene, u oba slučaja ne priznajući pritom potrošaču pravo na raskid ugovora, ako je stvarna cijena znatno viša od cijene dogovorene u vrijeme sklapanja ugovora,– odredba kojom se trgovcu daje pravo ocijeniti je li prodani proizvod ili pružena usluga u skladu s ugovorom,– odredba kojom se trgovcu daje isključivo pravo tumačenja svih ili pojedinih odredaba ugovora,– odredba kojom se isključuje ili ograničava odgovornost trgovca za obveze koje je za njega preuzeo njegov zastupnik ili odredba kojom se dužnost poštovanja tih obveza uvjetuje ispunjenjem određenih formalnosti,– odredba kojom se obvezuje potrošača na ispunjenje njegovih ugovornih obveza čak i u slučajevima kada trgovac nije ispunio svoje ugovorne obveze,– odredba kojom se trgovcu dopušta da, bez prethodnog pristanka potrošača, prenese prava i obveze iz ugovora na treću osobu, ako se potrošač time dovodi u nepovoljniji položaj,– odredba kojom se isključuje, ograničava ili otežava pravo potrošača da prava iz ugovora ostvari pred sudom ili drugim nadležnim tijelom, a poglavito odredba kojom se obvezuje potrošača na rješavanje spora pred arbitražom koja nije predviđena mjerodavnim pravom, odredba koja onemogućava izvođenje dokaza koji idu u prilog potrošaču ili odredba kojom se teret dokaza prebacuje na potrošača kada bi, prema mjerodavnom pravu, teret dokaza bio na trgovcu“.

²³² To je u skladu s Predmetom C-478/99 od 7. svibnja 2002., *Commission of the European Communities v. Kingdom of Sweden* [2002] ECR I-04147: “As regards the annex referred to in Article 3(3) of the Directive, the annex in question is (...) to contain an indicative and non-exhaustive list of terms which may be regarded as unfair. (...) In any event, in order to achieve the twofold objective pursued and to satisfy the requirements of legal certainty, it is essential for this list to be published as an integral part of the provisions of the Directive.”

²³³ Npr. preuzimanjem sl. b) toč. 1. Aneksa ispuštena je riječ “inappropriately”, u odnosu na ograničenja ili isključenja prava potrošača, dok je kod preuzimanja sl. i) toč. 1. Aneksa ispuštena riječ “irrevocably”, te se mogućnost potrošača prije sklapanja ugovora upoznati se s ugovornom odredbom ne kvalificira kao “stvarna”. Kod preuzimanja sl. p) toč. 1. Aneksa, umjesto „where this may serve to reduce the guarantees for the consumer“, čl. 97. al. 18. ZP govori o odredbi koja može potrošača dovesti u nepovoljniji položaj.

²³⁴ Vidi listu kod Čadjenović Z./Čikara E./Dabović Anastasovska J./Dollani N./Gavrilović N./Karanikić Mirić M./Meškić Z./Zdravec N., op.cit., str. 473.

bama.²³⁵ Ipak, ex čl. 143. ZOO-a iz 1978. sadržavao je u st. 1. opću odredbu o (ne)valjanosti a u st. 2. indikativnu listu nepoštenih odredaba u općim uvjetima ugovora. Zbog striktnog poštivanja načela *pacta sunt servanda* sudovi nerado utvrđuju ništetnost odredaba u općim uvjetima ugovora, što je dovelo do prilično umjerene sudske prakse glede ex čl. 142. do 144. ZOO iz 1978.²³⁶ No, odnosne presude vode ka zaključku da je pored opće odredbe o (ne)valjanosti, indikativna lista nepoštenih ugovornih odredaba bila od velike koristi sudovima. Budući da ni ZOO niti ZPP definicije nepoštenih ugovorne odredbe ne određuju što se podrazumijeva pod očiglednom neravnopravnošću ili značajnom neravnotežom u pravima i obvezama ugovornih strana, to je također zadatak ostavljen odluci suda u svakome pojedinome slučaju.²³⁷ Prema prof.dr.sc. Petrić ovaj će se problem posebno pojaviti kod neimenovanih ugovora, budući da nema zakonskih odredaba o njima koje bi odražavale stav zakonodavca o tome što se smatra uravnoteženim položajem u pravima i obvezama ugovornih strana.²³⁸ Time dolazimo do posljednjeg retoričkog pitanja da li bi sudovi trebali biti obvezani crnom ili sivom listom nepoštenih ugovornih odredaba. Iskustvo nekih država članica EU-a je pokazalo da uvođenje crne ili sive liste također može imati neke negativne posljedice, budući da su sudovi skloni pridržavati se samo odredbi koje se nalaze na listi. Bilo je slučajeva kada su sudovi nekritički ustanovljavali ugovorne odredbe sa liste ništetnima u svakome slučaju, ili odbijali ustanoviti ništetnost bilo koje druge klauzule koja se nije nalazila na listi, što je uzrokovalo niži stupanj zaštite za drugu ugovornu stranu.²³⁹

²³⁵ Ipak u okviru alternativnog rješavanja potrošačkih sporova postoje brojne odluke npr. Suda časti Hrvatske gospodarske komore ili Suda časti Hrvatske obrtničke komore itd. U novijoj presudi Suda časti Hrvatske gospodarske komore br. P-I-50/10 od 25. ožujka 2011., potvrđene nakon uložene žalbe presudom br. PŽ-II-13/11 od 7. listopada 2011., Sud časti je odlučio da je banka PB.Z. d.d. odgovorna za odgovorna što je s potrošačem A.D. zaključila nejasan i nepotpun ugovor o stambenom kreditu na način da u vrijeme zaključenja ugovora ugovorne strane nisu pojedinačno pregovarale i ugovorom utvrdile egzaktne parametre i metodu izračuna tih parametara koji utječu na Odluku banke o promjeni stope ugovorene kamate, a što je imalo posljedicu u neravnoteži u pravima i obvezama utemeljenoj na jednostranom povećanju ugovorene kamatne stope. Kao posljedica, nastupila je neravnoteža u pravima i obvezama strana temeljem jednostranog povećanja ugovorene kamate. Sud časti je odlučio da unaprijed sastavljene odredbe o promjenjivosti kamatne stope i rizicima promjene tečaja ispunjavaju pretpostavke iz ex čl. 81. ZPP-a (sada: čl. 96.) o nepoštenim ugovornim odredbama.

²³⁶ Vidi *supra*, bilješka br. 18.

²³⁷ Vidi presudu Županijskog suda u Zagrebu, Gž. 3662/02 od 23. studenog 2004. u kojoj je odlučeno da kada sud ispituje da li je odredba općih uvjeta ugovora prestroga prema drugoj strani, mora objektivno odrediti da li reflektira to što se pretpostavlja da je uobičajeno u određenoj grani, tj. mora procijeniti zajednički interes čitavog kruga korisnika u odnosu na interese sastavljača uvjeta, kako bi ocijenio u kojoj mjeri određena odredba općih uvjeta ugovora šteti konkretnoj strani u sporu. Vidi Odluku Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske (VTSRH) Pž. 3670/04-3 od 24. listopada 2006.: "Smatra se da je autor općih uvjeta poštivao kriterij savjesnosti i poštenja, ako je uvijek postupao pošteno i pravično prema drugoj strani i ako je njezine legitime interese uvijek uzimao u obzir. Dakle, sud će morati uzeti u obzir sve različite interese koji se povodom ugovora pojavljuju, procijeniti pregovaračke pozicije i snagu stranaka, utvrditi je li jedna strana bila prinuđena sklopiti određeni ugovor."

²³⁸ Petrić S., Opći uvjeti..., op.cit., str. 50. Prema prof.dr.sc. Petrić ispunjenje ovoga zadatka će biti lako kada je neravnoteža između prava i obveza ugovornih strana očigledna, npr. klauzule općih uvjeta ugovora koje lišavaju drugu stranu prava propisanih za određenu vrstu ugovora, klauzule koje oslobađaju sastavljača općih uvjeta ugovora od odgovornosti ili ograničavaju tu odgovornost samo u svoju korist, klauzule koje jednoj ugovornoj strani osiguravaju prava koja joj nisu zajamčena dispozitivnim propisima, klauzule koje omogućavaju jednostrani i nezakoniti raskid ugovora i sl.

²³⁹ Vidi EC Consumer Law Compendium, Case Law, http://www.eu-consumer-law.org/caseofprovision_en.cfm?ArgumentID=60, posljednji puta posjećeno dana 3. studenog 2011. Daljnje se kritike odnose na isprazne i široke formulacije uvjeta na listi u toč. 1. Aneksa Direktive 93/13. Report on the implementation of Directive 93/13 je pokazao da crna lista igra važnu ulogu, budući da se je od ukupno 1849 slučajeva, 1689 odnosilo na crnu listu a samo 160 na sivu listu.

4. Okolnosti od važnosti za test poštenosti

Pored općih pretpostavki koje zahtijeva čl. 322. st. 1. ZOO glede ništetnosti svakog ugovora (protivnost Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima ili moralu društva),²⁴⁰ preuzimanjem čl. 4. st. 1. Direktive 93/13 u čl. 98. ZJP-a je ušla odredba koja propisuje dodatne okolnosti koje bi sud trebao uzeti u obzir prilikom ocjene nepoštenosti ugovorne odredbe. „Prilikom ocjene je li određena ugovorna odredba poštena uzimat će se u obzir narav proizvoda ili usluge koji predstavljaju predmet ugovora, sve okolnosti prije i prilikom sklapanja ugovora, ostale ugovorne odredbe, kao i neki drugi ugovor koji, s obzirom na ugovor koji se ocjenjuje, predstavlja glavni ugovor.“ Također, siva lista iz čl. 97. ZJP-a ima određeni indikativni učinak na ocjenu poštenosti odredaba u B2C ugovorima.²⁴¹ Slično, ZOO propisuje u čl. 296. st. 2. da se „prilikom ocjene ništetnosti određene odredbe općih uvjeta ugovora uzimaju (se) u obzir sve okolnosti prije i u vrijeme sklapanja ugovora, pravna narav ugovora, vrsta robe ili usluge koja je objekt činidbe, ostale odredbe ugovora kao i odredbe drugog ugovora s kojim je ta odredba općih uvjeta ugovora povezana.“ Sve ove dodatne okolnosti sudovi bi trebali uzeti u obzir kada odlučuju o tome da li je određena ugovorna odredba protivna načelu savjesnosti i poštenja. Osim ovih zahtjeva, kumulativno se mora ispuniti uvjet značajne neravnoteže u pravima i obvezama ugovornih strana kako bi se ugovorna odredba ustanovila ništetnom. Iako ZJP i ZOO ne sadrže posebne smjernice glede pitanja kada je ugovorna odredba protivna načelu savjesnosti i poštenja, ovo opće načelo sadržano u čl. 4. ZOO-a zahtijeva od obiju strana da uvijek uzimaju u obzir međusobne prilikom sastavljanja i sklapanja ugovora i prilikom ispunjavanja prava i obveza iz ugovora.²⁴² Stoga će nabrojane okolnosti biti od koristi sudovima prilikom odlučivanja da li su spomenuti uvjeti ispunjeni. Njihov će zadatak biti još više olakšan ukoliko usvoje tumačenje Komisije članka 3. st. 1. Direktive 93/13, prema kojem, ugovorna odredba koja stvara značajnu neravnotežu na štetu druge strane ne može biti u skladu s načelom dobre vjere.²⁴³

Ipak, neke od dodatnih okolnosti već su bile predmetom kritike u hrvatskoj pravnoj teoriji i praksi. U skladu s prvim zahtjevom prilikom ocjene da li je određena ugovorna odredba poštena, sud mora uzeti u obzir „narav proizvoda ili usluge“ koji je predmet činidbe.²⁴⁴ Zbog preuzimanja čl. 4. st. 1. Direktive 93/13, čl. 98. ZJP koristi prikladniji pojam „narav“, dok čl. 296. st. 2. ZOO koristi uži pojam koristeći izraz „vrsta“ robe ili usluge. Prilikom ocjene poštenosti odredbe u općim uvjetima ugovora sud se ne bi trebao ograničavati samo na vrstu predmeta ugovora već također uzeti u obzir i sve njegove druge karakteristike.²⁴⁵ Također se smatra da je zahtjev sudu da uzme u obzir „sve okolnosti

²⁴⁰ Prema čl. 322. st. 1. ZOO, ugovor koji je protivan Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima ili moralu društva ništetan je, osim ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu pravnu posljedicu ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo. Ustavni sud Republike Hrvatske je u Odluci broj U-III 380/2001 od 5. svibnja 2004 (NN br. 65/04) zaključio kako je ugovaranje nesrazmjerno visokih kamatnih stopa u ugovoru o kreditu u protivnosti je s općim načelima obveznog prava, i to načelom savjesnosti i poštenja, jednake vrijednosti uzajamnih davanja i ravnopravnosti sudionika u obveznom odnosu, te da su ugovorene obveze protivne društvenom moralu.

²⁴¹ Nadalje, ES je odlučio u svojoj presudi od 1. travnja 2004., C-237/02 – *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v Ulrike Hofstetter und Ludger Hofstetter* [2004] ECR I-3403, para. 21 da se „posljedice odredbe prema pravu mjerodavnome za ugovor također moraju uzeti u obzir. To zahtijeva da se razmotri i nacionalno pravo.“

²⁴² Preambula Direktive 93/13 sadrži objašnjenje u recitalu 16: „(...) prilikom ocjenjivanja dobre vjere posebno se mora imati u vidu jačinu pregovaračkih položaja strana, da li je potrošač bio naveden da pristane na odredbu i da li su roba ili usluge prodane ili pružene prema posebnoj narudžbi potrošača; (...) uvjet dobre vjere može biti ispunjen od strane prodavatelja ili dobavljača ukoliko posluje pošteno i ravnopravno s drugom stranom čiji je legitimni interes uzeo u obzir.“

²⁴³ Pored ovoga, postoje druga dva moguća tumačenja, pri čemu jedno uključuje spomenutu mogućnost kumulacije ova dva uvjeta a drugo omogućava alternativno ispunjenje uvjeta. Vidi Čadjenović Z./Čikara E./Dabović Anastasovska J./Dollani N./Gavrilović N./Karanikić Mirić M./Meškić Z./Zdraveva N., op.cit., str. 467.

²⁴⁴ Koncept treba tumačiti na način da obuhvaća činidbu koja se može sastojati u davanju, činjenju, propuštanju ili trpljenju (čl. 269. st. 1. ZOO) i sve objekte ugovorne obveze, dakle sve usluge i sve stvari (pokretnine, nekretnine i prava) (čl. 2 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 129/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09.).

²⁴⁵ Vidi Petrić S., Opći uvjeti..., op.cit., str. 54.

prije i prilikom sklapanja ugovora” preuzak, budući da se okolnosti za ugovornu stranu mogu pogoršati također nakon sklapanja ugovora.²⁴⁶ Postoje i kritike prema kojima je ovaj zahtjev irelevantan, budući da se većina tih ugovora sklapa kao unaprijed sastavljeni standardni ugovori bez mogućnosti pregovora o sadržaju odredbe. Različito od čl. 98. ZZP-a, čl. 296. st. 2. ZOO-a dalje izričito spominje „pravnu narav ugovora”, što je osnovni preduvjet za sud kada odlučuje o određenome ugovoru. Posljednja dodatna okolnost se odnosi na najkompliciraniji zadatak za sudove, naime na uzimanje u obzir ostalih ugovornih odredaba, kao i nekog drugog ugovora koji, s obzirom na ugovor koji se ocjenjuje, predstavlja glavni ugovor (ZZP), odnosno odredaba drugog ugovora s kojim je ta odredba općih uvjeta ugovora povezana (ZOO). Primjenom sistemskog tumačenja sud ne smije promatrati konkretnu ugovornu odredbu kao izdvojenu klauzulu već kao integralni dio ugovora ili povezanih ugovora kao cjeline. Tek tada sud može odlučiti da li je ugovorna odredba nepoštena tj. da li njezini nedostaci mogu biti nadomješteni prednostima drugih ugovornih odredaba. Na taj način određena ugovorna odredba koja se čini nepoštenom može biti ocjenjena poštenom u svezi s ostalim odredbama istog ugovora ili *vice versa*. Ovaj komplicirani zadatak zahtjeva od suda usporedbu i tumačenje prava i obveza ugovornih strana koja su često, kao kod povezanih ugovora, različita s obzirom na njihov sadržaj,²⁴⁷ posebice stoga što isti mogu biti zaključeni između različitih ugovornih strana. Konačno, zanimljivo je primijetiti da je novi Prijedlog Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje načelno zadržao iste dodatne okolnosti u čl. 83. st. 2. za B2B ugovore, s jednom dodatnom okolnosti glede B2C ugovora u čl. 83. st. 2. sl. a) glede trgovčeva ispunjavanja obveze transparentnosti.

5. Rokovi za utvrđenje ništetnosti

U skladu sa zahtjevima Direktive 93/13 i prakse ES-a, relevantne odredbe ZZP-a i ZOO-a ne propisuju rok za isticanje ništetnosti nepošteno odredbe ili ugovora koji sadrži takve odredbe. U skladu s odredbom prisilne naravi iz čl. 6. st. 1.²⁴⁸ Direktive 93/13, država će propisati da nepošteno odredbe korištene u ugovoru zaključenom sa potrošačem od strane prodavatelja ili dobavljača, neće biti obvezujuće za potrošača i da će ugovor nastaviti obvezivati strane odredbama ukoliko je moguće da opstane bez nepoštenih odredaba. U svojoj presudi *Cofidis*, ES je došao do zaključka da je Direktiva 93/13 u suprotnosti s nacionalnom odredbom koja zabranjuje nacionalnom sudu, po isteku određenog roka, utvrditi da je odredba ugovora nepoštena.²⁴⁹ Usuglašeno sa presudom ES-a *Cofidis*, ni ZOO niti ZZP ne sadrže u svojim općim odredbama ili odredbama o posebnim vrstama ugovora, odredbu koja bi sadržavala ograničavajući rok za utvrđenje ništetnom nepošteno odredbe. Naime, i ZZP i ZOO sadrže odredbe o pravnim posljedicama nepoštenosti ugovorne odredbe (čl. 102. ZZP, čl. 322. et seq. ZOO). No, ZZP kao *lex specialis* ne sadrži posebne odredbe glede ništetnosti, poput odredaba o isticanju ništetnosti, roku za isticanje ništetnosti itd. Prema čl. 2. st. 2. ZZP-a, osim ako ZZP-om nije drukčije određeno, B2C ugovori će biti predmetom odredaba ZOO-a kao *lex generalisa*. Opće odredbe ZOO-a o ništetnosti ugovora (čl. 322. et seq. ZOO) sadrže odredbu o roku za isticanje ništetnosti u čl. 328. Prema toj odredbi, pravo na isticanje ništetnosti se ne gasi tj. vrijeme za isticanje ništetnosti je neograničeno.

²⁴⁶ Druga ugovorna strana bi se mogla pozvati na klauzulu *rebus sic stantibus* uređenu u čl. 369. ZOO et seq. Moguće pak poboljšanje okolnosti ne bi trebalo imati učinka nakon što je ništetost ugovorne odredbe jednom utvrđena, ukoliko uzrok ništetnosti nestane nakon zaključenja ugovora. Vidi čl. 326. st. 1. ZOO prema kojem ništetan ugovor ne postaje valjan kad uzrok ništetnosti naknadno nestane.

²⁴⁷ Vidi Petrić S., Opći uvjeti..., op.cit., str. 54.

²⁴⁸ Vidi Predmet C-168/05 od 26. listopada 2006., *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I-10421 potvrđeno u Predmetu C-40/08 od 6. listopada 2009., *Asturcom Telecomunicaciones S.L. v. Rodríguez Nogueira* [2009] ECR I-09579.

²⁴⁹ Predmet C-473/00 21. studenog 2002., *Cofidis v. Fredout*, [2002] ECR I-10875.

6. "Nevaljanost" ili "neobvezujuća narav" nepoštene odredbe

U skladu sa zahtjevima čl. 6. st. 1. Direktive 93/13, hrvatski je zakonodavac propisao u čl. 102. st. 1. ZZP-a da je „nepoštena ugovorna odredba (je) ništetna“. ZOO sadrži odgovarajuću odredbu u čl. 296. st. 1. (u svezi sa čl. 322.)²⁵⁰ propisujući ništetnost nepoštene ugovorne odredbe u općim uvjetima ugovora.²⁵¹ Iako je čl. 6. st. 1. Direktive 93/13 otvorio pitanje koncepta ništetnosti nepoštene odredbe, praksa ES-a je odbila koncept relativne ništetnosti i potvrdila koncept apsolutne ništetnosti u svojim presudama *Océano*, *Cofidis* i *Mostaza Claro*.²⁵² Koncept je slijedio i hrvatski zakonodavac koji u svojim odredbama propisuje apsolutnu ništetnost kao posljedicu nepoštenih ugovornih odredaba. Nadalje, prema u članku 6. st. 1. Direktive 93/13 sadržanome načelu *utile per inutile non vitiatur*, čl. 102. st. 2. ZZP-a uređuje da ništetnost pojedine odredbe ugovora ne povlači ništetnost i samog ugovora ako on može opstati bez ništetne odredbe. Iste posljedice su propisane u čl. 296. st. 1 ZOO-a u svezi s čl. 324. ZOO (djelomična ništetnost) u okviru općih odredaba ZOO-a o ništetnosti ugovora (čl. 322 et seq. ZOO). Čl. 324. st. 1. ZOO-a uređuje djelomičnu ništetnost za sve vrste ugovora propisujući da „ništetnost neke odredbe ugovora ne povlači ništetnost ugovora ako on može opstati bez ništetne odredbe i ako ona nije bila ni uvjet ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor sklopljen“. U slučaju kad je ništetnost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i vrijedio bez nje, ugovor će ostati valjan čak i ako je ništetna odredba bila uvjet ili odlučujuća pobuda ugovora (čl. 324. st. 2. ZOO). Odgovarajuća odredba može se pronaći i u novom Prijedlogu Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje, prema čijem čl. 79., ugovorna odredba koja je sastavljena od jedne strane i koja je nepoštena (...) nije obvezujuća za drugu stranu (st. 1.) i kada ugovor može opstati bez nepoštene ugovorne odredbe, ostale ugovorne odredbe ostaju na snazi (st. 2.). Stoga posebne ZZP- i opće ZOO-odredbe o ništetnosti reflektiraju ideju Direktive 93/13 glede održavanja ugovora u najboljem interesu slabije ugovorne strane, kada je moguće da ugovor opstane bez nepoštene ugovorne odredbe (djelomična ništetnost).

Kao i sama Direktiva 93/13 ni odredbe ZZP-a niti ZOO-a ne sadrže pravila o djelomičnome zadržavanju, tj. zadržavanju nepoštene odredbe sa onim dijelom sadržaja koji je valjan, o zamjeni, izmjeni i prilagodbi nepoštenih odredaba u ugovorima. Ipak, čl. 329. ZOO sadrži odredbu o zelenoškim ugovorima, prema kojoj oštećena strana može zahtijevati od suda smanjenje ugovorne obveze na pravičan iznos u roku od pet godina od sklapanja ugovora.²⁵³ Sud će udovoljiti takvom zahtjevu ako je to moguće i u tom slučaju će ugovor s odgovarajućom izmjenom ostati na snazi. Također, čl. 354. ZOO uređuje mogućnost za sud da smanji iznos ugovorne kazne na zahtjev dužnika, ako nađe da je ona nerazmjerno visoka s obzirom na vrijednost i značenje objekta obveze.

²⁵⁰ Vidi *supra*, bilješka br. 47

²⁵¹ Stari čl. 143. COA je propisivao dvije posljedice nepoštenih odredaba u općim uvjetima ugovora: apsolutnu ništetnost i mogućnost sudu odbiti primjenu pojedine odredbe koja nije ništetna ali je nepoštena ili pretjerano stroga (relativna ništetnost). Vidi presudu Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske (VTSRH), Pž. 7102/2003 od 19. rujna 2007.: „Sud može odbiti primjenu pojedinih odredbi općih uvjeta poslovanja koje su nepravilne prema jednoj od ugovornih stranaka odnosno koje su suprotne načelu jednakosti uzajamnih davanja“. Vidi također presude Vrhovnog suda Republike Hrvatske: VSRH, Rev 819/1996 od 7. ožujka 2000., VSRH, Gzz 19/2004-2 od 25. veljače 2008.

²⁵² Spojeni predmeti C–240/98 do C–244/98 od 27. lipnja 2000., *Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero* [2000] ECR I–04941; Predmet C–473/00 21. studenog 2002., *Cofidis v. Fredout*, [2002] ECR I–10875; Predmet C–168/05 od 26. listopada 2006., *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I–10421.

²⁵³ Po podnesenoj reviziji u predmetu VSRH, Rev 749/2006-2 od 10. listopada 2006., Vrhovni sud Republike Hrvatske je ukinuo presude prvostupanjskog i drugostupanjskog suda u Zagrebu i vratio predmet prvostupanjskom sudu. Iako su sudovi nižih instanci odbili tužbeni zahtjev zbog protoka zakonskog roka od pet godina, Vrhovni sud je ustanovio da se tužitelj tvrdi da je ugovorena kamatna stopa od 30% (snižena na 15%) ništetna u dijelu koji prelazi 9%, a da se pravo na isticanje ništetnosti ne gasi.

Konačno, kao i odredbe Direktive 93/13, ni ZZZP niti ZOO ne sadrže odredbu o nepoštenosti tj. ništetnosti pisanih ugovornih odredaba koje suprotno zahtjevima čl. 5. Direktive 93/13,²⁵⁴ nisu napisane jasno i razumljivo.²⁵⁵ Čl. 100. ZZZP propisuje da „ako na temelju zakona ili sporazuma strana-ka, ugovor mora biti u pisanom obliku, njegove odredbe moraju biti napisane jasno i razumljivo te moraju biti lako uočljive“. Propisivanjem da ugovorne odredbe moraju biti „lako uočljive“, hrvatski je zakonodavac zajamčio viši stupanj zaštite potrošača obuhvaćajući tako i različite tehnike trgovaca kao što su sitno tiskane odredbe ugovora itd. Iako, se ista odredba ne može pronaći u ZOO-u u odnosu na opće uvjete ugovora, moglo bi se reći da čl. 295. st. 4. ZOO slijedi odgovarajuće ciljeve propisujući da se „opći uvjeti ugovora moraju (se) objaviti na uobičajeni način“. Problematično pitanje ovdje predstavlja zasigurno značenje riječi „na uobičajeni način“.²⁵⁶ Ovu odredbu slijedi čl. 295. st. 5. ZOO koji propisuje da opći uvjeti obvezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora.²⁵⁷ Ova odredba služi *inter alia* ostvarenju svrhe čl. 295. st. 4. ZOO-a tj. ispunjenju zahtjeva transparentnosti. Budući da nedostatak transparentnosti ne može dovesti do nepoštenosti tj. ništetnosti ugovorne odredbe, jedina posljedica povrede zahtjeva transparentnosti može se pronaći u pravilu o tumačenju iz čl. 5. reč. 2. Direktive 93/13. Ovo je pravilo preuzeto u čl. 101. st. 1. ZZZP-a, koji propisuje da se „dvojbene ili nerazumljive ugovorne odredbe tumače (se) u smislu koji je povoljniji za potrošača“. No, ovo se pravilo ne primjenjuje u postupcima za zaštitu kolektivnih interesa potrošača pokrenutima u skladu s čl. 131. ZZZP, što ograničava njegovo korištenje samo na postupke pokrenute individualnom tužbom (čl. 101. st. 2. ZZZP). Odgovarajuće *contra proferentem* pravilo se može naći u čl. 320. st. 1. ZOO-a koji uređuje da „u slučaju kad je ugovor sklopljen prema unaprijed otisnutom sadržaju, ili kad je ugovor na drugi način pripremla i predložila jedna ugovorna strana, nejasne odredbe tumačit će se u korist druge strane“.²⁵⁸

7. Ex-officio utvrđenje ugovorne odredbe nepoštenom

Kao što je već prije spomenuto, čl. 102. ZZZP-a sadrži jedno pravilo o ništetnosti kao posljedici nepoštenosti ugovorne odredbe u B2C ugovorima. Ipak, ne sadrži posebne detaljne odredbe glede ništetnosti kao što su to odredbe o posljedicama ništetnosti, o naknadnom nestanku uzroka ništetnosti, o isticanju ništetnosti, o roku za isticanje ništetnosti itd. One su uređene u općim odredbama ZOO-a o ništetnosti ugovora (čl. 322. et seq. ZOO) i stoga primjenjive na sve ugovore. Glede ovih

²⁵⁴ Slično izvornome tekstu odredbe ove Direktive, je čl. 31. st. 2. Prijedloga Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o pravima potrošača KOM(2008) 614 final, uveo novi zahtjev transparentnosti, prema kojem ugovorne odredbe moraju *inter alia* potrošačima biti učinjene dostupnima na način koji im daje stvarnu mogućnost upoznatih se s njima prije sklapanja ugovora. Ova odredba nije ušla u konačan tekst Direktive 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća o pravima potrošača.

²⁵⁵ Postoje stavovi u pravnoj teoriji da recital 20. Direktive 93/13 ograničava pravilo o tumačenju samo na ugovorne odredbe koje nisu napisane jasnim jezikom, što bi dalje značilo da za jasne ali nerazumljive odredbe nema pravnih posljedica. Takvo tumačenje odredaba Direktive bi ipak dovelo do vrlo neuobičajenih posljedica. Primjerice, čl. 101. st. 1. govori o „dvojbim ili nerazumljivim ugovornim odredbama“, a čl. 320. st. 1. ZOO spominje „nejasne odredbe“.

²⁵⁶ Prof.dr.sc. Petrić naglašava da postoji više mogućih tumačenja izričaja odredaba, koji bi mogli obuhvaćati objavu u službenim glasilima ili publikacijama u poslovnim prostorijama sastavljača općih uvjeta poslovanja. Daljnje pitanje je da li bi opći uvjeti poslovanja trebali biti učinjeni dostupnima samo konkretnoj ugovornoj strani ili široj javnosti. Valjanost općih uvjeta poslovanja nije uvjetovana njihovom objavom. Njihova valjanost ovisi o ispunjenju uvjeta iz čl. 295. st. 5. ZOO. Vidi Petrić S., Opći uvjeti..., op.cit., str. 38.

²⁵⁷ Recital br. 20 Direktive 93/13 propisuje da „potrošaču treba biti dana stvarna mogućnost ispitivanja svih odredaba“. Također, toč. 1. Aneksa sl. i) propisuje da se odredba koja „neopozivo obvezuje potrošača na uvjete sa kojima nije imao stvarnu mogućnost upoznatih se prije sklapanja ugovora“ može smatrati nepoštenom.

²⁵⁸ Novi Prijedlog Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje uređuje u odnosu na B2C ugovore obvezu transparentnosti za ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo. Čl. 82. propisuje da kada trgovac sastavlja ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo s potrošačem (...) ima obvezu osigurati da su sastavljeni i priopćeni na jasan i razumljiv način. Osim posljedica u vidu odredbe o tumačenju prisilne naravi u čl. 64., čl. 81. Prijedloga propisuje prisilnu narav cijelog Poglavlja 8. o nepoštenim ugovornim odredbama. Čl. 64. uređuje da kada postoji sumnja oko značenja ugovorne odredbe u ugovoru između trgovca i potrošača, prevladati će tumačenje koje je najpovoljnije za potrošača osim ako je ugovornu odredbu utvrdio potrošač.

putanja, ako ZZZ-om nije drukčije određeno, primjenjuju se odredbe ZOO-a kao *lex generalis* (čl. 2. st. 2. ZZZ). Prema čl. 327. st. 1. ZOO o isticanju ništetnosti, na ništetnost sud pazi *ex officio* i na nju se može pozivati svaka zainteresirana osoba. Prema čl. 327. st. 2. ZOO i državni odvjetnik ima pravo zahtijevati utvrđenje ništetnosti. Iako se potonja odredba primjenjuje na sve ugovore, primarni cilj ove odredbe o kontroli putem državnog odvjetnika su vrlo vjerojatno B2B ugovori. Ipak, nema dvojbe o njezinome značaju za ugovorno pravo potrošača, naročito s obzirom na velik broj ugovora koje poduzeća javnog sektora djelujući kao trgovci sklapaju putem unaprijed sastavljenih ugovora sa potrošačima.²⁵⁹ Kao što je već spomenuto pravo na isticanje ništetnosti ugovora se ne gasi prema čl. 328. ZOO-a, a ništetnost se može isticati u postupcima pokrenutima individualnom tužbom i postupcima pokrenutima tužbom za zaštitu kolektivnih interesa potrošača od strane ovlaštene osobe prema čl. 131. ZZZ.²⁶⁰ Sud će utvrditi nepoštenu ugovornu odredbu ništetnom *ex tunc*.

Ništetnost ugovorne odredbe neće rezultirati i sa ništetnosti i samog ugovora ako on može opstati bez ništetne odredbe (čl. 102. st. 2 ZZZ; čl. 324. st. 1. ZOO). Osim odredbe o zelenaškim ugovorima (čl. 329. ZOO) i o ugovornoj kazni (čl. 354. ZOO), nema odredaba o zamjeni, izmjeni ili prilagodbi nepoštene ugovorne odredbe. Odredbe hrvatskog prava o nepoštenim ugovornim odredbama su stoga u skladu sa razvijenom praksom ES-a, prema kojoj nacionalni sudovi moraju imati ovlasti ocijenjivati poštenost ugovorne odredbe po službenoj dužnosti. Kao što je utvrđeno u *Oceano*, cilj odredbe prisilne naravi članka 6. st. 1. Direktive 93/13, koji zahtijeva od država da propišu da nepoštene odredbe nisu obvezujuće za potrošača, ne bi se mogao postići kada bi potrošač bio obvezan sam istaknuti nepoštenu narav takvih odredaba. Kao što je dalje utvrđeno u *Oceano*, učinkovita zaštita potrošača može se postići samo ako nacionalni sud ima ovlast ocijeniti nepoštene ugovorne odredbe po službenoj dužnosti.²⁶¹ Iako je u svojim presudama *Claro* i *Cofidis*, ES otišao korak dalje utvrdivši da nacionalni sud ima obvezu ispitivanja nepoštenosti ugovorne odredbe *ex officio*,²⁶² ES je u predmetima *Pannon*, *Rodriguez* i *Pohotovost* ovu obvezu uvjetovao stvarnom mogućnosti nacionalnog suda da preispita nepoštenost ugovorne odredbe s obzirom na dostupnost potrebnih pravnih i činjeničnih elemenata.²⁶³ Konkretizacija ove obveze uslijedila je u nedavnoj presudi ES-a *Pérezgütyi Lizing*, gdje je prvo utvrđena obveza nacionalnom sudu da po službenoj dužnosti ispita da li ugovorna odredba potpada pod polje primjene Direktive 93/13 i drugo, potvrđena obveza nacio-

²⁵⁹ To se prvenstveno odnosi na poduzeća javnog sektora koja pružaju javne usluge u njihovoj ulozi trgovačkog društva. Prema čl. 24. st. 1. ZZZ-a javnim uslugama se smatraju: distribucija električne energije, opskrba električnom energijom, distribucija plina, opskrba plinom, distribucija toplinske energije, opskrba toplinskom energijom, opskrba pitkom vodom, odvodnja i pročišćavanje otpadnih voda, prijevoz putnika u javnom prometu, poštanske usluge, održavanje čistoće, odlaganje komunalnog otpada, održavanje groblja i krematorija i prijevoz pokojnika, obavljanje dimnjačarskih poslova i javne telekomunikacijske usluge. Bilo je više prilika u kojima je Ustavni sud Republike Hrvatske odlučivao o ustavnosti i zakonitosti općih uvjeta ugovora pružatelja javnih usluga propisanih u njihovim pravilnicima, kao npr. u Odluci U-II/2188/2011 od 9. srpnja 2003. Ustavni sud je ustanovio da je čl. 50. st. 1. Pravilnika o općim uvjetima za obavljanje telekomunikacijskih usluga *inter alia* suprotan načelu jednake vrijednosti uzajamnih davanja (ex čl. 15. ZOO (sada čl. 7. ZOO)) i ukinuo tu odredbu. Odredba je propisivala da je telefonska pretplata naknada za spremnost telekomunikacijskog sustava.

²⁶⁰ Postupak se može se pokrenuti protiv pojedinog trgovca ili skupine trgovaca iz istoga gospodarskog sektora, komorskih i interesnih udruga trgovaca ili protiv nositelja pravila postupanja trgovaca. Sudska odluka će utvrditi i definirati čin povrede i narediti prekid povrede, narediti uklanjanje štetnih posljedica i zabraniti slično ponašanje ubuduće u odnosu na sve potrošače. Oštećeni potrošač može individualno pokrenuti postupak za naknadu štete ili postupak utvrđenja ugovora ništetnim itd. Vidi Tomljenović V./Čulinović Herc E./Butorac Malnar V. (ur.), *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području, Rješavanje trgovačkih i potrošačkih sporova*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilište u Rijeci, 2009.

²⁶¹ Spojeni predmeti C–240/98 do C–244/98 od 27. lipnja 2000., *Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero* [2000] ECR I–04941, para. 26.

²⁶² Predmet C–168/05 od 26. listopada 2006., *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I–10421, para. 38.; Predmet C–473/00 21. studenog 2002., *Cofidis v. Fredout*, [2002] ECR I–10875.

²⁶³ Predmet C-243/08 od 4. lipnja 2009., *Pannon GSM v. Erzébet Sustikné Györfi* [2009] ECR I–4713; Predmet C-40/08 od 6. listopada 2009., *Asturcom Telecomunicaciones S.L. v. Rodriguez Nogueira* [2009] ECR I-09579, para. 32.; Predmet C-76/10 od 16. studenog 2010., *Pohotovost s.r.o. v. Iveta Korčkovská, SLI*. EU C 030, 29. siječnja 2011., str. 0012.

nalnog suda da po službenoj dužnosti ocijeni da li je ugovorna odredba nepoštena.²⁶⁴ Iako bogata praksa Suda Europske unije o nepoštenim ugovornim odredbama daje detaljne smjernice našim nacionalnim sudovima glede primjene i tumačenja preuzetih odredaba, isto bi u bliskoj budućnosti moglo predstavljati težak zadatak za njih.²⁶⁵

²⁶⁴ Predmet C-243/08 od 4. lipnja 2009., *Pannon GSM v Erzébet Sustikné Györfi* [2009] ECR I-4713; Predmet C-40/08 od 6. listopada 2009., *Asturcom Telecomunicaciones S.L. v Rodriguez Nogueira* [2009] ECR I-09579, para. 32.; Predmet C-76/10 od 16. studenog 2010., *Pohotovost' s.r.o. v Iveta Korčkovská, S.L.* EU C 030, 29. siječnja 2011., str. 0012.

²⁶⁵ Vidi Mišljenje Nezavisne odvjetnice *Trstenjak* od 14. veljače 2012. u Predmetu C-618/10, *Banco Español de Crédito, SA v Joaquín Calderón Camino* gdje je istaknula da Direktivu 93/13 treba tumačiti na način da ne zahtijeva da nacionalni sud u kontekstu postupka za izdavanje platnog naloga donosi odluku po službenoj dužnosti i *in limine litis* o tome da li je spomenuta ugovorna odredba o zateznim kamatama iz ugovora o potrošačkom kreditu ništetna, ukoliko se ocjena o tome da li je odredba nepoštena može prenijeti, u skladu s nacionalnim postupovnim pravilima, na *inter partes* postupak pokrenut prigovorom dužnika u kojem je nacionalnom sudu pružena prilika da sazna sve pravne i činjenične elemente potrebne za provođenje takve ocjene. Nezavisna odvjetnica je također potvrdila da je čl. 6. st. 1. Direktive 93/13 u suprotnosti sa nacionalnom odredbom koja ovlašćuje nacionalni sud na izmjenju potrošačkog ugovora na način da zamijeni nepoštenu ugovornu odredbu sa drugom odredbom koja se ne smatra nepoštenom. U drugome Predmetu C-453/10 nezavisna odvjetnica *Trstenjak* u Mišljenju od 29. studenog 2011., *Jana Pereničová, Vladislav Perenič v S.O.S. financ, spol. sro* je smatrala da se čl. 6. st. 1. Direktive 93/13 ne odnosi na pitanje da li je nevaljanost tj. ništetnost čitavog ugovora koji sadrži brojne nepoštenne odredbe povoljnija pravna posljedica za potrošača, ali da ništa ne priječi države da takvu posljedicu predvide u njihovim nacionalnim zakonodavstvima. Nezavisna odvjetnica je ustanovila da navođenje niže efektivne kamatne stope (EKS) u ugovoru o kreditu od one stvarne, predstavlja nepoštenu poslovnu praksu, koju nacionalni sudac može uzeti u obzir kao dodatnu okolnost prilikom ocjene nepoštenosti ugovorne odredbe.

D. Nepoštene ugovorne odredbe u ugovornom pravu Republike Makedonije

Neda Zdraveva, Nenad Gavrilović, Borka Tuševska, Skopje/Stip

1. Pravna rasprava u Makedoniji o uključenju regulacije nepoštenih ugovornih odredbi u opšte ugovorno pravo u okviru Zakona o obligacionim odnosima/budućeg Građanskog zakonika

Odgovor na pitanje šta predstavlja ugovorni uslov posljednjih godina, naročito sa uspostavljanjem elektronskog poslovanja, se mijenja. Tradicionalno ugovor je shvaćen kao pravni akt o kojem su stranke pregovarale i postigle dogovor. Promjene u načinu trgovine robom i uslugama donijele su nova viđenja u ovu definiciji. Veoma često u modernoj trgovini stranke (samo) pristanu na ono što je predloženo i priređeno od druge strane. To pruža mogućnost zloupotrebe takve pozicije na štetu druge strane, koja nema vrijeme ili znanje da ispravno razumije značenje određenih ugovornih odredbi. Pravo se ne može oglušiti o ovakvu situaciju, i to ne čini. Njegova uloga jeste da propiše osnove za pošteno poslovanje i ravnopravnost stranaka. Pravni mehanizmi za ocjenu poštenosti određenih ugovornih odredbi postoje u ovu svrhu.²⁶⁶

Pitanje nepoštenih ugovornih odredbi u makedonskom zakonodavstvu regulisano je prema dva seta propisa- propisa Zakona o obligacionim odnosima²⁶⁷ (od sada ZOO), kao *lex generalis*, i propisa Zakona o zaštiti potrošača²⁶⁸ (od sada: ZZZP) kao *lex specialis*.

ZOO reguliše opšte propise o ugovorima i unutar svog područja primjene opšte ugovorne uslove neovisno o ugovornim strankama, dok ZZZP reguliše pitanja vezana za potrošačke ugovore. Stoga, propisi ZZZP koje se odnose na opšte ugovorne odredbe primjenjuju se samo na B2C ugovore. Ipak, ZOO propisuje mogućnosti i propise za ocjenu nepoštenih odredbi u B2B ugovorima. P2B ugovori su regulisani u Zakonu o javnim nabavkama,²⁶⁹ međutim, ovaj zakon ne reguliše pitanja vezana za nepoštene ugovorne odredbe.

Sadržaj nacionalnih odredbi bio je pod uticajem Direktive Vijeća 93/13 o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima (od sada: Direktiva 93/13).²⁷⁰ ZOO iz 1978²⁷¹ primjenjiv u Makedoniji do 2001., u skladu sa čl. 5. Ustavnog zakona za primjenu Ustava,²⁷² i kasnije zamijenjen novim Zakonom o obligacionim odnosima od 2001. godine (kasnije izmijenjenog), sadržavao je

²⁶⁶ Vidi dalje u Jadranka Dabović Anastasovska, *Pregovaraњето и општите услови кај договорите*, Деловно право – издание за теорија и практика на правото, Година X, br. 20, Здружение на правници на Република Македонија, Скопје, 2009, str. 36-48 [Jadranka Dabovic Anastasovska, *The negotiations and the general terms of contracts*, Business Law – Edition of Law Theory and Practice, Year X, No. 20, Association of Lawyers of the Republic of Macedonia, Skopje, 2009, p. 9-11].

²⁶⁷ Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list RMak* br. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 i 161/2009.

²⁶⁸ Zakon o zaštiti potrošača, *Sl. list RMak* br. 38/2004, 77/2007, 103/08 i 24/2011.

²⁶⁹ Zakon o javnim nabavkama, *Sl. list RMak* br. 136/2007; 130/2008; 97/2010 i 53/2011.

²⁷⁰ Direktiva Vijeća 93/13/EEC od 5. aprila 1993. o nepravilnim odredbama u potrošačkim ugovorima, *Sl. list EU* L 095, 21/04/1993 str. 0029 - 0034.

²⁷¹ Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ* br. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 i 57/89.

²⁷² Ustavni zakon o prijenu Ustava, *Sl. list RMak* br. 52/1991 i 4/1992.

dva člana koja su se ticala opštih ugovornih odredbi. Nijedan od njih nije sadržavao detaljan opis ili definiciju opštih odredbi. Čl. 130. ZOO u svojoj verziji od 2001. definisao je "opšte uslove" i njihovu primjenu. U čl. 131. propisano je da su odredbe opštih uslova koje su suprotne cilju ugovora ili moralu ništave, čak i ako su opšti uslovi koji su dio njihovog sadržaja ili jedan njihov dio odobreni od strane nadležnog organa. Nadalje, sud bi mogao odbiti primjenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj. U 2008. godini, ZOO je značajno izmijenjen. Kao što je rečeno u Obrazloženju Prijedloga izmjena Zakona o obligacionim odnosima, osnovni razlog za izmjene bio je da se ispune obaveze Republike Makedonije preuzete potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju²⁷³ da bi se stvorili nužni uslovi za nesmetanu i efikasnu trgovinu robom i uslugama. Ova obaveza, posmatrana kroz prizmu obaveze približavanja nacionalnog zakonodavstva *acquis*-u, stvorila je potrebu za transpozicijom relevantnih direktiva u Zakon o obligacionim odnosima, kao osnovnom pravnom aktu koji reguliše trgovinu robom i uslugama. Međutim, proces transpozicije je shvaćen kao process u kojem je kompaktnost zakona uzeta u obzir, s obzirom da se radi o sistematičnom zakonu koji generalno reguliše pravne transakcije. Ovo je dalje objašnjeno činjenicom da direktive u pogledu ostvarivanja ciljeva koje postavljaju prevashodnoupućuju na doslovno uvrštavanje njihovih odredbi u nacionalno zakonodavstvo. Jedna od izmjena učinjenih putem izmjena ZOO, bila je u propisima koji regulišu opšte ugovorne uslove (čl. 130.) i apsolutnu ništavost određenih odredbi opštih ugovornih uslova (čl. 131.) sa ciljem njihovog usklađivanja sa Direktivom 93/13.

Posljedica toga je da je čl. 131. proširen za još dva stava, dok su ostali stavovi ponovo uređivani. Sada ZOO jasno propisuje i u skladu sa Direktivom 93/13 utvrđuje uslove za apsolutnu ništavost opštih ugovornih uslova. Dalje definiše pitanja koja bi trebala biti uzeta u obzir od strane sudova kada ocjenjuju odredbe za proglašenje njihove apsolutne ništavosti. Na kraju, propis definiše slučajeve u kojima se isključuje primjena apsolutne ništavosti. ZOO ne vrši potpunu transpoziciju Direktive 93/13, jer je ona već bila transponovana u zakonodavstvo o zaštiti potrošača.

Prvi zakon o zaštiti potrošača iz 2000,²⁷⁴ sadržavao je tri člana koja su pokrivala opšta pitanja povezana sa nepoštenim odredbama. Direktiva je bila transponovana, ali transpozicija nije bila potpuna. ZKP iz 2004. godine (izmijenjen u 2007., 2008., i 2011.) u potpunosti je implementirao Direktivu 93/13 sadržavajući 30 odredbi (članova) koje se tiču nepoštenih ugovornih odredbi.

ZKP u čl. 53. (1) definiše: Nepoštenom se smatra odredba potrošačkog ugovora o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, ako suprotno načelu savjesnosti i poštenja uzrokuje očiglednu neravnotežu u pravima i obavezama stranaka koja proizilaze iz ugovora, na štetu potrošača. Posebne odredbe ZKP koje se odnose na nepoštene odredbe ne primjenjuju se na pojedinačno dogovorene uslove; međutim, opšti propisi o apsolutnoj ništavosti iz ZOO mogu se primjenjivati.

Odlukom vlade Republike Makedonije u decembru 2010. godine, osnovana je Komisija za izradu Građanskog zakonika Republike Makedonije. Prvi zadatak komisije je da ocijeni postojeći *corpus* građanskog prava u Makedoniji i prvo i prevashodno da odluče uopšteno o sadržaju Građanskog zakonika. Radna grupa za obligaciono pravo u procesu je revizije pitanja, između ostalog, u kojoj mjeri posebne odredbe o zaštiti potrošača trebaju biti uključene u Građanski zakonik i na koji način će to uticati na druga, povezana pitanja ugovornog prava. U procesu donošenja odluke usvajanje Direktive 2011/83/EU Evropskog Parlamenta i Vijeća o pravima potrošača (od sada Direktiva o

²⁷³ Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njenih država članica, s jedne strane, i Republike Makedonije, s druge strane; potpisan 26.03.2001; *Sl. list RMak* – Međunarodni sporazumi br.28/2001.

²⁷⁴ Zakon o zaštiti potrošača, *Sl. list RMak* br. 63/2000 i 4/2002, ponovo izmijenje putem ZKP 2004.

pravima potrošača)²⁷⁵ i Prijedloga Uredbe Evropskog Parlamenta i Vijeća o Zajedničkom evropskom pravu prodaje²⁷⁶ (od sada: opcionalni instrument) biće uzeto u obzir. Direktiva o pravima potrošača usvojila je princip ciljane harmonizacije, pokušavajući da postigne ravnotežu pitanja na osnovu njihovog značaja za unutrašnje tržište (tako reći, da uspostave ravnotežu između više bitnih vis-à-vis manje važnih pitanja), tako zahtijevajući potpunu harmonizaciju za prvo, a minimalnu za posljednje navedeno. Usvajanje takvog pristupa može uticati na zakonodavni pristup transpoziciji Direktive o pravima potrošača u državama članicama. U pogledu nepoštenih ugovornih odredbi Direktiva o pravima potrošača ne reguliše ništa osim manjih izmjena u pogledu pitanja obavijestavanja regulisanog u Direktivi 93/13. Stav koji je zauzet u Prijedlogu Direktive o pravima potrošača²⁷⁷ u pogledu nepoštenih ugovornih odredbi pronašao je svoj put do Opcionalnog instrumenta, gdje je sada regulacija prečutno proširena na B2B ugovore.²⁷⁸ Međutim, ostale su dileme (i kritike) o njihovom (popratnom) dejstvu i primjeni u nacionalnom zakonodavstvu.²⁷⁹ Radna grupa za obligaciono pravo nema sumnju u to da će usvajanje opcionalnog instrumenta uticati na nacionalno ugovorno pravo. Na osnovu sadašnjeg stanja zakonodavstva EU i nacionalnog zakonodavstva stav je da bi Građanski zakonik trebao sadržavati samo opšta pitanja zaštite potrošača, dok bi posebna trebala ostati u posebnom propisu. U pogledu nepoštenih ugovornih odredbi ocijenjeno je da je sadašnje zakonodavstvo u skladu sa postojećim zakonodavstvom EU i uopštenošću propisa sadržanim u Zakonu o obligacionim odnosima, pruža prikladan okvir za zaštitu stranaka pogođenih mogućim nepoštenim ugovornim odredbama.²⁸⁰

2. Nepoštene ugovorne odredbe u B2B ugovorima

Kontrola nepoštenih ugovornih odredbi u Republici Makedoniji regulisana je putem Zakona o obligacionim odnosima i Zakona o zaštiti potrošača. Zakon o zaštiti potrošača reguliše ugovorne odredbe u B2C ugovorima, dok Zakon o obligacionim odnosima, kao što je rečeno, reguliše sve ugovorne odnose. U ZOO, međutim, nepoštene ugovorne odredbe su većinski povezane sa opštim ugovornim odredbama. Naime, ZOO koristi termin apsolutne ništavosti opštih ugovornih uslova, čija definicija odgovara definiciji nepoštenih ugovornih odredbi u Direktivi 93/13 (čl. 3. (1)). Opšti ugovorni uslovi, u čl. 130. (1) definisani su kao „ugovorne odredbe sastavljene za veći broj ugovora koje jedna ugovorna strana (sastavljač) prije ili u trenutku sklapanja ugovora predlaže drugoj ugovornoj strani, bilo da su sadržani u formularnom (tipskom) ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva”. ZOO dalje reguliše da opšti ugovorni uslovi dopunjuju posebne pogodbe (pojedinačno

²⁷⁵ Direktiva 2011/83/EU Evropskog Parlamenta i Vijeća od 25. oktobra 2011. o pravima potrošača, mijenjajući Direktivu Vijeća 93/13/EEZ i Direktivu 1999/44/EZ Evropskog Parlamenta i Vijeća ukidajući Direktivu 85/577/EEZ i Direktivu 97/7/EZ Evropskog Parlamenta i Vijeća, Sl. list EU L 304 /64, 22. novembar 2011.

²⁷⁶ Prijedlog Uredbe Evropskog Parlamenta i Vijeća o Zajedničkom evropskom pravu prodaje, COM(2011) 635 konačno, 11.10.2011; Poglavlje 8: Nepoštene ugovorne odredbe.

²⁷⁷ Prijedlog Direktive Evropskog Parlamenta i Vijeća o pravima potrošača; COM(2008) 614 konačno, 8.10.2008; čl. 30 – 39.

²⁷⁸ Proširenje zaštite na određene trgovce je sada viđeno kao mogućnost, u tački 13. recitala Direktive o pravima potrošača „... Države članice mogu odlučiti da prošire primjenu ove Direktive na pravne osobe ili fizičke osobe koje nisu potrošači u smislu ove Direktive, poput nevladinih organizacija, osnivače preduzeća ili mala i srednja preduzeća ...”

²⁷⁹ H. Schulte-Nölke, *The Potential Impact of the Consumer Rights Directive on the Member States' Contract Law – Side effects on the Member States' general contract law or general sales law* –, European Parliament, Directorate general for internal policies policy department c: citizens' rights and constitutional affairs, Legal Affairs, 2009, str.30; available at <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html>; H. W. Miklitz, *The Proposal for Consumer Rights and the Opportunity for a reform of European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts*, EU Working Paper LAW 2010 – 2012, European University Institute, 2010, str.5; M.B.M. Loos, *Full harmonisation as a regulatory concept and its consequences for the national legal orders. The example of the Consumer rights directive*, Centre for the Study of European Contract Law- Working Paper Series - No. 2010/03, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1639436>.

²⁸⁰ Intervju sa prof. Gale Galev i prof. Jadranka Dabovic Anastasovska, koordinatorima Radne grupe za obligaciono pravo. Rezultati ovog pregleda prezentovani su na konferenciji u januaru 2012.

dogovorene ugovore) priređene od stranaka, i u pravilu obavezuju jednako kao posebne pogodbe (čl. 130. (2)). Međutim, ZOO uslovljava obavezujuće dejstvo opštih ugovornih uslova, poznavanjem njihovog sadržaja od strane druge ugovorne strane, određujući da one „obavezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora“ (čl. 130 (5)). Sastavljač, je u tom pogledu, obavezan da opšte ugovorne uslove objavi na uobičajen način (čl. 130. (4)).²⁸¹ ZOO također propisuje da u slučaju neslaganja opštih uslova i posebnih pogodbi, vrijede ove posljednje (čl. 130 (3)). Imajući u vidu ove odredbe ZOO, uslov čl. 3. (1) Direktive 93/13 da odredba da bi se smatrala nepoštenom ne može biti pojedinačno dogovorena, a prema čl. 3. (2) prva rečenica, da će se uvijek smatrati da se o nekoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo, ako je ona sastavljena unaprijed, je ispunjen.²⁸² Daljnji uslovi iz čl. 3. (1) Direktive 93/13 da bi se ugovorna odredba smatrala nepoštenom, t.j. a) kada je suprotna savjesnosti i poštenja, b) uzrokuje značajnu neravnotežu na štetu potrošača u pravima i obavezama stranaka koje proizilaze iz ugovora (u ovom slučaju druge ugovorne strane), mogu se naći u odredbama koje regulišu apsolutnu ništavost određene odredbe opštih ugovornih uslova. Kao što je rečeno, čl. 131. izmijenjen je u 2008. da bi obezbjedio transpoziciju Direktive 93/13. (Novi) Čl. 131. (1) propisuje apsolutnu ništavost opštih ugovornih uslova²⁸³, koje „suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzrokuju očiglednu neravnotežnost u pravima i obavezama strana na štetu suugovarača priređivača ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od nadležnog tijela“. Dalje ZOO propisuje da sud može odbiti primjenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj (čl. 131. (2)). Međutim, ništavost se ne primjenjuje na one odredbe opštih uslova ugovora čiji je sadržaj preuzet iz važećih propisa ili se prije sklapanja ugovora o njima pojedinačno pregovaralo, a druga je strana pritom mogla uticati na njihov sadržaj te na odredbe o predmetu i cijeni ugovora ako su jasne, razumljive i lako uočljive (čl. 131. (4)).²⁸⁴ Ove odredbe su primjenjive kako na B2B tako i na B2C ugovore, s obzirom da ZPP djeluje kao *lex specialis* u oblasti zaštite potrošača, odnosno B2C, dok opšte odredbe o ugovaranju i odgovornosti koje proizilaze iz ugovora reguliše Zakon o obligacionim odnosima. Ovo je posebno regulisano u čl. 2. (1) ZPP koji propisuje da odredbe ZPP ne utiču na prava koja potrošači imaju na osnovu drugih zakona, i st. 3. koji određuje da „ukoliko nije drugačije određeno ovim zakonom, na ugovore i druge obligacije u trgovini robom i uslugama, primjenjuju se propisi Zakona o obligacionim odnosima“. U pogledu opštih ugovornih odredbi, primjena nekih odredbi na B2B i B2C ugovore naročito je vidljiva u posljedicama apsolutne ništavosti nepoštenih ugovornih odredbi. Naime, dok ZPP u čl. 82. određuje da su nepoštenih ugovornih odredbi ništave, ne propisuje posljedice. One se određuju prema ZOO putem primjene čl. 2. (2) ZPP. Izraženo na ovaj način, dolazi se do zaključka da nepoštenih ugovornih odredbi u B2B i B2C ugovorima imaju jednake odredbe o opštoj definiciji „nepoštenih ugovornih odredbi“ i jednake odredbe se primjenjuju u pogledu apsolutne ništavosti, t.j. odredbe čl. 95.-102. ZOO.

²⁸¹ Odredba st. 5. trebala bi se tumačiti u skladu sa 15. ZOO. Naime, šta bi se trebalo smatrati uobičajenim načinom objave opštih ugovornih uslova zavisi o poslu u kojem se primjenjuju, kao i o trgovačkim običajima i praksama koje su uspostavljene u određenom trgovačkom sektoru.

²⁸² Ova odredba odgovara čl. 53. (1) ZPP, koji definiše kako slijedi: Nepoštenom ugovornom odredbom smatra se ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, ako suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje očiglednu neravnotežu između prava i obaveza stranaka koje proizilaze iz ugovora, na štetu potrošača. Na ovaj način, u osnovi doslovno je transponovan concept Nepoštenih ugovornih odredbi u Makedonskom zakonodavstvu.

²⁸³ Jednako, ZPP u čl. 82. definiše da su nepoštenih ugovornih odredbi apsolutno ništave.

²⁸⁴ Jednako, u skladu sa čl. 53. (4) ZPP odredba o apsolutnoj ništavosti nepoštenih ugovornih odredbi neće se primjenjivati na ugovore u koji su uvršteni prinudni propisi.

3. Definicija nepoštenih ugovornih odredbi i njena konkretizacija u crnoj ili sivoj listi; uloga sudova prilikom tumačenja nepoštenih ugovornih odredbi

Makedonsko zakonodavstvo ima dvije definicije nepoštenih ugovornih odredbi, jednu sadržanu u ZOO i jednu u ZZP, koja osim opšte definicije propisuje listu slučajeva kada će se određena ugovorna odredba smatrati nepoštenom, a time i ništavom.

ZOO u čl. 131. (1) propisuje da su ništavi opšti ugovorni uslovi koji suprotno načelu savjesnosti i poštenja²⁸⁵, prouzrokuju očiglednu neravnopravnost u pravima i obavezama strana na štetu suugovarača priređivača ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od nadležnog tijela. Nadalje, ZOO propisuje da sudovi mogu odbiti primjenu određenih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj (čl. 131. (2)).

Jednako, ZZP u čl. 53. (1), propisuje da će se nepoštenom ugovornom odredbom smatrati ona ugovorna odredba koja suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzrokuje očiglednu neravnopravnost u pravima i obavezama strana na štetu potrošača. Dalje ZZP određuje da će se smatrati da se o ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo, ako je ona sastavljena unaprijed od strane trgovca, a potrošač nije mogao uticati na njen sadržaj, naročito ako se radi o odredbi u unaprijed formulisanom standardnom ugovoru od strane trgovca. Teret dokazivanja da li se o ugovornoj odredbi pregovaralo pojedinačno ili ne, je na trgovcu (čl. 53 (2) i (3)). Definišući na uopšten način nepošteno ugovorne odredbe ZZP ide izvan područja primjene ZOO i Direktive 93/13, propisujući da se i odredba iz pojedinačnog ugovora može smatrati nepoštenom, ako o konkretnoj ugovornoj odredbi stranke nisu pregovarale. Kao što ćemo vidjeti, „crna lista“ nepoštenih ugovornih odredbi propisuje da će se čak i odredbe o kojima se pojedinačno pregovaralo, ukoliko ispune postavljene kriterije zavisno od njihovog predmeta ili dejstva, smatrati nepoštenim i apsolutno ništavim.

Zaključno, definicije propisane u ZOO i ZZP su komplementarne i propisuju potpunu transpoziciju čl. 3. (1) Direktive 93/13. Nadalje, ZZP određuje slučajeve kada se ugovorna odredba ima smatrati nepoštenim. Uzimajući u obzir širinu opšte definicije nepoštenih ugovornih odredbi, postavljenu u čl. 53. (1) ZZP, ne treba smatrati da je lista propisana u ZZP konačna i da se odnosi samo na ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo.²⁸⁶ Sve druge situacije, koje nisu uključene, koje ispunjavaju kriterije postavljene u čl. 51. (1), smatraju se nepoštenim i apsolutno ništavim.

Prema čl. 3.(3) Direktive 93/13, „Aneks sadrži indikativnu i otvorenu listu odredaba koje se mogu smatrati nepoštenima“. Ova, tzv., „siva lista“, iz 1. aneksa, transponovana je u zakonodavstvo Makedonije, ali ne u cjelosti,²⁸⁷ kao „crna lista“. ZZP određuje 25 slučajeva kada se konkretna odredba smatra nepoštenom i time ništavom, bez njihovog povezivanja sa opštim uslovom da se o njima nije pojedinačno pregovaralo. Na ovakav način u pogledu B2C ugovora, ZZP pruža širu zaštitu potrošačima. ZZP smatra nepoštenom odredbu koja ima za predmet ili dejstvo:

1. Odredbu čije ispunjenje zavisi isključivo od volje trgovca (čl. 54. ZZP, odgovara tački c aneksa 1 Direktive 93/13);
2. Određivanje ili povećanje cijene zasnovano na elementima određenim od strane trgovca (čl. 55. (1) ZZP koji odgovara tački (l) 1. aneksa Direktive 93/13);

²⁸⁵ Čl. 5. ZOO: U zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa strane su dužne da se pridržavaju načela savjesnosti i poštenja.

²⁸⁶ Direktiva 93/13 ne isključuje odredbe o kojima se pojedinačno pregovaralo; vidi 16. recital Direktive 93/13.

²⁸⁷ Tačke (d), (g), (i) 1. aneksa Direktive 93/13 nisu transponovane.

3. Jednostrano pravo izmjene osobina proizvoda ili usluge rezervisano za trgovca (čl. 56 ZZP odgovara tački (l) 1. Aneksa Direktive 93/13);
4. Pravo trgovca da jednostrano odredi ili izmjeni rok isporuke proizvoda ili usluge (čl. 56 ZZP, izvan područja 1. aneksa, propisano u skladu sa čl. 8. Direktive 93/13);
5. Pravo trgovca da jednostrano odredi da li su isporučena roba i usluga u skladu sa ugovorom, ili pravo da tumači bilo koji ugovorni uslov (čl. 58. ZZP koji odgovara tački (m) 1. aneksa Direktive 93/13);
6. Obavezuje potrošača da ispuni sve svoje obaveze, bez obzira na to što trgovac ili davaoc usluga nije izvršio svoje ili je u docnji (čl. 61. ZZP koji odgovara tački (o) 1. aneksa Direktive 93/13);
7. Ograničenje prava potrošača da raskine ugovor kada trgovac ne ispuni svoje obaveze iz garancije (čl. 60. ZZP, izvan područja 1. aneksa, propisano u skladu sa čl. 8. Direktive 93/13);
8. Potpuno ili djelomično neizvršenje ili neadekvatno izvršenje (čl. 61. ZZP koji odgovara tački (b) 1. aneksa Direktive 93/13);
9. Jednostrana izmjena ugovornih odredbi (čl. 62. ZZP koji odgovara (j) 1. aneksa Direktive 93/13);
10. Ograničenje prava na raskid ugovora u slučajevima više sile putem obaveze naknade štete (čl. 63. ZZP, izvan područja 1. aneksa, propisano u skladu sa čl. 8. Direktive 93/13);
11. Ograničenje odgovornosti trgovca za štetu u slučaju povrede ili neizvršenja obaveze koja je suštinski element ugovora (čl. 64. ZZP, izvan područja 1. aneksa, propisano u skladu sa čl. 8. Direktive 93/13);
12. Isključenje odgovornosti za pravne i skrivene materijalne nedostatke na proizvodu (čl. 65. ZZP, izvan područja 1. aneksa, propisano u skladu sa čl. 8. Direktive 93/13);
13. Zabrana kompenzacije uzajamnih obaveza kada su ispunjeni uslovi iz zakona (čl. 66. ZZP, izvan područja 1. aneksa, propisano u skladu sa čl. 8. Direktive 93/13);
14. Postavlja nerazuman rok unutar kojeg potrošač treba izvijestiti trgovca o nedostacima na proizvodu (čl. 67. ZZP, izvan područja 1. aneksa, propisano u skladu sa čl. 8. Direktive 93/13);
15. Utvrđivanje iznosa za naknadu štete unaprijed – ugovorna kazna da potrošač treba trgovcu platiti u slučaju neizvršenja njegove obaveze, gdje ne postoji takva obaveza za trgovca (čl. 68. ZZP, izvan područja 1. aneksa, propisano u skladu sa čl. 8. Direktive 93/13);
16. Postavljanje neograničenog roka za izvršenje obaveze od strane trgovca, bez pružanja razumnog roka za raskid ugovora (čl. 69. ZZP, izvan područja 1. aneksa, propisano u skladu sa čl. 8. Direktive 93/13);
17. Automatsko produženje ugovora sa ograničenim trajanjem (čl. 70. ZZP koji odgovara tački (h) 1. aneksa Direktive 93/13);
18. Isključenje ili ograničenje prava potrošača da podigne pravno sredstvo; ograničenje raspoloživih dokaza ili nametanje tereta dokazivanja (čl. 71. ZZP koji odgovara tački (q) 1. aneksa Direktive 93/13);
19. Neproporcionalno visok iznos naknade štete (čl. 72. ZZP koji odgovara tački (e) 1. aneksa Direktive 93/13);
20. Isključenje odgovornosti u slučaju smrti ili lične povrede (čl. 73. ZZP koji odgovara tački (a) 1. aneksa Direktive 93/13);

21. Pravo na raskid ugovora na diskrecionom osnovu i zadržavanje plaćenog iznosa za usluge koje još nisu pružene, u slučaju raskida ugovora od strane trgovca (čl. 74. ZZP koji odgovara tački (f) 1. aneksa Direktive 93/13);
22. Ograničenje obaveza preuzetih od strane zastupnika (čl. 75. ZZP koji odgovara tački (n) 1. aneksa Direktive 93/13);
23. Neodgovarajuće isključenje ili ograničenje prava i obaveza potrošača određenih zakonom, prema trgovcu ili trećim stranama u slučaju neizvršenja ili djelomičnog izvršenja od strane trgovca (čl. 76. ZZP, izvan područja 1. aneksa, propisano u skladu sa čl. 8. Direktive 93/13);
24. Mogućnost ustupanja prava i obaveza iz ugovora (čl. 77. ZZP koji odgovara tački (p) 1. aneksa Direktive 93/13);
25. Isključenje ocjene da li je ugovorni uslov nepošten (čl. 79. ZZP, izvan područja 1. aneksa, propisano u skladu sa čl. 8. Direktive 93/13).

Što se tiče kontrole „pravednosti“ određenih ugovornih odredbi, dostupna su dva mehanizma, zavisno od toga da li se radi o B2B ili B2C ugovoru. U oba slučaja sud je taj koji ocjenjuje da li je odredba nepravedna i time apsolutno ništava. Razlike su vidljive u aktivnoj legitimaciji za podnošenje tužbe (deklaratorne) i dejstvima takve tužbe. U slučaju B2B ugovora, tužbu može podijeliti stranka koje se tiče, svaka osoba koja ima pravni interes i javni tužioc (čl. 101. ZOO). Ako sud smatra da određena odredba ispunjava uslove za njeno proglašenje apsolutno ništavom, sud to proglašava i odredba neće imati nikakvo dejstvo. Apsolutna ništavost određene odredbe ne treba da utiče na ugovor u cjelosti, ako on može opstati bez ništave odredbe, i ako ona nije bila ni uslov ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen. Izuzetno će ugovor ostati na snazi čak i ako je ništava odredba bila uslov ili odlučujuća pobuda ugovora u slučaju kad je ništavost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i važio bez nje. Tako u slučaju B2B ugovora proglašenje apsolutne ništavosti bi uticalo samo na ugovor u kojem je sadržana (čl. 97. ZOO). U slučaju B2C ugovora tužbu pred sudom bi mogao podnijeti pogođeni potrošač, i stranke koje uopšteno imaju na to pravo prema ZOO; ali bi također mogao biti predmet kolektivne tužbe. Međutim, regulacija kolektivne tužbe u pogledu nepoštenih ugovornih odredbi je dvoznačno regulisana u nacionalnom zakonodavstvu. Naime, ZZP u čl. 83. propisuje da svaka stranka koja ima opravdan interes za potrošačevu zaštitu,²⁸⁸ kao i potrošačke organizacije, mogu od suda zahtijevati da proglasi apsolutnu ništavost ugovorne odredbe, ukoliko je određeno da je takva odredba u skladu sa zakonom nepoštena, što je u skladu sa čl. 7. Direktive 93/13. Postupak se može inicirati protiv trgovca, više trgovaca jednake poslovne djelatnosti, kao i udruženja trgovaca koji koriste takvu nepoštenu odredbu. Zakon o parničnom postupku,²⁸⁹ međutim, nema odredbu koja prznaje legitimaciju ovih stranaka za postupak. Pitanje je dalje zakomplikovano činjenicom da ZZP ne sadrži posebnu odredbu o dejstvu takve tužbe. S druge strane, sukob u regulaciji uzrokovan je sa uvođenjem, u 2011. godini, novih odredbi u ZZP koje regulišu kolektivnu tužbu.²⁹⁰ Novouvedeni čl. 31- h određuje da bilo koje ovlašteno tijelo²⁹¹ može predložiti nadležnom inspektoratu da incira postupak za prestanak aktivnosti koje su suprotne, između ostalog, odredbama čl. 53.-83. (odredbe koje regulišu nepošteno ugovorne odredbe). Postupak se može incirati protiv trgovca ili grupe trgovaca iste ekonomske djelatnosti. To ne spriječava nadležnu vlast da poduzme postupak na

²⁸⁸ Treba napomenuti da pojam ‚opravdani interes‘ nije uobičajen pojam u nacionalnom zakonodavstvu. ZOO koristi pojam „pravni interes“.

²⁸⁹ Zakon o parničnom postupku, *Sl. list RMak* br. 79/2005; 110/2008; 83/2009 i 116/2010.

²⁹⁰ Izmjene ZZP imale su za cilj transpoziciju Direktive 2009/22/EZ Evropskog Parlamenta i Vijeća od 23. aprila 2009. o sudskim i upravnim zabranama za zaštitu potrošača, *Sl. list EU* L 110/30; kvalitet novouvedenog rješenja je diskutabilan.

²⁹¹ U skladu sa čl. 33-i lista ovlaštenih tijela za zaštitu interesa potrošača određena je od strane vlade Republike Makedonije na prijedlog ministarstva privrede.

sopstvenu inicijativu.²⁹² Moglo se argumentovati da je materijalno pravo to koje propisuje pravo potrošačkih udruženja i nadležnih vlasti da iniciraju tužbu za proglašenje apsolutne ništavosti u slučaju B2C ugovora. Međutim, nedostatak proceduralne regulacije može spriječiti realizaciju takvih prava. Dodatno, dejstvo takve tužbe nije regulisano. Ako se počne od *inter partes* dejstva obligacija i dejstva presude samo o predmetu spora i između stranaka spora, postavlja se pitanje kako bi takva tužba i kasnija deklaratorna presuda mogle uticati na sve (postojeće i buduće) ugovore koji sadrže nepoštene ugovorne odredbe.

Postoji nedostatak sudske prakse, ili bolje rečeno javno dostupne sudske prakse, koja bi omogućila kvalitativnu ocjenu uloge sudova u tumačenju nepoštenih ugovornih odredbi. Ne postoje dostupni podaci o broju sudskih postupaka za proglašenje ugovornih odredbi apsolutno ništavim, kao ni materijalnih rezultata takvih postupaka. Iako Vrhovni sud Republike Makedonije objavljuje pregled svojih odluka, samo ograničen broj presuda je objavljen. Autori ovog teksta nisu upoznati sa bilo kojom odlukom u pogledu nepoštenih ugovornih odredbi koja bi pružila uvid u stavove sudova u tumačenju ugovornih odredbi i ocjeni njihove (potencijalne) nepoštenosti. Iz zakonodavnog i teoretskog stanovišta sudovi bi trebali primjenjivati posebne i opšte propise o tumačenju ugovornih klauzula. Ova pravila su uporediva kako za B2B tako i B2C ugovore. Naime, ZOO propisuje, kao opšte pravilo, da se ugovorne klauzule primjenjuju kakve jesu, međutim prilikom tumačenja klauzula ne smije se prihvatiti doslovno značenje korištenih fraza. U postupku tumačenja, sudovi bi u ovim slučajevima trebali ocijeniti namjeru stranaka i klauzula bi se trebala shvatiti u svijetlu načela Zakona o obligacionim odnosima (čl. 91.). ZOO, međutim, reguliše posebno tumačenje ugovora koji su zaključeni o prethodno sastavljenom sadržaju. Ova odredba je naročito važna u svijetlu nepoštenih ugovornih uslova, uzimajući u obzir da su prema ZOO one posebno povezane sa opštim ugovornim odredbama i formularnim i standardnim ugovorima. U ovim slučajevima ZOO u čl. 92. propisuje da u slučaju kada je ugovor zaključen u skladu sa sadržajem kojije utvrđen unaprijed, ili kad je ugovor bio pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačiće se u korist druge strane. Jednaka odredba može se naći u ZZP, gdje je u čl. 90. definisano da se višeznačne ili nejasne odredbe tumače u korist potrošača kao slabije strane.

Oba zakona pružaju zaštitu ugovorne strane koja nije uticala na sadržaj ugovora, smatrajući ovu stranu slabijom. Pravilo tumačenja je u skladu sa čl. 5. Direktive 93/13. Takva pravila sudovi trebaju strogo poštovati. Ne trebaju se primjenjivati samo na posebne slučajeve zakonski definisanih nepoštenih ugovornih odredbi, npr. na „crnu listu“, nego na sve uslove koji, kao što je propisano u opštim definicijama iz ZOO i ZZP su: 1) odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo, 2) suprotne načelu savjesnosti i poštenja, 3) uzrokuju očiglednu neravnotežu u pravima i obavezama strana na štetu suugovarača priređivača ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od nadležnog tijela; ili 4) oduzimaju drugoj strani pravo na prigovor, ili 5) ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili 6) koje su inače nepoštene ili preterano stroge prema njoj.

4. Relevantne okolnosti za test pravednosti

Direktiva 93/13 u čl. 4. (1) definiše (neke) okolnosti koje se uzimaju u obzir prilikom ocjene (ne)pravednosti. One uključuju: priroda robe ili usluga na koje se ugovor odnosi u vrijeme kad je ugovor sklopljen, sve popratne okolnosti sklapanja ugovora i sve ostale odredbe tog ugovora ili

²⁹² Kao rezultat ove odredbe zakona, potrošačka udruženja Makedonije ocijenjivale su opte ugovorne uslove pružaoca mobilnih telekomunikacijskih usluga. Nalazi su predstavljeni regulatornoj agenciji u tom polju (Agencija za elektronske komunikacije). Na osnovu toga agencija je donijela novi pravilnik o sadržaju Opštih ugovornih uslova – Pravilnik o vrsti i sadržaju podataka koje operateri javnih komunikacijskih mreža i/ili pružaoci javnih telekomunikacijskih usluga su obavezni objaviti u pogledu opštih uslova za ocjenu i korištenje, dokaze i tarife i parameter kvaliteta javnih komunikacijskih servisa (*Sl. list RMak* br. 35/2011).

nekog drugog ugovora o kojem on ovisi. Ovaj član je transponiran kako u ZOO tako u ZPP koji definišu okolnosti za proglašenje apsolutne ništavosti određene nepoštene ugovorne odredbe.

U skladu sa čl. 131. (4) ZOO sud prilikom ocjene ništavosti uzimaju se u obzir sve okolnosti prije i u vrijeme zaključenja ugovora, pravna priroda ugovora, vrsta robe ili usluge koja je objekt obaveze,²⁹³ ostale odredbe ugovora kao i odredbe drugog ugovora s kojim je ta odredba opštih uslova ugovora povezana. Dalja specifikacija ovih okolnosti i njihovog značenja nije propisana u ZOO. U ZPP, u čl. 79., specificiruje da prilikom ocjene nepoštenosti odredbi slijedeće se treba uzeti u obzir: osobine proizvoda ili usluge koji je predmet ugovora, sve okolnosti prije i poslije zaključenja ugovora, ostale ugovorne odredbe kao i drugi ugovori, koji u odnosu na ugovor koji se ocjenjuje predstavlja glavni ugovor.

Zakonodavac se u obe definicije ispravno odlučio za uslov "prije ili za vrijeme zaključenja" ugovora što je relevantno vrijeme za ocjenu postojećih okolnosti koje mogu voditi do apsolutne ništavosti ugovornog uslova.²⁹⁴ Razlika između ove dvije definicije vidljiva je u pogledu „drugih ugovora“. Naime, ZOO koristi termin „odredbe drugih ugovora sa kojim je ta odredba povezana“ dok ZPP ukazuje samo na glavni ugovor. Mi smatramo da rješenje pruženo u ZOO pruža širu zaštitu.

5. Rokovi za proglašenje ništavosti

Prema ZOO i ZPP pravna posljedica nepoštenih ugovornih odredbi je apsolutna ništavost. ZPP ne reguliše detaljno pitanje ništavosti tako da se primjenjuje ZOO. ZOO, u čl. 102., definiše da pravo na zahtjev utvrđivanja apsolutne ništavosti ne zastarjeva. Ova odredba je u skladu sa 6. (1) Direktiva 93/13 i njegovim tumačenjem, naročito onim iz slučaja *Cofidis* gdje je Sud EU zauzeo stav da Direktiva 93/13 isključuje nacionalnu odredbu o isteku zastarnog roka koja zabranjuje nacionalnim sudovima, da zauzmu stav da je uslov ugovora nepošten.²⁹⁵ Opšta odredba o nepostojanju zatsare za utvrđivanje ništavosti je primjenjiva na sve ugovorne odnose. Regulacija određenih ugovora ne poznaje nikakve posebnosti u ovom pogledu.

Nejasno je, međutim, da li bi pogođena strana morala poštivati rokove zastare za korištenje pravnih sredstava nakon što je ugovor proglašen apsolutno ništavim konačnom odlukom suda.

U čl. 96. (1. i 2.) ZOO propisano je za slučaj ništavosti ugovora da je svaka ugovorna strana dužna da vrati drugoj sve ono što je primila po osnovu takvog ugovora, a ako to nije moguće, ili ako se priroda onog što je ispunjeno protivi vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu, prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, ukoliko zakon ne određuje nešto drugo. Ugovorna strana koja je kriva za ništavost ugovora odgovorna je za štetu. Pod opštim propisima ZOO, za povrat primljene novčane naknade zastarni rok je 5 godina odnosno 3 godine kada je u pitanju trgovina robama i uslugama (čl. 360. odnosno čl. 363. ZOO). Šteta se može zahtijevati u roku od 3 godine (čl. 365. (1)). Ako su prava utvrđena konačnom sudskom odlukom, zastarni rok iznosi 10 godina (čl. 368. (1)).

²⁹³ ZOO koristi pojam vrste obligacije, više nego priroda obligacije, i u ovom smislu trebalo bi razumjeti da je pojam vrsta širi nego pojam priroda.

²⁹⁴ Članovi koji regulišu ništavost (apsolutnu i relativnu) odlučujućim okolnostima smatraju one koje su postojale u vrijeme zaključenja ugovora. Činjenica je da se okolnosti mogu promijeniti nakon zaključenja ugovora na štetu jedne od strana, međutim, u tim slučajevima stranka ima druge mehanizme na raspolaganju.

²⁹⁵ C-473/00 – *Cofidis v. Fredout*, [2002] ECR I-10875.

6. “Nevaljanost” ili “neobavezujuće dejstvo” nepoštene odredbe

Čl. 6. (1) Direktive 93/13 i povezano tumačenje²⁹⁶ zahtijevaju od nacionalnog zakonodavstva da propiše apsolutnu ništavost nepoštene ugovorne odredbe, u smislu da nepoštena odredba neće biti obavezujuća za potrošača, dok će ugovor nastaviti da obavezuje stranke, ako može postojati bez nepoštene odredbe. Makedonsko zakonodavstvo je propisalo takvu regulaciju. Kao što je gore navedeno, ovo je slučaj sa Zakonom o obligacionim odnosima i Zakonom o zaštiti potrošača (čl.131. (1) i (2) ZOO, i čl. 82. ZZP).

Postavljeno je pitanje o obimu primjene apsolutne ništavosti. Naime, čl. 131. (4) ZOO propisuje doslovnu transpoziciju čl. 4. (2) Direktive 93/13 i tako isključuje iz ocjene ništavosti odredbe opštih ugovornih odredbi čiji sadržaj je uzet iz mjerodavnog zakonodavstva, ili o kojima se moglo pojedinačno pregovarati i druga strana je mogla uticati na njih, ili odredbe o o osnovnim elementima ugovora, ako su jasne, razumljive i lako vidljive. Prilikom stvaranja regulacije objašnjenja iz recitala Direktive (naročito br. 19) nisu uzete o ubzir u pojedinim nepoštenim ugovornim uslovima, jer je pitanje ništavosti uopšteno regulosano putem ZOO i propisuje da su u svakom slučaju ugovorne odredbe koje su suprotne ustavu, zakonima i moralu apsolutne ništave (čl. 95. (1), u vezi sa čl. 97. (1)). U sistemu propisa koji se koriste u svrhu ocjene da li je ugovorna odredba ništava spada načelo ravnopravnosti stranaka,²⁹⁷ koje insistira na jednakoj vrijednosti prava i obaveza. Na ovu odredbu, međutim, može uticati stav Suda EU²⁹⁸ i čl. 32. Direktive o pravima potrošača. Sud EU u svojoj odluci jasno propisuje mogućnost sudske ocjene odredbi koje su povezane sa glavnim elementima ugovora. Iako član samo nameće obavezu obaviještenja kod korištenja opcija propisanih u čl. 8. Direktive 93/13 koji dozvoljava viši standard zaštite, upućujući na „one odredbe (koje) proširuju ocjenu nepravdnosti na ugovorne odredbe o kojima se pojedinačno pregovaralo ili na primjerenost cijene ili naknade“ naznačuje da bi naročito te odredbe trebale biti uzete u obzir kada se ocjenjuje ništavost. Međutim, treba napomenuti da su u pogledu B2C ugovora ove dvije opcije iskorištene u ZZP.

7. Ex-officio proglašenje ugovorne odredbe nepoštenom

U skladu sa čl. 101. (1), obaveza je suda da pregleda ugovorne odredbe i utvrdi njihovu ništavost kada su ispunjeni uslovi. Takvi propisi nacionalnog zakonodavstva su u skladu sa praksom Suda EU.²⁹⁹ Nema dovoljnog dokaza u sudskoj praksi u Makedoniji koja bi omogućila ocjenu primjene ovog načela.³⁰⁰

²⁹⁶ Povezani predmeti C–240/98 to C–244/98 *Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero* [2000] ECR I–04941; Predmet C–473/00 *Cofidis v. Fredout*, [2002] ECR I–10875; Predmet C–168/05 *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I–10421.

²⁹⁷ Čl. 8. LOO: U zasnivanju dvostranih ugovora strane polaze od načela jednake vrednosti uzajamnih davanja.

²⁹⁸ Čl. 4.(2) i 8. Direktive Vijeća 93/13/EEC od 5. aprila 1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima moraju se tumačiti tako da nisu protivni nacionalnom propisu poput onog u osnovnom postupku, koji dozvoljava sudsku kontrolu nepravdnosti ugovornih odredbi, koje se tiču glavnog predmeta ugovora ili primjerenosti cijene odnosno naknade i isporučene usluge odnosno robe, koja predstavlja protučinidbu, iako su te odredbe formulisane jasno i razumljivo; Predmet C–484/08 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Aus banc)* [2010] (3.6.2010).

²⁹⁹ U svojoj odluci u predmetu *Océano Grupo* - povezani predmeti C–240/98 to C–244/98 – *Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero* [2000] ECR I–04941, Sud EU je zauzeo stav da “Zaštita pružena potrošačima putem Direktive 93/13 o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima ovlaštuje nacionalne sudove sa sposobnošću da odrede po službenoj dužnosti da li je odredba ugovora pred njima nepoštena, kada prave svoju prethodnu ocjenu da li da dopuste tužbeni zahtjev pred nacionalnim sudom. Nacionalni sud je obavezan, kada primjenjuje odredbe nacionalnog prava donesene prije ili poslije Direktive, da tumači ove odredbe, u mjeri u kojoj je to moguće, u svijetlu formulacije i svrhe Direktive. Zahtjev za tumačenjem u skladu sa direktivom nalaže nacionalnom sudu, da da prednost tumačenju koje bi mu dozvolilo da po službenoj dužnosti odbaci nadležnost koja mu je data na temelju nepoštene odredbe.

³⁰⁰ Јадранка Дабовиќ – Анастасовска Ј., *ibid.*, p. 11.

E. Nepoštene ugovorne odredbe u ugovornom pravu Crne Gore

Zvezdan Čadjenović, Podgorica

1. Pravna rasprava u Crnoj Gori o uključenju regulacije nepoštenih ugovornih odredbi u opće ugovorno pravo u okviru Zakona o obligacionim odnosima

Kako je ukazano u vrijeme prve konferencije *Civil Law Forum for South East Europe* održane u Cavtatu (kraj 2010. godine), u Crnoj Gori postoje dva pravna okvira koja su paralelno opredijeljena za preuzimanje različitih djelova pravne tekovine EU³⁰¹ kojima se štite ekonomski interesi potrošača kada stupaju u ugovorne odnose sa trgovcima. To su prije svega Zakon o zaštiti potrošača i Zakon o obligacionim odnosima.

Crna Gora je u maju 2007. godine po prvi put donijela svoj Zakon o zaštiti potrošača (ZZP)³⁰², dok su se paralelno 2008. godine izmjene desile i u opštem ugovornom pravu. Usvajanjem novog Zakona o obligacionim odnosima (ZOO)³⁰³ preuzet je određeni korpus odgovarajućih odredbi pravne tekovine potrošačkog prava, rezultirajući njegovom primjenom (supsidijarno u odnosu na ZZP³⁰⁴) u pojedinim ugovornim odnosima. Ipak, u skladu sa dugom pravnom tradicijom Crne Gore, i drugih zemalja regiona koje su nekad bile članice bivše Jugoslavije, Zakon o obligacionim odnosima je okvir za ugovorne odnose bez obzira na pravni status ugovornih strana. Stoga se on primjenjuje i na pravna i fizička lica, i time na sve vrste ugovora, bilo da su u pitanju *B2B*, *B2C*, *B2P* ili *P2P* ugovori. Za razliku od njega, prateći logiku pravne tekovine EU, Zakon o zaštiti potrošača se odnosi samo na *B2C* ugovore.

U skladu sa navedenim opštim informacijama o zakonodavnom okviru, i uređujući predmet ovog upitnika, može se zauzeti stav da oba navedena zakona sadrže relevantne odredbe o nepoštenim ugovornim odredbama. Ipak, kada se upućuje na Direktivu 93/13 mjesto njenog preuzimanja se može naći u ZZP.

Povratak na prvo pitanje, pod IPA³⁰⁵ 2009 projektnim ciklusom, naredni korak u usklađivanju crnogorskog potrošačkog zakonodavstva se trenutno sprovodi³⁰⁶. Među brojnim direktivama³⁰⁷ koje

³⁰¹ U skladu sa članom 72 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) između Evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Republike Crne Gore, s druge strane, (Sl.list RCG, br. 07/07) Crna Gora ima obavezu da obezbijedi da će postojeći zakoni i buduće zakonodavstvo biti postepeno usklađeno sa pravom Zajednice.

³⁰² Zakon o zaštiti potrošača (Sl.list RCG, br. 26/07).

³⁰³ Zakon o obligacionim odnosima (Sl.list CG br 47/08).

³⁰⁴ Prema čl. 6 Zakona o zaštiti potrošača ako tim zakonom nije drukčije uređeno, na obligacionopravne odnose primjenjuju se odredbe Zakona o obligacionim odnosima.

³⁰⁵ IPA (the Instrument for Pre-Accession Assistance) odnosi se kako na države kandidate, tako na one koje to još uvek nisu i olakšava njihovu tranziciju iz jednoga u drugi status. Projekti u okviru ovog programa finansiraju se iz EU fondova.

³⁰⁶ Vrijedna tehnička pomoć se pruža u oblasti zaštite potrošača, u okviru EU kofinansiranog projekta "Pristup unutrašnjem tržištu" (Accession to Internal Market (AIM)), koji sprovodi GIZ, sa jednim od rezultata "ojačani kapaciteti za zaštitu potrošača i efikasan tržišni nadzor". Prof. dr. sc. Marko Baretic, Pravni fakultet, Sveučilište u Zagrebu, je angažovan kao glavni ekspert, koji je objedinjavao doprinose drugih eksperata, i istovremeno pripremao poglavlje o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima. Sprovođenje ovog IPA 2009 projekta je planirano do 1. aprila 2012. godine.

³⁰⁷ Pored direktiva, i drugi izvori prava EU su predmet preuzimanja. Ovo se prvenstveno odnosi na dvije Preporuke Evropske komisije o rješavanju potrošačkih sporova (98/257/EZ i 2001/310/EZ), i Regulative 2006/2004/EZ (npr. kreiranje liste nadležnih organa odgovornih za sprovođenje potrošačkog zakonodavstva, u skladu sa članom 5 i Prilogom I ove regulative).

su predmet preuzimanja novog Nacrta ZPP, potpuno usklađivanje sa Direktivom 93/13 takođe je predloženo. Navedeno treba da ukloni određene nedostatke koji su uočeni u pripremnim aktivnostima izrade novog Nacrta ZPP – postupka analitičkog pregleda i izrade tabela usklađenosti za navedenu direktivu³⁰⁸.

Trenutno novi Nacrt ZPP je predmet razmatranja različitih tijela u okviru vladine procedure, gdje je interesantno primjetiti da zvanične primjedbe već dostavljene od strane Ministarstva pravde³⁰⁹ u nijednom dijelu ne dovode u pitanje predloženi model preuzimanja Direktive 93/13 – kao jedan od dijelova novog Nacrta ZPP. Na strani tijela koja nisu organi državne uprave (akademske institucije, privatni sektor i nevladine organizacije), planirana javna rasprava zakazana za april/maj 2012, u okviru postupka Vlade Crne Gore za usvajanje novog Nacrta ZPP, očekuje se da potvrdi zapažanje da u ovom trenutku nema suštinske rasprave o uključivanju odredbi o nepoštenim ugovornim odredbama u opšte ugovorno pravo.

Ipak, u svijetlu narednog perioda EU pridruživanja Crne Gore, vrijedi istaći da je Zakon o obligacionim odnosima iz 2008 godine uveo jednu novinu koja odstupa od gore navedene tvrdnje da je ovaj zakon namjenjen za ugovorne odnose bez obzira na to koji je pravni status ugovornih strana, čime se posljedično primjenjuje na sve vrste ugovora, *B2B, B2C, B2P* i *P2P*.

Naime, isto kao i tada savezni Zakon o obligacionim odnosima³¹⁰, odredbe čl. 486 do 515 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore uređuju odgovornost trgovca za materijalne nedostatke (nesaobraznost stvari ugovoru), uključujući obavezne zahtjeve, odnosno garanciju za mašine, motore, aparate, ili druge slične stvari koje spadaju u takozvanu tehničku robu. Navedeno predstavlja intenciju crnogorskog zakonodavca da, pored posebnih odredbi koje se nalaze u ZPP, proširi EU pravila o saobraznosti ugovoru i pripadajucim garancijama (Direktiva 99/44) na sve ugovorne strane, dakle ne samo na potrošače. Ipak, važna novina u odnosu na savezni Zakon o obligacionim odnosima, vrsta "otrovne pilule" za buduće metode crnogorskih aktivnosti na usaglašavanju, uključujući i pravnu tekovinu o nepoštenim ugovornim odredbama, je odredba člana 489 stav 4 koja "iznenađujuće" uvodi koncept "potrošački ugovor" i pojam "potrošač" (kada djeluje kao kupac) povećavajući u navedenom slučaju (i za navedenu stranu u ugovoru) rok za obavještenje o materijalnim nedostacima (nesaobraznost)³¹¹. U okviru rasprave o načinu postizanja potpune usklađenosti sa Direktivom 99/44 ova činjenica je od strane eksperata predložena Radnoj grupi Vlade CG za izradu novog ZPP. Eventualno preuzimanje revidirane Direktive 99/44, kako je inicijalno bilo planirano unutar EU³¹², Zakonom o obligacionim odnosima je ostavljeno za neki bolji trenutak. Konačni ishod je da novi ZPP sadrži cijelo poglavlje o saobraznosti i garancijama koje eliminiše praznine nađene u Zakonu o obligacionim odnosima (i važećem ZPP).

Prava vrijednost gore navedenog je da bi se eventualno svaka potrošačka direktiva mogla u potpunosti preuzeti Zakonom o obligacionim odnosima putem odredbi koje sadrže izuzetke kada je

³⁰⁸ Opšte preporuke za ovaj i druge djelove pravne tekovine koje su predmet detaljne analize AIM eksperata može se naći u prezentacijama datim na dvodnevnom događaju "Seminar o Smjernicama za harmonizaciju potrošačkog zakonodavstva Crne Gore", at <http://www.aim.org.me/index.php/events/consumer-protection>. Detaljna analiza nedostataka/preporuke su predmet dokumenta koji je će biti publikovan i podijeljen krajem januara 2012, u okviru planirane javne rasprave i postupka usvajanja novog Nacrta ZPP i Nacrta zakona o potrošačkim kreditima (crnogorsko/engleska verzija će biti dostupna na <http://www.aim.org.me>).

³⁰⁹ U skladu sa Uredbom o organizaciji i načinu rada državne uprave (Sl. List CG, br. 7/11 i 40/11), Ministarstvo pravde je isključivo nadležno za propise koji uređuju obligacione odnose. Ovo znači da je u odnosu na Vladu Crne Gore (Vlada CG), ovlašćeno da postupa kao zvanični obrađivač teksta predloga zakona koji bi, na primjer, mogao da uredi eventualne izmjene postojećeg Zakona o obligacionim odnosima.

³¹⁰ Zakon o obligacionim odnosima (Sl. list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 57/89 i Sl. List SRJ, br. 31/93).

³¹¹ Član 489 stav 4 određuje da "Kod potrošačkih ugovora potrošač kao kupac nije obavezan da pregleda stvar niti je da na pregled, ali je obavezan da odmah po saznanju obavijesti prodavca o postojanju vidljivih nedostataka, a najkasnije u roku od šest mjeseci od dana kad je otkrio nedostatak, inače gubi pravo koje mu po tom osnovu pripada".

³¹² Predlog od 08.10.2008 za Direktivu Evropskog parlamenta i Savjeta o potrošačkim pravima, COM (2008) 614/3.

potrošač strana u ugovoru³¹³. U slučaju Direktive 99/44 prethodno je zabilježeno od strane članova Radne grupe. Stoga, gore navedena odredba člana 489 stav 2 bi lako mogla "zatrovati" buduće zakonodavne intervencije u Zakonu o obligacionim odnosima, u našem slučaju takođe na temu nepoštenih ugovornih odredbi.. Buduće usvajanje Regulative o Zajedničkom Evropskom Zakonu o trgovini definitivno predstavlja optimalan izgovor da Crna Gora donese neke konačne odluke.

2. Nepoštene ugovorne odredbe u B2B ugovorima

Kao što je gore navedeno, dok je Direktiva 93/13 prvenstveno sadržana u ZZP (u potpunosti preuzeta novim Nacrtom ZZP), rezultirajući da se navedena pravila primjenjuju samo na B2C odnose, slične odredbe koje su primjenjive na B2B, B2P i P2P ugovore se mogu naći u Zakonu o obligacionim odnosima. Pored čl. 136 do 138 i opštih odredbi koje omogućavaju ispitivanje sadržaja opštih uslova (Ugovori po pristupu (formularni (tipski) ugovori) i opšti uslovi), ovdje se može naći i posebno poglavlje o ništavosti samog ugovora (čl. 101 do 108). Time, neke od odredbi u velikom dijelu odgovaraju onim iz Direktive 93/13. Iz ovog ugla, može se potvrditi primjena pojedinih pravila o nepoštenim ugovornim odredbama i na B2B i B2C ugovore.

U smislu nevažnosti samog ugovora, Zakon o obligacionim odnosima predviđa da je ugovor koji je suprotan prinudnim propisima ili moralu društva ništav ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje nešto drugo (Član 101 stav 1). Kao posljedicu, kada razrađuje formularne (tipske) ugovore član 138 Zakona o obligacionim odnosima čak predviđa da će odredbe opštih uslova biti ništave ako su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima. Zakon o obligacionim odnosima ima i druge odredbe koje, poput ovih upravo navedenih, sporadično odgovaraju Direktivi 93/13. Primjer se može naći za član 6 stav 1 Direktive 93/13, kome odgovara član 103 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima koji predviđa da ništavost neke ugovorne odredbe ne povlači ništavost i samog ugovora, ako on može opstati bez ništave odredbe, i ako ona nije bila ni uslov ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen.

Vraćajući se odredbama čl. 136 do 138 Zakona o obligacionim odnosima, možemo primjetiti šta proizilazi iz sudske kontrole opštih uslova ugovora. Ono upućuje na načelo transparentnosti³¹⁴, koje znači da će opšti uslovi biti obavezujući za ugovornu stranu ukoliko su joj bili poznati ili morali biti poznati u času zaključenja ugovora. Nadalje, u slučaju neslaganja opštih uslova i posebnih pogodbi, sud će naći da posljednji važe³¹⁵. Konačno, šta prozilazi se može izvesti i iz člana 106 Zakona o obligacionim odnosima koji određuje da: "ugovorna strana koja je kriva za zaključenje ništavog ugovora odgovorna je drugoj ugovornoj strani (npr. potrošaču) za štetu koju trpi zbog ništavosti ugovora, ako ova nije znala ili prema okolnostima nije morala znati za postojanje uzroka ništavosti."

³¹³ Još jedna zanimljiv primjer se može naći u ZOO, Odsjek 6 "Prodaja sa obročnim otplatama cijene". Stavom 1 člana 551 data je definicija ugovora o prodaji sa obročnim otplatama cijene (pokretne stvari), dok stav 2 istog člana ograničava primjenu ovog odsjeka samo na ugovore gdje je kupac fizičko lice. I ako nema preostali dio EU oblikovane definicije potrošača ("...djeluje u svrhe koje nisu u vezi s njegovom poslovnom delatnošću ili profesijom), ista takođe predstavlja solidan primjer o mogućem načinu na koji opšte ugovorno pravo može obuhvatiti odredbe kojima se strogo štite potrošači.

³¹⁴ Član 137 st. 2 i 3 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. List CG, br. 47/08).

³¹⁵ Član 137 stav 4 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. List CG, br. 47/08).

3. Definicija nepoštenih odredbi i njena konkretizacija u crnoj ili sivoj listi; uloga sudova prilikom tumačenja nepoštenih ugovornih odredbi

Odredba člana 3 stav 1 Direktive 93/13 daje definiciju standarda testa nepoštenosti određujući da "Ugovorna odredba čija sadržina nije pojedinačno pregovarana smatra se nepoštenom ako, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, dovodi do bitne neravnoteže u pravima i obavezama ugovornih strana, na štetu potrošača."

Navedena definicija se nalazi u ZZZP (sa manjim izmjenama za potrebe potpune usklađenosti i u novom Nacrtu ZZZP³¹⁶). Ovakva definicija se, kao što je prethodno objašnjeno, za potrebe *B2B*, *B2P* i *P2P* ugovora, može naći samo u pojedinim djelovima Zakona o obligacionim odnosima (Član 138 stav 1). U svakom slučaju, sud može odbiti primjenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili pretjerano stroge prema njoj³¹⁷. Nadalje, u smislu Zakona o obligacionim odnosima, posebna pravila koja se odnose na posebne vrste ugovora se mogu naći takođe u ovom zakonu. To su odredbe o ništavosti (nepoštenih) odredbi kao što su: kamata na kamatu³¹⁸; ograničenje ili isključenje odgovornosti za materijalne nedostatke na stvari³¹⁹; ugovorna kazna u određenim slučajevima³²⁰; smanjenje odgovornosti prevozioca³²¹; poravnanje o ništavom pravnom poslu³²² i dr.

Kod upućivanja na listu koja je data u prilogu Direktivi 93/13, situacija je nepromijenjena obzirom da se ista može naći samo u postojećem ZZZP³²³. Međutim za razliku od rečnika u postojećem ZZZP, gdje dati spisak odredbi je vrsta "crne" liste, novi Nacrt ZZZP upućuje na "indikativno dejstvo" prilikom ocjene poštenosti odgovarajuće ugovorne odredbe i nedvosmisleno definiše listu kao "sivu"³²⁴.

Na strani sudske prakse, zapažanje koje je dato na konferenciji u Cavtatu, da sudovi još uvijek radije koriste Zakon o obligacionim odnosima nego ZZZP, je ostalo nepromijenjeno³²⁵.

³¹⁶ U poređenju sa članom 101 stav 1 novog Nacrta ZZZP postojeći ZZZP nema riječ "značajan" kada utvrđuje narušavanje neravnoteže, i na taj način ide suprotno direktivi i proširuje mogućnost da se određena odredba nađe kao nepoštena. Lako se može argumentovati da je prethodno povećalo zaštitu potrošača obzirom da neravnoteža ne more biti značajna, već samo da postoji. Međutim, u cilju nalaženja odgovarajuće ravnoteže i olakšavanja sudovima da odlučuju u eventualnim slučajevima, navedeno će biti predmet izmjena. Nasuprot ZOO i važećem ZZZP, novi Nacrt ZZZP u članu 101 stav 3 takođe namjerava preuzeti i nedostajuću odredbu člana 3 stav 2 podstav 2 Direktive 93/13 koja utvrđuje da "činjenica da se o određenom aspektu ugovorne odredbe ili o pojedinoj ugovornoj odredbi pojedinačno pregovaralo, ne isključuje primenu ovog člana na ostatak ugovora, ako sveukupna procjena ugovora ukazuje na to da se svakako radi o formularnom tipskom ugovoru."

³¹⁷ Član 138 stav 4 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. List CG, br. 47/08).

³¹⁸ Sada član 409 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. List CG, br. 47/08).

³¹⁹ Sada član 494 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. List CG, br. 47/08).

³²⁰ Sada član 557 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. List CG, br. 47/08).

³²¹ Sada član 763 stav 3 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. List CG, br. 47/08).

³²² Sada član 1199 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. List CG, br. 47/08).

³²³ Međutim, postoje i drugi sektorski zakoni koji takođe imaju određene liste zabranjenih ugovornih odredbi, i ako nisu utvrđene kao nepoštenne odredbe. Primjer se može naći u Zakonu o elektronskim komunikacijama (Sl. List CG, br. 50/08), i članu 102 stav 6 koji određuje da operater elektronskih komunikacija ne može nametnuti odgovarajuće obaveze svojim korisnicima (navedeni stav sadrži sedam različitih vrsta zabranjenih obaveza).

³²⁴ Član 103 novog Nacrta ZZZP koji sadrži nezaključenu listu nepoštenih ugovornih odredbi je formulisan na način koji vjerno odgovara onom iz direktive "ugovorne odredbe koje se, u skladu sa članom 101 ovog zakona, mogu smatrati nepoštenim su naročito odredbe: ... Riječ "naročito" je uobičajani način nacionalne pravne tehnike kada se želi urediti nezatvorena lista.

³²⁵ Za više detalja vidi *Civil Law Forum for South East Europe*.

4. Relevantne okolnosti za test pravednosti

Iz odredbi postojećeg ZZP može se zaključiti da Crna Gora nema posebne odredbe koje preuzimaju član 4 st. 1 i 2 Direktive 93/13³²⁶. Ponovo, novi Nacrt ZZP je sačinjen na način koji uklanja ovu prazninu. Član 104, odnosno član 105 novog Nacrta ZZP doslovce prenosi rečnik člana 4 stav 1, odnosno člana 4 stav 2 Direktive. Navedeno znači da će novi ZZP omogućiti da se ocjeni nepoštenost ugovorne odredbe uzimajući u obzir prirodu robe ili usluge koja predstavlja predmet ugovora, kao i sve okolnosti koje su postojale prije i prilikom zaključenja ugovora, druge ugovorne odredbe, kao i drugi ugovor koji, u odnosu na ugovor koji se ocjenjuje, predstavlja glavni ugovor. Takođe, kao što je predviđeno direktivom ocjena nepoštenosti ugovorne odredbe se neće odnositi na glavni predmet ugovora, niti na cijenu, ukoliko su navedene odredbe napisane jednostavnim i razumljivim jezikom.

U dijelu Zakona o obligacionim odnosima sudovi su prvenstveno obavezani osnovnim načelima ovog zakona, među kojima je nekoliko koji su neposredno ili posredno primjenjivi na predmet ovog rada. Prvenstveno se ovo odnosi na sledeća načela: savjesnost i poštenje (član 4), zabrana stvaranja ili iskorišćavanja (zloupotrebe) monopolskog položaja³²⁷ (član 7), i primjena dobrih poslovnih običaja (i uzansi). Ostale bitne odredbe su one koje su već prethodno navedene, kao na primjer član 101 stav 1 i član 138 koji uređuje da su odredbe opštih uslova ništave ako su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima. Prethodno čak i u slučajevima kada su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od strane nadležnog organa³²⁸. U svakom slučaju sud može odbiti primjenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili pretjerano stroge prema njoj³²⁹.

Ipak, povratkom na odredbe novog Nacrta ZZP važan trenutak se mora posebno istaći. Naime, na osnovu najbolje prakse koju su podijelili eksperti angažovani u okviru pomenutog AIM projekta³³⁰, članovi Radne grupe za izradu novog Nacrta ZZP su ozbiljno prihvatili predlog za daljim obrađivanjem odredbi Direktive, a koje se odnose na zabranu ocjenjivanja poštenosti ugovornih odredbi koje se odnose na glavni predmet ili cijenu. Kao što je ispravno upućeno, rečnik uvodne izjave 19 u preambuli Direktive 93/13 ukazuje da: "... se za potebe ove direktive, ne ocjenjuje nepošteni karakter ugovornih odredaba koje se odnose na predmet ugovora ili na odnos kvaliteta/cijene kupljene robe ili pružene usluge; gdje se predmet ugovora i odnos kvaliteta/cijene ipak mogu uzeti u obzir prilikom ocjene poštenosti karaktera drugih odredbi ugovora;". Nadalje, kao što je ukazano od strane eksperta, Izvještaj u primjeni Direktive 93/13³³¹, upućuje da "ugovorne odredbe koje se odnose na cijenu zaista potpadaju pod okrilje direktive, obzirom da se isključenje odnosi na srazm-

³²⁶ Član 4 stav 1 glasi "nepošteni karakter ugovorne odredbe se procenjuje uzimajući u obzir prirodu roba ili usluga koje su predmet ugovora, sve okolnosti koje su prethodile njegovom zaključenju, kao i sve druge odredbe tog ili nekog drugog ugovora od kog prvi zavisi." Član 4 stav 2 Direktive 93/13 propisuje "Utvrdjivanje nepoštenog karaktera ugovorne odredbe ne odnosi se na glavni predmet ugovora, niti se odnosi na srazmjernost ugovorene cijene ili naknade robi ili usluzi koja se za uzvrat duguje, ukoliko su odredbe napisana jednostavnim i razumljivim jezikom".

³²⁷ Navedeno bi se često moglo razmatrati, naročito kada su u pitanju određene vrste javnih usluga (npr. snadbijevanje vodom, električnom energijom), a u kojima su ugovorne odredbe zaista unaprijed formulisane, ne ostavljajući potrošaču mogućnost pregovaranja o istim.

³²⁸ Primjer bi se mogao naći u Zakonu o elektronskim komunikacijama (Sl. List CG, br. 50/08), i članu 102 stav 7 koji operateru utvrđuje obavezu prethodnog dobijanja saglasnosti na tipski ugovor (i odredbe u njemu) od strane Savjeta za elektronske komunikacije.

³²⁹ Član 138 st. 1 i 2 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. List CG, br. 47/08).

³³⁰ Dr. Emilia Miscenic, LL.M., Institut za evropsko i privatno prava, Pravni fakultet, Sveučilište u Rijeci, je angažovana kao ekspert u okviru IPA 2009 AIM projekta, Komponenta II (Zaštita potrošača i tržišni nadzor). Obim njenog zadatka se prvenstveno odnosio na izabrane smjernice u pripremi Nacrta zakona o potrošačkim kreditima, ali je ekspert ostao na raspolaganju i dao vrijednu podršku takođe kod trenutnih potreba za tumačenjem najdelikatnijih odredbi pojedinih djelova pravne tekovine EU.

³³¹ Izvještaj Komisije o primjeni Direktive Savjeta 93/13/EEZ od 5 aprila 1993 o nepoštenim ugovornim odredbama u potrošačkim ugovorima, Brisel, 27.04.2000, COM(2000) 248 finalno, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/uct03_en.pdf.

jernost cijene i naknade za usluge ili robe dobijene za uzvrat i ništa više. Ugovorne odredbe koje se tiču načina formiranja i postupka za promjenu cijene u potpunosti ostaju predmet direktive". Kako konačni Nacrt ZPP uvodi odredbu koja omogućava "ocjenu ugovornih odredbi koje se odnose na formiranje i promjenu cijena, kao i na način plaćanja", Crna Gora se kako sada stvari stoje opredijelila da prati neke od država članica koje su imale istu ideju (Latvija, Luksemburg, Grčka, Švedska, Finska, Danska i dr.). Međutim, razlika je da se na način koji je gore predstavljen ne stvaraju osnove za teškoće u tumačenju koji mogu kompromitovati buduću implementaciju, kao što bi bilo za slučaj da se jednostavno izostavilo preuzimanje odredbe člana 4 stav 2 Direktive.

Konačno, obzirom da važeći ZPP čuti po pitanju izuzetka od ocjene nepoštenosti ugovornih odredbi koje odražavaju načela i odredbe međunarodnih ugovora³³², sudovi u Crnoj Gori bi do usvajanja novog Nacrta ZPP sa dužnom pažnjom trebali uzeti u obzir član 9 Ustava Crne Gore. Naime, član 9 Ustava uređuje da su potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka, imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i neposredno se primjenjuju kada odnose uređuju drukčije od unutrašnjeg zakonodavstva. Navedeno znači da ukoliko bi ugovor (naročito u oblasti saobraćaja) sadržao odredbe koje su odraz načela ili odredbi međunarodnih ugovora, iste od suda ne bi mogle biti utvrđene kao nepoštene čak i u slučajevima da ispunjava uslove koje predviđa ZPP ili Zakon o obligacionim odnosima.

5. Zastara ništavosti

Direktiva 93/13 čuti po pitanju rokova za isticanje ništavosti ugovorne odredbe ili samog ugovora. Isto tak, ZPP i novi Nacrt ZPP nemaju takvu odredbu.

Međutim, Zakon o obligacionim odnosima u članu 108, naslova "Neograničeno isticanje ništavosti", određuje da se pravo na isticanje ništavosti ne gasi. Treba napomenuti da ZPP i novi Nacrt ZPP sadrže odredbu koja upućuje na Zakon o obligacionim odnosima i koja uređuje da se ukoliko ZPP nije drugačije odredio, na obligacione odnose između potrošača i trgovca primjenjuju odredbe zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi.

Pored navedenog, član 107 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima utvrđuje da se pored ugovornih strana, na ništavost može pozivati svaka zainteresovana strana, dok stav 2 istog člana ovlašćuje državnog tužioca da traži utvrđenje ništavosti ugovorne odredbe ili samog ugovora. Treba napomenuti da u svim navedenim slučajevima govorimo o pojedinačnim akcijama i zaštiti pojedinačnih interesa ili kumulacije interesa više pojedinaca čiji su interesi povrijeđeni (npr. nepoštenim ugovornim odredbama), dok u slučajevima zaštite kolektivnih interesa postoje druga tijela koja su ovlaštena za preduzimanje akcija (potrošačke organizacije) kako bi zatražili utvrđenje ništavosti samog ugovora ili pojedine ugovorne odredbe³³³.

6. "Nevaljanost" ili "neobavezujuće dejstvo" nepoštene odredbe

Kao što je predočeno u prethodnim dijelima, ZPP (uključujući novi Nacrt ZPP) i Zakon o obligacionim odnosima utvrđuju ništavost nepoštene ugovorne odredbe. Na taj način, ZPP (član 66 stav 1) i novi Nacrt ZPP (član 102 stav 1), kao i član 138 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima odgov-

³³² Član 1 stav 2 Direktive 93/13.

³³³ Na mnogo sadržajnijij način nego li postojeći ZPP, novi Nacrt ZPP u čl. 117 do 129 pokušava preuzeti Direktivu 2009/22/EEZ, i omogućiti zaštitu kolektivnih interesa potrošača. Kako je objašnjeno tačkom 3 preambule ove directive "kolektivni interesi označavaju interese koji ne uključuju kumulaciju interesa pojedinaca čija su prava povrijeđena nekim kršenjem. Prethodno ne dovodi u pitanje individualne zahtjeve koje pokrenu pojedinci čija su prava povrijeđena nekim kršenjem".

araju rečniku člana 6 stav 1 Direktive 93/13. Isto tako, obezbjeđeno je vjerno preuzimanje i u dijelu posljedica za sam ugovor³³⁴.

Pored ovih odredbi ZZP ostaje tih, dok Zakon o obligacionim odnosima za potrebe sudova utvrđuje dodatne odredbe u trenutku kada se jednom utvrdi ništavost ugovora. Posljedice ništavosti je da je svaka ugovorna strana dužna da vrati drugoj sve ono što je primila po osnovu takvog ugovora, a ako to nije moguće, ili ako se priroda onog što je ispunjeno protivi vraćanju, daće se odgovarajuća naknada u novcu, prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, ukoliko zakon nije nešto drugo odredio³³⁵.

Međutim, ukoliko je ugovor ništav zbog toga što je po svojoj sadržini ili cilju suprotan prirodnim propisima ili moralu društva, sud može odbiti, u cjelini ili djelimično, zahtjev nesavjesne strane za vraćanje onog što je dala drugoj strani, a može odlučiti i da druga strana ono što je primila po osnovu zabranjenog ugovora preda odgovarajućoj humanitarnoj organizaciji ili ustanovi na čijoj teritoriji ta strana ima sjedište, odnosno prebivalište, ili boravište. U oba slučaja sud će prilikom odlučivanja voditi računa o savjesnosti jedne, odnosno obje strane, o značaju ugroženog dobra ili interesa, kao i o moralnim shvatanjima.

7. *Ex-officio* proglašenje ugovorne odredbe nepoštenom

ZZP i Zakon o obligacionim odnosima sadrže odredbe o tome da sud po službenoj dužnosti pazi na ništavost ugovornih odredbi, što mu omogućava da utvrdi ništavost samog ugovora ili pojedine ugovorne odredbe³³⁶. Dok ZZZP u članu 114 stav 4 predviđa da "ako sud utvrdi da je i neka druga unaprijed formulisana odredba ugovora koji je predmet spora nepoštena, poništiće je po službenoj dužnosti", Zakon o obligacionim odnosima u članu 107 stav 1 predviđa pravilo da na ništavost sud pazi po službenoj dužnosti i da se na nju može pozivati svako zainteresovano lice.

Rješenje koje se predlaže novim Nacrtom ZZP neće sadržati odredbu sličnu članu 114 važećeg ZZP. Umjesto navedenog, osloniće se na već pomenutu odredbu koja utvrđuje da se, ukoliko ZZP nije drugačije odredio, na obligacione odnose između potrošača i trgovca primjenjuju odredbe zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi. Prethodno znači da se opšte ugovorno pravo primjenjuje, gdje sudska praksa ima dugu tradiciju u primjeni ove odredbe³³⁷.

³³⁴ ZZP (član 66 stav 2) i novi Nacrt ZZP (član 102 stav 2), Zakon o obligacionim odnosima član 103 stav 1. Odredbe člana 103 stav 2 nadalje obezbjeđuju da će ugovor ostati na snazi i ako je ništava odredba bila uslov ili odlučujuća pobuda ugovora u slučaju kad je ništavost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i važio bez nje.

³³⁵ Član 102 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima (Sl. List CG, br. 47/08).

³³⁶ Član 107 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima ovlašćuje državnog tužioca da zahtjeva utvrđenje ništavosti ugovora ili pojedine ugovorne odredbe.

³³⁷ Kada je u dato vrijeme Savezni sud (tada SRJ) potvrdio presudu Vrhovnog suda RCG našao je da "Kako je navedena odredba ugovora o zalozu zaključena protivno zakonskom propisu, ista je nezakonita te je ugovor u tom dijelu kako je pravilno zaključio drugostepeni sud, apsolutno ništav i ne proizvodi pravno dejstvo...Vodeći po službenoj dužnosti računa o dozvoljenosti raspolaganja stranaka, Vrhovni sud Crne Gore je pravilno postupio kada nije pružio pravnu zaštitu ovoj odredbi ugovora s tim što je pravilno zaključio da ništavost ove odredbe u smislu člana 105 Zakona o obligacionim odnosima ne povlači ništavost samog ugovora ... "(Savezni sud, Gsz. 19/94 od 24.11.1994).

F. Nepravične odredbe u ugovornom pravu Republike Srbije

Marija Karanikić Mirić, Beograd

1. Stručna rasprava o tome da li u Zakon o obligacionim odnosima odnosno u buduću srpsku građansku kodifikaciju treba uvrstiti posebna pravila o ništavosti nepravičnih ugovornih odredaba

Činjenica je da trgovac koji sa potrošačima zaključuje athezione ugovore, to jest ugovore po pristupu, takvim načinom poslovanja za sebe zadržava povoljniju pregovaračku i ugovornu poziciju u odnosu na poziciju svoga saugovornika. Međutim, ako se potrošaču stave na raspolaganje pravni mehanizmi kojima se može sprečiti da trgovac takav svoj položaj zloupotrebi, onda se ugovori po pristupu pretvaraju u sredstvo koje olakšava zaključenje ugovora i predstavlja pogodnost za samoga potrošača. Direktiva o nepravičnim ugovornim odredbama (u daljem tekstu: Direktiva)³³⁸ predviđa mogućnost kontrole pravičnosti standardnih odredaba potrošačkih ugovora. To su ugovorne odredbe o kojima trgovac nije posebno pregovarao sa određenim potrošačem, nego mu ih je nametnuo u sklopu kakvog athezionog ugovora. Pravila Direktive imaju za cilj očuvanje ravnoteže uzajamnih obaveza u potrošačkom ugovoru, odnosno sprečavanje značajnije nesrazmere u pravima i obavezama jedne i druge ugovorne strane.

Odredbama Direktive propisano je da će se ugovorna odredba smatrati nepravičnom ako, protivno načelu savesnosti i poštenja, dovodi do značajne nesrazmere uzajamnih ugovornih prava i obaveza i to na štetu potrošača. Takva odredba potrošačkog ugovora ne obavezuje potrošača. U Aneksu Direktive nalazi se indikativna lista nepravičnih standardnih odredaba potrošačkih ugovora. Dalje, pravilima Direktive predviđeno je da odredbe potrošačkog ugovora moraju biti izražene jasnim i razumljivim jezikom, a da se nejasne i nerazumljive odredbe tumače u korist potrošača. Pravila o ovome nazivaju se zahtevom transparentnosti. Evropski zakonodavac nije izričito odgovorio na pitanje da li se Direktiva odnosi isključivo na standardne ugovorne klauzule ili se njena pravila mogu primeniti i na odredbe o kojima je trgovac posebno pregovarao sa potrošačem, odnosno na odredbe čiju su sadržinu njih dvojica sporazumno uredili.

U Srbiji se u ovom trenutku ne vodi javna rasprava o usklađivanju domaćeg prava sa pravom EU u ovoj oblasti, niti ima predloga da se važeći Zakon o obligacionim odnosima (ZOO)³³⁹ dopuni pravilima koja su predviđena Direktivom. Isto tako, ne razmatra se unošenje rešenja koja su predviđena Direktivom u buduću srpski Građanski zakonik (vid. fusnote 345 i 346).

U oktobru 2010. godine Narodna skupština Republike Srbije usvojila je Zakon o zaštiti potrošača (ZZP).³⁴⁰ Reč je o okvirnom zakonu koji, između ostalog, sadrži pravila o nepravičnim

³³⁸ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21.4.1993, 29-34.

³³⁹ Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije, Službeni list SFRJ br. 29-78, 39-85, 45-89 i 57-89, Službeni list SRJ br. 31-93, 22-99, 23-99, 35-99, 44-99.

³⁴⁰ Zakon o zaštiti potrošača, Službeni glasnik RS br. 73-10. Pravni osnov za uređivanje oblasti zaštite potrošača i usklađivanje srpskog ugovornog potrošačkog prava sa pravom Evropske unije predstavljaju čl. 90 Ustava Republike Srbije (Službeni glasnik RS br. 83-06) i čl. 78 Zakona o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane (Službeni glasnik RS br. 83-08).

odredbama potrošačkih ugovora.³⁴¹ Ta pravila se umnogome oslanjaju na rešenja predložena Direktivom i svedoče o nameri srpskog zakonodavca da nacionalno pravo u ovoj oblasti uskladi sa evropskim normama.

Novi zakon je okvirni i kao takav ima za cilj potpunu harmonizaciju srpskog potrošačkog prava sa evropskim uredbama, direktivama, preporukama i drugim propisima, ili makar sa onim njihovim odredbama koje su od značaja za zaštitu potrošačkih prava i pravom priznatih interesa.³⁴² Međutim, neka važna pitanja potrošačkog prava nisu uređena okvirnim zakonom. Primera radi, pravila o potrošačkom kreditu izostavljena su iz ZZP. Ta oblast docnije je uređena posebnim Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga (ZZKFU),³⁴³ Ipak, odredbom člana 41 ZZKFU propisano je da se na nepravilne odredbe različitih ugovora o pružanju finansijskih usluga potrošačima, kao i na postupak njihove zabrane, primenjuju pravila okvirnog zakona o zaštiti potrošača – a to će reći, odgovarajuća pravila ZZP.

Tokom javnih rasprava koje su u poslednjih nekoliko godina vođene u vezi sa usvajanjem novih zakona i podzakonskih akata u oblasti zaštite potrošača nije se čuo predlog da evropska pravila o nepravilnim odredbama postanu sastavni deo domaćeg opšteg ugovornog prava. Pored toga, nije verovatno da će se u dogleđno vreme menjati odnosno dopunjavati važeći ZOO kako bi se u taj zakon unele odredbe bilo koje od potrošačkih direktiva. Takve ideje nisu predmet ozbiljnog razmatranja ni danas, nakon što su pomenute zakonodavne aktivnosti okončane.

Na kraju, sudeći po dosadašnjem radu i objavljenim tekstovima Komisije za izradu građanskog zakonika, koju je 2006. godine osnovala Vlada Republike Srbije,³⁴⁴ buduća srpska građanska kodifikacija neće sadržavati posebna pravila iz oblasti zaštite potrošača, makar kada je u pitanju onaj deo zakonika koji treba da bude posvećen obligacionim odnosima.³⁴⁵

2. Nepravilne odredbe ugovora u privredi (B2B transakcije)

Posebna pravila o kontroli pravičnosti ugovornih odredaba nastala su u potrošačkom kontekstu. Tu se pod ugovornim odredbama podrazumevaju odredbe potrošačkog ugovora, to jest onoga koji se zaključuje između trgovca, s jedne, i potrošača, s druge strane. Ideja da bi se primena ovih pravila mogla proširiti na ugovore u privredi, odnosno na B2B (*business to business*) transakcije, postala je predmet razmatranja naročito nakon što je objavljen Predlog Uredbe o zajedničkom evropskom pravu prodaje.³⁴⁶ Taj instrument sadrži pravila o nepravilnim odredbama ugovora u privredi, odnosno o građanskopravnim posledicama nepravilnosti onih odredaba koje među sobom ugovaraju trgovci (vid. čl. 86 Predloga Uredbe). Reč je o standardnim ugovornim odredbama, to jest o odredbama koje je unapred pripremila jedna ugovorna strana, a koje značajno odstupaju od dobre

³⁴¹ Glava V (članovi 44-48) ZZP.

³⁴² Tu spadaju brojne potrošačke direktive [98/6/EC on price indication, 85/577/EEC on doorstep selling, 97/7/EC on distance selling, 2000/31/EC on e-commerce, 93/13/EEC on unfair contract terms, 99/44/EC on sale of consumer goods and associated guarantees, 2002/22/EC on universal service (telecommunications), 2003/54/EC on electricity, 2003/55/EC on natural gas, 90/314/EEC on package travel, 2008/122/EC on timesharing, 2002/65/EC on distance marketing of financial services, 2008/52/EC on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, 98/27 on injunctions and 2005/29/EC on unfair commercial practices], kao i drugi propisi u ovoj oblasti [Regulation 861/2007 establishing a small claims procedure, Recommendation 98/257/EC on the principles applicable to out-of-court settlement bodies of consumer disputes, Recommendation 2001/310/EC on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes].

³⁴³ Službeni glasnik RS br. 36-11.

³⁴⁴ Odluka o obrazovanju posebne Komisije radi kodifikacije građanskog prava i izrade Građanskog zakonika, Službeni glasnik RS br. 104-06, 110-06 i 85-09.

³⁴⁵ Vid. Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Prednacr. Građanski zakonik Republike Srbije. Druga knjiga. Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije, Beograd 2009, 1-451.

³⁴⁶ Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law of 11.10.2011 (COM (2011) 635 final).

poslovne prakse i načela savesnosti i poštenja. Nasuprot tome, sama Direktiva o nepravilnim ugovornim odredbama, kao i Direktiva o pravima potrošača,³⁴⁷ ne primenjuju se na ugovore u privredi, odnosno B2B transakcije, već samo na potrošačke ugovore, odnosno B2C (business to consumer) transakcije.

Primena ZPP ograničena je, između ostalog, definicijama pojmova trgovca i potrošača koje je propisao srpski zakonodavac. U tom smislu, način na koji je zakonom određen potrošač, kao jedna od strana u ugovoru na koji se odnose pravila ZPP, sprečava da se primena tog zakona proširi na ugovore u privredi. Prema odredbi čl. 5, st. 1, tač. 1 ZPP, potrošač je fizičko lice koje na tržištu pribavlja robu ili usluge u svrhe koje nisu namenjene njegovoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj delatnosti. Potrošački ugovor određen je kao ugovor zaključen između trgovca i potrošača (čl. 5, st. 1, tač. 3 ZPP), a primena odredaba ZPP vezana je za potrošačke ugovore. Iz takve postavke proizlazi da se pravila srpskog okvirnog zakona u oblasti zaštite potrošača ne mogu se primeniti na ugovore u privredi odnosno na B2B transakcije. To važi za opšta pravila ZPP, kao i za njegova posebna pravila o nepravilnim odredbama potrošačkih ugovora.

S druge strane, srpski ZOO u različitim slučajevima propisuje ništavost (apsolutnu ništavost) ili rušljivost (relativnu ništavost) ugovora ili, pak, delimičnu ništavost (apsolutnu ništavost ugovorne udredbe uz očuvanje ugovora kao celine), kao građanskopravne sankcije kojima se štite dva važna principa obligacionog odnosno ugovornog prava: načelo savesnosti i poštenja i načelo ekvivalentnosti uzajamnih davanja. Tim sankcijama mogu da budu pogođeni svi ugovori građanskog prava.

Naime, odredbe ZOO primenjuju se na B2C, B2B i P2P (*person to person*) transakcije. Tačnije, ZOO ne pravi razliku između potrošačkih ugovora i onih koji to nisu, nego se primenjuje na sve ugovore građanskog prava, bez obzira na to da li su ugovorne strane pravna ili fizička lica. Zakon sadrži neke odredbe čija je primena ograničena na ugovore u privredi – koji se, za potrebe ovog izlaganja, mogu posmatrati kao funkcionalni ekvivalent B2B transakcija. Ipak, u zakonu nema specijalnih pravila koja bi se odnosila samo na potrošačke ugovore, odnosno na ugovorne odnose trgovaca i fizičkih lica u svojstvu potrošača.³⁴⁸

ZOO ne pominje ni potrošače, ni potrošačka prava. Pored toga, ZOO ne sadrži ni procesna pravila. Njegovim odredbama nije uređen postupak ni sudske ni administrativne kontrole nepravilnih odredaba. Isto tako, ZOO ne sadrži pravila o kolektivnim tužbama odnosno o procesnim sredstvima zaštite kolektivnih potrošačkih prava i njihovih pravom priznatih interesa. Načelno, pravnosnažna odluka doneta u parnici za rešavanje sporova iz odnosa koje uređuje ZOO deluje samo prema strankama.

Sve to, naravno, ne znači da su pravila ZOO bez ikakvog uticaja na položaj potrošača, kao ni da se u srpskom pravu ne štiti srazmera uzajamnih davanja kod ugovora u privredi. Na prvom mestu, ZOO sadrži posebna pravila o opštim uslovima formularnih ugovora. Tu se misli na *athezione*, to jest na ugovore po pristupu. Ova pravila odnose se kako na B2C, tako na B2B ugovore. Ona važe za sve ugovore građanskoga prava, uključujući one koji se kvalifikuju kao ugovori u privredi.

- 1) Prema čl. 143 ZOO, ništave su odredbe opštih uslova koje su protivne cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima, čak i ako je nadležni organ odobrio opšte uslove. Sud može da odbije primenu pojedinih odredaba opštih uslova, ako one lišavaju drugu stranu

³⁴⁷ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, OJ L 304, 22.11.2011, 64-88.

³⁴⁸ Odredbe ZOO koje se odnose na ugovore primenjuju se na sve ugovore građanskog prava, osim ako je za ugovore u privredi izričito drugačije određeno. Pod ugovorima u privredi misli se na ugovore koje među sobom i u okvirima svoje privredne delatnosti, odnosno u vezi sa tom delatnošću zaključuju pravna lica, kao i imaoci radnji i drugi pojedinci koji takvu delatnost obavljaju u vidu registrovanog zanimanja (vid. čl. 25 ZOO).

prava da stavi prigovor, ili ako druga strana na osnovu tih odredaba gubi prava iz ugovora ili rokove, ili ako su one inače *nepravične* ili preterano stroge prema njoj.

- 2) Prema čl. 142 ZOO, opšti uslovi određeni od strane jednog ugovornika, bilo da su sadržani u formularnom ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva, dopunjuju posebne pogodbe utvrđene među ugovornicima u istom ugovoru. Opšti uslovi po pravilu obavezuju isto kao posebne pogodbe. Oni se moraju objaviti na uobičajeni način i obavezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati odnosno morali biti poznati u času zaključenja ugovora. U slučaju neslaganja opštih uslova i posebnih pogodaba važe posebne pogodbe.
- 3) Prema čl. 100 ZOO, ako je ugovor zaključen prema unapred odštampanom sadržaju, ili ga je na drugi način pripremila i predložila jedna ugovorna strana, njegove nejasne odredbe tumače se u korist druge strane (pravilo *contra proferentem*).

Zakonodavac nije odredio značenje reči *nepravično* u izrazu nepravične odredbe opštih uslova iz čl. 143 ZOO. Uvek kada ZOO upućuje na pravičnost, prepušteno je sudovima da bliže odrede sadržinu tog pravnog standarda. ZOO ne definiše nepravične ugovorne odredbe i ne propisuje listu odredaba koje bi se mogle kvalifikovati kao takve.

Pored gore navedenih postoje i druga pravila ZOO kojima je propisana ništavost ili rušljivost pod određenim uslovima, a koja se odnose kako na B2C, tako na B2B transakcije. Primera radi, čl. 103, st. 1 ZOO sadrži opšte pravilo o uslovima ništavosti ugovora koji su protivni prinudnim pravilima, javnom poretku ili dobrim običajima. Prema čl. 105 ZOO ništavost neke odredbe ugovora ne povlači za sobom ništavost samog ugovora, ako on može da opstane bez ništave odredbe i ako ona nije bila ni uslov ugovora, ni odlučujuća pobuda za njegovo zaključenje. Zakonom je propisano da sud pazi na ništavost po službenoj dužnosti. Na nju se može pozvati svako (pravno) zainteresovano lice, a pravo da od suda zahteva utvrđenje ništavosti ima i javni tužilac (čl. 109 ZOO). Pravo na isticanje ništavosti se ne gasi, ono nije vezano za rok (čl. 110 ZOO). Na kraju, za formularne ugovore važi pomenuto posebno zakonsko pravilo tumačenja nejasnih ugovornih odredaba (čl. 100 ZOO). Reč je o pravilu *contra proferentem*: ako je jedna ugovorna strana unapred pripremila ugovor, odnosno ako je ona sama predložila njegovu sadržinu (tako što ga je, primera radi, prethodno odštampana), nejasne odredbe tog ugovora tumačiće se u korist druge strane – one koja nije imala uticaja na njihovu sadržinu. Kod potrošačkih ugovora to se svodi na tumačenje nejasnih ugovornih odredaba u korist potrošača, budući da trgovac obično unapred priprema sadržinu ugovora kojem potrošač potom pristupa.

Shvatanje da je potrebno da se omogući kontrola pravičnosti onih ugovornih odredaba čiju sadržinu ugovorne strane nisu sporazumno uredile, nego ih je jedna strana unapred pripremila a druga im prosto pristupila, zasnovano je na ideji da nepravične ugovorne odredbe pogoršavaju položaj one ugovorne strane koja je ionako slabija, a to će reći u lošijoj materijalnoj poziciji i slabije informisana. Čitav niz pravila ZOO ima za cilj da zaštiti jednaku vrednost odnosno srazmeru uzajamnih davanja i ta se pravila primenjuju na sve ugovore građanskog prava, što obuhvata i potrošačke ugovore i ugovore u privredi. Na primer: (1) Ako su uzajamne obaveze ugovornih strana bile u očiglednoj nesrazmeri u vreme zaključenja ugovora, oštećena strana može da zahteva poništenje ugovora u roku od jedne godine od njegovog zaključenja, ako za pravu vrednost tada nije znala niti morala da zna (prekomerno oštećenje ili *Laesio enormis*, čl. 139 ZOO). (2) Zelenaški ugovor je ništav (čl. 141 ZOO). (3) Institut raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti (*Rebus sic stantibus*) uređuje slučaj da posle zaključenja ugovora nastupe okolnosti koje otežavaju ispunjenje obaveze jedne strane, ili neke zbog kojih se ne može ostvariti svrha ugovora, a sve to u meri da je očigledno da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovornika i da bi po opštem mišljenju bilo nepravično da se on održi (čl. 133 ZOO). Sva ova pravila primenjuju se kako na standardne odredbe teretnih ugovora (odredbe koje je jedna strana unapred pripremila i predložila drugoj), tako na njihove posebne

pogodbe (odredbe sa sporazumno određenom sadržinom). Međutim, pomenuti instituti nisu ništa drugo do klasični instrumenti opšteg ugovornog prava, koji ne pružaju nikakvu naročitu, specijalnu zaštitu potrošaču.

Da zaključimo. Pravila novog srpskog okvirnog zakona u oblasti zaštite potrošača (ZZP iz 2010. godine) ne primenjuju se na ugovore u privredi, to jest na B2B transakcije. Međutim, ZOO sadrži pravilo o ništavosti odredaba opštih uslova formularnih ugovora koje su protivne cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima. Ono važi i kada je nadležni organ odobrio opšte uslove. Sud može da odbije primenu pojedinih odredaba opštih uslova formularnih ugovora, ako na osnovu tih odredaba strana koja je pristupila ugovoru gubi rokove, pravo na prigovor ili kakvo pravo iz ugovora, ili ako su one inače nepravične ili preterano stroge prema njoj. Danas se ova pravila ZOO smatraju dobro ustaljenim, klasičnim instrumentima opšteg ugovornog prava i primenjuju se na B2B, B2C i P2P transakcije, odnosno na sve ugovore građanskog prava, uključujući one koji se kvalifikuju kao ugovori u privredi. Isto važi za druge institute koje uređuje ZOO, a čija je svrha zaštita ekvivalentnosti uzajamnih davanja u teretnim ugovorima. Tu spadaju, primera radi, ustanove zelenišnog ugovora, prekomernog oštećenja, kao i raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti.

3. Definicija nepravičnih ugovornih odredaba i njena konkretizacija u obliku crne ili sive liste; uloga suda u tumačenju nepravičnih ugovornih odredaba

Srpski zakonodavac odlučio se na neobičan korak, pa je u katalog značenja upotrebljenih izraza, koji se nalazi u prvoj glavi novog ZZP, uvrstio definiciju ugovorne odredbe kao takve, bez obzira na to može li se ona označiti kao nepravična. Ugovorna odredba široko je zakonom određena kao svaka odredba potrošačkog ugovora, uključujući posebne pogodbe o čijoj sadržini je potrošač pregovarao ili mogao da pregovara sa trgovcem i opšte odredbe čiju sadržinu je unapred odredio trgovac ili treća strana (čl. 5, st. 1, tač 24 ZZP). Prema nacrtima koji su prethodili konačnom i potom usvojenom predlogu novog zakona, definicija ugovorne odredbe trebalo je da se nađe na početku petog poglavlja ZZP, koje nosi naslov *Zaštita potrošača u ostvarivanju prava iz ugovora koji sadrže nepravične ugovorne odredbe*. Njena svrha u tom slučaju bila bi da se zaštita koja je potrošačima garantovana pravilima Direktive o nepravičnim ugovornim odredbama proširi na sve odredbe potrošačkih ugovora, bilo da su njihovu sadržinu sporazumno uredili trgovac i potrošač, bilo da je reč o standardnim odredbama koje je unapred pripremio trgovac ili neko treći. Međutim, protivno prvobitnoj zamisli, definicija ugovorne odredbe stavljena na početak zakona, zajedno sa definicijama pojmova koji se pominju u dva ili više poglavlja, umesto da se ostavi na početku jedinog poglavlja za koje bi trebalo da bude relevantna. Na taj način ona je u velikoj meri obesmišljena, a njena svrha učinjena je manje jasnom.

U toku javne rasprave o, u to vreme predstojećoj, reformi nacionalnih propisa u oblasti zaštite potrošača razmatrana je opcija da se kontrola pravičnosti ugovornih odredaba ograniči na standardne odredbe potrošačkih ugovora, odnosno na one odredbe koje je trgovac (ili neko treći) unapred pripremio, bez mogućnosti da potrošač utiče na njihovu sadržinu (vid. čl. 3, st. 2 Direktive). Na kraju, srpski zakonodavac ovlastio je (i obavezao) sudove da po službenoj dužnosti paze na pravičnost svake odredbe koja je sastavni deo potrošačkog ugovora. Drugim rečima, zaštita potrošača od nepravičnih ugovornih odredaba proširena je na posebne pogodbe potrošačkih ugovora, to jest na one odredbe o kojima su trgovac i potrošač pregovarali i čiju su sadržinu sporazumno uredili. Tako je odlučeno, pre svega, da bi se izbegli sporovi o tome da li se u konkretnim slučajevima radi o standardnim odredbama ili o posebnim pogodbama, imajući u vidu da problem njihovog razgraničenja postoji u praksi država članica.

Ovo proširenje primene pravila o nepravilnim odredbama pogoduje savremenoj poslovnoj praksi, a naročito praksi zaključivanja ugovora na internetu, odnosno elektronskim putem. Tu se dešava da trgovac unapred odredi sadržinu ugovorne odredbe i da u elektronskom formularu omogući potrošaču da njeno ugovaranje odbije izričitom izjavom volje: polje koje treba obeležiti (štiklirati) da bi se odredba prihvatila unapred je označeno, a potrošač treba da ukloni tu oznaku kako bi odbio njeno ugovaranje. O takvoj odredbi potrošač po pravilu nema prilike da pregovara. Štaviše, odbijanje da se ona ugovori obično dovodi do prekida elektronske transakcije.

Dakle, ZKP definiše ugovornu odredbu na način koji omogućava kontrolu pravičnosti ne samo standardnih odredaba, nego i posebnih pogodbi u potrošačkim ugovorima (čl. 5, st. 1, tač 24 ZKP). Pored toga, ZKP razrađuje kriterijume ili merila po kojima se utvrđuje da je određena odredba nepravilna.³⁴⁹ U tom smislu ZKP povlači jasnu razliku između apsolutnih (bitnih, uvek relevantnih) i relativnih (incidentnih, uslovno relevantnih) kriterijuma ili merila nepravilnosti ugovornih odredaba.³⁵⁰

1. *Apsolutni kriterijumi nepravilnosti.* Prema odredbi čl. 46, st. 2 ZKP, ugovorna odredba kvalifikuje se kao nepravilna ako: (1) izaziva značajnu nesrazmeru u obavezama ugovornih strana na štetu potrošača, (2) za posledicu ima to što izvršenje ugovorne obaveze opterećuje potrošača bez opravdanog razloga, (3) čini da se izvršenje ugovora značajno razlikuje od onoga što je potrošač osnovano očekivao, (4) protivna je zahtevu javnosti (transparentnosti) u postupanju trgovca, (5) suprotna je načelu savesnosti i poštenja. Reč je o listi alternativno postavljenih atributa. Svaki od njih dovoljan je da se odredba potrošačkog ugovora označi kao nepravilna. Za razliku od čl. 3, st. 1 Direktive kojim se kumulativno zahteva da ugovorna odredba stvara nesrazmeru uzajamnih prava i obaveza na štetu potrošača i da je protivna načelu savesnosti kako bi se mogla kvalifikovati kao nepravilna, prema srpskom ZKP ovi uslovi odnosno kriterijumi nepravilnosti postavljeni su alternativno, pa će svaki pojedinačno biti dovoljan da se ugovorna odredba prepozna kao nepravilna. Pored toga, među apsolutnim (uvek relevantnim) merilima nepravilnosti koje predviđa ZKP figurišu tri koja Direktiva ne poznaje. To su izvršavanje ugovorne obaveze koje je neopravdano teško za potrošača, zatim izvršenje ugovora koje se značajno razlikuje od onoga što je potrošač osnovano očekivao i, na kraju, odstupanje od zahteva javnosti (transparentnosti) u postupanju trgovca.

Zahtev javnosti odnosno transparentnosti postavljen je odredbama čl. 44 ZKP, po ugledu na sličan zahtev koji je bio predviđen Predlogom Direktive o pravima potrošača.³⁵¹ Prema pomenutim pravilima srpskog zakona ugovorna odredba obavezuje potrošača ako je izražena jednostavnim, jasnim i razumljivim jezikom i ako bi je shvatio razuman čovek potrošačevog znanja i iskustva. Trgovac je dužan da sa sadržajem ugovorne odredbe upozna potrošača pre zaključenja ugovora, na način koji s obzirom na upotrebljeno sredstvo komunikacije potrošaču pruža stvarnu mogućnost da se upozna sa sadržinom odredbe. Ugovorna odredba čiju je sadržinu odredio trgovac, tako što je post-

³⁴⁹ Zakonsko određenje merila za procenu (ne)pravičnosti ugovornih odredaba postavljeno je nešto šire od merila predviđenog Direktivom. Odredbom čl. 3, st. 1 Direktive propisano je da će se standardna ugovorna odredba smatrati nepravilnom ako, protivno načelu savesnosti (*good faith requirement*), dovodi do značajne nesrazmere uzajamnih ugovornih prava i obaveza i to na štetu potrošača.

³⁵⁰ Vid. Marija Karanikic, Hans-Wolfgang Micklitz, Norbert Reich (eds.), *Modernising Consumer Law. The Experience of the Western Balkan*, Nomos, Berlin 2012, 185.

³⁵¹ Vid. Proposal of 08.10.2008 for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, COM (2008) 614/3. Nakon što je pretrpeo značajne izmene, ovaj Predlog pretočen je u Direktivu o pravima potrošača. Vid. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

avio pretpostavku da potrošač pristaje na odredbu ako izričito ne naglasi da je ne prihvata, ne obavezuje potrošača.³⁵²

2. *Relativni kriterijumi nepravilnosti.* Sadržina ovih merila ili kriterijuma zavisi od upotrebe odnosno načina na koji, ili konteksta u kojem se ugovara određena odredba potrošačkog ugovora. Zato se težina odnosno pravni značaj ispunjenosti ovih kriterijuma procenjuje prema okolnostima konkretnog slučaja. Incidentni, uslovno relevantni, to jest relativni kriterijumi nepravilnosti neke odredbe potrošačkog ugovora su priroda robe ili usluga na koje se ugovor odnosi, okolnosti pod kojima je ugovor zaključen, ostale odredbe istog potrošačkog ugovora ili drugog ugovora sa kojim je potrošački ugovor povezan, način na koji je postignuta saglasnost o sadržini ugovora i način na koji je, s obzirom na zahtev javnosti, potrošač obavešten o sadržini ugovora (vid. čl. 46, st. 3 ZPP).

Novi srpski okvirni zakon u oblasti zaštite potrošača sadrži dve liste nepravilnih ugovornih odredaba koje se kolokvijalno nazivaju crnom i sivom. Zakonodavac je tu bio inspirisan Predlogom Direktive o pravima potrošača.³⁵³ Obe liste su indikativne, a ne iscrpne: nepravilne odredbe koje su pobrojane u njima ne čine *numerus clausus*. Sudovi su vezani, ali nisu ograničeni ovim listama (isto važi u slučaju vansudskog rešavanja potrošačkih sporova, koje je uređeno dvanaestim poglavljem ZPP). Drugim rečima, sud po službenoj dužnosti primenjuje listu, odnosno ima obavezu da *ex officio* utvrdi (ako je reč o ugovornoj odredbi sa crne liste) ili da oborivo pretpostavi (ako je reč o ugovornoj odredbi sa sive liste) da je određena odredba potrošačkog ugovora nepravilna i da, posledično, ona ne obavezuje potrošača. Isto tako, sud može da utvrdi, na osnovu generalne klauzule sadržane u čl. 46 ZPP, da je nepravilna i stoga ništava neka odredba potrošačkog ugovora koja nije predviđena ni crnom ni sivom listom.³⁵⁴ Ovo važi kako u postupcima za zaštitu individualnih, tako u postupcima za zaštitu kolektivnih prava i interesa.³⁵⁵

Pojedine ugovorne odredbe koje se nalaze u crnom ili sivom zakonom propisanom katalogu nepravilnih odredaba potrošačkih ugovora očigledno su suvišne, budući da su one već nesporno ništave, bilo prema pravilima opšteg ugovornog prava, bilo po pravilima potrošačkog prava. Primera radi, odredba kojom trgovac za sebe ugovara isključivo pravo tumačenja ugovornih odredaba, ili pravo da jednostrano menja sadržinu ugovornih odredaba uključujući obeležja robe ili usluga, bila bi apsolutno ništava i po pravilima opšteg ugovornog prava.

Crna lista ustanovljena je odredbama čl. 47 ZPP. Za odredbe potrošačkog ugovora koje se nalaze na toj listi *neoborivo* se pretpostavlja da su nepravilne. One su stoga uvek apsolutno ništave. Bez obzira na okolnosti pojedinačnog slučaja, smatra se da su nepravilne one ugovorne odredbe koje za predmet ili za posledicu imaju: isključenje ili ograničenje odgovornosti trgovca za slučaj smrti ili telesnih povreda potrošača usled činjenja ili nečinjenja trgovca; ograničenje obaveze trgovca da izvrši odnosno preuzme obaveze koje je u njegovo ime ili za njegov račun preuzeo punomoćnik odnosno nalogoprimalac, ili povezivanje obaveze trgovca da izvrši odnosno preuzme obaveze koje je u

³⁵² U istom duhu je i odredba čl. 22 Direktive o pravima potrošača, prema kojoj je trgovac dužan, pre nego što potrošač bude bio vezan ponudom ili ugovorom, da od njega zatraži izričit pristanak na svako dodatno plaćanje koje bi potrošač trebalo da duguje uz obavezu da trgovcu isplati naknadu za osnovnu činidbu. Ako trgovac to ne učini, već na osnovu potrošačevog čutanja (propuštanja da isključi standardnu opciju) pretpostavi da ovaj pristaje na dodatnu obavezu plaćanja, potrošač će imati pravo da zahteva povraćaj svega što je dodatno platio.

³⁵³ Predlogom Direktive o pravima potrošača bile su predviđene crna i siva lista nepravilnih ugovornih odredaba i postavljen zahtev transparentnosti. Ova rešenja odbačena su tokom rada na konačnom tekstu Direktive o pravima potrošača i nema ih u verziji koja je na kraju usvojena. Od svega je ostala samo obaveza država članica da obaveste komisiju u slučaju da iskoriste opciju iz čl. 8 Direktive o nepravilnim ugovornim odredbama, koja predstavlja minimalnu klauzulu i daje pravo državi članici da potrošačima pruži jaču zaštitu od one koja je predviđena Direktivom o nepravilnim ugovornim odredbama. Vid. čl. 32 Direktive o pravima potrošača.

³⁵⁴ U bazama sudskih odluka ne mogu se pronaći one zasnovane na pravilima ZPP o nepravilnim odredbama potrošačkih ugovora. To se u ovome času još uvek može pripisati činjenici što je ZPP relativno skoro počeo da se primenjuje.

³⁵⁵ To je u skladu sa praksom Evropskog suda pravde (ESP): C-240-244/98 *Océano Grupo Editorial v Rocio Murciano Qintero* [2000] ECR I-4941; C- 243/08 *Pannon v E.S. Györfi* [2009] ECR-4713.

njegovo ime ili za njegov račun preuzeo punomoćnik odnosno nalogoprimac sa uslovom čije ispunjenje zavisi isključivo od trgovca; isključenje ili ograničenje prava potrošača da pokrene određeni postupak ili da upotrebi određeno pravno sredstvo za zaštitu svojih prava, a naročito nametanje obaveze potrošaču da sporove rešava pred arbitražom na način koji je u suprotnosti sa odredbama ZZP; sprečavanje ili ograničavanje mogućnosti da se potrošač upozna sa dokazima, ili prebacivanje tereta dokazivanja na potrošača u slučaju kada je po zakonu teret dokazivanja na trgovcu. Isto važi za odredbe na osnovu kojih trgovac stiče pravo da utvrdi da li su isporučena roba ili pružene usluge u skladu sa ugovorom ili isključivo pravo tumačenja ugovornih odredaba.

Siva lista ustanovljena je odredbama čl. 48 ZZP. Za odredbe potrošačkog ugovora koje se nalaze na toj listi *oborivo* se pretpostavlja da su nepravične. Drugim rečima, ako se ne dokaže suprotno, smatraće se da su nepravične ugovorne odredbe koje za predmet ili za posledicu imaju: ograničenje ili isključenje prava potrošača prema trgovcu ili trećoj strani u slučaju potpunog ili delimičnog neispunjenja bilo koje ugovorne obaveze trgovca, uključujući ograničenje ili isključenje prava potrošača da prebije potraživanje koje ima prema trgovcu sa potraživanjem koje trgovac ima prema potrošaču; davanje ovlašćenja trgovcu da zadrži sve što je primio od potrošača u slučaju da potrošač povredi ugovornu obavezu ili odbije da zaključi ugovor,³⁵⁶ ako isto pravo nije garantovano potrošaču; obavezivanje potrošača koji je povredio ugovornu obavezu da trgovcu plati naknadu u iznosu koji značajno premašuje iznos pretrpljene štete; pravo trgovca da jednostrano raskine ugovor u bilo kom trenutku, ako isto pravo nije garantovano potrošaču; pravo trgovca da jednostrano raskine ugovor zaključen na neodređeno vreme bez ostavljanja primerenog otkaznog roka, osim ako potrošač ne izvršava svoje ugovorne obaveze; prećutno produženje ugovora zaključenog na određeno vreme, ako je potrebno da potrošač izjavi da ne pristaje na produženje ugovora u roku koji je neprimereno dugačak u odnosu na rok na koji je ugovor zaključen; pravo trgovca da na bilo koji način poveća ugovorenu cenu, ako nije ugovoreno pravo potrošača da u tom slučaju raskine ugovor; obavezivanje potrošača da izvrši sve svoje ugovorne obaveze u slučaju da trgovac ne izvrši svoje ugovorne obaveze u celosti; davanje ovlašćenja trgovcu da prenese svoje ugovorne obaveze na treće lice bez saglasnosti potrošača; ograničavanje prava potrošača da preproda robu ograničavanjem prenosivosti garancije koju je dao trgovac; davanje ovlašćenja trgovcu da jednostrano menja sadržinu ugovornih odredaba, uključujući obeležja robe ili usluga; jednostrana izmena ugovornih odredaba koje su potrošaču saopštene na trajnom nosaču zapisa (trajnom medijumu), saopštavanjem novih odredaba sa kojima se potrošač nije saglasio putem sredstava komunikacije na daljinu.

Srpski zakonodavac odlučio je da u nacionalno pravo ne unese pravilo iz čl. 4, st. 2 Direktive o nepravičnim ugovornim odredbama. Tim pravilom predviđeno je da se kontrola pravičnosti ugovornih odredaba ne može odnositi na predmet ugovora, niti na to da li je za robu odnosno uslugu ugovorena adekvatna to jest srazmerna cena odnosno naknada.³⁵⁷ Posledica propuštanja da se ovo pravilo Direktive unese u domaće pravo sastoji se u sledećem: u srpskom pravu sudovi *ex officio* paze na pravičnost i posledičnu ništavost i onih odredaba u potrošačkim ugovorima koje se tiču predmeta ugovora i adekvatnosti ugovorene naknade. Tu, primera radi, spadaju jednostrana izmena cene, prepuštanje trgovcu da jednostrano odredi predmet svoje ili obaveze potrošača ili da proceni da li su isporučena roba ili pružene usluge u skladu sa ugovorom, ugovaranje naknade za usluge

³⁵⁶ Ovako sročeno pravilo otvara pitanje da li se nepravičnim smatra i ona ugovorna odredba na osnovu koje trgovac, doduše, ne može da zadrži sve, ali može nešto od onoga što mu je dao potrošač, ili gotovo sve, u slučaju da ovaj povredi ugovornu obavezu ili odbije da zaključi ugovor.

³⁵⁷ Prema čl. 80, st. 2 Predloga Uredbe o zajedničkom evropskom pravu prodaje ne može se preispitivati pravičnost odredbe potrošačkog ugovora (ugovora između trgovca i potrošača) u pogledu definicije odnosno određenja osnovnog predmeta ugovora ili prikladnosti ugovorene cene, ako je trgovac postupao u skladu sa zahtevom javnosti (*transparentnosti*).

koje nisu stvarno pružene.³⁵⁸ U svakom slučaju, ovakav postupak srpskog zakonodavca dopušten je sa stanovišta minimalne klauzule iz čl. 8 Direktive o nepravničnim ugovornim odredbama.³⁵⁹

4. Okolnosti od značaja za ocenu pravičnosti ugovorne odredbe

Odredbom čl. 4, st. 1 Direktive o nepravničnim ugovornim odredbama uređeno je pitanje koje okolnosti sud uzima u obzir kada procenjuje da li je neka odredba potrošačkog ugovora nepravilna prema potrošaču. To su priroda robe ili usluga na koje se ugovor odnosi, okolnosti pod kojima je ugovor zaključen i ostale odredbe istog potrošačkog ugovora ili drugog ugovora od kojeg potrošački ugovor zavisi.

Novi srpski okvirni zakon u oblasti zaštite potrošača takođe propisuje okolnosti koje sud mora da razmotri kada utvrđuje da li se određena ugovorna odredba kvalifikuje kao nepravilna (vid. čl. 46, st. 2 ZZP). Te okolnosti ovde su već pominjane kao *relativni (incidentni, uslovno relevantni)* kriterijumi ili merila nepravilnosti odredaba potrošačkih ugovora. Ispunjenost ovih kriterijuma zavisi od toga na koji način i u kom kontekstu je ugovorena neka odredba i ta ispunjenost ceni se prema okolnostima konkretnog slučaja. Srpskim zakonom propisano je da, procenjujući da li je neka odredba potrošačkog ugovora nepravilna, sud uzima u obzir (1) prirodu robe ili usluga na koje se ugovor odnosi, (2) okolnosti pod kojima je ugovor zaključen, (2) ostale odredbe istog potrošačkog ugovora ili drugog ugovora sa kojim je potrošački ugovor povezan, (4) način na koji je postignuta saglasnost o sadržini ugovora i (5) način na koji je, s obzirom na zahtev javnosti, potrošač obavešten o sadržini ugovora.

Katalog okolnosti koje je sud dužan da uzme u obzir prema čl. 46, st. 3 ZZP očigledno je proširen, odnosno tih okolnosti je više nego u čl. 4, st. 1 Direktive o nepravničnim ugovornim odredbama. Rešenju koje je predviđeno tom direktivom srpski zakonodavac dodao je način na koji su strane postigle saglasnost o sadržini ugovora, kao i način na koji se trgovac odgovorio svojim obavezama u pogledu zahteva javnosti (transparentnosti).

Mehnazam je sledeći. Sud je dužan da uzme u obzir sve napred pobrojane okolnosti kada ispituje da li postoji osnov za utvrđenje ništavosti neke odredbe potrošačkog ugovora, a to će reći dok proverava da li ta odredba za sobom povlači neku od sledećih posledica koja bi je činila nepravilnom: značajna nesrazmera uzajamnih ugovornih obaveza na štetu potrošača, odsustvo opravdanog razloga za to što izvršenje ugovora predstavlja naročito opterećenje za potrošača, značajno odstupanje izvršenja od potrošačevih osnovanih očekivanja, povreda zahteva javnosti, povreda načela savesnosti i poštenja.

Na kraju, prema odredbi čl. 45 ZZP sporne odredbe potrošačkog ugovora tumače se u korist potrošača. Na taj način zakonodavac potvrđuje pravilo o tumačenju nejasnih odredaba athezionih ugovora (pravilo *contra proferentem*) iz čl. 100 ZOO, samo sada u kontekstu zaštite potrošača i bez obzira na to da li je reč o ugovoru po pristupu ili o ugovoru sa sporazumno određenom sadržinom. Ovo pravilo tumačenja važi ne samo prilikom tumačenja odredbe potrošačkog ugovora čija se pravičnost preispituje, nego i prilikom tumačenja ostalih odredaba istog potrošačkog ugovora, kao i odredaba drugog ugovora sa kojim je potrošački ugovor povezan. I jedne i druge spadaju u relativne (incidentne) kriterijume nepravilnosti i sud ih mora uzeti u obzir kada ceni pravičnost sporne odredbe.

³⁵⁸ Vid. M. Karanikić Mirić, H.-W. Micklitz, N. Reich, 185-186.

³⁵⁹ To je u skladu sa praksom ESP. Vid. Case C-484/08 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* [2010] ECR I-(3.6.2010).

5. Rokovi u kojima se može zahtevati poništaj

Odredbom čl. 46, st. 1 ZZP nepravilne ugovorne odredbe su ništave. Srpski zakonodavac op-tirao je za apsolutnu ništavost kao građanskopravnu sankciju za ugovaranje nepravilnih odredaba sa potrošačem: nepravilne odredbe vode ništavosti, a ne rušljivosti potrošačkih ugovora. Međutim, ZZP propisuje samo posebne uslove ništavosti u potrošačkom kontekstu, a ne i njene posledice. Kada sud utvrdi da je neka odredba potrošačkog ugovora nepravilna i zbog toga ništava, efekti utvrđenja ništavosti uređeni su pravilima opšteg ugovornog prava, odnosno opštim pravilima ZOO o pravnim posledicama ništavosti.

Već je rečeno da se pravo na isticanje ništavosti ne gasi (čl. 110 ZOO). Drugim rečima, to pravo nije vezano za rok. Ovo važi ne samo za potrošača koji zahteva od suda da utvrdi ništavost potrošačkog ugovora ili neke njegove odredbe, već i za sam sud, kao i za svako lice koje može da zahteva poništaj. Pored toga što sud pazi na ništavost po službenoj dužnosti, na ništavost može da se pozove svako (pravno) zainteresovano lice, a njeno utvrđenje može da zahteva i javni tužilac (čl. 109 ZOO).

Pored ništavosti nepravilnih ugovornih odredaba i prava da se zahteva njeno utvrđenje koje se ne gasi, to jest koje nije vezano za rok, postoje druga pravna sredstva protiv nepravilnih odredaba potrošačkih ugovora, kao što je zabrana nepravilnih odredaba i objavljivanje takve zabrane u sredstvima javnog informisanja o trošku trgovca. Prema odredbi čl. 137, st. 1 ZZP potrošač čije je pravo ili interes povređen može da podnese zahtev za pokretanje postupka zabrane nepravilnih odredaba potrošačkog ugovora.³⁶⁰ U slučaju povrede kolektivnih interesa potrošača, isti zahtev za pokretanje postupka zabrane može da podnese i udruženje i savez, ako su prema odredbama čl. 129 ZZP ovlašćeni da zastupaju kolektivne interese potrošača (čl. 137, st. 2 ZZP).

Pre podnošenja zahteva za pokretanje postupka zabrane nepravilnih odredaba, podnosilac zahteva – što može da bude potrošač, odnosno udruženje ili savez ovlašćeni da štite kolektivne interese potrošača – dužan je da pozove drugu stranu da vansudskim putem reše spor (čl. 144, st. 1 ZZP). Na predlog podnosioca ovog zahteva sud može da donese privremenu meru kojom se nalaže trgovcu da obustavi ugovaranje nepravilnih odredaba sa potrošačima. Mera može da traje do odlučivanja po zahtevu.

U postupku zabrane nepravilnih odredaba potrošačkih ugovora sud može da oglasi ništavom odredbu za koju utvrdi da je po zakonom propisanim merilima nepravilna, da naloži trgovcu da bez odlaganja obustavi ugovaranje te odredbe sa potrošačima, kao i da mu naloži da u sredstvima javnog informisanja o svom trošku objavi da mu je odlukom nadležnog suda izrečena mera zabrane nepravilnih odredaba u potrošačkim ugovorima.

6. Nevažnost nepravilne odredbe potrošačkog ugovora odnosno pravilo da ona ne obavezuje potrošača

Direktiva o nepravilnim ugovornim odredbama obavezuje države članice da propišu da nepravilna odredba potrošačkog ugovora ne obavezuje potrošača, a da ugovor nastavlja da prozvo-di pravno dejstvo, ako može da opstane bez nepravilne odredbe (čl. 6, st. 1 Direktive). Prema shva-tanju Evropskog suda pravde neophodno je da se nacionalnim pravom propiše apsolutna ništavost nepravilnih odredaba potrošačkih ugovora. Rušljivost, odnosno relativna ništavost, kao civilna sank-

³⁶⁰ Pored zahteva za zabranu nepravilne odredbe potrošačkog ugovora, potrošač čije je pravo ili interes povređen može da podnese zahtev za pokretanje postupka zabrane nepoštenog poslovanja, kao i postupka za oduzimanje protivpravno stečene koristi.

cija za njihovo ugovaranje nije dovoljna da bi se smatralo da je država članica pravilno implementirala izloženo pravilo Direktive.³⁶¹

Prema opštim pravilima srpskog ugovornog prava ako je zaključenje nekog ugovora zabranjeno samo jednoj strani, ugovor proizvodi pravno dejstvo, pod uslovom da za takav slučaj nešto drugo nije predviđeno zakonom, a ugovornik koji je povredio zakonsku zabranu snosiće odgovarajuće posledice (čl. 103, st. 2 ZOO).

Ugovaranje odredaba koje se prema merilima ZKP kvalifikuju kao nepravilne po pravilu je takvo – zabranjeno samo jednoj strani, trgovcu. Samo ponekad njihovo ugovaranje zabranjeno je obema ugovornim stranama. Međutim, i kada se zabrana odnosi samo na jednog ugovornika, ugovor neće proizvoditi pravno dejstvo ako postoji posebna zakonska odredba (ne nužno odredba ZOO, već je moguće da to bude odredba nekog drugog zakona) kojom je propisana ništavost kao građanskopravna sankcija za oglašavanje o tu zabranu. Kada je reč o nepravilnim odredbama potrošačkih ugovora, takva posebna zakonska odredba nalazi se u čl. 46, st. 1 ZKP. I kada su zabranjene samo trgovcu, odnosno samo jednom ugovorniku, one ne proizvode pravno dejstvo zato što je to izričito zakonom propisano.

Nepravilne odredbe potrošačkih ugovora ništave su po čl. 46, st. 1 ZKP. Srpski zakonodavac opredelio se, dakle, za apsolutnu ništavost (a ne za rušljivost) kao civilnu posledicu ugovaranja nepravilnih odredaba u poslovanju sa potrošačima. Već je rečeno da su pravilima ZKP propisani samo specijalni uslovi pod kojima se ugovorna odredba u potrošačkom kontekstu kvalifikuje kao nepravilna i stoga ništava. ZKP čuti o daljim pravnim efektima toga. U slučaju da sud utvrdi da je određena odredba nepravilna i posledično ništava, nastupaju pravne posledice apsolutne ništavosti koje su uređene pravilima ZOO.

Potrošača ne obavezuje ugovorna odredba koja je *nepravilna* po merilima iz čl. 46 ZKP, kao ni ona koja *nije transparentna*, to jest ona koja nije u skladu sa zahtevom javnosti iz čl. 44 istog zakona. Pa ipak, ugovor koji sadrži takvu odredbu nije nužno ništav. On proizvodi pravno dejstvo, ako može da opstane bez nepravilne i posledično ništave odredbe (čl. 3, st. 3 ZKP i čl. 105, st. 1 ZOO). Ugovorna strana koja je kriva za zaključenje ništavog ugovora odgovorna je drugoj strani za štetu poteklu od ništavosti ugovora, ako ta druga strana nije znala, niti prema okolnostima morala da zna za postojanje uzroka ništavosti (čl. 108 ZOO). Ništav ugovor, pa tako ni jedna ništava ugovorna odredba, ne postaju punovažni ako zabrana ili neki drugi uzrok ništavosti naknadno nestanu (čl. 107, st. 1 ZOO).

Već je rečeno da nepravilne odredbe potrošačkih ugovora ne obavezuju potrošača. Pored toga, ako potrošački ugovor ne može da opstane bez nepravilne i posledično ništave odredbe, onda ni on neće proizvoditi pravno dejstvo, odnosno biće ništav kao celina. Potrošač ne može imati nikakvu obavezu iz ništave odredbe odnosno iz ništavog ugovora. Činjenica što iz ništavog ugovora ne mogu da nastanu obaveze za ugovornike ne znači da zaključenje takvog ugovora ne povlači za sobom nikakve pravne posledice. U slučaju da su strane delimično ili potpuno izvršile ono što je tim ugovorom bilo predviđeno, primenjuju se pravila iz čl. 104 ZOO. (1) Ako su u vreme zaključenja ništavog ugovora obe strane postupale savesno u pogledu razloga za njegovu ništavost, svaka od strana dužna je da drugoj vrati sve ono što je primila po osnovu ništavog ugovora. Ako to nije moguće odnosno ako se priroda onog što je ispunjeno protivi vraćanju, daje se odgovarajuća naknada u novcu prema cenama u vreme donošenja sudske odluke, ako zakon ne određuje nešto drugo. (2) Međutim, ako je strana koja zahteva vraćanje onoga što je dala po osnovu ništavog ugovora bila nesavesna u pogledu razloga ništavosti, sud može da odbije njen zahtev, u celosti ili delimično. (3) Pored toga, sud može da odluči da druga strana preda opštini na čijoj teritoriji ima sedište odnosno

³⁶¹ Upor. Joined Cases C–240/98 to C–244/98 *Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero* [2000] ECR I–04941; Case C–473/00 *Cofidis v. Fredout*, [2002] ECR I–10875; Case C–168/05 *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I–10421.

prebivalište ili boravište to što drži po osnovu zabranjenog ugovora. Kada treba da se odluči za jednu od ove tri opcije, sud je dužan da povede računa o savesnosti ugovornih strana, značaju ugroženog dobra ili interesa i o postojećim moralnim shvatanjima sredine.

7. Utvrđenje ništavosti po službenoj dužnosti

Već je rečeno da novi srpski okvirni zakon u oblasti zaštite potrošača propisuje posebne kriterijume za procenu pravičnosti odredaba potrošačkih ugovora, odnosno za utvrđivanje posledične ništavosti takvih odredaba. ZZP čuti o daljim pravnim efektima tog utvrđenja. Opšta pravila ugovornog prava uređuju pravne posledice ništavosti, konverziju, naknadni prestanak uzroka ništavosti, odgovornost lica koje je krivo za ništavost, pitanje ko može da istakne ništavost, za koje vreme i tako dalje (vid. čl. 103-110 ZOO).

Na ništavost sud pazi po službenoj dužnosti (čl. 109 ZOO). Sud nije samo ovlašćen nego i dužan da ceni da li su ispunjeni uslovi za utvrđenje ništavosti, odnosno da ispita da li je odredba potrošačkog ugovora nepravična, što bi je učinilo apsolutno ništavom. To podrazumeva da sud prvo utvrdi da li se odredbe ZZP primenjuju na određeni slučaj, a onda da oceni da li se konkretna ugovorna odredba kvalifikuje kao nepravična prema kriterijumima koji su propisani tim zakonom.³⁶² Pored toga, na ništavost može da se pozove svako (pravno) zainteresovano lice. Pravo da zahteva utvrđenje ništavosti ima i javni tužilac. Pravo na isticanje ništavosti se ne gasi (čl. 110 ZOO). Ono nije vezano za rok ni kada sud utvrđuje ništavost *ex officio*. Drugim rečima, ni pozivanje na ništavost pred sudom, niti obaveza suda da na ništavost pazi po službenoj dužnosti, nisu vezane za rok.

Addendum

	UCTD1	PCRD2	CRD3	PRCESL4	ZZP5
Sporazumno utvrđene odredbe potrošačkog ugovora	NE	NE	NE	NE	DA
Ugovori u privredi (B2B transakcije)	NE	NE	NE	DA	NE

1. Direktiva o nepravičnim odredbama potrošačkih ugovora [Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts].
2. Predlog Direktive o pravima potrošača [Proposal of 08/10/2008 for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, COM (2008) 614/3].
3. Direktiva o pravima potrošača [Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights].
4. Predlog Uredbe o zajedničkom evropskom pravu prodaje [Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law of 11.10.2011 (COM (2011) 635 final)].
5. Zakon o zaštiti potrošača, Službeni glasnik RS br. 73-10.

³⁶² To je u skladu sa praksom ESP. Upor. Joined Cases C-240/98 to C-244/98 *Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero* [2000] ECR I-04941; Case C-473/00 *Cofidis v. Fredout*, [2002] ECR I-10875; Case C-168/05 *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I-10421; Case C-137/08 *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v Ferenc Schneider*, OJ C 13 from 15.01.2011, p.2. Po poslednjoj odluci ESP koja je navedena u ovome nizu, nacionalni sud, odnosno sud države članice, mora po službenoj dužnosti da ispita da li se na određenu ugovornu odredbu primenjuju pravila Direktive o nepravičnim ugovornim odredbama, pa ako je odgovor potvrđen, onda taj isti sud mora, opet po službenoj dužnosti, da oceni da li je konkretna ugovorna odredba nepravična.

III. UPOREDNA ANALIZA

A. Pravna rasprava o uključenju regulacije nepoštenih ugovornih odredbi u opšte ugovorno pravo u okviru Građanskog zakonika/budućeg Građanskog zakonika/Zakona o obligacionim odnosima

Nada Dollani, Tirana

1. Pravna rasprava u Evropskoj uniji

Naskoriji razvoj u Evropskoj uniji predstavlja Prijedlog Uredbe o Zajedničkom evropskom pravu prodaje od 11.10.2011.³⁶³ Prema Prijedlogu Uredbe, EPP se primjenjuje kao opcionalni instrument, koji može biti ponuđen od strane trgovaca i odabran od druge strane, potrošača ili malih i srednjih preduzeća u prekograničnim transakcijama. Ipak, države članice EU su slobodne da odrede širu primjenu u pogledu personalnog područja primjene, npr. između trgovaca i bez uslova prekograničnog poslovanja.³⁶⁴ U pogledu stvarnog područja primjene ovaj instrument se primjenjuje na prodaju robe, snabdijevanje digitalnim sadržajem i pružanje povezanih usluga.³⁶⁵ Najvažniji razvoj u tom instrumentu za svrhu naše diskusije jeste da odredbe koje regulišu nepoštene ugovorne uslove u EPP (dio III/poglavlje 8., čl. 79.-86.), uključuju kako B2C tako i B2B ugovore, iako, čitajući značenje nepoštenosti, razlika se pravi između B2C i B2B u pogledu okolnosti koje se moraju uzeti u obzir prilikom ocjene da li je ugovorna odredba „nepoštena“.³⁶⁶

2. Pravna rasprava u državama učesnicama

U svim državama učesnicama, opšte odredbe ugovora regulisane su putem dva seta propisa, koji uvode razliku između B2C i drugih ugovora. Propisi sadržani u Građanskom zakoniku/Zakonu o obligacionim odnosima primjenjuju se na sve ugovorne strane, dok se regulacija nepoštenih ugovornih odredbi iz Zakona o zaštiti potrošača primjenjuje samo na B2C ugovore. Ipak, razmatranja politike od strane zakonodavca i napor da se pravno unaprijedi oblast nepoštenih odredbi u ugovornim odnosima nastavljeni su u gotovo svim državama učesnicama kako bi se eliminisale nedosljednosti, praznine i nedorečenosti stvorene putem prethodne implementacije *acquis communautaire*.

U Albaniji, ZZP je pretrpio skore izmjene. Izmjene koje se tiču nepoštenih ugovornih odredbi imaju za cilj da bolje zaštite potrošače i potpuno transponuju Direktivu 93/13. S jedne strane, da bi se postigao sistematičniji pravni sistem, u ZZP je uvedeno načelo „bolje zaštite“, s druge strane, zakonodavac je isključio osnovne ugovorne odredbe (*essentialia negotii*) iz sudske i upravne kontrole. Neke daljne izmjene sastoje se od jasnijeg propisa o načelu transparentnosti, kao i dodatka crnoj listi propisanoj u ZZP, koji se tiče izmjene uslova u kreditnim ugovorima, naročito metoda/načina

³⁶³ Prijedlog Uredbe Evropskog Parlamenta i Vijeća o Zajedničkom evropskom pravu prodaje COM(2011) 635 final, Brisel, 11.10.2011.

³⁶⁴ Čl. 13. Prijedloga Uredbe COM(2011) 635 final.

³⁶⁵ Čl. 4. Prijedloga Uredbe COM(2011) 635 final. Za kritičku perspektivu područja primjene vidi: W. Doralt "The Optional European Contract Law and why success or failure may depend on scope rather than substance" Max Planck Private Law Research Paper 11/9, http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1876451, last visited 5 January 2012.

³⁶⁶ Čl. 83. i 86. EPP.

računanja kamatne stope i njenih elemenata, koja se ne vrši bez prethodne saglasnosti potrošača.³⁶⁷ U međuvremenu, nije razmatrana mogućnost spajanja odredbi o nepoštenim uslovima u Građanskom zakoniku, iako Albanski Građanski zakonik sadrži neke elemente izvedene iz *acquis communautaire*.

U BiH, postupak odobrenja Nacrta Zakona o obligacionim odnosima (NZOO), koji je uključio nepoštene ugovorne odredbe i transponovao Direktivu 93/13 nije uspio u 2010., zbog nedostatka političkog konsenzusa. Bosanski zakonodavac pokazao je određenu volju da uključi nepoštene ugovorne odredbe u opšti Zakon o obligacionim odnosima, ukoliko uzmemo u razmatranje privremeni karakter propisa koji su regulisali nepoštene ugovorne odredbe u prethodnom ZPP 2002, ali takvi naponi nisu uspjeli biti završeni. Ovaj neuspjeh primorao je zakonodavca da izabere odvojen Zakon o zaštiti potrošača u 2006. Ipak, takav zakon ostavlja prostor za poboljšanje zbog svoje loše formulacije i nedosljednosti koje stvara kada se čita zajedno sa ZOO. Prema prijedlogu nauke, iako se bosanski zakonodavac u trenutnoj situaciji odlučio u korist usvajanja odvojenog potrošačkog zakona, zbog opšte relevantnosti nepoštenih odredbi u ugovornom pravu takve odredbe bi trebalo uvrstiti u Zakon o obligacionim odnosima ili napraviti daljne izmjene ZPP da bi dobio na značaju u praksi.

Hrvatski zakonodavac dok je birao da transponuje Direktivu 93/13 u odvojeni zakon, uveo je odgovarajuće izmjene u svom Zakonu o obligacionom pravu (čl. 295.-296.) u vrijeme usvajanja ZPP, da bi te odredbe usaglasio i postigao da se međusobno dopunjuju. Uprkos činjenici da postoje dva odvojena zakona koja regulišu opšte ugovorne odredbe i nepoštene odredbe, ne postoje neusaglašenosti između ZOO i ZPP.

U Makedoniji, zbog obaveza koje postavlja Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa EZ i njenim državama članicama, nepoštene ugovorne odredbe u B2C ugovorima regulisane su u ZPP iz 2004. godine, koji je prošao kroz nekoliko izmjena u 2007., 2008., i 2011., i sada propisuje potpunu harmonizaciju sa Direktivom 93/13. Ova situacija je također uticala na Zakon o obligacionim odnosima, koji je nakon inicijalnog usvajanja u 2001., značajno izmijenjen u 2008. kako bi osigurao bolju kompaktnost pravnih propisa. *Inter alia* izmjene su se sastojale u regulaciji opštih ugovornih odredbi i apsolutne ništavosti određenih propisa sa ciljem njihovog usklađivanja sa Direktivom 93/13. Pravna rasprava o poboljšanju građanskog prava u Makedoniji je nastavljena. Prema odluci vlade, osnovana je Komisija za izradu Građanskog zakonika. Dok se pripremne radnje Komisije nastavljaju, do sada je ocijenila da Zakon o obligacionim odnosima nudi primjerenu zaštitu strana od nepoštenih ugovornih uslova i da posebna potrošačka pitanja trebaju ostati u odvojenom zakonu, iako je prihvaćeno da razvoj na nivou EU, poput EPP, može imati uticaj na sastavljanje novog Građanskog zakonika.

U Crnoj Gori, iako je Zakon o obligacionim odnosima usvojen 2008. godine i transponovao određene odredbe potrošačkog *acquis*, on sadrži samo nekoliko propisa koji regulišu opšte ugovorne odredbe primjenjive na sve ugovorne strane, dok je Direktiva 93/13 transponovana u ZPP 2007. godine. Trenutno je učinjen daljni korak u harmonizaciji potrošačkog zakonodavstva usvajanjem novog Nacrta ZPP, koji je predmet komentara i rasprave od strane relevantnih pravnih tijela. Takav novi Nacrt ima za cilj potpunu harmonizaciju Direktive 93/13 i uklanjanje neusaglašenosti u trenutnoj pravnoj situaciji. Takav razvoj pokazuje da ne postoji suštinska rasprava da li nepoštene odredbe uključiti u Zakon o obligacionim odnosima.

U Srbiji, ZPP je usvojen na kraju 2010 godine, sa namjerom da impementira određeni broj Direktiva EU u oblasti potrošačkog prava, uključujući Direktivu 93/13, iako su neka druga potrošačka pitanja poput potrošačkog kredita regulisana posebnim zakonodavstvom. Prema srpskoj Komisiji za izradu Građanskog zakonika, uspostavljenom u 2006., građanska kodifikacija bi trebala ostati oslobođena od potrošačkih pitanja. Uzimajući u obzir da je ZPP poprilično nov zakon, ne postoji

³⁶⁷ Čl. 5. (2) izmijenjenog Zakona 10 444/2011, koji dodaje novu nepoštenu odredbu u listu propisanu čl. 27. (4) ZPP br. 9902/2008.

kontinuirana pravna rasprava u pogledu ideje da se nepoštene ugovorne odredbe uvrste u opšte ugovorno pravo. Čini se da je srpski zakonodavac slijedio francuski model usvajanja posebnog akta o potrošačkim pitanjima.

3. Glavna stajališta u pogledu nepoštenih odredbi

Prema jednoj doktrini nudi se argument zaštite slabije ugovorne strane. Argumentuje se da postoji nejednakost u moći pregovaranja između potrošača i trgovaca. Potrošač se nalazi u intelektualnoj i ekonomskoj inferiornosti; on/ona nema ono tehničko znanje i informacije koje ima trgovac. Da bi se postigla efikasna jednakost stranaka, neophodno je umiješati se u tržište regulacijom nepoštenih ugovornih odredbi. To je perspektiva Francuske koja je regulisala nepoštene odredbe u posebnom zakonu (*Code de la Consummation 1993*), gdje motiv za umiješanje leži u potrebi da se spriječi zloupotreba ovlasti na štetu ranjivije stranke, potrošača.³⁶⁸ Takvo mišljenje također je podržano od strane prakse Suda EU.³⁶⁹

Druga doktrina zasniva svoju argumentaciju na činjenici da standardne odredbe koje se često koriste u tržišnim transakcijama predstavljaju opasnost od uskraćivanja pregleda ugovornih odredbi od jedne strane, zbog čega je vanjska kontrola pravednosti nužna za spriječavanje tržišnih neuspjeha. Ovo mišljenje zastupa njemački BGB, čije odredbe se primjenjuju na standardne odredbe i uslove o kojima se nije pojedinačno pregovaralo uključujući B2B ugovore.³⁷⁰ Dalji dodatni argument da se podrži ovo mišljenje jeste da je kontrola standardnih odredbi, s jedne strane, neophodna da spriječi neuspjeh tržišta, koji bi u suprotnom nosio rizik da doživi kolaps, jer bi loše odredbe izgurale one dobre.³⁷¹ S druge strane, ugovorne strane su zaštićene od nepoštenog korištenja opštih ugovornih odredbi putem sudske kontrole takvih odredbi.

4. Uključenje nepoštenih odredbi u Građanski zakonik/Zakon o obligacionim odnosima?

U balkanskoj regiji prevladava briga da opšte ugovorno pravo bude slobodno od potrošačkih pitanja. Zašto se ovo mišljenje osporava?

Kao prvo, standardne/nepoštene odredbe nisu samo potrošačko pitanje, nego su relevantne za opšte ugovorno pravo i razmjenu dobara i usluga. Ugovor je najvažnije sredstvo za ostvarenje ekonomskih interesa učesnika u tržištu i standardne odredbe su njihov dio. Kao drugo, dva seta propisa ometaju sistemsku regulaciju i koherentnost privatnog prava. Kao treće, u praksi postoji rizik od nenadziranja i neprimjenjivanja nepoštenih odredbi od strane sudova, što je pokazalo i dosadašnje iskustvo u regionu. Dalji argumenti tiču se irelevantnog razlikovanja između B2B i B2C ugovora u pogledu nepoštenih odredbi. Generalno je prihvaćen stav o koristi i važnosti standardnih odredbi u ekonomiji masovne proizvodnje, jer smanjuju transakcijske troškove, štede vrijeme i novac. Posmatrano je jednako ponašanje potrošača i trgovaca na tržištu u pogledu takvih odredbi. Nijedan pravnik ili profesor prava, bez obzira na intelektualni kapacitet da ospori standardne odredbe ponuđene od trgovaca, to prilikom kupovine nikada neće činiti. Nijedan trgovac, bez obzira na veliku ekonomsku moć ne nadzire/osporava standardne odredbe svojih dobavljača ili poddobavljača, tako da nejed-

³⁶⁸ P. Nebbia, *Unfair Contract Terms in European Law*, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2007, 34.

³⁶⁹ M.W. Hesselink, "Unfair terms in Contracts Between Business" u R. Schulze/J. Stuyck eds, *Towards a European Contract Law*, Sellier, Munich 2011, 133.

³⁷⁰ P. Nebbia, (2007), 34.

³⁷¹ Vidi M.W. Hesselink, 136-137. Teorija neuspjeha tržišta u korist kontrole nepoštenih ugovornih odredbi je zasnovana na članku nagrađenom Nobelovom nagradom od G. A. Akerlof, "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journals of Economics*, 84(3)/1970, 488-500.

naka moć pregovaranja ili ekonomski ili intelektualni kapacitet nisu odgovarajući argument za pravljenje razlike između B2B i B2C ugovora. Kontrola nepoštenih odredbi je nužna da bi obeshrabrila njihovo korištenje na tržištu, koje može dovesti do neuspjeha na tržištu. Zbog toga se pretpostavlja da je korištenje standardnih odredbi u bliskoj vezi sa tržištem i da je njihova kontrola važna ne samo za zaštitu potrošača kao slabije strane. Dalje, iz socijalne perspektive, mala i srednja preduzeća nisu u boljoj poziciji nego potrošači. U pravnoj teoriji predloženo je da bi se za postizanje tržišne ekonomije prema trgovcima i potrošačima trebalo postupati na jednak način, i kontrola nepoštenih ugovornih odredbi treba se koristiti kao sredstvo za ostvarenje tog cilja (čl. 3. UEU).³⁷²

Konačno, odvojena regulacija potrošačkog i opšteg ugovornog prava spriječava stvaranje dosljednog pravnog sistema o ugovorima, prikladnog za tržišne odnose.³⁷³ Uniformna regulacija nepoštenih odredbi u okviru Građanskog zakonika/Zakona o obligacionim odnosima donijela bi više transparentnosti i sistematike u ugovorno pravo i time omogućila efikasniju zaštitu i izvršenje pruženih prava u praksi.

³⁷² *Ibid.*, 142.

³⁷³ Uvrštavanje pravila o potrošačkim ugovorima u opšti zakon o obligacijama, primjenjujući ih na sve potrošačke ugovore ili eventualno na sve druge ugovore, moglo bi prema Prof. *Josipović* pozitivno uticati na daljnu modernizaciju ugovornog prava. Vidi T. *Josipović*, „Das Konsumentenschutzgesetz – Beginn der Europäisierung des kroatischen Vertragsrechts“, u: S. Grundmann/M. Schauer (ed.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, 2006, str. 129, citiran u hrvatskom izvještaju.

B. Nepoštene odredbe u B2B ugovorima

Zlatan Meškić, Zenica

1. B2B ugovori kao zasebno pitanje

Prijedlog Uredbe o zajedničkom evropskom pravu prodaje (EPP)³⁷⁴ kao i Nacrt Zajedničkog referentnog okvira (NZRO)³⁷⁵ propisuju različitu kontrolu poštenosti u pogledu B2B i B2C ugovora. Ovaj novi razvoj u oblasti nepoštenih odredbi u privatnom pravu EU postavio je pitanje da li nacionalni zakoni država učesnica također prave razliku između nepoštenih odredbi u B2B i B2C ugovora, i da li bi takvo razlikovanje bilo opravdano.

Komparativna analiza će biti prezentovana na osnovu teorije da zaštita stranaka koje nisu priredile ugovorne uslove se uobičajeno pruža na tri nivoa: 1. postavljanjem uslova za obavezujuće dejstvo opštih ugovornih odredbi; 2. test poštenosti; i 3. putem *in dubio contra proferentem* propisa.³⁷⁶

2. Područje primjene propisa o opštim ugovornim odredbama u B2B ugovorima

Nakon raspada Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, novoformirane države zadržale su u određenom obliku postojeće propise bivšeg Jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima iz 1978³⁷⁷ (ZOO). Prije transpozicije Direktive o nepoštenim ugovornim odredbama u nacionalne zakone bivših Jugoslovenskih republika, nacionalni zakoni zadržali su odredbe čl. 142.-144. ZOO koji uređuju opšte ugovorne uslove. Ove odredbe se primjenjuju na sve vrste ugovornih odnosa (B2C, B2B, B2P i P2P) bez razlikovanja između njih. U BiH³⁷⁸ i Srbiji,³⁷⁹ bivši čl. 142. ZOO ostao je nepromijenjen, i primjenjuje se na opšte uslove „određene od strane jednog ugovarača“. U Hrvatskoj³⁸⁰ i Makedoniji³⁸¹, ova odredba je evoluirala i sada se primjenjuje na opšte uslove definisane kao „ugovorne uslove formulisane za veći broj ugovora koje jedna strana predlaže drugoj ugovornoj strani“. U Crnoj Gori kontrola se primjenjuje na „ugovore po pristupu (formularne ugovore) gdje jedna strana unaprijed određuje elemente i uslove ugovora preko jedne opšte i stalne ponude (opšti

³⁷⁴ Čl. 86. (1) Prijedloga Uredbe Evropskog Parlamenta i Vijeća o Zajedničkom evropskom pravu prodaje od 11. oktobra 2011., COM (2011) 635 final; Vidi M. Povlakić, „Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Savjeta o Zajedničkom evropskom pravu prodaje“ KOM (2011) 635 final od 11.10.2011., *Nova Pravna Revija* 2/2011, Sarajevo, 53.

³⁷⁵ Čl. II.-9:403-9:405 NZRO; Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Draft Common Frame of Reference-Outline Edition*, Munich 2009.

³⁷⁶ Z. Meškić/A. Brkić, „Zaštita potrošača od nepravdanih ugovornih odredbi-usklađivanje obligacionog prava BiH sa Direktivom 93/13/EEZ“, *Analni Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, Vol. 3, Mai 2010, 53.

³⁷⁷ *Sl.list SFRJ* br. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89, 57/89.

³⁷⁸ Od raspada Jugoslavije ZOO je sukcesijom ostao primjenjiv u dvije neznatno različite verzije u svakom entitetu BiH, ZOO Republike Srpske (*Sl. list Republike Srpske* br. 17/93, 57/98, 39/03, 74/04) i ZOO FBiH (*Sl. list Republike Bosne i Hercegovine* br. 2/29, 13/93, 13/94 i *Sl. list Federacije Bosne i Hercegovine* br. 29/03, 29/03) Odredbe relevantne za ovu analizu se ne razlikuju.

³⁷⁹ ZOO Republike Srbije, *Službeni list SFRJ* br. 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ* br. 31/93, 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99.

³⁸⁰ Čl. 295. (1) ZOO donesenog u 2005, *NN HR* 35/05, 41/08.

³⁸¹ Čl. 130. (1) ZOO, *Sl. list RM* br. 18/2001.

uslovi), a druga strana samo pristupa tako učinjenoj ponudi³⁸². Konačno, albanski Građanski zakonik (AGZ)³⁸³ slijedi drugačiju pravnu tradiciju nego bivše jugoslovenske republike, i pruža zaštitu u slučaju „opštih uslova ugovora pripremljenih od strane jedne ugovorne strane“³⁸⁴

Čl. 70. (1) EPP i čl. II.-9:103 (1) NZRO slijede koncept Direktive 93/13 i upućuju na „ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo“. Međutim, dodatno zahtijevaju da su ugovorne odredbe date od strane jedne ugovorne strane. U čl. 3. (2) Direktive 93/13, ovo je jedini mogući slučaj u okviru područja primjene.

3. Obavezujuće dejstvo opštih ugovornih odredbi u B2B ugovorima

Direktiva 93/13 ne reguliše pitanje pod kojim uslovima opšte ugovorne odredbe postaju obavezujuće za potrošača, pa su propisi o obavezujućem dejstvu opštih ugovornih odredbi ostali nepromijenjeni u nacionalnim zakonima o obligacijama bivših jugoslovenskih republika. Oni postavljaju tri uslova za obavezujuće dejstvo opštih ugovornih odredbi. Naime, opšte ugovorne odredbe 1. moraju biti sadržane u formularnom ugovoru ili se ugovor na njih pozivati; 2. moraju biti objavljeni na uobičajeni način; i 3. stranka koja ih nije formulisala mora ih poznavati ili je trebala biti upoznata sa njima u vrijeme zaključenja ugovora.³⁸⁵ AGZ samo zahtijeva posljednje navedeni uslov kostatujući u čl. 686. (1) AGZ da „opšte ugovorne odredbe (...) imaju dejstvo prema drugoj strani, ako je u vrijeme zaključenja ugovora posljednje navedena poznavala ili trebala poznavati te odredbe pokazujući urednu pažnju“. Čl. 70. EPP i II.-9:103 (1) NZRO djelomično odgovaraju oba pravna standarda, u bivšoj Jugoslaviji kao i u Albaniji, zahtijevajući da „je druga strana bila upoznata s njima (*ugovornim uslovima*), ili je strana koja ih je postavila preduzela razumne korake kako bi skrenula pozornost druge strane na njih“. Međutim, dok su uslovi u nacionalnim zakonima bivših jugoslovenskih republika postavljeni kumulativno, čl. 70. EPP i II.-9:103 (1) NZRO smatraju drugu stranu da je upoznata sa ugovornim odredbama, ako je njihov priređivač nekako skrenuo njegovu pozornost na njih. S jedne strane AGZ i ZOO bivših jugoslovenskih država su manji strogi, propisujući da je druga strana obavezana ugovornim uslovima „ako je trebao biti upoznat sa njihovim sadržajem“. S druge strane ZOO bivših jugoslovenskih republika dodatno zahtijeva da stranka koja postavlja opšte ugovorne uslove mora osigurati njihovu objavu prije zaključenja ugovora da bi pružila mogućnost drugoj strani da se sa njima upozna. Na taj način se pretpostavlja da su opšti ugovorni uslovi bili poznati strani koja je na njih pristala, ako su dati toj strani prije zaključenja ugovora ili ako su bili objavljeni na regulisani ili uobičajeni način.³⁸⁶ Konačno, ZOO bivših jugoslovenskih republika također određuje da se ugovor bar mora pozivati na ugovorne uslove. Prema čl. 70. (2) EPP samo upućivanje na ugovorne uslove zadovoljava, osim u slučaju B2C ugovora, dok II.-9:103 NZRO smatra da samo upućivanje u ugovoru nije dovoljno.

³⁸² Čl. 136. ZOO, *Sl.list RCG* br. 47/08.

³⁸³ Čl. 686. albanskog građanskog zakonika odobrenog zakonom br. 7850 od 29.7.1994., *Sl. list RAI* br. 11/94.

³⁸⁴ Moglo bi se strogim tumačenjem razumjeti kao da samo standardni ugovori (ugovori po pristupu) korišteni za masovnu produkciju, koji imaju namjeru da disciplinuju određene ugovorne odnose predstavljaju predmet ovih odredbi. Ovo je rezultat kombinovanog čitanja sa čl. 687 AGZ. Vidi G. Cian & A. Trabucchi, *Commentario Breve al Codice Civile*, CEDAM, 2010, čl. 1341, 1523.

³⁸⁵ Čl. 142. ZOO u Bi Hi Srbiji; Čl. 295. hrvatskog ZOO; čl. 130. makedonskog ZOO; čl. 137. crnogorskog ZOO.

³⁸⁶ S. Perović/D. Stojanović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima – knjiga prva*, Beograd 1980, 455; Ova pretpostavka je oboriva i teret dokazivanja leži na stranci koja tvrdi da joj opšti ugovorni uslovi nisu bil poznati; B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 584.

4. Test poštenosti

Test poštenosti ugovornih uslova u Hrvatskoj i Makedoniji je kombinacija odredbi čl. 3. (1) Direktive 93/13 i čl. 143. (1) jugoslovenskog ZOO. Prema njihovom ZOO ugovorni uslov je nepošten, ako suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje očiglednu neravnotežu u pravima i obavezama strana na štetu ugovorne strane sastavljača ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od nadležnog tijela.³⁸⁷ Opšta klauzula poštenosti iz jugoslovenskog ZOO još uvijek se primjenjuje u BiH, Crnoj Gori i Srbiji, i proglašava odredbe nepoštenim ako su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima, čak i ako su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od nadležnog organa.³⁸⁸ Čl. 682. (2) AGZ propisuje različitu kontrolu poštenosti, i smatra opšte odredbe nepoštenim, ako uzrokuju gubitak ili neproporcionalnu nepogodnost/štetu po interese ugovorne strane, naročito ako značajno odstupaju od načela jednakosti i nepristrasnosti propisanim u odredbama građanskog zakonika, koje regulišu ugovorne odnose. Naročito test poštenosti zasnovan na principu nepristrasnosti djeluje neuobičajen.

Čl. 86. (1) EPP i II.–9:406 NZRO donose u potpunosti nove razvoje u ovom pogledu, prvo propisujući odvojenu klauzulu poštenosti primjenjivu samo na B2B ugovore, i drugo uvodeći novi test poštenosti zasnovan na prirodi uslova, čije korištenje „grubo odstupa“ od dobrih poslovnih običaja, suprotno načelu savjesnosti i poštenja. Uvođenje nove opšte klauzule Direktive 93/13 u kombinaciji sa prethodnim opštim klauzulama jugoslovenskog ZOO, kako je već urađeno u Hrvatskoj i Makedoniji, već postavlja pitanje kako da se razlikuje nivo zaštite propisan ovim klauzulama, a i nivo zaštite propisan drugim opštim klauzulama nacionalnih propisa o obligacijama, poput čl. 103. ZOO koji sadrži opću odredbu o ništavosti ugovora koji su suprotni prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima ili zelenaških ugovora regulisanim u čl. 141. jugoslovenskog ZOO. Novo pitanje bi bilo da li „grubo odstupanje“ od dobrih poslovnih običaja, suprotno načelu savjesnosti i poštenja postavlja novi standard, i da li će nacionalni sudovi biti sposobni da prepoznaju takvu razliku.

Nacionalni zakoni država učesnica dodatno pokazuju određene specifičnosti. Npr. crna lista iz čl. 686. (3) AGZ je primjenjiva na B2B ugovore. Nadalje, NZOO BiH uveo je zaštitu u slučaju iznenađujućih klauzula iz njemačkog građanskog zakonika.³⁸⁹

5. *In dubio contra proferentem* pravilo

Nacionalni zakoni svih država učesnica sadrže pravilo prema kojem se nejasne odredbe u unaprijed formulisanim ugovorima tumače u korist strane koja ih nije formulisala.³⁹⁰ Međutim, *in dubio contra proferentem* pravilo sadržano u nacionalnim zakonima država učesnica ne razlikuje između B2B i B2C ugovora. Takvo razlikovanje je bespotrebno. Čl. 64. EPP koji propisuje tumačenje nejasnih odredbi u korist potrošača već je pokriveno čl. 65. EPP, koji sadrži pravilo *in dubio contra proferentem*.

³⁸⁷ Čl. 296. (1) hrvatskog ZOO i čl. 131. (1) makedonskog ZOO.

³⁸⁸ Čl. 143. (1) srpskog i bosanskih ZOO i čl. 138. (1) crnogorskog ZOO.

³⁸⁹ Čl. 186. Nacrta ZOO 2006; Vidi B. Morait/A. Bikić, *Objašnjenja uz Nacrt Zakona o obligacionim odnosima*, in Cooperation with GTZ, Sarajevo 2006.

³⁹⁰ Čl. 688. AGZ; čl. 100. ZOO Srbije i BiH; čl. 320. hrvatskog ZOO; čl. 98. crnogorskog ZOO.

C. Definicija nepoštenih ugovornih odredbi, lista, uloga sudova

Neda Zdraveva, Skopje

Direktiva 93/13/EEZ je postavila standard šta se smatra nepoštenom ugovornom odredbom. Odredba čl. 3(1) propisuje, na uopšten način, kriterije za ocjenu nepoštenog karaktera ugovornih odredbi, propisujući da „ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo smatraće se nepoštenom ako suprotno savjesnosti i poštenju na štetu potrošača prouzrokuje očiglednu neravnotežu u pravima i obavezama stranaka, proizašlih iz ugovora“. Na osnovu definicije zaključuje se da je nepoštena ugovorna odredba, odredba u potrošačkim ugovorima o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo i koja uzrokuje očiglednu neravnotežu u pravima i obavezama, pri čemu je neravnoteža suprotna načelu savjesnosti i poštenja i na štetu potrošača. Sud EU u svojoj praksi u vezi sa Direktivom 93/13/EEZ nije propisao nikakvo dalje tumačenje koje može služiti kao dodatak konceptu nepoštene odredbe.

Analiza zakonodavstva država učesnica pokazuje da je pravna definicija nepoštenih ugovornih odredbi propisana kako u opštem ugovornom pravu (Zakonu o obligacionim odnosima/Građanskom zakoniku) tako i u posebnom zakonodavstvu o zaštiti potrošača u državama učesnicama. Naime, u svim državama učesnicama Zakon o obligacionim odnosima/Građanski zakonik reguliše nepoštene ugovorne odredbe unutar područje primjene odredbi o apsolutnoj i relativnoj ništavosti o opštim (unaprijed formulisanim) ugovornim uslovima, dok Zakon o zaštiti potrošača propisuje posebnu definiciju u pogledu potrošačkih ugovora.

Opšte ugovorno pravo u svim državama učesnicama³⁹¹ propisuje definiciju iz koje se može vidjeti da se nepoštenim smatra ugovorna odredba u opštim ugovornim uslovima (unaprijed pripremljenom ugovoru) koja je 1) unaprijed pripremljena od jedne strane, što se može tumačiti kao da nije pojedinačno ugovorena), 2) suprotno načelima savjesnosti i poštenja³⁹² ili ravnopravnosti³⁹³, i 3) na štetu druge ugovorne strane.

Posebno zakonodavstvo o zaštiti potrošača u Albaniji, Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj, ake-doniji i Crnoj Gori pruža definiciju nepoštenih ugovornih uslova³⁹⁴, dok u Srbiji također pruža dodatne kriterije za ocjenu pravednosti ugovornih uslova³⁹⁵. Pregled zakonodavstva pokazuje da se osnovni kriteriji za ocjenu kakvi su propisani u Direktivi 93/13/EEZ mogu naći u definiciji svih država učesnica. Kriterij „o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo“ postoji sa manjim modifikacijama, kao u Bosni i Hercegovini gdje je doslovno korišten pojam „o kojoj se nije lično pregovaralo“, dok je u

³⁹¹ Čl. 686, § 2 Građanskog zakonika Albanije, Art. 143. Zakona o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine, Čl. 96. (1) Zakona o obligacionim odnosima Hrvatske, Čl. 131. (1) Zakona o obligacionim odnosima Makedonije, Čl. 138. (2), Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore, Čl. 138. Zakona o obligacionim odnosima Srbije.

³⁹² Zakona o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Makedonije i Srbije.

³⁹³ Građanski zakonik Albanije.

³⁹⁴ Čl. 27. (1) Zakona o zaštiti potrošača Albanije, Čl. 95. Zakona o zaštiti potrošača Bosne i Hercegovine, Čl. 96. (1) Zakona o zaštiti potrošača Hrvatske, Čl. 51. (1) Zakona o zaštiti potrošača Makedonije, Čl. 63. Zakona o zaštiti potrošača Crne Gore, Čl. 46. (2) Zakona o zaštiti potrošača Srbije.

³⁹⁵ Zakona o zaštiti potrošača Srbije u svom čl. 5. (1.24) definiše ugovornu odredbu a u čl. 46. (2) i (3) definiše prinudne kriterije i kriterije okolnosti za ocjenu nepravednosti.

Makedoniji i Srbiji primjena proširena i na pojedinačno ugovorene uslove. Dva kriterija „značajna nejednakost u pravima i obavezama„ i „na štetu potrošača“ postoji u svim državama učesnicama“. Treba napomenuti da srbijansko zakonodavstvo dalje proširuje kriterije nepoštenosti propisujući dva dodatna obavezna kriterija i uključujući kriterij okolnosti za ocjenu (ne)poštenosti.

Direktiva 93/13/EEZ (čl. 3(3) i 1. aneks propisuju indikativnu i otvorenu listu odredbi koje se mogu smatrati nepoštenim. Zakonodavstvo država učesnica razlikuje se u ovom pogledu. U nekim državama transponovana je kao „siva lista“ – u smislu indikativne liste šta bi se moglo smatrati nepoštenim. Zakonodavac u Albaniji, Bosni i Hercegovini i Makedoniji transponovao je listu kao „crnu listu“ – u smislu indikativne liste šta se uvijek smatra nepoštenim. U Srbiji, zakonodavac je izabrao pristup da uključi obe „sivu“ i „crnu“ listu ugovornih odredbi, koje se smatraju odnosno koje se mogu smatrati nepoštenim.

U svim državama sudovi su vezani, ali ne i ograničeni listom odredbi koje se smatraju ili mogu biti smatrane nepoštenim. Uzimajući u obzir činjenicu da je pravna posljedica postojanja nepoštenih ugovornih odredbi da je ona apsolutno ništava, sudovi djeluju *ex officio*. Sud će smatrati da je ugovorna odredba nepoštena ako je uvrštena u crnu listu ili će to pretpostaviti ako je u sivoj. Sud, međutim, neće biti vezan samo ovom listom; na osnovu opšte definicije može utvrditi ništavost ugovorne odredbe ukoliko spada pod opštu definiciju nepoštenog ugovornog uslova. Analiza prakse u državama učesnicama pokazuje da će sudovi radije primjenjivati opšte ugovorno pravo nego posebno potrošačko zakonodavstvo.

D. Ocjena nepravičnosti ugovornih odredaba i rokovi za utvrđenje nevaljanosti

Zvezdan Čadjenović, Podgorica

1. Ocjena nepravičnosti ugovornih odredaba

U svim zemljama učesnicama odgovor na ovo pitanje se može naći u nacionalnim odredbama koje preuzimaju centralno postavljenu član 4 stav 1 Direktive 93/13. U skladu sa ovim članom nepoštenost ugovorne odredbe cjeni se uzimajući u obzir prirodu robe ili usluge koja predstavlja predmet ugovora, kao i sve okolnosti koje su postojale prije i prilikom zaključenja ugovora, druge ugovorne odredbe, kao i drugi ugovor koji, u odnosu na ugovor koji se ocjenjuje, predstavlja glavni.

Većina zemalja učesnica je navedenu odredbu Direktive preuzela u njihovo potrošačko zakonodavstvo³⁹⁶, pri čemu se mogu oni koji su širi nego u Direktivi³⁹⁷ kao i oni koji očigledno mogu onemogućiti njenu efikasnu primjenu u praksi³⁹⁸. U slučaju Crne Gore, postojeći ZZP nema posebnu odredbu koja pružima navedeni član 4 stav 1 Direktive, međutim novi Nacrt ZZP je pripremljen na način da doslovce preuzima njegov rečnik.

Pored nacionalnih odredbi koje odgovaraju članu 4 stav 1 Direktive, u ocjeni nepoštenosti ugovorne odredbe nacionalni sudovi su takođe obavezani da poštuju opšta načela njihovog opšteg ugovornog prava. Među njima, ono koje se može naći u članu 3 stav 1 Direktive i koje je istovremeno zajedničko svim zemljama učesnicama je načelo savjesnosti i poštenja. Ono zahtjeva od ugovornih strana da uvijek uzmu u obzir interese druge strane u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih ugovornih odnosa.

Takođe, crna ili siva lista (zavisno od načina preuzimanja Priloga Direktive u zemljama učesnicama) je od značaja za nacionalne sudove kada ocjenjuju poštenost ugovorne odredbe. Prethodno naročito obzirom da su navedene liste namijenjene da imaju određeni indikativno dejstvo prilikom ocjene poštenosti ugovorne odredbe u B2C ugovorima³⁹⁹.

Konačno, obzirom da se zakonodavna tehnika u preuzimanju člana 4 stav 2 Direktive razlikuje među zemljama učesnicama, sa sudskog aspekta kao veoma važno prepoznato je upućivanje i na ovo pitanje.

³⁹⁶ Član 93 stav 2 ZZP Bosne i Hercegovine; član 97 ZZP Hrvatske; član 79 ZZP Makedonije; član 46 stav 2 ZZP Srbije.

³⁹⁷ Navedeno se može reći za ZZP Srbije obzirom da u skladu sa odredbom člana 46 stav 2 sudovi uzimaju u obzir sledeće kriterijume: (1) prirodu robe ili usluge na koje se ugovor odnosi, (2) okolnosti pod kojima je ugovor zaključen, (3) ostale odredbe istog potrošačkog ugovora ili drugog ugovora sa kojim je potrošački ugovor povezan, (4) način na koji je postignuta saglasnost o sadržini ugovora, kao i (5) način na koji je s obzirom na zahtjev javnosti potrošač obavješten o sadržini ugovora.

³⁹⁸ U slučaju Bosne i Hercegovine, ZZP član 93 stav 2 obzirom na pogrešan prevod umjesto riječi "okolnosti pod kojima je zaključen ugovor" predviđa "uzimajući u obzir i svih drugih učesnika u vezi sa zaključenjem ugovora".

³⁹⁹ ESP je pojasnio da je lista indikativnog i ilustrativnog karaktera (vidi presudu ESP od 7 maja 2002, u predmetu C-478/99 – Komisija Evropskih zajednica protiv Kraljevine Švedske [2002] Zbirka sudskih odluka str. I-04147, stav 22)

U skladu sa članom 4 stav 2 Direktive According to Art. 4 (2) of the Directive "Utvrđivanje nepoštenog karaktera ugovorne odredbe ne odnosi se na glavni predmet ugovora, niti se odnosi na srazmjernost ugovorene cijene ili naknade robe ili usluzi koja se za uzvrat duguje, ukoliko su odredbe napisane jednostavnim i razumljivim jezikom". U Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori i Srbiji član 4 stav 2 Direktive nije preuzet ni zakonima o zaštiti potrošača niti zakonima opšteg ugovornog prava koji imaju supsidijarnu primjenu⁴⁰⁰. Dok je u Hrvatskoj član 4 stav 2 Direktive preuzet i u ZZZP i ZOO⁴⁰¹, u Albaniji je to učinjeno sa ZZZP⁴⁰², a u Makedoniji sa ZOO⁴⁰³.

U tom smislu, u svim zemljama koje su preuzele član 4 stav 2 Direktive snažna kritika je upućena činjenici da određena objašnjenja data u preambuli ove direktive⁴⁰⁴ i Izvještaju o primjeni Direktive 93/13⁴⁰⁵ su zanemarena od strane nacionalnog zakonodavca, čime nije pružena pomoć sudovima u primjeni odgovarajućih nacionalnih odredbi. Naime, opšte mišljenje je, da je nacionalni zakonodavac samo uzeo objašnjenje iz uvodne izjave 19 u preambuli Direktive po kome "se predmet ugovora i odnos kvaliteta/cijene ipak mogu uzeti u obzir prilikom ocjene poštenosti karaktera drugih odredbi ugovora", sudovi bi imali jasnu situaciju da ove odredbe, doduše ne zasebno već u kombinaciji sa odgovarajućim drugim ugovornim odredbama mogu voditi ka nepoštenosti na štetu potrošača. Još važnije, takav pristup bi takođe bio u skladu sa presudom ESP u slučaju *Caja de Ahorros*,⁴⁰⁶

Sa druge strane, u Srbiji, nacionalni zakonodavac se namjerno odlučio da ne preuzme član 4 stav 2 Direktive u ZZZP sa ciljem da omogući sudovima da po službenoj dužnosti cijene poštenost, i posljedično pazi na ništavost, jednostranih promjena cijena, nametanju obaveze o rješavanju sporova pred arbitražom na način suprotan zakonu, nakanada za (ne)pružene usluge i dr. U Bosni i Hercegovini nedostatak izuzetaka datih u članu 4 stav 2 Direktive je opšte prihvaćen u domać pravnoj nauci⁴⁰⁷ kao korak ka boljoj zaštiti potrošača. Ovaj pristup je blizak onom u nekim državama članicama EU⁴⁰⁸ koje imaju isti ideju gdje nepreuzimanje člana 4 stav 2 treba da rezultira da su glavni predmet ugovora i srazmjernost cijene takođe predmet sudskog ispitivanja.

U Crnoj Gori konačna verzija novog Nacrta ZZZP čije se usvajanje očekuje do kraja jula 2012, uvodi odredbu koja odgovara rečniku uvodne izjave 19 u preambuli Direktive 93/13 i Izvještaju o

⁴⁰⁰ Ipak, članom 162 stav 3 BiH Nacrta ZOO je preuzet izuzetak iz člana 4 stav 2 Direktive koji propisuje da se član 162 ne primjenjuje na odredbe opštih uslova čiji je sadržaj uzet iz važećih odredbi ili koje su pojedinačno pregovarane, ako je druga strana imala uticaj na njihov sadržaj. Nadalje se ne primjenjuje na odredbe koje se odnose na predmet ugovora ili cijenu, ukoliko su te odredbe jasne, razumljive i lako uočljive.

⁴⁰¹ Član 99 ZZZP i član 296 stav 3 ZOO.

⁴⁰² U okviru izmjena učinjenih 2011 godine Zakona o zaštiti potrošača iz 2008 godine.

⁴⁰³ Član 131 stav 4.

⁴⁰⁴ Uvodna izjave 19 u preambuli Direktive 93/13 upućuje da: "...se za potebe ove direktive, ne ocjenjuje nepošteni karakter ugovornih odredaba koje se odnose na predmet ugovora ili na odnos kvaliteta/cijene kupljene robe ili pružene usluge; gdje se predmet ugovora i odnos kvaliteta/cijene ipak mogu uzeti u obzir prilikom ocjene poštenosti karaktera drugih odredbi ugovora;"

⁴⁰⁵ Izvještaj Komisije o primjeni Direktive Savjeta 93/13/EEZ od 5 aprila 1993 o nepoštenim ugovornim odredbama u potrošačkim ugovorima, Brisel, 27.04.2000, COM(2000) 248 finalno, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/uct03_en.pdf.

⁴⁰⁶ Presuda ESP od 3. juna 2010, slučaj C-484/08 – *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* [2010] Zbirka sudskih odluka 00000. ESP je utvrdio: "Član 4 stav 2 i član 8 Direktive 93/13/EEZ (...) se mora tumačiti da ne spriječava nacionalno zakonodavstvo, (...) koje ovlašćuje sudsku ocjenu nepoštenosti ugovorne odredbe koji se tiče glavnog predmeta ugovora ili srazmjernosti ugovorene cijene ili naknade, sa jedne strane, i robe ili usluge koja se za uzvrat duguje, sa druge strane, čak i u slučaju kada su odredbe napisane jednostavnim i razumljivim jezikom".

⁴⁰⁷ Za više vidi N. Misita, *Osnove prava zaštite potrošača Evropske zajednice*, Sarajevo 1997, 269; Z. Meškić, "Nepoštenost odredbi potrošačkih ugovora o kreditu sa promjenjivom kamatnom stopom-odluka Suda Evropske unije, 3. juni 2010., C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)", *Nova Pravna Revija* 1-2/2010, 42

⁴⁰⁸ Latvija, Luksemburg, Grčka, Švedska, Finska, Danska, itd. Za više vidi Hans Schulte-Nölke (ed.), *Consumer Law Compendium*, University of Bielefeld, str. 386 – 394.

njenoj primjeni. Prenoseći član 4 stav 2⁴⁰⁹ Nacrt ZPP sadrži izuzetak u istom članu⁴¹⁰ omogućavajući “ocjenu ugovornih odredbi koje se odnose na formiranje i promjenu cijena, kao i na način plaćanja”. Na ovaj način crnogorski zakonodavac se opredijelio za drugačiju zakonodavnu tehniku, koja pored toga što je od pomoći sudovima kada primjenjuju navedene odredbe ima za cilj i da ukloni osnove za bilo kakve probleme u tumačenju koji mogu kompromitovati buduću implementaciju ZPP, kao što bi mogao biti slučaj da se pristupilo jednostavnom nepreuzimanju člana 4 stav 2 Direktive⁴¹¹.

2. Rokovi za utvrđenje nevaljanosti

Direktiva 93/13 čuti po pitanju rokova za isticanje ništavosti ugovorne odredbe ili samog ugovora. U tom smislu jedina relevantna odredba je član 6 stav 1 Direktiva 93/13 koji propisuje da će države članice propisati da nepošteno odredbe u ugovoru koji je trgovac ili ponuđač zaključio sa potrošačem ne obavezuju potrošača, i da zaključeni ugovor i dalje obavezuje ugovorne strane, ako taj ugovor može da opstane bez nepoštenih odredbi.

Međutim, odgovarajuće odredbe zakona o zaštiti potrošača i zakona opšteg ugovornog prava zemalja učesnica ne propisuju rokove za isticanje ništavosti ugovorne odredbe ili samog ugovora. Takav pristup je u skladu sa presudom ESP u slučaju *Cofidis*⁴¹² u kome je sud utvrdio da Direktiva 93/13 isključuje nacionalne odredbe koje, u postupcima koje protiv potrošača pokrenu trgovac ili ponuđač na osnovu ugovora zaključenog među njima, zabranjuju nacionalnom sudu da, po isteku ograničenog roka, po službenoj dužnosti ili na osnovu zahtjeva potrošača, nađe da je odredba ugovora nepoštena. Stoga, u skladu sa članom 110 ZOO Bosne i Hercegovine pravo na isticanje ništavosti se ne gasi. Kao posljedica, ništavost nepošteno ugovorne odredbe ne može biti predmet zastare. Consequently, the nullity of an unfair term cannot be subject to the statute of limitation. Isto je uređenje u drugim zemljama: Hrvatska (Član 328 ZOO), Makedonija (Član 102 ZOO⁴¹³), Crna Gora (Član 108 ZOO) i Srbija (Član 110 ZOO). U slučaju Albanije zakon čuti o navedenom, ali u skladu sa opštim načelima, pod pretpostavkom da je ugovorna odredba ništava, iste nisu predmet zastare.

⁴⁰⁹ Član 105 stav 1 nacrtu ZPP.

⁴¹⁰ Član 105 stav 2 Nacrtu ZPP.

⁴¹¹ Primjer ovakvog slučaja je u Španiji koja nije preuzela pravilo člana 4 stav 2 Direktive. Navedeno čutanje je proizvelo probleme u tumačenju i primjeni, gdje je sudska praksa koristila različite pristupe i rezutirala kontradiktornim rješenjima (za više vidi Hans Schulte-Nölke (ed.), *Consumer Law Compendium*, University of Bielefeld, str. 157).

⁴¹² Presuda ESP od 21. Novembra 2002, Slučaj C-473/00 – *Cofidis v. Fredout*, [2002] Zbirka sudskih odluka str. I-10875. U njoj je ESP utvrdio da propisivanje roka za ovlaštenje suda da po službenoj dužnosti utvrdi da je određena ugovorna odredba nevažeća je suprotno ciljevima Direktive 93/13. ESP je takođe istakao da bi omogućavanje državama članicama da uvode takve rokove, koji bi se mogli razlikovati među njima, takođe bilo suprotno načelu ujednačene primjene prava Zajednice.

⁴¹³ Predmetni član predviđa da se pravo da se zahtjeva utvrđivanje apsolutne ništavosti ne gasi.

E. Pravne posljedice nepoštenosti ugovornih odredaba

Emilia Mišćenić, Rijeka

1. "Nevaljanost" ili "neobvezujuća narav" nepoštene odredbe

Kao što je već spomenuto, pravni sustavi svih šest država sudionica sadrže dva seta pravila koja uređuju nepoštene ugovorne odredbe. U skladu s time i uređenje pravnih posljedica nepoštenosti ugovornih odredaba je propisano u njihovim posebnim Zakonima o zaštiti potrošača, koji preuzimaju Direktivu 93/13 i njihovim zakonima koji uređuju obvezne odnose tj. Zakonima o obveznim odnosima i u Albaniji u Građanskom zakoniku u okviru odredaba o kontroli općih uvjeta ugovora i poslovanja i općih odredaba o ništetnosti primjenjivih na sve ugovorne odnose. Kada se radi o Direktivi 93/13, relevantna odredba se nalazi u čl. 6. st. 1., prema kojem, država mora propisati da nepoštene odredbe korištene u ugovoru zaključenom sa potrošačem od strane prodavatelja ili dobavljača neće biti obvezujuće za potrošača i da će ugovor nastaviti obvezivati strane odredbama ukoliko je moguće da opstane bez nepoštenih odredaba. Iako je način na koji je čl. 6. st. 1. formuliran otvorio pitanje ispravnog koncepta ništetnosti nepoštene odredbe, ustaljena je praksa ES-a u slučajevima *Océano*, *Cofidis* i *Mostaza Claro* sve do nedavnog *Pénzügyi Lizing*, potvrdila koncept apsolutne ništetnosti kao građanskopravne sankcije korištenja nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima.

U skladu sa Direktivom 93/13, zakonodavci svih šest država sudionica su propisali u njihovim ZZZP-ovima da je nepoštena ugovorna odredba ništetna (čl. 102. st. 1. hrvatskoga ZZZP-a, čl. 94. st. 1. bosanskoga ZZZP-a, čl. 66. st. 1. crnogorskog ZZZP-a, čl. 82. st. 1. makedonskog ZZZP-a, čl. 46. st. 1. srpskog ZZZP-a, čl. 28. albanskog ZZZP-a). Ipak, izričaj čl. 28. albanskog ZZZP-a se smatra dvosmislenim u albanskoj pravnoj teoriji i neodređen glede pitanja da li se radi o slučaju apsolutne ili relativne ništetnosti. Odgovarajuća se odredba može naći u odredbama zakona koji uređuju obvezne odnose država sudionica o ništetnosti pojedine odredbe općih uvjeta ugovora i poslovanja (čl. 296. st. 1. hrvatskoga ZOO-a, čl. 143. st. 1. bosanskoga ZOO-a, čl. 138. st. 1. crnogorskoga ZOO-a, čl. 131. st. 1. makedonskoga ZOO-a, čl. 296. st. 1. srpskoga ZOO-a, čl. 686. albanskoga Građanskog zakonika) u svezi sa općom odredbom o ništetnosti ugovora (čl. 322. st. 1. hrvatskoga ZOO-a, čl. 103. bosanskoga ZOO-a, čl. 101.-108. crnogorskoga ZOO-a, čl. 95. st. 1. makedonskoga ZOO-a, čl. 103. st. 1. srpskoga ZOO-a, čl. 92. albanskoga GZ-a).

Neke od država sudionica su od bivšeg jugoslavenskog Zakona o obveznim odnosima iz 1978. naslijedile odredbu prema kojoj sud može odbiti primjenu pojedinih odredaba: ili pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili drugih odredaba na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su nepravilne ili pretjerano stroge (čl. 143. st. 2. bosanskoga ZOO-a, čl. 138. st. 2. crnogorskoga ZOO-a, čl. 131. st. 2. makedonskoga ZOO-a, čl. 143. st. 2. srpskoga ZOO-a). Iako je upitno da li ovakva odredba određuje apsolutnu ili relativnu ništetnost, nacionalni izvjestitelji su se izjasnili više u korist apsolutne ništetnosti. Pravilo prema kojem ugovor nastavlja obvezivati strane ukoliko može opstati bez nepoštene i stoga neobvezujuće odredbe je utvrđeno u ZZZP-ovima većine država sudionica (čl. 102. st. 2. hrvatskoga

ZZP-a, čl. 66. st. 2. crnogorskog ZZP-a, čl. 82. st. 2. makedonskog ZZP-a, čl. 3. st. 3. srpskog ZZP-a, čl. 28. albanskog ZZP-a) i u svim ZOO-ima za sve vrste ugovora (čl. 324. st. 1. hrvatskoga ZOO-a, čl. 105. st. 1. bosanskoga ZOO-a, čl. 103. st. 1. crnogorskoga ZOO-a, čl. 97. st. 1. makedonskoga ZOO-a, čl. 105. st. 1. srpskoga ZOO-a, čl. 111. albanskoga GZ-a). No, potonje odredbe koje svoje porijeklo vuku iz jugoslavenskog Zakona o obveznim odnosima iz 1978. obično propisuju da ništetnost određene ugovorne odredbe neće povući ništetnost samoga ugovora, ukoliko ugovor može opstati bez te odredbe, osim ako je odredba bila uvjet ugovora ili odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor sklopljen. Kao i Direktiva 93/13, ni odredbe ZZP-ova niti općeg ugovornog prava ijedne od država sudionica ne sadrže odredbe o zamjenama, izmjenama ili prilagodbe nepoštenih odredaba ili o razdvajanju na valjan i ništetan dio. Ipak, svi ZOO-vi sadrže odredbe o zelenaškim ugovorima i o smanjenju iznosa ugovorne kazne, kada sud na zahtjev strane može smanjiti nepoštenu ugovornu obvezu strane ukoliko su ispunjeni neki od uvjeta usporedivi sa onima o nepoštenim ugovornim odredbama.

2. *Ex-officio* utvrđenje ugovorne odredbe nepoštenom

U većini država sudionica, posebni ZZP-ovi ne sadrže detaljne odredbe o ništetnosti (kao što su odredbe o određenim posljedicama ništetnosti, o isticanju ništetnosti, o roku za isticanje ništetnosti itd.), koje su uređene u općem ugovornom pravu kao *lex generalisu*. Prema ovim općim odredbama o ništetnosti sudovi država sudionica imaju obvezu paziti na ništetnost *ex officio* i svaka zainteresirana strana može isticati ništetnost, čak i državni odvjetnik (čl. 327. hrvatskoga ZOO-a, čl. 109.-110. bosanskoga ZOO-a, čl. 107. crnogorskoga ZOO-a, čl. 101. makedonskoga ZOO-a, čl. 109. srpskoga ZOO-a, čl. 92. albanskoga GZ-a). Štoviše, čl. 114. st. 4. crnogorskoga ZZP-a sadrži odredbu koja propisuje da ako sud utvrdi da je i neka druga unaprijed formulirana odredba ugovora koji je predmet spora nepoštena, utvrditi će je ništetnom *ex officio*. Pravo na isticanje ništetnosti se ne gasi i sud će utvrditi nepoštenu ugovornu odredbu ništetnom *ex tunc* (čl. 328. hrvatskoga ZOO-a, čl. 109.-110. bosanskoga ZOO-a, čl. 108. crnogorskoga ZOO-a, čl. 102. makedonskoga ZOO-a, čl. 110. srpskoga ZOO-a, čl. 92., 105. i 113. albanskoga GZ-a). Odredbe svih država sudionica koje uređuju obvezu nacionalnih sudova da paze na ništetnost ugovorne odredbe po službenoj dužnosti su u skladu sa relevantnim presudama ES-a, posebice potvrđeno u novijem predmetu *Pénzügyi Lízing* u kojem je Veliko vijeće ustanovilo: "Nacionalni sud mora ispitati po službenoj dužnosti da li odredba [...] spada u polje primjene Direktive 93/13 i, ako spada, ocijeniti po službenoj dužnosti da li je takva odredba nepoštena." No, kao što se može primijetiti u nacionalnim izvještajima, ovaj bi se zadatak mogao pokazati teškim za nacionalne sudove država sudionica, budući da ignoriraju posebno zakonodavstvo o zaštiti potrošača. Nadalje, sudovi država sudionica nerado utvrđuju odredbe u općim uvjetima ugovora i poslovanja ništetnima. Konačno, sudovi će morati tumačiti spomenute odredbe u skladu s Direktivom 93/13 izmijenjenom Direktivom 2011/83 i bogatom praksom ES-a koja tumači odredbe o nepoštenim ugovornim odredbama, što će za njih predstavljati zahtjevan zadatak.

ANEKSI I
NOVI RAZVOJ U OBLASTI GRAĐANSKOG
PRAVA U ZEMLJAMA JUGOISTOČNE EVROPE

RAZVOJ GRAĐANSKOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI

Apstrakt

Autor nastoji da kroz ovaj rad, u osnovnim crtama, ukaže na reformske procese i pravce razvoja zakonodavstva u Bosni i Hercegovini u oblasti građanskog prava. U razmatranju postavljenog problema nužno je voditi računa o ustavnom uređenje Bosne i Hercegovine, odnosno o raspodjeli zakonodavnih nadležnosti između države, entiteta i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Opšti dio građanskog prava nije niti u jednom od pomenutih zakonodavstava uređen na sveobuhvatan način, već se različita pitanja regulišu brojnim zakonima, pa se u tom smislu daje kratak pregled tih zakona i osvrt na predmete njihovog regulisanja. Temeljne reforme provedene su u oblasti stvarnog prava pod primjetnim uticajem zakonskih rješenja prihvaćenih u hrvatskom pravu, naročito u Republici Srpskoj i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine, dok je reforma stvarnog prava u Federaciji Bosne i Hercegovine ipak bila ograničenog domašaja. Pored toga, u posmatranim zakonodavstvima usvojen je značajan broj posebnih zakona kojima se uređuju različita pitanja iz oblasti stvarnopravnog zakonodavstva. U oblasti obligacionog prava nije došlo do usvajanja novog zakona kojim bi bio zamijenjen zakon naslijeđen iz prethodne države, iako je bilo više takvih pokušaja. Ipak, evidentno je da su u analiziranim pravnim sistemima doneseni brojni zakoni kojima se uređuju različita pitanja i odnosi iz šireg obima obligacionog prava, uključujući i zakone kojima se regulišu pojedini ugovori. Razvoj građanskog prava u Bosni i Hercegovini u posljednje dvije dekade obilježen je značajnim reformama, ali se postavlja pitanje da li su ostvareni ukupni, željeni, efekti, te da li su isti djelimično amortizovani fragmentiranošću građanskopravnog zakonodavstva, brojnošću zakonskih propisa iz ove oblasti i nerijetkim situacijama njihove horizontalne neusaglašenosti.

Ključne riječi: *građansko pravo, stvarno pravo, obligaciono pravo, pravni subjektivitet, stvarna prava, ugovori.*

I Uvod

Pravo, naročito pozitivnopravna rješenja odražavaju stanje u zakonodavstvu, ali i prilike u društvu u određenom vremenu. U odnosu na neka rješenja ostvaruje se pravnoistorijski kontinuitet, a neka su, zbog svojih slabosti, odavno odbačena, zamijenjena drukčijim. Tranzicija domaćeg društva i njegovo prilagođavanje evropskim pravnim vrijednostima izaziva značajne promjene u zakonodavstvu. Sljedstveno tome, sasvim je opravdano da se sačini i predstavi presjek stanja zakonodavstva u oblasti građanskog prava kako bi se stvorila osnova za razmatranje pravaca njegovog razvoja i obezbijedile pretpostavke za artikulisanje određenih ciljeva koji se žele postići.

Bosna i Hercegovina je složena država *sui generis* (sastoji se: od Republike Srpske – dalje: RS, Federacije Bosne i Hercegovine – dalje: FBiH i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine – dalje: BDBiH) i upravo iz toga razloga neophodno je prethodno ukazati na raspodjelu zakonodavnih nadležnosti između pojedinih nivoa vlasti. U skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine, te ustavima entiteta zakonodavna nadležnost u oblasti građanskog prava pripada RS i FBiH (čl. III st. 1 i 3 Ustava BiH, čl. 68 t. 6 Ustava RS, čl. III Ustava FBiH). Na teritoriji BDBiH primjenjuju se zakoni koje donosi Skupština Distrikta, odnosno oni entitetski zakoni koji se prema Nalogu supervizora¹ smatraju zakonima BDBiH, te zakoni Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine (dalje: SRBiH) i zakoni Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (dalje: SFRJ), ukoliko nisu odlukom ili zakonodavnim aktom BDBiH poništeni u cjelini ili djelimično (čl. 76 Statuta BDBiH i paragraf 39 Konačne odluke Arbitražnog tribunala, t. 2 Aneksa Konačne odluke Arbitražnog tribunala, st. 1–3 i st. 5 t. a) Naloga). Ipak, uprkos prilično jasnim, prevashodno ustavnim, normama nerijetko se dešava da zakonodavni organi različitih nivoa vlasti u BiH donose zakone koji se odnose na ista pitanja ili istu oblast odnosa i koji nisu uvijek i u potpunosti međusobno usaglašeni.

II - Opšti dio građanskog prava

Pravni sistem BiH (uključujući pravne sisteme svih nivoa vlasti), u smislu analize razvoja građanskog prava, naslanja se na pravnu tradiciju SRBiH i SFRJ, odnosno prve Jugoslavije u kojoj je na teritoriji BiH primjenjivan austrijski Opšti građanski zakonik iz 1811. godine (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* – ABGB). U tom smislu, može se konstatovati da je ABGB imao i ima veliki uticaj na ovdašnje građansko pravo, ali ne i u pogledu sistematike, jer je u ABGB-u, kao i u Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine (SGZ), primijenjena institucionalna podjela građanskog prava, dok se u pozitivnom građanskom pravu prihvata pandektni sistem.²

Budući da niti u jednom od zakonodavstava u BiH ne postoji građanska kodifikacija, te da je u okviru naslijeđenih pravnih vrijednosti prihvaćena pandektna sistematika pravila građanskog prava, u svakom od entitetskih zakonodavstava, odnosno u zakonodavstvu BDBiH oblast građanskog prava podrazumijeva postojanje i primjenu više zakona koji se odnose na opšti dio građanskog prava, odnosno kojima se uređuje materija stvarnog prava, obligacionog prava, porodičnog prava i nasljednog prava. Dakle, u zakonodavstvima u BiH ne postoji zakon kojim je na sveobuhvatan način uređena materija opšteg dijela građanskog prava, već su ova pravila sadržana u više zakonskih propisa, prevashodno u Zakonu o obligacionim odnosima – dalje: ZOO³ (načelo zabrane zloupotrebe

¹ Nalog supervizora kojim se ukidaju entitetski zakoni na području Brčko distrikta i proglašava prestanak pravnog značaja međuentitetske granice u Distriktu od 4. 8. 2006. godine (dalje: Nalog).

² Kakav je, primjerice, prihvaćen u Njemačkom građanskom zakoniku iz 1896. godine (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB).

³ Zakon o obligacionim odnosima RS (*Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89; *Službeni glasnik RS*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04), Zakon o obligacionim odnosima FBiH (*Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89; *Službene novine FBiH*, br. 2/92, 13/93, 13/94 i 29/03).

prava,⁴ ugovorna sposobnost lica,⁵ deliktna sposobnost lica,⁶ mane volje,⁷ uslov,⁸ rok,⁹ zastupanje,¹⁰ ništavost,¹¹ rušljivost,¹² itd.), zatim u zakonima kojima se uređuje stvarnopravna oblast – Zakon o stvarnim pravima¹³ (zabrana zloupotrebe prava,¹⁴ stvari – objekti stvarnih prava¹⁵), Zakon o vlasničko-pravnim odnosima¹⁶ (zabrana zloupotrebe prava)¹⁷, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima¹⁸ (zabrana zloupotrebe prava,¹⁹ stvari – objekti stvarnih prava²⁰), ali i u Porodičnom zakonu²¹ (sticanje poslovne sposobnosti)²². Ipak, nisu svi instituti opšteg dijela građanskog prava uređeni prethodno navedenim zakonima. Tako, za formu pravnih poslova, pored ostalih propisa, relevantni su: Zakon o notarima,²³ Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH,²⁴ Zakon o elektronskom potpisu,²⁵ Zakon o elektronskom poslovanju RS.²⁶

1. Pravni subjektivitet fizičkih lica

Svako fizičko lice jeste subjekt prava i ima pravnu sposobnost. Izuzetak od prethodnog pravila odnosi se na dijete koje je začeto u trenutku otvaranja nasljeđa i koje se smatra kao rođeno ako se rodi živo.²⁷ Smrću, odnosno proglašenjem nestalog lica za umrlo prestaje pravna sposobnost fizičkog lica. Sticanje, ograničenje i gubitak poslovne sposobnosti fizičkih lica uređuju se Porodičnim zakonom.²⁸ Sposobnost za zaključenje ugovora i deliktna sposobnost uređuju se odredbama ZOO-a.²⁹ Testamentarnu sposobnost imaju lica sposobna za rasuđivanje sa navršenih 15 godina u

⁴ Čl. 13 ZOO.

⁵ Čl. 54–59 ZOO.

⁶ Čl. 159–160 ZOO.

⁷ Čl. 60–66 ZOO.

⁸ Čl. 74–76 ZOO.

⁹ Čl. 77–78 ZOO.

¹⁰ Čl. 84–88 ZOO.

¹¹ Čl. 103–110 ZOO.

¹² Čl. 111–117 ZOO.

¹³ *Službeni glasnik RS*, br. 124/08, 58/09 i 95/11 – dalje: ZSP.

¹⁴ Čl. 4 ZSP.

¹⁵ Čl. 5 – 14 ZSP.

¹⁶ *Službene novine FBiH*, br. 6/98 i 29/03 – dalje: ZV FBiH.

¹⁷ Čl. 5 ZV FBiH.

¹⁸ *Službeni glasnik BDBiH*, br. 11/01, 8/03, 40/04 i 19/07 – dalje: ZV BDBiH.

¹⁹ Čl. 3 ZV BDBiH.

²⁰ Čl. 6 – 15 ZV BDBiH.

²¹ Porodični zakon RS (*Službeni glasnik RS*, br. 54/02 i 41/08 – dalje: PZ RS), Porodični zakon FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 35/05 i 41/05 – dalje: PZ FBiH), Porodični zakon BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 23/07 – dalje: PZ BDBiH).

²² Čl. 108 PZ RS, čl. 157 PZ FBiH, čl. 139 PZ BDBiH.

²³ Zakon o notarima RS (*Službeni glasnik RS*, br. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, Odluka Ustavnog suda RS br. U-60/06 od 5.07.2007), Zakon o notarima FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 45/02 i 13/09) i Zakon o notarima BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 9/03 i 17/06).

²⁴ *Službeni glasnik BiH*, br. 88/07.

²⁵ Zakon o elektronskom potpisu RS (*Službeni glasnik RS*, br. 59/08), Zakon o elektronskom potpisu BiH (*Službeni glasnik BiH*, br. 91/06), Zakon o elektronskom potpisu BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 39/10, 61/10 i 14/11).

²⁶ *Službeni glasnik RS*, br. 59/09.

²⁷ Čl. 148/2 Zakon o nasljeđivanju RS (*Službeni glasnik RS*, br. 1/09 – dalje: ZN RS), čl. 128/2 Zakon o nasljeđivanju SR BiH (*Službeni list SR BiH*, br. 7/80 i 15/80 – dalje: ZN SR BiH).

²⁸ Čl. 36, 108, 114, 203/2, 207/1, 209, 211, 213/1, 285 PZ RS; čl. 11, 57, 137, 157, 191/1, 192, 194, 196/1, 264 PZ FBiH; čl. 26, 53, 120, 122, 139, 171/1, 173, 177/1, 241 PZ BDBiH.

²⁹ Čl. 56, odnosno čl. 159 i 160 ZOO.

RS, odnosno 16 godina u FBiH i BDBiH.³⁰ Ugovor o radu može zaključiti fizičko lice sa navršениh 15 godina i koje ima opštu zdravstvenu sposobnost,³¹ uz saglasnost jednog od roditelja ili zakonskog zastupnika^{32,33} Entitetska zakonodavstva i zakonodavstvo BDBiH predviđaju slučajeve kada maloljetnici imaju specijalnu poslovnu sposobnost: ostvarivanje prava na slobodno roditeljstvo, ako je maloljetnik sposoban za rasuđivanje;³⁴ saglasnost maloljetnika starijeg od 10 godina u slučaju zasnivanja nepotpunog usvojenja;³⁵ sa navršениh 15 godina maloljetnik može samostalno dati pristanak na medicinski tretman/medicinsku mjeru pod određenim uslovima;³⁶ priznanje očinstva/materinstva sa navršениh 16 godina, ako je maloljetnik sposoban da shvati prirodu i značenje takve izjave;³⁷ saglasnost sa priznanjem očinstva/materinstva ako je maloljetnik stariji od 16 godina u RS, odnosno ako je stariji od 14 godina i sposoban je da shvati značenje izjave o priznanju u FBiH i BDBiH^{38, 39}

2. Pravni subjektivitet pravnih lica

Pravnu sposobnost imaju i pravna lica. Stiču je na različite načine (po pravilu, upisom u sudski registar), zavisno od karaktera pravnog lica (privredna društva, udruženja građana, zdravstvene ustanove, državne agencije, kulturne ustanove, sportske organizacije, itd.) i načina njegovog osnivanja (osnivačkim aktom – ugovorom ili odlukom, zakonom ili na osnovu odluke državnog organa). Poslovna sposobnost pravnih lica, u osnovi, vezuje se sa njihovu djelatnost, odnosno cilj osnivanja.

Pravna i poslovna sposobnost privrednih društava u RS i FBiH uređuju se Zakonom o privrednim društvima,⁴⁰ a u Distriktu Zakonom o preduzećima BDBiH.⁴¹ Privredno društvo stiče pravnu sposobnost upisom u sudski registar.⁴² Između ostalog, navedenim zakonima, uređuju se: osnivanje privrednih društava, upravljanje društvima, prava i obaveze osnivača, ortaka, članova i akcionara, povezivanje i reorganizacija (statusne promjene i promjene pravne forme privrednih društava) i likvidacija privrednih društava. Sposobnost za zaključenje ugovora normirana je

³⁰ Čl. 64/1 ZN RS, odnosno čl. 62/1 ZN SR BiH.

³¹ Čl. 15/1 Zakona o radu FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 43/99, 32/00, 29/03).

³² Čl. 14/1 Zakona o radu RS (*Službeni glasnik RS*, br. 55/07 – prečišćeni tekst), čl. 10/1 Zakona o radu BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 19/06, 19/07 i 25/08).

³³ U tom slučaju maloljetnik može upravljati i raspolagati prihodima i zaradom koje ostvari radom (čl. 84 st. 3 PZ RS, čl. 137/3 i čl. 15/1 Zakona o radu FBiH, čl. 120/3 i čl. 10/1 PZ BDBiH).

³⁴ Čl. 5/1 PZ RS.

³⁵ Čl. 145/2 PZ RS. U PZ FBiH i PZ BDBiH se pored uzrasta od 10 godina zahtijeva da je maloljetnik sposoban da shvati značenje usvojenja (čl. 103/2 PZ FBiH, čl. 87/2 PZ BDBiH).

³⁶ U zakonodavstvima RS i BDBiH, ako je riječ o zaraznim bolestima ili bolestima ovisnosti ili u slučaju sumnje (čl. 25/3 Zakona o zdravstvenoj zaštiti RS (*Službeni glasnik RS*, br. 106/09) i čl. 31/3 Zakona o zdravstvenoj zaštiti BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 38/11)); a u zakonodavstvu FBiH u svim slučajevima, osim kada su u pitanju: invazivne dijagnostičke i terapijske procedure, operativni zahvat i prekid trudnoće (čl. 22/5 Zakona o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata (*Službene novine FBiH*, br. 40/10)).

³⁷ Čl. 114 i 126 PZ RS, čl. 57 PZ FBiH, čl. 53 PZ BDBiH.

³⁸ Čl. 119/1 i 126 PZ RS, čl. 60/2 i 63/1 PZ FBiH, čl. 52/3 PZ BDBiH.

³⁹ Narodna skupština Republike Srpske usvojila je u oktobru 2011. godine Nacrt zakona o izmjenama i dopunama Pородičnog zakona RS kojim se, između ostalog, predviđa da će maloljetnici imati ograničenu poslovnu sposobnost sa navršениh 14 godina (čl. 5), što je slučaj u zakonodavstvima FBiH i BDBiH (čl. 157/5 i 188/2 PZ FBiH, čl. 139/5 i 169/2 PZ BDBiH).

⁴⁰ Zakon o privrednim društvima RS (*Službeni glasnik RS*, br. 127/08, 59/09 i 100/11 – dalje: ZPD RS), Zakon o privrednim društvima FBiH (*Službene novine Federacije BiH*, br. 23/99, 45/00, 2/02 i 29/03 – dalje: ZPD FBiH).

⁴¹ *Službeni glasnik BDBiH*, br. 11/01, 10/02, 14/02, 1/03, 4/04, 8/03, 19/07 i 34/07.

⁴² Čl. 8 ZPD RS, čl. 5 ZPD FBiH, čl. 4/1 Zakona o preduzećima BDBiH.

odredbama ZOO-a,⁴³ kao uostalom i deliktna sposobnost.⁴⁴ Za određena privredna društva, zbog njihove djelatnosti ili strukture kapitala, vrijede posebni propisi: Zakon o javnim preduzećima,⁴⁵ Zakon o bankama⁴⁶ i Zakon o mikrokreditnim organizacijama,⁴⁷ Zakon o pravnim licima koje osniva BDBiH.⁴⁸ Pored privrednih društava pravni subjektivitet imaju i udruženja građana i fondacije, kao i ustanove u različitim oblastima društvenog života i organizovanja. Osnivanje, registracija, unutrašnja organizacija i prestanak rada udruženja i fondacija uređuju se Zakonom o udruženjima i fondacijama.⁴⁹ Konačno, pravni subjektivitet imaju i poljoprivredne/zemljoradničke zadruge.⁵⁰

U oblastima obrazovanja, nauke, kulture, sporta i fizičke kulture, učeničkog i studentskog standarda, zdravstvene zaštite, društvene brige o djeci, socijalne zaštite, socijalnog osiguranja, zdravstvene zaštite životinja, zdravstvene zaštite biljaka, itd. osnivaju se odgovarajuće ustanove, organizacije ili savezi – koje imaju pravni subjektivitet. Na osnivanje, organizaciju, rad i druga pitanja od značaja za ustanove, organizacije ili službe u raznim oblastima društvenog djelovanja i organizovanja primjenjuju se: Zakon o sistemu javnih službi,⁵¹ Zakon o zdravstvenoj zaštiti,⁵² Zakon o sportu,⁵³ itd. Svojestvo pravnog lica imaju i republički organi uprave (ministarstva, republičke uprave), republičke upravne organizacije (agencije, zavodi, direkcije) i jedinice lokalne samouprave (gradovi i opštine), što je regulisano: Zakonom o republičkoj upravi RS⁵⁴ i Zakonom o lokalnoj samoupravi RS,⁵⁵ Zakonom o federalnim ministarstvima i drugim tijelima uprave,⁵⁶ Zakonom o principima lokalne samouprave u Federaciji BiH.⁵⁷ Na kraju, ne i najmanje važno, pravni subjektivitet imaju političke partije.⁵⁸

⁴³ Čl. 54 ZOO.

⁴⁴ Čl. 170 – 172 ZOO.

⁴⁵ Zakon o javnim preduzećima RS (*Službeni glasnik RS*, br. 75/04 i 78/11), Zakon o javnim preduzećima FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 8/05), Zakon o javnim preduzećima BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 15/06, 5/07, 19/07, 1/08 i 24/08; Nalog supervizora o izmjenama Zakona 1/08).

⁴⁶ Zakon o bankama RS (*Službeni glasnik RS*, br. 44/03 i 74/04), Zakon o bankama FBiH (*Službene novine FBiH*, broj 39/98, 32/00, 48/01, 27/02, 41/02, 58/02, 13/03, 19/03 i 28/03), Zakon o bankama BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 5/03 i 19/07).

⁴⁷ Zakon o mikrokreditnim organizacijama RS (*Službeni glasnik RS*, br. 64/06), Zakon o mikrokreditnim organizacijama FBiH (*Službene novine FBiH*, broj 20/00).

⁴⁸ *Službeni glasnik BDBiH*, br. 10/02, 19/07 i 2/08.

⁴⁹ Zakon o udruženjima i fondacijama RS (*Službeni glasnik RS*, br. 52/01 i 42/05), Zakon o udruženjima i fondacijama FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 45/02), Zakon o udruženjima i fondacijama BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 12/02 i 19/07), Zakon o udruženjima i fondacijama BiH (*Službeni glasnik BiH*, br. 32/01, 42/03, 63/08 i 76/11).

⁵⁰ Čl. 14/1 Opšteg zakona o zadrugama BiH (*Službeni glasnik BiH*, br. 18/03), čl. 11/1 Zakona o poljoprivrednim zadrugama RS (*Službeni glasnik RS*, br. 73/08, 116/09 i 78/11), čl. 2/1 Zakona o zemljoradničkim zadrugama BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 19/02, 19/07 i 2/08).

⁵¹ *Službeni glasnik RS*, br. 68/07.

⁵² Zakon o zdravstvenoj zaštiti RS, Zakon o zdravstvenoj zaštiti FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 46/10), Zakon o zdravstvenoj zaštiti BDBiH.

⁵³ Zakon o sportu u BiH (*Službeni glasnik BiH*, br. 27/08), Zakon o sportu RS (*Službeni glasnik RS*, br. 4/02, 66/03 i 73), Zakon o sportu u BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, 14/11).

⁵⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 118/08, 11/09 i 74/10.

⁵⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 101/04, 118/05.

⁵⁶ *Službene novine FBiH*, br. 19/03, 38/05, 2/06, 61/06.

⁵⁷ *Službene novine FBiH*, br. 49/06.

⁵⁸ Čl. 7/1 Zakona o političkim organizacijama RS (*Službeni glasnik RS*, br. 15/96 i 17/02), čl. 7/1 Zakona o političkim organizacijama BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 12/02, 19/07 i 2/08), čl. 7/1 Zakon o političkim organizacijama (*Službeni list SRBiH*, br. 27/91) koji se primjenjuje u FBiH.

3. Kodifikacija građanskog prava

Prema raspoloživim informacijama, u entitetima, odnosno u BDBiH, nije evidentiran stav zvaničnih i nadležnih institucija koji bi podrazumijevao ideju, projekat ili strategiju čiji je cilj ili integralni dio izrada građanskog zakonika. Ipak, za razliku od zvaničnih institucija, u naučnoj i stručnoj javnosti raspravljalo se potrebama i mogućnostima, odnosno prednostima i nedostacima izrade i primjene građanskopravnog kodeksa. Sljedstveno tome, naučna i stručna javnost pokazuju uglavnom afirmativan stav u odnosu na ovo pitanje i sugerišu da bi nakon provedenih zakonodavnih reformi i okončanja pravno-tranzicionog perioda ovdašnjeg društva trebalo pristupiti kodifikaciji građanskog prava uz harmonizaciju domaćih propisa s *acquis communautaireom*.

III – Stvarno pravo

Kao što je već naglašeno, Ustavom BiH je predviđeno da zakonodavna nadležnost u oblasti stvarnog prava pripada entitetima. Isto vrijedi i za BDBiH. Sljedstveno tome, entiteti i BDBiH donijeli su odgovarajuće zakone čime je okončana primjena Zakona o osnovnim svojinskopравnim odnosima.⁵⁹

1. Reforma stvarnog prava

Stvarnopravno zakonodavstvo u RS reformisano je donošenjem ZSP koji je stupio na snagu 1. 1. 2010. godine. Ovim zakonom kao opštim propisom za stvarnopravne odnose uređuje se sticanje, korišćenje, raspolaganje, zaštita i prestanak prava svojine (čl. 17–138) i drugih stvarnih prava: založnog prava (čl. 139–185), prava službenosti (čl. 186–263), realnih tereta (čl. 264–285), prava građenja (čl. 286–302); odnosno državine (čl. 303–323). Pravna pravila koja vrijede za pravo svojine shodno se primjenjuju na ostala stvarna prava, osim kada je posebnim propisom drukčije propisano ili to proizlazi iz njihove prirode.⁶⁰ ZSP-om se, između ostalog, utvrđuje jednovrsnost prava svojine bez obzira na titulara,⁶¹ uspostavlja novi koncept etažne svojine,⁶² te određenjem pojma nepokretnosti promovise načelo *superficies solo cedit*.⁶³ Novine u stvarnopravnom zakonodavstvu RS predstavljaju i pravo građenja,⁶⁴ odnosno uređenje realnih tereta.^{65,66}

U BDBiH primjenjuje se ZV BDBiH kojim se uređuje sticanje, sadržaj, zaštita i prestanak stvarnih prava: prava vlasništva (čl. 16–73 i čl. 91–112), prava građenja (čl. 74–90), pravo zaloge (čl. 125–137), pravo službenosti (čl. 138 – 166), realni tereti (čl. 167–185), te posjed (čl. 113–124). Ova kodifikacija stvarnog prava, koja ima gotovo iste karakteristike kao i istovrsna reforma provedena u RS, u stvari otkriva snažan uticaj hrvatskog, odnosno austrijskog stvarnopravnog zakonodavstva.

Reforma stvarnog prava izvršena je i u FBiH donošenjem ZV FBiH. Ipak, u ZV FBiH nisu regulisane stvari kao objekti stvarnih prava, niti su ovim zakonom obuhvaćeni neki stvarnopravni

⁵⁹ Službeni list SFRJ, br. 6/80 i 36/90 – dalje: ZOSPO.

⁶⁰ Čl. 1 ZSP.

⁶¹ Čl. 3/2 i 22/1 ZSP.

⁶² Čl. 80–107 ZSP.

⁶³ Čl. 14/1 ZSP.

⁶⁴ Čl. 286–302 ZSP.

⁶⁵ Čl. 264–285 ZSP.

⁶⁶ Tokom projekta reforme stvarnopravnog zakonodavstva u RS razgovaralo se o uvođenju još jednog instituta – zemljišnog duga, o čemu su mišljenja u naučnoj i stručnoj javnosti bila podijeljena. Uprkos stavu da bi zakonom trebalo obuhvatiti i zemljišni dug, pokazalo se da je zakonodavac bio bliži suprotnom stanovištu. Isti ishod, povodom istog instituta, bilježimo i u stvarnopravnom zakonodavstvu BDBiH.

instituti koji su svoje mjesto našli u ZSP (pravo građenja, lične službenosti, etažno vlasništvo, susjedska prava)⁶⁷. U ZV FBiH uređuju se uslovi i način sticanja, korišćenje zaštite i prestanak prava vlasništva (čl. 2–54) na stvarima (pokretnim i nepokretnim), stvarne služnosti (čl. 55–65), pravo zaloga (čl. 66–74), te posjed (čl. 75–86). U tom smislu, može se konstatovati da je reforma stvarnog prava u FBiH ipak ograničenog domašaja i da nisu postignuti svi očekivani rezultati.

2. Evidencija nepokretnosti i stvarnih prava na nepokretnostima

Kada je riječ zemljišnoknjižnom pravu, može se konstatovati da su na ovom polju uloženi veliki naponi u pravcu provođenja značajnih reformi u svim zakonodavstvima u BiH. Tako, u RS usvojen je Zakon o premjeru i katastru nepokretnosti (dalje: ZPKN)⁶⁸ kojim su van snage stavljeni Zakon o zemljišnim knjigama RS,⁶⁹ Zakon o premjeru i katastru nepokretnosti⁷⁰ i Zakon o održavanju premjera i katastra zemljišta.⁷¹ Ovim zakonom predviđeno je da se u katastar nepokretnosti, za koji je nadležna Republička uprava za geodetske i imovinskopravne poslove RS,⁷² upisuju: pravo svojine, založno pravo, stvarne službenosti, plodouživanje, realni tereti, pravo građenja, koncesije, pravo zakupa zaključeno na period ne kraći od pet godina i obligaciona prava koja se od trenutka upisa mogu suprotstaviti trećim licima.⁷³ U FBiH primjenjuje se Zakon o zemljišnim knjigama FBiH⁷⁴ kojim se uređuje vođenje, održavanje i uspostava zemljišnih knjiga, kao i upis nekretnina i prava na nekretninama u zemljišnim knjigama u FBiH. U BDBiH Zakonom o registru zemljišta i prava na zemljištima BDBiH⁷⁵ reguliše se sadržaj zemljišne knjige, knjižni upisi, postupak u zemljišnoknjižnim stvarima, katastarski premjer, katastarske teritorijalne jedinice, katastarsko klasiranje i bonitiranje zemljišta, održavanje premjera zemljišta, postupak uspostave, vođenja i održavanja Registra zemljišta i prava na zemljištima na području BDBiH, dok se Zakonom o upisu stvarnih prava na nekretninama u vlasništvu BDBiH⁷⁶ uređuje način upisa stvarnih prava na nekretninama koje su vlasništvo BDBiH.

3. Ostali propisi

Pored gorenavedenih propisa, u zakonodavstvima entiteta i zakonodavstvu BDBiH primjenjuju se i drugi propisi kojima se bliže uređuju određena pitanja iz oblasti stvarnog prava i koji, shodno tome, imaju obilježja posebnih zakona. Riječ je o zakonima kojima se uređuju: građevinsko zemljište i građenje (Zakon o građevinskom zemljištu RS,⁷⁷ Zakon o uređenju prostora i građenju RS,⁷⁸ Zakon o građevinskom zemljištu FBiH,⁷⁹ Zakon o građenju FBiH,⁸⁰ Zakon o prostornom planiranju

⁶⁷ Ipak, predviđeno je da će se do donošenja odgovarajućeg zakona, u pogledu susjedskih prava, ličnih službenosti i realnih tereta primjenjivati pravna pravila ABGB (čl. 94 ZV FBiH).

⁶⁸ *Službeni glasnik RS*, br. 6/12.

⁶⁹ *Službeni glasnik RS*, br. 67/03, 46/04, 109/05 i 119/08.

⁷⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 34/06, 110/08 i 15/10.

⁷¹ *Službeni glasnik RS*, br. 19/96 i 15/10.

⁷² Čl. 5 ZPKN.

⁷³ Čl. 62/2, 90 i 93/1 ZPKN.

⁷⁴ *Službene novine FBiH*, br. 19/03 i 54/04.

⁷⁵ *Službeni glasnik BDBiH*, br. 11/01, 1/03, 14/03, 19/07 i 2/08.

⁷⁶ *Službeni glasnik BDBiH*, br. 26/04.

⁷⁷ *Službeni glasnik RS*, br. 112/06, Odluka Ustavnog suda RS U – 16/08.

⁷⁸ *Službeni glasnik RS*, br. 55/10.

⁷⁹ *Službene novine FBiH*, br. 25/03 i 67/05.

⁸⁰ *Službene novine FBiH*, br. 55/02.

i građenju BDBiH,⁸¹ Zakon o legalizaciji bespravno izgrađenih građevina BDBiH⁸²); poljoprivredno zemljište (Zakon o poljoprivrednom zemljištu RS,⁸³ Zakon o poljoprivrednom zemljištu FBiH,⁸⁴ Zakon o poljoprivrednom zemljištu BDBiH⁸⁵); eksproprijacija (Zakon o eksproprijaciji RS,⁸⁶ Zakon o eksproprijaciji FBiH,⁸⁷ Zakon o eksproprijaciji nekretnina u BDBiH⁸⁸); pojedine stvari (Zakon o šumama RS,⁸⁹ Zakon o vodama RS,⁹⁰ Zakon o rudarstvu RS,⁹¹ Zakon o rudarstvu FBiH,⁹² Zakon o vodama FBiH,⁹³ Zakon o šumama FBiH,⁹⁴ Zakon o šumama BDBiH⁹⁵).

U okviru pravnog uređenja imovinskih odnosa između supružnika,⁹⁶ posebnim pravnim pravilima regulisana je njihova zajednička imovina (sticanje odnosno pravna kvalifikacija zajedničke imovine, upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom, te dioba zajedničke imovine)⁹⁷, odnosno bračna stečevina (sticanje bračne stečevine, upravljanje istom i podjela bračne stečevine)⁹⁸, odnosno bračna tekovina (sticanje bračne tekovine, upravljanje istom i podjela bračne tekovine)⁹⁹.

Regulacija državne/javne imovine, čini se, predstavlja prvorazredno političko, pa tek onda pravno pitanje.¹⁰⁰ Zabranu raspolaganja državnom imovinom nametnuo je 2005. godine visoki predstavnik u BiH (*Office of The High Representative – OHR*)¹⁰¹, a potom su vršene izmjene i dopune kojima je važenje privremene zabrane raspolaganja državnom imovinom produžavano sve dok posljednjom novelom nije predviđeno da će ista vrijediti do potvrđivanja prihvatljivog i održivog rješenja raspodjele državne imovine između države BiH i drugih nivoa vlasti od strane Upravnog odbora Savjeta za implementaciju mira u BiH (*Peace Implementation Council*). Od privremene zabrane raspolaganja državnom imovinom izuzeta je državna imovina koja je predmet Zakona o privatizaciji

⁸¹ Službeni glasnik BDBiH, br. 29/08.

⁸² Službeni glasnik BDBiH, br. 21/03, 3/04, 29/04 i 19/07.

⁸³ Službeni glasnik RS, br. 93/06, 86/07, 14/10.

⁸⁴ Službene novine FBiH, br. 52/09.

⁸⁵ Službeni glasnik BDBiH, br. 32/04, 20/06, 19/07 i Nalog supervizora – 10/07.

⁸⁶ Službeni glasnik RS, br. 112/06, 37/07 i 110/08.

⁸⁷ Službene novine FBiH, br. 70/07 i 36/10.

⁸⁸ Službeni glasnik BDBiH, br. 26/04, 19/07, 2/08 i 19/10.

⁸⁹ Službeni glasnik RS, br. 75/08.

⁹⁰ Službeni glasnik RS, br. 50/06 i 92/09.

⁹¹ Službeni glasnik RS, br. 10/95, 18/95, 10/98, 63/02, 69/02 i 86/03.

⁹² Službene novine FBiH, br. 26/10.

⁹³ Službene novine FBiH, br. 70/06.

⁹⁴ Službene novine FBiH, br. 20/02 i 29/03.

⁹⁵ Službeni glasnik BDBiH, br. 14/10.

⁹⁶ Odredbe koje se primjenjuju na imovinske odnose supružnika pod određenim uslovima vrijede i za imovinske odnose vanbračnih partnera. Imovina stečena radom vanbračnih partnera u vanbračnoj zajednici koja je trajala duže vremena smatra se njihovom zajedničkom imovinom, a za diobu iste vrijede pravila o diobi zajedničke imovine bračnih supružnika (čl. 284 PZ RS). Na imovinu koju su vanbračni partneri stekli radom u vanbračnoj zajednici koja je trajala najmanje tri godine ili u kojoj je rođeno zajedničko dijete primjenjuju se propisi o bračnoj stečevini, odnosno bračnoj tekovini (čl. 263 PZ FBiH, odnosno čl. 240 PZ BDBiH).

⁹⁷ Čl. 270–277 i 281 PZ RS.

⁹⁸ Čl. 251–253 i 255–257 PZ FBiH.

⁹⁹ Čl. 228–230 i 232–234 PZ BDBiH.

¹⁰⁰ Istina, u ZSP-u i ZV BDBiH posebno se govori o javnoj svojini odnosno o svojini lica javnog prava, ali samo u smislu njihove jednakosti sa ostalim vlasnicima, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno (čl. 22/1 ZSP, čl. 15/1 ZV BDBiH).

¹⁰¹ Zakon o privremenoj zabrani raspolaganja državnom imovinom BiH (*Službeni glasnik BiH*, br. 18/05, 29/06, 85/06, 32/07, 41/07, 74/07, 99/07 i 58/08), Zakon o privremenoj zabrani raspolaganja državnom imovinom RS (*Službeni glasnik RS*, br. 32/05, 32/06, 100/06, 44/07, 86/07, 113/07 i 64/08), Zakon o privremenoj zabrani raspolaganja državnom imovinom FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 20/05, 17/06, 62/06, 40/07, 70/07, 94/07 i 41/08).

državnog kapitala u preduzećima,¹⁰² Zakon o početnom bilansu stanja¹⁰³ i Zakona o privatizaciji stanova u državnom vlasništvu.¹⁰⁴ Zakonodavac u RS je donio Zakon o utvrđivanju i prenosu prava raspolaganja imovinom na jedinice lokalne samouprave¹⁰⁵ kojim je izvršio prenos određene imovine u državnoj svojini na jedinice lokalne samouprave, dok je s druge strane, postojala intencija da se pravno uredi status ostale državne imovine na teritoriji RS, pa je donesen Zakon o statusu državne imovine na teritoriji Republike Srpske, a koja je pod zabranom raspolaganja.¹⁰⁶ Narodna skupština RS je, uprkos gorenavedenoj odluci OHR-a, usvojila pomenuti zakon smatrajući da je u saglasnosti sa Ustavom BiH. OHR je nalogom od 5. 1. 2011. godine naložio obustavljanje primjene ovog zakona.

IV – Obligaciono pravo

Na osnovu čl. 12 Ustavnog zakona za provođenje Ustava RS,¹⁰⁷ u RS se sve do donošenja novih zakona koji su u saglasnosti sa Ustavom RS primjenjuju zakoni i ostali propisi primjenjivani u SRBiH ukoliko nisu u suprotnosti sa zakonima koje je donijela Narodna skupština RS. Na osnovu citiranog propisa, u RS je ZOO prihvaćen kao važeći zakon i isti je mijenjan i dopunjavan u nekoliko navrata, s tim da nije riječ o promjenama koje bi se mogle kvalifikovati kao reforma obligacionog prava. Isto tako, na temelju čl. IX t. 5 Ustava FBiH predviđeno je da se u FBiH primjenjuju svi propisi koji su u trenutku stupanja na snagu ovog akta važili ukoliko nisu u suprotnosti sa istim i važiće dok nadležni organi vlasti FBiH ne odluče drukčije. Prema tome, i u FBiH je nastavljena primjena ZOO-a uz izvjesne izmjene i dopune koje nisu većeg – reformskog značaja. U BDBiH primjenjuje se, takođe, ZOO, a na osnovu st. 5 Naloga kojim je propisano da se, za razliku od entitetskih zakona, ne obustavlja primjena onih propisa SRBiH i SFRJ koji su na dan donošenja ovog akta bili na pravnoj snazi na teritoriji BDBiH. Prema tome, reforma obligacionopravnog zakonodavstva nije se dogodila niti u BDBiH.

Polovinom 2003. godine okončan je rad na pripremi Nacrta zakona o obligacionim odnosima RS/FBiH na kojem je radila Radna grupa imenovana od strane Ministarstva pravde RS i Ministarstva pravde FBiH u saradnji sa GTZ-om, a kojom je predsjedavao prof. dr Helmut Risman (*Prof. Dr. Helmut Rübmann*). Ipak, nakon javne rasprave nadležni organi entitetskih vlasti odlučili su da Nacrt bude povučen iz zakonodavne procedure. Ista sudbina zadesila je i Prijedlog zakona o obligacionim odnosima koji je 2010. godine povučen iz zakonodavne procedure, ovaj put, u Parlamentarnoj skupštini BiH.¹⁰⁸

¹⁰² Okvirni zakon o privatizaciji preduzeća i banaka u BiH (*Službeni glasnik BiH*, br. 14/98 i 14/00), Zakon o privatizaciji državnog kapitala u preduzećima RS (*Službeni glasnik RS*, br. 51/06, 1/07, 53/07, 41/08 i 58/09), Zakon o privatizaciji preduzeća FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 27/97, 8/99, 20/00, 32/00, 45/00, 54/00, 61/01, 27/02, 33/02, 28/04, 44/04, 42/06 i 4/09), Zakon o privatizaciji preduzeća u BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 2/04, 19/07 i 2/08).

¹⁰³ Zakon o početnom bilansu stanja u postupku privatizacije državnog kapitala u preduzećima RS (*Službeni glasnik RS*, br. 24/98), Zakon o početnom bilansu stanja preduzeća i banaka FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 12/98 i 40/99).

¹⁰⁴ Zakon o privatizaciji stanova u državnom vlasništvu RS (*Službeni glasnik RS*, br. 11/00, 20/00, 18/01, 35/01, 65/01, 47/02, 65/03, 03/04, 17/04, 70/04, 2/05, 67/05, 118/05, 70/06, 38/07, 60/07, 72/07 – prečišćeni tekst, 59/08 i 58/09), Zakon o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 27/97, 11/98, 22/99, 27/99, 7/00, 32/01, 56/01, 61/01, 15/02, 54/04).

¹⁰⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 70/06.

¹⁰⁶ *Službeni glasnik RS*, br. 135/10.

¹⁰⁷ *Službeni glasnik Srpskog naroda u BiH*, br. 21/92.

¹⁰⁸ Za razliku od prethodne situacije, u ovom slučaj sporan je bio i ustavni osnov za donošenje ovog zakona od strane Parlamentarne skupštine BiH upravo iz razloga koji su prethodno navedeni u uvodnim izlaganjima.

1. Odnos ZOO-a i drugih zakona kojima se reguliše materija obligacionog prava

ZOO je za oblast obligacionopravnih odnosa opšti zakon – *lex generalis*. Nema sumnje da se na obligacionopravne odnose primjenjuju i drugi zakonski propisi kojima se uređuju pojedina pitanja kojima se predviđaju specijalna rješenja različita od onih u ZOO-u, odnosno posebna pravna pravila kojima se regulišu ona pitanja koja nisu obuhvaćena odredbama ZOO-a. U prednjim situacijama ima mjesta primjeni načela *lex specialis derogat legi generali*. Kako bismo dali jasniju sliku stanja zakonodavstava u Bosni i Hercegovini u nastavku teksta ukazujemo na zakone koji imaju odgovarajuće domašaje u polju obligacionog prava i u najkraćem iznosimo šta je predmet njihovog regulisanja.

Zaštita potrošača regulisana je Zakonom o zaštiti potrošača u BiH¹⁰⁹ kojim se, između ostalog, uređuju: prodaja proizvoda i pružanje usluga, garancija za proizvod ili uslugu, ugovori zaključeni izvan poslovnih prostorija, prodaja na osnovu ugovora na daljinu, nepravedne odredbe u potrošačkim ugovorima, itd. U RS je početkom 2012. godine stupio na snagu Zakon o zaštiti potrošača u RS¹¹⁰ kojim se, između ostalog, uređuju: osnovna prava potrošača pri kupovini robe i usluga, zaštita bezbjednosti života i zdravlja potrošača, obaveza obavljanja trgovačke djelatnosti na pošten način, prodaja proizvoda i pružanje usluga, deklarisanje proizvoda, odgovornost i garancija za proizvod ili uslugu, nepoštena poslovna praksa, itd. Međutim, zaštita potrošača, makar djelimično, predmet je i drugih zakonskih propisa. Tako, Zakonom o bankama¹¹¹ u sva tri zakonodavstva u BiH predviđena je zaštita prava i interesa korisnika bankarskih usluga i drugih usluga koje iz njih proizlaze. U tom smislu, naročita pažnja ovom pitanju posvećena je u posljednjoj noveli Zakona o bankama RS.¹¹²

U oblasti osiguranja primjenjuje se više entitetskih zakonskih propisa:

Zakon o društvima za osiguranje¹¹³ i Zakon o društvima za osiguranje u privatnom osiguranju¹¹⁴ (kojima se reguliše osnivanje, poslovanje, nadzor i prestanak rada društava za osiguranje, zaštita osiguranika, vrste osiguranja); Zakon o posredovanju u osiguranju,¹¹⁵ Zakon o posredovanju u privatnom osiguranju¹¹⁶ (kojima se uređuje posredovanje u osiguranju, uslovi za obavljanje i vrste ovih poslova – zastupništvo i brokerski poslovi u osiguranju, te nadzor nad obavljanjem poslova posredovanja u osiguranju), Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti,¹¹⁷ Zakon o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostale odredbe o obaveznom osiguranju od odgovornosti¹¹⁸ (čiji predmet regulisanja je osiguranje od odgovornosti za motorna vozila, kao i ostala obavezna osiguranja od odgovornosti).

U posljednjih nekoliko godina u entitetskim zakonodavstvima uređen je i lizing,¹¹⁹ i to: poslovi lizinga (finansijskog i operativnog), uslovi za osnivanje, poslovanje i prestanak rada davaoca lizinga, prava i obaveze subjekata lizinga, prestanak ugovora o lizingu, registracija svojinskih prava nad predmetom lizinga, izvještavanje, revizija i nadzor nad poslovanjem davaoca lizinga.

¹⁰⁹ Službeni glasnik BiH, br. 25/06.

¹¹⁰ Službeni glasnik RS, br. 6/12.

¹¹¹ Zakon o bankama RS (Službeni glasnik RS, br. 44/03, 74/04 i 116/11), Zakon o bankama FBiH (Službene novine FBiH, br. 39/98, 32/00, 48/01, 27/02, 41/02, 58/02, 13/03, 19/03 i 28/03) i Zakon bankama BDBiH (Službeni glasnik BDBiH, br. 5/03 i 19/07).

¹¹² Čl. 98a–98dž Zakona o bankama RS.

¹¹³ Službeni glasnik RS, br. 17/05, 1/06, 64/06 i 74/10 – dalje: ZDO.

¹¹⁴ Službene novine FBiH, br. 24/05 i 36/10 – dalje: ZDOPO.

¹¹⁵ Službeni glasnik RS, br. 17/05, 1/06, 106/09 – dalje: ZPO.

¹¹⁶ Službene novine FBiH, br. 22/05 – dalje: ZPPO.

¹¹⁷ Službeni glasnik RS, br. 102/09 – prečišćeni tekst – dalje: Zakon o obaveznom osiguranju RS.

¹¹⁸ Službene novine FBiH, br. 22/05 – dalje: Zakon o obaveznom osiguranju FBiH.

¹¹⁹ Zakon o lizingu RS (Službeni glasnik RS, br. 70/07 – dalje: ZL RS), Zakon o leasingu FBiH (Službene novine FBiH, br. 85/08 – ZL FBiH).

Pored navedenih zakona, a u smislu regulacije materije iz šireg obima obligacionog prava, primjenjuju se i sljedeći propisi: Zakon o koncesijama,¹²⁰ Zakon o ugovorima o prevozu u željezničkom saobraćaju Republike Srpske,¹²¹ Zakon o uslovima i načinu izmirenja obaveza po osnovu računa stare devizne štednje emisijom obveznica u Republici Srpskoj,¹²² Zakonu o ostvarivanju prava na naknadu materijalne i nematerijalne štete nastale u periodu ratnih dejstava od 20. maja 1992. do 19. juna 1996. godine,¹²³ Zakon o izmirenju obaveza po osnovu računa stare devizne štednje BiH,¹²⁴ Zakon o izmirenju obaveza po osnovu računa stare devizne štednje emisijom obveznica u BDBiH.¹²⁵

2. Primjena opštih uzansi i regulacija opštih i posebnih rokova plaćanja

Prije stupanja na snagu ZOO-a Opšte uzanse za promet robom¹²⁶ i posebne uzanse (u građenju, turizmu, ugostiteljstvu) imale su karakter formalnog izvora građanskog prava. Ovi trgovački običaji primjenjivali su se uvijek, osim kada je sporazumom ugovarača njihova primjena bila izričito isključena. Stupanjem na snagu ZOO nije eliminisana mogućnost uređenja obligacionopravnih odnosa primjenom uzansi, ali je pristup ovom pitanju bitno promijenjen. Zakonodavac je ukinuo pretpostavku da su kontrahtenti pristali na primjenu uzansi.¹²⁷ Opšte i posebne uzanse za promet robom primjenjuju se ako su strane u obligacionom odnosu ugovorile njihovu primjenu ili ako iz okolnosti proizlazi da su to htjele.¹²⁸ Drugim riječima, uzanse se mogu primjenjivati u odnosu i na ona pitanja koja su uređena ZOO-om, čak i kada su rješenja sadržana u njima u koliziji sa dispozitivnim propisima ZOO, ali samo kada su to ugovorne strane izričito dogovorile.¹²⁹

Učesnici u obligacionom odnosu slobodni su odrediti rok ispunjenja obaveze. Ukoliko rok nije određen, a svrha posla, priroda obaveze i ostale okolnosti ne zahtijevaju izvjestan rok za ispunjenje, povjerilac može odmah zahtijevati ispunjenje obaveze, a dužnik sa svoje strane može zahtijevati od povjerioca da odmah primi ispunjenje.¹³⁰ Određivanje roka ispunjenja može biti prepušteno jednoj od strana, a druga strana može zahtijevati od suda da odredi primjeren rok, ako ovlašćenik ne odredi rok ni poslije opomene.¹³¹ Ukoliko se radi o izmirenju obaveze plaćanjem preko banke kod koje se vodi račun povjerioca, smatraće se da je plaćanje izvršeno – dug izmiren kada banci kod koje se vodi račun stigne novčana doznaka u korist povjerioca ili nalog dužnikove banke da odobri računu povjerioca iznos označen u nalogu.¹³² Plaćanjem dugovanog iznosa pošti, kada je tako ugovorom predviđeno, smatra se da je dužnik izvršio svoju obavezu prema povjeriocu uplatom dugovanog iznosa. Kada potonji način plaćanja nije ugovoren, dug je izmiren kada povjerilac primi novčanu doznaku.¹³³ Ako je, pak, posebnim propisom ili ugovorom predviđeno da će se plaćanje

¹²⁰ Zakon o koncesijama BiH (*Službeni glasnik BiH*, br. 32/02 i 56/04), Zakon o koncesijama RS (*Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 25/02, 91/06, 92/09), Zakon o koncesijama FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 40/02; čl. 29–30), Zakon o koncesijama BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 41/06 i 19/07).

¹²¹ *Službeni glasnik RS*, br. 50/10.

¹²² *Službeni glasnik RS*, br. 1/08.

¹²³ *Službeni glasnik RS*, br. 103/05, 1/09, 49/09 i 118/09.

¹²⁴ *Službeni glasnik BiH*, br. 28/06, 76/06 i 72/07.

¹²⁵ *Službeni glasnik BDBiH*, br. 16/09 i 19/10.

¹²⁶ *Službeni list FNRJ*, br. 15/54.

¹²⁷ Čl. 1107/1.

¹²⁸ Čl. 21/2.

¹²⁹ Čl. 1107/2 i 3.

¹³⁰ Čl. 314 ZOO.

¹³¹ Čl. 317 ZOO.

¹³² Čl. 318/1 ZOO.

¹³³ Čl. 318/2 ZOO.

izvršiti čekovnom karticom na određeni račun, pretpostavlja se da je isplata izvršena onda kada dužnik uplati dugovani iznos čekovnom uplatnicom u korist označenog računa.¹³⁴

3. *Pojedini ugovori kao predmet Zakona o trgovini?*

ZOO-om je predviđeno da se odredbe ovog zakona koje se odnose na ugovore imaju primijeniti na sve vrste ugovora, osim kada je za ugovore u privredi izričito drukčije određeno.¹³⁵ Zakonodavac ugovorima u privredi smatra ugovore koje preduzeća i druga pravna lica koja obavljaju privrednu djelatnost, kao i imaoci radnji i lica koja u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku privrednu djelatnost, zaključuju među sobom u obavljanju djelatnosti koje sačinjavaju predmete njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima.¹³⁶ U domaćoj pravnoj teoriji postoji široka saglasnost da ne treba odstupati od načela jedinstva pravila obligacionog prava, odnosno da regulativa ugovora treba ostati integralni dio ZOO-a, a u perspektivi dio građanskog zakonika. Odredbama ZOO-a, *Dio II* uređeni su građanskopravni ugovori, odnosno privredni ugovori, ugovori iz oblasti turističkog poslovanja, ugovori iz oblasti osiguranja i bakarski poslovi (prodaja, razmjena, prodajni nalog, zajam, zakup, ugovor o djelu, ugovor o građenju, ugovor o prevozu, ugovor o licenci, ostava, uskladištenje, nalog, komisijon, trgovinsko zastupanje, posredovanje, špedicija, organizovanje putovanja, posrednički ugovor o putovanju, ugovor o alotmanu, osiguranje, zaloga, jemstvo, asignacija, bankarski novčani depozit, ugovor o deponovanju hartija od vrijednosti, ugovor o bankarskom tekućem računu, ugovor o sefu, kredit, akreditiv, bankarska garancija, ugovor o poravnanju).

Drugim riječima, nema intencija ni u zakonodavnoj, niti u pravnoteorijskoj ravni da se neki od imenovanih ugovora "izmijeste" u neki poseban zakon i na specijalan način pravno urede, pa uključujući i zakon kojim se uređuje trgovina. Naime, Zakonom o trgovini¹³⁷ uređuju se: uslovi za obavljanje trgovine i oblici trgovine, uslovi za obavljanje trgovinskih usluga, način obrazovanja cijena, trgovačka evidencija, narušavanje konkurencije, zabrana ograničavanja tržišta, privremene mjere ograničenja tržišta, nadzor, kaznene odredbe, kao i druga pitanja od značaja za obavljanje trgovine. Imajući u vidu koncept ZOO-a i vrijednosti domaće pravne tradicije, može se konstatovati da nisu prisutne ideje da se neki od ugovora izdvoje iz ZOO-a i da se isti posebno regulišu Zakonom o trgovini.

4. *Ugovori regulisani posebnim zakonima*

Primjena ZOO-a ne isključuje mogućnost da neki ugovor ili njegovi pojedini elementi budu uređeni specijalnim pravnim pravilima – zakonima koji u odnosu na ta pitanja imaju karakter *lex specialis*. Tu, ipak, treba praviti razliku između ugovora koji su regulisani ZOO-om i istovremeno nekim posebnim zakonom i onih ugovora koji nisu uređeni ZOO-om, ali su predmet *lex specialis* zakona. U nastavku teksta biće ukazano na regulativu pojedinih ugovora, s obzirom na njihov značaj i učestalost u pravnom prometu.

Izmjenama i dopunama Zakona o bankama RS iz 2011. godine zakonodavac je u namjeri da obezbijedi kvalitetnu i efikasnu zaštitu prava i interesa korisnika usluga koje banka nudi, između ostalog, propisao i obavezne elemente ugovora o kreditu, novčanom depozitu, ulogu na štednju,

¹³⁴ Čl. 318/3 ZOO.

¹³⁵ Čl. 25/1 ZOO.

¹³⁶ Čl. 25/2 ZOO.

¹³⁷ Zakon o trgovini RS (*Službeni glasnik RS*, br. 6/07 i 52/11), Zakon o trgovini FBiH (*Službene novine FBiH*, br. 64/04 i 12/05), Zakon o trgovini BDBiH (*Službeni glasnik BDBiH*, br. 40/04 i 19/07).

otvaranju i vođenju računa i dozvoljenom prekoračenju (vrsta usluge, uslovi korišćenja usluge, period na koji se usluga ugovara, visina nominalne kamatne stope, efektivna kamatna stopa, metod obračuna kamatne stope, stopa zatezne kamate, itd.)¹³⁸, odnosno postupak zaključenja ugovora i dodatne obavezne elemente isključivo za ugovor o kreditu (aktivnosti koje prethode zaključenju ugovora o kreditu; saglasnosti korisnika, jemca i trećeg lica koje obezbeđuje ispunjenje obaveze korisnika; odnos ugovora o davanju jemstva, ugovora o jemstvu i ugovora o kreditu, odustajanje od ugovora o kreditu, prijevremeno vraćanje kredita, itd.)¹³⁹. Dakle, iako su ugovor o novčanom depozitu i ugovor o bankarskom tekućem računu uređeni odredbama ZOO, zakonodavac se odvažio da iste, pored ugovora o kreditu i ugovora o ulogu na štednju, reguliše specijalnim pravnim pravilima sadržanima u Zakonu o bankama RS. Budući da je pomenuti propis statusne prirode – zakon kojim se uređuje osnivanje, rad, kontrola i prestanak rada banaka, te kontrolne i regulatorne nadležnosti Agencije za bankarstvo Republike Srpske, smatramo da je ovim, ostavljajući po strani nesavršenost brojnih pojedinačnih rešenja, izvršen neprihvatljiv upliv u materiju obligacionopravnog zakonodavstva.

Ugovor o lizingu u RS je regulisan ZL RS, odnosno u FBiH ZL FBiH. Ovim zakonima propisuju se vrste lizinga (operativni i finansijski), forma ugovora o lizingu, obavezni elementi sadržaja ugovora o lizingu, prava i obaveze subjekata lizinga, prestanak ugovora o lizingu.¹⁴⁰ Izričito je predviđeno da se na sva pitanja koja nisu uređena ovim zakonima, a tiču se prava i obaveza kontrahenata iz ugovora o lizingu, imaju primijeniti odredbe ZOO-a (naročito one koje vrijede za zakup, odnosno prodaju sa obročnim otplatama cijene)¹⁴¹.

Ugovor o osiguranju, u odnosu na određena pitanja, bliže je uređen odredbama: ZDO¹⁴² i ZDOPO¹⁴³ – u pogledu zaštite osiguranika, Zakona o obaveznom osiguranju RS¹⁴⁴ i Zakona o obaveznom osiguranju FBiH¹⁴⁵ – u odnosu na pitanja kvalitativnog i kvantitativnog obima pokrića kod osiguranja od odgovornosti, izmirenje odštetnih zahtjeva, pravo regresa od osiguranika, ostala obavezna osiguranja od građanskopravne odgovornosti).

Ugovor o javno-privatnom partnerstvu u RS posebno je uređen Zakonom o javno-privatnom partnerstvu RS,¹⁴⁶ u BDBiH Zakonom o javno-privatnom partnerstvu BDBiH,¹⁴⁷ dok je ova materija u FBiH uređena odgovarajućim zakonima kantona. Ovim zakonima, naročito Zakonom o javno-privatnom partnerstvu RS u kojem je ugovoru o javno-privatnom partnerstvu posvećena nešto veća pažnja, predviđaju se različiti oblici ugovornog modela javno-privatnog partnerstva (koncesija i privatna finansijska inicijativa), odnosno uređuju se: sadržaj ugovora o javno-privatnom partnerstvu, zaštita javnog partnera, zaštita privatnog partnera, saglasnost za zaključenje ugovora, utvrđivanje raspodjele osnovnih rizika.

Ugovor o koncesiji (zaključenje ugovora o koncesiji, trajanje, sadržaj, raskid i prestanak ugovora o koncesiji, prenos koncesije) predmet je regulisanja u Zakonu o koncesijama.¹⁴⁸

¹³⁸ Čl. 98z Zakona o bankama RS.

¹³⁹ Čl. 98l - 98s Zakona o bankama RS.

¹⁴⁰ Čl. 24–51 ZL RS, čl. 35–57 ZL FBiH.

¹⁴¹ Čl. 8 ZL RS, čl. 52 ZL FBiH.

¹⁴² Čl. 23 i 24 ZDO.

¹⁴³ Čl. 23 i 24 ZDOPO.

¹⁴⁴ Čl. 7–12 i 29 Zakona o obaveznom osiguranju RS.

¹⁴⁵ Čl. 8–13 i 22 Zakona o obaveznom osiguranju FBiH.

¹⁴⁶ *Službeni glasnik RS*, br. 59/09 i 63/11; čl. 10, 13–19.

¹⁴⁷ *Službeni glasnik BDBiH*, br. 7/10; čl. 14.

¹⁴⁸ Čl. 26–27 Zakona o koncesijama BiH, čl. 28–30 Zakona o koncesijama RS, čl. 29–30 Zakona o koncesijama FBiH, čl. 16 - 21 Zakona o koncesijama BDBiH.

Zakonom o autorskom i srodnim pravima,¹⁴⁹ u okviru posebnog dijela autorskog ugovornog prava, posebno su regulisani: izdavački ugovor,¹⁵⁰ ugovor o izvođenju,¹⁵¹ ugovor o stvaranju djela po narudžbi.¹⁵²

Na koncu, ne i najmanje važno, napominjemo da regulativa finansijskog tržišta (Zakon o tržištu hartija od vrijednosti¹⁵³ i Zakon o tržištu vrijednosnih papira¹⁵⁴), takođe, podrazumijeva posebno uređenje više ugovora koji se zaključuju u ovoj oblasti poslovanja: ugovor o upravljanju portfeljom hartija od vrijednosti,¹⁵⁵ ugovor o obavljanju kastodi poslova,¹⁵⁶ ugovor kojim se regulišu prava i obaveze u obavljanju djelatnosti berzanskog posrednika.¹⁵⁷

V - Zaključak

Složena ustavno-pravna struktura BiH i njena različita shvatanja često uzrokuju pitanja raspodjele zakonodavnih nadležnosti između države, entiteta i BDBiH, a nerijetko dovode do ocjene ustavnosti donesenih zakona. Ovakva pravno-politička praksa ima značajne implikacije i na građansko pravo.

Opšti dio građanskog prava niti u jednom od zakonodavstava u BiH nije uređen na sveobuhvatan način, već se različita pitanja regulišu brojnim zakonima. S druge strane, temeljne reforme provedene su u oblasti stvarnog prava, naročito u RS i BDBiH, pod primjetnim uticajem zakonskih rješenja prihvaćenih u hrvatskom, odnosno austrijskom pravu. Međutim, uprkos provedenim reformama, stvarnopravna zakonodavstva su u značajnoj mjeri fragmentirana i obiluju brojnim propisima. U oblasti obligacionog prava nije došlo do značajnijih promjena – do usvajanja novog zakona kojim bi bili uređeni obligacioni odnosi i kojim bi bio zamijenjen zakon naslijeđen iz prethodne države, iako je bilo više takvih pokušaja na različitim nivoima vlasti. Međutim, u analiziranim pravnim sistemima doneseni su brojni zakoni kojima se uređuju različita pitanja i odnosi iz šireg obima obligacionog prava, uključujući zakone kojima se na poseban način uređuju pojedini ugovori.

Uvažavajući značaj izvršenih reformi i ne umanjujući njihovu vrijednost, fragmentiranost građanskopravnog zakonodavstva, brojnost i različitost zakonskih propisa iz ove oblasti i odsustvo njihove potpune horizontalne usaglašenosti predstavljaju neke od razloga koji upućuju na zaključak da bi bilo korisno da se ozbiljno preispitaju mogućnosti, potrebe i cjelishodnost kodifikacije građanskog prava.

¹⁴⁹ *Službeni glasnik BiH*, br. 63/10 – dalje: ZAP.

¹⁵⁰ Čl. 85–94 ZAP.

¹⁵¹ Čl. 95–97 ZAP.

¹⁵² Čl. 98–99 ZAP.

¹⁵³ *Službeni glasnik RS*, br. 92/06 i 34/09 – dalje: ZTHV.

¹⁵⁴ *Službene novine FBiH*, br. 85/08 – dalje: ZTVP.

¹⁵⁵ Čl. 127 ZTHV, čl. 115–118 ZTVP.

¹⁵⁶ Čl. 128–133 ZHTV, čl. 123–126 ZTVP.

¹⁵⁷ Čl. 111–126 ZTHV, čl. 83–87 i 108–114 ZTVP.

IZRADA GRAĐANSKOG ZAKONA

I. Opći građanski zakon(ik)

Kako vaše zakonodavstvo regulira pitanja koja su dio oblasti općeg građanskog prava, prema sistemu pandektnog prava? Da li postoje neki zakonski akti *lex specialis* u vezi s gore pomenutim pitanjem, i ukoliko postoje, navedite te zakone, kao i šta je predmet koji reguliraju. (Pitanje se odnosi na zemlje bez građanskog zakonika) Ukoliko je usvojen građanski zakonik u vašoj zemlji, ili je u procesu donošenja, molimo vas da u ga predstavite u kratkim crtama, u smislu općeg građanskog prava.

Recepcija petodijelne pandektno sistematizacije pravila građanskoga prava primijenjene u njemačkom Građanskom zakoniku (*Bürgerliches Gesetzbuch*)¹ iz 1896. g. i strukture Općeg dijela² toga zakona, u hrvatskoj pravnoj teoriji rezultirala je strukturom općeg dijela građanskoga prava prema kojoj u opći dio građanskoga prava ulaze pravila koja čine normativni okvir uređenja: a) pojma i načela građanskoga prava, b) izvora građanskoga prava, c) građanskopravnog odnosa, d) subjekata građanskopravnog odnosa, e) građanskog prava u subjektivnom smislu, f) objekta građanskopravnog odnosa, g) pravnih poslova te h) stjecanja i gubitka prava.³ Kraj činjenice da Republika Hrvatska nema građanski zakonik i da se predmetna pravila nalaze u više propisa, na najširoj je razini moguće kazati da su ta pravila pretežito sadržana u Zakonu o obveznim odnosima.⁴

No, odmah valja naglasiti da Opći dio ZOO-a nije komplementaran općem dijelu građanskog prava u pravcu koji bi dopustio zaključak da su pravila općeg građanskog prava sadržana u Općem dijelu ZOO-a.⁵ Međutim, brojna se pravila, koja nomenklaturom ulaze u opći dio građanskog prava, nalaze u Općem dijelu ZOO-a.⁶ Treba napomenuti da se neka pravila koja ulaze u opći dio građanskoga prava nalaze i u Posebnom dijelu ZOO-a.⁷

¹ *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) BGBl. 2002., I S. 42, 2909., BGBl. 2003 I S. 738., BGBl. 2011., I S. 1600.

² Prema arhitektonici BGB-a u Opći dio koji obuhvaća §1.–240. BGB ulaze pravila koja uređuju: a) osobe (§. 1.–89. BGB), a obuhvaćaju pravila koja se odnose na: fizičke osobe, potrošače i poduzetnike (§ 1.–14. BGB), te pravne osobe (§. 21.–89. BGB) b) stvari i životinje (§ 90.–103. BGB), c) pravne poslove (§ 104.–185. BGB), a gdje ulaze pravila kojima je uređena: 1) poslovna sposobnost, 2) očitovanje volje, 3) ugovor, 4) uvjet i rok, 5) zastupanje i punomoć, 6) suglasnost i odobrenje, d) rokove (§ 186.–193. BGB), e) zastaru (§ 194.–218. BGB), f) vršenje prava, samoobranu, samopomoć (§ 226.–231. BGB), te g) osiguranje tražbina (§. 232.–240. BGB), naravno, u dijelu u kojem ta pravila ulaze u opći dio.

³ Prema KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., Građansko pravo, XII. neizmijenjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2009., str. XI.–XVI. V. još strukturu Uvoda u građansko pravo prema Slakoperu i Gorencu (Bukovac Puvača) gdje ulaze: a) uvod, b) elementi pravnog odnosa, c) pravni odnos i subjektivno pravo te d) pravna osnova i vrste pravnih odnosa. SLAKOPER, Z., GORENC, V., uz suradnju: BUKOVAC PUVAČA, M., Obvezno pravo, Opći dio, Novi informator, Zagreb, 2009., str. 10.

⁴ NN, br. 35/05, 41/08 i 125/11, dalje: ZOO.

⁵ Za strukturu ZOO-a, uključivo Općeg dijela, v. *infra* poglavlje III. a) AD.

⁶ Npr., za izvore prava, v. čl. 12. ZOO koji uređuje ulogu trgovačkih običaja kao izvora prava, za subjekte građanskoga prava, v. pravila o poslovnoj i pravnoj sposobnosti fizičkih osoba iz čl. 17. i čl. 18. ZOO, v. čl. 14/2. ZOO u kojem se određuje što su trgovački ugovori (u st. 3. sadržano je blanketno pravilo prema kojem se odredbe ZOO-a koje se odnose na ugovore na odgovarajući način primjenjuju i na druge pravne poslove), v. za objekte građanskopravnog odnosa, čl. 19. ZOO kojim su uređena osobna neimovinska dobra (prava osobnosti), i sl.

⁷ V. npr. pravila o deliktnoj odgovornosti fizičke osobe, npr. čl. 1050., 1051. i dr. ZOO, čl. 279/3. ZOO kojim je uređena fizička sila kao oblik mane volje (ništetnost). i sl.

No, nije ZOO jedini pozitivnopravni izvor u kojem su sadržana pravila koja ulaze u opći dio građanskoga prava. Pravila kojima su uređeni instituti općeg dijela građanskog prava na razini općih pravila sadrži i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.^{8 9} Neka se nalaze i u Zakonu o zemljišnim knjigama.^{10 11} Neka su sadržana u Obiteljskom zakonu.^{12 13}

Instituti općeg dijela građanskoga prava uređeni su i posebnim pravilima sadržanim u nizu posebnih propisa kao *lex specialisa*.

Tako je npr., za razmjere rasprave o pravnim osobama (tipovima pravnih osoba) kao subjektima prava potrebno imati u vidu i pravila sljedećih propisa:¹⁴ čl. 4. Zakon o trgovačkim društvima¹⁵ za trgovačka društva, čl. 2/2. Zakon o udrugama¹⁶ za udruge, čl. 1/1. i čl. 2. Zakon o ustanovama,¹⁷ za ustanove, čl. 3/1. Zakon o zadrugama¹⁸ za zadruge, čl. 3/6. Zakon o zakladama i fondacijama¹⁹ za zaklade i fundacije, itd.

Važna pravila vezana uz smrt fizičke osobe kao subjekta građanskopravnog odnosa nalaze se u Zakonu o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja.²⁰

Uz ZV postoji i cijeli niz posebnih pravila koja, pored ostalog, uređuju vrste stvari kao objekata građanskoga prava npr., Zakon o poljoprivrednom zemljištu,²¹ Zakon o šumama,²² Zakon o vodama,²³ ili Zakon o energiji,²⁴ Zakon o elektroničkom novcu,²⁵ itd.

Kada je riječ o oblicima očitovanja volje, odnosno obliku pravih poslova valja imati na umu i posebna pravila Zakona o javnom bilježništvu,²⁶ Zakona o elektroničkom potpisu,²⁷ itd.

Premda je materijalnopravna zastara uređena u Općem dijelu ZOO-a, zastaru porezne tražbine uređuju pravila Općeg poreznog zakona,²⁸ itd.

Sumiramo li navedeno, moglo bi se kazati da se pravila koja ulaze u opći dio građanskoga prava pretežito nalaze u ZOO-u i to njegovom Općem dijelu, neka u Posebnom dijelu, no brojna su i u drugima propisima, u prvom redu u ZV-u i ObZ-u, ali i u ZZK-u, te u širokoj lepezi posebnih propisa od kojih su naznačeni tek pojedini.

⁸ NN br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09, dalje: ZV.

⁹ U prvom su to redu ona koja uređuju stvari kao objekte građanskog prava. V., npr. čl. 2/2. ZV koji određuje da su stvari u smislu ZV-a tjelesni dijelovi prirode, različiti od ljudi, koji služe ljudima za uporabu te sve drugo što je zakonom s njima izjednačeno. Za nekretnine v. st. 3., čl. 2. ZV. Za pokretnine v. st. 4. iste odredbe.

¹⁰ NN, br. 91/96., 114/01., 100/04., 107/07. i 152/08, dalje: ZZK.

¹¹ V. za zemljišta čl. 2/1. ZZK.

¹² NN br. 116/03, dalje: ObZ.

¹³ Npr. ona vezana uz ograničenje poslovne sposobnosti, v. čl. 159. ObZ o djelomičnom lišenju poslovne sposobnosti.

¹⁴ Prema SLAKOPER, et. al., Obvezno., str. 83.–84.

¹⁵ NN br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08 i 137/09, dalje: ZTD.

¹⁶ NN br. 88/01 i 11/02.

¹⁷ NN br. 76/93, 29/97, 47/99 i 35/08.

¹⁸ NN br. 34/11.

¹⁹ NN br. 36/95 i 64/01.

²⁰ NN br. 177/04 i 45/09, dalje: ZUPDLJT.

²¹ NN br. 152/08, 21/10, 124/10 i 63/11, dalje: ZPZ.

²² NN br. 140/05, 82/06, 129/08, 80/10 i 124/10., dalje: ZŠ.

²³ NN br. 153/09 i 63/11, dalje: ZoV.

²⁴ NN br. 68/01, 177/04, 76/07, 152/08 i 127/10.

²⁵ NN br. 139/10, dalje: ZEN. V. npr. definiciju elektroničkog novca iz čl. 2/0/2 ZEN.

²⁶ NN br. 79/93, 29/94, 162/98, 16/07 i 75/09.

²⁷ NN br. 10/02 i 8/08, dalje: ZEP.

²⁸ NN br. 147/08 i 18/11.

Da li su pitanja koja se odnose na građanski i pravni subjektivitet fizičkih i pravnih osoba (pravne, poslovne kvalifikacije i one vezane za delikt) regulirana zakonski? Ako jesu, molimo vas da navedete pravne akte kojima su ova pitanja regulirana u pomenutom redoslijedu.

Pravna i poslovna sposobnost fizičkih osoba uređena je u Općem dijelu ZOO-a u čl. 17. i 18. Svaka je fizička i pravna osoba sposobna biti nositeljem prava i obveza (čl. 17/1. ZOO). Fizička osoba pravnu sposobnost stječe rođenjem. Vrijedi oboriva predmnijeva predviđena st. 3., čl. 17. ZOO da je dijete rođeno živo. Zakonski je uređena i fikcija *nasciturus pro jam nato habetur*, pa se u st. 2., čl. 17. ZOO određuje da se uzima da je začeto dijete rođeno kadgod se radi o njegovim probicima, pod uvjetom da se rodi živo. Fizička osoba prestaje smrću. Smrt nastupa kada je na propisan način sa sigurnošću, na osnovi medicinskih kriterija, utvrđen prestanak rada mozga, v. čl. 2/2. ZUPDLJT. Ustanova proglašenja nestale osobe umrlom uređena je starim republičkim Zakonom o proglašenju nestalih osoba umrlima i o dokazivanju smrti iz 1974.²⁹ U odnosu na dokazivanja smrti fizičke osobe, čl. 17/4. ZOO predviđena je oboriva predmnijeva prema kojoj se u dvojbi koja je od više osoba prije umrla, smatra da su umrle istodobno, ne utvrdi li se da je jedna umrla prije druge.

Pravna osoba pravnu sposobnost stječe danom svojega nastanka koji se, prema st. 5., čl. 17. ZOO utvrđuje posebnim propisima. Npr. prema čl. 4. ZTD trgovačko društvo svojstvo pravne osobe stječe upisom u trgovački registar, dok brisanjem društva iz trgovačkog registra gubi svojstvo pravne osobe. V. *supra* navedene članke uz pojedine tipove pravnih osoba.

Opća pravila o poslovnoj sposobnosti nalaze se u čl. 18. ZOO. Prema st. 1., čl. 18. ZOO poslovno sposobna osoba može vlastitim očitovanjima volje stvarati pravne učinke. Fizička je osoba stječe punoljetnošću, a pravna danom nastanka, ako zakonom nije drukčije određeno (čl. 18/2. ZOO). Posebne odredbe o stjecanju poslovne sposobnosti nalaze se u čl. 120. ObZ. Prema njemu, poslovna se sposobnost stječe punoljetnošću (18 god., v. st. 2.) ili sklapanjem braka prije punoljetnosti. Može je steći i maloljetnik stariji od šesnaest godina koji je postao roditelj (čl. 120/3. ObZ). U st. 3., čl. 18. ZOO sadržano je opće pravilo koje uređuje pravne učinke koje vlastitim očitovanjem volje poduzima maloljetna osoba. U skladu s navedenom odredbom, osoba koja nije punoljetna može ostvarivati samo pravne učinke određene zakonom. U tom je pravcu, npr. u čl. 18. Zakonu o radu³⁰ uređena poslovna sposobnost maloljetnika za sklapanje ugovora o radu. Opće pravilo o tomu da umjesto osobe koja nema poslovnu sposobnost svoju volju očituje njezin zakonski zastupnik ili skrbnik sadržano je u čl. 18/4. ZOO, dok se posebne odredbe nalaze npr. u čl. 159.–166. ObZ. Njima su predviđena pravila prema kojima sud u izvanparničnom postupku punoljetnu osobu koja zbog duševnih smetnji ili drugih uzroka nije sposobna brinuti se o osobnim potrebama, pravima i interesima ili koja ugrožava prava i interese drugih osoba, djelomice ili potpuno lišava poslovne sposobnosti. Posebno je u supstancijalnom smislu značajna odredba čl. 159/3. ObZ prema kojoj odlukom o djelomičnom lišenju poslovne sposobnosti sud određuje mjere, radnje i poslove koje osoba nije sposobna samostalno poduzimati, npr. raspolagati imovinom, plaćom ili drugim stalnim novčanim primanjima, upravljati imovinom, odlučiti o zapošljavanju, davati izjave ili poduzimati radnje koje se odnose na brak, roditeljsku skrb i druga osobna stanja, osim ako je Zakonom drukčije određeno. S tim da poslove koji nisu određeni u odluci o djelomičnom lišenju poslovne sposobnosti, osoba djelomice lišena poslovne sposobnosti može samostalno poduzimati (čl. 159/4. ObZ).

Prema st. 5., čl. 18. ZOO za pravnu osobu volju očituju njezina tijela u pravnim poslovima i postupcima koje poduzimaju u tome svojstvu. Dvojbu je li ta osoba postupala u svojstvu tijela

²⁹ NN br. 10/74.

³⁰ NN br. 149/09 i 61/11.

pravne osobe, otklanja st. 6. prema kojem vrijedi predmnijeva da se smatra tako, ako treći nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati da ta osoba postupa u tom svojstvu.

Što se tiče deliktne sposobnosti fizičkih osoba, treba imati u vidu pravila o šteti i odgovornosti za štetu. V. u ovom pravcu čl. 1051. ZOO među pravilima o odgovornosti na temelju krivnje prema kojem maloljetnik do navršene sedme godine života ne odgovara za štetu (st. 1.), maloljetnik od navršene sedme godine do navršene četrnaeste godine života ne odgovara za štetu, osim ako se dokaže da je pri prouzročenju štete bio sposoban za rasuđivanje (st. 2.), dok maloljetnik s navršених četrnaest godina života odgovara prema općim pravilima o odgovornosti za štetu (st. 3.). Među navedenim pravilima nalazi se pravilo iz čl. 1050. prema kojem osoba koja zbog duševne bolesti ili zaostalog umnog razvoja ili kojih drugih razloga nije sposobna za rasuđivanje ne odgovara za štetu što ju drugome prouzroči (st. 1.).³¹

Na ovom mjestu, nezaobilazno valja upozoriti i na čl. 19. ZOO kojim su u hrvatsko pravo uvedena prava osobnosti pravnih osoba u odnosu na koja se u st. 3. određuje da pravna osoba ima sva prava osobnosti kao i fizičke osobe (čl. 19/2. ZOO), osim onih vezanih uz biološku bit fizičke osobe, a osobito pravo na ugled i dobar glas, čast, ime, odnosno tvrtku, poslovnu tajnu, slobodu privređivanja i dr., te pravo na zaštitu prava osobnosti, pod pretpostavkama utvrđenim zakonom, a s tim u vezi i pravo na popravljivanje neimovinske štete o čemu će više biti riječi *infra*.

U slučaju da nije donesen građanski zakonik u vašoj zemlji, postoje li neke ideje o tome da se oblast građanskog prava regulira kao dio jednog zakona/zakonika ili u okviru različitih zakona kao metode koja je najprikladnija?

Kako je *supra* naznačeno, u Republici Hrvatskoj nije donesen građanski zakonik. Čini se da ovog trenutka nema niti ozbiljnijih intencija, pa ni rasprava u tom pravcu. Što ne znači da hrvatska pravna teorija i praksa nije otvorena razmišljanjima u smjeru sveobuhvatne kodifikacije pravila građanskoga prava.

II. Imovinski zakon

Postoji li neki opći zakon kojim se regulira pravo na imovinu i druga imovinska prava u vašoj zemlji? Ako ne postoji, koji se propisi primjenjuju u vezi sa imovinskopравnim odnosima? Da li postoji neki poseban imovinski zakon ili druga imovinska prava koja su već uključena u zakonodavstvo! Pored općeg zakona, postoje li neki drugi zakoni kojima se reguliraju pitanja iz imovinskopравne oblasti? Ako postoje, navedite zakone i predmete koje reguliraju!

Republika Hrvatska donijela je 1996. g. ZV koji je stupio na snagu 1. siječnja 1997. g. i kojim su kao temeljnim pravnim aktom za stvarnopravne odnose uređena, kao *numerus clausus*, stvarna prava: pravo vlasništva³² (čl. 30.–173. ZV), pravo služnosti (čl. 174.–245. ZV), stvarni tereti (čl. 246.–

³¹ V. još i st. 2. i 3., čl. 1050. V. za odgovornost za drugog čl. 1055.–1062., v. posebno čl. 1062/1. prema kojem pravna osoba odgovara za štetu koju nezjino tijelo prouzroči trećoj osobi u obavljanju ili u vezi s obavljanjem svojih funkcija.

³² Ustavno jamstvo prava vlasništva, kao ustavni temelj cjelokupnog stvarnopravnog uređenja Republike Hrvatske zajamčeno je čl. 48. Ustava Republike Hrvatske, NN br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispravak, 76/10 i 85/10 – pročišćeni tekst, kao jedne od «...najviših vrednota ustavnog poretka RH» (čl. 3. Ustava).

279. ZV), pravo građenja (čl. 280.–296. ZV) i založno pravo (čl. 297.–353. ZV).³³ U čl. 34. ZV nalaze se pravila o pridržaju prava vlasništva i prijenosu prava vlasništva radi osiguranja.³⁴ Istodobno sa ZV-om (1. siječnja 1997. g.) stupio je na snagu i ZZK.

Navedenim propisima ocrtan je pozitivnopravni okvir općeg stvarnopravnog uređenja. No, i to odmah treba naglasiti, opće stvarnopravno uređenje uvedeno ZV-om i ZZK-om i inspirirano austrijskim Građanskim zakonom (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*)³⁵ i Zakonom o zemljišnim knjigama (*Allgemeines Grundbuchsgesetz*),³⁶ te tradicijskim osnovama Općeg građanskog zakona (dalje: OGZ),³⁷ u međuvremenu je, donošenjem brojnih posebnih propisa značajno fragmentirano.

Stupanje na snagu ZV-a i ZZK-a značilo je značajnu reformu stvarnopravnog uređenja u RH. Okosnicu novog stvarnopravnog uređenja činili su postulati individualističke koncepcije socijalno vezanog prava vlasništva (čime je otklonjen dualizam općih uređenja pripadanja stvari i fragmentacija prava vlasništva) te uspostava pravnog jedinstva nekretnine (afirmacija načela *superficies cedit solo*).³⁸ ³⁹ Posebna je pozornost upravljena na pravila o osnivanju, dopuni i preoblikovanju zemljišnih knjiga u EOP zemljišnu knjigu, afirmirano povjerenje u istinitost i potpunost zemljišne knjige uz izvjesne rezerve vezane uz odgodu povjerenja, osnažena publicitetna uloga i općenito ustrojen sustav zemljišnih knjiga čiji prerogativi osiguravaju tržišni i gospodarski razvoj.⁴⁰ Značajne su

³³ Stupanjem na snagu ZV-a derogiran je bivši savezni Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (ZOVOJ), Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85 i 57/89. Na temelju čl. 394. ZV stavljena su izvan snage i obveznopravna pravila o založnom pravu. Nastojalo se, međutim, što manje intervenirati u postojeće stvarnopravne odnose. Prijelaznim i završnim odredbama ZV-a s ciljem pretvorbe društvenog vlasništva, uspostave narušenog jedinstva nekretnine i razgraničenja dijelova prijašnjeg i novog prava, odnosno ZZK-a kojim se išlo za osnivanjem, dopunjavanjem i preoblikovanjem zemljišnih knjiga, posebice u sustav elektroničke obrade podataka (dalje: EOP) te uspostavu povjerenja u istinitost i potpunost, određeno je da se prema pravilima tih zakona prosuđuju stjecanja, promjene, pravni učinci i prestanci stvarnih prava od časa njihova stupanja na snagu. Prema GAVELLA, N., Stvarnopravno uređenje u hrvatskom pravnom poretku, Okrugli stol Modernizacija hrvatskog stvarnog prava, HAZU, Zagreb, 2007., str. 18., v. bilješku 15.

³⁴ V. o interakciji pravila o pridržaju s ZOO u: ERNST, H., Pridržaj prava vlasništva, u: BARETIĆ, M., ERAKOVIĆ, A., ERNST, H., GULIN, D., JELČIĆ, O., JOSIPOVIĆ, T., KOHARIĆ, Z., MATKO RUŽDŽAK, J., POROBIJA, S., STUHNE, Z., Zaštita vjerovnika, Narodne novine, Zagreb, 2006.

³⁵ *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), Patent vom 1ten Junius 1811, JGS Nr. 946/1811, BGBl I 58/2004, 77/2004, 43/2005, 51/2005, 113/2006, 58/2010.

³⁶ *Allgemeines Grundbuchsgesetz* (GBG), BGBl. Nr. 39/1955, BGBl. I Nr. 58/2010.

³⁷ Austrijski Opći građanski zakon (dalje: A. o. g. z.) u Hrvatskoj i Slavoniji uveden je carskim patentom od 29. studenog 1852. godine i ostao je na snazi do 1918. godine. Primjenjivao se bez novela, pod nazivom OGZ dok se na području Dalmacije primjenjivala novelirana verzija. Novela su donesene 1914., 1915. i 1916. g. GAVELLA, N., ALINČIĆ, M., KLARIĆ, P., SAJKO, K., TUMBRI, T., STIPKOVIĆ, Z., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., Hrvatsko građanskopravno uređenje i kontinentalnoeuropski pravni krug, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1994., str. 10.–11. i 17., Dalje u tekstu: GAVELLA, et al., Hrvatsko. A. o. g. z. pratio je Opći austrijski gruntovni zakon od 25. srpnja 1871. godine (koji je stupio na snagu 15. veljače 1872. godine) na osnovi provizornog gruntovnog reda od 15. prosinca 1855. godine, odnosno osnovi gruntovnog zakona iz 1863., 1864. te 1867. godine. V. KOŠUTIĆ, M., Gruntovno pravo, Zagreb, Tisak kraljevske zemaljske tiskare, 1910., str. 16. OGZ se u Hrvatskoj primjenjivao sve do 6. travnja 1941. g. Zakonom o nevažnosti propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije, 1945. g. (Sl. list FNRJ, 86/46) izgubio je pravnu snagu te su se njegove odredbe primjenjivale kao pravna pravila do donošenja odgovarajućih propisa koji su regularili materiju građanskog prava.

³⁸ O razvoju stvarnog prava u Hrvatskoj v. GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., Stvarno pravo, Svezak prvi, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2007., 11–16. (dalje: GAVELLA, N., et al., Stvarno.)

³⁹ Donošenjem ZV-a dovršen je proces pretvorbe prava na stvarima u državnom/društvenom vlasništvu koje je u različitim oblicima postojalo u razdoblju od 1945. do 1991. godine, u pravo vlasništva na način da je određen nositelj (titular) prava vlasništva (čl. 359.–365. ZV-a). O društvenom vlasništvu i njegovoj pretvorbi u pravo vlasništva vrlo opširno i sustavno je prikazano u: SIMONETTI, P., Prava na građevinskom zemljištu, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2008., SIMONETTI, P., Prava na nekretninama, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2009. Posebnim zakonom, Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (NN br. 92/96, 92/99, 80/02 i 81/02 – ispravak) uređena su pitanja denacionalizacije tj. vraćanja i naknade za imovinu oduzetu prijašnjim vlasnicima, a koja je bila prenjeta u državno, društveno, odnosno zadržno vlasništvo u razdoblju 1945.–1991. Pitanja denacionalizacije opširno i sustavno su prikazana u: SIMONETTI, P., Denacionalizacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004.

⁴⁰ GAVELLA, N., op. cit., str. 17.

promjene učinjene u materiji stvarnopravnih osiguranja tražbina, a posebna je pozornost usmjerena na uređenje založnog prava kao osnovnog sredstva stvarnopravnog osiguranja.⁴¹

Pravilima ZV-a uspostavljeno je opće uređenje pripadanja stvari osobama i određeno da se njegova pravila primjenjuju i na pripadanje stvari koje su podvrgnute nesobnom posebnom pravnom uređenju, ako nisu s tim uređenjem u suprotnosti (čl. 1/5. ZV). Pravila posebnih propisa spram općih pravila stoje u klasičnom odnosu posebnih pravila spram općih. Međutim, nerijetko su posebnim pravilima određena pitanja riješena drugačije negoli općim pravilima, a posebno se to smatra pogubnim kada se „posebnim propisima daje sasvim drugi smjer razvoju stvarnopravnog uređenja od onog uvedenog općim režimom.“^{42 43}

Tako postoje posebni propisi koji predviđaju posebna uređenja za pojedine stvari, npr. Zakon o otocima,⁴⁴ Zakon o rudarstvu,⁴⁵ Pomorski zakonik,⁴⁶ Zakon o arhivskoj građi i arhivima,⁴⁷ Zakon o elektroničkim komunikacijama,⁴⁸ Zakon o cestama,⁴⁹ ZPZ, ZŠ, ZoV, ZEN, itd.⁵⁰ Ono što karakterizira pravila posebnih uređenja je da ta pravila nisu nužno privatnopravne prirode. Naime, posebni propisi sadrže značajan broj pravila javnopravne prirode, pa je u pravilu, riječ o propisima mješovite naravi. Vrlo važnu ulogu među javnopravnim pravilima imaju ona vezana uz nekretnine kao objekt stvarnopravnog odnosa, posebno ona urbanističke regulative iz Zakona o prostornom uređenju i gradnji,⁵¹ Zakona o postupanju s nezakonitim zgradama,⁵² pravila o izmjeri i katastru iz Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina,⁵³ itd. Promatraju li se, zasebno, pravila privatnopravne naravi u posebnim propisima, posve općenito može se kazati da najčešće predmet njihova uređenja: pojmovno određene stvari čiji posebni režim uređuju i raspolaganja tim stvarima, npr. u Zakonu o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora,⁵⁴ Zakonu o najmu stanova,⁵⁵ itd.

Određena supstancijalna pravila stvarnopravne naravi sadrži i Ovršni zakon iz 1996. g.,⁵⁶ odnosno Ovršni zakon iz 2010. g.⁵⁷ u dijelu kojim se uređuje osiguranje, npr., pravila o dobrovoljnim sudskim i javnobilježničkim založnim pravima na temelju sporazuma stranaka, prisilnim

⁴¹ V. detaljno u: JOSIPOVIĆ, T., Modernizacija stvarnopravnih osiguranja tražbina, Okrugli stol Modernizacija hrvatskog stvarnog prava, HAZU, Zagreb, 2007., str. 58.–81. Posebno v. poglavlje u odnosu na potrebu uvođenja novih modela stvarnopravnih osiguranja tražbina i novih modela raspolaganja stvarnopravnim osiguranjima tražbina, str. 78.–80.

⁴² GAVELLA, N., op. cit., str. 55.

⁴³ Analizirajući razloge i primjere u kojima dolazi do narušavanja konzistentnosti općeg stvarnopravnog uređenja Gavella navodi slučajeve: a) kada, nesumnjivo potrebna pravila posebnog režima, bez valjanih razloga odstupaju od općeg uređenja, b) kada se pravilima posebnog režima zanemaruju pravila stvarnopravnog i inače građanskopravnog uređenja, c) kada se u posebnim propisima barata pojmovima koji imaju različit opseg i sadržaj od onih kojima se služi opće stvarnopravno uređenje i sl. GAVELLA, N., op. cit., str. 42.–49.

⁴⁴ NN br. 34/99, 149/99, 32/02 i 33/06.

⁴⁵ NN br. 75/09, 49/11.

⁴⁶ NN br. 181/04, 76/07, 146/08 i 61/11, dalje: PZ.

⁴⁷ NN br. 105/97, 64/00 i 65/09.

⁴⁸ NN br. 73/08 i 90/11.

⁴⁹ NN br. 84/11.

⁵⁰ GAVELLA, N., et al., Stvarno., op. cit., str. 19–20.

⁵¹ NN br. 76/07, 38/09, 55/11 i 90/11.

⁵² NN br. 90/11.

⁵³ NN br. 16/07 i 124/10.

⁵⁴ NN br. 125/11.

⁵⁵ NN br. 91/96, 48/98 i 66/98.

⁵⁶ Narodne novine br. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 i 67/08, dalje: OZ.

⁵⁷ NN br. 139/10 i 125/11, dalje: OZ/10. Zakon u cijelosti stupa na snagu 1. siječnja 2012. g.

(nedobrovoljnim) sudskim založnim pravima na temelju prethodne mjere i mjere osiguranja i sl.⁵⁸ Ovršna pravila uređuju i prisilna založna prava koja se osnivaju u ovršnom postupku na određenim predmetima osiguranja.⁵⁹ Pravilima ZOO-a regulirano je zakonsko založno pravo koje pod određenim pretpostavkama i na određenim stvarima stječu: najmodavac (čl. 565. ZOO), prijevoznik (čl. 692. ZOO), skladištar (čl. 750. ZOO), nalogoprimac (čl. 777. ZOO), komisionar (čl. 500. ZOO), otpremnik (čl. 868. ZOO), izvršitelj ispitivanja (čl. 875. ZOO) i sl. Još je nekim posebnim propisima predviđeno osnivanje nekih podvrsta založnog prava, npr. čl. 143/3. Zakona o nasljeđivanju,⁶⁰ čl. 946. PZ,⁶¹ čl. 86. Zakona o mjenici,⁶² čl. 23. Zakona o čeku,⁶³ čl. 495. Zakona o tržištu kapitala,⁶⁴ čl. 31., 42. i 43. Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara,⁶⁵ čl. 5. Zakona o financijskom osiguranju⁶⁶ i sl. Potrebno je spomenuti da je uređenje založnih prava na pokretninama i pravima značajno reformirano stupanjem na snagu Zakona o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima.⁶⁷

Sumira li se navedeno, premda je neprijeporno da su *sedes materiae* stvarnopravnog uređenja u RH ZV-a i ZZK-a, ova je materija uređena i nizom posebnih pravila sadržanih u posebnim propisima kojima se, za što su primjeri brojni, često narušava konzistentnost općeg stvarnopravnog uređenja.

III. Zakon o obligacijama

Ova pitanja se odnose na zemlje bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije!

Da li je usvojen novi zakon o obligacijama u vašoj zemlji, ili je Zakon SFRJ-a iz 1978. g. prihvaćen kao nacionalni zakon?

U trenutku osamostaljenja Republike Hrvatske kao suverene samostalne i neovisne države 8. listopada 1991. g. usvojen je jugoslavenski Zakon o obveznim odnosima iz 1978. g.⁶⁸ kao hrvatski nacionalni zakon putem Zakona o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima.⁶⁹ Tim zakonom⁷⁰ uklonjeni su i izmijenjeni instituti, načela i odredbe koje su bile karakteristične za socijalističko pravno uređenje.⁷¹ Ukinute su odredbe koje se odnose na društveno vlasništvo, udružen rad,

⁵⁸ Za prisilno sudsko založno pravo na nekretnini na temelju mjere osiguranja, v. čl. 257.–261. OZ (čl. 261.–264. OZ/10), za prisilno sudsko založno pravo na temelju prethodne mjere, v. čl. 283.–292. OZ (čl. 300.–308. OZ/10), za dobrovoljno založno pravo na temelju sudskog, odnosno javnobilježničkog sporazuma stranaka v., čl. 261.–273. OZ (čl. 265.–277. OZ/10).

⁵⁹ Npr. na nekretninama, čl. 97. OZ (čl. 148. OZ/10), pokretninama, čl. 135. OZ, odnosno čl. 143. j. OZ (čl. 185. OZ/10, odnosno čl. 203. OZ/10), novčanoj tražbini, čl. 152. OZ, čl. 155. OZ (čl. 98. OZ/10, čl. 101. OZ/10), dionicama, čl. 196. OZ (čl. 222. OZ/10), vrijednosnicama, čl. 198. c. OZ (čl. 226. OZ/10) i sl.

⁶⁰ NN br. 48/03, 163/03 i 35/05, dalje: ZN.

⁶¹ NN br. 181/04, 76/07 i 146/08, dalje: PZ.

⁶² NN br. 74/94 i 92/10, dalje: ZMC.

⁶³ NN br. 74/94, dalje: ZČK.

⁶⁴ NN br. 88/08, 146/08 (ispravak) i 74/09, dalje: ZTK.

⁶⁵ NN br. 69/99, 151/03, 157/03, 100/04, 87/09 i 88/10, dalje: ZZOKD.

⁶⁶ Narodne novine br. 76/07, dalje: ZFO.

⁶⁷ Narodne novine br. 121/05, dalje: ZU. V. o ovom u: JOSIPOVIĆ, T., Zajednička načela registarskog materijalnog prava, u: DIKA, M., ERNST, H., JELČIĆ, O., JOSIPOVIĆ, T., LISIČAR, H., MARIN, J., MARKOVIĆ, N., MATANOVAC, R., RAČKI MARINKOVIĆ, A., RADIŠIĆ, N., ROIĆ, M., Hrvatsko registarsko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 9.–10.

⁶⁸ Sl. list SFRJ, br. 29/78., 39/85., 46/85., 45/89 i 57/89, dalje: ZOO 1978.

⁶⁹ NN br. 53/91.

⁷⁰ NN br. 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 107/95, 7/96, 91/96, 112/99, 88/01, dalje: ZOO 1991.

⁷¹ KLARIĆ, P., Promjene obveznog prava, u: GAVELLA, N., KLARIĆ, P., SAJKO, K., TUMBRI, T., STIPKOVIĆ, T., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., MATANOVAC, R., ERNST, H., Teorijske osnove građanskog prava, Građansko pravo i pripadnost hrvatskog pravnog poretka u kontinentalnoeuropskom pravnom krugu, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005., str. 237.

samoupravljanje i samoupravne sporazume. Pojam organizacije udruženog rada zamijenjen je pojmom poduzeća, kasnije trgovačkim društvima. Kako je Republika Hrvatska započela sa izgradnjom vlastitog pravnog sustava koji je utemeljen na načelima tržišnog gospodarstva, jamstva prava vlasništva, ostale odredbe ZOO 1978. g. mogle su se primjenjivati samo ako nisu bile u suprotnosti s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske. Velik broj odredbi je i dalje našao svoju primjenu u ZOO 1991, jer je taj zakon sadržavao moderna i napredna rješenja koja nije bilo potrebno mijenjati prilikom preuzimanja u hrvatsko zakonodavstvo.⁷² To je velikim dijelom posljedica okolnosti što je tadašnji jugoslavenski ZOO 1978. izrađen pod utjecajem švicarskog Zakona o obveznim odnosima (*Obligationengesetz*, OR),⁷³ talijanskog građanskog zakonika (*Codice civile*),⁷⁴ i unificiranih pravila međunarodne kupoprodaje, naime pod utjecajem Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe (CISG).⁷⁵ ZOO 1978. bio je izgrađen na monističkoj koncepciji obveznog prava te se primjenjivao na ugovore građanskog prava i ugovore trgovačkog prava, te jednako na pravne i fizičke osobe.⁷⁶

Nakon što je preuzet u hrvatsko zakonodavstvo, ZOO 1991. mijenjan je u nekoliko navrata. Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima iz 1994. g.⁷⁷ uvedene su u ZOO 1991. odredbe koje su se odnosile na ugovor o ortakluku (Glava XIII A) koji do tada nije bio uređen pozitivnim propisima Republike Hrvatske, već su se primjenjivale odredbe A. o. g. z. (OGZ)⁷⁸ o ortaštvu kao pravna pravila.⁷⁹ Sljedeća izmjena ZOO 1991. odnosila se izostavljanje odredbi o zalogu (Glava XXVII, čl. 966–996) na temelju čl. 394. ZV, jer je potonjim zakonom sustavno uređeno založno pravo u pravnom poretku RH. Nakon toga, izbrisana je odredba čl. 180 ZOO 1991. o odgovornosti uslijed terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija.⁸⁰ Dodane su odredbe o tomu da će se naknadno donijeti propisi o odgovornosti RH za štetu nastalu tijekom Domovinskog rata (čl. 184b) i štetu nastalu u bivšoj SFRJ za koju je odgovara bivša SFRJ (čl. 184b).⁸¹ Također su izmijenjene odredbe o stjecanju bez osnove,⁸² zateznim kamatama i deviznim klauzulama.⁸³

U cilju modernizacije obveznog prava i njegovog usklađivanja sa europskom pravnom stečevinom, donesen je 2005. g. novi ZOO koji je stupio na snagu 1. siječnja 2006. g. Naime, usklađivanje važećeg hrvatskog zakonodavstva s *acquis communautaire* uslijedilo je kao posljedica obveza preuzetih čl. 69. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju potpisanog 29. listopada 2001. g.

⁷² JOSIPOVIĆ, T., *Rekodifizierung des Privatrechts in Kroatien*, in *Blaho P, Svidron, J.*, (ur.), *Kodifikation, Europäisierung und Harmonisierung des Privatrechts*, Iura Edition, Bratislava, 2005., str. 222.

⁷³ Cjelovit naziv OR-a: *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*, vom 30. März 1911, BBl. 1905 II 1, 1909 III 725, 1911 I 845., BBl. 2004 4471.

⁷⁴ GU n. 79 del 4 aprile 1942.

⁷⁵ U Republici Hrvatskoj preuzeta aktom Objave stupanja na snagu Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, Narodne novine – međunarodni ugovori, br. 15/98.

⁷⁶ BORIĆ, T., *Zur Wiederkehr des Vertragsrechts in Mittel- und Osteuropa am Beispiel Kroatiens*, in *Eiselsberg Maximilian* (Hrsg), *Europäisches Vertragsrecht, Vereinheitlichtes Recht – Rechtsvereinheitlichung in Europa* (2003), str. 111 i dalje.

⁷⁷ NN br. 3/94.

⁷⁸ U pogledu obveznih odnosa pravila OGZ-a primjenjivala su se do 1. listopada 1978. kada je stupio na snagu ZOO 1978. (čl. 1109). Od tada pojedina pravila OGZ-a primjenjivala su se radi popunjavanja pravnih praznina, kao što je to bio slučaj s ugovorima o ortakluku, posudbi i darovanju. Nakon osamostaljenja RH pravna pravila OGZ-a u RH primjenjivala su se na temelju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941., NN, br. 73/1991. Uvjet primjene odredbi OGZ-a bila je njihova suglasnost s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske. Više o tome: GAVELLA, N. et al., *Hrvatsko.*, op. cit., str. 50, 144.–145.

⁷⁹ Zakonom o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, NN br. 53/91, bilo je određeno da će se glede ortakluka primjenjivati odredbe OGZ-a kao pravna pravila (§§ 1175.–1216.), ako su u suglasnosti s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske.

⁸⁰ Odredba je brisana Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima, NN br. 7/96.

⁸¹ Obje odredbe dodane su Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima, NN br. 112/99.

⁸² Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima, NN br. 73/91.

⁸³ JOSIPOVIĆ, T., *Rekodifizierung...*, op. cit., str. 222.

između RH i Europskih zajednica i njihovih država članica.⁸⁴ Posljedično, ZOO preuzima čitav niz direktiva iz područja europskog ugovornog prava, ali uvodi i niz novih konceptijskih rješenja koja ZOO 1991. nije sadržavao. Sumirajući do sada navedeno, moguće je zaključiti da su tendencije u razvoju hrvatskog obveznog prava usmjerene tako da se s jedne strane pozitivnopravna pravila obveznog prava oblikuju preuzimanjem direktiva europskog ugovornog prava, a s druge strane koncipiranjem novih reformskih rješenja u odnosu na pojedine institute obveznog prava.

Ukoliko je usvojen novi nacionalni zakon, molimo vas da:

a) naznačite nova rješenja po kojima se novi zakon razlikuje od zakona SFRJ iz 1978. g.,

Nova rješenja u ZOO mogu se prikazati kao rješenja kojima su učinjene: 1) strukturalne izmjene, 2) terminološke izmjene, 3) rješenja koja su po prvi puta uređena ZOO-om, i 4) rješenja koja predstavljaju sadržajnu izmjenu instituta koji su ranije bili uređeni ZOO-om 1991.⁸⁵

AD 1) Strukturalne izmjene

Struktura ZOO-a izmijenjena je u odnosu na strukturu ZOO-a 1991. ZOO je podijeljen u tri dijela, a ukupno sadrži 1165 članaka. U prvom dijelu koji nosi naziv Opći dio sadržana su opća pravila koja se primjenjuju na sve obveznopravne odnose. Ovaj se dio sastoji od sedam glava: I) osnovna načela, II) sudionici obveznih odnosa, III) nastanak obveza, IV) vrste obveza, V) učinci obveza, VI) promjene u obveznom odnosu, te VII) prestanak obveza. Drugi dio koji nosi naziv Posebni dio sadrži glave: VIII) ugovorni obvezni odnosi (koja se potom dijeli na odjeljak o općim odredbama i na odjeljak o pojedinim ugovorima) te IX) izvanugovorni obvezni odnosi. U trećem dijelu nalaze se prijelazne i završne odredbe.

AD 2) Terminološke izmjene

U ZOO-u su učinjene brojne terminološke izmjene radi potrebe usklađivanja pravnih izraza sa zahtjevima suvremenog hrvatskog pravnog jezika. Npr. umjesto izraza ništetnost koristi se izraz ništavost, umjesto materijalna, odnosno nematerijalna šteta koriste se izrazi imovinska, odnosno neimovinska šteta, umjesto dobar privrednik koristi se izraz dobar gospodarstvenik, umjesto ugovor u privredi koristi se izraz trgovački ugovor, umjesto ugovor o komisyonu koristi se izraz ugovor o komisiji, umjesto ugovor o ortakluku koristi se izraz ugovor o ortaštvu, umjesto ugovor o licenci koristi se izraz ugovor o licenci, umjesto bankarska garancija koristi se izraz bankarsko jamstvo.

AD 3) Rješenja koja su po prvi puta uređena ZOO-om

U ZOO-u, u Glavi II. – Sudionici obveznih odnosa po su prvi puta uređeni: pravna (čl. 17. ZOO) i poslovna sposobnost (čl. 18. ZOO) fizičkih i pravnih osoba, te prava osobnosti (čl. 19. ZOO). Prava osobnosti priznata su i fizičkim i pravnim osobama, i u Zakonu se navode primjerice (čl. 19/2. i 19/3. ZOO). Ovime je ostavljena mogućnost daljnjeg razvoja prava osobnosti i pojave novih vrsta tih prava koja, sada, nisu izrijeком navedena u ZOO-u.⁸⁶ Odredba o pravima osobnosti ima poseban značaj iz razloga uvođenja novog koncepta neimovinske štete koja se definira kao povreda prava osobnosti

⁸⁴ NN MU br. 14/01, dalje: SSP. Opća obveza na usklađivanje prava proizlazi iz čl. 69/1. SSP, prema kojemu će RH nastojati osigurati postupno usklađivanje važećih zakona i budućega zakonodavstva s pravnom stečevinom Unije (*acquis*).

⁸⁵ KLARIĆ, P., Promjene obveznog prava, op. cit., str. 239.

⁸⁶ O pravima osobnosti šire: GAVELLA, N., Osobna prava, Pravni fakultet u Zagrebu, 2000., str. 13–62. RADLOVIĆ, A., Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1 (2006), str. 129–170.

(čl. 1046. ZOO). Posljedično, mogući su različiti vidovi neimovinske štete ovisno o tomu koja se sva prava osobnosti mogu povrijediti.

Nadalje, ZOO uređuje materiju pojedinih ugovora koja nije bila zastupljena u ZOO 1991. To su: ugovor o darovanju (čl. 479.–498. ZOO), ugovor o posudbi (čl. 508.–517. ZOO), ugovor o najmu (čl. 553.–578. ZOO) ugovor o doživotnom uzdržavanju (čl. 579.–585. ZOO), ugovor o dosmrtnom uzdržavanju (čl. 586.–589. ZOO). Posljednja dva ugovora uređivao je ZN-u, ali su, sadržajno jednaki, preuzeti u ZOO.

ZOO-o uređuje i namet (čl. 302. ZOO) kao uzgredni sastojak besplatnom pravnom poslu, a kojeg ZOO 1991. nije uređivao.

AD 4) Rješenja koja predstavljaju sadržajnu izmjenu instituta koji su ranije već bili uređeni ZOO-om 1991.

Izmijenjena je odredba čl. 21. ZOO 1991. o dobrim poslovnim običajima. ZOO u čl. 12. govori o običajima i trgovačkim običajima. Novo je da se na ugovorne odnose među trgovcima primjenjuje i praksa koju su međusobno razvili (čl. 12/1. ZOO). Uveden je i pojam trgovačkih ugovora (čl. 14/2. ZOO). Nije sadržajno jednak pojmu ugovora u privredi iz ZOO 1991. (čl. 25. ZOO). Za ugovore o privredi bilo je važno da obje strane obavljaju privrednu djelatnost koja je predmet njihovog poslovanja ili je u vezi s time, dok je kod trgovačkih ugovora dovoljno da samo jedna od ugovornih strana obavlja takvu djelatnost.

Velike sadržajne izmjene u ZOO-u odnose se na pitanja novčanih obveza i kamata. Uveden je nov način obračuna tečaja kada je ugovoreno računanje novčane obveze u stranoj valuti (čl. 22/2. ZOO). Promijenjen je način obračuna zateznih i ugovornih kamata u cilju usklađenja rješenja s Direktivom 2000/35⁸⁷ o sprječavanju zakašnjenja u plaćanju u trgovačkim ugovorima. Stopa zakonskih zateznih kamata vezana je uz eskontnu stopu Hrvatske narodne banke (dalje: HNB), pri čemu se pravi razlika između trgovačkih i ostalih građanskopravnih ugovora (čl. 29/2. ZOO). Stopa ugovornih kamata vezana je uz stopu zateznih kamata (čl. 26. ZOO), i jednako se razlikuje kod trgovačkih i ostalih građanskopravnih ugovora. Zabranjen je anatocizam, ali se predviđaju iznimke (ne postoji zabrana anatocizma kod novčanog pologa banaka i drugih financijskih institucija, čl. 27/3. ZOO).

Novost postoji i u uređenju predugovorne odgovornosti za štetu. Izmijenjeno je uređenje iz starog ZOO 1991. koji je, kao jedan od rijetkih, uređivao ovu materiju. ZOO izriječno govori o odgovornosti za štetu u slučaju kada se pregovori vode protivno načelu savjesnosti i poštenja (čl. 251/2. ZOO) ili kada se, protivno tom načelu, odustane od pregovora (čl. 251/3. ZOO), dok je prema starom zakonu predugovorna odgovornost postojala samo ako se od pregovora odustalo bez opravdanog razloga ili ako su se pregovori vodili bez namjere sklapanja ugovora (što je samo jedan aspekt postupanja suprotno načelu savjesnosti i poštenja). Ovako rješenje svoj uzor nalazi u čl. 2.301 Landovih načela.⁸⁸

Odredbe o osnovi ugovorne obveze (čl. 51. ZOO 1991) i ništavosti ugovora zbog nepostojanja i nedopuštenosti osnove (čl. 52. ZOO 1991) izostavljene su u ZOO-u. Sukladno tomu ni slučaj nespornosti o osnovi više nije razlog nevaljalosti ugovora (čl. 282. ZOO).

⁸⁷ Direktiva 2000/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. lipnja 2000. g. o sprečavanju zakašnjenja u plaćanju u trgovačkim ugovorima, Official Journal (OJ) L 200/35, 8. kolovoza 2000. g.

⁸⁸ ČEŠIĆ, Z., GORENC, V., KAČER, H., MOMČINOVIĆ, H., PAVIĆ, D., PERKUŠIĆ, A., PEŠUTIĆ, A., SLAKOPER, Z., VIDOVIĆ, A., VUKMIR, B., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, 2005., str. 346.

Među odredbama o prijetnji i sili ZOO izrijekom propisuje da je ugovor sklopljen uporabom sile (*vis absoluta*) ništetan (čl. 279/3. ZOO). Napominje se da ZOO 1991. nije silu posebno navodio kao razlog ništetnosti pravnog posla, već samo prijetnju (čl. 60. ZOO 1991).

Prema ZOO zabluda je bitna i u slučaju kada postoji zabluda o objektu ugovora (čl. 280/1. ZOO), a što nije bilo predviđeno u ZOO 1991. (čl. 61 ZOO 1991). Također, ugovorna strana koje je u zabludi može zahtijevati poništaj ugovora zbog bitne zablude neovisno o svojoj krivnji (čl. 280/2. ZOO), dok se po ZOO 1991. zahtijevalo nepostojanje krivnje ugovorne strane koja je u zabludi (čl. 61/2. ZOO 1991).

U odredbama o nesporazumu, osim što nesporazum o osnovi više nije razlog ništetnosti ugovora, nesporazum o predmetu obveze iz ZOO 1991. (čl. 63. ZOO 1991) zamijenjen je nesporazumom o bitnom sastojku ugovora kao razlogom ništetnosti (čl. 282. ZOO). Riječ je o širem pojmu od pojma predmeta obveze.⁸⁹

U ZOO-u postoji i odredba o sklapanju ugovora elektroničkim putem (čl. 293. ZOO) koju raniji ZOO 1991. nije poznao. Upotrebu elektroničkog potpisa koji je potreban za nastanak takvog ugovora ZOO ne uređuje, već upućuje na primjenu posebnog zakona (čl. 293/3 ZOO).⁹⁰

Značajnije izmjene u ZOO-u odnose na se na opće uvjete ugovora (čl. 295. i 296. ZOO). Te su odredbe usklađene s odredbama Direktive 93/13/EEZ o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima. No, navedene odredbe o općim uvjetima poslovanja primjenjuju se, ne samo na potrošačke, već i na sve ostale ugovore.⁹¹ U odnosu na rješenja iz ZOO 1991. (čl. 142.–144. ZOO 1991) izmijenjena je i definicija općih uvjeta (čl. 295/1. ZOO), uvedena je ništetnost kao jedinstvena sankcija za nepoštene odredbe općih uvjeta (čl. 296/1. ZOO), te navedene okolnosti koje se uzimaju u obzir za ocjenu ništetnosti (čl. 296/3. ZOO).⁹²

Prema ZOO-u, uvjet je činjenica o kojoj ovisi učinak ugovora (čl. 297. ZOO), a ne samo nastanak ili prestanak ugovora kako je to uređivao ZOO 1991. (čl. 74. ZOO 1991).

Punomoćniku, prema ZOO-u, više nije potrebno posebno ovlaštenje za sklapanje ugovora o izbranom sudu (čl. 315/4. ZOO).

Izmijenjene su i posljedice ništetnosti ugovora (čl. 323/1. ZOO). Više nije predviđena mogućnost da sud odluči da druga ugovorna strana ono što je predala po osnovi zabranjenog ugovora preda općini kako je to predviđao ZOO 1991. (čl. 104/2. ZOO 1991). Također, prema ZOO-u, više nema mogućnosti da sud odbije zahtjev nesavjesne strane za povratom onoga što je dala drugoj strani na temelju zabranjenog ugovora (*nemo auditur*).

Redefiniran je i pojam više sile (v. čl. 346 i 1067/1. ZOO). Izričito se navodi da je viša sila događaj koji je: vanjski, nepredvidiv, izvanredan, koji se nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći, a u slučaju ugovorne odgovornosti, traži se da je nastupio poslije sklapanja ugovora. U starijem uređenju iz ZOO 1991. o višoj sili govorilo se samo kao o događaju koji se nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći, s tim da se za slučaj ugovorne odgovornosti tražilo da je nastupio poslije sklapanja ugovora (čl. 263. i 177/1. ZOO 1991).

Velika je novost u ZOO-u da vjerovnik, pored imovinske, ima pravo i na pravičnu naknadu neimovinske štete u slučaju povrede ugovorne obveze⁹³ (čl. 346/1. ZOO). ZOO 1991. priznao je vjerovniku samo pravo na naknadu imovinske štete (čl. 266/1. ZOO 1991). Hrvatski zakonodavac

⁸⁹ KLARIĆ, P., Promjene obveznog prava, op. cit., str. 243.

⁹⁰ Radi se o ZEP-u.

⁹¹ KLARIĆ, P., Promjene obveznog prava, op. cit., str. 243.

⁹² Loc. cit.

⁹³ O tome više: RADOLOVIĆ, A., Naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora, u: BARBIĆ J., CRNIĆ, I., DIKA, M., KLARIĆ, P., RADOLOVIĆ, A., Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 73–117.

je po ovom pitanju slijedio rješenja ponuđena u Landovim načelima prema kojima se oštećenoj ugovornoj strani izričito priznaje pravo na naknadu neimovinske štete zbog neispunjenja ugovorne obveze (čl. 9.501).

Ugovorna kazna prema ZOO-u može se ugovoriti za slučaj ako dužnik ne ispuni, zakasni sa ispunjenjem i ako neuredno ispuni svoju obvezu (čl. 349/1. ZOO), dok je prema ZOO 1991. ugovaranje ugovorne kazne bilo predviđeno samo za slučaj dužnikova neispunjenja ili zakašnjenja (čl. 270/1. ZOO 1991).

Prema ZOO-u, nemogućnost ostvarenja svrhe ugovora i kriterij pravičnosti više nisu razlog za raskid ili izmjenu ugovora zbog promijenjenih okolnosti kao što je to bilo propisano u ZOO 1991. (čl. 133/1. ZOO 1991). Umjesto toga, naglasak je na izvanrednim okolnostima zbog kojih je ispunjenje ugovora postalo pretjerano otežano ili bi nanijelo pretjerano veliki gubitak (369/1. ZOO).

Glede instituta prekomjernog oštećenja, predviđa se novina prema kojoj se trgovački ugovori ne mogu pobijati zbog povrede načela ekvivalencije (čl. 374/5. ZOO).

Određene izmjene uvedene su i u institut odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja (čl. 400.–432. ZOO). Izmjene su u prvom redu posljedica preuzimanja i usklađivanja odredbi ZOO-a s Direktivom 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i jamstvima. Međutim, navedene odredbe o odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja koje su izmijenjene pod utjecajem navedene direktive odnose se, ne samo na potrošačke ugovore, nego i na sve ostale ugovore. ZOO proširuje slučajeve u kojima postoje nedostaci (čl. 401. ZOO), isključuje obvezu pregleda stvari kada je kupac potrošač (čl. 402/3. ZOO), produljuje rokove u kojima je kupac u netrgovačkim ugovorima dužan obavijestiti prodavatelja na dva mjeseca (čl. 404/1. ZOO), produljuje rokove u kojima postoji odgovornost prodavatelja za skrivene nedostatke, pritom posebno pravi razliku između prodaje novih (dvije godine od predaje stvari, čl. 404/2. ZOO) i rabljenih stvari (stranke mogu ugovoriti rok od godine dana, čl. 404/3. ZOO) te produljuje rok nakon kojega prestaju prava kupca s naslova odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja (čl. 422/1. ZOO).

Novo rješenje postoji i kod instituta jamstva za ispravno funkcioniranje prodane stvari (garancija). Predviđa se izdavanje jamstvenog (garancijskog) lista za bilo koju vrstu robe tj. stvari (čl. 423/1. ZOO), a ne samo za tzv. tehničku robu kako je to predviđao ZOO 1991. (čl. 501/1. ZOO 1991).

I u kod ugovornih odnosa, ZOO je izvršio određene izmjene u odnosu na ZOO 1991. Tako se prodaja s pridržajem prava vlasništva može ugovoriti za sve stvari, pa i za nepokretne (462/1. ZOO). U pogledu ugovora o građenju izmjena se odnosi na proširenje hitnih nepredviđenih radova koje je izvođač ovlašten izvršiti bez prethodne suglasnosti naručitelja (čl. 624/2. ZOO). Određene su izmjene umijete i u ugovor o ortaštvu i odnose se na: unošenje uloga u imovinu ortaštava (čl. 641. ZOO), zajedničko upravljanje ortaštvom (čl. 644. ZOO), pravo nadzora nad poslovanjem ortaštva (čl. 645. ZOO), učinke istupa i isključenja iz ortaštva (čl. 652. ZOO), izostavljena predmnijeva nastavka ortaštva (čl. 655. ZOO), nasljeđivanje prava i obveza ortaka (čl. 656. ZOO) te na pravila o redoslijedu namirenja (čl. 658. ZOO). Kod ugovora o prijevozu (čl. 661.–698. ZOO) uvedena je obveza sastavljanja teretnog lista (čl. 668. ZOO, po ZOO 1991. – tovarnog lista) te su izmijenjena pravila o odgovornosti prijevoznika za štetu, npr. umjesto objektivne odgovornosti prijevoznika uvedena je njegova subjektivna odgovornost za gubitak i oštećenje pošiljke (čl. 683. ZOO) i za zakašnjenje (čl. 687. ZOO). Izmijenjena su i pravila o ugostiteljskoj ostavi u pogledu stvari za čije uništenje ili oštećenje ugostitelj odgovara (čl. 738. ZOO) ili koje je dužan primiti na čuvanje (čl. 739. ZOO). Nadalje, nalogodavac prema ZOO-u više nema pravo zahtijevati sniženje ugovorene naknade (čl. 762/3. ZOO). Slično i komisionar ne može više zahtijevati sniženje ugovorene provizije (čl. 783/2. ZOO). Ugovor o trgovinskom zastupanju izmijenjen je kao posljedica preuzimanja Direktive 86/653/EEZ-a koja se odnosi na samostalne trgovačke zastupnike. Tako ZOO uvodi novu definiciju ugovora o trgovinskom

zastupanju (čl. 804. ZOO), redefinira obveze zastupnika (čl. 811.–816. ZOO) i obveze nalogodavca (čl. 817.–826. ZOO), uvodi pravo na posebnu naknadu (čl. 830.–832. ZOO) te odredbe o zabrani ili ograničenju obavljanja djelatnosti (čl. 834. ZOO). Mijenja se i definicija ugovora o posredovanju (čl. 835. ZOO). Određene izmjene odnose se i na ugovor o organiziranju putovanja (čl. 881.–903. ZOO) i to, u prvom redu, kao posljedica preuzimanja Direktive 90/214/EEZ i turističkim paket aranžmanima (pojam i oblik ugovora, obveze organizatora putovanja, kvantitativno ograničenje odštetne odgovornosti, osiguranje putnika, obveze putnika, zamjena putnika, promjena cijene i raskid ugovora). Pojedine odredbe ugovora o osiguranju (čl. 921.–989. ZOO) također su izmijenjene, a posebno definicija ugovora koja je pojednostavljena, definiraju se i bolje razlikuju pojmovi osiguranog slučaja i rizika, te način sklapanja ugovora o osiguranju imovine (propisano je da se ugovor sklapa prihvatom ponude o osiguranju), dok za sklapanje ugovora o osiguranju osoba i dalje vrijedi potpisivanje police osiguranja koje je preuzeto iz ZOO 1991. Uvedena je obveza osiguratelja na naknadu štete i isplate zatezних kamata zbog kašnjenja u isplati osigurnine. Izmjene se odnose i na stečaj osiguranika, te na određivanje korisnika osiguranja. U osiguranju od odgovornosti propisano je da se iz osigurnine isplaćuju troškovi mjera poduzetih na zahtjev osiguratelja ili po sporazumu s njim radi zaštite od neopravdanih i pretjeranih zahtjeva trećih osoba. Izmijenjene su i odredbe o akreditivima (čl. 1028.–1038. ZOO) u skladu s pravilima Međunarodne trgovačke komore u Parizu.⁹⁴

Uređenje izvanugovorne odgovornosti za štetu pretrpjelo je značajne izmjene u odnosu na ZOO 1991. Najznačajnija promjena odnosi se na novo definiranje neimovinske štete (čl. 1046. ZOO). Prihvaćena je tzv. objektivna koncepcija neimovinske štete prema kojoj neimovinska šteta predstavlja povredu samih prava osobnosti.⁹⁵ Fizičke i duševne boli, kao i pretrpljeni strah više nisu oblici neimovinske (ranije nematerijalne) štete, već su to okolnosti koje se, pored ostalih okolnosti, uzimaju u obzir pri utvrđivanju visine pravične novčane naknade. Novost je i, već spominjano, pravo pravnih osoba na naknadu neimovinske štete radi povrede prava osobnosti. Preciziran je i dan dospijea tražbine pravične novčane naknade neimovinske štete – dan podnošenja pisanog zahtjeva ili tužbe (čl. 1103. ZOO), što ranije nije bilo uređeno. Novost je i što se tražbina naknade neimovinske štete može naslijediti ili prenijeti (ustupiti) i dovoljno je da je oštećenik podnio pisani zahtjev ili tužbu (čl. 1105. ZOO), dok je ranije nasljeđivanje i ustupanje bilo moguće tek ako je pravo naknade nematerijalne štete priznato pravomoćnom odlukom ili pisanim sporazumom. Proširen je krug posrednih oštećenika koji imaju pravo na pravičnu novčanu naknadu u slučaju smrti ili teškog invaliditeta bliske osobe, sada su to: djedovi, bake i unučad (čl. 1101/1. i 1101/2. ZOO). Novost je i to što se takvo pravo priznaje i roditeljima u slučaju gubitka začeto, a još nerođenog djeteta. Pravila o odgovornosti za štete izazvane motornim vozilom u pogonu (čl. 1068.–1072. ZOO) dopunjena su pojedinim odredbama o: definiciji motornog vozila, solidarnoj odgovornost suvlasnika i zajedničkih vlasnika motornog vozila, pojmu trećih osoba, odgovornosti u slučaju neovlaštenog korištenja motornog vozila i odgovornosti prema osobi koja se prevozi motornim vozilom.

Bitno je izmijenjen i dopunjen institut odgovornosti proizvođača za neispravan proizvod (čl. 1073.–1080. ZOO) koji je u ZOO 1991. bio poznat pod nazivom odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom (čl. 179. ZOO 1991). Time je ovaj institut usklađen s Direktivom 85/574/EEZ od 25. lipnja 1985. o ujednačavanju prava država članica u pogledu odgovornosti za neispravne proizvode, izmijenjene i dopunjene Direktivom 1999/34/EZ. I po ZOO-u, odgovornost za neispravan proizvod je objektivna. Ograničena je samo na određene štete. ZOO sadrži i definiciju proizvoda (čl. 1074. ZOO), proizvođača, odnosno odgovorne osobe (čl. 1076. ZOO), uređuje slučaj odgovornosti više osoba za štetu od neispravnog proizvoda (čl. 1077. ZOO), razloge oslobađanja od odgovornosti (čl.

⁹⁴ Ibid., str. 248.

⁹⁵ Loc. cit.

1078. ZOO), zabranu ugovornog isključenja ili ograničenja odgovornosti (čl. 1079. ZOO) te rokove za ostvarivanje prava na naknadu štete prouzročene neispravnošću proizvoda (čl. 1080. ZOO).

Određene promjene pretrpio je i institut stjecanja bez osnove. Dodane su odluke suda ili druge nadležne vlasti (čl. 1111/1. ZOO) kao jedna od osnova na kojima se može steći korist. Odredbe o vrijednosnim papirima ostale su neizmijenjene, osim što je ZOO-om iz 2005. g. predviđeno da vrijednosni papir može imati oblik elektroničkog zapisa određen zakonom (čl. 1135. ZOO).

b) Da li je bilo intervencija na zakonu da se uskladi s relevantnim evropskim pravom, i ako jeste s kojim direktivama je vršeno usklađivanje i na koji način?

U ZOO su usesena rješenja koja su rezultat usklađivanja s direktivama Europske unije koje se odnose na europsko ugovorno pravo. Redom su to: Direktiva 85/374/EEZ o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode (čl. 1073. do 1080. ZOO),⁹⁶ Direktiva 86/653/EEZ o usklađivanju propisa država članica u svezi sa samostalnim trgovačkim zastupnicima (čl. 804.–832. ZOO),⁹⁷ Direktiva 90/314/EEZ o turističkim paket aranžmanima (čl. 881. do 903. ZOO),⁹⁸ Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima (čl. 295. i 296. ZOO),⁹⁹ Direktiva 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanim garancijama (čl. 400. do 422. ZOO),¹⁰⁰ 2000/35/EZ o suzbijanju kašnjenja s plaćanjem u trgovinskim transakcijama (čl. 21.–31. ZOO).¹⁰¹ Kod svih navedenih direktiva, osim u slučaju Direktive 85/374/EEZ, radi se o tzv. direktivama minimalne harmonizacije koje zakonodavcima prilikom njihova preuzimanja u nacionalno pravo omogućuju zadržavanje važećih ili usvajanje novih odredbi s višim stupnjem zaštite od onog propisanog direktivom. Stoga je hrvatski zakonodavac prilikom usklađivanja s pravnom stečevinom u području ugovornog prava u više navrata nadišao minimalan propisani standard, npr. čl. 888. ZOO pruža više stupanj zaštite od čl. 5 Direktive 90/314/EEZ propisujući odgovornost organizatora putovanja za svu štetu koju prouzroči putniku neispunjenjem, djelomičnim ispunjenjem ili neurednim ispunjenjem prema načelu objektivne odgovornosti. Isto je učinio i prilikom preuzimanja Direktive 99/44/EZ koju je u odredbe ZOO-a o materijalnom nedostatku kod ugovora o kupoprodaji preuzeo na način da je proširio primjenu nekih njezinih odredbi na sve naplatne ugovore. Nadalje, za razliku od čl. 1/2b Direktive 99/44/EZ koji primjenu direktive ograničava na potrošačku robu kao svaku materijalnu pokretnu stvar (*any tangible movable item*) odredbe ZOO-a o materijalnom nedostatku primjenjuju se na sve stvari (pokretne i nepokretne stvari i prava izjednačena sa stvarima)¹⁰² i sve usluge.¹⁰³

c) Da li su rješenja sadržana u principima evropskog obligacionog zakona (Lando principi), ili iz novijeg Nacrta zajedničkog referentnog okvira primijenjena i njima dopunjen Zakon o obligacijama; ako jeste, naznačite referentne propise koji su uključeni u te zakonske akte!

⁹⁶ Direktiva 85/374/EEZ Vijeća od 25. srpnja 1985. godine o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode (OJ 1985 L 210/29), izmijenjena i dopunjena Direktivom 1999/34/EZ.

⁹⁷ Direktiva Vijeća broj 86/653/EEZ od 18. prosinca 1986. o usklađivanju propisa država članica u svezi sa samostalnim trgovačkim zastupnicima (OJ 1986 L 382/17)

⁹⁸ Direktiva Vijeća 90/314/EEZ od 13. lipnja 1990. o turističkim paket aranžmanima (OJ 1990 L 158/59)

⁹⁹ Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima (OJ 1993 L 95/29).

¹⁰⁰ Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanim garancijama (OJ 1999 L 171).

¹⁰¹ Direktiva 2000/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. lipnja 2000. o suzbijanju kašnjenja s plaćanjem u trgovinskim transakcijama (OJ 2000 L 200/35).

¹⁰² V. čl. 2 ZV-a naprijed naveden.

¹⁰³ V. ČIKARA, E., Hrvatska – Zakonodavne tehnike, u: Civil Law Forum for South East Europe, Collection of Studies and Analyses, first Regional Conference, Cavtat, 2010., vol. III, Beograd, 2010., str. 688.

Načela europskog ugovornog prava, tzv. Landova načela (*Principles of European Contract Law* (PECL)) koja su rezultat rada Komisije za europsko ugovorno pravo osnovane na inicijativu prof. Olea Landa našla su svoj odraz i u određenim pravilima ZOO-a.¹⁰⁴ Tako čl. 12/1. ZOO govori da se na obvezne odnose među trgovcima primjenjuju trgovački običaji (koje su ugovorili), ali i praksa koju su međusobno razvili. Ovakvo rješenje zastupljeno je i u čl. 1.105 st. 1. Landovih načela.

Po uzoru na Landova načela (čl. 2.301), u ZOO-u su izmijenjene i odredbe o predugovornoj odgovornosti za štetu (čl. 251. ZOO) i to na način da je svako vođenje ili odustajanje od pregovora protivno načelu savjesnosti i poštenja¹⁰⁵ temelj odgovornosti za štetu.

ZOO priznaje vjerovniku pravo na pravičnu naknadu neimovinske štete zbog povrede ugovorne obveze (čl. 346/1. ZOO). I ova odredba uvedena je po uzoru na Landova načela koja priznaju pravo na naknadu neimovinske štete zbog neispunjenja ugovorne obveze (čl. 9.501.).¹⁰⁶

Rješenja sadržana u Zajedničkom referentnom okviru (*Common Frame of Reference* (dalje u tekstu: CFR)) kao „opt-in“ instrumentu, koji bi sadržavao zajedničke odredbe i terminologiju europskog ugovornog prava,¹⁰⁷ nisu ušla u odredbe ZOO-a. Naime, budući je iz brojnih priopćenja¹⁰⁸ proizlazio stav Komisije prema kojem se radi(lo) o tzv. „handbook“ ili „toolbox“ odnosno „kutiji s alatom“ namijenjenoj izmjenama i usvajanju novih pravnih akata u okviru revizije važećeg *acquisa*, hrvatski zakonodavac opravdano nije uzeo ove odredbe u obzir dok se ne razjasni buduća uloga i položaj CFR-a u europskom ugovornom pravu.¹⁰⁹ Tako je u vezi sa Zelenom knjigom Komisije o opcijama za napredak prema europskom ugovornom pravu za potrošače i trgovce iz 2010. g.,¹¹⁰ imenovana grupa stručnjaka¹¹¹ zadužena za pomoć Komisiji u izboru određenih dijelova nacrtā CFR-a koji se izravno ili neizravno odnose na ugovorno pravo, kao i u izmjenama, reviziji i nadopuni odabranih odredbi prilikom izrade budućeg instrumenta europskog ugovornog prava.

Da li su rješenja iz pravne prakse najviših sudova u vašoj zemlji primijenjena u izradi propisa u Zakonu o obligacijama? Ako jesu, molimo vas da navedete pitanja (oblasti) u kojima su primijenjeni.

U ZOO-u su primjenu našla i određena rješenja koja imaju svoj izvor u sudskoj praksi. Tipičan primjer za to je ugovor o dosmrtnom uzdržavanju (čl. 586.–589. ZOO) koji izvorno nije bio uređen propisom, već ga je sudska praksa priznala kao zaseban ugovor različit od ugovora o doživotnom uzdržavanju.¹¹² Slijedeći činjenicu dugogodišnjeg postojanja ugovora o dosmrtnom uzdržavanju u

¹⁰⁴ PETRIĆ S., Uvod u Načela europskog ugovornog prava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1 (2008), str. 335.

¹⁰⁵ Landova načela govore o načelu dobre vjere (*good faith*), za što je u hrvatskom pravu kao odgovarajući ekvivalent načelo savjesnosti i poštenja iz čl. 4. ZOO., ali u suštini nije riječ o potpuno identičnim pojmovima da bi se moglo govoriti u smislu istoznačnica. Vidi: ŠARČEVIĆ, S., MIŠČENIĆ E., Uporaba europskoga ili nacionalnoga nazivlja pri preuzimanju direktiva EU-a u hrvatsko zakonodavstvo, u: BRATANIĆ, M. (ur.), Hrvatski jezik na putu u EU, Hrvatska sveučilišna naklada, 2011., str. 124.

¹⁰⁶ KLARIĆ, P., Promjene obveznog prava, op. cit., str. 244.

¹⁰⁷ Izrada CFR-a predložena je prvi puta u priopćenju Komisije „Koherentnije europsko ugovorno pravo – akcijski plan“ od 15. ožujka 2003., COM(2003) 68 fin., OJ EU 2003 C 63/1.

¹⁰⁸ Priopćenje Europske komisije „Europsko ugovorno pravo i revizija pravne stečevine – daljnje djelovanje“, COM (2004) 651 fin. od 11. listopada 2004. g. Prvo radno izvješće o europskom ugovornom pravu“ od 23. rujna 2005. g., COM(2005) 456 final.

¹⁰⁹ Tekst CFR-a koji je Komisiji predstavljen krajem 2007. g., dostupan je od 2008. g. u obliku Nacrtā privremenog izdanja, da bi konačno izdanje od tri dijela, odnosno deset knjiga bilo objavljeno 2009. g. V. VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H., I BEALE, H., HERRE, J., HUET, J., SCHLECHTRIEM, P., STORME, M., SWANN, S., VARUL, P., VENEZIANO, A., I ZOLL, F., Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, Sellier, Munich, 2009.

¹¹⁰ COM(2010) od 1. srpnja 2010.

¹¹¹ Odluka Komisije od 26. travnja 2010. g. o osnivanju grupe stručnjaka o Zajedničkom referentnom okviru u području europskog ugovornog prava, OJ L 105/109.

¹¹² Načelno mišljenje proširene opće sjednice Saveznog vrhovnog suda od 11. siječnja 1957., br. 8/57, Zbirka odluka Saveznog vrhovnog suda i Vrhovnog privrednog suda, II/1–VIII.

praksi, po prvi puta je u hrvatskom pravu ova materija uređena ZN-om iz 2003. godine. ZOO je u cijelosti preuzeo odredbe ZN-a.

U odredbama o odgovornosti za materijalne nedostatke ZOO-om je riješen problem koji se pojavio u sudskoj praksi glede pitanja koja pravila primijeniti na odgovornost za štetu izazvanu ispunjenjem s materijalnim nedostatkom. Propisano je da kupac ima pravo i na popravlanje štete prema općim pravilima o odgovornosti za štetu, uključujući i štetu koju je ovaj zbog nedostatka stvari pretrpio na drugim dobrima, neovisno o tome je li došlo do naknadnog ispunjenja, sniženja cijene ili raskida ugovora (čl. 410/2. ZOO).

No, ZOO je uveo i rješenja koja su suprotna sudskoj praksi koja se razvila prije njegova donošenja. Primjer za to nalazimo u odredbi o pasivnoj legitimaciji kod tužbe za pobijanje dužnikovih pravnih radnji. ZOO-om se, kao pasivno legitimirani, javljaju dužnik i treća osoba s kojom je ili u čiju je korist pravna radnja poduzeta, odnosno njezini univerzalni sukcesori (čl. 69/2. ZOO). Sudska praksa izgrađena prema pravilima na ZOO 1991. nije pasivno legitimiranim smatrala dužnika, jer vjerovnik nije imao pravo zahtijevati poništenje pravne radnje poduzete između dužnika i trećega (budući je takva pravna radnja valjana), pa nije bilo ni potrebno da dužnik i treća osoba budu suparničari na pasivnoj strani.¹¹³

Predstavite novine (ukoliko ih ima) u vezi s općim pitanjima o obligacijama/ugovorima odvojeno!

Novine koje je ZOO 2005 unio u pogledu općih pitanja o obveznim odnosima, a o kojima je već ranije bilo riječi, su sljedeće:

- Izričito je propisano da se na odnose među trgovcima primjenjuje praksa koju su međusobno razvili (12/1. ZOO).
- Definicija trgovačkog ugovora izmijenjena je u odnosu na privredne ugovore. Trgovački ugovori su oni što ih sklapaju trgovci među sobom u obavljanju djelatnosti koje čine predmet poslovanja barem jednoga od njih ili su u vezi s obavljanjem tih djelatnosti (čl. 14/2. ZOO).
- Uveden je nov način obračuna tečaja kada je ugovoreno izračunavanje novčane obveze u stranoj valuti (čl. 22/2. ZOO).
- Promijenjen je način obračuna zatezних i ugovornih kamata u cilju usklađivanja rješenja s odredbama Direktive 2000/35¹¹⁴ o sprečavanju zakašnjenja u plaćanju u trgovačkim ugovorima (čl. 21.–31. ZOO).
- Predugovorna odgovornost za štetu postoji ako se pregovori vode protivno načelu savjestnosti i poštenja ili se protivno tom načelu odustane od pregovora (čl. 251/3. ZOO).
- Uvrštena je i odredba o sklapanju ugovora elektroničkim putem (čl. 293. ZOO) koju raniji ZOO 1991. nije poznao.
- Izmijenjena je definicija općih uvjeta (čl. 295/1. ZOO), uvedena je ništetnost kao jedinstvena sankcija za nepoštene odredbe općih uvjeta (čl. 296/1. ZOO) te su navedene okolnosti koje se uzimaju u obzir za ocjenu ništetnosti (čl. 296/3. ZOO).

¹¹³ VSH, Rev–1866/90–2 od 6. 11. 1990. g., Pregled sudske prakse, Naša zakonitost, br. 51/76. O pobijanju dužnikovih pravnih radnji v. MIHELČIĆ, G., BELANIĆ, L., Pravni učinci pobijanja dužnikovih pravnih radnji izvan stečaja, Pravo u gospodarstvu, br. 3/2010., str. 826–854.

¹¹⁴ Direktiva 2000/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. lipnja 2000. o sprečavanju zakašnjenja u plaćanju u trgovačkim ugovorima, Official Journal (OJ) L 200/35, 8. kolovoza 2000.

- Vjerovniku je priznato pravo na pravičnu novčanu naknadu neimovinske štete u slučaju povrede ugovorne obveze (čl. 346/1. ZOO).
- Ugovorna kazna može se ugovoriti i za slučaj ako dužnik neuredno ispuni svoju obvezu, a ne samo u slučaju neispunjenja ili zakašnjenja (čl. 349/1. ZOO).
- Pojednostavljena je mogućnost raskida ili izmjene ugovora zbog promijenjenih okolnosti. Mora se raditi o okolnostima zbog kojih je ispunjenje ugovora postalo pretjerano otežano ili bi nanijele pretjerano veliki gubitak (čl. 369/1. ZOO).
- U pogledu odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja ZOO, kao posljedicu usklađivanja s Direktivom 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i jamstvima, proširuje slučajeve u kojima postoje nedostaci (čl. 401. ZOO), isključuje obvezu pregleda stvari kada je kupac potrošač (čl. 402/3. ZOO), produljuje rokove u kojima je kupac u netrgovačkim ugovorima dužan obavijestiti prodavatelja na dva mjeseca (čl. 404/1. ZOO), produljuje rokove u kojima postoji odgovornost prodavatelja za skrivene nedostatke, pritom posebno pravi razliku između prodaje novih (dvije godine od predaje stvari, čl. 404/2. ZOO) i rabljenih stvari (strane mogu ugovoriti rok od godine dana, čl. 404/3. ZOO) te produljuje rok nakon kojega prestaju prava kupca s naslova odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja (čl. 422/1. ZOO).
- Predviđa se izdavanje jamstvenog (garancijskog) lista za bilo koju vrstu robe tj. stvari (čl. 423/1. ZOO), a ne samo za tzv. tehničku robu kako je to predviđao ZOO 1991.

Novine koje je ZOO unio u pogledu ugovora, a o kojima je već ranije bilo riječi, su sljedeće:

- Uređeni su ugovori koje ZOO 1991. nije sadržavao: ugovor o darovanju (čl. 479.–498. ZOO), ugovor o posudbi (čl. 508.–517. ZOO), ugovor o najmu (čl. 553.–578. ZOO) ugovor o doživotnom uzdržavanju (čl. 579.–585. ZOO), ugovor o dosmrtnom uzdržavanju (čl. 586.–589. ZOO).
- Prodaja s pridržajem prava vlasništva može ugovoriti za sve stvari, pa tako i za nepokretne (čl. 462/1. ZOO).
- U ugovoru o građenju izmijenjen je sadržaj pojma hitnih nepredviđenih radova koje je izvođač ovlašten izvršiti bez prethodne suglasnosti naručitelja (čl. 624/2. ZOO). Odgovornost za solidnost građevine zamijenjena je odgovornošću za bitne zahtjeve za građevinu (čl. 633 ZOO). Navedena odgovornost odnosi se na izvođača radova i projektanta, ali i na osobu koja je zadužena za nadzor nad radovima (čl. 633/4 ZOO) što predstavlja novost u odnosu na staro uređenje. Što se to smatra pod tzv. bitnim zahtjevima za građevinu nije posebno uređeno ZOO-om. Međutim, radi se o onim zahtjevima koji su navedeni u čl. 14–16 Zakona o prostornom uređenju i gradnji, a oni se odnose na šest svojstava građevine:¹¹⁵ 1) mehaničku otpornost i stabilnost, 2) zaštitu od požara, 3) higijenu, zdravlje i zaštitu okoliša, 4) sigurnost u korištenju, 5) zaštita od buke, 6) uštedu energije i toplinsku zaštitu. Navedeni zahtjevi rezultat su implementacije Direktive 89/106/EEZ o građevinskim proizvodima¹¹⁶ koji su sadržani u Dodatku I. Direktive.
- Izmijenjene su odredbe o ugovoru o ortaštvu: unošenje uloga u imovinu ortaštava (čl. 641. ZOO), zajedničko upravljanje ortaštvom (čl. 644. ZOO), pravo nadzora nad poslovanjem ortaštva (čl. 645. ZOO), učinci istupa o isključenja iz ortaštva (čl. 652. ZOO), izostavljena pred-

¹¹⁵ O bitnim zahtjevima za građevinu u: VUKMIR, B., Ugovori o građenju i uslugama savjetodavnih inženjera, RRIF, Zagreb, 2009., str. 431–436.

¹¹⁶ Direktiva 89/106/EEZ Vijeća od 21. prosinca 1988. godine o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica u vezi građevinskih proizvoda OJ 1989 L 40, 11. veljače 1989.

mnijeva nastavka ortaštva (čl. 655. ZOO), nasljeđivanje prava i obveza ortaka (čl. 656. ZOO) te na pravila o redoslijedu namirenja (čl. 658. ZOO).

- U ugovoru o prijevozu uvedena je obveza sastavljanja teretnog lista (čl. 668. ZOO) te je uvedena subjektivna odgovornost prijevoznika za gubitak i oštećenje pošiljke (čl. 683. ZOO) i za njegovo zakašnjenje (čl. 687. ZOO).
- Određene su stvari za čije uništenje ili oštećenje ugostitelj odgovara (čl. 738. ZOO) ili koje je dužan primiti na čuvanje (čl. 739. ZOO).
- Nalogodavac nema više pravo zahtijevati sniženje ugovorene naknade ako bi ugovorena naknada bila u nesrazmjeru s uslugama.
- Komisionar ne može više zahtijevati sniženje ugovorene provizije ako bi naknada bila u nesrazmjeru prema obavljenom poslu i postignutom rezultatu.
- Ugovor o trgovinskom zastupanju (čl. 804.–834. ZOO) izmijenjen kao posljedica preuzimanja Direktive 86/653/EEZ-a koja se odnosi na samostalne trgovačke zastupnike (nova definicija ugovora, izmijenjen obveze zastupnika i nalogodavca, uvedeno je pravo na posebnu naknadu zastupnika te odredbe o zabrani ili ograničenju obavljanja djelatnosti).
- U pogledu ugovora o organiziranju putovanja (čl. 881.–903. ZOO) izmjene se odnose na pojam i oblik ugovora, obveze organizatora putovanja, kvantitativno ograničenje odštetne odgovornosti, osiguranje putnika, obveze putnika, zamjena putnika, promjena cijene i raskid ugovora. Ove su izmjene posljedica preuzimanja Direktive 90/214/EEZ i turističkim paket aranžmanima.
- Kod ugovora o osiguranju (čl. 921.–989. ZOO) izmijenjena definicija ugovora koja je pojednostavljena, definicija i bolje razlikovanje pojmova osiguranog slučaja i rizika, te način sklapanja ugovora o osiguranju imovine (propisano je da se ugovor sklapa prihvatom ponude o osiguranju), dok za sklapanje ugovora o osiguranju osoba i dalje vrijedi potpisivanje police osiguranja. Osiguratelj je obvezan na naknadu štete i isplate zatezних kamata zbog kašnjenja u isplati osigurnine. Izmjene se odnose i na stečaj osiguranika te na određivanje korisnika osiguranja. U osiguranju od odgovornosti propisano je da se iz osigurnine isplaćuju troškovi mjera poduzetih na zahtjev osiguratelja ili po sporazumu s njime radi zaštite od neopravdanih i pretjeranih zahtjeva trećih osoba.
- U ZOO izmijenjene su i odredbe o akreditivima (čl. 1028.–1038. ZOO) u skladu s pravilima Međunarodne trgovačke komore u Parizu.

Da li vaši zakoni također reguliraju dio koji se odnosi na vladine sporazume, i ako je odgovor pozitivan, molimo vas naznačite te sporazume, kao i kratko opišete najvažnija rješenja u tim sporazumima.

Kao što je već gore u tekstu spomenuto stari ZOO 1978. sadržavao je niz naprednih rješenja, a što je, između ostalog, bila i posljedica utjecaja odredbi unificiranog prava međunarodne kupoprodaje, koje su rezultat rada Komisije OUN za pravo međunarodne trgovine (UNCITRAL), odnosno utjecaja Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe (CISG).¹¹⁷ Te su odredbe zadržale svoje mjesto i u ZOO-u. Tako npr. postoje zajedničke karakteristike ili sličnosti između odredbi ZOO-a i Konvencije (CISG) o određenju cijene u ugovoru. Prema čl. 55. Konvencije, ako je ugovor valjano sklopljen, makar cijena ugovorom nije ni izričito ni prešutno određena niti u ugovoru postoje odredbe na temelju kojih bi se mogla odrediti, smatra se da su strane prešutno prihvatile cijenu koja se je u trenutku sklapanja ugovora redovito naplaćivala u odnosnoj trgovačkoj grani za istu robu

¹¹⁷ U Republici Hrvatskoj preuzeta aktom Objave stupanja na snagu Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, Narodne novine – međunarodni ugovori, br. 15/98.

prodanu pod sličnim okolnostima. Odgovarajuće pravilo poznaje i ZOO u čl. 384/2 koji kaže: „Kad trgovačkim ugovorom o kupoprodaji cijena nije određena, niti u njemu ima dovoljno podataka s pomoću kojih bi se ona mogla odrediti, kupac je dužan platiti cijenu koju je prodavatelj redovito naplaćivao u vrijeme sklapanja ugovora, a kad ove nema, razumnu cijenu.“ Nadalje, čl. 384/3 ZOO pod razumnom cijenom smatra tekuću cijenu u vrijeme sklapanja ugovora, a ako se ona ne može utvrditi, onda cijenu koju utvrđuje sud prema okolnostima slučaja.¹¹⁸

Kakav je odnos između *lex specialis* akata kojima se regulira širi opseg obligacionog prava i Zakona o obligacijama? Naznačite najvažnije zakone i predmet njihovog reguliranja!

U hrvatskom se pravu, pa i u dijelu koji uređuje obveznopravne odnose, slijedi pravilo o posebnom propisu – *lex specialis derogat legi generali*. Tako, pravila posebnoga propisa imaju prednosti i primjenjuju se kada je neko pitanje (institut) uređeno posebnim propisom. Do primjene općih pravila, tradicionalno, dolazi u slučaju kada se kumulativno steknu slijedeće pretpostavke: a) kada neko pitanje nije uređeno pravilima posebnog propisa, odnosno b) kada tim pravilima nije uređeno drugačije. Ima slučajeva kada se predmetno pravilo o primjeni pravila ZOO-a kao općeg propisa izrijekom predviđa, pa ta pravila imaju klasičnu tzv. nadopunjujuću funkciju, npr. Zakon o zaštiti potrošača¹¹⁹ u čl. 2/2. propisuje da će se, u slučaju da njime nije drugačije određeno, na obveznopravne odnose između potrošača i trgovca primijeniti odredbe ZOO-a. Zakon o potrošačkom kreditiranju¹²⁰ kojim je uređen ugovor o potrošačkom kreditu je npr. *lex specialissima* spram ZZZP-a u materiji koju on uređuje.

Pored navedenog slučaja kada je riječ o „čistim“ obveznopravnim pravilima privatnopravne naravi, brojni su slučajevi da se u propisu nalaze pravila koja su izvorno privatnopravne obveznopravne naravi, ali uz njih (tj. pored njih) propis sadrži i pravila javnopravne naravi. S tim da pojedini propisi takve mješovite naravi pretežito sadrže pravila privatnopravne prirode, a neki javnopravne. Među takve propise spadaju: Zakon o leasingu,¹²¹ Zakon o osiguranju,¹²² ZNS, ZZKPP, ZPZ, ZEP, Zakon o elektroničkoj trgovini,¹²³ itd. iz čijih je naslova vidljivo i polje primjene propisa *ratione materiae*. Dobar je u ovom pravcu primjer iz OPZ-a u dijelu gdje se uređuje tzv. porezna zastara. Pravilima OPZ-a, naime, određeno je da će se za sva pitanja koja u odnosu na poreznu zastaru nisu uređena OPZ-om primijeniti pravila ZOO-a, naravno, pod naprijed navedenim pretpostavkama.

Kako je pitanje primjene (općih i posebnih) rokova plaćanja kao izvora obligacionog prava regulirano u vašem zakonu? (da li se primjena podrazumijeva, ili se mora eksplicitno dogovoriti ili je nedvosmisleno rezultat okolnosti).

U Republici Hrvatskoj glede uređenja rokova plaćanja treba razlikovati da li se obveza plaćanja ispunjava na temelju ugovora građanskog prava ili na temelju trgovačkog ugovora.

Ako se radi u ugovoru građanskog prava primjenjuje se temeljno pravilo ZOO-a o vremenu ispunjenja svih obveza, pa tako i novčanih obveza (obveza plaćanja). Njime je predviđeno da same ugovorne strane slobodno ugovaraju rok ispunjenja/plaćanja (čl. 173/1. ZOO). Dužnik je dužan u ugovorenom roku ispuniti svoju novčanu obvezu tj. obvezu plaćanja.¹²⁴ Ako rok plaćanja nije

¹¹⁸ O tome detaljnije kod BARETIĆ, M., NIKŠIĆ, S., Croatia, u: FERRARI, F., The CISG and its Impact on National Legal Systems, Sellier, München, 2008., str. 93.

¹¹⁹ NN br. 79/07, 125/07 – ispravak i 79/09.

¹²⁰ NN br. 75/09.

¹²¹ NN br. 135/06

¹²² NN br. 151/05, 87/08 i 82/09.

¹²³ NN br. 173/03, 67/08 i 36/09.

¹²⁴ SLAKOPER, et al., Obvezno pravo, op. cit., str. 219.

posebno ugovoren, dužnik je dužan ispuniti novčanu obvezu u zakonskom roku (čl. 173/2. ZOO). Ako takav ne postoji, uzimaju se u obzir razne okolnosti (cilj posla, narav obveze, itd.) za određivanje roka plaćanja (čl. 173/3. ZOO).

Ako obveza plaćanja proizlazi iz trgovačkog ugovora, za sada se, primjenjuje odredba čl. 174. ZOO o ispunjenju novčanih obveza kod trgovačkih ugovora, a koja je u ZOO unesena kao rezultat preuzimanja Direktive 2000/35/EZ o sprečavanju zakašnjenja u plaćanju kod trgovačkih ugovora. Međutim, predmetno pravilo primjenjivat će se još kratko, jer 1. siječnja 2012. g. stupaju na snagu pravila Zakona o rokovima ispunjenja novčanih obveza.¹²⁵ Njime se derogira odredba čl. 174 ZOO, tako da su pravila iz postojećeg čl. 174. ZOO bitno izmijenjena, a, dodatno, za nepoštivanje propisanih rokova predviđene novčane prekršajne kazne.

Prema ZRINT-u, među poduzetnicima može se ugovoriti rok ispunjenja novčane obveze najduže do 60 dana (čl. 2/1. ZRINT), a između poduzetnika i osoba javnog prava u kojem je osoba javnog prava dužnik novčane obveze – do 30 dana (čl. 3/1. ZRINT).¹²⁶ Samo se iznimno može ugovoriti duži rok ispunjenja novčane obveze. Ako ugovorom nije ugovoren rok ispunjenja, dužnik je dužan ispuniti novčanu obvezu (obvezu plaćanja) u roku od 30 dana (čl. 2/3. i 3/4. ZRINT). Pri tomu vjerovnik nije dužan pozvati dužnika da ispuni obvezu, već to dužnik mora sam učiniti na temelju Zakona. Ugovorne strane mogu ugovoriti kraće rokove plaćanja od propisanih maksimalnih 30, odnosno 60 dana, ali je mogućnost ugovaranja dužeg roka ograničena. Duži rok plaćanja ugovorne strane mogle bi ugovoriti samo ako time ne bi bila prouzročena očigledna neravnopravnost u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu vjerovnika (čl. 4/4. ZRINT). U protivnom, takva bi ugovorna odredba bila ništetna. Ništetne su odredbe kojima se isključuje, ograničava ili uvjetuje pravo vjerovnika na zatezne kamate za slučaj dužnikova zakašnjenja s ispunjenjem novčane obveze (čl. 4/1. ZRINT). Također su ništetne odredbe kojima se određuje datum primitka računa ili drugog odgovarajućeg zahtjeva za isplatu (čl. 4/2. ZRINT).¹²⁷

Ima li razmišljanja u vašoj zemlji, slijedeći primjer nekih evropskih zemalja, da ugovorni dio Zakona o obligacijama, tj. specijalni ugovori budu regulirani u okviru Zakona o trgovini?

U Republici Hrvatskoj sustav obveznih odnosa izgrađen je na monističkom uređenju.¹²⁸ U pravnoj znanosti nema razmišljanja o napuštanju takovog modela uređenja obveznih odnosa, naprotiv, i dalje se zagovara.¹²⁹ Posljedično tomu, odredbe ZOO-a primjenjuju se na sve vrste ugovora, osim ako za trgovačke ugovore nije izrijekom drukčije određeno (čl. 14/1. ZOO). Za sve obvezne odnose (ugovore građanskog prava i trgovačke ugovore) primjenjuju se jedinstvena pravila ZOO-a. Sam ZOO izrijekom naglašava u kojim se slučajevima njegove odredbe primjenjuju isključivo na trgovačke ugovore. S tim, ako su pojedini ugovori uređeni posebnim zakonom,¹³⁰ da se i tada ZOO primjenjuje na taj ugovor kao *lex generalis*, za sva ona pitanja koja nisu posebno uređena posebnim zakonom. Na neimenovane ugovore također se primjenjuju pravila ZOO-a.

¹²⁵ NN, br. 125/11, dalje: ZRINT.

¹²⁶ Prema čl. 2/4 i čl. 3/5 ZRINT, rok od 30, odnosno 60 dana počinje teći: 1) od dana kad je dužnik primio račun ili drugi odgovarajući zahtjev za isplatu, 2) od dana kad je vjerovnik ispunio svoju obvezu, ako nije moguće sa sigurnošću utvrditi dan primitka računa ili drugog odgovarajućeg zahtjeva za isplatu ili ako je dužnik primio račun ili drugi odgovarajući zahtjev za isplatu prije negoli je vjerovnik ispunio svoju obvezu, 3) od dana proteka roka za pregled predmeta obveze, ako je ugovorom ili zakonom predviđen određeni rok za takav pregled, a dužnik je primio račun ili drugi odgovarajući zahtjev za isplatu prije proteka toga roka.

¹²⁷ Provedbu Zakona nadzire Financijska policija (čl. 5. ZRINT). Neplaćanje u propisanim rokovima predstavlja prekršajno djelo. Dužnik koji ne ispuni novčanu obvezu u propisanim rokovima kažnjava se za prekršaj novčanom kaznom od 10.000,00 do 1.000.000,00 kuna (čl. 6/1. ZRINT), a odgovorna osoba dužnika novčanom kaznom od 1.000,00 do 50.000,00 kuna (čl. 6/2. ZRINT).

¹²⁸ KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., op. cit., str. 13.

¹²⁹ JOSIPOVIĆ, T., *Rekodifikazirung...*, op. cit., str. 222.

¹³⁰ Npr. ugovor o leasingu uređen je Zakonom o leasingu, NN, br. 135/06.

Postojećim Zakonom o trgovini¹³¹ uređeni su uvjeti za obavljanje djelatnosti trgovine na domaćem tržištu, uvjeti za obavljanje trgovine s inozemstvom, zaštitne mjere pri uvozu i izvozu, mjere ograničavanja obavljanja trgovine, radno vrijeme u djelatnosti trgovine, mjere zabrane nepoštenog trgovanja te nadzor i upravne mjere (čl. 1 ZT). U skladu s navedenim, ugovorni odnosi nisu predmet uređenja ZT-a, već su to prvenstveno pravni odnosi javnopravnog karaktera iz djelatnosti trgovine.

Ako ti ugovori ostanu u oblasti obligacionog prava, da li postoje neka *lex specialis* rješenja u vašoj zemlji koja se odnose na trgovačke ugovore, pored onih koji su obuhvaćeni Zakonom o obligacijama bivše SFRJ?

U Republici Hrvatskoj obveznopravni, pa tako i ugovorni odnosi uređeni su jedinstveno ZOO-om. Određen broj obveznih odnosa uređen je pravilima posebnih propisa, ali se i na njih, supsidijarno, kao *lex generalis* primjenjuje ZOO. U pogledu ugovornih odnosa koji su uređeni posebnim propisom razlikuju se npr. oni koji su potpuno uređeni ZOO-om, ali se posebnim propisima uređuju pojedina specifična ugovorna područja. Tipičan primjer su ZZKPP i ZNS, te ZPZ u kojem se nalaze odredbe o ugovoru o zakupu poljoprivrednog zemljišta. Ugovori o kupoprodaji, najmu i zakupu generalno su uređeni ZOO-om. Navedenim posebnim propisima ugovor o zakupu, ugovor o kupoprodaji, odnosno ugovor o najmu posebno su uređeni u odnosu na posebne predmete ugovora: poslovni prostor, poljoprivredno zemljište, stanove i sl. U drugu vrstu posebnih propisa (*lex specialis*) ulaze propisi koji uređuju ugovorne odnose koji nisu uređeni ZOO-om. Primjer takvog posebnog uređivanja nalazi se u Zakonu o leasingu¹³² koji kao *lex specialis* uređuje ugovor o leasingu (čl. 35-51. ZL), ali i ostala pitanja koja se odnose na djelatnost leasinga (leasing društva, financijsko izvještavanje, nadzor nad leasing društvima, upravljanje rizicima, čl. 1 ZL). No, i u tom se zakonu navodi kako se na prava i obveze subjekata u poslovima leasinga primjenjuju odredbe općeg dijela ZOO-a, osim ako ZL-om nije drugačije određeno (čl. 39. ZL). Dakle, i u pogledu ugovora o leasingu ZOO je *lex generalis*, što znači da ugovorne odnose u posebnim propisima nije moguće zasebno i izdvojeno promatrati od općih propisa o uređenju obveznih/ugovornih odnosa. Time se još jednom potvrđuje važnost monističkog uređenja ugovornih odnosa u RH.

Ovdje je korisno iznijeti ideju o potrebi uređenja ugovora o osiguranju posebnim zakonom izvan ZOO-a. Naime, riječ je o specifičnom ugovoru koji se odnosi na posebnu djelatnost (djelatnost osiguranja), iz koje se razvila i zasebna grana prava (pravo osiguranja). Slična rješenja postoje u poredbenom pravu. Naime, mnoge europske države imaju posebne zakone o ugovoru o osiguranju (Francuska, Njemačka, Švicarska, Austrija) kojima je uređen taj ugovor, a upravo radi velikog broja specijalnih instituta koji se razlikuju od ostalih instituta obveznog prava. Osim toga, u suvremenim tržišnim uvjetima i radi potreba osiguranika, razvijeni su u praksi pojedini tipovi ugovora o osiguranju koji zahtijevaju preciznije normativno uređenje koje, za sada, izostaje (npr. osiguranje pravne zaštite,¹³³ putno osiguranje, bolesničko osiguranje, različite vrste osiguranja od odgovornosti, transportno osiguranje, osiguranje za slučaj profesionalne nesposobnosti za rad, i sl.). U svakom će slučaju, ako se hrvatski zakonodavac ne odluči donijeti novi propis, postojeće odredbe ZOO-a o ugovoru o osiguranju trebati nadopuniti pravilima o pojedinim posebnim vrstama ugovora o osiguranju. Pri tomu treba uzeti u obzir i direktive koje uređuju pojedine vrste djelatnosti (poslove) osiguranja.

¹³¹ NN, br. 87/08., 96/08., 116/08. i 114/11, dalje: ZT.

¹³² NN, br. 135/06, dalje: ZL.

¹³³ O osiguranju pravne zaštite više: BELANIĆ, L., Ugovor o osiguranju pravne zaštite u poredbenom pravu s osvrtom na hrvatsko pravo, Zbornik radova sa XII. međunarodnog savjetovanja „Promene u pravu osiguranja Srbije u okviru Evropskog (EU) razvoja prava osiguranja“, Palić, Srbija, 15–17., travnja 2011., str. 216 et seq.; BELANIĆ, L., Smjernica o osiguranju pravne zaštite i njezina implementacija u hrvatsko pravo, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 31. br. 2 (2010.), str. 1019 et. seq.

IZRADA GRAĐANSKOG ZAKONA

I. Opći građanski zakon(ik)

Kako vaše zakonodavstvo regulira pitanja koja su dio oblasti općeg građanskog prava, prema sistemu pandektnog prava? Da li postoje neki zakonski akti *lex specialis* u vezi s gore pomenutim pitanjem, i ukoliko postoje, navedite te zakone, kao i šta je predmet koji reguliraju. (Pitanje se odnosi na zemlje bez građanskog zakonika) Ukoliko je usvojen građanski zakonik u vašoj zemlji, ili je u procesu donošenja, molimo vas da u ga predstavite u kratkim crtama, u smislu općeg građanskog prava.

Da li su pitanja koja se odnose na građanski i pravni subjektivitet fizičkih i pravnih osoba (pravne, poslovne kvalifikacije i one vezane za delikt) regulirana zakonski? Ako jesu, molimo vas da navedete pravne akte kojima su ova pitanja regulirana u pomenutom redoslijedu.

U slučaju da nije donesen građanski zakonik u vašoj zemlji, postoje li neke ideje o tome da se oblast građanskog prava regulira kao dio jednog zakona/zakonika ili u okviru različitih zakona kao metode koja je najprikladnija?

• ass. mr. Marija Radevska, Pravni fakultet, Univerzitet "Goce Delčev" – Štip

Pitanja koji su dio oblasti općeg građanskog prava prema sistemu pandektnog prava u našem zakonodavstvu nisu uređena na jednom mestu. Ne postoji posebni zakon koji sadrži zajednička pravila i načela za sve delove građanskog prava, kao šta su odredbe o ličnim i statusnim pravima fizičkih i pravnih lica, odredbe o rokovima, zastarelosti i druga pitanja.

Pravni subjektivitet fizičkih i pravnih osoba reguliran je zakonski. Regulativa o pravnoj i poslovnoj sposobnosti fizičkih i pravnih osoba nalazi se u Zakonu o obligacionim odnosima, tačnije one su uvedene Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima (Sl. glasnik br. 84 od 11. 7. 2008. god.). Dio odredaba o poslovnoj sposobnosti fizičkih osoba, odredbe o oduzimanju i ograničenju poslovne sposobnosti i institut starateljstva, nalaze se u Zakonu o porodici (Sl. glasnik br. 83 od 24. 11. 2004. (prečišćeni tekst)). Odredbe o deliktnoj sposobnosti nalaze se u Zakonu o obligacionim odnosima, u odelu 2 "Pričinjenje štete".

U Makedoniji postoji ideja o kodifikaciji građanskog prava i u toku je državni projekat o izradi građanskog zakonika.

II. Imovinski zakon

Postoji li neki opći zakon kojim se regulira pravo na imovinu i druga imovinska prava u vašoj zemlji? Ako ne postoji, koji se propisi primjenjuju u vezi s imovinskopравnim odnosima? Da li postoji neki poseban imovinski zakon ili druga imovinska prava koja su već uključena u zakonodavstvo! Pored općeg zakona, postoje li neki drugi zakoni kojima se reguliraju pitanja iz imovinskopравne oblasti? Ako postoje, navedite zakone i predmete koje reguliraju!

• **ass. mr. Marija Radevska, Pravni fakultet, Univerzitet “Goce Delčev” – Štip**

Opći zakon kojim se regulira pravo svojine i druga stvarna prava (založno pravo, pravo službenosti i realni teret) je Zakon o svojini i drugim stvarnim pravima (Sl. glasnik br. 18/2001 sa izmenama i dopunama – Sl. glasnik br. 92/08, Sl. glasnik br. 139/09 i Sl. glasnik 35/10). Jedino stvarno pravo koje nije regulisano općim zakonom je pravo na dugotrajan zakup građevinskog zemljišta koji je regulisan *lex specialisom* – Zakonom o građevinskom zemljištu (Sl. glasnik br. 17 od 11. 2. 2011. god. sa izmenama i dopunama iz Sl. glasnik br. 53 od 14. 4. 2011). Postoje i drugi *lex specialisi* koji regulišu ostala stvarna prava. Založno pravo regulisano je Zakonom o ugovornom zalogu (Sl. glasnik br. 05/03), a realni teret regulisan je Zakonom o nasleđivanju (Sl. glasnik 47/96) u delu koji regulira legat kao vrstu realnog tereta).

III. Zakon o obligacijama

Da li je usvojen novi zakon o obligacijama u vašoj zemlji, ili je Zakon SFRJ-a iz 1978. g. prihvaćen kao nacionalni zakon? Ukoliko je usvojen novi nacionalni zakon, molimo vas da: a) naznačite nova rešenja po kojima se novi zakon razlikuje od zakona SFRJ iz 1978. g., b) Da li je bilo intervencija na zakonu da se uskladi s relevantnim evropskim pravom, i ako jeste s kojim direktivama je vršeno usklađivanje i na koji način? c) Da li su rešenja sadržana u principima evropskog obligacionog zakona (Lando principi), ili iz novijeg Nacrta zajedničkog referentnog okvira primijenjena i njima dopunjen Zakon o obligacijama; ako jeste, naznačite referentne propise koji su uključeni u te zakonske akte!

• **doc. dr. Neda Zdraveva, Pravni fakultet “Justinijan Prvi”, Univerzitet “Sv. Kiril i Metodij”, Skopje**

Zakon o obligacionim odnosima SFRJ bio je primenljiv u Republici Makedoniji do 2001. godine kada je donet (novi) makedonski Zakon o obligacionim odnosima. Primena u periodu od 1991. do 2001. bila je na osnovu člana 5 Zakona o sprovođenju Ustava. Aktivnosti za donošenje makedonskog zakona započele su 1996. godine, a već 1997. godine, od strane Ministarstva za pravdu sačinjen je Predlog o izmenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima. Rad na ovom tekstu intenzivira se u 1998. godini, kada je u okviru projekta USAID-a za delovno okruženje formirana posebna fokus grupa. Stav ove grupe je bio da se ne treba raditi na izmenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima, već da se donese novi zakon. Ministarstvo za pravdu je 1999. godine formiralo radnu grupu za izradu predloga zakona o obligacionim odnosima. Radna grupa je imala u vidu da se radi o, uslovno rečeno, prvoj fazi u izradi Kodifikacije makedonskog građansko prava. Svesna da je zadatak preobiman za rokove koji su bili postavljeni, bilo je odlučeno da se u ovoj, uslovno govoreći, prvoj fazi, pristupi ka urgentnim i nužnim promenama dok će u drugoj fazi, koja će se odvijati u okviru šireg projekta za kodifikaciju, biti urađene dublje promene.

Zakon o obligacionim odnosima je usvojen od strane Skupštine Republike Makedonije koja je održana 20. 2. 2001. godine. U čemu su se sastojale novine:

1. uvodna odredba Zakona u članu 1 je pojednostavljena,
2. u članu 2 kao učesnici obligacionih odnosa definišu se pravna i fizička lica,
3. definicije načela obligacionog prava prilagođene su novom pravno-političkom sistemu,
4. izbrisane su odredbe članova 118–120 koje su se odnosile na samoupravne sporazume,

5. uvedeni su članovi 167 i 168 koji su usaglašeni s Civilnom konvencijom za korupciju Saveta Evrope, odnosno Evropskom konvencijom za obeštećenje žrtava krivičnih dela izvršenih nasiljem,
6. uveden je član 169 kojim se uređuje odgovornost za štetu prouzrokovanu od strane međunarodnih vojnih ili drugih organizacija,
7. izbrisane su odredbe članova 1099–1105 zbog unitarnog karaktera države,
8. kategorija „moral socijalističkog samoupravnog društva“, u svim odredbama u kojima se javljala zamenjena je kategorijom „dobri običaji“,
9. vraćene su klasične definicije ugovora o prodaji, razmeni i zajmu time što se iz postojeće definicije izbrisalo „pravo raspolaganja“,
10. predvidela se pismena forma ugovora o prodaji nepokretnih stvari bez obzira na status kupca,
11. uređen je ugovor o poklonu /članovi 555–569/, ortakluk (zajednica) /članovi 667–703/, posluga /članovi 603–618/, ugovor o doživotnom izdržavanju /članovi 1029–1035/ i ugovor o raspodeli imovine za vreme života /član 1022–1028/,
12. napravljene su izmene u uređenju novčanih obligacionih odnosa koje znače modifikaciju rešenja pazarne ekonomije – izmene se odnose na načelo monetarnog nominalizma i punovažnost valutnih i indeksnih klauzula, kako i na način preračuna kamate, kako ugovorne tako i zatezne,
13. donošenjem Zakona o zalozi pokretnih stvari i prava (Sl. vesnik RM 21/98) prestala je važnost odredaba zakona koje se odnose na ugovor o zalozi (čl. 966–996), pa su one izbrisane,
14. promenjen je član 540 (sada član 528) u smeru usklađivanja sa novim pravno-političkim poretkom,
15. u prelaznim i završnim odredbama uređeno je da stupanjem na snagu Zakona o obligacionim odnosima prestaje da važi Zakon o prometu zemljišta i zgrada iz 1975. godine sa izmenama i dopunama, iz razloga što je pitanje forme ugovora o prometu nepokretnih stvari već uređeno Zakonom.

Nakon stupanja na snagu, Zakon o obligacionim odnosima je više puta menjan.

Odlukom Ustavnog suda Republike Makedonije (U. br. 121/2001, „Službeni glasnik Republike Makedonije“ 78/2001) ukinuo se deo člana 191 (Pravična naknada u posebnim slučajevima) i to u delu: „kao i lice prema kome je izvršeno neko drugo krivično delo protiv dostojanstva ličnosti i morala“ obrazloženjem da Krivični zakonik Republike Makedonije („Službeni glasnik Republike Makedonije“ br. 37/96 i 80/99) ne predviđa ta krivična dela.

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima iz 2002. („Službeni glasnik Republike Makedonije“ 4/2002) uvedena su tri nova člana (23-a, 23-b, 23-c) koji se odnose na elektronske poruke i uređenje ponude i prihvata kad se stavljaju putem elektronske poruke. U članu 191, u koji je intervenirao i Ustavni sud, napravljena je izmena tako da je odgovornost proširena i na počinioca „drugog krivičnog dela protiv polove slobode i polovog morala“. Dalje, članom 3 Zakona o izmenama i dopunama ZOO-a intervenisalo se u član 166 koji uređuje odgovornost za štetu zbog terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija, time što je odgovornost prenesena na lokalnu samoupravu. Nekoliko meseci kasnije, Odlukom Ustavnog suda (U. br. 67/2002, „Službeni glasnik Republike Makedonije“ 59/2002) ovaj član je ukinut uz obrazloženje da su pitanja sigurnosti

pitanja koja su u nadležnosti države, pa tako jedino država može da odgovara za štetu u slučajevima obuhvaćenim članom 166.

Izmenama i dopunama u 2003. godini izbrisana su dva stava u članu 546 (kamata kod ugovora o zajmu) jer je pitanje koje su uređivali već bilo uređeno opštim pravilima o kamati.

Izmene Zakona u 2008. godini (Službeni glasnik Republike Makedonije 84/08) su značajne i višestrane. Osnovna ideja ovih izmena bila je usklađivanje sa pravom Evropske unije i uređenje pitanja iz materije građanskog prava koja nisu još bila zakonski uređena. Pri usklađivanju Zakona o obligacionim odnosima sa pravom Evropske unije (obaveza koja proizlazi iz zaključenog Sporazuma o stabilizaciji i asocijaciji) imalo se u vidu da je Zakon o obligacionim odnosima sistemski zakon, koji na koherentan način uređuje pitanja prometa robe, usluga i prava, pa da se svaka intervencija treba izvesti tako da se postignut balans ne naruši. Imao se, naravno, u vidu još i da cilj direktiva nije da se *ad literam* u nacionalno zakonodavstvo prenesu rešenja koja one sadrže, već da se zakonodavstvo tako prilagodi kako bi se postigli zadaci postavljeni direktivom. Neke od izmena i dopuna bile su neophodne kako bi se odgovorilo na potrebe prakse koja je uvidela nedostatke u nekim postojećim rešenjima kao i potrebu da se neka pitanja pravno urede.

1. U Glavi I (Osnovne odredbe) napravljene su izmene i dopune načela obligacionog prava, s tim da su neke definicije reformulirane kako bi se pojasnile, a uvedena su i nova načela: načelo zaštite ličnih prava, načelo pravičnosti i načelo zabrane samovlasne zaštite prava. Izmenama i dopunama jasnije se definiše primena običaja i prakse u uređenju obligacionih odnosa. Definicija trgovačkog ugovora isto je pojašnjena.
2. U Glavi II prave se izmene u smeru definisanja osnova za nastanak obligacionih odnosa, zaokruživanje i definiranje terminologije, uvođenje definicija pravne i poslovne sposobnosti. U smeru usklađivanja sa pravom Evropske unije u ovoj glavi je intervenirano:
 - a. Pitanje elektronske pošte obuhvaćeno je izmenama člana 20 tako da su izbrisani članovi 23-a, 23-b i 23-c. Dodatno u skladu sa Direktivom 2000/31/EZ¹ za određene aspekte usluga informatičkog društva, osobito elektronske trgovine unutrašnjeg tržišta, usvojen je novi Zakon o elektronskoj trgovini, koji obuhvata ta pitanja.
 - b. Izmenjena je definicija opšte ponude (član 25) pri čemu se jasno opredeljuje rok njene važnosti. Pri definiranju imala se u vidu definicija 2.201(3) Principa evropskog ugovornog prava.
 - c. Imajući u vidu rešenja Prve direktive Saveta od 9. marta 1968. o kompanijama (68/151/EEC²) napravljene su izmene Zakona koje znače napuštanje *ultra vires* teorije.
 - d. Odredbe o opštim uslovima ugovora (član 130) i ništavost određenih odredbi opštih uslova (član 131) izmenjene su i dopunjene s ciljem njihovog usaglašavanja s Direktivom Saveta 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. o nepoštenim odredbama potrošačkih ugovora.³

¹ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), Official Journal L 178, 17/07/2000 P. 0001 - 0016

² First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community, OJ L 65, 14. 3. 1968, p. 8–12

³ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, Official Journal L 095, 21/04/1993 P. 0029 – 0034.

- e. Odredbe o odgovornosti za neispravan proizvod (odgovornost proizvođača stvari sa nedostatokom) izmjenjene su pravcu usagašavanja sa Direktivom 85/374/EEZ o odgovornosti za neispravne proizvode⁴ koja je izmjenjena Direktivom 99/34/EZ⁵.
 - f. U Zakon su uvedene odredbe o odgovornosti za štetu od životinja i odgovornost od građevinu
 - g. Odgovornost za nematerijalnu štetu, u skladu sa uvedenim načelom o zaštiti ličnih prava, definirana je kao odgovornost za povredu ličnih prava fizičkih i pravnih lica. Isto tako proširuje se i krug lica koja imaju pravo naknade štete u slučaju smrti i teškog invaliditeta bliskog lica.
3. U cilju transponovanja Direktive 2000/35/EZ o sprečavanju zakašnjenja u plaćanju kod trgovačkih ugovora⁶ napravljene su temeljite izmene odredaba koje se odnose na ugovornu i na kaznenu kamatu. Izmene se odnose osobito na opredeljivanje kamatne stope, način preračuna kamate i maksimalno dozvoljene kamatne stope, time što je iz Direktive transponovan samo deo koji se odnosi na način opredeljanja visine kamatne stope.
 4. Kod Ugovora o prodaji napravljene su izmene i dopune u delu koji se odnosi na odgovornost za neispravno funkcioniranje stvari u cilju usaglašavanja sa Direktivom 85/374/EEZ o odgovornosti za neispravne proizvode⁷ koja je izmjenjena Direktivom 99/34/EZ⁸.
 5. Izmene kod ugovora o gradnji napravljene su u cilju pojašnjavanja nekih odredbi koje se odnose na odgovornost.
 6. Glava XXIII – Ugovor o trgovinskom zastupanju izmjenjen je s ciljem implementacije standarda postavljenih Direktivom 86/653/EEZ o koordinaciji zakona zemalja članica u vezi samostalnih trgovački zastupnika⁹. Izmene se pre svega odnose na precizno definiranje pravnog položaja i prava i obaveza trgovačkog zastupnika.
 7. Intervencija kod ugovora o odstupanju imovine za vreme života je proizašla iz iskustva prakse. Naime, sada je predviđena obaveza suda ili notara da predupredi odstupilca da za sebe ili za svog bračnog druga zadrži pravo plodouživanja.
 8. Prema Preporuci br. R (86)12 Komiteta ministara Saveta Evrope zemljama članicama o merama prevencije i smanjenja preopterećenosti sudova (tačka II)¹⁰, napravljene su intervencije koje označavaju mogućnost da se ugovori o doživotnom izdržavanju i ugovori o ustupanju imovine za vreme života zaključuju i pred notarima.

⁴ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *Official Journal L 210*, 07/08/1985 P. 0029 – 0033.

⁵ Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *OJL 141*, 4. 6. 1999, p. 20–21.

⁶ Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions, *OJ L 200*, 8. 8. 2000, p. 35–38.

⁷ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *Official Journal L 210*, 07/08/1985 P. 0029 – 0033.

⁸ Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *OJL 141*, 4. 6. 1999, p. 20–21.

⁹ Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents *OJL 382*, 31. 12. 1986, p. 17–21.

¹⁰ Recommendation no. R (86) 12 of the Committee of Ministers to member states concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts (Adopted by the Committee of Ministers on 16 September 1986 at the 399th meeting of the Ministers' Deputies)

Sledeće izmene Zakona, u 2009. godini, odnosile su se na neka pitanja kamate, ali je osnovni princip opredeljenja stope koji je preuzet iz Direktive 2000/35/EZ ostao nepromenjen.

Da li su rješenja iz pravne prakse najviših sudova u vašoj zemlji primijenjena u izradi propisa u Zakonu o obligacijama? Ako jesu, molimo vas da navedete pitanja (oblasti) u kojima su primijenjeni.

Predstavite novine (ukoliko ih ima) u vezi sa općim pitanjima o obligacijama/ugovorima odvojeno.

• **ass. mr. Marija Radevska, Pravni fakultet, Univerzitet “Goce Delčev” – Štip**

Rešenja pravne prakse najviših sudova su primenjena u izradi propisa u Zakonu o obligacijama. Radi se o rešenjima sudske prakse Saveznog suda bivše Jugoslavije od 1946. do 1991. godine, Vrhovnog suda Jugoslavije i Stopanskog saveznog suda, sudskoj praksi vrhovnih sudova bivših jugoslovenskih republika i autonomnih pokrajina, među kojima je i makedonski, sudskoj praksi Vrhovnog suda Republike Makedonije od 1991. godine pa do sada. Razlog prisutnosti ovih rešenja u našem Zakonu o obligacionim odnosima je fakt da je makedonsko obligaciono pravo decenijama razvijano paralelno sa pravom bivših jugoslovenskih republika i same federacije, gde je sudska praksa najviših sudova igrala značajnu ulogu. Prije Zakona o obligacijama iz 2001. godine u Makedoniji je važio Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine, savezni zakon Jugoslavije koji je primenjivan sve do donošenja Zakon o obligacijama 2001. godine koji je strukturalno i sadržinski najvećim dijelom istovjetan Zakonu o obligacijama iz 1978. godine.

Pitanja koja su inkorporisana u naš zakon na osnovu sudske prakse su:

- odredbe o prihvatanju ponude,
- nesporazum kao razlog za nenastajanje ugovora,
- odredbe o kapari,
- odredbe o posebnoj formi punomoćja,
- odredbe o raskidu formalnih ugovora,
- odredbe o punovažnosti ugovora kod kojih nedostaje forma,
- slučajevi rušivosti ugovora,
- zahtev za otklonjenje opasnosti od štete,
- odgovornost za drugog,
- namaljenja iznosa naknade štete,
- naknada nematerijalne štete,
- odredbe o objektivnoj odgovornosti,
- prebijanje zastarelih potraživanja,
- novacija,
- pismeno priznanje i obezbeđenje zastarelih obaveza,
- preračun kaznene (zatezne) kamate i dr.

Novine u našem zakonu odnose se na: zaštitu ličnih prava fizičkih i pravnih lica, regulisanje spravedljivosti na opšti, načelni nivo, odredbe o pravnoj i poslovnoj sposobnosti fizičkih i pravnih osoba, konceptualna i sadržinska promjena instituta odgovornosti za nematerijalnu štetu, odredbe za pravičnu novčanu naknadu, kaznene kamate, odredbe o odgovornosti za neispravni proizvod,

štete prouzrokovane od strane životinje, od strane gradeža i dr. Posebne novine o ugovorima odnose se na: saglasnost volje i ponude, ugovori lica bez poslovne sposobnosti, ugovor o nalogu, ugovorna odgovornost za nematerijalnu štetu.

Da li vaši zakoni također reguliraju dio koji se odnosi na ugovori na autonomna praksa i ako je odgovor pozitivan, molimo vas naznačite te sporazume, te kratko opišite najvažnija rješenja u tim ugovorima.

• **ass. mr. Marija Radevska, Pravni fakultet, Univerzitet “Goce Delčev” – Štip**

Jedini ugovor autonomne prakse koji je regulisan posebnim zakonom u makedonskom pravu je ugovor o lizingu. Regulisan je Zakonom o lizingu (Sl. glasnik R Makedonije br. 04/02 od 25. 1. 2002. god. i njegove izmene i dopune, Sl. glasnik R Makedonije br. 49 od 25. 7. 2003, Sl. glasnik R Makedonije br. 13 od 2. 2. 2006, Sl. glasnik R Makedonije br. 88/08 od 16. 7. 2008, Sl. glasnik R Makedonije br. 35 od 22. 3. 2011 i Sl. glasnik R Makedonije br. 51 od 13. 4. 2011. godina). Predmet regulisanja ovog zakona su način i uslovi izvršenja lizinga na pokretnim i nepokretnim stvarima i prava i obaveze strane kod ugovora o lizingu. Ovaj zakon obrađuje osnovne pojmove kao što su određivanje koji su davatelji lizinga, šta je osnovna glavovina i podetalno regulisanje ugovor o lizingu. detaljno regulisanje ugovora o lizingu?

Ostali ugovori autonomne prakse koji su poznati pravnoj praksi – ugovor o faktoringu, forfetingu, franšizingu i sl. nisu uređeni u makedonskom pravu i ne postoji poseban zakon o njima, ali nalazimo pojedine odredbe o faktoringu u sledećim zakonima:

Zakon o finansijskim kompanijama (Sl. glasnik br. 158 od 9. 12. 2010. i njegova izmena i dopuna, Sl. glasnik br. 53 od 14. 4. 2011) koji definira faktoring kao finansijsku aktivnost u kojoj, na osnovu ugovora u pisanog formi, finansijske kompanije (faktor) kupuju nedospela potraživanja drugog, domaćeg ili stranog, pravnog lica, sa ili bez prava na naknadu. U vezi sa ugovorom o faktoringu ovaj zakon upućuje na primjenu Zakona o obligacionim odnosima ukoliko ovim zakonom nije drugačije regulisano. Zakon o finansijskim kompanijama ne sadrži posebnu regulativu ugovora o faktoringu. U Zakonu o bankama (Sl. glasnik br. 67 od 1. 6. 2007) jedino se navodi faktoring kao finansijska aktivnost koju banka može izvoditi u državi i u inostranstvu.

Kakav je odnos između lex specialis akata kojima se regulira širi opseg obligacionog prava i Zakona o obligacijama? Naznačite najvažnije zakone i predmet njihovog reguliranja.

• **ass. mr. Marija Radevska, Pravni fakultet, Univerzitet “Goce Delčev” – Štip**

Cilj i sadržaj našeg Zakona o obligacijama uređeni su u članu 1, gde su osnovi obligacionih odnosa, ugovori i ostale obligacije u prometu roba i usluga. Odgovor na pitanje o primeni drugih zakona na obligacione odnose daje član 16, prema kome se na obligacione odnose koji su uređeni drugim zakonima i međunarodnim ugovorima ratifikovanim od strane R Makedonije primenuju odredbe Zakona o obligacijama za pitanja koja nisu uređena tim zakonom/međunarodnim sporazumom. Odredbe iz Zakona o obligacionim odnosima koji se odnose na ugovore, primenuju se za sve vidove ugovora, osim ako za trgovačke ugovore nije izričito drugačije određeno. A odredbe iz ovog zakona koje se odnose na ugovore, primenuju se i na druge pravne poslove. Najznačajniji *lex specialisi* koji uređuju obligaciona pitanja su:

- Zakon o svojini i drugim stvarnim pravima koji uređuje sticanje stvarnih prava na osnovu pravnog posla, pravo preče kupovine, ugovore o upravljanju sa stvarima kod podoblika svojine, neke slučajeve prouzrokovanja štete i sl.
- Zakon o ugovornom zalogu koji u najvećem delu sadrži odredbe obligacionog karaktera

- Zakon o zaštiti potrošača koji u najvećem delu sadrži odredbe obligacionog karaktera
- Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Zakon o građevinskom zemljištu i Zakon o stanovanju koji sadrže odredbe o zakupnim odnosima
- Zakon o autorskom i srodnim pravima i Zakon o industrijskoj svojini koji se odnosi na ugovore za prenos prava.

Kakvo je stanje primjene (općih i posebnih) uzansi kao izvora obligacionog prava regulirano u vašem zakonu (da li se primjena podrazumijeva, ili se mora eksplicitno dogovoriti ili je nedvosmisleno rezultat okolnosti)

- **doc. dr. Nenad Gavrilović, Pravni fakultet “Justinijan Prvi”, Univerzitet “Sv. Kiril i Metodij”, Skopje**

Pitanje primene općih i posebnih uzansi u makedonskom je pravu i dalje sporno, i pored izvesnih pomaka u smeru šire primene uzansi posle izmena i dopuna Zakona o obligacionim odnosima iz 2008. godine. Naime, izvorna verzija makedonskog ZOO iz 2001. godine u svom čl. 15 sadrži identičnu formulaciju koju je sadržavao i savezni ZOO iz 1978. godine (čl. 21). Štaviše, makedonski ZOO iz 2001. godine je u svom čl. 1139 preuzeo prelaznu i završnu odredbu iz čl. 1107 saveznog ZOO iz 1978. godine. Ovaj je propust ispravljen 2008. godine, kada je ova prelazna i završna odredba brisana. Tako je dualitet između čl. 15 i čl. 1139 ZOO ukinut. Dalje, izmenjena je formulacija čl. 15 izvornog teksta makedonskog ZOO iz 2011. godine, imajući u vidu da je ova odredba odgovarala izvornom konceptu čl. 21 saveznog ZOO iz 1978. godine. Tako, posle izmena i dopuna ZOO iz 2008. godine, načelni je stav zakonodavca da se u obligacionim odnosima primenjuju opšte i posebne uzanse kada je njihova primena ugovorena, ili ista neposredno proizlazi iz okolnosti slučaja (čl. 15(3) ZOO). Praktično, novelom ZOO iz 2008. godine nije promenjeno realno ništa, pa i dalje važi subjektivna teorija primena uzansi. Ovo i pored toga što se objektivna teorija primene trgovačkih običaja nazire iz formulacije čl. 15(2) ZOO, gde se navodi da se u obligacionim odnosima između trgovaca primenjuju trgovački običaji koje su ovi ugovorili, kao i trgovačka praksa koju su ovi uspostavili, i kada su u suprotnosti sa dispozitivnim normama. Ipak, i ova formulacija novele makedonskog ZOO iz 2008. godine realno održava na snazi subjektivnu teoriju primene trgovačkih običaja, kao što se pravi i razlika između kodifikovanih trgovačkih običaja (uzansi) i nekodifikovanih trgovačkih običaja. Pristup hrvatskog zakonodavca (čl. 12(2) hrvatskog ZOO), znači, nije prihvaćen.

Ima li razmišljanja u vašoj zemlji, slijedeći primjer nekih evropskih zemalja, da ugovorni dio Zakona o obligacijama, tj. specijalni ugovori budu regulirani u okviru Zakona o trgovini? Ako ti ugovori ostanu u oblasti obligacionog prava, da li postoje neka lex specialis rješenja u vašoj zemlji i koja se odnose na trgovačke ugovore, pored onih koji su obuhvaćeni Zakonom o obligacijama bivše SFRJ?

- **doc. dr. Nenad Gavrilović, Pravni fakultet “Justinijan Prvi”, Univerzitet “Sv. Kiril i Metodij”, Skopje**

Što se tiče eventualne debate o izradi trgovačkog zakonika, u makedonskoj teoriji i praksi je dominantan stav o potrebi jedinstvenog uređivanja obligacionih odnosa, kako je navedeno i u čl. 17(1) ZOO. Odatle, ne može se reći da postoji neka posebno izrazita tendencija o uređivanju trgovačkih ugovora u posebni trgovački zakonik. Ovo je neposredna posledica tzv. procesa komercijalizacije građanskog prava, imajući u vidu da su posebna pravila o trgovačkim ugovorima, koja se razlikuju u pogledu na građanske ugovore, malobrojna. Odredbe kojima se uređuje ugovor o prodaji iz ZOO dobar su primer u ovom smeru. Takođe, kod brojnih ugovora postavlja se pitanje

da li su isti trgovački ili građanski, naročito zato što se neki ugovori, kao što je slučaj sa ugovorom o komisionu, mogu kvalifikovati i kao trgovački i kao građanski, zavisno od učesnika u odnosu. Zbog toga je, manje ili više, prihvaćen stav da posebno uređivanje trgovačkih ugovora i trgovački zakonik nisu potrebni.

Konačno, u pogledu *lex specialis* rešenja, postoje brojni posebni zakoni koji uređuju materiju trgovačkih ugovora. Takav je slučaj sa ugovorom o lizingu, koji je uređen Zakonom o lizingu. Posebnim zakonima su uređeni i ugovori u različitim granama prevoza (Zakon o unutrašnjoj plovidbi, Zakon o obligacionim i osnovnim materijalno-pravnim odnosima u vazdušnoj plovidbi, Zakon o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju, Zakon o ugovorima o prevozu u železničkom saobraćaju). Takođe, Zakon o industrijskoj svojini sadrži nekoliko odredaba o ugovoru o licenci. Ovakvo stanje, međutim, nije specifično samo za trgovačke ugovore, imajući u vidu da postoje i *lex specialis* pravila za građanske ugovore (Zakon o građevinskom zemljištu, Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Zakon o stanovanju, itd.).

RAZVOJ GRAĐANSKOG PRAVA

I General Civil Law

Kako vaše zakonodavstvo regulira pitanja koja su dio oblasti opšteg građanskog prava, prema sistemu pandektnog prava? Da li postoje neki zakonski akti *lex specialis* u vezi sa gore pomenutim pitanjem, ako postoje navesti te zakone, kao i šta je predmet koji regulišu?

U našem zakonodavstvu ne postoji jedinstvena građanska kodifikacija već je materija stvarnog, obligacionog, porodičnog i nasljednog prava regulisana posebnim zakonima, i to: Zakonom o svojinsko-pravnim odnosima ("Sl. list Crne Gore", br. 19/09), Zakonom o obligacionim odnosima ("Sl. list Crne Gore", br. 47/08), Porodičnim zakonom ("Sl. list RCG", br. 01/07) i Zakonom o nasljeđivanju ("Sl. list Crne Gore", br. 74/08). Materiju opšteg dijela građanskog prava, prema sistemu pandektnog prava, naše pravo reguliše navedenim zakonima, posebno Zakonom o obligacionim odnosima. Ne postoji *lex specialis* koji posebno reguliše pitanja koja spadaju u sadržaj opšteg dijela građanskog zakonika prema pandektnoj sistematici.

Da li su pitanja koja se odnose na građanski i pravni subjektivitet fizičkih i pravnih lica (pravne, poslovne kvalifikacije i one vezane za delikt) regulisane zakonski? Ako jesu, molim vas da navedete pravne akte kojima su ova pitanja regulirana u pomenutom redoslijedu?

Sticanje potpune i ograničene poslovne sposobnosti reguliše se Porodičnim zakonom (čl. 13 i 66), a poslovna sposobnost za zaključenje ugovora kao i deliktna sposobnost regulisana je Zakonom o obligacionim odnosima (čl. 49–52 i 152–163 ZOO). Deliktna sposobnost pravnih lica regulisana je Zakonom o obligacionim odnosima (čl. 164–166).

Sticanje pravne i poslovne sposobnosti pravnih lica regulisano je posebnim zakonima, zavisno od vrste pravnog lica (Zakon o privrednim društvima ("Sl. list RCG", br. 06/02, 40/11), Zakon o nevladinim organizacijama ("Sl. list Crne Gore", br. 39/11)). Pravnu sposobnost pravna lica stiču osnivanjem, odnosno osnivačkim aktom, odobrenjem ili registracijom. Poslovna sposobnost pravnih lica vezana je za pravnu sposobnost, što znači da pravna lica mogu preduzimati one pravne poslove za ostvarivanje ciljeva zbog kojih su osnovani, odnosno preduzimati one pravne poslove radi sticanja, promjene ili prestanka onih prava i obaveza koje mogu imati. U zavisnosti od vrste pravna lica mogu imati opštu i specijalnu poslovnu sposobnost.

U slučaju da nije donesen građanski zakonik u vašoj zemlji, postoje li neke ideje o tome da se oblast opšteg dijela građanskog prava regulira kao dio jednog zakona/zakonika ili u okviru različitih zakona kao metode koja je najprikladnija?

Postoji ideja da se izvrši kodifikacija građanskog prava u Crnoj Gori i da opšta, zajednička pitanja budu regulisana u Opštem, uvodnom dijelu zakonika.

II Property Law

Postoji li neki opći zakon kojim se regulira pravo na imovinu i druga imovinska prava? Ako ne postoji, koji se propisi primjenjuju u vezi s imovinsko-pravnim odnosima?

Postoji poseban zakon koji reguliše pravo svojine i druga stvarna prava, i to: Zakon o svojinsko-pravnim odnosima ("Sl. list Crne Gore", br. 19/09). Ovim zakonom uređuju se pravo svojine i druga stvarna prava, državina na pokretnim i nepokretnim stvarima, kao i način sticanja, prenosa, zaštite i prestanka ovih prava. On sadrži sljedeće dijelove: I Osnovne odredbe, II Stvari, III Sticanje i prestanak prava svojine, IV Zaštita prava svojine, V Pravo susvojine, VI Pravo zajedničke svojine, VII Etažna svojina, VIII Pravo službenosti, IX Susjedska prava, X Založno pravo, XI Državina, XII Prava stranih lica, XIII Prelazne i završne odredbe.

Pored općeg zakona, postoji li neki drugi zakoni kojima se reguliraju pitanja iz imovinskopravne oblasti? Ako postoje navedite zakone i predmete koje reguliraju?

Pored ovog zakona postoje i neki posebni zakoni koji regulišu pojedina imovinska prava, kao što su: Zakon o državnoj imovini ("Sl. list Crne Gore", br. 21/09, 40/11), Zakon o povraćaju oduzetih imovinskih prava i obeštećenju ("Sl. list RCG", br. 21/04, 49/07, 60/07, 12/07), Zakon o stanovanju i održavanju stambenih zgrada ("Sl. list Crne Gore", br. 04/11), Zakon o eksproprijaciji ("Sl. list RCG", br. 55/00, 12/02, 28/06, "Sl. list CG", br. 21/08), Zakon o vodama ("Sl. list RCG", br. 27/07, br. 32/11), Zakon o šumama ("Sl. list Crne Gore", br. 74/10, br. 40/11), Zakon o morskom dobru ("Sl. list RCG", br. 14/92, 51/08, 73/10, 40/11).

III Contract Law

Da li je usvojen zakon o obligacijama u vašoj zemlji, ili je Zakon SFRJ-a iz 1978. g. prihvaćen kao nacionalni zakon?

U Crnoj Gori je usvojen novi Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list Crne Gore", br. 47/08, 04/11). On je u osnovi prihvatio rješenja bivšeg Zakona o obligacionim odnosima (1978), ali sadrži više izmjena i dopuna.

a) Ukoliko je usvojen novi nacionalni zakon, molimo vas da naznačite nova rješenja po kojima se novi zakon razlikuje od zakona SFRJ iz 1978. g.

Zakonom je drukčije formulirana sloboda uređivanja obligacionih odnosa. Umjesto dosadašnjeg *javnog poretka i dobrih običaja* kao granice za uređivanje obligacionih odnosa predviđeni su *prinudni propisi i moral društva*. Praksa je pokazala da pojam javni poredak i dobri običaji nije dovoljno precizan i određen pa se zato u novijem uporednom zakonodavstvu i Načelima evropskog ugovornog prava ne koristi. Određena preciziranja učinjena su kod definisanja štete, krivice, *clausule rebus sic stantibus*, ugovora po pristupu, odgovornosti za opasne djelatnosti. U pogledu mana volje Zakon sadrži drugačije rješenje za slučaj prinude, pa je ona sada razlog za ništavost ugovora. Tekst je inoviran i propisivanjem mogućnosti davanja izjave putem različitih komunikacijskih sredstava, što obuhvata izjavu volje date elektronskim putem, saglasno Zakonu o elektronskoj trgovini i Zakonu o elektronskom potpisu. Zakonom o obligacionim odnosima uvedena je i odgovornost za povredu prava ličnosti pravnih lica, a ne samo fizičkih kao do sada.

Zakonom su uređeni neki ugovori koji do sada nijesu bili regulisani: *poklon* (do sada uređen pravnim pravilima bivših građanskih zakona, posebno OIZ-om i OGZ-om); *zakup stana* (do donošenja zakona bio je iz praktičnih razloga uređen Zakonom o etažnoj svojini, gdje mu po prirodi stvari nije mjesto); *zakup poslovnog prostora* (koji do sada nije posebno uređen, pa je u pravnoj praksi postojala

određena praznina bez obzira na opšte odredbe Zakona o obligacionim odnosima o zakupu); *posuda ili posluga* (do sada uređena pravnim pravilima bivših građanskih zakona); *ortakluk* (do sada nije potpuno uređivan iako je praksa odavno nametnula takve zahtjeve); *ustupanje i raspodjela imovine za života* (do sada uređeno Zakonom o nasljeđivanju, i to u dobroj mjeri nepotpuno); *doživotno izdržavanje* (isto kao kod ustupanja i raspodjele imovine za života); *doživotna renta* (u pozitivnom pravu nema odredbi o renti, ali su rješenja iz Skice odgovarajuća). S druge strane izostavljen je ugovor o zalozi. Novine su i *odgovornost za štetu od životinja* (propušteno uređivanje dosadašnjim zakonom, bez obzira na dobra rješenja iz Skice); *odgovornost za štetu od građevina* (isto važi ono što je rečeno za štetu od životinja), *odgovornost proizvođača stvari sa nedostatkom* (zbog usaglašavanja sa direktivama EU).

b) Da li je bilo intervencija na zakonu da se uskladi s relevantnim evropskim pravom, i ako jeste sa kojim direktivama je vršeno usklađivanje i na koji način

Zakon kao novinu sadrži i nekoliko odredaba o odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom što je nametnula potreba usaglašavanja sa direktivama EU (Direktiva 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i jemstvima, Direktiva 85/374/EZ o odgovornosti za neispravne proizvode izmijenjena i dopunjena Direktivom 1999/34/EZ, Direktiva 2000/35/EZ o sprečavanju zadocnjenja u plaćanju kod trgovačkih ugovora). Ovo samo u mjeri koliko je neophodno za Zakon o obligacionim odnosima, pošto su ostala pitanja sa ovim u vezi materija namijenjena za Zakon o zaštiti potrošača. Odredbe o ugovorima o pristupu sačinjene su po uzoru na Direktivu 93/13/EZ.

Odredbe koje uređuju odgovornost za materijalne nedostatke izmijenjene su prvenstveno radi usklađivanja sa Direktivom 1999/44. Iako se navedena direktiva odnosi na zaštitu potrošača, ona je preuzeta na način da se odnosi i na ugovore koji nijesu potrošački. Time se sprečava nepotrebna fragmentacija građanskopravnog uređivanja u širem smislu. Iz tog razloga uređena je materija odgovornosti proizvođača za neispravan proizvod. Time je došlo do usaglašavanja sa odredbama Direktive 85/374/EZ.

c) Da li su rješenja sadržana u principima evropskog obligacionog zakona (Lando principi) ili iz novijeg Nacrta zajedničkog referentnog okvira primijenjena i njima dopunjen Zakon o obligacijama; ako jeste naznačite referentne propise koji su uključeni u te zakonske akte

Po uzoru na Načela ugovornog prava odredbe o predugovornoj odgovornosti su dopunjene. Značajne dopune izvršene su i kod tumačenja ugovora, imajući u vidu rješenja Načela evropskog ugovornog prava. U tom smislu predviđena su pravila za utvrđivanje namjere ugovornih strana (član 96 ZOO) i okolnosti od značaja za tumačenje (okolnosti u kojima je zaključen ugovor, prethodne pregovore, ponašanje ugovornih strana nakon zaključenja ugovora, prirodu i svrhu ugovora, tumačenje koje su ugovorne strane već primijenile na slične odredbe i praksu koju su međusobno uspostavile, značenje koje se obično pridaje odredbama i izrazima u datoj struci ili grani i tumačenje koje je eventualno već primijenjeno na slične odredbe, kao i načelo savjesnosti i poštenja) (čl. 97 ZOO).

Da li su rješenja iz pravne prakse najviših sudova u vašoj zemlji primijenjena u izradi propisa u Zakonu o obligacijama?

U izradi Zakona o obligacionim odnosima korišćena je sudska praksa i načelna pravna mišljenja Vrhovnog suda Crne Gore i vrhovnih sudova država bivše Jugoslavije.

Da li vaši zakoni takođe reguliraju dio koji se odnosi na vladine sporazume, i ako je odgovor pozitivan, molimo vas naznačite sporazume, kao i kratko opišite najvažnija rješenja u tim sporazumima.

Zakon ne sadrži odredbe iz sporazuma koje je Crna Gora zaključila sa drugim zemljama. Crna Gora je zaključila više bilateralnih i multilateralnih sporazuma koji regulišu i određene obligacione odnose. Tako je Crna Gora potpisala Sporazum o slobodnoj trgovini sa EFTA zemljama, EU, Turskom, CEFTA zemljama i Rusijom. U završnoj fazi je i postupak pristupanja Crne Gore STO.

Od značaja su još neki potvrđeni sporazumi kao što su: Zakon o potvrđivanju Međunarodne konvencije o odgovornosti i nadoknadi za štetu prouzrokovanu prilikom prevoza morem opasnih i štetnih materija, 1996. (HNS 96) ("Sl. list Crne Gore – Međunarodni ugovori", br. 07/11), Zakon o potvrđivanju Međunarodne konvencije o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu zagađivanjem uljem iz 1992. godine ("Sl. list Crne Gore – Međunarodni ugovori", br. 07/11), Zakon o potvrđivanju sporazuma o ekonomskoj saradnji između Vlade Crne Gore i Vlade Republike Makedonije ("Sl. list Crne Gore – Međunarodni ugovori", br. 05/11), Zakon o potvrđivanju Carinske konvencije o međunarodnom prevozu robe na osnovu isprava za MDP (karneta TIR) (Konvencija TIR, 1975), sa priložima („Sl. list SCG“ br. 009/01–18), Zakon o potvrđivanju Konvencije o objedinjavanju određenih pravila za međunarodni prevoz vazduhom ("Sl. list Crne Gore – Međunarodni ugovori", br. 04/09).

Kakav je odnos između *lex specialis* akata kojima se regulira širi opseg obligacionog prava i Zakona o obligacijama?

Zakon o obligacionim odnosima je opšti (*lex generalis*) i njegova pravila se primjenjuju na one odnose koji nijesu regulisani posebnim zakonima u određenoj oblasti.

Kako je pitanje primjene (općih i posebnih) rokova plaćanja kao izvora obligacionog prava regulisano u vašem zakonu? (Da li se primjena podrazumijeva ili se mora eksplicitno dogovoriti ili je nedvosmisleno rezultat okolnosti)

U Zakonu o obligacionim odnosima prihvaćeno je pravilo da se na obligacione odnose primjenjuju uzanse ako su strane u obligacionim odnosima ugovorile njihovu primjenu ili ako iz okolnosti proizlazi da su njihovu primjenu htjeli (čl. 14 st. 2 ZOO). Odredba općih ili posebnih uzansi kojom se utvrđuje pretpostavka da su ugovorne strane pristale na primjenu uzansi, ukoliko ih nijesu ugovorom isključile, neće se primjenjivati poslije stupanja na snagu Zakona o obligacionim odnosima. Opšte uzanse za promet robom ("Službeni list FNRJ", broj 15/54) neće se primjenjivati poslije stupanja na snagu Zakona o obligacionim odnosima u pitanjima koja su njime regulisana. Ako su opšte ili posebne uzanse ili drugi trgovinski poslovni običaji suprotni dispozitivnim normama Zakona o obligacionim odnosima, primjenjivaće se njegove odredbe, osim ako su strane izričito ugovorile primjenu uzansi, odnosno drugih trgovinskih poslovnih običaja (čl. 1203 ZOO).

Ima li razmišljanja u vašoj zemlji, slijedeći primjer nekih evropskih zemalja, da ugovorni dio Zakona o obligacijama, tj. specijalni ugovori budu regulirani u okviru Zakona o trgovini?

Za sada nema ideja da se ovi ugovori regulišu Zakonom o trgovini.

Ako ti ugovori ostanu u oblasti obligacionog prava, da li postoje neka rješenja *lex specialis* u vašoj zemlji koja se odnose na trgovačke ugovore, pored onih koji su obuhvaćeni Zakonom o obligacionim odnosima bivše SFRJ?

Neki od posebnih zakona: Zakon o finansijskom lizingu ("Sl. list RCG", br. 81/05, 73/10, 40/11), Zakon o koncesijama ("Sl. list Crne Gore", br. 08/09), Zakon o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju ("Sl. list Crne Gore", br. 53/09), Zakon o prevozu u drumskom saobraćaju ("Sl. list RCG", br. 45/05, br. 75/10), Zakon o ugovornim odnosima u željezničkom saobraćaju ("Sl. list Crne Gore", br. 41/10), Zakon o obligacionim odnosima i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju ("Sl. list Crne Gore", br. 18/11), Zakon o elektronskoj trgovini ("Sl. list RCG", br. 80/04, 41/10, 40/11), Zakon o spoljnoj trgovini ("Sl. list RCG", br. 28/04, 37/07), Zakon o zaštiti potrošača ("Sl. list RCG", br. 26/07, 73/10, 40/11).

ANEKSI II
ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE
NEDOSTATKE

ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE

Nacionalni izvještaj za Albaniju

Uvod

Referentni okvir i upitnik koje su dostavile profesorice Meliha Powlakić i Jelena Perović zahtijeva da se u okviru nacionalnog izvještaja iz Albanije izloži procjena pravnog okvira u vezi sa odgovornošću prodavca u ugovorima o prodaji, i s tim povezanih prava strana uključenih u ugovor o prodaji u vezi sa materijalnim nedostacima i neusaglašenosti roba sa ugovorom. Kako i navodi referentni okvir, izvještaj sadrži informacije o slijedećim pitanjima:

1. Koncept neusaglašenosti i odgovornost prodavca u ugovorima o prodaji
2. Kriteriji za utvrđivanje usaglašenosti roba
3. Znanje kupca o neusaglašenosti, dužnosti kupca
4. Odgovarajuće vrijeme za utvrđivanje usaglašenosti
5. Ugovorne klauzule o izuzeću/ ograničenju odgovornosti prodavca
6. Pravna sredstva na raspolaganju kupcu
7. Pitanje potrošača

Odgovore na gore postavljena pitanja i teme je moguće naći u albanskom Građanskom zakonu (Zakon br. 7850, od 29.7.1994, revidiran i albanskom Zakonu o zaštiti potrošača. (Zakon 9902 od 17.04.2008, revidiran (ZZP). Izvještaj pruža opći prikaz odgovarajućih odredbi oba zakona uz određene teoretske napomene. Nažalost, ne postoji pisana analiza o primjeni odgovarajućih odredbi Građanskog zakona i odredbi Zakona o zaštiti potrošača od strane albanskih sudova. Sudci priznaju da dobivaju vrlo malo žalbi koje se odnose na ugovore o prodaju, kao i da su veoma rijetki, odnosno, gotovo da i nema, sudskih predmeta koji se odnose na odredbe Zakona o zaštiti potrošača. Pojedinci u ulozi potrošača pokazuju tendenciju da se radije pozivaju na odredbe Građanskog zakona umjesto na odredbe Zakona o zaštiti potrošača kada se radi o ugovorima o prodaji robe.¹

1. Koncept neusklađenosti i odgovornost prodavca u ugovoru o prodaji

Građanski zakon (GZ) i Zakon o zaštiti potrošača(ZZP) predstavljaju osnovne pravne akte albanskog regulatornog okvira koji se odnosi na odgovornosti prodavca za neusklađenost roba u ugovoru o prodaji.

GZ navodi dužnosti prodavca za prodaju roba kojima garantira kupcu usklađenost sa ugovorom kao jednu od ključnih obaveza u ugovoru o prodaji pokretne imovine (roba) (član 710, GZ). Takva opća obaveza je detaljnije objašnjena u članu 715, GZ. Prema članu 715 GZ-a, prodavac je obavezan da isporuči robu koja po kvaliteti, količini i vrsti odgovara robi predviđenoj ugovorom, kao i da ta roba bude upakovana i montirana kako je predviđeno ugovorom (čl. 715, GZ).

¹ Razgovor sa sudcem građanskog odjela, Okružni sud u Tirani, 17.11.2011

Usklađenost roba sa ugovorom se utvrđuje u skladu sa općim uslovima usklađenosti i prema GZ-u (čl. 715, stav 1). Pretpostavka usklađenosti se izražava u negativnom smislu (kao neusklađenost): pretpostavlja se da roba **nije usklađena sa ugovorom** ako nema potrebna svojstva za posebnu svrhu određenu ugovorom, osim ako nije drugačije navedeno. U slučajevima kada se pomenuto ne može utvrditi, smatra se da roba nijeusklađena sa ugovorom ako nema potrebna svojstva za redovnu upotrebu kao takva vrsta robe. Pored toga smatra se da roba nije usaglašena sa ugovorom ako roba nije upakovana ili montirana na način dakako se roba takve vrste pakuje, odnosno montira. Kada nije poznat uobičajni način pakovanja, odnosno montiranja takve robe, onda se roba mora pakirati ili montirati na način da osigurava njenu potpunu zaštitu i očuvanje. (član 715, GZ).

Zakon o zaštiti potrošača također sadrži odredbu o usklađenosti roba u potrošačkim prodajnim ugovorima. Član 29, ZZP utvrđuje opću obavezu prodavca koji je dužan da dostavi robu usklađenu sa ugovorom o prodaji. Smatra se da je roba usklađena sa ugovorom ako odgovara opisu koji je dao prodavac i ako posjeduje svojstva ista kao i uzorak ili model koga je prodavac pokazao kupcu; da roba odgovara određenoj namjeni koju zahtijeva potrošač i sa kojom je kupac upoznao prodavca u trenutku sklapanja ugovora, a prodavac to prihvatio; ako odgovara namjeni za koju se uobičajno koristi roba te vrste; ako posjeduje svojstva i funkcionalnost koji su uobičajni za robu iste vrste i koje kupac može razumno očekivati. Obzirom na prirodu robe i uzimajući u obzir javno oglašavanje o specifičnim svojstvima robe koje je dao prodavac, proizvođač ili njihov zastupnik, posebno u vidu reklama ili oznaka. Nepropisna montaža se također smatra kao oblik neusaglašenosti ukoliko je montaža robe sastavni dio ugovora ili odgovornost prodavca. Neusklađenost prouzorokovana neispravnom montažom se također odnosi na situacije u kojima montaža predstavlja odgovornost kupca, ali je kupac nije mogao ispravno obaviti radi nepostojanja uputstava za montažu.

2. Odgovornost prodavca za neusaglašenost

Član 716, GZ utvrđuje da je prodavac odgovoran za svaki nedostatak ili neusklađenost koji su postojali u vrijeme prelaska rizika sa prodavca na kupca, i nakon toga. Prodavac je odgovoran za nedostake ili neusklađenost koji su utvrđeni nakon dostavljanja robe i koji su predmet svake obaveze, uključujući i vrijeme trajanja garancije tokom kog perioda roba treba da odgovara svojoj uobičajnoj namjeni, ili posebnoj namjeni, ili treba da zadrži kvalitet i svojstva (čl. 716, stav 2).

Albanska pravna doktrina razlikuje dvije vrste nedostataka: vidljive i skrivene nedostatke. Vidljivim nedostacima se smatraju oni koje kupac može lako uočiti/identificirati u trenutku kupovine robe. Odnosi se na situaciju u kojoj kupac postaje svjestan nedostataka robe odmah prilikom preuzimanja.²

Nevidljivim nedostacima se smatraju oni nedostaci roba koje kupac nije identificirao u trenutku kupovine ili tokom upotrebe. Ova distinkcija je važna za utvrđivanje odgovornosti prodavca za neodstatke ili neusaglašenost roba.

Ovdje je potrebno naglasiti da u je u načelu prihvaćeno da prodavac nije odgovoran za vidljive nedostatke roba zato jer se pretpostavlja da ih je kupac uočio ili ih je bio svjestan, osim sa izuzetkom u slučajevima kada ti nedostaci utiču na kvalitet roba predviđen ugovorom i stoga čine takvu robu nepodobnom za upotrebu/isporuku. (Posljednji stav člana 715, GZ navodi: Prodavac se neće smatrati odgovornim za nedostatke roba u trenutku zaključenja ugovora kojih je kupac bio svjestan ili je svojom greškom propustio da se o tome obavijesti).

Isto pravilo sadrži i Zakon o zaštiti potrošača koji naglašava oslobađanje prodavca od odgovornosti za neusklađenost roba koje je potrošač bio svjestan, ili za koje je razumno očekivati da

² Vidjeti M. Semini, Zakon o obligacionim odnosima, 16

je nije mogao ne biti svjestan, ili ako je uzrok neusklađenosti porijeklo materijala koje je dostavio kupac (čl.29/5, ZZP).

Znanje kupca o neusklađenosti, obaveze kupca

GZ kao i ZZP dozvoljavaju da prodavac bude oslobođen odgovornosti za neusklađenost roba ili nedostatka roba, ako je kupac u trenutku zaključenja ugovora bio svjestan toga ili nije bio obavješten o tome svojom greškom, ili nije mogao da ne bude svjestan. Izuzetak od ovog pravila se odnosi na kvalitet roba. U skladu sa ovom odredbom kupac je odgovoran za nedostatke roba ako se ti nedostaci odnose na kvalitet roba koje zahtijeva ugovor ili deklaracija o prodaji. Zakon o zaštiti potrošača (29.5) dodaje još jedan element u odnosu na opća pravila GZ-a. Predviđa da ako je kupac bio svjestan ili nije mogao da ne bude svjestan neusklađenosti roba sa ugovorom u slučaju kada je uzrok te neusklađenosti **materijal koji je obezbjedio potrošač**.

Odgovarajuće vrijeme za utvrđivanje neusklađenosti

Prema GZ-u, kupac ima na raspolaganju 10 dana da obavjesti prodavca o nedostacima roba od trenutka kada je uočio takve nedostatke, osim ako drugačije nije predviđeno drugim zakonima. Kupac je dužan da precizno navede prirodu nedostataka. Kupac gubi pravo da uloži prigovor na nedostatke ako to pravo ne iskoristi u period od dvije godine od trenutka dostavljanja robe, osim ako taj rok nije u suprotnosti sa garantnim rokom predviđenim ugovorom. Međutim, Građanski zakon sadrži jedan izuzetak u odnosu na opća pravila o rokovima za ulaganje prigovora od strane kupca. Član 718, GZ navodi da se prodavac neće moći pozvati na član 717 (što znači da vremenski rok nije primljenjiv) ako je prodavac bio svjestan ili nije mogao da ne bude nesvjestan nedostataka, a o istim nije obavjestio kupca.

Zakon o zaštiti potrošača (član 30) također predviđa period od dvije godine tokom kojeg se prodavac smatra odgovornim za neusaglašenost roba. U drugom stavu ovog člana se navodi da ako neusaglašenost postane očigledna u periodu od šest mjeseci od trenutka isporuke, pretpostaviće se da je neusaglašenost postojala i u trenutku isporuke roba, osim ako je takva pretpostavka u suprotnosti sa prirodom roba i neusaglašenosti.

3. Ugovorne klauzule o isključenju/ ograničenju odgovornosti prodavca

Član 715, GZ utvrđuje da se prodavac neće smatrati odgovornim za nedostatke roba koji su poznati kupcu u trenutku zaključenja ugovora, osim ako se ti nedostaci ne odnose na kvalitet robe koji je određen u ugovoru ili deklaraciji prodavca. Ne postoji posebno pravilo koje se odnosi na potpuno oslobađanje od odgovornosti prodavca. Albanski građanski zakon sadrži reference za *force majeure* kao uslov za potpuno oslobađanje od odgovornosti ugovornih strana u nekim specifičnim ugovorima, kao što je ugovor o transportu (*član 889*).

4. Pravni lijekovi za kupce

Albanski građanski zakon razlikuje dvije odvojene situacije za određivanje pravnih lijekova za kupce u skladu sa stepenom neusaglašenosti. Građanska doktrina razlikuje bitnu povredu ugovorne obaveze i nebitnu povredu ugovorne obaveze. Bitna povreda ugovora se odnosi na slučajeve kada su nedostaci roba takve prirode da potpuno ugrožavaju predmet ugovora i ozbiljno krše prava

kupca. Bitna povreda ugovora ne znači nužno i potpuni raskid ugovora. Može se također govoriti i o djelimičnom raskidu ugovora, ali u svakom slučaju kada kupac nije ostvario svoja prava u smislu ispunjenja ugovora, to se kvalificira kao bitna povreda ugovora.

Član 722, GZ navodi da u slučajevima kada isporuka manjkave robe predstavlja bitnu povredu ugovorne obaveze, kupac može zatražiti ne samo popravku ili zamjenu robe, već i smanjenje cijene ili prekid ugovora. Zahtjev za popravku ili zamjenu kupac može podnijeti u trenutku kada uoči nedostatak. (član 717, GZ), ili u razumnom roku. Kupac mora dati prodavcu razuman rok da ispuni svoju obavezu. Tokom tog perioda kupcu nije dozvoljeno da koristi bilo koje drugo pravno sredstvo, osim ukoliko ga prodavac obavijesti da neće ispuniti svoju obavezu. U svakom slučaju, kupac ima pravo da traži odštetu. (član 722, GZ).

Nebitna povreda obaveze kako je definira član 723, GZ podrazumijeva situaciju u kojoj isporuka roba sa neznatnim nedostacima predstavlja nebitnu povredu ugovora kojom se nužno ne krše prava kupca i opća volja ugovornih strana.³ U takvim slučajevima kupac može zatražiti zamjenu ili popravku nedostataka, ili smanjenje cijene. Ponovo, kao i u slučajevima bitne povrede kupac treba da dozvoli prodavcu razuman rok za ispunjavanje obaveza, a ako prodavac ne ispuni uslov iz tačke 1 (popravka ili zamjena robe sa nedostacima) u roku koji je odredio kupac, kupac ima pravo da zatraži smanjenje cijene. U svakom slučaju kupac može zatražiti odštetu. (član 723, GZ).

Zakon o zaštiti potrošača (ZZP) ne pravi razliku između bitne i nebitne povrede ugovora. Bez obzira o kakvoj vrsti neusklađenosti se radi, potrošač ima pravo da zatraži besplatno otklanjanje nedostataka ili zamjenu robe, ili odgovarajuće smanjenje cijene ili raskid ugovora. Važno je naglasiti da ZZP predviđa postupni pristup u ulaganju prigovora od strane kupca. Kupac prvo mora da zatraži besplatnu popravku ili zamjenu roba, osim ako je to nemoguće ili nesrazmjerno (član 31.4, ZZP).

Smatraće se da je sredstvo nesrazmjerno ako nameće troškove prodavcu koji su u odnosu na alternativno sredstvo nerazložni, uzimajući u obzir vrijednost roba bez nedostataka, bitnost neusklađenosti, kao i to da li bi korištenje alternativnog sredstva prouzrokovalo neugodnosti za potrošača. Termin besplatno se odnosi na nužne troškove za postizanje usklađenosti robe, kao što su poštanski troškovi, radni material (član 31.4, ZZP). Opća je obaveza da se svaka popravka ili zamijena treba obaviti u razumnom roku i bez neugodnosti za potrošača uzimajući u obzir prirodu roba i namjenu zbog koje je kupac nabavio. (član 31.5). Garantni rok koji predviđa član 30, ZZP automatski se produžava nakon popravke da pokrije eventualne slične nedostatke u budućnosti. U tom slučaju, potrošač ima pravo da zatraži zamjenu, a ne još jednu popravku.

Druga opcija za potrošača je odgovarajuće smanjenje cijene ili raskid ugovora. Ovu opciju moguće je koristiti kada potrošač nema pravo na otklanjanje nedostataka ili zamjenu robe ili ako prodavac nije okončao popravku ili zamjenu u skladu sa stavom 4 (član 30.6, ZZP). U svakom slučaju, kupac ne može zatražiti raskid ugovora ako je neusklađenost nebitna. (član 30.7, ZZP). Period koji se odnosi na ulaganje žalbe radi popravke roba se dodaje garatnom periodu (član 30.8, ZZP).

Prodavac je obavezan da prihvati žalbu potrošača osim ako neko drugi nije nadležan za popravku. Prodavac mora odlučiti odmah, a najduže u roku od tri radna dana o prihvatanju žalbe. (član 31.2, ZZP).

5. Pitanja vezana za potrošače

Pitanja vezana za potrošače u prodajnim ugovorima su dio gore izložene analize.

³ Vidjeti M. Semini, Zakon o obligacionim odnosima, 2006.god, str. 17

ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Bosnu i Hercegovinu

1. Usporedba koncepta nedostatka saobraznosti prema CISG i odgovornosti za materijalne nedostatke u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine – općenito

Najznačajniji dio Konvencije o međunarodnoj prodaji robe (dalje i: Konvencija, CISG) sadrži propise kojima se regulira prava i obaveze ugovornih strana, te posljedice neispunjenja obaveza, odnosno ona prava koja jedna ugovorna strana stiče usljed neispunjenja ugovorenih obaveza od strane drugog ugovarača. Može se reći kako kičmu Konvencije čine propisi koji se odnose na smetnje u ispunjenju obaveza i predstavljaju zatvoren sistem, koji onemogućava primjenu nacionalnih propisa; u pogledu pitanja koja nisu regulirana Konvencijom primjenjuje se materijalno pravo države članice na koje u konkretnom slučaju upućuju koliziona pravila.¹ Pritom Konvencija ne poznaje razlike između različitih vrsta smetnji u ispunjenju: ona usvaja koncepciju tipičnu za sjevernoevropske i common law pravne sisteme, kojima je strano razlikovanje između različitih vrsta povreda ugovora,² čime se ustanovljava jedinstven pojam povrede ugovora, koji obuhvata različite povrede kakve su primjerice nemogućnost ispunjenja, docnja ili povrede sporednih obaveza.

Povreda ugovora postoji uvijek onda kada ugovorna strana ne ispunji svoje obaveze iz ugovora, bilo da je riječ o glavnim ili sporednim obavezama. Prodavac je obavezan isporučiti robu (čl. 30, 31 CISG), na ugovorenom mjestu (čl. 31 CISG), u ugovoreno vrijeme ili unutar primjerenog roka od zaključenja ugovora (čl. 33 CISG), slobodnu od prava trećih (čl. 40, 41 CISG) i u ugovorenom stanju (čl. 30, 35 CISG). Na ovaj je način obaveza prodavca da isporuči stvar sa svojstvima koja odgovaraju onim ugovorenim smještena u opći dio Konvencije, dok se njezinu konkretizaciju nalazi u posebnom dijelu, u odredbi čl. 35 Konvencije.

Odredba čl. 35 predstavlja centralnu odredbu u oblasti odgovornosti prodavca za saobraznost robe. Neodvojivost odredbe čl. 35 od općeg dijela Konvencije primjetna je i u smislu njezine naslonjenosti na odredbu čl. 25 Konvencije, koja govori o bitnoj povredi ugovorne obaveze. Odredba je čl. 25 za pitanja odgovornosti prodavca za nesaobraznost robe od suštinskog značaja, s obzirom na to da ostvarenje određenih prava kupca po osnovu postojanja nesaobraznosti robe direktno ovisi o tome da li je povreda obaveze koja istovremeno znači nesaobraznost bitna ili ne. Primjera radi, pravo kupca da od prodavca zahtijeva isporuku druge stvari bez nedostatka ili raskid ugovora biće mogući samo pod uslovom da predaja stvari koja nije saobrazna ugovorenim svojstvima predstavlja bitnu povredu ugovora.

¹ Nau, Evelyn, Das Gewährleistungsrecht in BGB, UN-Kaufrecht und den Reformvorschlägen der Schuldrechtskommission, Frankfurt am Main, 2003, str. 162.

² Kandler, Mandy, Kauf und Nacherfüllung, Bielefeld, 2004, str. 141.

Zakon o obligacionim odnosima³ o obavezi odgovornosti za materijalne⁴ nedostatke govori najprije u općem dijelu, obavezujući uopćeno prenosioca (tradensa) kod dvostranoobaveznih teretnih ugovora da sticaoocu (akcipijensu) odgovara za materijalne (i pravne) nedostatke ispunjenja. Naime, u čl. 121 pod naslovom „Dvostrani ugovori“ jeste riječ o posebnim pravnim učincima dvostranoobaveznih teretnih ugovora u smislu odgovornosti za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja.⁵ Potrebno je naglasiti kako Zakon o obligacionim odnosima odgovornost za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja na ovom mjestu (odredbe čl. 121 ZOO) regulira kao opći institut odgovornosti za nedostatke *ispunjenja* uopće, a ne isključivo kao odgovornost za materijalne i pravne nedostatke *na stvari*. Ovo bi praktično značilo da dužnik urednog ispunjenja obaveze odgovara povjerioci uvijek onda kad ispunjenje koje može biti ostvareno kao davanje (ustupanje) stvari odnosno prava, kao činjenje, propuštanje ili trpljenje ima određeni materijalni (i pravni) nedostatak.⁶ Ispunjenje koje može podrazumijevati davanje, činjenje, propuštanje ili trpljenje u najširem smislu kao predmet dužnikove obaveze ima se shvatiti kao dovršenu radnju, a ne kao radnju koja traje; smatra se kako nedostatak ne može postojati kao nedostatak radnje koja se odvija odnosno koja traje, već nedostatak imati može samo rezultat ispunjenja. Primjera radi nedostatak ne postoji u radnji predavanja stvari, nego na predanoj stvari.⁷

Činjenica je međutim da se institut odgovornosti za nedostatke stvari (materijalne i pravne) razvijati počeo u krilu ugovora o prodaji, pa se odatle, kad se pomene odgovornost za materijalne i pravne nedostatke, najčešće javlja asocijacija na ugovor o prodaji i odgovornost za nedostatke na stvari kao predmetu ugovora o prodaji. Vjerovatno je time najvećim dijelom uvjetovano i pravilo iz odredbe čl. 121 st. 3 ZOO. U ovoj odredbi se naglašava kako će se na obaveze prenosioca na odgovarajući način primjenjivati odredbe Zakona o obligacionim odnosima o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke, ako za određeni slučaj nije propisano nešto drugo.⁸ Shodno rečenom, moguće je reći kako se odgovornost za materijalne nedostatke stvari smatra dijelom šireg instituta odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja.⁹

³ Obligaciono pravo je u bivšoj državi prvi put kodificirano donošenjem Zakona o obligacionim odnosima (dalje i: Zakon, ZOO) 30. marta 1978. godine. Ovaj je zakon na snagu stupio 1. oktobra 1978. godine, a u pravni je sistem Bosne i Hercegovine preuzet 1992. godine Uredbom sa zakonskom snagom („Sl. list RBiH“, br. 2/92), dok je pravnu snagu zakona dobio na osnovu potvrđivanja Uredbi sa zakonskom snagom („Sl. list RBiH“, br. 13/94). Danas Zakon o obligacionim odnosima u Bosni i Hercegovini ne postoji na državnom nivou, već oba entiteta, Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska, imaju svoje entitetske ZOO. Zakoni su objavljeni u entitetskim službenim novinama i važe za: Federaciju BiH: „Službeni list SFRJ“, 29/78, 39/85, 45/89 i „Službeni list RBiH“, 2/29, 13/93 i 13/94, te „Službene novine FBiH“, 29/03 i Republiku Srpsku: „Službeni list SFRJ“, 29/78, 39/85, 45/89 i „Službeni glasnik RS“, 17/93, 57/98, 39/03, 74/04. U pripremi je Zakon o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine.

⁴ Postoje shvatanja prema kojima termin materijalnog nedostatka može biti problematičan iz razloga što isuviše podsjeća na materiju i materijalno, te tako podstiče neispravno shvatanje kako nedostatak imati može samo tjelesna stvar, a ne i rezultati ispunjenja koje se ima ostvariti kao činjenje, nečinjenje ili trpljenje. Vidjeti više kod: Slakoper, Zvonimir, u: Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005. godine, str. 531 (dalje i: Slakoper, Komentar ZOO).

⁵ Naslov odsjeka 5 „Dvostrani ugovori“ čini se neodgovarajućim najmanje iz razloga što kategoriju dvostranih ugovora nije moguće poistovjetiti sa pojmom dvostranoobaveznog naplatnog ugovora u okviru kojeg prenosilac sticaoocu odgovara za fizičke i pravne nedostatke ispunjenja. Shodno naslovu pravila o odgovornosti za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja imalo bi se primijeniti i kod tzv. nepotpunih odnosno nenaplatnih dvostranoobaveznih ugovora, no st. 1 člana 121 jasno upućuje na to da se ova pravila primjenjuje samo kod potpunih, naplatnih dvostranoobaveznih ugovora.

⁶ Petrić, Silvija, Odgovornost za materijalne nedostatke stvari prema novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1, (2006), str. 90 i 91.

⁷ Slakoper, Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005, str. 530.

⁸ O problematici primjene odredaba ZOO o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke na druge dvostranoobavezne, teretne ugovore vidjeti više kod: Slakoper, Zvonimir, Primjena odredbi Zakona o obveznim odnosima o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke na razne vrste ugovora. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1 (2004) (dalje i: Slakoper, Primjena odredbi ZOO...).

⁹ Petrić, op. cit., str. 88.

U smislu rečenog, o odnosu je koncepta odgovornosti za nesaobraznost robe prema Konvenciji i odgovornosti za materijalne nedostatke prema Zakonu o obligacionim odnosima (dalje i: ZOO, zakon) moguće reći slijedeće:

- Konvencija i ZOO koriste različitu terminologiju: CISG govori o nesaobraznosti robe, dok ZOO koristi termin materijalnog (faktičkog) nedostatka;
- u pogledu sistematike propisa koje se uspoređuju moguće je primijetiti kako prema određenim shvatanjima odredbe Konvencije koje se odnose na nesaobraznost (prije svega čl. 35) nisu samostalne, već integrirane u opći dio CISG-a, s obzirom na to da se naslanjaju i nadovezuju na odredbu čl. 25, koja govori o tome kada se povredu ugovora smatra bitnom.¹⁰ Kad je riječ o ZOO, u općem je dijelu zakona sadržana načelna odredba iz čl. 121, koja uopćeno govori o odgovornosti za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja, no odredbe koje zakon sadrži u posebnom dijelu (čl. 488–500) predstavljaju zaokružen skup pravila koja se ne naslanjaju na propise iz općeg dijela zakona. Može se reći kako domaći zakonodavac odgovornost prodavca za materijalne nedostatke regulira u cijelosti u posebnom dijelu, dok o nekim drugim oblicima neispunjenja odnosno neurednog ispunjenja obaveza govori u općem dijelu zakona (nemogućnost ispunjenja, docnja);
- Konvencija ne pravi razliku između različitih mogućih povreda ugovornih obaveza, već pojmom povrede ugovora obuhvata različite oblike neispunjenja ugovornih obaveza.¹¹ Zakon o obligacionim odnosima ne poznaje takav jedinstven pojam povrede ugovora, već polazi od značajno preciznijeg razlikovanja pojedinih kategorija smetnji u ispunjenju, te ih regulira odvojeno.

2. Nesaobraznost u skladu s čl. 35 st. 1 CISG-a – ugovorena svojstva: nedostaci u količini, kvalitetu, vrsti i pakiranju

Shodno odredbi čl. 35 st. 1 Konvencije, prodavac je dužan isporučiti robu u količini, kvaliteti i vrsti kako je to predviđeno ugovorom. Na ovaj način pojmom nesaobraznosti s ugovorom, pored nedostataka u kvalitetu, bivaju obuhvaćeni i nedostaci u količini, isporuka druge stvari (aliud) i nedostaci u pakiranju. U ovom se dijelu rješenja Konvencije značajno razlikuju od rješenja postojećih u velikom broju nacionalnih zakonodavstava, s obzirom na to da se u istima često polazi od mnogo detaljnijeg razlikovanja pojedinih oblika neispunjenja/neurednog ispunjenja.¹² Potrebno je naglasiti kako pojam nesaobraznosti nije moguće odrediti upotrebom terminologije karakteristične za nacionalna zakonodavstva.¹³

Shodno odredbi čl. 35 st. 1 Konvencije, prilikom ocjene saobraznosti robe s ugovorom najprije je neophodno u obzir uzeti ono što su stranke dogovorile. Drugim riječima, primarno su mjero-davna ona kvantitativna i kvalitativna određenja koja su ugovorne strane predvidjele ugovorom i u tom smislu rješenja Konvencije polaze od subjektivnog određenja¹⁴ pojma nedostatka.

Dogovor ugovornih strana o svojstvima stvari može uslijediti izričito, ali i prećutno, prije svega pozivanjem na određene standarde. Osobine predmeta ugovora mogu biti ugovorene individualno, ali i proizlaziti iz općih uslova poslovanja prodavca odnosno kupca. U određenim slučajevima

¹⁰ Reinicke, Dietrich, Kaufrecht, München, 2004, str. 448.

¹¹ Zerres, Thomas, Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts, München, 2007, str. 61.

¹² Schwenger, Ingeborg, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht: das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG, München, 2004, str. 416.

¹³ Bernstein, Herbert/Lookofsky, Joseph M., Understanding the CISG in Europe, Hag, 2003, str. 26f.

¹⁴ Schwenger, op. cit., str. 417.

svojstva stvari moraju odgovarati onima koja su prikazana u reklamama u kojima prodavac ukazuje na konkretna svojstva robe.¹⁵

Opis svojstava stvari ne mora biti posebno detaljan, no što je dogovor ugovornih strana precizniji, lakše je odgovoriti na pitanje kada će biti prekoračen tzv. prag bitne povrede ugovora i time otvoren put za ostvarenje određenih prava od strane kupca.¹⁶ Svako odstupanje, pa i ono koje ne utječe na vrijednost stvari ili na njezinu upotrebu odnosno funkcioniranje predstavlja nesaobraznost s ugovorom.¹⁷

Obaveza je prodavca prije svega predaja stvari u količini predviđenoj ugovorom. U tom se smislu svako odstupanje od ugovorene količine smatra nesaobraznošću s ugovorom, a ne djelimičnim neispunjenjem ili primjerice zadocnjenjem s dijelom isporuke.¹⁸ Jednako kao isporuka manje količine od one koja je ugovorena, i isporuka robe u količini koja prelazi ugovorenu smatra se nesaobraznošću s ugovorom. Na kupcu je da odluči o tome da li će veću količinu robe preuzeti ili ne (čl. 52 st. 2 CISG). Odluči li preuzeti robu ili propusti li prodavca obavijestiti o nedostatku u rokovima iz čl. 39 CISG, preuzetu veću količinu robe morat će shodno odredbi čl. 52 st. 2 CISG i platiti.¹⁹ Odstupanja od ugovorene količine, dopustiva i uobičajena u pojedinim branšama, ne predstavljaju nesaobraznost.

Pojmom kvaliteta se, pored čisto fizičkih svojstava stvari, obuhvata i sve činjenične i pravne odnose, koji se tiču odnosa stvari s njezinom okolinom.²⁰ U određenim slučajevima kvalitativnom se nesaobraznošću s ugovorenim može primjerice smatrati isporuku robe koja nema ugovoreno porijeklo²¹ ili isporuku robe bez prateće dokumentacije.²² I kad je o kvalitetu riječ, svako se odstupanje od onoga što su strane predvidjele ugovorom, neovisno o tome radi li se o stvari slabijeg ili boljeg kvaliteta od onog ugovorenog, govori o nesaobraznosti robe s ugovorom. Odstupanja od ugovorenog kvaliteta koji se smatra uobičajenim za određene oblasti ne uzima se u obzir.²³

Pored odstupanja u količini i kvalitetu, nesaobraznošću s ugovorom smatra se i slučajeve isporuke stvari druge vrste u odnosu na ugovorenu. Isporuči li prodavac umjesto šećera brašno, neće se smatrati da on obavezu isporuke šećera nije *uopće* izvršio, već da on ugovorenu obavezu nije ispunio *u skladu s ugovorom*.²⁴ Konvencija ne razlikuje neuredno ispunjenje (peius) od isporuke druge stvari umjesto one koju se duguje (aliud).²⁵

Ukoliko ugovorne strane postignu sporazum koji se tiče pakiranja robe, odstupanja od ugovorenog će se smatrati nesaobraznošću robe s ugovorom u smislu čl. 35 Konvencije.

Ugovorena svojstva stvari prema Zakonu o obligacionim odnosima. U bosanskohercegovačkom pravu, u slučaju u kojem ugovorne strane svojstva stvari ugovore, odstupanje od ugo-

¹⁵ Schwenzer, op. cit., str. 417.

¹⁶ Schlechtriem, Peter, Internationales Kaufrecht, Tübingen, 2007, str. 100.

¹⁷ Pilz, Burghard, Internationales Kaufrecht, München, 2008, str. 249.

¹⁸ Pilz, op. cit., str. 250.

¹⁹ Pilz, op. cit., str. 250.

²⁰ Schwenzer, op. cit., str. 418.

²¹ Witz, Wolfgang/Salger, Hanns-Christian/Lorenz, Manuel, International Einheitliches Kaufrecht: Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG, Heidelberg, 2000, čl. 35, rubni broj 8.

²² Pritom treba napraviti razliku između dvije vrste dokumentacije. U prvoj se grupi nalaze uputstva za upotrebu, montažu, kao i dokumenta koja služe pojašnjenju svojstava, funkcija ili upotrebe robe. Ovakva dokumentacija prati robu i isporuka robe bez takvih dokumenata smatra se isporukom robe nesaobrazne s ugovorom. U drugoj se grupi nalaze dokumenta koja je prodavac kupcu dužan predati u skladu s čl. 34 Konvencije i predaja kojih dokumenata predstavlja obavezu u potpunosti odvojenu od obaveze isporuke stvari u skladu s ugovorom.

²³ Kircher, Wolfgang, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf: eine vergleichende Darstellung des deutschen und englischen Rechts unter Berücksichtigung des UN-Kaufrechts und aktueller Reformbestrebungen, Tübingen, 1998, str. 163.

²⁴ Schwenzer, op. cit., str. 418–419.

²⁵ Pilz, op. cit., str. 249.

vorenog smatrat će se materijalnim nedostatkom u skladu s odredbom čl. 479 tačka 3 Zakona o obligacionim odnosima. Ugovor o prodaji najčešće podrazumijeva postojanje dogovora ugovornih strana o svojstvima stvari koja je njegov predmet. Dogovor ugovornih strana pri tom može biti izričit, ali i prešutan.

Ugovorne strane primarno ugovaraju kvalitet ili kakvoću stvari (latinski *qualitas*), kao množinu svojstava po osnovu kojih je moguće razlikovati ne samo stvari različite vrste, nego i stvari iste vrste jedne od drugih. Moguće je opisno ugovaranje kvaliteta, pri čemu posebno ugovaranje svojstava stvari automatski podrazumijeva njihovo posebno poznavanje. U praksi je često ugovaranje kvaliteta prema specifikaciji proizvođača, koja je u slučaju da postoji, obavezna, a susresti se može i s ugovaranjem svojstava stvari prema nazivu odnosno porijeklu (geografskom) konkretnog proizvoda.²⁶

Iako veoma rijetko, manjak ili višak u količini stvari u odnosu na ugovorenu količinu može značiti nedostatak u kvaliteti stvari. Shodno odredbi čl. 492 st. 1, o manjoj se količini stvari govori onda kad je prodavac kupcu predao manju količinu stvari u odnosu na onu ugovorenu. Materijalni nedostatak neće postojati uvijek ondje gdje bude predata manja količina stvari. Primjerice, preda li prodavac kupcu umjesto 300 kg cementa 250, postojaće djelimično ispunjenje i kupac od prodavca može zahtijevati preostalih 50 kg koje je platio. Preda li međutim prodavac kupcu vrata dimenzija manjih od ugovorenih (visoka primjerice 200 cm umjesto 210 cm) govori se o postojanju materijalnog nedostatka.

Isto tako, predaja stvari u količini većoj od ugovorene može predstavljati materijalni nedostatak. Preda li prodavac kupcu stvar u količini većoj od ugovorene, kupac primjerice može doći u situaciju da mu usljed odlaganja viška stvari nastanu dodatni troškovi. U domaćem se zakonodavstvu o predaji veće količine stvari od one koja je ugovorena u smislu eventualnog materijalnog nedostatka govori samo kad je riječ o ugovoru u privredi; tako shodno odredbi čl. 493 ZOO, kad je prodavac stvari određenih po rodu dao kupcu veću količinu nego što je ugovoreno, a kupac u razumnom roku ne izjavi da višak odbija, smatra se da je primio i taj višak, te ga je dužan platiti po istoj cijeni. Zakonom nisu regulisane situacije predaje veće količine u ugovoru građanskog prava.²⁷

Predaju se druge stvari u odnosu na dugovanu (aliud) ne smatra materijalnim nedostatkom, već neispunjenjem obaveze odnosno zakašnjenjem u ispunjenju, te se tako ni ne primjenjuje odredbe ZOO koje govore o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke stvari.²⁸

Iz naprijed je rečenog jasno kako pojam materijalnog nedostatka u domaćem pravu u pravilu obuhvata odstupanje od ugovorenog kvaliteta i u određenim situacijama od ugovorene količine, dok predaja druge umjesto dugovane stvari i nedostaci u pakiranju nisu obuhvaćeni ovim pojmom.

3. Kriteriji utvrđivanja saobraznosti robe (čl. 35 st. 2 CISG) – prikladnost robe u svrhe u koje se roba iste vrste uobičajeno upotrebljava, prikladnost robe za primjenu u naročite svrhe, saobraznost sa uzorkom odnosno modelom, pakiranje/zaštita robe na način uobičajen za takvu robu

Nisu li ugovorne strane dogovorile svojstva stvari, na mjesto primarnog, subjektivnog određenja pojma saobraznosti stupa niz objektivnih kriterija, među kojima posebno mjesto pripada svrsi

²⁶ Vizner, Boris, Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 1978., str. 1584.

²⁷ Slakoper, O primjeni odredaba ZOO..., str. 451, 452.

²⁸ Radišić, Jakov, Obligaciono pravo Opšti deo, Beograd, 2000., str. 154.

u koju se robu ima upotrijebiti; u načelu se radi o pretpostavkama o svojstvima robe koje bi ugovorile razumne ugovorne strane, da su uzele u obzir nužnost postizanja takvog dogovora.²⁹

U skladu s odredbom čl. 35 st. 2 CISG robu se smatra nesaobraznom s ugovorom ondje gdje ona nije prikladna za upotrebu za koju se roba takvih svojstava uobičajeno upotrebljava. Ukoliko roba može biti upotrijebljena u neke, ali ne i u sve svrhe koje se za takvu robu smatraju uobičajenima, prodavac je o tome dužan obavijestiti kupca. U pravilu prodavac ne odgovara u slučajevima u kojima je roba upotrebljiva u uobičajene svrhe, no nije je moguće upotrijebiti u neke svrhe koje su moguće i nastaju povremeno, no ne smatraju se uobičajenima.³⁰

Podobnost robe za njezino korištenje u uobičajene svrhe cijeni se prije svega s obzirom na to da li je roba prikladna za dalju prodaju odnosno promet.³¹ Na unutarnjem tržištu EU pritom se najčešće poseže za primjenom odredbe čl. 2 II d) Smjernice 1999/44 EC o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama za robu, shodno kojoj roba koja je predmet jednog potrošačkog ugovora mora biti takvog kvaliteta koji je tipičan za robu te vrste, a koji kvalitet potrošač razumno očekuje, uzevši u obzir svojstva robe i osobito pri etiketiranju ili reklamiranju robe javno učinjene izjave prodavca, proizvođača ili njegovog zastupnika o konkretnim osobinama robe. Šta se smatra svojstvima robe koja omogućavaju njezinu uobičajenu upotrebu, određivat će se u svakom konkretnom slučaju i prema objektivnim mjerilima. Tako primjerice bazeni na napuhavanje moraju biti vodonepropusni, staklene posude za domaćinstvo namijenjene za pečenje vatrostalne, a proizvodi s rokom trajanja upotreblijivi u određenom roku po njihovoj isporuci.

U praksi se nametnulo dosta sporno pitanje koje se odnosi na to da li se prikladnost robe za njezinu uobičajenu primjenu može izjednačavati s kategorijom srednje kakvoće robe ondje gdje se radi o generičkim stvarima. Iako možda razumljivo samo po sebi u kontinentalnom i američkom pravu, ovakvo izjednačavanje nije tipično za englesko pravo, u kojem se susreće kategoriju poznatu kao *merchantability*, u smislu svojstava ili skupine svojstava robe koja omogućavaju dalje trgovanje istom, odnosno njezino dalje stavljanje u promet. Različiti pravni standardi približeni su u smislu usvajanja u engleskom pravu kategorije primjerenog kvaliteta (*reasonable quality*).³²

Uvijek iznova jeste interesantno i pitanje koje se tiče toga koja je mjerila neophodno uzeti u obzir prilikom ocjene prikladnosti stvari za uobičajenu upotrebu, ona postojeća u zemlji porijekla kupca ili ona karakteristična za zemlju porijekla prodavca. U nedostatku predviđene posebne namjene stvari, ondje gdje se dakle ima voditi njezinom uobičajenom namjenom, postoje li međunarodna običajna pravila koja definiraju svojstva određene vrste stvari, uzet će se u obzir ista. Probleme ne stvara ni situacija u kojoj podjednaki standardi vrijede u državi porijekla kupca i u državi porijekla prodavca, kakva situacija postoji u trgovinskim odnosima između subjekata rezidentnih u državama članicama EU. U slučaju u kojem su standardi u državi porijekla kupca viši no u državi porijekla prodavca, kupčeva je obaveza obavijestiti prodavca o takvoj činjenici. U obrnutoj situaciji, pitanje razlika ne bi trebalo niti biti razmatrano, osim u situaciji u kojoj je kupac posebnu pažnju poklonio standardima postojećim u državi porijekla prodavca, što u pravilu utječe isključivo na cijenu.

Značajno pitanje jeste i ono o pridržavanju nacionalnih javnopravnih propisa kojima se štiti interese zaposlenika, potrošača, okoline itd. Sve dotle dok shodno takvim propisima roba mora imati svojstva koja u skladu s trgovačkim običajima nisu uobičajena za takvu vrstu robe, odnosno različiti propisi vrijede u državi porijekla prodavca i u državi porijekla kupca, shvatanja se različitih

²⁹ Schwenzer, op. cit., str. 417.

³⁰ Piltz, op. cit., str. 254.

³¹ Bernstein/Lookofsky, op. cit., str. 83.

³² Schwenzer, op. cit., str. 421.

teoretičara i praktičara razilaze. U praksi njemačkih³³ i austrijskih³⁴ sudova zauzeto je stajalište prema kojem prodavac nije dužan pridržavati se propisa postojećih u državi porijekla kupca ili državi u kojoj se roba ima upotrijebiti, čak ni onda kada je kupac prodavcu skrenuo pažnju na to da će roba biti upotrijebljena u državi X kao mjestu njezinog krajnjeg odredišta. Kupac bi, da bi se konstituirala prodavčeva odgovornost za saobraznost robe s takvim propisima, morao na konkretne propise izričito ukazati prodavcu u ugovoru kojeg zaključuje s njim. S druge strane, postoje shvatanja shodno kojima činjenica da je kupac prodavcu skrenuo pažnju na državu upotrebe stvari obavezuje prodavca da se pridržava propisa koji u toj državi u pogledu svojstava konkretne robe postoje.

Da bi prodavac odgovarao za nepostojanje onih svojstva robe koja je čine neupotrebljivom u posebne svrhe, kupac mora prodavca s takvim svojstvima upoznati izričito ili prešutno; takva svojstva ne moraju biti ugovorena, dovoljno je da je prodavac s njima upoznat. Uvijek je najjednostavnije ocijeniti da li je prodavac svoju obavezu ispunio ondje gdje je s naročitom namjenom stvari bio upoznat eksplicitno. U slučajevima u kojima je prodavac posebne namjene stvari mogao, ali ipak *nije* bio svjestan, potrebno je uzeti u obzir sposobnost razumnog prodavca da iz konkretnih okolnosti prepozna namjeravanu posebnu namjenu stvari.³⁵

Kako bi se primijenilo odredbu čl. 35 st. 2 b CISG, mora se ostvariti pretpostavka da se kupac oslonio odnosno da se mogao razumno osloniti na stručnost i prosudbu prodavca. Takva je pretpostavka ostvarena uvijek onda kad je prodavac specijalist odnosno stručnjak za proizvodnju ili nabavku stvari koje kupac namjerava upotrijebiti u posebnu svrhu. Činjenica da kupac sam jeste stručan u dovoljnoj mjeri ne opravdava prodavca, no takva situacija ne mora postojati ukoliko je kupac stručniji od samog prodavca.³⁶ Pouzdavanje kupca u stručnost i prosudbu prodavca ne igra ulogu u slučajevima u kojima je kupac sudjelovao u odabiru robe, utjecao na proces proizvodnje robe, davao prodavcu tačne upute i sl., jer nastaje sukob između ugovorenih svojstava iz st. 1 i svojstava zahtijevanih za posebnu namjenu robe iz st. 2 čl. 35 Konvencije.³⁷ Pouzdavanje kupca u stručnost i prosudbu prodavca u potpunosti je neopravdano u situacijama u kojima prodavac kupca upozna s činjenicom da on nije proizvođač robe, već istu samo dalje stavlja u promet, te da ne raspolaže potrebnim stručnim znanjem, kao i ondje gdje bi takvo stručno znanje bilo neopravdano očekivati u branši u kojoj prodavac posluje.

Prodavac odgovara kupcu i za nesaobraznost robe uzorku ili modelu. Pri tom uzorak predstavlja manju količinu robe izdvojenu iz veće količine iste i u pravilu treba imati sva svojstva takve robe, dok model služi prezentiranju robe kupcu ondje gdje mu nije moguće predstaviti samu robu i može imati sva i mnoga, ali i samo neka određena svojstva robe koja se prodaje.³⁸ Odredba čl. 35 st. 2 c CISG ne primjenjuje se u slučaju u kojem je uzorak odnosno model umjesto prodavca prezentirao kupac, niti ondje gdje kupac najprije naruči manju količinu stvari radi probe, a onda veću količinu „odgovarajućeg kvaliteta“.³⁹

Na kraju, prodavac kupcu u skladu s odredbom čl. 35 st. 2 d Konvencije odgovara za pakiranje stvari, u smislu da nedostatak uobičajenog ili primjerenog pakiranja znači nesaobraznost robe ugovoru. Roba mora biti zapakovana na uobičajeni način, koji će se procjenjivati u skladu s običajima karakterističnim u određenoj branši, pri čemu je neophodno u vidu imati cilj pakiranja koji se ogleda

³³ BGH, 8. 3. 1995, CISG-online 144.

³⁴ OGH, 13. 4. 2000, CISG-online 576 =IHR 2001, 117, 120.

³⁵ Schwenger, op. cit., str. 424.

³⁶ Schwenger, op. cit., str. 424.

³⁷ Schlechtriem, Peter, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, Tübingen, 1981, str. 57.

³⁸ O slučajevima nesaglasnosti ugovorenih svojstava stvari, svojstava neophodnih za uobičajenu upotrebu stvari i onih traženih za posebnu namjenu sa jedne i uzorka odnosno modela s druge strane vidjeti više kod: Schwenger, op. cit., str. 425.

³⁹ Schwenger, op. cit., str. 425.

u primjerenom zaštitu robe prilikom njezinog transporta. Ne postoje li takvi običaji, robu se ima pakirati na primjeren način. Primjerenost pakiranja pritom se cijeni uz uzimanje u obzir vrste robe, vrste i trajanja transporta i sl.

Rješenja Zakona o obligacionim odnosima. U odnosu na rješenje Konvencije, Zakon o obligacionim odnosima najprije regulira situacije u kojima svojstva stvari nisu ugovorena.

Tako se, shodno odredbi čl. 479 tačka 1, smatra da stvar materijalni nedostatak ima onda kad nema svojstva potrebna za njenu redovnu upotrebu odnosno za promet. Riječ je o dispozitivnom propisu kojim se definira minimum svojstava koja stvar mora imati, ondje gdje ugovorne strane o tome nisu postigle dogovor, odnosno ondje gdje takva svojstva nisu propisana: nema li dogovora niti propisa koji bi govorio o osobinama koje stvar mora imati, ona bi morala biti podobna za normalnu upotrebu odnosno za promet, već u ovisnosti o tom nabavlja li je kupac kako bi je sam koristio ili ima namjeru dalje je staviti u promet.⁴⁰ Prodavac se ne može pozivati na nepoznavanje svojstava koja bi stvar trebala imati za redovnu upotrebu ili za promet.⁴¹

Materijalni će nedostatak, u skladu s odredbom čl. 479 tačka 2, postojati i ondje gdje, usljed nedostatka sporazuma ugovornih strana odnosno odgovarajućeg propisa, prodavac preda stvar koja nema svojstva potrebna za naročitu upotrebu za koju je kupac nabavlja, a koja je prodavcu bila poznata odnosno koja mu nije mogla ostati nepoznata.⁴² Odgovornost prodavca je uvjetovana time da mu je naročita upotreba, za koju kupac stvar nabavlja, bila odnosno morala biti poznata. Pri tom je dovoljno da je prodavac s kupčevom namjerom posebne upotrebe stvari upoznat odnosno morao biti upoznat u periodu prije dospelosti obaveze predaje predmeta ugovora u smislu da ima vremena pripremiti predaju stvari s konkretnim svojstvima.⁴³ Prodavac će s naročitom upotrebom stvari u pravilu upoznat biti ondje gdje je ona ugovorena, no dovoljno je da mu je ova upotreba bila i samo poznata (primjerice ondje gdje su ugovorne strane u stalnom poslovnom odnosu te usljed propuštanja kupca da označi namjenu stvari prodavac može pretpostaviti da je kupac konkretnu stvar namijenio upotrijebiti u istu svrhu u koju je stvari iste vrste ranije nabavljao od njega).⁴⁴ U slučaju spora o tome da li je stvar kupljena za naročitu upotrebu ili ne, teret dokaza se nalazi na strani kupca⁴⁵.

U odredbi čl. 479 st. 3 ZOO zakonodavac, rame uz rame uz ugovorena svojstva stvari, o postojanju materijalnog nedostatka govori i uvijek onda kad predmet ugovora nema svojstva koja su propisana. Propisi kojima se definira svojstva određene stvari mogu biti imperativni i dispozitivni. Propisivanje svojstava stvari imperativnim normama u pravilu je motivirano nastojanjem zaštite javnog interesa, dok se dispozitivne propise primjenjuje u slučaju nepostojanja dogovora ugovornih strana. Poseban značaj među propisima kojima se definira svojstva stvari pripada propisima o standardima za određene proizvode. Standardi predstavljaju mjerila prema kojima se orijentira i ujednačava kvalitet određenih proizvoda. Danas se načelno razlikuje međunarodne i nacionalne, a u Evropi i evropske standarde, a često se govori i o standardima koje se primjenjuje u pojedinim oblastima jedne države (tzv. pokrajinski standardi), kao i o standardima tipičnim za određene industrijske grane (granski standardi). Najznačajnijim, s obzirom na to da direktno utječu na nacionalne standarde,

⁴⁰ Vizner, op. cit., str. 1594.

⁴¹ U skladu s odlukom VSH, Rev-2032/81 od 23. 2. 1982. (PSP 21/1982, str. 78) prodavac bačve odgovara za njezin nedostatak koji se sastoji u tome da ona propušta tekućinu, jer je nepropusnost svojstvo potrebno za redovitu upotrebu bačve, pa nije potrebno da ugovorne strane takva svojstva posebno ugovore.

⁴² U tom smislu i odluka Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine (VSBiH, Pž-292/88 od 26. 6. 1989., Bilten VSBiH 4/1989, odluka 86): „Ako je prodavac znao ili mogao znati da isporučuje kupcu robu koja nije pogodna za naročitu svrhu za koju je kupac nabavlja, odgovara za materijalne nedostatke i kad ih kupac nije na vrijeme reklamirao“.

⁴³ Vizner, op. cit., str. 1594.

⁴⁴ Kapor, Vladimir, u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Beograd, 1980. godine, str. 971.

⁴⁵ Bikić, Abedin, Obligaciono pravo – Posebni dio, Sarajevo, 2005. godine, str. 21.

smatra se internacionalne standarde; međunarodnu se standardizaciju provodi pri Međunarodnoj organizaciji za standardizaciju, u čiji rad je uključen Institut za standardizaciju Bosne i Hercegovine. Državni (nacionalni) standardi definiraju se na nivou države; državni standard Bosne i Hercegovine označava se skraćenicom BAS⁴⁶, donosi ga Institut za standardizaciju Bosne i Hercegovine⁴⁷ i njegova je upotreba dobrovoljna, osim u slučaju kada je obavezna primjena određena posebnim propisom.⁴⁸ Propis, koji nalaže obaveznu primjenu standarda, mora se pozivati na BAS standard.⁴⁹

Nedostatak će u skladu s odredbom čl. 479 tačka 4 postojati i onda kad je prodavac kupcu predao stvar koja nije jednaka uzorku odnosno modelu, osim ondje gdje su uzorak ili model pokazani samo radi obavijesti. Nisu li odstupanja od uzorka ili modela ugovorena ili predviđena običajima stvar mora biti saobrazna uzorku odnosno modelu.⁵⁰

Usporedi li se rješenja CISG-a i ZOO, odmah je primjetno da, u odnosu na CISG koji pri određenju pojma nesaobraznosti polazi primarno od ugovorenih svojstava robe, ZOO najprije govori o situacijama u kojima svojstva stvari nisu niti ugovorena niti propisana, pa su pri definiranju pojma materijalnog nedostatka, prije odstupanja od ugovorenoga, pomenuta odstupanja od karakteristika koje stvar mora imati za njezinu redovnu upotrebu ili promet odnosno za naročitu upotrebu koja je prodavcu bila ili morala biti poznata.

ZOO pod pojam materijalnog nedostatka, o čemu je već bilo pomena, ne podvodi slučajeve odstupanja od uobičajenog ili primjerenog pakiranja.

4. Isključenje odgovornosti prodavca prema CISG

Shodno rješenjima Konvencije, moguća su dva slučaja u kojima se odgovornost prodavca za nesaobraznost robe smatra isključenom.

To je najprije slučaj ondje gdje, shodno odredbi čl. 35 st. 3 Konvencije, kupac jeste upoznat s takvom nesaobraznošću odnosno ondje gdje mu ista nije mogla biti nepoznata. Kupac koji ne uoči nesaobraznost koja mu nije mogla ostati nepoznata, postupa s nepažnjom koja se smatra još većim stepenom nepažnje u odnosu na grubu nepažnju.⁵¹

U drugom slučaju prodavac za nesaobraznost ne odgovara ondje gdje propusti pregledati robu u rokovima iz čl. 38 i uočene nedostatke reklamirati u rokovima iz čl. 39 Konvencije. Smisao obaveza kupca iz čl. 38 i 39 CISG jeste u ostavljanju prodavcu mogućnosti da nesaobraznost robe otkloni, pripremi se za upuštanje u spor s kupcem i dakako u tome da je od određenog trenutka svjestan prava koja mu stoje na raspolaganju kao njegova prava iz ugovora.⁵²

Kategorija razumnog roka iz čl. 39 st. 1 CISG, te trajanje roka bivaju određeni u svakom konkretnom slučaju, uz uzimanje u obzir vrste robe i prava koje kupac namjerava ostvarivati. Rokovi teku od trenutka u kojem je kupac otkrio nedostatak odnosno od trenutka u kojem je morao otkriti isti.

Rješenja ZOO. Ni u pravu BiH prodavac, shodno odredbi čl. 480 st. 1 ZOO, ne odgovara za nedostatke iz čl. 479 tačka 1) i 3) ako su u trenutku sklapanja ugovora takvi nedostaci bili poznati

⁴⁶ Čl. 11 st. 2 Zakona o standardizaciji Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, 19/01.

⁴⁷ Čl. 11 st. 1 Zakona o standardizaciji BiH.

⁴⁸ Čl. 13 st. 1 Zakona o standardizaciji BiH.

⁴⁹ Čl. 13 st. 2 Zakona o standardizaciji BiH.

⁵⁰ Potpunu istovjetnost uzorka i stvari koja je predmet ugovora nemoguće je postići, te je iz tog razloga u praksi usvojeno shvatanje o dopuštenosti minimalnih odstupanja od uzorka onda kad su neznatna i neizbježna, te uobičajena u prometu konkretnom vrstom robe.

⁵¹ Schwenzler, op. cit., str. 427.

⁵² Nau, op. cit., str. 168.

kupcu ili mu nisu mogli ostati nepoznati usljed njegove nemarnosti odnosno nehata⁵³; drugim riječima, prodavac ne odgovara za vidljive nedostatke onda kad se oni sastoje u tome da stvar nema potrebna svojstva za njezinu redovnu upotrebu ili promet odnosno kad se sastoje u tome da stvar nema svojstva ili odlike koje su izričito ili prešutno ugovorene odnosno propisane. U preostala dva slučaja iz čl. 479, dakle ondje gdje stvar nema svojstva za naročitu upotrebu, koja je prodavcu bila ili morala biti poznata (čl. 479 st. 2), odnosno kad stvar nije saobrazna uzorku ili modelu (čl. 479 st. 4) domaći zakonodavac propisuje bezuslovnu odgovornost prodavca.⁵⁴

Kupac koji u bosanskohercegovačkom pravu propusti reklamirati vidljive nedostatke u rokovima iz čl. 481, odnosno skrivene u rokovima o kojima govore odredbe čl. 482 ZOO gubi prava koja mu pripadaju po osnovu postojanja materijalnih nedostataka.

5. CISG o ugovornim klauzulama o isključenju/ograničenju odgovornosti prodavca

Shodno odredbi čl. 6 Konvencije ugovorne strane primjenu Konvencije mogu isključiti ili, izuzev odredaba čl. 12, odstupiti od njezinih odredaba odnosno izmijeniti njihove pravne učinke.

Kako su i odredbe čl. 45 Konvencije dispozitivnog karaktera, od njih je moguće odstupiti, dotle dok su takvo odstupanje ugovorne strane dogovorile individualno. Pitanje punovažnosti odredaba ugovora koje su sadržane u općim uvjetima poslovanja i o kojima nije individualno pregovarano, a kojima bi se prodavac oslobodio obaveza koje za njega proizlaze iz čl. 45 CISG, nije regulirano Konvencijom, te se na njega primjenjuje pravo mjerodavno prema kolizionim pravilima. U pravilu je riječ o pravu koje bi se na ugovorni odnos imalo primijeniti kada takav ugovorni odnos ne bi podlijegao propisima Konvencije. Najčešće ugovorne strane sporazumno definiraju mjerodavno pravo, a u nedostatku se takvog sporazuma primjenjuje pravo države prodavca.⁵⁵

Ugovorne su strane ovlaštene odstupiti od odredaba čl. 48 CISG o pravu kupca na naknadno ispunjenje ugovora, čak i ondje gdje bi takva odstupanja bila sadržana u općim uvjetima poslovanja, dotle dok se ona ne kose s temeljnim načelima Konvencije. Dopustivo bi bilo i proširenje prodavčeve odgovornosti za naknadno ispunjenje. S druge strane, sporna bi bila odredba općih uvjeta kojom se kupca, u slučaju povrede obaveze od strane prodavca, osobito isporuke nesaobrazne robe, odmah ovlašćuje na raskid ugovora.⁵⁶ Dopuštenim se smatraju i odredbe kojima se odstupa od propisa Konvencije, kojima se regulira kupčevo pravo na raskid ugovora. Problematična je međutim odredba općih uvjeta poslovanja, na temelju koje prodavac kupcu oduzima pravo da u slučaju neispunjenja obaveze isporuke stvari ostavi naknadni rok za ispunjenje ove obaveze, te da po bezuspješnom protoku roka izjavi da raskida ugovor. S druge je strane dopustiva ugovorna klauzula u općim uvjetima poslovanja po osnovu koje kupac u slučaju nesaobraznosti robe koja je manjeg značaja ima isključivo pravo na sniženje cijene.⁵⁷ Jednako kao i prethodno navedena prava, i pravo na sniženje cijene može biti isključeno sporazumom ugovornih strana, kao i općim uvjetima poslovanja.

Ugovorom je moguće regulirati i obim odgovornosti za štetu, s obzirom na dispozitivan karakter odredaba čl. 74 Konvencije. Tako ugovorne strane mogu ugovoriti paušalan iznos štete ili ograničiti odgovornost za štetu. Ondje gdje su ovakve odredbe dio općih uvjeta poslovanja, o nji-

⁵³ Možina, Damjan, Uslovi i vremenska ograničenja odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke, *Evropski pravnik*, 1/2008, str. 11.

⁵⁴ Više kod: Radišić, op. cit., str. 155.

⁵⁵ Müller-Chan, *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht: das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG*, München, 2004, str. 515.

⁵⁶ Witz/Salger/Lorenz/Salger, op. cit., čl. 48, rubni broj 8.

⁵⁷ Müller-Chan, op. cit., str. 565.

hovem se uključanju u ugovor odlučuje u skladu s odredbama Konvencije koje se tiču zaključenja ugovora (čl. 14, 18 CISG).⁵⁸

Ugovorne strane su slobodne ugovoriti paušalnu naknadu štete ili ugovornu kaznu; propise o njihovoj dopustivosti, kontroli, te zaštitu druge ugovorne strane pronalazi se u pravu koje se smatra mjerodavnim shodno kolizionim pravilima. Mjerodavno pravo se utvrđuje u skladu s kolizionim pravilima *lex fori*.

Sadržajna kontrola odredaba ugovora kojima se odgovornost prodavca ograničava ili isključuje provodi u skladu s mjerodavnim nacionalnim pravom. Pravila mjerodavnog nacionalnog prava koja upućuju na dispozitivne propise tog prava odnosno na određena načela u istome potrebno je uskladiti s Konvencijom koja se primjenjuje na konkretni ugovorni odnos.⁵⁹

Rješenja ZOO. S obzirom na to da su zakonske odredbe o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke dispozitivnog karaktera, njihovu je primjenu ugovorom moguće isključiti odnosno ograničiti. Ovakvu mogućnost ZOO predviđa u odredbi čl. 486 st. 1.; odgovornost prodavca može biti isključena odnosno ograničena za sve materijalne nedostatke, i vidljive i skrivene.⁶⁰ U privrednom se prometu odgovornost prodavca najčešće isključuje odnosno ograničava unošenjem u ugovor klauzula „kakva-takva“, „telle-quelle“, „đuture“ i sl.; u takvim slučajevima kupac robu kupuje s određenog stovarišta, bez odvajanja boljih dijelova. U slučaju u kojem kupac robu kupuje uz klauzulu „viđeno-odobreno“ podrazumijeva se da je on robu pregledao i pristao je kupiti u stanju u kojem se nalazi. Obje situacije podrazumijevaju isključenje odgovornosti za vidljive nedostatke stvari.⁶¹

U određenim slučajevima ugovorna isključenja odnosno ograničenja neće biti moguća, odnosno ugovorne će se odredbe koje predviđaju isključenje ili ograničenje prodavčeve odgovornosti smatrati ništavima. Shodno odredbi čl. 486 st. 2 ZOO ništavima će biti one ugovorne odredbe o isključenju odnosno ograničenju prodavčeve odgovornosti za materijalne nedostatke 1) u slučaju u kojemu su nedostaci prodavcu bili poznati, a o njima nije obavijestio kupca, te 2) ondje gdje su konkretne odredbe u ugovor unesene na način da ih je prodavac kupcu nametnuo koristeći se svojim monopolskim položajem.

Kupac koji se odrekne prava na raskid ugovora zadržava shodno čl. 486 st. 3 ostala prava koja mu pripadaju po osnovu postojanja materijalnog nedostatka.

6. Poređenje prava kupca zbog nesaobraznosti prema CISG i prava po osnovu postojanja materijalnih nedostataka prema Zakonu o obligacionim odnosima

Prava kupca zbog nesaobraznosti prema CISG. U slučajevima u kojima prodavac kupcu isporuči robu koju se može smatrati nesaobraznom u smislu čl. 35 CISG, a prodavčeva odgovornost nije isključena, kupac stiče prava iz odredbe čl. 45: pravo zahtijevati uredno ispunjenje (čl. 46, 47, 51 CISG), pravo da jednostrano raskine ugovor (čl. 49, 51 CISG), pravo na sniženje cijene (čl. 50, 51 CISG), te pravo na naknadu štete (čl. 74 CISG). Rješenja su Konvencije tako koncipirana da trebaju primarno osigurati uredno ispunjenje ugovora odnosno njegovo održanje na snazi.⁶²

⁵⁸ Stoll/Gruber, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht: das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG, München, 2004, str. 714.

⁵⁹ Stoll/Gruber, op. cit., str. 715.

⁶⁰ VSH, Rev-2432/82 od 5. 5. 1983., PSP 23/1984, str. 95.

⁶¹ Kapor, op. cit., str. 983 i 984.

⁶² Müller-Chan, op. cit., str. 517.

1. Pravo kupca da zahtijeva uredno ispunjenje ugovora

Isporuči li prodavac kupcu robu s nedostatkom, pravo kupca da zahtijeva ispunjenje pretvara se u njegovo pravo da zahtijeva otklanjanje nedostatka ili isporuku robe bez nedostatka.

Kupčevo pravo da zahtijeva uredno ispunjenje ugovora uslovljeno je ostvarenjem niza pretpostavki. Obaveza prodavca na isporuku saobrazne robe najprije mora biti neispunjena (čl. 46 st. 1 u vezi s čl. 45 st. 1 1 a CISG). Kupac pravo na ispunjenje ugovora neće moći ostvariti ondje gdje se već opredijelio za ostvarenje nekog drugog prava koje nije povezivao s pravom na naknadno uredno ispunjenje (primjerice pravo na raskid ugovora). Pravo da zahtijeva naknadno uredno ispunjenje kupac neće moći ostvariti ondje gdje nacionalni sud koji postupuje u konkretnom slučaju ispunjenje *in natura* ne bi dosudio prema nacionalnom pravu. Obavezu isporuke druge stvari bez nedostatka prodavac neće imati u slučaju nastupanja objektivne nemogućnosti naknadnog ispunjenja, kao ni ondje gdje se, uz uzimanje u obzir okolnosti konkretnog slučaja ustanovi kako bi to bilo neopravdano očekivati od prodavca s obzirom na obaveze (troškove, trud) koje pri tom za njega nastaju.⁶³

a) Pravo kupca da zahtijeva predaju druge stvari bez nedostatka

Pravo da zahtijeva isporuku robe bez nedostatka u skladu s odredbom čl. 46 st. 2 CISG uvjetovano je, kako je već pomenuto, najprije time da je već izvršena jedna isporuka nesaobrazne robe, te je sada neophodna druga. Isporuka druge stvari bez nedostatka ograničena je na generičke stvari.⁶⁴

Drugi je preduvjet koji se mora ostvariti kako bi kupac uspješno ostvario pravo na isporuku druge stvari bez nedostatka to da se isporuku nesaobrazne stvari smatra bitnom povredom ugovora u smislu čl. 25 CISG: povreda ugovora mora biti takva da se od kupca ne može očekivati da isporučenu mu stvar zadrži i zadovolji se umanjnjem cijene ili naknadom štete usljed umanjene vrijednosti stvari.⁶⁵ Kupac u skladu s odredbom čl. 82 st. 1 CISG mora biti u stanju vratiti stvar koja mu je isporučena u neizmijenjenom stanju; izuzetno, u skladu s odredbom čl. 82 st. 2 CISG kupac prodavcu duguje protuvrijednost koristi koju je imao od stvari.

Potrebno je naglasiti kako je sudsko ostvarenje prava na isporuku druge saobrazne stvari/stvari bez nedostatka moguće samo u slučajevima u kojima bi određeni nacionalni sud naknadno naturalno ispunjenje dopustio i u skladu s nacionalnim propisima. U pozadini je ovakvog rješenja kompromis koji je napravljen s rješenjima postojećim u američkom pravu, u kojem sudovi naturalno ispunjenje kao *specific performance* dopuštaju samo u iznimnim slučajevima, ondje gdje povjerilac dokaže postojanje posebnog interesa da ostvari pravo na naknadnu isporuku stvari bez nedostatka.⁶⁶

Kupac nije ovlašten zahtijevati isporuku druge stvari bez nedostatka ondje gdje takvo pravo stoji u suprotnosti s drugim pravima koja on namjerava ostvariti, primjerice s pravom na sniženje cijene ili raskid ugovora, kao niti ondje gdje prodavac shodno odredbi čl. 79 CISG ne odgovara za okolnosti koje su uzrokovale neispunjenje njegove obaveze isporuke stvari bez nedostatka.⁶⁷

Pravo kupca da zahtijeva isporuku druge stvari bez nedostatka vezano je određenim rokovima. Shodno odredbi čl. 46 st. 2 zahtjev za zamjenu stvari kupac mora postaviti istovremeno s obavještanjem prodavca o samom nedostatku ili u razumnom roku od te obavijesti.

⁶³ Müller-Chan, op. cit., str. 519.

⁶⁴ Vidjeti šire: Müller-Chan, op. cit., komentar čl. 46 CISG, rubni broj 22 ff.

⁶⁵ OLG Frankfurt, 18. 1. 1994., CISG-online 123.

⁶⁶ Nau, op. cit., str. 170.

⁶⁷ Nau, op. cit., str. 170.

Ukoliko je i ponovno isporučena stvar nesaobrazna (ima nedostatke), za kupca ponovno nastaju prava iz čl. 45 CISG. Međutim, ukoliko novi nedostatak ima odgovarajuću objektivnu težinu, kupac je ovlašten trenutno izjaviti da raskida ugovor.⁶⁸

b) Pravo kupca da zahtijeva otklanjanje nedostatka na isporučenoj robi

Kupac osim isporuke druge stvari bez nedostatka ima, u skladu s odredbom čl. 46 st. 3 CISG, pravo zahtijevati i otklanjanje nesaobraznosti/nedostatka; otklanjanje nedostatka pri tom može značiti i popravku, ali i izmjenu pojedinih sastavnih dijelova stvari. Pravo na uklanjanje nedostatka moguće je ostvarivati i kad je riječ o generičkim i kad je riječ o individualno određenim stvarima.

Pravo na otklanjanje nedostatka ograničeno je nemogućnošću otklanjanja istog, a nije ostvarivo niti ondje gdje bi od prodavca bilo neopravdano očekivati da otkloni nedostatak, uzimajući u obzir napore koje je on u konkretnom slučaju u ostvarenju popravke dužan uložiti.

Rokovi za ostvarenje prava na otklanjanje nedostatka istovjetni su rokovima za ostvarenje prava na zamjenu stvari (čl. 46 st. 3 CISG).

U slučaju u kojem nedostatak na zahtjev kupca ne bude otklonjen, kupac je ovlašten nedostatak otkloniti sam ili njegovo otklanjanje povjeriti trećem, a troškove otklanjanja nedostatka zahtijevati od prodavca u obliku naknade štete (čl. 45 st 1 b CISG), pri čemu je dužan nastojati spriječiti nastanak nepotrebnih troškova (čl. 77 CISG).

2. Pravo kupca da zahtijeva sniženje cijene

Ovo je pravo u funkciji održanja ugovora na snazi u smislu da se ugovor po isporuci nesaobrazne stvari prilagodi novonastalim okolnostima i u tom smislu cijena bude snižena. Sniženje je cijene pravo kupca stvari s nedostatkom karakteristično za kontinentalno-evropske pravne sisteme; ovo pravo u zemljama anglosaksonske pravne tradicije zamjenjuje pravo na naknadu štete.⁶⁹

Ovo pravo kupac ostvaruje jednostranom izjavom volje u skladu s odredbama čl. 27 CISG. Kupac cijenu smanjuje u omjeru u kojem stoji vrijednost stvarno isporučene stvari u trenutku njezine isporuke prema vrijednosti dugovane, dakle, stvari bez nedostatka u istom trenutku; drugačiji izračun iznosa za koji će se cijenu umanjivati nije dopušten.⁷⁰

3. Pravo kupca na jednostrani raskid ugovora

Pravo na raskid ugovora kupac ima u nekoliko slučajeva.

Ovo pravo kupac ima ondje gdje, shodno odredbi čl. 49 st. 1 a CISG, prodavac ne ispuni bilo koju njegovu obavezu iz ugovora odnosno iz Konvencije, a takvo neispunjenje predstavlja bitnu povredu ugovora, kao i u slučaju neisporuke, ako prodavac nije isporučio robu u dodatnom roku koji mu je kupac odredio po osnovu st. 1 čl. 47 CISG ili je izjavio da je neće isporučiti u tako određenom roku.

Neisporuka robe kao neispunjenje obaveza iz ugovora. Neisporuka robe podrazumijeva izostanak pribavljanja kupcu posrednog ili neposrednog posjeda na predmetu ugovora. Sama neisporuka ne predstavlja međutim uvijek osnov za raskid: neisporuka mora istovremeno predstavljati bitnu povredu ugovora. Nemogućnost ispunjenja obaveze isporuke robe, neovisno o tome je li po-

⁶⁸ Müller-Chan, op. cit., str. 527.

⁶⁹ Müller-Chan, op. cit., str. 566–567.

⁷⁰ Zerres, op. cit., str. 71.

četna ili naknadna odnosno skrivljena ili neskrivljena, u pravilu predstavlja bitnu povredu ugovora.⁷¹ Za ostvarenje prava na raskid usljed neizvršenja obaveze isporuke robe nisu od značaja razlozi koji stoje u osnovi neispunjenja ove prodavčeve obaveze (čl. 79 CISG).

Dilema oko toga predstavlja li neisporuka bitnu povredu ugovora prestaje u slučaju iz odredbe čl. 49 st. 1 b CISG, u smislu da kupac kojem prodavac nije isporučio robu u dodatnom roku kojeg je kupac prodavcu ostavio po osnovu čl. 47 st. 1 CISG ima pravo raskinuti ugovor. Ovo pravo kupac po osnovu iste odredbe ima i u slučaju u kojem prodavac izjavi da neće naknadno isporučiti robu u ostavljenom mu roku.

Djeljive obaveze i sukcesivna isporuka. Konvencija u odredbama čl. 51 regulira slučajeve izostanka dijela isporuke kod djeljivih obaveza, odnosno postojanje nedostatka samo na dijelu isporuke, a u odredbama čl. 73 izostanak dijela isporuke kod obaveza kod kojih isporuka ima uslijediti sukcesivno. U slučajevima izostanka dijela isporuke kod djeljivih obaveza odnosno isporuke robe koja samo u jednom dijelu ima nedostatak, kupac prava iz čl. 46 do 50 CISG ima isključivo u pogledu nedostajućeg, odnosno dijela isporuke s nedostatkom. Pravo da ugovor raskine u cijelosti kupac ima samo pod uvjetom da djelimično izvršenje odnosno nedostatak saobraznosti predstavlja bitnu povredu ugovora. Slična rješenja sadrže i odredbe čl. 73 CISG. Kada u okviru ugovora sa uzastopnim isporukama prodavac ne izvrši svoje obaveze u pogledu jedne isporuke, kupac pravo na raskid ima samo u pogledu te isporuke, pod uvjetom da ovakva povreda predstavlja bitnu povredu ugovora (čl. 73 st. 1 CISG). Ukoliko prodavac povrijedi svoje obaveze u pogledu jedne isporuke, a kupac iz toga osnovano može zaključiti da će prodavac svoje obaveze *bitno* povrijediti i u pogledu buduće isporuke, može raskinuti ugovor u pogledu te buduće isporuke (čl. 73 st. 2 CISG). Pravo na raskid ugovora u pogledu već primljenih ili tek predstojećih isporuka kupac ima pod uvjetom da jedna isporuka zbog koje raskida ugovor jeste s preostalim isporukama tako vezana da se preostale isporuke ne bi mogle koristiti u svrhu koju su strane imale na umu prilikom sklapanja ugovora (čl. 73 st. 3). Odredbe čl. 73, u usporedbi s čl. 51 CISG, kupcu daju pravo isključivo na raskid ugovora.

Isporuka nesaobrazne robe. Isporuka nesaobrazne robe može biti razlog za raskid ugovora samo pod uvjetom da predstavlja bitnu povredu; bitna povreda ugovora vezuje se za ozbiljne nedostatke, koji se uz trud koji se razumno može očekivati od prodavca ne mogu otkloniti u razumnim rokovima, a kupac stvar ne može upotrijebiti. Raskid je ugovora posljednje rješenje, *ultima ratio*, među pravima koja kupcu stoje na raspolaganju i načelno u obzir dolazi ondje gdje ugovor više nije moguće spasiti.⁷²

Jednom stečeno pravo na raskid ugovora kupac gubi kada propusti izjaviti da ugovor raskida u odgovarajućim rokovima; o istima govori odredba čl. 49 st. 2 CISG. Ostvarenje kupčevih prava nije vezano rokovima u slučajevima u kojima se povreda ugovorne obaveze ogleda u neisporuci.

Pravo na raskid ugovora kupac realizira jednostranom izjavom volje upućenom prodavcu. Pravne su posljedice raskida ugovora regulirane odredbom čl. 81 CISG. Po njegovom raskidu ugovor ne prestaje postojati, već se samo pretvara u obavezni odnos unutar kojeg ugovorne strane, oslobođene svojih ugovornih obaveza, imaju obavezu vraćanja jedna drugoj onoga što su po osnovu ugovora primile.

Kupac shodno odredbi čl. 82 st. 1 CISG nije ovlašten zahtijevati raskid ugovora onda kad nije u stanju da robu u bitnome vrati u neizmijenjenom stanju, osim u slučajevima u kojima je moguća primjena odredbe čl. 82 st. 2 CISG, osobito ukoliko kupac nije skrivio nemogućnost vraćanja stvari u neizmijenjenom stanju odnosno kada je roba pretrpjela nedostatke u okvirima na odgovarajući način provedenog pregleda iste.

⁷¹ Schlechtriem, Internationales Kaufrecht, Tübingen, 2007, str. 137.

⁷² Nau, op. cit., str. 172.

4. Pravo kupca na naknadu štete

Pravo kupca na naknadu štete regulirano je u odredbi čl. 45 st. 1 b CISG. Odredba ovog člana u pogledu pravnih posljedica upućuje na odredbe čl. 74–77 CISG, koje pretpostavljaju povredu ugovorne obaveze bilo prodavca (čl. 45 st. 1 b CISG) ili kupca (čl. 61 st. 1 b CISG); razlikovanje osnovnih od sporednih obaveza nije konstitutivno za ostvarenje prava na naknadu štete. Naknada štete shodno rješenjima Konvencije počiva na načelu potpune naknade štete (totalna reparacija) i obuhvata kako običnu štetu, tako i izmaklu korist.

Pravo na naknadu štete koegzistira sa ostalim pravima koja po osnovu nesaobrazne isporuke predmeta ugovora pripadaju kupcu. Ipak, ostvarenje ovog prava može ovisiti o tome koje drugo pravo kupac namjerava ostvariti (čl. 75 i 76 CISG); kumulacija prava ne smije voditi tome da kupac bude oštećen u mjeri koja prelazi stvarno nastalu štetu, u kojem se smislu zahtjev na naknadu štete zapravo ograničava na naknadu štete koja kupcu preostaje nakon realizacije nekog od preostalih prava koja mu pripadaju. Konvencija ne sadrži propise kojima bi se uredilo pitanja iz oblasti predugovorne odgovornosti, najvećim dijelom iz razloga što su ova pitanja u nacionalnim zakonodavstvima riješena veoma različito.⁷³

Prodavac naknadu štete duguje neovisno o tome da li ju je skrivio ili ne; njegova je odgovornost definirana veoma strogo.⁷⁴ O oslobođenju od odgovornosti govore odredbe čl. 79 CISG.

Mogući oblici štete koja nastaje usljed povreda ugovornih obaveza jesu šteta usljed neispunjenja (primjerice šteta koja za kupca nastane onda kad on o vlastitom trošku popravi stvar s nedostacima), prateća šteta (*incidental damages, Begleitschaden*, primjerice šteta koju kupac trpi lagerovanjem robe isporučene sa zakašnjenjem ili određenim nedostacima) i šteta koja nastaje kao posljedica povrede ugovornih obaveza (*consequential losses, Folgesachaden*, primjerice šteta koja kupcu nastane kad on robu proda trećem licu, ali je usljed docnje ili isporuke s nedostacima od strane svog prodavca ne može i predati trećem).

Štetu se izračunava konkretno. Apstraktan obračun štete u skladu s odredbama čl. 76 CISG u smislu razlike između ugovorene i tržišne cijene, bez da prodavac ima mogućnost prigovoriti kako prodaja radi pokrića nije zaista poduzeta, predstavlja iznimku od pravila o konkretnom obračunavanju štete.⁷⁵ Konkretnu se štetu obračunati ima u trenutku donošenja presude.

Strogu, objektivnu odgovornost prodavca ublažava se uzimanjem u obzir kategorije predviđivosti štete iz njegovog (prodavčevog) ugla u trenutku zaključenja ugovora, uz uvažavanje okolnosti koje je on u tom trenutku poznao ili morao poznavati (čl. 74 st. 2 CISG). Predviđivost u načelu obuhvata sva tri pojavna oblika obične štete (štetu zbog neispunjenja, prateću štetu – u ovisnosti od toga da li je prodavac morao ili ne računati s mjerama koje je kupac poduzeo kao reakciju na povredu ugovora, te posljedičnu štetu), a izmaklu dobit samo onda kad je prodavac *morao* računati s daljim otuđenjem robe koja je predmet ugovora.⁷⁶

Konvencija, kad je riječ o naknadi štete, sadrži još i odredbe o naknadi štete kad je: **a)** po raskidu ugovora, izvršena kupovina radi pokrića, te kupac zahtijeva razliku između ugovorene i cijene iz ugovora zaključenog radi pokrića (čl. 75 CISG) i ondje gdje **b)** po raskidu ugovora nije došlo do kupovine radi pokrića, no stvar ima tržišnu cijenu, pa kupac može zahtijevati razliku između ugovorene i tržišne cijene u vrijeme raskida ugovora, zajedno s naknadom štete iz čl. 74 CISG (čl. 76 CISG).

⁷³ Stoll/Gruber, op. cit., str. 700.

⁷⁴ Zerres, op. cit., str. 71.

⁷⁵ Stoll/Gruber, op. cit., str. 707.

⁷⁶ Stoll/Gruber, op. cit., str. 712.

Poređenje s rješenjima ZOO. Uopće. O pravima kupca u slučaju postojanja materijalnih nedostataka na prodatoj stvari Zakon o obligacionim odnosima govori u odredbi čl. 488 i dalje, do čl. 500. Kupac ima ista ona prava koja ima i kupac nesaobrazne stvari u skladu s rješenjima Konvencije: naime pravo da zahtijeva uredno ispunjenje u smislu predaje druge stvari bez nedostatka ili otklanjanja nedostatka, pravo na sniženje cijene, raskid ugovora i kumulativno uz navedena prava pravo na naknadu štete.

Međutim, pretpostavke koje moraju biti ispunjene kako bi se ostvarivala pojedina prava u određenoj su mjeri definirane drugačije. ZOO je na snagu stupio 1978., Konvencija 1980. godine. U tom su smislu rješenja ZOO u određenoj mjeri usklađena s rješenjima Haškog jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji robe.

Iako se načelno smatra kako kupac jeste slobodan u izboru prava koja mu po zakonu pripadaju preda li mu prodavac stvar s materijalnim nedostatkom, određena ograničenja sasvim izvjesno postoje. Slično kao i Konvencija, i ZOO promovira održanje ugovora na snazi, te prednost daje zahtjevu za urednim ispunjenjem ugovora. Drugim riječima, gradacija kupčevih prava započinje s onim pravima koja su u funkciji održanja ugovora na snazi, pravom da zahtijeva otklanjanje nedostatka odnosno pravom da zahtijeva predaju stvari bez nedostatka.⁷⁷ Ova su prava kupčeva primarna prava: zakon kupca obavezuje da najprije zahtijeva uredno ispunjenje ugovora.⁷⁸ Tek ako ga ne dobije u razumnom roku, kupac može zahtijevati raskid ugovora odnosno sniženje cijene; raskid je ugovora, naime, pravo koje je podređeno kupčevim pravima da zahtijeva otklanjanje nedostatka odnosno predaju druge stvari bez nedostatka, ono je supsidijarno.⁷⁹ Kupčevo je pravo na raskid ugovora uvjetovano isključivo ostavljanjem prodavcu primjerenog naknadnog roka za uredno ispunjenje njegove obaveze i njegovim bezuspješnim protekom, nakon kojeg se, izuzev ondje gdje bi kupac prodavca bez odlaganja obavijestio da zahtijeva ispunjenje ugovora, ugovor raskida *ipso iure*; ostvarenje dodatnih pretpostavki, kakvi su primjerice bitnost odnosno eventualna neotklonjivost nedostatka, ZOO ne zahtijeva. Na ovom je mjestu potrebno iznijeti i stav domaće sudske prakse, shodno kojem *raskid ugovora jeste posljednje sredstvo koje kupcu stoji na raspolaganju kad postoje materijalni nedostaci stvari, te, u načelu, može ugovor raskinuti samo ako je prethodno ostavio prodavcu naknadni primjereni rok za ispunjenje ugovora, tj. za uklanjanje nedostatka ili predaju druge stvari*.⁸⁰ U određenim situacijama kupac prodavcu nije dužan ostaviti niti naknadni primjereni rok za ispunjenje, naime ondje gdje mu je prodavac poslije obavještenja o nedostacima saopštio da neće ispuniti ugovor, odnosno ondje gdje iz okolnosti konkretnog slučaja proizlazi da on to neće učiniti niti u naknadnom roku. U takvoj situaciji, u kojoj kupac nema obavezu ostavljanja prodavcu naknadnog primjerenog roka za ispunjenje, moglo bi se uvjetno reći kako je on slobodan u izboru prava kojima će se koristiti.⁸¹ Kupac koji se opredijelio za ostvarenje jednog prava, učinjenim je izborom vezan.⁸²

Prvi i osnovni preduvjet za ostvarenje svih prava koja kupcu pripadaju po osnovu materijalnog nedostatka jeste, u skladu s odredbom čl. 488 st. 1 ZOO, blagovremeno i uredno obavještenje prodavca o nedostatku.⁸³ U ovom je dijelu moguće primijetiti određenu sličnost rješenja ZOO i CISG, s obzirom na to da je i ostvarenje pojedinih kupčevih prava prema Konvenciji uvjetovano blagovremenim obavještanjem prodavca o otkrivenoj nesaobraznosti robe (čl. 39 CISG). Odstupanje od rješenja CISG postoji u odredbi čl. 500 ZOO, shodno kojoj kupac koji je blagovremeno obavijestio

⁷⁷ Perović, Obligaciono pravo, Beograd, 1980., str. 397.

⁷⁸ Radišić, op. cit., str. 156.

⁷⁹ Slakoper, Komentar ZOO, op. cit., str. 644.

⁸⁰ VSH, Rev-2432/82 od 5. 5. 1983., PSP 23/1984, str. 95.

⁸¹ Jelčić, Olga, Odgovornost za materijalne nedostatke i garancija za ispravno funkcioniranje prodane stvari, Naša zakonitost, 9–10, 1988., str. 1132.

⁸² Kapor, op. cit., str. 985.

⁸³ Pitanje obavještanja predmet je odvojenog razmatranja pod tačkom 9.

prodavca o nedostacima prava po osnovu postojanja materijalnih nedostataka gubi protekom jedne godine od učinjene obavijesti, izuzev ukoliko je prodavčevom prijeverom bio spriječen da ih upotrijebi. Prekluzivni rok kraći od trogodišnjeg roka zastarjelosti predviđenog za zastaru potraživanja iz ugovora o prometu roba i usluga pravdan je nastojanjem sprječavanja kupčevog špekulisanja time hoće li ili ne ostvarivati pojedina svoja prava odnosno skraćivanja vremena u kojem se kupac mora odlučiti da optira za ostvarenje određenog prava.⁸⁴

Osnovna razlika koja između rješenja CISG i ZOO postoji kad je riječ o ostvaranju prava kupca po osnovu nesaobraznosti robe/postojanja nedostatka na stvari vezana je za uvjetovanje ostvarenja određenih prava prema CISG postojanjem bitne povrede ugovora u smislu čl. 25 CISG.

a) Pravo kupca da zahtijeva naknadno uredno ispunjenje ugovora

1) Prvo kupčevo pravo koje se navodi u čl. 488 st. 1 tačka a) jeste pravo da od prodavca zahtijeva otklanjanje nedostatka na predatoj stvari. Ovo je pravo kupca kojim se omogućava održanje ugovora na snazi, a uvjetovano je prije svega samom mogućnošću otklanjanja nedostatka. Na pitanje treba li se raditi o subjektivnoj ili objektivnoj nemogućnosti, u nedostatku je odredaba ZOO koje bi dale odgovor na ovo pitanje opravdano prihvatiti stajalište prema kojem bi se prodavac obaveze da otkloni nedostatak oslobodio tek u slučaju postojanja objektivne nemogućnosti: prodavčeva obaveza ne bi prestala ukoliko bi samo prodavcu bilo nemoguće otkloniti nedostatak, a otklanjanje bi bilo moguće na drugom mjestu. Teret dokaza da nedostatak nije moguće otkloniti na prodavčevoj strani, a kupac može dokazivati da je nedostatak moguće otkloniti na drugom mjestu.⁸⁵ Pravo na otklanjanje nedostatka uslovljeno je i ekonomičnošću njegovog otklanjanja, a iako ZOO ne pominje izričito ovaj faktor, svakako bi ga bilo potrebno uzeti u obzir.

2) Kupčevo pravo da zahtijeva uredno ispunjenje ugovora u smislu naknadne isporuke druge stvari bez nedostatka prema ZOO nije uslovljeno time da nedostatak koji stvar ima mora značiti bitnu povredu ugovora; u rješenja ZOO nije integrirano shvatanje prema kojem se prilikom postavljanja zahtjeva za isporukom druge stvari mora uzeti u obzir trud i troškove koji pri tom nastaju za prodavca, te onemogućiti kupca da se u svakom slučaju, dakle i ondje gdje to nije neophodno, koristi ovim pravom. Pravo na predaju druge stvari bez nedostatka nije ograničeno na generičke stvari⁸⁶, niti uslovljeno mogućnošću vraćanja stvari u neizmijenjenom stanju (čl. 496 ZOO).

b) Pravo kupca na sniženje cijene

Kupac je ovlašten i na sniženje cijene stvari s nedostatkom (bonifikaciju). Cijenu se u skladu s odredbama čl. 498 ZOO umanjuje za iznos koji predstavlja razliku vrijednosti stvari bez nedostatka i vrijednosti stvari s nedostatkom. Za obračunavanje vrijednosti uzima se vrijeme zaključenja ugovora.⁸⁷ Teret dokaza da je vrijednost stvari umanjena leži na kupcu.⁸⁸ Ako je kupac prije otkrivanja nedostatka isplatio puni iznos cijene, ima pravo na povrat odgovarajućeg dijela cijene, zajedno sa zakonskim zateznim kamatama od dana izvršene uplate pa do povrata iznosa zbog sniženja cijene.⁸⁹

⁸⁴ Kapor, op. cit., str. 998.

⁸⁵ Vizner, op. cit., str. 1630; Bikić, op. cit., str. 25; Čuveljak, Jelena, Novote kod instituta odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke prodane stvari, Hrvatska pravna revija, 9/2006, str. 26.

⁸⁶ Kapor, op. cit., str. 986.

⁸⁷ Kapor, op. cit., str. 997; Vizner, op. cit., str. 1632. U tom smislu i odluka VSCG, Rev-299/03 od 23. 11. 2006., (Bilten VSRG 2007, str. 61–62): „Sniženje cijene se vrši prema odnosu između vrijednosti stvari bez nedostatka i vrijednosti stvari s nedostatkom u vrijeme zaključenja ugovora, a ne u vrijeme presuđenja.”

⁸⁸ Vizner, op. cit., str. 1632.

⁸⁹ U tom smislu odluka VSRH, Rev-262/01 od 5. 7. 2001.

Kad je riječ o sniženju cijene, odstupanje u odnosu na rješenja Konvencije postoje u pogledu izračuna umanjenja cijene. Shodno odredbi čl. 498 ZOO cijena se umanjuje prema odnosu između vrijednosti stvari bez nedostatka i vrijednosti stvari s nedostatkom u vrijeme zaključenja ugovora, dok je shodno odredbi čl. 50 CISG vrijeme mjerodavno za obračunavanje vrijednosti stvari vrijeme isporuke stvari. Shodno odredbi čl. 499 ZOO, kupac koji je postigao sniženje cijene zbog postojanja određenog nedostatka, može raskinuti ugovor ili tražiti novo sniženje, ako naknadno otkrije neki drugi nedostatak.

c) Pravo kupca na raskid ugovora.

Niti ostvarenje prava na raskid ugovora usljed postojanja materijalnog nedostatka prema ZOO nije uslovljeno time da nedostatak na stvari mora značiti bitnu povredu ugovora; prag koji je potrebno preći kako bi se realiziralo pravo na raskid ugovora u bosanskohercegovačkom pravu je često postavljen mnogo niže u odnosu na onaj zahtijevan Konvencijom. Pretpostavka koja mora biti ispunjena za jednostrani raskid od strane kupca jeste, u skladu s odredbom čl. 490 st. 1 ZOO, ostavljanje prodavcu naknadnog primjerenog roka⁹⁰ za ispunjenje njegove obaveze, osim u slučajevima iz stava 2 ovog člana.

Stav 2 čl. 490 ZOO kupca oslobađa obaveze ostavljanja naknadnog primjerenog roka u slučajevima u kojima je prodavac kupcu poslije obavijesti o nedostacima saopćio kako iste nema namjeru otklanjati odnosno ondje gdje to proizlazi iz okolnosti konkretnog slučaja.

Značaj koji se ostavljanju naknadnog primjerenog roka pridaje shodno rješenjima Konvencije manji je u odnosu na to koliki značaj ZOO vezuje za ostavljanje naknadnog roka. Kupac je shodno odredbi čl. 47 st. 1 CISG ovlašten ostaviti prodavcu rok razumne dužine za izvršenje bilo koje njegove obaveze. Inače je potrebno naglasiti kako ostavljanje naknadnog roka za uredno ispunjenje obaveza prodavca nije obaveza odnosno dužnost kupca.⁹¹ Ostavljanje naknadnog roka međutim najznačajnije je kod povrede ugovora u smislu neisporuke robe u rokovima iz čl. 33 CISG. Ne isporuči li prodavac robu u ovim rokovima, ostavljanje naknadnog roka može, protekne li on bezuspješno, omogućiti kupcu da raskine ugovor. U svim ostalim slučajevima povrede ugovora od strane prodavca, osobito kod isporuke nesaobrazne robe, pravo kupca da raskine ugovor ovisi isključivo o tome da li se nesaobraznost može odrediti kao bitna povreda ugovora u smislu čl. 25 CISG. Ostavljanje naknadnog roka za ispunjenje prema rješenjima Konvencije od osobitog je značaja u još jednoj situaciji, naime ondje gdje je isporuka nesaobrazne stvari bitna povreda ugovora, no kupac se najprije odluči održati ugovor na snazi tako što će zahtijevati ispunjenje u smislu naknadne isporuke saobrazne robe ili otklanjanje nesaobraznosti, što će uzrokovati propuštanje roka za davanje izjave o raskidu. Kupac koji se potom odluči iskoristiti svoje pravo na jednostrani raskid ugovora ostavlja prodavcu naknadni razuman rok za uredno ispunjenje njegove obaveze.⁹²

Ne ispuni li prodavac ugovor niti u naknadnom roku, on se raskida po samom zakonu, ali ga kupac, shodno odredbi čl. 491 ZOO, može održati na snazi svojom izjavom koju je dužan učiniti bez odlaganja. Raskid će uslijediti tek po bezuspješnom proteku naknadnog roka za uredno ispunjenje, pod pretpostavkom da je takav naknadni rok bio razumno dug ili duži od razumnog; ako bi bio kraći, ugovor bi se također smatrao raskinutim, ali tek po proteku razumnog, a ne od strane kupca odre-

⁹⁰ Dužinu roka određuje se u svakom konkretnom slučaju, no on u pravilu ne bi smio biti dug. Smatra se da je prodavcu potrebno ostaviti toliko dug naknadni rok koji bi bio dovoljan da izvrši predaju stvari kupcu, ondje gdje je stvar odnosno roba već pripremljena za predaju; pri određivanju dužine ovog roka nije potrebno uzimati u obzir vrijeme koje bi bilo potrebno da se stvar tek pripremi za predaju. U praksi dužina tog roka iznosi od 8 do 15 dana, a teći započinje od njegovog saopćenja prodavcu.

⁹¹ Schlechtriem, op. cit., str. 133.

⁹² Müller-Chan, op. cit., str. 532.

đenog roka. Raskid nastupa istekom roka, bez da je potrebno poduzeti bilo kakvu dodatnu radnju kakva je primjerice podizanje tužbe.⁹³

Zakon o obligacionim odnosima sadrži i pravila kojima se regulira situacije u kojima samo dio predate stvari ima nedostatak ili je predata manja količina od ugovorene (djelimični nedostatak – čl. 492 ZOO), predaje veće količine stvari od ugovorene (čl. 493 ZOO), te prodaje jednim ugovorom i za jednu cijenu više stvari ili skupine stvari (čl. 494 ZOO).

Pri poređenju odredaba čl. 492 ZOO s odredbama čl. 51 CISG, primjetno je slijedeće:

- shodno odredbi čl. 492 st. 1 ZOO kupac u slučaju kad samo dio predate stvari ima nedostatak ili je predat samo dio stvari ima *isključivo* pravo na raskid ugovora, i to samo u pogledu dijela stvari koji ima nedostatak odnosno u pogledu nedostajuće količine stvari; s druge strane, kupac u istim slučajevima, a u skladu s odredbom čl. 51 st. 1 CISG ima sva prava u skladu s odredbama čl. 46 do 50 CISG;
- pravo na raskid ugovora kupac prema odredbi čl. 492 st. 2 ZOO ima ondje gdje ugovorena količina ili predata stvar čini cjelinu, ili ako kupac inače ima opravdan interes da primi stvar kao cjelinu, dok kupac shodno odredbi čl. 51 st. 2 CISG pravo na raskid ugovora u cjelini ima u slučaju u kojem djelimično neispunjenje odnosno nedostatak saobraznosti predstavljaju bitnu povredu ugovora;
- ovdje su automatski primjetne različite koncepcije odgovornosti za nedostatak prema ZOO i za nesaobraznost prema CISG: ZOO isporuku manje količine ne određuje kao materijalni nedostatak i kupcu ne daje sva prava koja mu inače pripadaju po osnovu postojanja materijalnog nedostatka, dok CISG manju količinu obuhvata pojmom materijalnog nedostatka. Primjetan je i značaj kojeg CISG i ovdje pridaje bitnoj povredi ugovora.

Kad je riječ o predaji veće količine od ugovorene ZOO i CISG sadrže gotovo istovjetna rješenja, ZOO u odredbi čl. 493, a CISG u odredbi čl. 52 st. 2. Kupac je i shodno odredbi čl. 493 st. 1 ZOO i shodno odredbi čl. 52 st. 2 CISG ovlašten odbiti prijem viška. Razlika se ogleda u tome što odredba čl. 493 st. 2 ZOO obavezuje kupca *da u razumnom roku izjavi da odbija višak*, inače se pretpostavlja da ga je prihvatio i dužan ga je platiti, dok odredba čl. 52 st. 2 CISG govori samo o tome da kupac koji *primi cijeli višak* ili jedan njegov dio iznad ugovorene količine isti ima platiti po ugovorenoj cijeni.

ZOO u dijelu koji govori o odgovornosti za materijalne nedostatke ne sadrži odredbu o ugovoru sa uzastopnim isporukama, no pravila o raskidu ugovora sa uzastopnim isporukama sadržana su u općem dijelu ZOO u odredbama čl. 129 ZOO, dok CISG pravo kupca na raskid dijela odnosno cijelog ugovora sa uzastopnim isporukama regulira u odredbama čl. 73. S druge strane, ZOO u čl. 494 sadrži izričite odredbe o pravu kupca na raskid ugovora kod prodaje jednim ugovorom i za jednu cijenu više stvari ili skupine stvari, a samo neke od njih imaju nedostatke.

Shodno odredbama čl. 495 ZOO kupac pravo na raskid ugovora nema ondje gdje nije u stanju da vrati stvar ili da je vrati u stanju u kojem ju je primio (st. 1), izuzev ako je stvar djelimično ili u potpunosti propala ili oštećena usljed nedostatka koji opravdava raskid ugovora ili usljed događaja za koji kupac ne odgovara (st. 2). Pravo na raskid kupac koji stvar ne može vratiti ili je ne može vratiti u stanju u kojem ju je primio ima i ondje gdje je stvar u potpunosti ili djelimično propala ili oštećena usljed pregleda te stvari, te ukoliko je stvar do otkrivanja nedostatka potrošio ili dijelom izmijenio redovnom upotrebom odnosno ukoliko je oštećenje ili izmjena bez značaja (st. 3). U ovom su dijelu rješenja ZOO usklađena s rješenjima CISG iz čl. 82.

⁹³ Slakoper, Komentar ZOO, str. 656.

Kupac koji je po osnovu nemogućnosti da vrati stvar ili je vrati u neizmijenjenom stanju izgubio pravo da raskine ugovor, zadržava shodno odredbi čl. 496 ZOO druga prava koja mu pripadaju po osnovu materijalnog nedostatka.

Dejstva raskida ugovora regulirana su u općem dijelu ZOO, u odredbama čl. 132 ZOO koje govore o učincima raskida.

d) Pravo kupca na naknadu štete

Kumulativno uz neko od navedenih prava kupac shodno odredbi čl. 488 st. 2 ZOO ima i pravo na naknadu štete. Štetu se naknađuje u skladu s odredbama sadržanim u općem dijelu zakona, koje govore o pravu na naknadu štete usljed povrede ugovornih obaveza (čl. 262–269 ZOO). ZOO sadrži i posebne propise pod naslovom Naknada štete usljed raskida prodaje (čl. 523–526), među kojima su odredbe o naknadi štete po izvršenom raskidu ondje gdje nije izvršena kupovina radi pokrivanja (čl. 524 ZOO) i ondje gdje je ova kupovina poduzeta (čl. 525 ZOO).

7. Nedostatak saobraznosti u trenutku prijelaza rizika i nakon prijelaza rizika

Prodavac shodno odredbi čl. 36 st. 1 CISG odgovara za nesaobraznost robe koja postoji u trenutku prijelaza rizika s njega na kupca. Trenutak u kojem rizik prelazi na kupca definira se u skladu s dogovorom ugovornih strana ili također na temelju običajnih pravila, kao i prema odredbama čl. 67–69 Konvencije. Prodavac odgovara i za nesaobraznost koja u trenutku prijelaza rizika nije vidljiva, no pokaže se nakon toga; ovakva situacija redovno nastaje u slučajevima u kojima stvar ima skriveni nedostatak.

Za nesaobraznost koja nastane poslije prijelaza rizika prodavac u skladu s odredbom čl. 36 st. 2 CISG odgovara onda kad je takvu nesaobraznost uzrokovao sam, povredom neke od svojih ugovornih obaveza. Povreda ugovorne obaveze može pritom nastati prije prijelaza rizika (primjerice usljed neodgovarajućeg transporta), kao i poslije samog prijelaza rizika (nesaobraznost koja primjerice nastane na način da prodavac pri preuzimanju kontejnera u kojima je roba isporučena tim kontejnerima ošteti robu).

Shodno odredbi čl. 36 st. 2 CISG prodavac odgovara i za nesaobraznost koja nastane poslije prijelaza rizika povredom garancije, prema kojoj prodavac jamči da će roba unutar određenog vremenskog perioda biti upotrebljiva u uobičajene ili ugovorom određene svrhe, odnosno imati svojstva neophodna za uobičajenu ili određenu posebnu namjenu. Izjava prodavca kojom on garantira može biti data izričito ili prešutno. Izričita je garancija najčešće ona koju daje proizvođač određene robe i ona je vremenski ograničena. Prešutna garancija, koja je karakteristična za prehrambene proizvode ili primjerice također za lijekove problematična je s obzirom na nemogućnost preciznog utvrđenja samog roka trajanja konkretnog proizvoda. U pravilu se u ovakvim slučajevima govori o razumnom, okolnostima prilagođenom roku trajanja. Konvencija nije odgovorila na pitanje šta se ima smatrati takvim rokom, s obzirom na nemogućnost usvajanja uopćenijih kriterija kao kriterija koji bi izlazili izvan onih karakterističnih za pojedinačne slučajeve.⁹⁴

Rješenje ZOO. U skladu s odredbom čl. 478 st. 1 ZOO prodavac kupcu odgovara za nedostatke koji su na predmetu ugovora postojali u trenutku prijelaza rizika na kupca. Jednako kao i prema rješenjima CISG-a, i ZOO obavezuje prodavca da odgovara i za one nedostatke koji u trenutku prijelaza rizika nisu bili vidljivi (skriveni nedostaci), ali su se nakon toga pojavili. Prodavac u skladu sa st. 2 istog člana odgovara i za nedostatke koji se pojave nakon prijelaza rizika na kupca, ako su takvi nedostaci posljedica uzroka koji je postojao prije toga. Domaće zakonodavstvo se u ovom smislu

⁹⁴ Schwenzer, op. cit., str. 437.

pridružuje onim zakonodavstvima u kojima ugovor proizvodi isključivo obligacionopravna dejstva i u kojima nedostatak na stvari treba postojati u trenutku prijelaza rizika s prenosioca na sticaoca.⁹⁵ I u bosanskohercegovačkom pravu prodavac, u skladu s odredbama čl. 500 ZOO odgovara za nedostatak koji nastanu nakon prijelaza rizika povredom garancije.

8. Dužnost kupca da pregleda robu – usporedba između čl. 38 CISG i mjerodavnih pravila u domaćem pravu

Rješenja CISG. Odredba čl. 38 Konvencije govori o obavezi kupca da pregleda robu koja je predmet ugovora. Uopće se može reći kako je ova obaveza od značaja jer predstavlja osnov ili pretpostavku ostvarenja obaveze reklamiranja nesaobraznosti iz čl. 39 CISG. Vremenski trenutak u kojem kupac u skladu s odredbom čl. 38 mora pregledati robu poklapa se s trenutkom u kojem je kupac, u skladu s odredbama čl. 39 CISG, trebao utvrditi postojanje nedostatka. Od trenutka u kojem je kupac morao utvrditi postojanje nedostatka teku rokovi za reklamacije nesaobraznosti iz čl. 39 CISG, te rokovi u kojima kupac mora izjaviti volju za raskid ugovora iz čl. 49 II b CISG.

Obaveza pregleda stvari odnosi se na nesaobraznosti robe u smislu čl. 35 Konvencije i ona postoji, ma koliko grubo upadljiva nesaobraznost bila.⁹⁶

Pregled može poduzeti kupac, sam ili zajedno s prodavcem, kao i osoba ovlaštena od strane kupca. Kao subjekti koji vrše pregled mogu se pojaviti i neutralna treća lica određena od strane ugovarača, kao i određeni državni instituti.

Pri definiranju načina pregleda prednost se daje sporazumu ugovornih strana, a potom običajima; u nedostatku dogovora odnosno običaja koji determiniraju način pregleda, pregled se ima provesti u skladu s vrstom, količinom, pakiranjem i svim drugim okolnostima konkretnog slučaja, pri čemu se u obzir uzima objektivna mjerila, a ne subjektivne činioce koji su prodavcu eventualno poznati, kao što je primjerice činjenica nedovoljne stručnosti kupca ili nedostatak neophodne infrastrukture u mjestu pregleda robe.⁹⁷

Pri isporuci veće količine robe kupac nije dužan pregledati cjelokupnu količinu, već samo reprezentativne probe iste. To ponekad konkretno znači i otvaranje konzervi, odmrzavanje zamrznutog, te otvaranje originalno pakirane robe, dakako u količini koja odgovara promilima količine koja je ugovorena.⁹⁸ U određenim je slučajevima kupac dužan poduzeti i preradu robe u smislu probe ili probno stavljanje u pogon predmeta ugovora.⁹⁹

Kupac je u skladu s odredbom čl. 38 st. 1 Konvencije robu dužan pregledati ili dati na pregled unutar što kraćeg roka u skladu s okolnostima. Rok je namjerno definiran fleksibilno, uzimajući u obzir moguće različitosti predmeta ugovora o prodaji. Osobito brzo djelovanje kupca poželjno je kod prometa kvarljivom robom; u slučaju pregleda robe duge trajnosti dopuštena su različita tumačenja u različitim nacionalnim zakonodavstvima; tako je njemačko sudstvo poznato po strogosti svojih tumačenja rokova pregleda i reklamacija, u smislu opredjeljenja za što kraće rokove, u odnosu na primjerice francuske sudove.¹⁰⁰ Kao tzv. srednju vrijednost u sudskoj se praksi u slučajevima u kojima nedostatak može biti otkriven bez posebnih poteškoća polazi od roka u trajanju od 5 radnih dana.¹⁰¹

⁹⁵ Perović, *Obligaciono pravo*, 1980., str. 393.

⁹⁶ Schwenger, *op. cit.*, str. 445.

⁹⁷ Schwenger, *op. cit.*, str. 447.

⁹⁸ Detaljnije za različite vrste robe kod: Schwenger, *op. cit.*, str. 448.

⁹⁹ Reinicke, *op. cit.*, str. 98.

¹⁰⁰ Schwenger, *op. cit.*, str. 449.

¹⁰¹ Pilz, *op. cit.*, str. 266

Rokovi za pregled teći započinju od trenutka isporuke. U slučajevima prijevremene isporuke, od kupca se ne može očekivati poduzimanje prijevremenog pregleda, dok kod predaje nakon dospjelosti obaveze iste u svakom konkretnom slučaju mora biti utvrđeno da li se kupac lako i jednostavno mogao prilagoditi zakašnjoj isporuci.¹⁰²

Rokovi za pregled robe u slučaju ugovorom predviđenog transporta iste započinju, u skladu s odredbom čl. 38 st. 2 CISG, tek po prispijeću robe na odredište.

U skladu s odredbom čl. 38 st. 3 CISG, u slučaju preusmjeravanja robe, rokovi za pregled iste započinju teći nakon prispijeća robe na novo odredišno mjesto. Preusmjeravanje postoji u situaciji u kojoj roba prije njezina prispijeća na prvobitno određeno mjesto bude preusmjerena na drugo odredište. Isto pravilo vrijedi i kod dalje prodaje robe: rok iz čl. 38 st. 1 CISG teče tek po pristizanju robe na krajnje odredište.

Bitno je naglasiti kako je pretpostavka pomjeranja početka toka roka za pregled to da je prodavac znao ili morao znati da će roba biti preusmjerena ili otpremljena dalje. Prodavac je s takvom mogućnošću redovno upoznat ondje gdje se pojavljuje u ulozu trgovca – posrednika. U svim je drugim slučajevima kupac zapravo obavezan upozoriti prodavca na činjenicu namjeravanog preusmjeravanja odnosno dalje otpreme.

Pomjeranje početka toka roka za pregled moguće je, međutim, samo u slučajevima u kojima kupac prethodno nije imao mogućnost pregleda robe. Za odgovor na pitanje da li je kupac imao mogućnost pregledati robu prije preusmjeravanja odnosno dalje otpreme odlučno je prije svega vrijeme tokom kojeg je roba prije daljeg njezinog otpremanja bila smještena kod kupca, ali i samo njezino pakiranje; u slučajevima u kojima je radi pregleda robe neophodno otvarati pakiranje koje je nužno radi zaštite robe tokom daljeg transporta ili je radi poduzimanja pregleda neophodno pretovarati kontejnere, čime se kupcu oduzima vrijeme i uzrokuje troškove, pregled biva odložen do prispijeća robe na odredište.¹⁰³

Usporedba s rješenjima ZOO. Zakon o obligacionim odnosima problematiku pregleda predmeta ugovora o prodaji regulira u odredbama čl. 481, 483 i 485. Slično kao i prema rješenjima Konvencije, pregled robe jeste, zajedno s reklamiranjem nedostatka, pretpostavka ostvarenja prava kupca po osnovu materijalnih nedostatka. Odredba čl. 81 st. 1 ZOO obavezuje kupca da primljenu stvar na uobičajeni način pregleda ili da na pregled čim je to prema redovnom toku stvari moguće. Pregled se zapravo smatra radnjom koja je u funkciji utvrđivanja nedostatka, koji se mora reklamirati u cilju ostvarivanja kupčevih prava po osnovu postojanja materijalnih nedostataka. Ipak, domaćoj sudskoj praksi nije strano niti shvatanje prema kojem stvar ne mora biti pregledana da bi se nedostatak reklamirao, ondje gdje je kupac prije njenog prijema na siguran način ustanovio postojanje nedostatka.¹⁰⁴

U ovom se dijelu rješenja ZOO ne razlikuju u bitnome od rješenja koje Konvencija sadrži u čl. 38 st. 1. CISG. ZOO umjesto o pregledu u što je moguće kraćem roku ovisno o okolnostima govori o pregledu „čim je to prema redovnim okolnostima moguće“. ZOO na ovaj način kupca obavezuje da pregled poduzme u najranijem mogućem trenutku u skladu s redovnim okolnostima, dakle obavezuje ga da postupa žurno i pregled ne odlaže, te se ovakvo rješenje u domaćem pravu smatra usklađenim s rješenjima CISG. ZOO u odredbi čl. 485 govori o pregledu bez odlaganja, te se pretpostavlja da je ispuštanje upotrebe ovakve terminologije već u odredbi čl. 481 ZOO najvjerojatnije redakcijska greška.¹⁰⁵ Kako zakon štiti o mjestu pregleda, u skladu s rečenim smatra se da će kupac

¹⁰² OGH, 14. 1. 2002, CISG-online 643.

¹⁰³ Schwenger, op. cit., str. 542.

¹⁰⁴ Kapor, op. cit., str. 977.

¹⁰⁵ Kapor, op. cit., str. 977.

stvar imati obavezu pregledati ondje gdje istu bude mogao pregledati; to može biti i prodavčevo skladište onda kad je ono određeno kao mjesto isporuke ili primjerice stanica otpreme, ali najčešće je to mjesto opredjeljenja odnosno skladište kupca.

Zakon ne regulira zasebno pitanja vezana za način pregleda. Kako se u domaćem zakonodavstvu na pitanja koja nisu regulirana Zakonom o obligacionim odnosima pod određenim uvjetima primjenjuje Opšte uzanse za promet robom, to se i danas ova pitanja rješavaju pozivanjem na odredbe uzansi, koje dosta detaljno reguliraju problematiku načina pregleda robe. Uzanse o pregledu robe govore kao o utvrđivanju kvaliteta, koje se shodno uzansi br. 147, poduzeti ima komisijski ili na drugi vjerodostojan način, a naročito: stručnim pregledom, usporedbom sa uzorkom, hemijskom analizom, fizičkim mjerenjem, vađenjem uzorka. Pregled originalno pakirane robe ograničava se na pregled pakiranja. U domaćoj sudskoj praksi je bilo veoma mnogo sporova vezanih za pitanje šta se ima smatrati originalnim pakovanjem.¹⁰⁶ Primjetno je da, u skladu s gore rečenim, domaća rješenja koja ne smatraju neophodnim otvaranje originalnog pakiranja robe odstupaju dijelom od rješenja i tumačenja rješenja Konvencije, prema kojima je ponekad ovakav pregled neophodan uprkos tome što se robu nakon njega smatra neupotrebljivom barem u smislu daljeg trgovanja istom.

Shodno uzansi br. 149, o provedenom se pregledu sastavlja zapisnik. Zapisnik je prema u praksi vladajućem stajalištu neophodno sačiniti prilikom preuzimanja; zapisnik sačinjen osam dana po utvrđivanju kvaliteta smatra se nevjerodostojnim.

Shodno odredbi čl. 481 st. 3 ZOO, pregled stvari se u slučaju njezine otpreme bez pretovara odgađa do prispjeća stvari u mjesto opredjeljenja, pod uvjetom da je prodavcu prilikom zaključenja ugovora bila poznata ili morala biti poznata ovakva mogućnost. ZOO radi pomjeranja rokova za pregled zahtijeva otpremanje robe bez pretovara od strane kupca, dakle dalju prodaju bez pretovara, te to da je prodavcu ovakva mogućnost bila poznata ili morala biti poznata u vrijeme zaključenja ugovora. ZOO ne regulira izričito situacije promjene smjera (preusmjeravanja) robe iz čl. 38 st. 3 CISG, a što se tiče dalje otpreme kao pretpostavku odgađanja pregleda predviđa *nepostojanje pretovara*, dok Konvencija govori o *nepostojanju razumne mogućnosti pregleda*.

Ovdje postoje određena odstupanja rješenja ZOO u odnosu na rješenja Konvencije. Iako se u komentarima ZOO slučajevi dalje otpreme stvari najčešće tretiraju kao slučajevi prodaje stvari od strane kupca trećem licu i otpremanje robe ovome bez pretovara¹⁰⁷, kao slučajevi dalje otpreme o kojima govori odredba čl. 481 st. 3 ZOO moraju se smatrati i slučajevi otpreme bez dalje prodaje od strane kupca, primjerice ondje gdje je kupcu roba potrebna u nekom drugom, a ne u mjestu u kojemu mu je prema ugovoru roba bila prvobitno potrebna.

Bitna razlika u odnosu na rješenja CISG postoje u smislu da je shodno odredbi čl. 38 st. 3 CISG za odlaganje početka toka roka za pregled stvari kod dalje otpreme stvari, u odnosu na rješenja ZOO iz čl. 481 st. 3 bez značaja to da li je roba pretovarana ili ne. U ovom su dijelu rješenja ZOO bila usklađena s čl. 38 st. 3 Haškog jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji robe.

Shodno odredbi čl. 483 ZOO rokovi za pregled stvari započinju teći od predaje popravljene stvari, predaje druge stvari, izvršene zamjene dijelova i sl.

U skladu s odredbom čl. 482 st. 2 ZOO prodavčeva odgovornost za materijalne nedostatke na predmetu prodaje gasi se protekom 6 mjeseci od predaje stvari, izuzev ondje gdje su se stranke dogovorile da ovaj rok produže. Rok se smatra prekluzivnim rokom i sud o njemu računa vodi po službenoj dužnosti. Pravo da se pozove na nedostatak i onda kada nije izvršio obavezu da stvar pregleda bez odlaganja ili ondje gdje se skriveni nedostatak pokazao tek nakon isteka šestomjesečnog roka kupac, shodno odredbi čl. 485 ZOO, ne gubi u slučajevima nesavjesnosti prodavca.

¹⁰⁶ Kapor, op. cit., str. 978.

¹⁰⁷ Kapor, op. cit., str. 979.

9. Dužnost kupca da reklamira nesaobraznost/materijalni nedostatak – usporedba rješenja čl. 39 CISG i relevantnih propisa domaćeg prava

Rješenja CISG. Odredbe čl. 39 Konvencije govore o reklamaciji nesaobraznosti. Shodno odredbama ovog člana kupac je dužan da: a) unutar primjerenog roka, b) od trenutka saznanja odnosno trenutka kada je za nesaobraznost morao saznati, a c) najkasnije unutar dvije godine od predaje stvari d) nesaobraznost reklamira/saopšti prodavcu, te da e) nesaobraznost tačno opiše.¹⁰⁸ Sadržajno reklamacija mora obuhvatiti takav opis nedostatka koji prodavcu omogućuje da sebi predstavi nedostatak i poduzme određene korake, kao što je primjerice pripremanje dokaznog materijala kojim se suprotstavlja kupčevim reklamacijama ili naknadnog izvršenja ugovora u smislu isporuke stvari bez nedostatka ili otklanjanja nedostatka.¹⁰⁹ Uopćene izjave u kojima kupac izražava svoje nezadovoljstvo isporučenom robom, bez da nedostatak opiše ne smatraju se reklamacijom u smislu čl. 39 CISG. Kupac je dužan osvrnuti se na nesaobraznosti u pogledu kvantiteta i kvaliteta isporučene robe, kao i u pogledu isporuke druge umjesto dugovane stvari (aliud). Njegova obaveza je i da prodavca obavijesti u kojem obimu roba koja je isporučena u većoj količini ima određene nedostatke.

Reklamacija ne mora biti učinjena u određenoj formi. Shodno čl. 2z Konvencije rizik nepristizanja ili zakašnjenja reklamacije, kao i pristizanja reklamacije izmijenjenog snosi prodavac, pod uvjetom da je reklamacija učinjena posredstvom sredstava komunikacije koja su primjerena okolnostima.

Kupac u reklamaciji ne mora pozvati prodavca da pregleda robu niti se odmah u istoj mora opredijeliti za neko od prava iz čl. 45 Konvencije. Kako je međutim i ostvarenje prava na naknadno uredno ispunjenje ugovora i pravo na raskid ugovora uslovljeno time da kupac u okvirima razumnog/primjerenog roka po reklamaciji odnosno saznanju za nesaobraznost ili mogućnosti saznanja za istu uputi izjavu prodavcu o tome kojim se pravom namjerava koristiti, uputno bi bilo da ovo učini već pri reklamiranju nesaobraznosti.

Shodno odredbi čl. 39 st. 1 CISG kupac je nesaobraznost dužan reklamirati unutar primjerenog roka nakon što je za nesaobraznost saznao ili morao saznati. Pri definiranju primjerenog roka u obzir se uzima okolnosti konkretnog slučaja, kao i običaje u prometu. Od značaja je i to da li se u konkretnom slučaju radi o brzo kvarljivoj robi.

Rok započinje teći u trenutku u kojem je kupac utvrdio odnosno morao utvrditi postojanje nedostatka. Na pitanje kada se ima smatrati da je kupac morao ustanoviti postojanje nedostatka, mora se poći od vrste nedostatka. Nesaobraznosti koje nisu uočene prilikom uobičajenog pregleda, dakle one koje su skrivene, moraju biti reklamirane unutar primjerenog roka od trenutka kad ih je kupac faktički ustanovio ili morao ustanoviti.

Pored relativnog, u odredbi čl. 39 st. 2 CISG sadržanog roka za reklamiranje nedostatka, Konvencija sadrži i objektivni rok od dvije godine iz čl. 27. Rok se primjenjuje u situacijama u kojima nesaobraznost nije mogla biti uočena prilikom uobičajenog pregleda, te je kupac nije otkrio odnosno morao otkriti niti kasnije, kao i u slučajevima u kojima kupac ima opravdanje za propuštanje reklamacije iz čl. 39 st. 1 CISG (čl. 44 CISG). Po proteku dvogodišnjeg prekluzivnog roka kupac više ne može ostvarivati niti prava iz čl. 44 CISG. Primjena ovog roka ne dolazi u obzir u slučajevima u kojima je prodavac bio nesavjestan u smislu odredaba čl. 40 Konvencije.

Riječ je o prekluzivnom roku, kod kojeg nije moguć zastoj niti prekid njegovog toka, a sud na njega pazi po službenoj dužnosti. Ovaj rok započinje teći s trenutkom faktičke predaje stvari kupcu.

¹⁰⁸ Pilz, op. cit., str. 257.

¹⁰⁹ Schwenzler, op. cit., str. 456.

Prekluzivni rok iz čl. 27 Konvencije ne primjenjuje se u situacijama u kojima su ugovorne strane ugovorile garancijske rokove dužeg ili kraćeg trajanja u odnosu na dvogodišnji prekluzivni rok. Ovaj prekluzivni rok ne smije biti zamijenjen s rokom zastarjelosti prava po osnovu nesaobraznosti robe. Zastarjelost nije regulirana odredbama CISG, nego odredbama Konvencije UN o zastarjelosti u ugovoru o međunarodnoj prodaji robe iz 1974. godine. Ugovorne će strane biti vezane ovom konvencijom iz 1974. godine ukoliko imaju sjedište u državi ugovornici, kao i ondje gdje koliziona pravila jedne od država ugovornica upućuju na primjenu ove konvencije.

S obzirom na to da Konvencijom iz 1974. godine jeste predviđen četverogodišnji rok zastarjelosti, koji teći započinje s predajom robe, u slučaju primjene Konvencije iz 1974. godine nema kolizije s odredbom čl. 39 st. 2 CISG. Problem nastaje ondje gdje mjerodavno nacionalno pravo sadrži rokove zastarjelosti koji su kraći od dvogodišnjeg roka iz čl. 39 st. 2 CISG. U nacionalnim zakonodavstvima u kojima je situacija takva, preporučuje se primjena općih rokova zastarjelosti za prava po osnovu nesaobraznosti robe. Problem s ovim rokovima ogleda se međutim u tome što je njihovo trajanje obično predugo u okolnostima međunarodnog poslovanja.¹¹⁰

Kako se rješenje ovog pitanja ne nazire, ugovornim se stranama preporučuje da trajanje rokova zastarjelosti definiraju ugovorom uz uzimanje u obzir odredbe čl. 39 st. 2 Konvencije.

Kupac gubi pravo pozivanja na nesaobraznost robe onda kada istu ne reklamira ili je ne reklamira propisno; u tom slučaju se pretpostavlja da je pristao primiti nesaobraznu robu. Od ovog pravila postoji izuzetak, o kojem govore odredbe čl. 40 CISG. Shodno odredbama ovog člana posljedice propuštanja reklamiranja nesaobraznosti ne nastupaju onda kad nesaobraznost robe počiva na činjenicama koje je prodavac poznao ili mu nisu mogle ostati nepoznate, a koje on nije otkrio kupcu.

Rješenja ZOO. Shodno odredbi čl. 481 st. 1 ZOO kupac je obavezan prodavca obavijestiti o vidljivim nedostacima u roku od osam dana, a kod ugovora u privredi bez odlaganja,¹¹¹ inače gubi prava koja mu po tom osnovu pripadaju. Skrivene nedostatke, kao one nedostatke koji se nisu mogli otkriti uobičajenim pregledom, a pojavili su se poslije prijema stvari od strane kupca, kupac je pod prijetnjom gubitka prava dužan reklamirati u roku od osam dana, a kod ugovora u privredi bez odlaganja. Iz rečenog je jasno kako je obavijest o nedostatku u predviđenim rokovima preduvjet ostvarenja prava kupca po osnovu postojanja materijalnih nedostataka.

Kako se vidi, rokovi za reklamiranje nedostataka različiti su u ovisnosti o tome radi li se o građanskopravnim ili privrednopravnim ugovorima, te o tome da li je riječ o vidljivim ili nevidljivim nedostacima.

Kada stranke nisu prisustvovalе pregledu, rokovi započinju teći od trenutka kad je kupcu prema redovnom toku stvari bilo moguće pregledati istu i iznose 8 dana, a kod ugovora u privredi reklamaciju se mora učiniti bez odlaganja. U slučaju u kojem su pregledu prisustvovali kupac i

¹¹⁰ Schwenzer, op. cit., str. 464.

¹¹¹ Kategorija *bez odlaganja* jeste relativna, s obzirom na to da će trajanje pregleda, koji je primaran način ustanovljenja postojanja nedostatka, ovisiti o prirodi stvari i njezinoj količini, kao i tome na koji je način neophodno provesti pregled, no potrebno ju je tumačiti tako da se kupca obavezuje da od momenta kad je to za njega najranije moguće, bez propuštanja vremena stvar pregleda, ustanovi nedostatke i o njima obavijesti prodavca. Tako se kod ugovora u privredi smatra da je obavještenje kupca o nedostacima robe učinjeno bez odlaganja, samo ako je saopšteno istog ili narednog dana od dana kad je nedostatak konstatovan. Kupac je osobito ondje gdje je predmet ugovora kvarljiva roba dužan preduzeti sve mjere, pa i one izvanredne, kako bi se pregled i reklamiranje nedostataka desilo u što kraćem vremenu.

prodavac¹¹², kupac je, shodno odredbi čl. 481 st. 1 ZOO, primjedbe u pogledu vidljivih nedostataka dužan prodavcu staviti odmah¹¹³, pod prijetnjom gubitka prava.

U slučaju otpreme stvari bez njezinog pretovara, ondje gdje je prodavcu trebala biti poznata mogućnost takve dalje otpreme, kupac je u skladu s odredbom čl. 481 st. 3 ZOO prodavca o nedostatku dužan obavijestiti čim je po redovnom toku stvari za nedostatke mogao doznati od svojih klijenata.¹¹⁴

Rokovi za reklamacije su prekluzivni i njihovo propuštanje u procesnom smislu vodi odbijanju, a ne odbacivanju tužbenog zahtjeva.¹¹⁵

Obavijest o nedostatku mora sadržavati bliži opis nedostatka (čl. 484 st. 1 ZOO) i, za razliku od rješenja Konvencije, poziv prodavcu da pregleda stvar. Obaveza poziva prodavca da pregleda predmet ugovora treba zaštititi prodavca od neopravdanih kupčevih reklamacija: manje je naime vjerovatno da će kupac koji je upoznat sa svojom obavezom da prodavca pozove da stvar pregleda reklamirati nepostojeće nedostatke ili lažno predstavljati, najčešće uvećavati postojeće nedostatke.

Iz obavijesti o nedostatku, u kojoj kupac prigovara svojstvima stvari mora biti jasno kako on takvu isporuku ne odobrava. Rizik urednog obavještenja o nedostatku prema odredbi čl. 484 st. 2 ZOO snosi prodavac, pod uvjetom da je reklamacija učinjena uobičajenim sredstvima komunikacije.¹¹⁶

Osnovna neusklađenost s rješenjima Konvencije postoji u pogledu šestomjesečnog prekluzivnog roka iz odredbe čl. 482 st. 2 ZOO. Prodavac shodno ovoj odredbi ne odgovara za nedostatak koji se pokažu po proteku 6 mjeseci od predaje stvari, izuzev ukoliko je ugovoren duži rok. Primjena općeg roka zastarjelosti koji za međusobna potraživanja iz ugovora u privredi iznosi 3 godine također je upitna zbog njegove dužine.

¹¹² Tzv. kontradiktorni pregled.

¹¹³ Izraz *odmah* znači da je kupac primjedbe u pogledu uočenih nedostataka prodavcu dužan saopćiti neposredno nakon okončanja postupka pregleda. Ove odredbe se primjenjuje neovisno o tome da li je riječ o ugovoru u privredi ili ne. Ukoliko su ugovorne strane pravne osobe smatra se da su pregledu prisustvovali kupac odnosno prodavac ondje gdje su prisutni njihovi zastupnici odnosno lica koja su ovlaštena za poduzimanje pravnih radnji predaje i preuzimanja stvari, najčešće komercijalisti za nabavu.

¹¹⁴ U tom smislu i presuda VPSH, Pž-909/82 od 12. 10. 1982., PSP 7–8/1983, str. 18.

¹¹⁵ Slakoper, op. cit., str. 636.

¹¹⁶ Teorije emisije.

ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE **Nacionalni izvještaj za Republiku Hrvatsku**

Dio **KONCEPT NEDOSTATKA USKLAĐENOSTI ODNOSNE ODGOVORNOSTI ZA** **MATERIJALNE NEDOSTATKE U DRŽAVAMA JUGOISTOČNE EVROPE I EVROPSKOM** **PRAVU, PECL, CISG;**

U hrvatskom pravu, odgovornost za materijalne nedostatke opći je institut obveznoga prava, uređen u Zakonu o obveznim odnosima (NN 35/05, 41/08). Nomotehnički je koncept uređenja ovog instituta tako postavljen da je temeljna odredba smještena u dio zakona koji uređuje učinke dvostranoobveznih ugovora. Kao opće pravilo prihvaćena je odgovornost svakog ugovaratelja za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja (čl. 357. st. 1. ZOO), ali je istovremeno upućeno na primjenu pravila o odgovornosti prodavatelja kod ugovora o kupoprodaji (čl. 357. st. 3. ZOO), koja su uređena na drugom mjestu u ZOO (čl. 400–437. ZOO). Pored toga, ZOO sadržava i posebne odredbe o materijalnim nedostacima kod određenih tipova ugovora (koji nisu kupoprodaja), a koji uživaju određene specifičnosti. To su ugovor o zajmu (čl. 503. ZOO), ugovor o zakupu (čl. 525.–531. ZOO 05), ugovor o najmu (čl. 557.–560. ZOO), ugovor o djelu (čl. 604.–611. ZOO) i ugovor o građenju (čl. 631.–632. ZOO).

Odgovornost za materijalne nedostatke postoji kao prirodni sastojak ugovora samo kod napatnih pravnih poslova, te u tom smislu odražava opće načelo ekvivalentnosti uzajamnih davanja u obveznopravnom odnosu. Ovaj vid odgovornosti bio je uređen i u ranijem istoimenom ZOO iz 1978. koji je donesen kao savezni propis u biv. SFRJ, te preuzet u pravni sustav Republike Hrvatske nakon osamostaljenja (1991.), a koji je već izrađen pod utjecajem CISG, čiji se trenutak redakcije poklapao s redakcijom ZOO. U bitnome, pravila novog ZOO ne odstupaju, niti nomotehnički, niti sadržajno, od ranijih pravila. U tom smislu može se reći da su različitosti između pojedinih uređenja uvjetovane prilagođavanjem starih pravila Smjernici 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i jamstvima EU.

U literaturi je ukazano da hrvatski zakonodavac, međutim, u usporedbi sa Smjernicom, nije prihvatio princip «usklađenosti» («*conformity*») odnosno jedinstveni koncept povrede ugovorne obveze, kao što je to npr. prihvaćeno u CISG i PECL već i dalje razlikuje po učincima neispunjenje od zakašnjenja, ispunjenja s nedostatkom, djelomičnog ispunjenja i skrivljene nemogućnosti ispunjenja (v. Petrić, S.; Odgovornost za materijalne nedostatke po novom Zakonu o obveznim odnosima, 27 Zb. PFRi 87, 101 (2006)).

Kriterijumi za određivanje usklađenosti roba (odstupanja u kvalitetu, količini, sastavu, pakovanju, prikladnosti za uobičajeno korišćenje, prikladnost u pogledu svrsishodnosti)

U ZOO je postojanje usklađenosti regulirano izričitim navođenjem razloga za neusklađenost. Članak 401. st. 1. ZOO ne koristi pojam «usklađenost», već predviđa sedam razloga koje klasificira u situacije kada postoji nedostatak:

- 1) ako stvar nema potrebna svojstva za svoju redovitu uporabu ili za promet,
- 2) ako stvar nema potrebna svojstva za posebnu uporabu za koju je kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavatelju ili mu je morala biti poznata,
- 3) ako stvar nema svojstva i odlike koje su izrijekom ili prešutno ugovorene, odnosno propisane,
- 4) kad je prodavatelj predao stvar koja nije jednaka uzorku ili modelu, osim ako su uzorak ili model pokazani samo radi obavijesti,
- 5) ako stvar nema svojstva koja inače postoje kod drugih stvari iste vrste i koja je kupac mogao opravdano očekivati prema naravi stvari, posebno uzimajući u obzir javne izjave prodavatelja, proizvođača i njihovih predstavnika o svojstvima stvari (reklame, označavanje stvari i dr.),
- 6) ako je stvar nepravilno montirana pod uvjetom da je usluga montaže uključena u ispunjenje ugovora o prodaji,
- 7) ako je nepravilna montaža posljedica nedostataka u uputama za montažu.

Za razliku od Smjernice koja navodi u čl. 2. presumerane uvjete usklađenosti, ZOO polazi od načelne odredbe o ispunjenju iz čl. 342. st. 1. ZOO sukladno kojoj je dužnik dužan ispuniti svoju obvezu savjesno u svemu kako ona glasi, dok su razlozi odstupanja navedeni u cit. čl. 401. ZOO. Isti članak u t. 3. navodi kao razlog postojanja materijalnog nedostatka nedostatak svojstava i odlika koje su izrijekom ili prešutno ugovorene odnosno propisane, što predstavlja vrlo ekstenzivnu formulaciju koja u bitnome pokriva gotovo sve slučajeve neusklađenosti s ugovorom. Utoliko ne postoji veliki stupanj odstupanja u odnosu na ranije spomenuti princip «usklađenosti» s ugovorom. Citirane točke 1), 2), 4), i 5) odgovaraju čl. 2. st. 2. (a)–(d) Smjernice, dok točke 6) i 7) odgovaraju čl. 2. st. 5. Smjernice.

U odnosu na djelomično ispunjenje (koje obuhvaća količinski nedostatak) postoji opće pravilo iz čl. 169. st. 1. ZOO koje predviđa da vjerovnik nije dužan primiti takvo ispunjenje (ako se ne radi o novčanoj obvezi – čl. 169. st. 2. ZOO), osim ako narav obveze drukčije ne nalaže. To da se radi o materijalnom nedostatku proizlazi iz čl. 414. ZOO koji govori o pravima kupca u slučaju djelomičnog nedostatka. Količinski se nedostatak ovdje tretira isto kao i kada dio predane stvari ima nedostatak. U sudskoj praksi je ovo potvrđeno, pa se dužnost obavještanja proteže i na manjak robe u istim rokovima kao i kad se radi o drugim nedostacima koji se tiču kakvoće (VPS Pž 1631/85 od 4. 11. 1986.)

Kupcu se ovdje daje pravo na raskid samo u odnosu na dio koji nedostaje (čl. 414. st. 1. ZOO), a cijeli ugovor samo ako ugovorena količina ili predana stvar čini cjelinu, ili ako kupac inače ima opravdani interes da primi ugovorenu stvar ili količinu u cjelini (čl. 414. st. 2. ZOO).

Nedostaci u sastavu i svrsishodnosti korištenja mogu se podvesti pod općenitiji razlog iz cit. čl. 401. st. 1. točke 3, dok je neprikladnost za uobičajeno korištenje izričito navedena kao razlog u cit. čl. 401. st. 1. točki 1. ZOO. Prigovori oko roka isporuke, tj. isporuke izvan ugovorenog roka, međutim, ne mogu se kvalificirati kao materijalni nedostaci, već kao zakašnjenje (VSRH, Revt 127/03 od 26. 10. 2004.).

Znanje koje kupac posjeduje o nedostatku usklađenosti, obaveze kupaca

Znanje kupca o nedostatku ima redovito negativne posljedice po odgovornost. Prodavatelj ne odgovara za nedostatke ako su u trenutku sklapanja ugovora bili poznati kupcu ili mu nisu mogli ostati nepoznati, prema izričitoj odredbi čl. 402. st. 1. ZOO. Smatra se da nisu mogli ostati nepoznati kupcu oni nedostaci koje bi brižljiva osoba s prosječnim znanjem i iskustvom osobe istog zanimanja i struke kao kupac mogla lako opaziti pri uobičajenom pregledu stvari (čl. 402. st. 2. ZOO). Iznimno od ovog pravila, prodavatelj odgovara i za nedostatke koje je kupac mogao lako opaziti ako je izjavio da stvar nema nikakve nedostatke ili da stvar ima određena svojstva ili odlike (čl. 402. st. 4. ZOO).

Presumpcija iz cit. st. 2. se ne primjenjuje na potrošačke ugovore (čl. 402. st. 3. ZOO), zbog toga kod potrošačkih ugovora niti ne postoji obveza pregleda stvari, već samo dužnost obavještavanja prodavatelja jednom kada je nedostatak otkriven.

Kupac ima dvije temeljne obveze: 1) pregledati stvar i 2) obavijestiti (prijaviti) nedostatak. Sukladno čl. 403. st. 1. ZOO kupac je dužan primljenu stvar na uobičajeni način pregledati ili je dati na pregled, čim je to prema redovitom tijeku stvari moguće, i o vidljivim nedostacima obavijestiti prodavatelja u roku od osam dana, inače gubi pravo koje mu po toj osnovi pripada. Kod trgovačkih ugovora rok je kraći, određen kao "bez odgađanja". Kad je pregled izvršen u nazočnosti obiju strana, kupac je dužan svoje primjedbe zbog vidljivih nedostataka priopćiti prodavatelju odmah, inače gubi pravo koje mu po toj osnovi pripada (čl. 403. st. 2. ZOO).

Obveza pregleda je odgođena ako kupac sudjeluje u distribucijskom lancu. Prema odredbi čl. 403. st. 3. ZOO, ako je kupac otpremio stvar dalje bez pretovara, a prodavatelju je pri sklapanju ugovora bila poznata ili morala biti poznata mogućnost takve daljnje otpreme, pregled stvari može biti odgođen do njezina prispjeća u novo određeno mjesto, i u tom slučaju kupac je dužan prodavatelja obavijestiti o nedostacima čim je po redovitom tijeku stvari mogao za njih doznati od svojih klijenata.

Obveza pregleda je isključena u slučaju potrošačkih ugovora (čl. 403. st. 4. ZOO). Obveza obavještavanja, međutim nije isključena, jer je kupac obavezan obavijestiti prodavatelja o postojanju vidljivih nedostataka u roku od dva mjeseca od dana kad je otkrio nedostatak, a najkasnije u roku od dvije godine od prijelaza rizika na potrošača.

Ako su nedostaci skriveni, tj. ako se nisu mogli otkriti uobičajenim pregledom prilikom preuzimanja stvari, kupac je dužan, pod prijetnjom gubitka prava, o tom nedostatku obavijestiti prodavatelja u roku od dva mjeseca računajući od dana kad je nedostatak otkrio, a kod trgovačkog ugovora – bez odgađanja (čl. 404. st. 1. ZOO). To je slučaj kad npr. kupac kupi zaraženu životinju (VS Rev 580/83 od 15. 8. 1984.) ili motor koji prekomjerno troši ulje (VS Rev 1322/91 od 29. 10. 1991.).

Rok od dva mjeseca vrijedi i kod potrošačkih i kod nespecifičnih građanskopravnih ugovora, a skraćeni rok vrijedi samo kod trgovačkih ugovora. Rok od dva mjeseca vrijedi samo za skrivene nedostatke, dok je kod vidljivih nedostataka rok kraći (8 dana), ako je riječ o nespecifičnim građanskopravnim ugovorima. Kod potrošačkih ugovora je rok uvijek dva mjeseca od otkrivanja, jer ne postoji obveza pregleda.

Obavijest o nedostatku u pravilu će biti dana u pisanom obliku, iako forma obavijesti nije posebno propisana. Predviđeno je, međutim, da, ako je obavijest o nedostatku koju je kupac pravodobno poslao prodavatelju preporučenim pismom, brzojavom, telefaksom ili na neki drugi pouzdan način, zakasnila ili uopće nije stigla prodavatelju, smatra se da je kupac ispunio svoju obvezu da obavijesti prodavatelja. (čl. 406. st. 2. ZOO). U obavijesti o nedostatku stvari kupac nije dužan potanje opisati nedostatak i pozvati prodavatelja da pregleda stvar, osim ako se radi o trgovačkom ugovoru (čl. 406. st. 1. ZOO).

Iznimno, kupac ne gubi pravo da se pozove na neki nedostatak i kad nije ispunio svoju obvezu da stvar pregleda bez odgađanja, ili obvezu da u određenom roku obavijesti prodavatelja o postojanju nedostatka, ako je taj nedostatak bio poznat prodavatelju ili mu nije mogao ostati nepoznat (čl. 407. ZOO).

Odgovarajuće vrijeme za određivanje usklađenosti

Prodavatelj odgovara za sve nedostatke koji postoje u času prijelaza rizika na kupca, neovisno o tome je li za njih znao ili nije (čl. 400. st. 1. ZOO). Rizik (za slučajnu propast ili oštećenje) prelazi redovito u času predaje stvari (čl. 378. st. 1. ZOO), a samo iznimno i neovisno o tome, ako i kada kupac padne u zakašnjenje (čl. 379. st. 1. ZOO). Smjernica u čl. 3. st. 1. govori samo o predaji stvari, iako u t. 14. preambule ističe da to ne implicira promjenu pravila o prijelazu rizika (ako ona ne bi bila usklađena).

Prodavatelj odgovara za nedostatke koji su postojali u času prijelaza rizika, a pokazali su se naknadno, ako su posljedica uzroka koji je postojao u času prijelaza rizika ili prije toga (čl. 400. st. 2. ZOO).

U skladu s pravilom iz čl. 5. st. 3. Smjernice, ZOO postavlja presumpciju o postojanju nedostatka koji se pojavi u roku od šest mjeseci od prijelaza rizika u vrijeme prijelaza rizika (čl. 400. st. 3. ZOO). Teret dokaza o protivnom je načelno na prodavatelju, osim ako suprotno proizlazi iz naravi stvari ili naravi nedostatka (čl. 400. st. 3. ZOO). Neovisno o tome, prodavatelj odgovara načelno za sve nedostatke koji se pokažu u roku od dvije godine od predaje stvari. U tom slučaju, nakon isteka roka od šest mjeseci od predaje, načelno je na kupcu da dokaže izvor nedostatka (jer ne vrijedi presumpcija). Od citiranih pravila postoji nekoliko iznimki:

1) kod trgovačkih ugovora, nedostaci se moraju pokazati u roku od 6 mjeseci od predaje stvari (čl. 404. st. 2. ZOO)

2) kod prodaje rabljenih stvari, stranke mogu skratiti rok ugovorom na 1 godinu, a kod trgovačkih ugovora i kraće od 6 mjeseci (čl. 404. st. 3. ZOO)

3) u svakom slučaju, stranke mogu ugovorom produljiti cit. rokove (čl. 404. st. 4. ZOO)

4) ako je prodavatelj znao za nedostatak, ili mu nije mogao ostati nepoznat (čl. 407. ZOO).

Rok od dvije godine jedinstveno se primjenjuje i za potrošačke i za nespecifične građansko-pravne ugovore. Iznimka postoji samo za trgovačke ugovore. Smjernica, s druge strane, propisuje rok od dvije godine samo kod potrošačkih ugovora (čl. 5. st. 1. ZOO). Ugovorno skraćivanje roka kod rabljenih stvari obuhvaća bilo koji rok, ali ne kraći od jedne godine, neovisno o nespretnoj formulaciji čl. 404. st. 3. ZOO), jer se radi o implementaciji mogućnosti iz čl. 7. st. 1. Smjernice. Kod trgovačkih ugovora, međutim, ne postoji donja granica, čime se ova odredba može približiti odredbi o isključenju ili bitnom ograničenju odgovornosti (koja je dopuštena kod trgovačkih ugovora).

Ugovorne klauzule o izuzeću prodavaca od odgovornosti / ograničavanju odgovornosti prodavaca

S obzirom na to da je odgovornost za materijalne nedostatke prirodni sastojak ugovora o kupoprodaji i drugih naplatnih pravnih poslova, kao i s obzirom na opće načelo dispozitivnosti prihvaćeno u obveznom pravu, načelno se odgovornost može isključiti odnosno ograničiti (čl. 408. st. 1. ZOO). Ta je mogućnost ipak bitno sužena u dva slučaja. Kao prvo, kod potrošačkih ugovora ne postoji mogućnost niti ograničenja, niti isključenja prodavateljeve odgovornosti uopće (čl. 408. st. 2.

ZOO). Kao drugo, svako ograničenje ili isključenje je ništavno i onda: (1) ako je nedostatak bio poznat prodavatelju, a on o njemu nije obavijestio kupca, te (2) ako je odredba nametnuta od strane prodavatelja korištenjem njegovog monopolskog položaja (čl. 408. st. 2. ZOO).

U sudskoj je praksi ovo pravilo primijenjeno i kod klauzule «kupljeno-videno», pri čemu je ocijenjeno da prodavatelj zna za nedostatke, i kupcu je pogrešno prikazao činjenično stanje o objektu prodaje (rabljeni automobil, VSRH Rev 3770/93 od 29. 11. 1995.) V. slično i VSRH Rev 2335/90 od 27. 2. 1991., primjenjujući 145. opću uzancu za promet robe.

Pravni lijekovi za kupce

Kupac ima višestruke mogućnosti zaštite, ako je pravodobno i uredno obavijestio prodavatelje o nedostatku. On može po svojem izboru zahtijevati otklanjanje nedostatka, predaju druge stvari bez nedostatka (zamjenu), sniženje cijene i raskid ugovora, pri čemu je izbor u nekim slučajevima ograničen. U svakom slučaju, kupac ima pravo i na popravljavanje štete prema općim pravilima o odgovornosti za štetu, uključujući i štetu koju je zbog nedostatka stvari pretrpio na drugim svojim dobrima (indirektna šteta) (čl. 410. st. 2. ZOO).

Otklanjanje nedostatka kupac može zahtijevati ako je nedostatak otklonjiv, u suprotnom može se koristiti ostalim pravima, pri čemu je zamjena moguća ako se radi o generičnim stvarima. S obzirom na to da su zahtjevi postavljeni alternativno, kupac može inzistirati na zamjeni i onda kada je moguće otklanjanje (popravak). Troškove u oba slučaja snosi prodavatelj (čl. 410. st. 4. ZOO). Iznimno, ako bi način uklanjanja nedostatka, odnosno predaja druge stvari bez nedostatka imao za posljedicu znatne neugodnosti za kupca, on ima pravo raskinuti ugovor (odmah) ili zahtijevati razmjerno sniženje cijene (čl. 412. st. 3. ZOO).

Pravo na sniženje cijene ostvaruje se na način da se u odnos stavlja vrijednost stvari bez nedostatka i vrijednost stvari s nedostatkom, u vrijeme sklapanja ugovora (čl. 420. ZOO).

Po ZOO, raskid kod materijalnih nedostataka se načelno ne razlikuje od općeg instituta raskida. Posljedice su jednake (čl. 419. st. 1. ZOO). Međutim, pravo na raskid je ograničeno. Kao prvo, ako je nedostatak neznan, kupac nema pravo na raskid (ali ima ostala prava) (čl. 401. st. 3. ZOO, isto i čl. 3. st. 6. Smjernice). Kao drugo, kupac može raskinuti ugovor samo ako je prodavatelju dao naknadni primjereni rok za ispunjenje koji je bezuspješno protekao (čl. 412. st. 1. ZOO). Iznimno, kupac može raskinuti ugovor i bez ostavljanja naknadnog roka ako mu je prodavatelj nakon obavijesti o nedostacima priopćio da neće ispuniti ugovor ili ako iz okolnosti konkretnog slučaja očito proizlazi da prodavatelj neće moći ispuniti ugovor ni u naknadnom roku, kao i u slučaju kad kupac zbog zakašnjenja prodavatelja ne može ostvariti svrhu radi koje je sklopio ugovor (čl. 412. st. 2. ZOO).

Ostavljanje naknadnog roka za ispunjenje je opće pravilo koje vrijedi kod raskida zbog neispunjenja, pa utoliko navedena pravila ne odstupaju od općeg režima. Tu se, dakle, ne radi o nekakvoj posebnoj gradaciji sredstava zaštite kupca, već je ostavljanje naknadnog primjerenog roka univerzalno inkorporirano u institut raskida kao takvog.

Do raskida zbog neispunjenja dolazi *ex lege*, bezuspješnim istekom datog roka (čl. 362. st. 3. i čl. 361. st. 1. ZOO). Sukladno čl. 413. st. 1. ZOO posljedica je ista, pri čemu kupac može održati ugovor na snazi ako bez odgađanja izjavi prodavatelju da ga održava na snazi.

Kao treće, kupac gubi pravo da raskine ugovor (zadržavajući ostala prava – čl. 418. ZOO) zbog nedostatka stvari kad mu je nemoguće vratiti stvar ili je vratiti u stanju u kojem ju je primio (čl. 417. st. 1. ZOO), osim ako je stvar propala (čl. 417. st. 2. i 3. ZOO):

- zbog nedostatka koji opravdava raskid, ili

- zbog nekog događaja koji ne potječe od njega, niti od neke osobe za koju on odgovara ili
- prilikom ispunjenja obveze kupca da pregleda stvar
- ako je kupac prije nego što je otkriven nedostatak potrošio ili izmijenio jedan dio stvari u tijeku njezine redovite uporabe ako su oštećenje ili izmjena bez značenja

U navedenim slučajevima, kupac duguje naknadu prodavatelju za korist koju je ostvario od stvari (ako ju je ostvario) (čl. 419. st. 2. ZOO).

Kao četvrto, kupac je ograničen u raskidu kod djelomičnih nedostataka. O tim nedostacima već je bilo riječi *supra*. Posebno je predviđeno da ako je jednim ugovorom i za jednu cijenu prodano više stvari ili jedna skupina stvari, pa samo neke od njih imaju nedostatke, kupac može raskinuti ugovor samo u pogledu tih stvari, a ne i ostalih (čl. 416. st. 1. ZOO). Međutim, ako one čine jednu cjelinu tako da bi njihovo razdvajanje bilo štetno, kupac može raskinuti cijeli ugovor, ili ako on ipak izjavi da raskida ugovor samo u pogledu stvari s nedostatkom, prodavatelj sa svoje strane može raskinuti ugovor i u pogledu ostalih stvari (čl. 416. st. 2. ZOO).

U odnosu na Smjernicu, ZOO predviđa nešto jednostavnije uređenje. Smjernica razlikuje otklanjanje i zamjenu s jedne, te sniženje cijene i raskid, s druge strane. Primarni način je popravak ili zamjena (čl. 3. st. 3. Smjernice), pri čemu Smjernica ova sredstva, kao i ZOO, tretira alternativno, dajući kupcu pravo na izbor. Ostala prava su sekundarne naravi, pa samo ako nema pravo na popravak ili zamjenu, ili ako prodavatelj nije obavio popravak ili zamjenu u razumnom roku ili bez značajne neugodnosti za kupca, kupac ima pravo na sniženje cijene ili raskid ugovora (čl. 3. st. 5. Smjernice).

Pravo na popravak ili zamjenu ne postoji ako je to sredstvo neodgovarajuće (čl. 3. st. 3. Smjernice). Sredstvo se smatra neodgovarajućim ako nameće prodavatelju troškove koji su u usporedbi s alternativnim sredstvom nerazumni, uzimajući u obzir vrijednost robe bez nedostatka, važnost nedostatka i to da li se alternativno sredstvo može ostvariti bez značajne neugodnosti za potrošača (čl. 3. st. 5. Smjernice).

ZOO na prvi pogled ne sadržava odgovarajuće odredbe koje načelno brane sniženje cijene ili raskid. Ograničenja koja postoje kod raskida uvjetovana su uređenjem instituta raskida, a ne koncepcijom građanske zaštite kod materijalnih nedostataka. Nejasnoća proizlazi iz čl. 412. st. 3. ZOO koji predviđa da «ako bi način uklanjanja nedostatka, odnosno predaja druge stvari bez nedostatka imao za posljedicu znatne neugodnosti za kupca, on ima pravo raskinuti ugovor ili zahtijevati razmjerno sniženje cijene». Ova odredba je očito inspirirana Smjernicom, ali se može tumačiti na dva načina: i tako da daje kupcu pravo na raskid, odnosno sniženje cijene bez ostavljanja naknadnog primjerenog roka; i tako da kupac ima pravo na sniženje ili raskid *pod pretpostavkom* da su popravak ili zamjena neodgovarajući. Ovo posljednje bi tumačenje bilo u skladu s tekstom Smjernice (ne i s ciljem veće zaštite potrošača), premda ne bi bilo usklađeno sa ostalim odredbama o materijalnim nedostacima, prvenstveno s čl. 410. st. 1. ZOO.

Prava kupca koji je pravodobno obavijestio prodavatelja o postojanju nedostatka gase se nakon isteka dvije godine, računajući od dana odašiljanja obavijesti prodavatelju, osim ako je prodavateljevom prijeverom kupac bio spriječen da ih ostvaruje (čl. 422. st. 1. ZOO). Kupac koji je pravodobno obavijestio prodavatelja o postojanju nedostataka može nakon proteka ovoga roka, ako još nije isplatio cijenu, zahtijevati da se cijena snizi ili da mu se naknadi šteta, kao prigovor protiv prodavateljeva zahtjeva da mu se isplati cijena (čl. 422. st. 2. ZOO). Kao prigovor sudska praksa je prihvatila i prigovor radi prebijanja u smislu sniženja cijene nakon isteka roka, ako je obavijest pravodobna (VTS Pž 1449/93 od 1. 6. 1994.).

Rok je prekluzivne, a ne zastarne prirode. Prema Smjernici se radi o zastarnom roku (u prijevodima na francuskom jeziku koristi se pojam *délai de prescription*, a na njemačkom *Verjährungsfrist*),

što je nešto povoljnije rješenje za kupca, nego prekluzija, pa nije jasno zašto je hrvatski zakonodavac inzistirao na prekluziji. Prema Smjernici, rok počinje teći od predaje, a po ZOO od obavijesti.

Prilikom analize odštetnopravne odgovornosti, koja je neovisna od ostalih prava iz odgovornosti za materijalne nedostatke, literatura navodi tri tipa štete: 1) neposrednu štetu zbog mane (*damnum quoad rem*); 2) štetu u vezi sa stvari (*damnum circa rem*), te 3) posrednu štetu (*damnum extra rem*) (V. Vedriš, M. i Klarić, P.; Građansko pravo, 2008, str. 422–423). Neposredna šteta je posljedica samog nedostatka, tj. očituje se u smanjenoj vrijednosti stvari ili njezinom propašću. Ovaj se zahtjev ne može kumulirati sa ostalima, zbog toga jer je adekvatno pokriven tim sredstvima. Šteta u vezi sa stvari je redovito posljedica pravnih i faktičnih raspolaganja kupca uvjerenog da nedostatka nema, kao što su npr. troškovi prijevoza, skladištenja, prerade, te štete zbog zastoja u proizvodnji i sl. Šteta izvan stvari je sva ostala imovinska i neimovinska šteta koja je popratna posljedica nedostatka.

Problemi (pitanja) potrošača

Uređenje hrvatskog zakonodavca u ZOO danas motivirano je prvenstveno problematikom zaštite potrošača, koja nije bila zastupljena u ranijem propisu u jednakoj mjeri. Štoviše, većina izmjenjena u odnosu na raniji režim upravo je posljedica izdvajanja posebnog potrošačkog uređenja u odnosu na s jedne strane trgovačke ugovore, a s druge strane nespecifične građanskopravne ugovore.

Potrošački ugovori definirani su u čl. 402. st. 3. ZOO kao ugovori koje fizička osoba kao kupac sklapa izvan svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti s fizičkom ili pravnom osobom koja kao prodavatelj djeluje u okviru svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti.

Kao što je već ranije istaknuto, potrošači uživaju osobitu zaštitu primjenom specifičnih odstupanja od općih pravila:

- 1) isključena je primjena pravila o obvezi pregleda, kao i presumpcija o tome koji su nedostaci morali biti poznati kupcu;
- 2) potrošač ima dužnost obavještavanja, ali u produženom (u odnosu na ostale subjekte) roku od 2 mjeseca od otkrivanja nedostatka, a najkasnije u roku od 2 godine od prijelaza rizika;
- 3) potrošački ugovori ne mogu sadržavati odredbu o isključenju ili ograničenju odgovornosti; takve su odredbe ništetne.

Pravila o zaštiti potrošača neposredna su posljedica implementacije cit. smjernice. Pritom je važno istaknuti da je hrvatski zakonodavac usvojio minimalni standard zaštite, zbog toga jer je iskoristio mogućnost propisivanja dužnosti obavještavanja prodavatelja od strane potrošača i pritom je prihvatio najkraći rok (2 mjeseca) iz čl. 5. st. 2. ZOO. (V. T. 19. Preambule koja navodi da države članice mogu usvojiti i viši standard zaštite).

Dio**USPOREDBA KO NCEPTA NEDOSTATAKA U CISG I ODGOVORNOSTI ZA
MATERIJALNE NEDOSTATKE U DOMAĆIM PRAVNIM SISTEMIMA – OPĆENITO**

U hrvatskom pravu, odgovornost za materijalne nedostatke opći je institut obveznoga prava, uređen u Zakonu o obveznim odnosima (NN 3505, 41/08). Nomotehnički je koncept uređenja ovog instituta tako postavljen da je temeljna odredba smještena u dio zakona koji uređuje učinke dvostranoobveznih ugovora. Kao opće pravilo prihvaćena je odgovornost svakog ugovaratelja za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja (čl. 357. st. 1. ZOO), ali je istovremeno upućeno na primjenu pravila o odgovornosti prodavatelja kod ugovora o kupoprodaji (čl. 357. st. 3. ZOO), koja su uređena na drugom mjestu u ZOO (čl. 400–437. ZOO). Pored toga, međutim, ZOO sadržava i posebne odredbe o materijalnim nedostacima kod određenih tipova ugovora (koji nisu kupoprodaja), a koji uživaju određene specifičnosti. To su ugovor o zajmu (čl. 503. ZOO), ugovor o zakupu (čl. 525.–531. ZOO 05), ugovor o najmu (čl. 557.–560. ZOO), ugovor o djelu (čl. 604.–611. ZOO) i ugovor o građenju (čl. 631.–632. ZOO).

Suprotno tome, CISG se primjenjuje samo na ugovor o kupoprodaji, i ne radi se o širem međunarodnopravnom uređenju (čl. 1., 3. i 4. CISG). Pritom se po čl. 3. st. 1. CISG ugovorima o prodaji smatraju i ugovori o isporuci robe koja se treba izraditi ili proizvesti, osim ako je strana koja je robu naručila preuzela obvezu da isporuči bitan dio materijala potrebnog za tu izradu ili proizvodnju. Dodatno se CISG ne primjenjuje na određene vrste prodaje (čl. 2. CISG isključuje primjenu za prodaju robe kupljene za osobnu ili obiteljsku upotrebu ili za potrebe domaćinstva, osim ako prodavatelj bilo u koje vrijeme prije ili u trenutku sklapanja ugovora nije znao niti je mogao znati da se roba kupuje za takvu upotrebu; na javnoj dražbi; u slučaju zapljene ili nekog drugog postupka sudskih vlasti; vrijednosnih papira i novca; brodova, glisera na zračni jastuk i zrakoplova; i električne energije).

Odgovornost za materijalne nedostatke postoji kao prirodni sastojak ugovora samo kod napatnih pravnih poslova, te u tom smislu odražava opće načelo ekvivalentnosti uzajamnih davanja u obveznopravnom odnosu. Ovaj vid odgovornosti bio je uređen i u ranijem istoimenom ZOO iz 1978. koji je donesen kao savezni propis u biv. SFRJ, te preuzet u pravni sustav Republike Hrvatske nakon osamostaljenja (1991.). U bitnome, pravila novog ZOO ne odstupaju, niti nomotehnički, niti sadržajno, od ranijih pravila, koja su izrađena pod utjecajem CISG, čiji se trenutak redakcije poklapao s redakcijom ondašnjeg ZOO. Nova redakcija ZOO uzela je u obzir i prilagodila postojeće odredbe Smjernice 1999/44/EZ u određenim aspektima prodaje potrošačke robe i jamstvima EU.

Usprkos navedenome, u literaturi je ukazano da hrvatski zakonodavac, međutim, u usporedbi s CISG, nije prihvatio temeljni princip «usklađenosti» («conformity»), odnosno jedinstveni koncept povrede ugovorne obveze («breach»), iz čl. 50. i 51. CISG, već i dalje razlikuje po učincima neispunjenje od zakašnjenja, ispunjenja s nedostatkom, djelomičnog ispunjenja i skrivljene nemogućnosti ispunjenja (v. Petrić, S.; *Odgovornost za materijalne nedostatke po novom Zakonu o obveznim odnosima*, 27 Zb. PFRi 87, 101 (2006)).

Zahtjevi sukladnosti (čl. 35.1. CISG) – ugovorni zahtjevi: količinski nedostaci, nedostaci u kvaliteti, prirodi, spremnicima ili pakiranju;

U ZOO je postojanje usklađenosti regulirano izričitim navođenjem razloga za neusklađenost. Članak 401. st. 1. ZOO predviđa sedam razloga koje klasificira u situacije kada postoji nedostatak, među kojima se navodi da nedostatak postoji ako stvar nema svojstva i odlike koje su izriječito prešutno ugovorene, odnosno propisane. Takva formulacija, zajedno s općim pravilom o ispunjenju iz čl. 342. st. 1. ZOO sukladno kojem je dužnik dužan ispuniti svoju obvezu savjesno u svemu kako ona glasi pokriva formulaciju iz čl. 35. st. 1. CISG.

U odnosu na djelomično ispunjenje (koje obuhvaća količinski nedostatak) postoji opće pravilo iz čl. 169. st. 1. ZOO koje predviđa da vjerovnik nije dužan primiti takvo ispunjenje (ako se ne radi o novčanoj obvezi – čl. 169. st. 2. ZOO), osim ako narav obveze drukčije ne nalaže. To da se radi o materijalnom nedostatku proizlazi iz čl. 414. ZOO koji govori o pravima kupca u slučaju djelomičnog nedostatka. Količinski se nedostatak ovdje tretira isto kao i kada dio predane stvari ima nedostatak. U sudskoj praksi je ovo potvrđeno, pa se dužnost obavještanja proteže i na manjak robe u istim rokovima kao i kad se radi o drugim nedostacima koji se tiču kakvoće (VPS Pž 1631/85 od 4. 11. 1986.).

Kupcu se ovdje daje pravo na raskid samo u odnosu na dio koji nedostaje (čl. 414. st. 1. ZOO), a cijeli ugovor samo ako ugovorena količina ili predana stvar čini cjelinu, ili ako kupac inače ima opravdani interes da primi ugovorenu stvar ili količinu u cjelini (čl. 414. st. 2. ZOO). Odgovarajuće odredbe sadrži i CISG (čl. 51.). Sukladno čl. 415. ZOO kod trgovačke kupoprodaje kad je prodavatelj stvari određenih po rodu dao kupcu veću količinu nego što je ugovoreno, a kupac u razumnom roku ne izjavi da višak odbija, smatra se da je primio i taj višak te je dužan platiti ga po istoj cijeni. Odgovarajuća odredba CISG je sadržana je u čl. 52. st. 2.

Nedostaci u vidu kvalitete (nedovoljna kakvoća), prirode ili pakiranja mogu se podvesti pod pojam cit. točku 3. čl. 401. st. 1. ZOO.

Kriteriji za određivanje sukladnosti (čl. 35.2. CISG) – prikladnost za redovitu uporabu, posebnu uporabu, prodaja po uzorku ili modelu, uobičajeno ili odgovarajuće pakiranje

Razlozi iz čl. 35. st. 2. CISG koji predviđaju neusklađenost ako roba nije prikladna u svrhe u koje se roba iste vrste uobičajeno upotrebljava; nije prikladna u osobitu svrhu koja je prodavatelju izričito ili prešutno stavljena do znanja u vrijeme sklapanja ugovora, osim kad okolnosti ukazuju na to da se kupac nije oslonio niti je bilo razumno osloniti se na stručnost i prosuđivanje prodavatelja; nema kvalitete robe koje je prodavatelj kupcu predočio u obliku uzorka ili modela odgovaraju razlozima iz čl. 401. st. 1. t. 1, 2, 4 i 5. ZOO. U sudskoj praksi postoje slučajevi koji raspravljaju i o distinkcijama u tom smislu, npr. bačva koja propušta tekućinu je neprikladna jer je nepropusnost svojstvo potrebno za redovitu uporabu, pa ne mora biti posebno ugovoreno (VS Rev 2032/81 od 23. 2. 1982.).

ZOO ne sadržava posebnu odredbu koja bi govorila o nedostatku za slučaj da roba nije pakirana ili zaštićena na način uobičajen za takvu robu ili, ako takav način ne postoji, na način koji je odgovarajući da sačuva i zaštitu robu, ali se isto može podvesti pod opće razloge. ZOO, međutim, sadržava i posebne razloge koji se tiču montaže, pa tretira kao nedostatak situaciju ako je stvar nepravilno montirana pod uvjetom da je usluga montaže uključena u ispunjenje ugovora o prodaji, te ako je nepravilna montaža posljedica nedostataka u uputama za montažu.

Kada prodavatelj ne odgovara za neusklađenost? Znanje kupca, propust u obavještanju;

Prodavatelj ne odgovara za nedostatke ako su u trenutku sklapanja ugovora bili poznati kupcu ili mu nisu mogli ostati nepoznati, prema izričitoj odredbi čl. 402. st. 1. ZOO. Ista odredbe postoji i u čl. 35. st. 3. CISG. Smatra se da nisu mogli ostati nepoznati kupcu oni nedostaci koje bi brižljiva osoba s prosječnim znanjem i iskustvom osobe istog zanimanja i struke kao kupac mogla lako opaziti pri uobičajenom pregledu stvari (čl. 402. st. 2. ZOO). Iznimno od ovog pravila, prodavatelj odgovara i za nedostatke koje je kupac mogao lako opaziti ako je izjavio da stvar nema nikakve nedostatke ili da stvar ima određena svojstva ili odlike (čl. 402. st. 4. ZOO).

Presumpcija iz cit. st. 2. se ne primjenjuje na potrošačke ugovore (čl. 402. st. 3. ZOO), zbog toga kod potrošačkih ugovora niti ne postoji obveza pregleda stvari, već samo dužnost obavještavanja prodavatelja jednom kada je nedostatak otkriven.

Prema čl. 39. st. 1. CISG kupac gubi pravo pozivati se na nedostatak usklađenosti robe ako o tome nije prodavatelju poslao obavijest u kojoj je naveo narav nedostatka, u razumnom roku od trenutka kada ga je otkrio ili morao otkriti.

I prema ZOO, o vidljivim nedostacima kupac je dužan obavijestiti prodavatelja u roku od osam dana, inače gubi pravo koje mu po toj osnovi pripada. Kod trgovačkih ugovora rok je kraći, određen kao "bez odgađanja". Kad je pregled izvršen u nazočnosti obiju strana, kupac je dužan svoje primjedbe zbog vidljivih nedostataka priopćiti prodavatelju odmah, inače gubi pravo koje mu po toj osnovi pripada (čl. 403. st. 2. ZOO).

Kupac u svakom slučaju gubi pravo pozvati se na nedostatak usklađenosti robe ako o njemu nije obavijestio prodavatelja najkasnije u roku od dvije godine računajući od dana stvarne predaje robe kupcu, osim kad taj rok nije u skladu s rokom o ugovornoj garanciji (čl. 39. st. 2. CISG). Iz navedenog proizlazi da CISG rok od dvije godine predviđa kao krajnji rok za otkrivanje nedostatka, dok ZOO predviđa isto u čl. 404. st. 2. ZOO po kojem prodavatelj ne odgovara za nedostatke koji se pokažu pošto proteknu dvije godine od predaje stvari, s iznimkom trgovačkih ugovora kod kojih je rok šest mjeseci.

Ugovorne klauzule o isključenju i/ili ograničenju odgovornosti prodavatelja;

S obzirom na to da je odgovornost za materijalne nedostatke prirodni sastojak ugovora o kupoprodaji i drugih naplatnih pravnih poslova, kao i s obzirom na opće načelo dispozitivnosti prihvaćeno u obveznom pravu, načelno se odgovornost može isključiti odnosno ograničiti (čl. 408. st. 1. ZOO). Ta je mogućnost ipak bitno sužena u dva slučaja. Kao prvo, kod potrošačkih ugovora ne postoji mogućnost niti ograničenja, niti isključenja prodavateljeve odgovornosti uopće (čl. 408. st. 2. ZOO). Kao drugo, svako ograničenje ili isključenje je ništeto: (1) ako je nedostatak bio poznat prodavatelju, a on o njemu nije obavijestio kupca, te (2) ako je odredba nametnuta od strane prodavatelja korištenjem njegovog monopolskog položaja (čl. 408. st. 2. ZOO).

U sudskoj je praksi ovo pravilo primijenjeno i kod klauzule «kupljeno-viđeno», pri čemu je ocijenjeno da prodavatelj zna za nedostatke, i kupcu je pogrešno prikazao činjenično stanje o objektu prodaje (rabljeni automobil, VSRH Rev 3770/93 od 29. 11. 1995.) V. slično i VSRH Rev 2335/90 od 27. 2. 1991, primjenjujući 145. opću uzancu za promet robe.

Ugovorno isključenje dopušteno je prema CISG na temelju čl. 35. st. 2. koji izričito govori o drugačijem ugovaranju.

Usporedba pravnih sredstava za slučaj neusklađenosti po CISG i materijalnih nedostataka po domaćem pravu;

Kupac ima višestruke mogućnosti zaštite, ako je pravodobno i uredno obavijestio prodavatelje o nedostatku. On može po svojem izboru zahtijevati otklanjanje nedostatka, predaju druge stvari bez nedostatka (zamjenu), sniženje cijene i raskid ugovora, pri čemu je izbor u nekim slučajevima ograničen. U svakom slučaju, kupac ima pravo i na popravlanje štete prema općim pravilima o odgovornosti za štetu, uključujući štetu koju je zbog nedostatka stvari pretrpio na drugim svojim dobrima (indirektna šteta) (čl. 410. st. 2. ZOO).

Otklanjanje nedostatka kupac može zahtijevati ako je nedostatak otklonjiv, u suprotnom može se koristiti ostalim pravima, pri čemu je zamjena moguća ako se radi o generičnim stvarima. S obzirom na to da su zahtjevi postavljeni alternativno, kupac može inzistirati na zamjeni i onda

kada je moguće otklanjanje (popravak). Troškove u oba slučaja snosi prodavatelj (čl. 410. st. 4. ZOO). Iznimno, ako bi način uklanjanja nedostatka, odnosno predaja druge stvari bez nedostatka imao za posljedicu znatne neugodnosti za kupca, on ima pravo raskinuti ugovor (odmah) ili zahtijevati razmjerno sniženje cijene (čl. 412. st. 3. ZOO).

Prema CISG pravo na popravak je ograničeno na način da kupac nema to pravo ako bi to bilo nerazumno uzimajući u obzir sve okolnosti (čl. 46. st. 3. CISG). Zahtjev za popravkom mora se učiniti bilo istovremeno s obaviješću o neusklađenosti ili u razumnom roku nakon te obavijesti (čl. 46. st. 3. CISG). ZOO ne sadržava ova ograničenja. Pored toga, prema CISG kupac ima pravo zahtijevati isporuku druge robe kao zamjenu samo ako je nedostatak usklađenosti bitna povreda ugovora, a zahtjev za zamjenu je učinjen bilo istovremeno s obaviješću o neusklađenosti ili u razumnom roku nakon te obavijesti. (čl. 46. st. 2.). Prema ZOO, ne postoji takvo ograničenje.

CISG sadržava posebna pravila koja daju pravo prodavatelju da sam otkloni nedostatak. On to može učiniti ako je u stanju to učiniti bez nerazumne odgode i bez nanošenja kupcu nerazumnih nepogodnosti ili neizvjesnosti da će mu prodavatelj nadoknaditi troškove što ih je u vezi s tim imao (čl. 48. st. 1. CISG). Pritom se prodavatelju daje pravo da se obrati kupcu sa zahtjevom da se izjasni da li prihvaća ispunjenje, pa ako kupac ne odgovori na takav zahtjev u razumnom roku, prodavatelj može izvršiti ugovor u roku koji je naveden u njegovu zahtjevu. Kupac nema pravo do proteka tog roka koristiti se bilo kojim sredstvom koje ne bi bilo u skladu sa izvršenjem od strane prodavatelja (čl. 48. st. 2. CISG). ZOO ne sadržava odgovarajuće odredbe.

Pravo na sniženje cijene ostvaruje se na način da se u odnos stavlja vrijednost stvari bez nedostatka i vrijednost stvari s nedostatkom, u vrijeme sklapanja ugovora (čl. 420. ZOO). Prema čl. 50 CISG, kupac može, bez obzira na to da li je cijena već plaćena ili nije, sniziti cijenu razmjerno razlici između vrijednosti stvarno isporučene robe u vrijeme isporuke prema vrijednosti koju bi u to vrijeme imala roba usklađena s ugovorom. Trenutak određivanja komparativne vrijednosti je, dakle, različit u ovom drugom slučaju, jer se kao relevantan uzima trenutak isporuke, a ne trenutak zaključenja ugovora.

Po ZOO, raskid kod materijalnih nedostataka se načelno ne razlikuje od općeg instituta raskida. Posljedice su jednake (čl. 419. st. 1. ZOO). Međutim, pravo na raskid je ograničeno:

1. Ako je nedostatak neznan, kupac nema pravo na raskid (ali ima ostala prava) (čl. 401. st. 3. ZOO).
2. Kupac može raskinuti ugovor samo ako je prodavatelju dao naknadni primjereni rok za ispunjenje koji je bezuspješno protekao (čl. 412. st. 1. ZOO). Iznimno, kupac može raskinuti ugovor i bez ostavljanja naknadnog roka ako mu je prodavatelj nakon obavijesti o nedostacima priopćio da neće ispuniti ugovor ili ako iz okolnosti konkretnog slučaja očito proizlazi da prodavatelj neće moći ispuniti ugovor ni u naknadnom roku, kao i u slučaju kad kupac zbog zakašnjenja prodavatelja ne može ostvariti svrhu radi koje je sklopio ugovor (čl. 412. st. 2. ZOO).

Prema CISG, kupac prema čl. 49. st. 1. CISG ima pravo na raskid izjavom samo pod određenim slučajevima i to:

- ako je neizvršenje bilo koje obveze koju prodavatelj ima na temelju ugovora ili CISG bitna povreda ugovora; ili
- u slučaju neisporuke, ako prodavatelj nije isporučio robu u dodatnom roku koji mu je kupac odredio, ili je izjavio da je neće isporučiti u tako određenom roku.

Ove odredbe donekle se poklapaju s odredbama ZOO, jer, kako je navedeno, ZOO predviđa mogućnost raskida bez ostavljanja naknadnog primjerenog roka za ispunjenje kad kupac zbog zakašnjenja prodavatelja ne može ostvariti svrhu radi koje je sklopio ugovor (čl. 412. st. 2. ZOO). U ostalim slučajevima propisan je obvezan dodatni rok za ispunjenje (čl. 412. st. 1. ZOO), ali ne i onda kada je prodavatelj izjavio da ugovor neće ispuniti (čl. 412. st. 2. ZOO).

Ostavljanje naknadnog roka za ispunjenje je opće pravilo koje vrijedi kod raskida zbog neispunjenja, pa utoliko navedena pravila ne odstupaju od općeg režima. Tu se, dakle, ne radi o posebnoj gradaciji sredstava zaštite kupca, već je ostavljanje naknadnog primjerenog roka univerzalno inkorporirano u institut raskida kao takvog.

Do raskida zbog neispunjenja dolazi *ex lege*, bezuspješnim istekom datog roka (čl. 362. st. 3. i čl. 361. st. 1. ZOO). Sukladno čl. 413. st. 1. ZOO posljedica je ista, pri čemu kupac može održati ugovor na snazi ako bez odgađanja izjavi prodavatelju da ga održava na snazi. S obzirom na to da CISG ne određuje raskid *ex lege*, kupac gubi pravo na raskid ako je primio robu, a kupac nije raskinuo ugovor u odnosu na zakašnjelu isporuku, u razumnom roku, računajući od trenutka kad je saznao da je isporuka izvršena; a u odnosu na bilo koju drugu povredu, u razumnom roku nakon što je saznao ili morao saznati za povredu; nakon proteka svakog dodatnog roka što ga je kupac odredio ili nakon što je prodavatelj izjavio da neće izvršiti svoje obveze u ovom dodatnom roku; ili nakon proteka svakog dodatnog roka za izjašnjenje što ga je odredio prodavatelj, ili nakon što je kupac izjavio da neće prihvatiti izvršenje (čl. 49. st. 2. CISG).

I po CISG, opće je pravilo da kupac može prodavatelju dati dodatni rok za ispunjenje (čl. 47. st. 1. CISG), što vrijedi i po općim pravilima ZOO (čl. 362. ZOO), čak i kod fiksnih ugovora (čl. 361. st. 2. ZOO). CISG, međutim, ograničava kupca na način da predviđa da se kupac ne može u dodatnom roku koristiti bilo kojim sredstvom predviđenim za povredu ugovora (ali zadržava pravo na naknadu štete – čl. 47. st. 2. CISG). ZOO ne sadržava odgovarajuću odredbu, mada isto proizlazi iz same činjenice da je dužniku podan dodatni rok za ispunjenje.

3. Kupac gubi pravo da raskine ugovor (zadržavajući ostala prava – čl. 418. ZOO) zbog nedostatka stvari kad mu je nemoguće vratiti stvar ili je vratiti u stanju u kojem ju je primio (čl. 417. st. 1. ZOO), osim ako je stvar propala (čl. 417. st. 2. i 3. ZOO):
 - zbog nedostatka koji opravdava raskid, ili
 - zbog nekog događaja koji ne potječe od njega, niti od neke osobe za koju on odgovara ili
 - prilikom ispunjenja obveze kupca da pregleda stvar
 - ako je kupac prije nego što je otkriven nedostatak potrošio ili izmijenio jedan dio stvari u tijeku njezine redovite uporabe ako su oštećenje ili izmjena bez značenja

U navedenim slučajevima, kupac duguje naknadu prodavatelju za korist koju je ostvario od stvari (ako ju je ostvario) (čl. 419. st. 2. ZOO).

4. Kupac je ograničen u raskidu kod djelomičnih nedostataka. O tim nedostacima već je bilo riječi *supra*. Posebno je predviđeno da ako je jednim ugovorom i za jednu cijenu prodano više stvari ili jedna skupina stvari, pa samo neke od njih imaju nedostatke, kupac može raskinuti ugovor samo u pogledu tih stvari, a ne i ostalih (čl. 416. st. 1. ZOO). Međutim, ako one čine jednu cjelinu tako da bi njihovo razdvajanje bilo štetno, kupac može raskinuti cijeli ugovor, ili ako on ipak izjavi da raskida ugovor samo u pogledu stvari s nedostatkom, prodavatelj sa svoje strane može raskinuti ugovor i u pogledu ostalih stvari. (čl. 416. st. 2. ZOO).

Prava kupca koji je pravodobno obavijestio prodavatelja o postojanju nedostatka gase se nakon isteka dvije godine, računajući od dana odašiljanja obavijesti prodavatelju, osim ako je prodavateljevom prijevarom kupac bio spriječen da ih ostvaruje (čl. 422. st. 1. ZOO). Kupac koji je pravodobno obavijestio prodavatelja o postojanju nedostataka može nakon proteka ovoga roka, ako još nije isplatio cijenu, zahtijevati da se cijena snizi ili da mu se naknadi šteta, kao prigovor protiv prodavateljeva zahtjeva da mu se isplati cijena (čl. 422. st. 2. ZOO). Kao prigovor sudska praksa je prihvatila i prigovor radi prebijanja u smislu sniženja cijene nakon isteka roka, ako je obavijest pravodobna (VTS Pž 1449/93 od 1. 6. 1994.). Rok je prekuzivne, a ne zastarne prirode.

Prilikom analize odštetnopravne odgovornosti, koja je neovisna od ostalih prava iz odgovornosti za materijalne nedostatke, literatura navodi tri tipa štete: 1) neposrednu štetu zbog mane (*damnum quoad rem*); 2) štetu u vezi sa stvari (*damnum circa rem*), te 3) posrednu štetu (*damnum extra rem*) (V. Vedriš, M. i Klarić, P.; Građansko pravo, 2008, str. 422–423). Neposredna šteta je posljedica samog nedostatka, tj. očituje se u smanjenoj vrijednosti stvari ili njezinom propašću. Ovaj se zahtjev ne može kumulirati sa ostalima, zbog toga jer je adekvatno pokriven tim sredstvima. Šteta u vezi sa stvari je redovito posljedica pravnih i faktičnih raspolaganja kupca uvjerenog da nedostatka nema, kao što su npr. troškovi prijevoza, skladištenja, prerade, te štete zbog zastoja u proizvodnji i sl. Šteta izvan stvari je sva ostala imovinska i neimovinska šteta koja je popratna posljedica nedostatka.

Neusklađenost u slučaju prijelaza rizika i nakon prijelaza rizika (čl. 36. CISG);

Sukladno čl. 36. st. 1. CISG prodavatelj odgovara za svaki nedostatak usklađenosti koji je postojao u trenutku prelaska rizika na kupca, čak i ako je nedostatak usklađenosti postao očit kasnije, i ta odredba odgovara čl. 401. st. 1. i 2. ZOO. Po CISG, prodavatelj je također odgovoran za svaki nedostatak usklađenosti koji se pojavio poslije prijelaza rizika, a može se pripisati povredi bilo koje njegove obveze, uključujući povredu garancije o tome da će za neko vrijeme roba ostati prikladna u njezinu redovnu i posebnu svrhu ili da će zadržati određena svojstva ili karakteristike. Po ZOO, prodavatelj odgovara za nedostatke koji su postojali u času prijelaza rizika, a pokazali su se naknadno, ako su posljedica uzroka koji je postojao u času prijelaza rizika ili prije toga (čl. 400. st. 2. ZOO).

ZOO dodatno postavlja presumpciju o postojanju nedostatka koji se pojavi u roku od šest mjeseci od prijelaza rizika u vrijeme prijelaza rizika (čl. 400. st. 3. ZOO). Teret dokaza o protivnom je načelno na prodavatelju, osim ako suprotno proizlazi iz naravi stvari ili naravi nedostatka (čl. 400. st. 3. ZOO). Neovisno o tome, prodavatelj odgovara načelno za sve nedostatke koji se pokažu u roku od dvije godine od predaje stvari. U tom slučaju, nakon isteka roka od šest mjeseci od predaje, načelno je na kupcu da dokaže izvor nedostatka (jer ne vrijedi presumpcija). Od citiranih pravila postoji nekoliko iznimki:

- 1) kod trgovačkih ugovora, nedostaci se moraju pokazati u roku od 6 mjeseci od predaje stvari (čl. 404. st. 2. ZOO)
- 2) kod prodaje rabljenih stvari, stranke mogu skratiti rok ugovorom na 1 godinu, a kod trgovačkih ugovora i kraće od 6 mjeseci (čl. 404. st. 3. ZOO)
- 3) u svakom slučaju, stranke mogu ugovorom produljiti cit. rokove (čl. 404. st. 4. ZOO)
- 4) ako je prodavatelj znao za nedostatak, ili mu nije mogao ostati nepoznat (čl. 407. ZOO).

Rok od dvije godine jedinstveno se primjenjuje i za potrošačke i za nespecifične građansko-pravne ugovore. Iznimka postoji samo za trgovačke ugovore. Ugovorno skraćivanje roka kod rabljenih stvari obuhvaća bilo koji rok ali ne kraći od jedne godine, neovisno o nespretnoj formulaciji (čl. 404. st. 3. ZOO). Kod trgovačkih ugovora, međutim, ne postoji donja granica, čime se ova odredba može približiti odredbi o isključenju ili bitnom ograničenju odgovornosti (koja je dopuštena kod trgovačkih ugovora).

Dužnost kupca da pregleda robu – usporedba između CISG (čl. 38.) i odgovarajućih pravila domaćeg prava;

Sukladno čl. 403. st. 1. ZOO kupac je dužan primljenu stvar na uobičajeni način pregledati ili je dati na pregled, čim je to prema redovitom tijeku stvari moguće. Isto je pravilo predviđeno u čl. 38. st. 1. CISG.

Obveza pregleda je odgođena ako kupac sudjeluje u distribucijskom lancu. Prema odredbi čl. 403. st. 3. ZOO, ako je kupac otpremio stvar dalje bez pretovara, a prodavatelju je pri sklapanju ugovora bila poznata ili morala biti poznata mogućnost takve daljnje otpreme, pregled stvari može biti odgođen do njezina prispjeća u novo odredišno mjesto, i u tom slučaju kupac je dužan prodavatelja obavijestiti o nedostacima čim je po redovitom tijeku stvari mogao za njih doznati od svojih klijenata. Slično predviđa i čl. 38. st. 2. i 3. CISG, iako u nešto kompliciranijoj varijanti. Općenito je predviđeno da ako se ugovorom predviđa prijevoz robe, pregled se može odgoditi do stizanja robe u odredišno mjesto. Ako je, pak, kupac u toku prijevoza robe promijenio smjer ili je dalje otpremio, a da pritom nije postojala razumna mogućnost da se pregleda, i ako je prodavatelju u trenutku sklapanja ugovora bila poznata ili mu je morala biti poznata mogućnost te izmjene smjera ili daljnje otpreme, pregled robe može se odgoditi do prispjeća robe u novo odredišno mjesto.

Obveza pregleda je isključena u slučaju potrošačkih ugovora (čl. 403. st. 4. ZOO).

Dužnost kupca da obavijesti o neusklađenosti/materijalnim nedostacima – usporedba između CISG (čl. 39.) i odgovarajućih pravila domaćeg prava;

Prema čl. 39. st. 1. CISG kupac gubi pravo pozivati se na nedostatak usklađenosti robe ako o tome nije prodavatelju poslao obavijest u kojoj je naveo narav nedostatka, u razumnom roku od trenutka kada ga je otkrio ili morao otkriti. Kupac u svakom slučaju gubi pravo pozvati se na nedostatak usklađenosti robe ako o njemu nije obavijestio prodavatelja najkasnije u roku od dvije godine računajući od dana stvarne predaje robe kupcu, osim kad taj rok nije u skladu s rokom o ugovornoj garanciji (čl. 39. st. 2. CISG).

Obavijest o nedostatku u pravilu će biti dana u pisanom obliku, iako forma obavijesti nije posebno propisana. Predviđeno je, međutim, da, ako je obavijest o nedostatku koju je kupac pravodobno poslao prodavatelju preporučanim pismom, brzojavom, telefaksom ili na neki drugi pouzdan način, zakasnila ili uopće nije stigla prodavatelju, smatra se da je kupac ispunio svoju obvezu da obavijesti prodavatelja (čl. 406. st. 2. ZOO). U obavijesti o nedostatku stvari kupac nije dužan potanje opisati nedostatak i pozvati prodavatelja da pregleda stvar, osim ako se radi o trgovačkom ugovoru (čl. 406. st. 1. ZOO).

Iznimno, kupac ne gubi pravo da se pozove na neki nedostatak i kad nije ispunio svoju obvezu da u određenom roku obavijesti prodavatelja o postojanju nedostatka, ako je taj nedostatak bio poznat prodavatelju ili mu nije mogao ostati nepoznat (čl. 407. ZOO).

Obveza obavještavanja nije isključena niti kod potrošačkih ugovora, jer je kupac obavezan obavijestiti prodavatelja o postojanju vidljivih nedostataka u roku od dva mjeseca od dana kad je otkrio nedostatak, a najkasnije u roku od dvije godine od prijelaza rizika na potrošača.

Ako su nedostaci skriveni, tj. ako se nisu mogli otkriti uobičajenim pregledom prilikom preuzimanja stvari, kupac je dužan, pod prijetnjom gubitka prava, o tom nedostatku obavijestiti prodavatelja u roku od dva mjeseca računajući od dana kad je nedostatak otkrio, a kod trgovačkog ugovora – bez odgađanja (čl. 404. st. 1. ZOO). To je slučaj kad npr. kupac kupi zaraženu životinju (VS Rev 580/83 od 15. 8. 1984.) ili motor koji prekomjerno troši ulje (VS Rev 1322/91 od 29. 10. 1991.).

Rok od dva mjeseca vrijedi i kod potrošačkih i kod nespecifičnih građanskopravnih ugovora, a skraćeni rok vrijedi samo kod trgovačkih ugovora. Rok od dva mjeseca vrijedi samo za skrivene nedostatke, dok je kod vidljivih nedostataka rok kraći (8 dana), ako je riječ o nespecifičnim građanskopravnim ugovorima. Kod potrošačkih ugovora je rok uvijek dva mjeseca od otkrivanja, jer ne postoji obveza pregleda.

Dr. Nenad Gavrilović

Docent Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“,
Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“ – Skopje

Dr. Borka Tuševska

Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet „Goce Delčev“ – Štip

ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE

Nacionalni izvještaj za Makedoniju

1. Upoređenje koncepta CISG o nesaobraznosti sa odgovornošću za neispravan proizvod u domaćem pravnom sistemu – uopšte

Domaći pravni sistem, odnosno makedonski Zakon o obligacionim odnosima, prihvata koncept saveznog Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Naime, pravi se razlika između slučajeva neispunjenja (delimičnog ili potpunog) ugovorne obaveze i slučajeva nepravilnog ispunjenja ugovorne obaveze. Pri tom, nepravilno ispunjenje (ispunjenje sa materijalnim i pravnim nedostacima) je posebno uređeno u odredbama ZOO koje se tiču odgovornosti prodavca, dok načelna odredba opšteg dela zakona (čl. 110) proširuje primenu ovih pravila na sve teretne ugovore, ukoliko odredbe koje se tiču pojedinog teretnog ugovora ne sadrže drugačija pravila. Odatle, postoji zakonodavna tendencija da se slučajevi neispunjenja i slučajevi nepravilnog ispunjenja podvoje, mada ovo u praksi nije uvek izvodljivo. Načelno, koncept ZOO nije osobito različit u odnosu na koncept prihvaćen u CISG. Ovo se, naravno, više odnosi na pitanje postojanja materijalnih nedostataka, odnosno na pitanje postojanja nesaobraznosti robe. Razlike postoje, međutim, u pogledu pravnih lekova, naročito u pogledu uslova potrebnih za isticanje pojedinačnog pravnog leka (raskid, (pravilno) ispunjenje, smanjenje cene, šteta). Imajući ovo u vidu, može se reći da je domaći zakonodavac uzeo u obzir odredbe CISG, odnosno odredbe ranijih haških konvencija. Izvor neusaglašenosti koncepta CISG i koncepta domaćeg zakonodavstva, pak, je stav ovog poslednjeg da odbije prihvatanje bitne povrede ugovora, pa postoji izraziti dualitet između pravnih lekova u slučaju nesaobraznosti i u slučajevima neispunjenja.

2. Zahtevi saobraznosti (čl. 35(1) CISG) - ugovoreni zahtevi, nesaglasnost u kvantitetu, nesaglasnost u kvalitetu, nesaglasnost u prirodi, zaštita ili pakovanje

Generalna odredba čl. 466 ZOO predviđa da prodavac odgovara kada postoje materijalni nedostaci. Što se tiče slučajeva kada postoje materijalni nedostaci, ovi su slučajevi izričito uređeni u čl. 467 ZOO. Odatle, može se reći da ZOO ne prihvata načelni pojam materijalnog nedostatka iz čl. 35(1) CISG, gde se predviđa generalna obaveza prodavca da isporuči robu u količini, kvantitetu i vrsti kako je to predviđeno ugovorom i pakovanu ili zaštićenu na način predviđen u ugovoru. I pored ovog načelnog nesaglašavanja, neke odredbe ZOO daju osnov za izvođenje zaključaka o saglasnosti sa konceptom CISG. Najpre, ugovorene zahteve pokriva odredba 467(3) ZOO, mada samo u pogledu svojstava i odlika robe. Nesaobraznost u pogledu količine bi inače potpadala pod opšti koncept (delimičnog) neispunjenja, ali čl. 480 i 481 ZOO poimaju manju i veću količinu kao materijalni nedostatak. Kvalitativni su nedostaci pokriveni odredbom iz čl. 467 ZOO, pa se može reći da, bar u odnosu

na ovo pitanje, postoji najveći stepen saodvetnosti sa odredbama CISG. Što se tiče pitanja vrste robe, situacija tzv. *aliuda* je sporna u domaćem pravu, pošto ima tumačenja da je reč o nesaobraznosti, kao što ima i tumačenja da je reč o neispunjenju. Konačno, što se tiče pakovanja ili zaštite (probleme pakovanja i ambalaže kod ugovora o prodaji ZOO, za razliku od Opštih uzansi, uopšte ne uređuje), načelno je jasno da bi bilo reči o nesaobraznosti kada su pakovanje ili zaštita robe posledica ugovorenih odredbi ili trgovačkih običaja. Inače, i u ovom pogledu je nejasno da li je reč o nesaobraznosti ili o neispunjenju.

3. Kriterijumi za utvrđivanje saobraznosti robe (čl. 35(2) CISG) – pogodnost za cilj za koji se roba uobičajeno koristi, pogodnost za naročitu upotrebu, prodaja po uzorku ili modelu, uobičajeno ili odgovarajuće pakovanje

Po domaćem pravu (čl. 467 ZOO), materijalni nedostatak postoji 1) ako stvar nema potrebna svojstva za njenu redovnu upotrebu ili za promet; 2) ako stvar nema potrebna svojstva za naročitu upotrebu za koju je kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavcu, ili mu je morala biti poznata; 3) ako stvar nema svojstva i odlike koje su izričito ili prečutno ugovorene odnosno propisane; i 4) kad je prodavac predao stvar koja nije saobrazna uzorku ili modelu, osim ako su uzorak ili model pokazani samo radi obaveštenja. Ova odredba, načelno, pokriva slučajeve iz čl. 35(1) i (2) CISG, mada ne u potpunosti. Naime, ostaje problem pakovanja ili zaštite, kao i problem da li se poštovanje ugovora odnosi jedinstveno na svojstva i odlike robe. Bitno je navesti da su situacije iz navedenog čl. 467 ZOO enumerisane, dok se odredba iz čl. 35(2) CISG primenjuje ako se strane nisu drukčije ugovorile. Naravno, ostaje generalna odredba ZOO o dispozitivnosti odredaba zakona (čl. 14).

4. Kada prodavac ne odgovara za nesaobraznost? – svesnost kupca, propuštanje notifikacije

Po pravilima ZOO, načelno, prodavac odgovara za materijalne nedostatke robe bez obzira na to da li je znao za nepostojanje nedostatka (čl. 466(1)). Ipak, prodavac ne odgovara za nedostatke iz čl. 467 ZOO, ako su u času zaključenja ugovora bili poznati kupcu ili mu nisu mogli ostati nepoznati. Ova odredba odgovara čl. 35(3) CISG. Postoji, ipak, razlika u odnosu na koncept CISG, što se tiče ugovorene količine, kvaliteta ili vrste, odnosno ugovorenog pakovanja ili zaštite. Takođe, i po odredbama ZOO (čl. 469 i 470 ZOO) i po odredbama CISG (čl. 39(1)), nužna je notifikacija nedostataka.

5. Ugovorne klauzule o isključenju i/ili ograničenju odgovornosti kupca

Saglasno odredbi čl. 474(1) ZOO, ugovarači mogu ograničiti ili sasvim isključiti prodavčevu odgovornost za materijalne nedostatke robe. Međutim, odredba ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za nedostatke stvari je ništava, ako je nedostatak bio poznat prodavcu, a on o njemu nije obavestio kupca, kao i kad je prodavac nametnuo tu odredbu koristeći svoj poseban monopolski položaj (čl. 474(2) ZOO). U svakom slučaju, kupac koji se odrekao prava da raskine ugovor zbog nedostatka stvari zadržava ostala prava zbog tih nedostataka (čl. 474(3) ZOO).

6. Upoređenje pravnih lekova u slučaju nesaobraznosti po CISG i pravnih lekova u slučaju materijalnih nedostataka po domaćem pravu

Po domaćem pravu, kupac može 1) zahtevati od prodavca da nedostatak ukloni ili da mu preda drugu stvar bez nedostatka (ispunjenje ugovora); 2) zahtevati sniženje cene; ili 3) izjaviti da raskida ugovor (čl. 476(1) ZOO). Kupac se može koristiti ovim ovlašćenjima jedino ako je blagovremeno i uredno obavestio prodavca o nedostatku. Dakako, u svakom od ovih slučajeva, kupac ima pravo i na naknadu ugovorne štete (čl. 476(2) ZOO), kao što ima i pravo na naknadu refleksne vanugovorne štete (čl. 476(3) ZOO). Međutim, mogućnost optiranja raskida stoji jedino ako je kupac zahtevao, pa nije dobio, uredno ispunjenje, i to u primerenom naknadnom roku koji je kupac dodelio prodavcu (čl. 478(1) ZOO). Neuspešnim istekom ovog roka ugovor se raskida po samom pravu (479 ZOO). Primena raskida ugovora jednostranom izjavom volje postoji u slučajevima kada je prodavac kupcu, posle obaveštenja o nedostacima, saopštio da neće ispuniti ugovor ili ako iz okolnosti konkretnog slučaja očigledno proizlazi da prodavac neće moći ispuniti ugovor ni u naknadnom roku (čl. 478(2) ZOO). Zahtev o sniženju cene ostaje i nije uslovljen prethodnim zahtevom za pravilno ispunjenje. Sniženje cene se vrši prema odnosu između vrednosti stvari bez nedostatka i vrednosti stvari sa nedostatkom, u vreme zaključenja ugovora (čl. 486 ZOO). Pravna sredstva uređena domaćim pravom priznaju se i u CISG, odnosno može se tražiti bilo pravilno ispunjenje, bilo sniženje cene, bilo raskid ugovora, kao i naknada pretrpljene štete. Bitno je naglasiti da pravo kupca na raskid ugovora postoji samo u slučajevima bitne povrede ugovora (čl. 49(1)(a) CISG). Ovo je bitna razlika u odnosu na domaće pravo, ostavljajući po strani *de minimis* pravilo iz čl. 466(3) ZOO, imajući u vidu da je po domaćem pravu raskid samo po izuzetku jednostran, kao i da je polje primene raskida bez dodeljivanja naknadnog primerenog roka za uredno ispunjenje ograničen.

7. Nedostatak saobraznosti kada rizik prelazi i nedostatak nesaobraznosti kada je rizik već prešao (čl. 36 CISG)

Pravilo je domaćeg prava da prodavac odgovara za materijalne nedostatke stvari, ako ovi nedostaci postoje u momentu kada je rizik prešao na kupca (čl. 466(1) ZOO). Takođe, prodavac odgovara i za one materijalne nedostatke koji se pojave posle prelaza rizika na kupca, ako su posledica uzroka koji je postojao pre toga (čl. 466(2) ZOO). Navedene odredbe, posebno ova druga, postavljaju dovoljno širok okvir koji je u saglasnosti sa odredbom čl. 36 CISG. Pravila o garanciji (čl. 489–495 ZOO), pak, ostaju, s tim da se ova pravila, posle novele ZOO iz 2008 godine, više ne odnose samo na tzv. tehničku robu.

8. Dužnost kupca da pregleda robu – upoređenje između CISG (čl. 38) i relevantnih dužnosti u domaćem pravu

Kupac može da pozove prodavca na odgovornost zbog nesaobraznosti robe jedino ako je robu, po prijemu, bez odlaganja pregledao. Naime, kako to predviđa čl. 469(1) ZOO, kupac je dužan da primljenu stvar na uobičajeni način pregleda ili je da na pregled, čim je to prema redovnom toku stvari moguće, i da o vidljivim nedostacima obavesti prodavca u roku od osam dana, a kod ugovora u privredi bez odlaganja, inače gubi pravo koje mu po tom osnovu pripada. Inače, kad je pregled izvršen u prisustvu obeju strana, kupac je dužan svoje primedbe zbog vidljivih nedostataka saopštiti prodavcu odmah, inače gubi pravo koje mu po tom osnovu pripada (čl. 469(2) ZOO). Ovakvo razrađena zakonska pravila odgovaraju odredbi iz čl. 38(1) CISG, pa čak su i jasnija. U čl. 473 ZOO pojašnjeno je da se pregled treba izvršiti bez odlaganja. Pravilo iz čl. 38(2) CISG, koje se tiče distancione prodaje,

nije predviđeno u ZOO, mada je jasno da se može ugovoriti da se pregled izvrši u mestu opredeljenja. Ovim bi se odstupilo od pravila iz čl. 460 ZOO, koje predviđa da u slučaju kad je prema ugovoru potrebno da se izvrši prevoz stvari, a ugovorom nije određeno mesto ispunjenja, predaja je izvršena uručenjem stvari prevoziocu ili licu koje organizuje otpremu. Konačno, čl. 469(3) ZOO sadrži rešenje slično onom iz čl. 38(3) CISG, ali ne pokriva promenu pravca kako je slučaj s potonjom.

9. Dužnost kupca da izjavi notifikaciju nesaobraznosti/materijalnih nedostataka – upoređenje između CISG (čl. 39) i relevantnih pravila domaćeg prava

Pored pregleda, da bi ostvario svoja prava prema prodavcu, kupac je dužan da prodavcu notifikuje nedostatak, bio nedostatak vidljiv ili skriven. Za razliku od odredbe čl. 39(1) CISG, gde se govori o razumnom roku, ZOO predviđa rok od 8 dana (kod građanske prodaje), odnosno bez odlaganja (kod trgovačke prodaje) (čl. 469(1) i 470(1) ZOO). U obaveštenju o nedostatku robe kupac je dužan bliže opisati nedostatak i pozvati prodavca da pregleda robu (čl. 472(1) ZOO). Ako obaveštenje o nedostatku koje je kupac blagovremeno poslao prodavcu preporučenim pismom, telegramom ili na neki drugi pouzdan način zadocni ili uopšte ne stigne prodavcu, smatra se da je kupac izvršio svoju obavezu da obavesti prodavca (čl. 472(2) ZOO). Pravila domaćeg prava su više stroga nego pravila CISG, naročito u odnosu na odredbu čl. 39(2) CISG, pošto prodavac ne odgovara za nedostatak koji se pokažu pošto protekne šest meseci od predaje robe, izuzev kad je ugovorom određen duži rok (čl. 470(2) ZOO), a prava kupca koji je blagovremeno obavestio prodavca o postojanju nedostatka gase se po isteku jedne godine, računajući od dana odašiljanja obaveštenja prodavcu, izuzev ako je prodavčevom prevarom kupac bio sprečen da ih upotrebi (488(1) ZOO).

1. Koncept nedostatka usklađenosti odnosno odgovornosti za materijalne nedostatke u državama jugoistočne Evrope i evropskom pravu

Domaći pravni sistem, odnosno makedonski Zakon o obligacionim odnosima iz 2001. godine, prihvata koncept saveznog Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Naime, pravi se razlika između slučajeva neispunjenja (delimičnog ili potpunog) ugovorne obaveze i slučajeva nepravilnog ispunjenja ugovorne obaveze. Pri tom je nepravilno ispunjenje (ispunjenje sa materijalnim i pravnim nedostacima) posebno uređeno u odredbama ZOO koje se tiču odgovornosti prodavca, dok načelna odredba opšteg dela zakona (čl. 110) proširuje primenu ovih pravila na sve teretne ugovore, ukoliko odredbe koje se tiču pojedinog teretnog ugovora ne sadrže drugačija pravila. Pravila domaćeg prava o odgovornosti za nesaobraznost robe, odnosno o materijalnim nedostacima robe, počivaju na konceptu jedinstvenog uređivanja obligacionih odnosa (čl. 17(1) ZOO). Drugim rečima, pravila ZOO se primenjuju na sve vrste prodaje, bila ona građanska ili trgovačka, osim ako je za trgovačke ugovore drukčije predviđeno. Načelno, pravila ZOO se primenjuju i na potrošačku prodaju, s tim da je Zakon o zaštiti potrošača *lex specialis* pa njegova pravila imaju prvenstvo primene u odnosu na ZOO, saglasno čl. 16 poslednjeg. Međutim, sam Zakon o zaštiti potrošača (čl. 2(1)) daje potrošačima pravo da optiraju da li će svoje zahteve bazirati na ovom zakonu ili na ZOO, u smislu da Zakon o zaštiti potrošača ne utiče na prava potrošača po drugim zakonima. Što se evropskih izvora tiče, pravila Direktive 1999/44/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 25. maja 1999. u odnosu na određene aspekte prodaje potrošačkih dobara i o povezanim garancijama (Direktiva 1999/44/EZ) odnose se jedino na prodaju potrošačkih dobara potrošačima. Pravila Principa evropskog ugovornog prava (PECL) su opšta i odnose se na sve vrste ugovora. Opšta su i pravila Nacrta zajedničkog referentnog okvira (DCFR), mada ova pravila sadrže brojna specifična pravila o potrošačkim ugovorima. Konačno,

ovakav je pristup i Predloga Regulative Evropskog parlamenta i Saveta o zajedničkom evropskom pravu o prodaji (Predlog), odnosno Aneksa I.

2. Kriterijumi za određivanje usklađenosti roba (odstupanja u kvalitetu, količini, sastavu, pakovanju, prikladnosti za uobičajeno korišćenje, prikladnost u pogledu svrsishodnosti)

Generalna odredba čl. 466 ZOO predviđa da prodavac odgovara kada postoje materijalni nedostaci. Što se tiče slučajeva kada postoje materijalni nedostaci, ovi su slučajevi izričito uređeni u čl. 467 ZOO. Ugovorene zahteve pokriva odredba 467(3) ZOO, mada samo u pogledu svojstava i odlika robe. Nesaobraznost u pogledu količine bi inače potpadala pod opšti koncept (delimičnog) neispunjenja, ali čl. 480 i 481 ZOO poimaju manju i veću količinu kao materijalni nedostatak. Kvalitativni su nedostaci pokriveni odredbom iz čl. 467 ZOO. Što se tiče pitanja vrste robe, situacija tzv. *aliuda* je sporna u domaćem pravu, pošto ima tumačenja da je reč o nesaobraznosti, kao što ima i tumačenja da je reč o neispunjenju. Što se tiče pakovanja ili zaštite (probleme pakovanja i ambalaže kod ugovora o prodaji ZOO, za razliku od Opštih uzansi, uopšte ne uređuje), načelno je jasno da bi bilo reč o nesaobraznosti kada su pakovanje ili zaštita robe posledica ugovorenih odredbi ili trgovačkih običaja. Inače, i u ovom pogledu je nejasno da li je reč o nesaobraznosti ili o neispunjenju. Po domaćem pravu (čl. 467 ZOO), materijalni nedostatak postoji: 1) ako stvar nema potrebna svojstva za njenu redovnu upotrebu ili za promet; 2) ako stvar nema potrebna svojstva za naročitu upotrebu za koju je kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavcu, ili mu je morala biti poznata; 3) ako stvar nema svojstva i odlike koje su izričito ili prećutno ugovorene odnosno propisane; i 4) kad je prodavac predao stvar koja nije saobrazna uzorku ili modelu, osim ako su uzorak ili model pokazani samo radi obaveštenja. Kako se vidi, ostaje problem pakovanja ili zaštite, kao i problem da li se poštovanje ugovora odnosi jedinstveno na svojstva i odlike robe. Bitno je navesti da su situacije iz navedenog čl. 467 ZOO enumerisane, ali ostaje generalna odredba ZOO o dispozitivnosti odredaba zakona (čl. 14). U odnosu na potrošačku prodaju, Direktiva 1999/44/EZ nije potpuno (ili bar dovoljno jasno) implementirana u Zakon o zaštiti potrošača. Po čl. 2(1) Direktive 1999/44/EZ, prodavac je dužan da isporuči potrošaču dobra koja su saobrazna ugovoru o prodaji. Pretpostavka saobraznosti je pokrivena odredbom iz čl. 2(2) Direktive 1999/44/EZ. Ova pravila odnose se na opis robe, na kvalitet robe u odnosu na pokazanu mustru ili model, na naročitu upotrebu robe, na uobičajenu upotrebu robe, odnosno na kvalitet i svojstva robe. Dalje, u čl. 1:301(4) PECL prihvata se jedinstveni koncept neispunjenja, u smislu da neispunjenje podrazumeva bilo koje propuštanje ispunjenja ugovorene obaveze, odnosno podrazumeva kako zakašnjenje i neuredno ispunjenje, tako i nepoštovanje obaveze o saradnji u cilju ispunjenja ugovora. Pravi se, pri tom, razlika između bitnog i nebitnog neispunjenja, dok su kriterijumi za određivanje bitnosti neispunjenja uređeni u čl. 8:103 PECL. U odredbama DCFR se izričito uređuju pravila o nesaobraznosti robe, s tim da postoje posebna pravila koja se odnose na potrošače. Saobraznost robe se odnosi na kvalitet robe, na kvantitet robe, na opis robe, na zaštitu ili pakovanje robe i na kompletnost robe (detaljnije čl. IV.A. – 2:301-IV.A. – 2:304 DCFR). Generalno i pravila Predloga sadrže pravila o nesaobraznosti, i to pravila koja se odnose na kvalitet robe, na kvantitet robe, na opis robe, na zaštitu ili na pakovanje robe, kao i na kompletnost robe (detaljnije čl. 99–101 Predloga).

3. Znanje koje kupac posjeduje o nedostatku usklađenosti, obaveze kupaca

Po pravilima ZOO, načelno, prodavac odgovara za materijalne nedostatke robe bez obzira na to da li je znao za nepostojanje nedostatka (čl. 466(1)). Ipak, prodavac ne odgovara za nedostatke iz čl. 467 ZOO, ako su u času zaključenja ugovora bili poznati kupcu ili mu nisu mogli ostati nepoznati. Kupac može da pozove prodavca na odgovornost zbog nesaobraznosti robe jedino ako je robu,

po prijemu, bez odlaganja pregledao. Naime, kako to predviđa čl. 469(1) ZOO, kupac je dužan da primljenu stvar na uobičajeni način pregleda ili je da na pregled, čim je to prema redovnom toku stvari moguće, i da o vidljivim nedostacima obavesti prodavca u roku od osam dana, a kod ugovora u privredi bez odlaganja, inače gubi pravo koje mu po tom osnovu pripada. Inače, kad je pregled izvršen u prisustvu obeju strana, kupac je dužan svoje primedbe zbog vidljivih nedostataka saopštiti prodavcu odmah, inače gubi pravo koje mu po tom osnovu pripada (čl. 469(2) ZOO). U čl. 473 ZOO je pojašnjeno da se pregled treba izvršiti bez odlaganja. Pored pregleda, da bi ostvario svoja prava prema prodavcu, kupac je dužan da prodavcu notifikuje nedostatak, bio nedostatak vidljiv ili skriven. ZOO predviđa rok od 8 dana (kod građanske prodaje), odnosno bez odlaganja (kod trgovačke prodaje) (čl. 469(1) i 470(1) ZOO). U obaveštenju o nedostatku robe kupac je dužan bliže opisati nedostatak i pozvati prodavca da pregleda robu (čl. 472(1) ZOO). Ako obaveštenje o nedostatku koje je kupac blagovremeno poslao prodavcu preporučenim pismom, telegramom ili na neki drugi pouzdan način zadocni ili uopšte ne stigne prodavcu, smatra se da je kupac izvršio svoju obavezu da obavesti prodavca (čl. 472(2) ZOO). Prodavac ne odgovara za nedostatke koji se pokažu pošto protekne šest meseci od predaje robe, izuzev kad je ugovorom određen duži rok (čl. 470(2) ZOO), a prava kupca koji je blagovremeno obavestio prodavca o postojanju nedostatka gase se po isteku jedne godine, računajući od dana odašiljanja obaveštenja prodavcu, izuzev ako je prodavčevom prevarom kupac bio sprečen da ih upotrebi (488(1) ZOO). Svesnost kupca o nedostatku sprečava odgovornost prodavca i po odredbi čl. 2(3) Direktive 1999/44/EZ. Obaveza notifikacije nedostatka je opciona, u smislu čl. 5(2) Direktive 1999/44/EZ. Imajući u vidu da pravila PECL ne sadrže neka posebna rešenja o nesaobraznosti, u pogledu svesnosti kupca za nesaobraznost važi opšta odredba PECL o načelu savesnosti i poštenja (čl. 1:201) (vidi i čl. 8:101(3), 9:102(3) i 9:303(2) PECL). Savesnost kupca je relevantna i po odredbi iz čl. IV.A. – 2:307 DCFR. Notifikacija nesaobraznosti je potrebna po odredbi iz čl. III. – 3:107 DCFR, ali ne i kod potrošačkih ugovora. Savesnost kupca je relevantna i po čl. 104 Predloga, ali jedino u trgovačkoj prodaji. Takođe, i pravila Predloga o pregledu robe i o notifikaciji (čl. 121 i 122) važe jedino kod trgovačke prodaje.

4. Odgovarajuće vreme za određivanje usklađenosti

Pravilo je domaćeg prava da prodavac odgovara za materijalne nedostatke stvari, ako ovi nedostaci postoje u momentu kada je rizik prešao na kupca (čl. 466(1) ZOO). Takođe, prodavac odgovara i za one materijalne nedostatke koji se pojave posle prelaza rizika na kupca, ako su posledica uzroka koji je postojao pre toga (čl. 466(2) ZOO). Po odredbi čl. 3(1) Direktive 1999/44/EZ relevantno je vreme isporuke. U sistemu PECL važi opšta odredba o načelu savesnosti i poštenja (čl. 1:201) (vidi i čl. 8:103(b) PECL). Momenat prelaska rizika, sa nekim specifičnostima u odnosu na potrošačku prodaju, je relevantan i po čl. IV.A. – 2:308 DCFR i po čl. 105 Predloga.

5. Ugovorne klauzule o izuzeću prodavaca od odgovornosti / ograničavanju odgovornosti prodavaca

Saglasno odredbi čl. 474(1) ZOO, ugovarači mogu ograničiti ili sasvim isključiti prodavčevu odgovornost za materijalne nedostatke robe. Međutim, odredba ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za nedostatke stvari je ništava, ako je nedostatak bio poznat prodavcu, a on o njemu nije obavestio kupca, kao i kad je prodavac nametnuo tu odredbu koristeći svoj poseban monopolski položaj (čl. 474(2) ZOO). U svakom slučaju, kupac koji se odrekao prava da raskine ugovor zbog nedostatka stvari zadržava ostala prava zbog tih nedostataka (čl. 474(3) ZOO). Odredba iz čl. 7(1) Direktive 1999/44/EZ predviđa ništavost odredbe ugovora kojom se kupac odriče njegovih prava, pre otkrivanja nesaobraznosti. Rešenje iz čl. 8:109 PECL podrazumeva punovažnost odredbe o

isključenju ili ograničenju odgovornosti za neispunjenje, osim ako je ova suprotna načelu savjestnosti i poštenja. U čl. IV.A. – 2:309 DCFR, za potrošačku prodaju, je sadržana odredba slična onoj iz čl. 7(1) Direktive 1999/44/EZ. Slično je pravilo sadržano i u čl. 108 Predloga.

6. Pravni lekovi za kupce

Po domaćem pravu, kupac može 1) zahtevati od prodavca da nedostatak ukloni ili da mu preda drugu stvar bez nedostatka (ispunjenje ugovora); 2) zahtevati sniženje cene; ili 3) izjaviti da raskida ugovor (čl. 476(1) ZOO). Kupac se može koristiti ovim ovlašćenjima jedino ako je blagovremeno i uredno obavestio prodavca o nedostatku. Dakako, u svakom od ovih slučajeva, kupac ima pravo i na naknadu ugovorne štete (čl. 476(2) ZOO), kao što ima i pravo na naknadu refleksne vanugovorne štete (čl. 476(3) ZOO). Međutim, mogućnost optiranja raskida stoji jedino ako je kupac zahtevao, pa nije dobio, uredno ispunjenje, i to u primerenom naknadnom roku koji je kupac dodelio prodavcu (čl. 478(1) ZOO). Neuspešnim istekom ovog roka ugovor se raskida po samom pravu (479 ZOO). Primena raskida ugovora jednostranom izjavom volje postoji u slučajevima kada je prodavac kupcu, posle obaveštenja o nedostacima, saopštio da neće ispuniti ugovor ili ako iz okolnosti konkretnog slučaja očigledno proizlazi da prodavac neće moći ispuniti ugovor ni u naknadnom roku (čl. 478(2) ZOO). Zahtev o sniženju cene ostaje i nije uslovljen prethodnim zahtevom za pravilno ispunjenje. Sniženje cene se vrši prema odnosu između vrednosti stvari bez nedostatka i vrednosti stvari sa nedostatkom, u vreme zaključenja ugovora (čl. 486 ZOO). U čl. 3 Direktive 1999/44/EZ predviđaju se prava opravke odnosno zamene, pravo sniženje cene i pravo raskida, s tim da zahtev pravilnog ispunjenja ima prioritet. Pravila PECL priznaju pravo na zahtev za ispunjenje (čl. 9:102), pravo na prigovor istovremenog ispunjenja (čl. 9:201), pravo na raskid, ali samo kod bitnog neispunjenja (čl. 9:301), pravo na sniženje cene (čl. 9:401) i pravo na naknadu štete (čl. 9:501). Sličan koncept se prihvata i u pravilima DCFR, kao i u pravilima Predloga.

7. Problemi (pitanja) potrošača

ZOO ne uređuje posebno aspekte zaštite potrošača, ostavljajući po strani načelo poštovanja prava potrošača iz čl. 12 Zakona. U principu, potrošačka prodaja se smatra građanskom prodajom. Ostaju, naravno, pravila Zakona o zaštiti potrošača, u koji su uglavnom ugrađene odredbe Direktive 1999/44/EZ. Što se tiče sistema PECL, ne može se reći da postoje neka posebna pravila o zaštiti potrošača. Odredbe sadržane u DCFR, kao i odredbe Predloga, sa druge strane, sadrže brojne specifičnosti u slučajevima potrošačke prodaje, kako i pokazuju odgovori na prethodna pitanja. Ovo je svakako bilo potrebno, imajući u vidu obim primene DCFR i Predloga.

ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Crnu Goru

1.

Konvencija UN o međunarodnoj prodaji robe (CISG) (Bečka konvencija) zasniva se na principu koji proizlazi iz jedinstvenog koncepta povrede ugovora (breach of contract), tj. jedinstvenog skupa sankcija za povrede ugovornih obaveza, zavisno od toga da li je riječ o bitnoj ili nebitnoj povredi ugovora. Na ovom sistemu zasniva se i Direktiva 1999/44.

Suprotno tome, Zakon o obligacionim odnosima i pored norme da je povjerilac u obligacionom odnosu ovlašćen da od dužnika zahtijeva ispunjenje obaveze, a dužnik dužan da je ispuni savjesno u svemu kako ona glasi (čl. 269 st. 1), razlikuje sankcije koje sa sobom povlače pojedini oblici povrede ugovora. Dakle, u ZOO je odvojen sistem odgovornosti za (kvalitativne) materijalne nedostatke od sistema odgovornosti za neizvršenje ugovora (potpuno ili djelimično), on razlikuje po sankcijama povredu ugovora neispunjenjem, neispunjenjem u roku (zadocnjenje u ispunjenju).

Bečka konvencija tretira aliud (isporuku robe druge vrste) kao nesaobraznu isporuku i prodavac snosi posljedice za takvu isporuku (odgovara za *non conformity*). U našem pravu i dalje ostaju aktuelna pitanja šta je aliud, a šta ispunjenje sa (materijalnim) nedostatkom, jer u slučaju aliuda primjenjuju se pravila neizvršenja (neispunjenja) ugovorne obaveze, a u drugom pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke.

Conformity with the contract (nesaobraznost ugovoru, nesaobraznost robe) je drugačiji pojam (princip) od materijalnih nedostataka. Predaja (isporuka) robe sa materijalnim nedostacima ne podliježe pravilima o odgovornosti za mat. nedostatke, već se uzima kao povreda ugovorne obaveze na isporuku stvari bez mane. Nedostatak saobraznosti postoji i u slučajevima koji se u našem pravu, načelno, uzimaju kao neizvršenje (ugovorne) obaveze, a to su: isporuka druge stvari – aliud, djelimično isporuka, isporuka manje ili veće količine od ugovorene.

2.

CISG propisuje pravilo po kome je prodavac dužan da preda (isporuči) robu u količini, kvalitetu i vrsti kako je to predviđeno ugovorom i pakovanu ili zaštićenu na način predviđen ugovorom (čl. 35. 1). U tom smislu glasi i odredba Draft Common Frame of Reference (DCFR), IV. A. – 2:301, kao i odredba Direktive 1999/44 (čl. 2).

Dakle, ugovorena svojstva i kvalitet stvari su odlučujući faktor u utvrđivanju postojanja nedostatka, a ne (objektivna) procjena kvaliteta, odnosno svojstava (zato je predaja druge stvari umjesto dugovane mat. nedostatak, a ne neispunjenje obaveze, i to bez obzira na to u kojoj mjeri je ta druga stvar različita od ugovorene, jer odstupa od opisa stvari u ugovoru).

Suprotno tome čl. 487 ZOO, koji određuje kad postoje mat. nedostaci, ne polazi od opšteg pravila da je prodavac dužan da preda stvar u skladu sa ugovorom, već nedostatak za koji se odgovara određuje nabranjem (listom) kad se smatra da stvar ima materijalni nedostatak. Dakle, nedostatak nije načelno određen kao povreda saobraznosti stvari sa ugovorom (kao CISG), nego se nedostaci određuju listom nedostataka.

3.

Lista nedostataka ZOO-a uglavnom se podudara sa odredbama čl. 35.2 CISG, s tim što postoji razlika ZOO i CISG u određivanju situacije kad stvar nema potrebna svojstva za njenu naročitu upotrebu za koju je kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavcu ili mu je morala biti poznata (čl. 487 st. 1 t. 2 ZOO). Da bi se radilo o nedostatku iz čl. 35.2. (b) CISG, treba da je prodavcu naročita svrha stavljana do znanja (izričito ili prećutno) u vrijeme zaključenja ugovora, a po ZOO dovoljno je da je prodavac za nju znao ili morao znati. Takođe, po CISG prodavac neće odgovarati kad okolnosti ukazuju da se kupac nije oslonio niti je bilo razumno da se osloni na stručnost i prosuđivanje prodavca.

ZOO ne sadrži odredbu koja se tiče ambalaže iz čl. 35.2. (d) – da roba nije saobrazna ugovoru ukoliko nije pakovana ili zaštićena na način uobičajen za takvu robu ili, ako takav način ne postoji, na način koji je odgovarajući da sačuva i zaštititi robu.

ZOO sadrži neke nove slučajeve materijalnih nedostataka stvari u odnosu na bivši savezni ZOO (1978), a koji nijesu propisani u CISG. Prema članu 487 st. 1 t. 5, 6 i 7 materijalni nedostatak postoji: ako stvar nema svojstva koja inače postoje kod drugih stvari iste vrste i koja je kupac mogao opravdano očekivati prema prirodi stvari, posebno uzimajući u obzir javne izjave prodavca, proizvođača i njihovih predstavnika o svojstvima stvari (reklame, označavanje stvari i dr.); ako je stvar nepravilno montirana pod uslovom da je usluga montaže uključena u ispunjenje ugovora o prodaji i ako je nepravilna montaža posljedica nedostataka u uputstvima za montažu.

Ove odredbe ZOO se zasnivaju, uz manja ili veća odstupanja, na odredbama čl. 2 Direktive 1999/44 slične su sa odredbama IV.A. – 2:302 (e) i (f) DCFR.

4.

Po sljedećem stavu istog člana CISG prodavac neće odgovarati na osnovu tačke od (a) do (d) za bilo kakvu nesaobraznost robe ako je u vrijeme zaključenja ugovora kupac znao za tu nesaobraznost ili mu ona nije mogla biti nepoznata – čl. 35.(3). Tako i IV.A. – 2:307 DCFR. Skoro identično rješenje je sadržano u čl. 488 st. 1 ZOO. Razlika postoji jer po ZOO prodavac će biti odgovoran i pored toga što je kupcu bilo poznato ili mu nije moglo biti nepoznato da mu je prodavac predao stvar koja nije saobrazna uzorku ili modelu (arg. iz čl. 488, st. 1).

5.

ZOO sadrži pravila o ograničenju i isključenju prodavca. Ugovorne strane mogu ograničiti ili sasvim isključiti prodavčevu odgovornost za materijalne nedostatke stvari. Odredba ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za nedostatke stvari ništava je ako je nedostatak bio poznat prodavcu, a on o njemu nije obavijestio kupca, kao i kad je prodavac nametnuo tu odredbu koristeći svoj poseban monopolski položaj. Kupac koji se odrekao prava da raskine ugovor zbog nedostatka stvari zadržava ostala prava zbog tih nedostataka (čl. 494 ZOO).

Za razliku od ZOO, Direktiva 1999/45 (čl. 7 st. 1) govori da kupca (potrošača) u potrošačkim ugovorima bilo kakve klauzule o ograničavanju ili isključenju njegovih prava ne obavezuju. U tom smislu i IV.A. – 2:309 DCFR

6.

ZOO i CISG predviđaju načelno identična sredstva kojima raspolaže kupac u slučaju materijalnih nedostataka odnosno nepostojanja saobraznosti. Kupac koji je blagovremeno i uredno obavijestio prodavca o nedostatku može da: 1) zahtijeva od prodavca da nedostatak ukloni ili da mu preda drugu stvar bez nedostatka (ispunjenje ugovora); 2) zahtijeva sniženje cijene; 3) izjavi da

raskida ugovor, a u svakom od ovih slučajeva kupac ima pravo i na naknadu štete (čl. 496 ZOO). Tako i CISG u članovima 45–52.

ZOO sadrži pravilo, koje poznaje i Direktiva 1999/45 (čl. 3), da troškove otklanjanja nedostataka i predaje druge stvari bez nedostatka snosi prodavac (član 496, st. 4 ZOO)

Za razliku od ZOO, gdje se raskid ugovora zbog materijalnih nedostataka reguliše odvojeno od pravila o raskidu ugovora zbog neispunjenja, prema CISG nesaobraznost kao osnov za raskid ugovora vezana je za bitnu povredu ugovora (čl. 49 u vezi čl. 25)

7.

Za odgovornost prodavca neophodno je da stvar ima nedostatak u času prelaza rizika na kupca ili da se pojavi poslije prelaza rizika na kupca kao posljedica uzroka koji je postojao prije toga (čl. 486 ZOO). Slično rješenje propisuje čl. 36 CISG. Prelazak rizika regulisan je poglavljem 5, IV.A. DCFR.

8.

Član 38 CISG propisuje dužnost kupca da pregleda robu ili da je da na pregled u što je moguće kraćem roku, zavisno od okolnosti. Ista dužnost je propisana po čl. 489 st. 1 ZOO „čim je to prema redovnom toku stvari moguće“. U drugom stavu se, za razliku od ZOO, izričito kaže da se pregled robe može odložiti do stizanja robe u mjesto opredjeljenja, ako se ugovorom predviđa prevoz stvari. Treći stav je identičan stavu 3 člana 489 ZOO.

ZOO isključuje obavezu pregleda stvari od strane potrošača kao kupca kod potrošačkih ugovora (čl. 489 st. 4 ZOO). Ove odredbe ZOO gotovo su identične odredbama IV.A. – 4:301 DCFR.

9.

Čl 39 (1) CISG kupac gubi pravo da se poziva na nedostatak saobraznosti robe ako nije prodavcu poslao obavještenje u kome je naveo prirodu nedostatka, *u razumnom roku* od trenutka kad ga je otkrio ili morao otkriti. A po ZOO (čl. 489 st. 1) o vidljivim nedostacima kupac treba prodavca da obavijesti *bez odlaganja*, a kad su obojica prisutni *odmah* (čl. 489 st. 2), inače gubi pravo koje mu po tom osnovu pripada.

U slučaju skrivenih mana kupac je dužan da obavijesti prodavca o njihovom otkrivanju *odmah* po otkrivanju, *bez odlaganja*, a najkasnije u roku od 6 mjeseci od predaje stvari, izuzev kad je ugovorom određen duži rok (čl. 490 ZOO). Ovaj rok u CISG (čl. 39.2.) i u DCFR (IV.A. – 4:302) je 2 godine.

ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE

Nacionalni izveštaj za Srbiju

Part concerning CISG

Ad 1

I Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (u daljem tekstu: Bečka konvencija) i srpski Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO) kao jednu od osnovnih obaveza prodavca predviđaju isporuku kupcu robe saobrazne ugovoru. Međutim, koncept odgovornosti za isporuku nesaobrazne robe u Bečkoj konvenciji razlikuje se od koncepta odgovornosti za materijalne nedostatke stvari (robe) prema ZOO.

Bečka konvencija prihvata anglosaksonski sistem jedinstvene odgovornosti za povredu ugovornih obaveza. Sistem jedinstvene odgovornosti podrazumeva postojanje jedinstvenog skupa sankcija za povrede ugovornih obaveza prodavca i kupca, bez obzira na to da li se u konkretnom slučaju radi o bitnoj ili nebitnoj povredi ugovora. Tako član 45(1) Bečke konvencije predviđa da, u slučaju prodavčevog neispunjenja *bilo koje* ugovorne ili obaveze koja proizlazi iz Konvencije, kupac ima pravo na pravne lekove predviđene članovima 46–52 Konvencije, kao i pravo da traži naknadu štete. Analogna formulacija u odnosu na prava prodavca u slučaju kupčevog neispunjenja bilo koje ugovorne ili obaveze predviđene Konvencijom sadržana je u članu 61(1) Bečke konvencije.

ZOO usvaja kontinentalni sistem odvojene odgovornosti, koji podrazumeva različitost sankcija za pojedine povrede ugovora (odgovornost za materijalne nedostatke robe (čl. 488), odgovornost za delimično odnosno potpuno neispunjenje (čl. 499)). Međutim, i pored načelne odvojenosti sistema sankcija, sa suštinske tačke gledišta može se primetiti da u ZOO ipak postoji implicitna tendencija približavanja dva sistema odgovornosti, jer se pravni režim raskida ugovora u slučaju materijalnih nedostataka stvari (robe) upodobljava pravnom režimu raskida ugovora u slučaju delimičnog odnosno potpunog neispunjenja.

Ad 2

Pravila o saobraznosti robe (conformity of the goods) predstavljaju jedan od nosećih stubova Bečke konvencije. Član 35(1) Bečke konvencije propisuje da je prodavac dužan da isporuči robu u količini, kvalitetu i vrsti kako je to predviđeno ugovorom i pakovanu ili zaštićenu na način predviđen ugovorom. Prema tome, koncept saobraznosti po Bečkoj konvenciji predviđa jedinstveni tretman kvantitativnih i kvalitativnih nedostataka robe.

Isto rešenje predviđala je i Skica za zakonik o obligacijama profesora Mihaila Konstantinovića, ali je ZOO ipak usvojio drugačiju postavku koncepta saobraznosti, vezujući je samo za kvalitativne nedostatke. Sa druge strane, Opšte uzanse za promet robom, baš kao i Bečka konvencija, prihvataju širi koncept saobraznosti (Opšte uzanse br. 115–134).

Član 35 Bečke konvencije daje prednost subjektivnom određenju saobraznosti. Naime, prvenstvena dužnost prodavca je da isporuči robu čija su svojstva određena ugovorom. Tek ukoliko strane nisu ugovorom predvidele određeno svojstvo ili svojstva robe, primeniće se instruktivna pravila sadržana u stavu 2 člana 35 Konvencije. ZOO, međutim, u članu 479 listom propisuje slučajeve u

kojima će se smatrati da isporučena stvar (roba) ima materijalne nedostatke. Iz ove razlike u pristupu moglo bi se na prvi pogled zaključiti da ZOO daje prednost objektivnom određenju nesaobraznosti. Ali, ako se bliže ispituju slučajevi za koje ZOO vezuje postojanje materijalnog nedostatka, može se primetiti da u članu 479 st. 1 tačka 3 ZOO predviđa da će materijalni nedostatak stvari (robe) postojati kada stvar (roba) nema svojstva i odlike koje su izričito ili prećutno ugovorene ili propisane. Premda ZOO ne uređuje „hijerarhijski“ odnos različitih slučajeva kvalitativne nesaobraznosti, iz prirode osnova navedenih u čl. 479 ZOO proizlazi praktična prednost saobraznosti sa ugovorom ili drugim propisom predviđenim svojstvima i odlikama. Dakle, može se zaključiti da u pogledu kvalitativnih svojstava robe i Bečka konvencija i ZOO daju prednost subjektivnom određenju saobraznosti.

ZOO ne sadrži posebne odredbe o pakovanju ili zaštiti stvari (robe), ali može se zaključiti da bi i ova pitanja mogla da budu uključena pod pojam materijalnog nedostatka onda kada proizlaze iz ugovora, drugog propisa ili trgovačkog običaja.

Ad 3

Član 479 ZOO predviđa da materijalni nedostatak stvari (robe) postoji ako stvar nema potrebna svojstva za njenu redovnu upotrebu ili za promet, ako stvar nema potrebna svojstva za naročitu upotrebu za koju je kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavcu, ili mu je morala biti poznata, ako stvar nema svojstva i odlike koje su izričito ili prećutno ugovorene odnosno propisane i kad je prodavac predao stvar koja nije saobrazna uzorku ili modelu, osim ako su uzorak ili model pokazani samo radi obaveštenja. Ovi uslovi se u izvesnoj meri podudaraju sa uslovima propisanim članom 35(2) Bečke konvencije. Ipak, određene razlike postoje.

Najpre, za razliku od Bečke konvencije, ZOO ne predviđa prodavčevo oslobađanje odgovornosti za nesaobraznost robe u odnosu na naročitu upotrebu u slučaju da okolnosti pokazuju da se kupac nije oslonio, ili nije bilo razumno da se osloni na prodavčevu stručnost i prosuđivanje.

Takođe, ZOO ne predviđa da će *ipso iure* postojati materijalni nedostatak stvari (robe) u slučaju da ona nije pakovana ili zaštićena na način uobičajen za tu stvar (robu), odnosno na način koji omogućava očuvanje i zaštitu stvari (robe).

Ad 4

ZOO predviđa tri pretpostavke odgovornosti prodavca za nedostatke stvari (robe). Prvo, prodavac odgovara za materijalne nedostatke stvari koje je ona imala u času prelaska rizika sa prodavca na kupca (čl. 478 st. 1). Izuzetno, prodavac će odgovarati i za one materijalne nedostatke koji se pojave nakon prelaska rizika na kupca ako su posledica uzroka koji je postojao i pre toga (čl. 478 st. 2). Ova pretpostavka odgovara uslovu sadržanom u članu 36 Bečke konvencije. Drugo, prodavac odgovara za nedostatke ako su oni blagovremeno i propisno utvrđeni od strane kupca (čl. 481). Ova pretpostavka odgovara uslovu sadržanom u članu 38 Bečke konvencije. Treće, prodavac odgovara za kvalitativne (ne i kvantitativne) nedostatke ako mu je kupac blagovremeno i uredno stavio prigovore (čl. 484). Ova pretpostavka odgovara uslovu sadržanom u članu 39 Bečke konvencije.

Slično kao i Bečka konvencija (čl. 35(3)), ZOO predviđa da prodavac neće odgovarati za nesaobraznost robe sa ugovorenim odlikama i svojstvima, podobnošću za redovnu ili naročitu upotrebu ako su u času zaključenja ugovora nedostaci bili poznati kupcu ili mu nisu mogli ostati nepoznati (čl. 480 st. 1). Treba primetiti, međutim, da je domašaj isključenja odgovornosti prodavca u slučaju kupčevog znanja (stvarnog ili pretpostavljenog) o nedostatku šira po Bečkoj konvenciji nego po ZOO, jer Bečka konvencija predviđa da prodavac neće odgovarati ni u slučaju nesaobraznosti robe sa uzorkom ili modelom, kao i u slučaju neodgovarajućeg pakovanja ili zaštite. ZOO ne predviđa zakonsko isključenje odgovornosti prodavca u navedena dva slučaja.

Ad 5

Član 486 stav 1 ZOO propisuje da ugovarači iz ugovora o prodaji mogu ograničiti ili sasvim isključiti prodavčevu odgovornost za materijalne nedostatke stvari. Međutim, stav 2 istog člana predviđa da će odredba ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za nedostatke stvari biti ništava ako je nedostatak bio poznat prodavcu, a on o njemu nije obavestio kupca, kao i kad je prodavac nametnuo tu odredbu koristeći svoj poseban monopolski položaj. Ipak, kupac koji se odrekao prava da raskine ugovor zbog nedostatka stvari zadržava ostala prava zbog tih nedostataka (čl. 486 st. 3).

Ad 6

Prema ZOO (čl. 488) i Opštim uzansama (br. 154), u slučaju isporuke nesaobrazne robe kupac ima sledeća prava: prvo, da zahteva ispunjenje ugovora (otklanjanje nedostatka ili predaju druge stvari bez nedostatka); drugo, da zahteva sniženje cene; treće, da raskine ugovor. Uz sva ova prava kupac ima pravo da traži i naknadu štete.

Izbor kupca da zahteva raskid ugovora ili da zahteva sniženje cene je neopoziv i definitivn. Međutim, isto ne važi za opredeljenje kupca da zahteva zamenu, odnosno popravku stvari (robe). Naime, ukoliko prodavac po zahtevu kupca u razumnom roku ne zameni stvar (robu) ili ne otkloni nedostatak, kupac zadržava pravo da zahteva raskid ugovora ili sniženje cene (čl. 489). Kako ZOO ne sadrži jasan rok u kome je kupac dužan da izabere pravo koje će koristiti po osnovu nesaobrazne isporuke, smatra se da bi taj rok trebalo određivati s osloncem na opšta pravna načela savesnosti i poštenja (čl. 12) i zabrane zloupotrebe prava (čl. 13).

Za razliku od prava kupca na popravku stvari (robe) i sniženje cene, koja ne trpe nikakva ograničenja i uvek su moguća u slučaju nesaobrazne isporuke, pravo na zamenu stvari (robe) i pravo na raskid ugovora poznaju određena ograničenja. Pravo na zamenu stvari trpi tri ograničenja. Prvo, roba koja je predmet ugovora mora da bude određena po rodu (individualno određene stvari se mogu zamenjivati samo izuzetno). Drugo, pravo na zamenu stvari se, prema stavu srpske sudske prakse, može ostvarivati samo ako se radi o krupnijem nedostatku koji bi onemogućio korišćenje stvari u skladu sa njenom namenom (uobičajenom ili naročitom). Treće, kupac gubi pravo da traži zamenu stvari (robe) ako je njome raspolagao pa je ne može vratiti u stanju u kom je isporučena (osim ukoliko je stvar propala ili oštećena zbog nekog događaja za koji kupac ne odgovara ili ako je stvar propala ili je oštećena u izvršenju obaveze pregleda stvari i sl.).

Pravo kupca da traži raskid ugovora trpi sledeća ograničenja: prvo, isto kao i u odnosu na pravo kupca da traži zamenu stvari, kupac gubi pravo da traži raskid ugovora ako je robom raspola-gao pa je ne može vratiti u stanju u kom je isporučena (osim ukoliko je roba propala ili oštećena zbog nekog događaja za koji kupac ne odgovara ili ako je roba propala ili je oštećena u izvršenju obaveze pregleda stvari i sl.). Drugo, kao i po Bečkoj konvenciji, kupac je dužan da ostavi naknadni primereni rok za uredno ispunjenje obaveze prodavca (osim u slučaju fiksnog roka koji je eksplicitno ugovoren ili proizlazi iz okolnosti posla). Dužnost ostavljanja naknadnog roka neće postojati kada iz prodavčevog držanja ili njegove izričite izjave proizlazi da neće ispuniti ugovor. Bez obzira na to da li obaveza ostavljanja naknadnog roka postoji ili ne, ugovor će se protekom roka (ugovorenog ili naknadnog) raskinuti po samom zakonu (uz pravo kupca da održi ugovor na snazi). Ovo je bitna razlika u odnosu na Bečku konvenciju koja ne poznaje raskid ugovora *ipso iure*.

U slučaju postupnog otkrivanja nedostataka, kupac koji je jedanput iskoristio pravo da traži sniženje cene zbog utvrđene nesaobraznosti može ponovo zahtevati sniženje cene ili raskid ugovora.

U slučaju da isporučena roba ima delimične nedostatke, kupac u pogledu dela robe koji je nesaobrazan može da traži ispunjenje ugovora ili ugovor delimično raskine (u odnosu na deo robe pogođen nedostatkom/nedostacima). Izuzetno, kupac u slučaju delimične nesaobraznosti može da raskine ugovor u celini samo ako ugovorena količina ili prodata roba čini celinu i ako kupac ima opravdani interes da primi ugovorenu stvar ili količinu u celini.

Kod sukcesivnih isporuka, svaki obrok ima posebnu pravnu sudbinu. Prema tome, kupac svoja prava može da koristi u odnosu na svaki pojedinačni obrok koji sadrži nedostatke. Pri tom, kupac može da raskine ugovor i u odnosu na buduće nedospеле isporuke ukoliko je iz okolnosti slučaja jasno da one neće biti uredno ispunjene. Izuzetno, kupac ima pravo na raskid ugovora u potpunosti (i u odnosu na saobrazne i u odnosu na nesaobrazne isporuke) ako ugovorena količina ili prodata roba čini celinu i ako kupac ima opravdani interes da primi ugovorenu stvar ili količinu u celini.

Ad 7

Član 478 stav 2 ZOO predviđa da prodavac odgovara i za one materijalne nedostatke koji se pojave posle prelaska rizika na kupca ako su posledica uzroka koji je postojao pre toga. Uprkos nešto drugačijoj formulaciji, ova odredba je suštinski identična sa članom 36(1) Bečke konvencije. Pravila o garanciji za ispravno funkcionisanje robe (čl. 501 ZOO) primenjuju se samo u odnosu na tehničku robu za koju je kupcu predat garantni list.

Ad 8

Član 481 ZOO ustanovljava obavezu kupca da pregleda (ili organizuje pregled) isporučene stvari (robe). Obavljanje pregleda je uslov za korišćenje prava koja kupcu pripadaju u slučaju nesaobraznosti robe. Za razliku od čl. 38(1) Bečke konvencije, ZOO ne određuje rok u okviru kojeg se mora izvršiti pregled robe. U odsustvu zakonske odredbe, srpska sudska praksa stoji na stanovištu da se pregled ima izvršiti čim je to prema redovnom toku stvari moguće, što odgovara zahtevu člana 38(1) Bečke konvencije. Odlaganje pregleda robe do njenog stizanja u mesto opredeljenja kada je ugovorom predviđen i prevoz robe, koje je dozvoljeno članom 38(2) Bečke konvencije, nije eksplicitno propisano u ZOO. Mogućnost odlaganja pregleda robe u slučaju reeksporta predviđena je i u ZOO (čl. 481 st. 3) i u Bečkoj konvenciji (čl. 38(3)) i to pod istim uslovom – ako je prodavac pri zaključenju ugovora znao ili morao da zna za mogućnost dalje otpreme. Konačno, srpsko trgovinsko pravo predviđa jednu dodatnu mogućnost odlaganja pregleda robe u odnosu na Bečku konvenciju – prema Opštim uzansama (br. 138), kupac može da odloži pregled robe ako mu prodavac ne pošalje isprave koje su mu za tu svrhu potrebne, izuzev ako se radi o robi u kvaru ili kvarljivoj robi.

Ad 9

Prema ZOO, ako kupac pregledom robe utvrdi nesaobraznost, dužan je da prodavcu pošalje prigovor, i to blagovremeno, konkretno i na siguran način. Ovi zahtevi načelno odgovaraju zahtevima koje postavlja i Bečka konvencija u članu 39.

Blagovremenost prigovora prema ZOO zavisi od više okolnosti. Ako se radi o vidljivim manama, kupac je dužan da o tome obavesti prodavca bez odlaganja. Ako se radi o skrivenim manama, kupac je dužan da o tome obavesti prodavca odmah po otkrivanju, a najkasnije u zakonskom garantnom roku od šest meseci od dana isporuke (čl. 482 ZOO). Bečka konvencija predviđa znatno duži garantni rok koji iznosi dve godine od dana isporuke (čl. 39(2)). Ako se radi o zameni stvari, zameni nekog dela stvari ili opravci, rokovi za prigovor teku kao da je reč o novoj isporuci stvari, zamenjenog ili opravljenog dela.

Prigovor u pogledu svoje sadržine mora da bude konkretan a ne uopšten. Isti zahtev važi i za prodaju robe prema pravilima Bečke konvencije.

LIABILITY FOR NON-CONFORMITY OF GOODS IN SALE CONTRACT IN SEE COUNTRIES IN COMPARISON WITH RELEVANT INTERNATIONAL INSTRUMENTS AND SOLUTIONS OF EUROPEAN LAW

Nacionalni izveštaj za Srbiju

Part II: Comparison with Solution of European Law (PECL, DCFR, Directive on Consumer Sale of Goods, Proposal on Regulation on European Contract Law)

1. Concept of the lack of conformity respective liability for material defects in the SEE Countries and European Law
2. Criteria for determination of the conformity of the goods (discrepancy in quality, quantity, in nature, packing, fitness for the purpose of usual usage, fitness for particular purpose)
3. Buyer's knowledge of the lack of conformity, duty of the buyer
4. Relevant time for determination of the conformity
5. Contract clauses on exclusion and/or limitation of the liability of the seller
6. Buyer's remedies
7. Consumer issues

Ad 1

Isporuka robe saobrazne ugovoru je jedna od osnovnih obaveza prodavca i prema srpskom Zakonu o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO) i prema relevantnim izvorima evropskog ugovornog prava. Međutim, koncept odgovornosti za isporuku nesaobrazne robe u evropskom ugovornom pravu razlikuje se od koncepta odgovornosti za materijalne nedostatke stvari (robe) prema ZOO.

Evropsko ugovorno pravo (Principi evropskog ugovornog prava (PECL), Direktiva br. 1999/44 o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanih garancija i predlog Regulative o zajedničkom evropskom pravu prodaje) prihvataju anglosaksonski sistem jedinstvene odgovornosti za povredu ugovornih obaveza. Sistem jedinstvene odgovornosti podrazumeva postojanje jedinstvenog skupa sankcija za povrede ugovornih obaveza prodavca i kupca, bez obzira na to da li se u konkretnom slučaju radi o bitnoj ili nebitnoj povredi ugovora.

ZOO usvaja kontinentalni sistem odvojene odgovornosti, koji podrazumeva različitost sankcija za pojedine povrede ugovora (odgovornost za materijalne nedostatke robe (čl. 488), odgovornost za delimično odnosno potpuno neispunjenje (čl. 499)). Međutim, i pored načelne odvojenosti sistema sankcija, sa suštinske tačke gledišta može se primetiti da u ZOO ipak postoji implicitna tendencija približavanja dva sistema odgovornosti, jer se pravni režim raskida ugovora u slučaju materijalnih nedostataka stvari (robe) upodobljava pravnom režimu raskida ugovora u slučaju delimičnog odnosno potpunog neispunjenja.

Ad 2

Pravila o saobraznosti robe (conformity of the goods) predstavljaju jedan od nosećih stubova prava prodaje. Razlike među pojedinim sistemima pravila mogu da se jave u odnosu na domašaj koncepta saobraznosti.

Treba primetiti da ZOO sadrži restriktivan koncept nesaobraznosti, jer ga vezuje samo za kvalitativne a ne i za kvantitativne nedostatke stvari. Tako, član 479 ZOO predviđa da materijalni nedostatak stvari (robe) postoji ako stvar nema potrebna svojstva za njenu redovnu upotrebu ili za promet, ako stvar nema potrebna svojstva za naročitu upotrebu za koju je kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavcu, ili mu je morala biti poznata, ako stvar nema svojstva i odlike koje su izričito ili prečutno ugovorene odnosno propisane i kad je prodavac predao stvar koja nije saobrazna uzorku ili modelu, osim ako su uzorak ili model pokazani samo radi obaveštenja.

Na sličnoj poziciji stoji i srpski Zakon o zaštiti potrošača koji u članu 51 saobraznost definiše na isti način kao i član 2 Direktive 1999/44. Prema stavu 2 člana 51 Zakona o zaštiti potrošača, pretpostavlja se da je roba saobrazna ugovoru ako odgovara opisu koji je dao trgovac, i ako ima svojstva robe koju je trgovac pokazao potrošaču kao uzorak ili model; ako ima svojstva potrebna za naročitu upotrebu za koju je potrošač nabavlja, a koja je bila poznata trgovcu ili mu je morala biti poznata u vreme zaključenja ugovora; ako ima svojstva potrebna za redovnu upotrebu robe iste vrste; ako po kvalitetu i funkcionisanju odgovara onome što je uobičajeno kod robe iste vrste i što potrošač može osnovano da očekuje s obzirom na prirodu robe i javna obećanja o posebnim svojstvima robe data od strane trgovca, proizvođača ili njihovih predstavnika, naročito ako je obećanje učinjeno putem oglasa ili na ambalaži robe.

Ostali izvori evropskog ugovornog prava, međutim, nesaobraznost definišu jedinstveno, uključujući u ovaj pojam i kvalitativne i kvantitativne nedostatke stvari. Jedinstveni pojam nesaobraznosti usvojen je u članu 99 predloga Regulative o zajedničkom evropskom ugovornom pravu, kao i u Draft Common Frame of Reference (čl. IV.A. – 2:301–IV.A. – 2:304).

Ad 3

ZOO predviđa da prodavac neće odgovarati za nesaobraznost robe sa ugovorenim odlikama i svojstvima, podobnošću za redovnu ili naročitu namenu ako su u času zaključenja ugovora nedostaci bili poznati kupcu ili mu nisu mogli ostati nepoznati (čl. 480 st. 1). Takođe, da bi mogao da koristi prava koja mu ZOO stavlja na raspolaganje za slučaj nesaobraznosti isporučene robe, kupac mora da blagovremeno i propisno pregleda robu (čl. 481) i da prodavcu pošalje blagovremen, konkretan i na siguran način upućen prigovor (čl. 482). U slučaju građanske prodaje, rok za slanje obaveštenja prodavcu o vidljivim nedostacima robe je osam dana od dana pregleda stvari. Ako se radi o skrivenim manama, kupac je dužan da o tome obavesti prodavca odmah po otkrivanju, a najkasnije u zakonskom garantnom roku od šest meseci od dana isporuke.

Zakon o zaštiti potrošača u članu 52 stav 3 predviđa da trgovac neće odgovarati za nesaobraznost ako je u času zaključenja ugovora potrošaču bilo poznato ili mu nije moglo ostati nepoznato da roba nije saobrazna ugovoru ili ako je uzrok nesaobraznosti u materijalu koji je dao potrošač.

Navedene odredbe su u skladu sa pravilima evropskog ugovornog prava. Naime, znanje, odnosno svest kupca o nedostatku sprečava odgovornost prodavca i po odredbi člana 2(3) Direktive 1999/44, kao i po članu IV.A. – 2:307 Draft Common Frame of Reference. Svest kupca o nesaobraznosti relevantna je i po članu 104 predloga Regulative, ali jedino u trgovačkoj prodaji.

Ad 4

Član 478 stav 1 ZOO predviđa da prodavac odgovara za materijalne nedostatke stvari koje je ona imala u času prelaska rizika sa prodavca na kupca, bez obzira na to da li mu je to bilo poznato. Stav 2 istog člana predviđa da prodavac odgovara i za one materijalne nedostatke koji se pojave posle prelaska rizika na kupca ako su posledica uzroka koji je postojao pre toga. Ista pravila predviđena su i članom 52 stavovima 1 i 2 Zakona o zaštiti potrošača.

U evropskom ugovornom pravu kao kritični trenuci za ocenu saobraznosti se pojavljuju ne samo trenutak prelaska rizika već i trenutak isporuke robe. Trenutak isporuke robe relevantan je za ocenu saobraznosti prema Direktivi 1999/44 (čl. 3), dok je trenutak prelaska rizika (sa izvesnim specifičnostima u odnosu na potrošačke ugovore), relevantan za ocenu saobraznosti prema Draft Common Frame of Reference (čl. IV.A. – 2:308) i predlogu Regulative (čl. 105).

Ad 5

Član 486 stav 1 ZOO propisuje da ugovarači iz ugovora o prodaji mogu ograničiti ili sasvim isključiti prodavčevu odgovornost za materijalne nedostatke stvari. Međutim, stav 2 istog člana predviđa da će odredba ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za nedostatke stvari biti ništava ako je nedostatak bio poznat prodavcu, a on o njemu nije obavestio kupca, kao i kad je prodavac nametnuo tu odredbu koristeći svoj poseban monopolski položaj. Ipak, kupac koji se odrekao prava da raskine ugovor zbog nedostatka stvari zadržava ostala prava zbog tih nedostataka (čl. 486 st. 3).

Sa druge strane, prema članu 7(1) Direktive 1999/44 odredbe ugovora kojima se kupac odriče svojih prava pre otkrivanja nesaobraznosti smatraće se ništavim. Slične odredbe sadrže i Draft Common Frame of Reference (čl. IV.A. – 2:309), kao i predlog Regulative (čl. 108). Član 8:109 Principa evropskog ugovornog prava predviđa punovažnost odredbe o isključenju ili ograničenju odgovornosti za neispunjenje, osim ako je takva odredba suprotna načelu savesnosti i poštenja.

Ad 6

Prema ZOO (čl. 488) u slučaju isporuke nesaobrazne robe kupac ima sledeća prava: prvo, da zahteva ispunjenje ugovora (otklanjanje nedostatka ili predaju druge stvari bez nedostatka); drugo, da zahteva sniženje cene; treće, da raskine ugovor. Uz sva ova prava kupac ima pravo da traži i naknadu štete.

Izbor kupca da zahteva raskid ugovora ili da zahteva sniženje cene je neopoziv i definitivn. Međutim, isto ne važi za opredeljenje kupca da zahteva zamenu, odnosno popravku stvari (robe). Naime, ukoliko prodavac po zahtevu kupca u razumnom roku ne zameni stvar (robu) ili ne otkloni nedostatak, kupac zadržava pravo da zahteva raskid ugovora ili sniženje cene (čl. 489). Kako ZOO ne sadrži jasan rok u kome je kupac dužan da izabere pravo koje će koristiti po osnovu nesaobrazne isporuke, smatra se da bi taj rok trebalo određivati s osloncem na opšta pravna načela savesnosti i poštenja (čl. 12) i zabrane zloupotrebe prava (čl. 13).

Za razliku od prava kupca na popravku stvari (robe) i sniženje cene, koja ne trpe nikakva ograničenja i uvek su moguća u slučaju nesaobrazne isporuke, pravo na zamenu stvari (robe) i pravo na raskid ugovora poznaju određena ograničenja. Pravo na zamenu stvari trpi tri ograničenja. Prvo, roba koja je predmet ugovora mora da bude određena po rodu (individualno određene stvari se mogu zamenjivati samo izuzetno). Drugo, pravo na zamenu stvari se, prema stavu srpske sudske prakse, može ostvarivati samo ako se radi o krupnijem nedostatku koji bi onemogućio korišćenje stvari u skladu sa njenom namenom (uobičajenom ili naročitom). Treće, kupac gubi pravo da traži zamenu stvari (robe) ako je njome raspolagao pa je ne može vratiti u stanju u kom je isporučena

(osim ukoliko je stvar propala ili oštećena zbog nekog događaja za koji kupac ne odgovara ili ako je stvar propala ili je oštećena u izvršenju obaveze pregleda stvari i sl.).

Pravo kupca da traži raskid ugovora trpi sledeća ograničenja: prvo, isto kao i u odnosu na pravo kupca da traži zamenu stvari, kupac gubi pravo da traži raskid ugovora ako je robom raspola- gao pa je ne može vratiti u stanju u kom je isporučena (osim ukoliko je roba propala ili oštećena zbog nekog događaja za koji kupac ne odgovara ili ako je roba propala ili je oštećena u izvršenju obaveze pregleda stvari i sl.). Drugo, kupac je dužan da ostavi naknadni primereni rok za uredno ispunjenje obaveze prodavca (osim u slučaju fiksnog roka koji je eksplicitno ugovoren ili proizlazi iz okolnosti posla). Dužnost ostavljanja naknadnog roka neće postojati kada iz prodavčevog držanja ili njegove izričite izjave proizlazi da neće ispuniti ugovor. Bez obzira na to da li obaveza ostavljanja naknadnog roka postoji ili ne, ugovor će se protekom roka (ugovorenog ili naknadnog) raskinuti po samom zakonu (uz pravo kupca da održi ugovor na snazi).

U slučaju postupnog otkrivanja nedostataka, kupac koji je jedanput iskoristio pravo da traži sniženje cene zbog utvrđene nesaobraznosti može ponovo zahtevati sniženje cene ili raskid ugo- vora.

U slučaju da isporučena roba ima delimične nedostatke, kupac u pogledu dela robe koji je nesaobrazan može da traži ispunjenje ugovora ili ugovor delimično raskine (u odnosu na deo robe pogođen nedostatkom/nedostacima). Izuzetno, kupac u slučaju delimične nesaobraznosti može da raskine ugovor u celini samo ako ugovorena količina ili prodata roba čini celinu i ako kupac ima opravdani interes da primi ugovorenu stvar ili količinu u celini.

Kod sukcesivnih isporuka, svaki obrok ima posebnu pravnu sudbinu. Prema tome, kupac svoja prava može da koristi u odnosu na svaki pojedinačni obrok koji sadrži nedostatke. Pri tom, ku- pac može da raskine ugovor i u odnosu na buduće nedospele isporuke ukoliko je iz okolnosti slučaja jasno da one neće biti uredno ispunjene. Izuzetno, kupac ima pravo na raskid ugovora u potpunosti (i u odnosu na saobrazne i u odnosu na nesaobrazne isporuke) ako ugovorena količina ili prodata roba čini celinu i ako kupac ima opravdani interes da primi ugovorenu stvar ili količinu u celini.

Slična pravila sadrži i član 54 Zakona o zaštiti potrošača.

Ad 7

Osnovna prava potrošača, uslovi i sredstva zaštite potrošača, prava i obaveze udruženja i saveza čija je oblast delovanja ostvarivanje ciljeva zaštite potrošača, uspostavljanje sistema vansud- skog rešavanja potrošačkih sporova, kao i prava i obaveze državnih organa u oblasti zaštite potro- šača u Srbiji regulisana su Zakonom o zaštiti potrošača. Shodno članu 3 stav 1 Zakona, potrošač ne može da se odrekne prava utvrđenih tim zakonom. Zakon o zaštiti potrošača u dobroj meri predstav- lja transpoziciju pravila Direktive 1999/44 u srpsko pravo.

ANEKSI III
ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE

ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Albaniju

1. Kako je odgovornost za pravne nedostatke definirana u Vašem zakonodavstvu? Molimo Vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Dali postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo Vas citirajte broj i izreku presude.

Odgovornost za *pravne nedostatke* je obaveza prodavca da isporuči robu kupcu koja je oslobođena od zahteva i prava trećih strana. U Albanskom građanskom zakonu² (u daljem tekstu Građanski Zakon) i praksi Visokog suda Albanije, ne postoji konkretna definicija termina "pravni nedostaci". Međutim, albanska doktrina koristi korespondentni termin koji je garancija protiv evikcije³. Evikcijom se smatra narušavanje ili gubitak prava na imovinu kupca, u toku korišćenja njegovih ili njenih vlasničkih prava⁴. Garancija protiv evikcije je propisana u Članu 719 Albanskog građanskog zakona i glasi:

"Prodavac treba da isporuči robu kupcu koja je oslobođena od kojeg bilo prava ili zahteva treće strane, osim ako inače nije propisano kupopordajnim ugovorom."⁵

Formulacija Člana 719 zahteva od prodavca da dostavi robu kupcu koja je oslobođena ne samo prava, već i zahteva trećih strana. Pitanje koje možemo postaviti je dali pravni izrazi "pravo" i "zahtev" imaju različito značenje ili su samo sinonimi?

Postoji osnova za mišljenje da "pravo" i "zahtev" iz Član 719 Građanskog Zakona nisu ista stvar. Prvo, gramatičko tumačenje Člana 719 Građanskog Zakona, u pogledu upotrebe veznika "ili", sugerise da radimo sa dve različite kategorije koje se alternativno primenjuju. Drugo, teleološko čitanje člana podržava ovo mišljenje. Cilj garancije od evikcije iz Člana 719 se zasniva na principu da će kupac uživati u mirnoj vladavini i upotrebi robe, neuznemirenu od treće strane, kako bi on (kupac) mogao koristiti kupljenu robu kao vlasnik.⁶ Iz ove perspektive, garancija protiv evikcije bi bila vrlo ograničena ako se ograniči samo na "prava" trećih strana; neozbiljni zahtevi uznemiruju mirno uzivanje kupca i mirnu upotrebu roba, a mogu čak i dovesti do skupih parnica protiv kupca.. Zbog toga, garancija protiv evikcije se ne treba odnositi samo na prava koja mogu imati treće strane, već i na njihove druge zahteve. I pored toga što zakon ne pravi razliku između pravnih efekata "prava" i "zahteva", jasno je da u oba slučaja ona moraju da mogu uticati na kupca.

¹ Asistent Profesor, Pravni fakultet, Univerzitet u Tirani, docent

² Građanski Zakon, Zakon br. 7850, od 29.07.1994, Službene novine br. 11, str.491, izmenjen i dopunjen Zakonom br. 8781, od 03.05.2001, Službene novine br. 24, str. 757

³ Mariana Semini (Tutulani), "E Drejta e Detyrimeve dhe kontraktave. Pjesa e Posaçme", Botimi i Tretë, Tiranë 2002, fq 13

⁴ Marina Semini, v.supra, ibid.

⁵ Član 719, Građanski zakon Albanije, Zakon br. 7850, od 29.07.1994, Službene novine br. 11, strana 491

⁶ Andon Sallabanda, "E drejta e Detyrimeve (Kontrata e posaçme) dhe E drejta e Autorit", Universiteti Shtetëror i Tiranës, Fakulteti i Shkencave Politike Juridike, Tiranë 1973, fq 27

Prema tome, možemo zaključiti da je zaštita za kupca shodno Članu 719 Građanskog Zakona široka i pokriva ne samo garanciju protiv evikcije od *prava* trećih strana, već i *zahteva* trećih strana koja ometaju ili uznemiravaju mirno posedovanje kupca kao vlasnika⁷.

Još jedan komentar na Član 719 Građanskog Zakona je povezan sa klauzulom za isključenje koju isti sadrži. Gorenavedena odgovornost prodavca za isporuku roba bez prava i zahteva trećih strana se koristi osim ako nije drugačije određeno kupoprodajnim ugovorom. Drugim rečima, to znači da i kupac i prodavac mogu propisati da određeno pravo treće strane može opteretiti stvar kupoprodajnog ugovora u trenutku kada se isti isporuči kupcu.

Pravni efekti ugovora za isključivanje garancije protiv evikcije zavise od dobre ili loše namere prodavca ili kupca. Kada prodavac, u trenutku zaključivanja kupoprodajnog ugovora, je svestan ili je trebao biti svestan prava ili zahteva treće strane, a ipak daje ugovor za isključenje garancije protiv evikcije, ovaj bi se ugovor smatrao ništavnim⁸. Prema tome, ugovor za isključenje garancije protiv evikcije je važeći sami kada je prodavac *bona fide*. Sa druge strane, ako je kupac bio svestan ili je trebao biti svestan prava ili zahteva treće strane, a ipak se složi da isključi prodavca od garancije protiv evikcije, ugovor bi se smatrao valdinim⁹. Kupac se može, na primer, složiti da uzme robu koja podleži prava trećih strana ako on/ona očekuje da će prava trećih strana uskoro prekinuti, pr. kada se roba koristi kako bi se osigurao mali dug prodavca, kupac se može složiti da kupi tu robu, očekujući da će prodavac ubrzo odstraniti to opterećenje.

Član ne propisuje nijednu specifičnu formu u pogledu izražavanja volje strana u ovom slučaju, i prema tome se primenjuju opšti principi zaključenja ugovora.

2. Kako je definiran pravni nedostatak za stvari i prava u Vašem zakonodavstvu? Molimo Vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Dali postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo Vas citirajte broj i izreku presude.

2.1. Pravni nedostaci roba u kupoprodajnom ugovoru

Prava trećih strana na robu mogu imati različite kategorije i mogu biti stvarna prava (*ius in rem*) ili obavezna prava (*ius in personam*)¹⁰. Prava *in rem* su prava koja se mogu koristiti bez intervencije treće strane i obaveza treće strane je uzdržavanje od aktivnosti koje sprečavaju sprovođenje stvarnog prava. Stvarna prava, sa druge strane, imaju dve kategorije: osnovna stvarna prava i sporedna stvarna prava (prava bezbednosti). Osnovna stvarna prava daju ovlašćenje osobi, koja je subjekat prava, da direktno koristi stvari i podeljena su u *glavna* i *sporedna* stvarna prava. Jedino *glavno stvarno pravo* je pravo na imovinu, dok se za druga sporedna stvarna prava smatraju služenje, uživanje, korišćenje i pravno na stanovanje.¹¹ Sporedna stvarna prava (prava bezbednosti) su garancije koje se daju poveriocu nad stvarima dužnika, ili trećeg lica, i poznata su kao obezbeđenje ili stvarne garancije¹².

Prema tome, ako se vratimo na Član 719, treća strana može da traži pravo *in rem*, t.j. pravo svojine (glavno stvarno pravo) – tvrdeći da je on pravi vlasnik stvari – ili da traži sporedno stvarno

⁷ A. Sallabanda. Ibid. Na primer, kada kupac izgubi pravo svojine na stvar, kao posledica sudske odluke koja priznaje pravo svojine trećoj strani, kupac se smatra eviktiranim.

⁸ Mariana Semini, v.supra, str. 14

⁹ Mariana Semini, v.supra, str. 15

¹⁰ Ardian Nuni, "Hyrye në të Drejtën Civile", Botime "Morava", Tiranë 2006, pg 96

¹¹ Ardian Nuni, Luan Hasneziri, "Leksione të Pronësisë dhe Trashëgimisë", Tiranë 2008, pg 19-25; Ardian Nuni, "Hyrye në të Drejtën Civile", Botime "Morava", Tiranë 2006, pg 96

¹² Ardian Nuni, "Hyrye në të Drejtën Civile", ibid, pg. 96

pravo, kao pravo služenja i korišćenja ili obezbeđenja nad stvarima kupljenim sa strane kupca, kao zalog ili hipoteku.

Suprotno tome, prava *in personam* traže intervenciju druge osobe (dužnika), kako bi ih vlasnik tih prava (poverilac) mogao implementirati. Ova prava imaju relativni karakter i traže od dužnika da izvrši aktivnosti ili se uzdrži od njih u korist poverioca¹³. Mišljenje je da ova prava općenito ne utiču na kupčeva prava na stvari, jer su to lična prava protiv prodavca. Međutim, to nije uvek slučaj. Na primer, kupac imovine može biti uznemiren u potpunom uživanju njegove imovine jer je doznao da je imovina koju je stekao u zakupu. Pravo stanara da poseduje objekat u zakupu je lično pravo koje ima prema vlasniku, ali je bez razlike pravo koje u ovoj situaciji opterećuje stvar koju je kupac kupio. Albanski Građanski zakon u ovoj situaciji daje prednost stanaru. Član 822 Građanskog Zakona propisuje: "Ugovor o zakupu se može upotrebiti protiv treće strane koja je stekla objekat u zakupu, pod uslovom da ugovor o zakupu ima konkretni datum pre otuđenja objekta." Prema tome, ako kupac nije bio svestan ili nije trebao biti svestan ove situacije, a prodavac nije obavestio kupac o ugovoru o zakupu, kupac ima prava da raskine ugovor i traži naknadu štete.

2.2. Pravni nedostaci na prava u kupoprodajnom ugovoru

Prema Članu 705 Građanskog Zakona, "Kupoprodajni ugovor ima za cilj transfer svojine nad stvarima ili transfer prava u zamenu za plaćanje". Ovo znači da je kroz kupoprodajni ugovor moguće preneti svojину na pokretnoj imovini ili nekretninama, stvarnim pravima, ili pravima na kredit (t.j. cesiju kredita) u zamenu za plaćanje.

Pod pravnim nedostacima za stvari razumemo prava i zahteve trećih strana koja opterećuju prava kupljena kupoprodajnim ugovorom, koja ograničavaju i uznemiravaju kupca u njegovom mirnom i neometanom uživanju prava. Dok za prava i zahteve treće strane nad kupljenim stvarima postoje različite odredbe propisane Građanskim Zakonom, viz. Član 719, 720, 721, 727, 728, nema specifičnih odredbi za prava i zahteve nad pravima trećih strana, niti odredba za odgovornost kupca u ovoj situaciji u Građanskom Zakonu. Na primer, prema Članu 240 Albanskog građanskog zakona, uživatelj može da prenese svoje pravo uživanja na nekog drugog na ograničeno vreme, ili u toku celog vremena postojanja uživatelja – osim ako nije drugačije određeno u aktu za kreiranje uživanja – u zamenu za plaćanje. Bez razlike, ne postoji odredba za garanciju protiv evikcije uživanja - od prodavca ka kupcu uživanja u celom Naslovu IV (Uživanje), nitu u Opštim odredbama Građanskog Zakona. Ista je situacija i za druga stvarna prava ili prava bezbednosti. Jedini isključak u ovom pogledu je transfer kredita propisan u Članu 505 Građanskog Zakona. Član 505 Građanskog Zakona glasi:

"Kada se vrši transfer kredita sa opterećenjem, poverilac je garancija za postojanje kredita u doba njegovog transfera." Prema tome, može se dogoditi da poverilac proda njegova kreditna prava drugoj osobi, a ta kreditna prava, u vreme transfera, su opterećena vlasništvom. Poverilac koji izvrši transfer kredita je obavezan da garantuje postojanje kredita u ovoj okolnosti na isti način kao što prodavac daje garanciju kupcu protiv evikcije u kupoprodajnom ugovoru za robu.

2.2.1 Pravni nedostaci prava u drugim ugovorima

Garancija protiv evikcije je regulisana i u drugim ugovorima propisanim Albanskim građanskim zakonom. Dole je ukratko predstavljeno kako se daje ova garancija i koji su specifični uslovi koje treba ispuniti za odgovornost za pravne nedostatke kupca za prava koja je on/ona preneo.

¹³ Vidite Ardian Nuni i Luan Hasneziri, "Leksione të pronësisë dhe trashëgimisë", Tirane 2008, fq 22-25

a) Ugovor o donaciji

Član 760 Građanskog Zakona propisuje da je donator obavezan da garantuje vlasništvo primaču doniranih stvari i od povratka trećih strana, u tri okolnosti: prvo, kada je garancija izričito data ugovorom o donaciji, ili drugo, kada sticanje stvari zavisi od obmane ili ličnog stava primača. Treća situacija regulisana Građanskim Zakonom je kada donacija opterećuje primača ili kada je donacija data za kompenzaciju; u ovom slučaju osoba kojoj je garantovano nešto je zadužena u vrednosti duga ili ukupnih obećanja datih sa strane donatora.

b) Ugovor o zakupu

Član 810 Građanskog Zakona propisuje da je vlasnik obavezan dati garanciju stanaru protiv uznemirenja koja smanjuju vrednost uživanja i upotrebe stvari, izazvanih sa strane trećih strana koje tvrde da imaju pravo nad stvarima. Vlasnik nije obavezan da garantuje stanaru protiv trećih strana koje nemaju zahtev nad stvarima. U ovoj situaciji stanar ima pravo da pokrene akcije protiv treće strane u njegovo ime¹⁴. Dalje, u Članu 811(1) Građanskog Zakona stoji da kada treća strana zahteva prava protiv stvari u zakupu i izaziva uznemirenje, stanar je obavezan da odmah obavesti vlasnika, jer inače treba sam da nadoknadi štetu. Kada treća strana preduzme aktivnosti u sudskom postupku, stanar je obavezan da se uključi u proces ukoliko je pozvan.¹⁵ Član 822 Albanskog građanskog zakona propisuje situaciju kada je objekat u zakupu otuđen trećoj strani.¹⁶ Član propisuje: "Ugovor o zakupu se može koristiti protiv treće strane koja je stekla stvar u zakupu, pod uslovom da ugovor o zakupu ima konkretni datum pre otuđivanja stvari". Dalje, sticatelj stvari u zakupu je obavezan da poštuje ugovor o zakupu za period određen u ugovoru¹⁷. Kada ugovor o zakupu nema precizan datum, ali je stanar u državini pre datuma otuđenja stvari, treće lice je obavezano da poštuje ugovor o zakupu, za period koji odgovara ugovoru o zakupu sa neodređenim vremenskim periodom¹⁸. Tako, prodavalac je obavezan da prethodno obavesti kupca o ugovoru za zakup koji ima sa stanaraom. Kupac i prodavalac mogu postići dogovor da će stvari biti isporučene sa ovim opterećenjem koje završava sa krajem ugovora o zakupu. Inače, ako kupac nije svestan ili nije trebao biti svestan ove situacije, a prodavalac nije obavestio kupca o ugovoru o zakupu, kupac ima prava da raskine ugovor i traži nadoknadu štete (Odgovornost za pravne nedostatke na stvari je propisana Članovima 719-721, 727, 728 Građanskog Zakona, *vidi infra*, pitanje 4)

c) Ugovor o lizingu

Garancija protiv trećih strana je isto tako osnovni elemenat ugovora o lizingu. Član 12, tačka e, Zakona br. od 12.5.2005 "o ugovoru o lizingu"¹⁹, između uslova koje mora imati ugovor o lizingu nabroja i "odgovornost prema trećim stranama". Dalje, Član 23 ovog Zakona reguliše odgovornost najmodavca za uznemirenja u pravu uživanja robe i za pravne defekte. Prvi stav Člana 23 ovog Zakona propisuje da je najmodavac obavezan da garantuje stanaru puno i mirno uživanje u stvarima. On je odgovoran za zahteve trećih strana koji se odnose na stvari, koji se suprotstavljaju, uznemiravaju ili ograničavaju puno uživanje u stvari sa strane stanara, kada stanar ne zna i prihvatio je stvari, a nije znao za ove zahteve. Ništavan je svaki uslov ugovora o lizingu koji ograničava ili isključuje odgovornost najmodavca za pravne nedostatke stvari. Drugi stav propisuje obavezu stanara da obavesti najmodavca. Prema tome, stanar treba da obavesti najmodavca za svaki zahtev treće strane navedenog u prvom stavu, i zahteva oslobađanje stvari od ovih zahteva u razumnom vremenskom roku. Dalje,

¹⁴ Član 810 Građanskog Zakona, drugi stav

¹⁵ Član 811 Građanskog Zakona, drugi stav

¹⁶ Član 822, stav 1,

¹⁷ Član 825 Građanskog Zakona

¹⁸ Član 823

¹⁹ Izmenjen i dopunjen Zakonom br. 9823, od 29.10.2007 i Zakonom br. 9966, od 24.7.2008

u stavu 4, propisano je da kada je puno uživanje stvari sa strane stanara umanjeno ili ograničeno, a najmodavac ne ispuni zahteve stanara izraženih u stavu 2, stanar ima pravo da raskine ugovor ako se njegov cilj ne može adekvatno izvršiti, ili ima pravo da zatraži proporcionalno smanjenje plaćanja za lizing. Kada se radi o ugovoru bez plaćanja, stanar ga može raskinuti kada izgubi uživanje stvari, a najmodavac ne može da ispuni zahtev stanara iz stava 2, t.j. oslobađanje od zahteva trećih strana u razumnom vremenskom roku. Zadnji stav propisuje da stanar nema prava da traži naknadu štete kada je prihvatio stvari, ili kada je puno uživanje stvari ograničeno ili umanjeno, a on je znao o tome u trenutku zaključenja ugovora.

3. Koje su obaveze kupca u slučajevima pravnih nedostataka (kao na primer, ali ne i ograničeno na obavezu za notifikaciju prodavca)? Molimo Vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Dali postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo Vas citirajte broj i izreku presude.

Član 720 Albanskog građanskog zakona predviđa obaveze kupca u slučaju pravnih defekta. Ovaj član propisuje da kupac mora da obavesti prodavca o pravima i zahtevima trećih strana, čime su opterećene stvari. U tom slučaju, kupac treba da odredi prirodu prava i zahteva trećih strana, u razumnom vremenu od trenutka kada je on/ona doznao ili trebao je doznati ova prava i zahteve; inače on/ona gubi pravo na garanciju protiv evikcije propisanu u Članu 719 Građanskog Zakona. Prema tome, ako treće lice podnese tužbu sudu, tvrdeći da je on/ona pravi vlasnik stvari koje je kupac kupio, kupac je obavezan da obavesti prodavca. Ako kupac ne obavesti prodavca o tužbi protiv njega, onda je prodavac oslobođen od njegove garancije protiv evikcije ka kupcu.

Član 720 ne određuje kako će kupac obavestiti prodavca, dali usno ili u pismenoj formi. Pitanje obaveštenja je puno složenije u današnjem razvoju komunikacijskih tehnologija, gde se koriste druga sredstva pored tradicionalnih, kao komunikacija putem e-pošte, tekstualnih poruka ili drugih socijalnih mreža. Zbog toga što ne postoji definitivna forma obaveštenja prodavca, kupac ima pravo da koristi svako sredstvo koje može da bi efektivno obavestio kupca o zahtevima i pravima treće strane. Prema tome, konkretni trenutak u kome je kupac obavestio prodavca je konkretni trenutak kada je obaveštenje koje je poslao kupac stiglo do prodavca.

Kupac ne treba samo da obavesti prodavca o pravima i zahtevima trećih strana, već i da odredi njihovu prirodu. Kupac ne mora dati temeljitu analizu meritornosti prava ili zahteva trećih strana; on samo treba da obavesti prodavca o prirodi prava ili zahteva, i o koracima koje je treća strana preuzela ili namerava da preuzme. Obaveštenje kupca će omogućiti prodavcu da preuzme direktne mere za zaštitu kupčevih prava od treće strane. Ako kupac ne dostavi obaveštenje na vreme, to isto može da ima posledice u pogledu njegove sposobnosti da traži obeštećenje.

Na kraju, Član 720 stavlja obavezu na kupca da obavesti prodavca u razumnom vremenskom roku. Šta se podrazumeva pod razumnim vremenskim rokom se ocenjuje prema složenosti okolnosti u svakom posebnom slučaju (vidi dalje *infra*, pitanje 6)

4. Koje su sankcije za pravne nedostatke t.j. koji je obim odgovornosti za pravne nedostatke? Koje su sankcije u slučajevima kada kupac ne ispuni svoje obaveze u pogledu pravnih nedostataka? Molimo Vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Dali postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo Vas citirajte broj i izreku presude.

Član 721(1) propisuje da kupac može suspendirati plaćanje ugovorne cene, kada postoje osnovani razlozi za sumnju da roba ili deo nje mogu biti vraćeni trećoj strani, osim kada prodavac

ne da odgovarajuće garancije. Prema tome, ako je kupljena roba opterećena nevidljivim stvarnim pravima u korist treće strane koja nisu propisana u ugovoru, a čije postojanje može da dovede do uzimanja robe ili njenog dela sa strane treće strane, kupac ima pravo da suspenduje plaćanje cene, osim ako kupac ne da odgovarajuće garancije da će ovo opterećenje odmah biti odstranjeno od robe. Na primer, kupac može suspendirati plaćanje poslednje rate u slučaju kada postoji osnov za sumnju da je treća strana vlasnik, a ne prodavac. Prodavac u ovoj situaciji treba da donese odgovarajuće garancije da potvrdi njegovo vlasničko pravo nad stvarima, viz. prezentirajući ugovor kojim se prodavcu daje vlasništvo nad stvarima i/ili kopiju hipoteka ili katastra, dok u suprotnom kupac ima pravo suspendirati plaćanje. Međutim, drugi stav Člana 721 definiše "*plaćanje se ne treba suspendirati kada je rizik bio poznat kupcu u trenutku prodaje*". Možemo primetiti u ovom stavu da kupac treba da ima znanje o "riziku" da stvar ili deo nje mogu biti oduzeti sa strane trećeg. Ova formulacija se razlikuje od drugih sličnih konstrukcija odgovornosti u slučaju nedostataka, jer zahteva realno znanje kupca; prema tome, pitanje je da li je kupac imao znanje o pravima i zahtevima treće strane u trenutku prodaje, a ne da li je on/ona "trebao znati".

Dalje, Član 727 (1) Građanskog Zakona propisuje da kada se objekat kupoprodajnog ugovora vrati trećoj strani (*potpuna evikcija*), prodavac je obavezan da nadoknadi kupcu štetu. Prema ovom Članu, prodavac je obavezan da vrati nazad cenu za stvari kupcu, čak i ako je realna cena stvari na tržištu smanjena zbog korišćenja ili nastale štete. Kada je smanjenje cene stvari nastalo kao rezultat aktivnosti kupca, onda se profit kupca treba oduzeti od cene, posebno od troškova propisanih Članom 640 Građanskog Zakona.²⁰ Prema tome, prodavac je obavezan da nadoknadi kupcu cenu koju je kupac platio, sudske troškove, troškove nastale za izbegavanje ili smanjenje štete i razumne troškove za postizanje vansudskog rešenja za naknadu štete.²¹

Sa druge strane, kada se samo deo kupljene stvari vraća trećoj strani (*delimična evikcija*), shodno Članu 727 (2) prodavac je odgovoran da plati štetu, isto kao i kod potpune evikcije (Član 727(1)), kada od datih okolnosti postoji osnova za uverenje da kupac ne bi zaključio ugovor.

5. Dali se odgovornost prodavca za pravne nedostatke može ograničiti i/ili isključiti i kako? Dali postoje neki specifični uslovi za ograničenje/isključenje odgovornosti? Molimo Vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Dali postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo Vas citirajte broj i izreku presude.

Shodno Članu 720 (1) kupac treba da obavesti prodavca o pravima ili zahtevima trećih strana, specificirajući njihovu prirodu u razumnom roku od trenutka kada je kupac saznao ili je trebao saznati. Tumačenje *ad contrario* ovoj odredbi znači da ako kupac ne da obaveštenje prodavcu o pravima ili zahtevima treće strane, prodavac se oslobađa njegove obaveze za garanciju protiv evikcije i, prema tome će biti isključen iz odgovornosti za pravne nedostatke.

Međutim, drugi stav Člana 720 propisuje da se kupac ne može osloniti na nedostatak obaveštenja kupca i na taj način, izbegne obavezu garancije, ako je znao o pravima i zahtevima treće strane ili poznao njihovu prirodu. U poređenju sa Članom 718 Građanskog Zakona²² o odgovornosti za proizvode, možemo uvideti da je konstrukcija upotrebljena za znanje kupca ovde ograničena na "znao" (a ne i "nije mogao da ne zna"). Ovo znači da se treba dokazati da je prodavac

²⁰ Član 744 Građanskog Zakona

²¹ Član 640 Građanskog Zakona

²² Član 718 Građanskog Zakona propisuje: "Kupac se ne može osloniti na gore navedene odredbe, ako nedostatci stvari se odnose na fakte koje je znao, ili o kojima nije mogao ne znati, a nije o tome obavestio kupca"

imaa konkretno i realno znanje o pravima i zahtevima treće strane, a ne potencijalno ili moguće znanje.

Fraza "ili poznao njihovu prirodu" na kraju Člana 720 (2) nije baš jasna. Korišćenje sveznika „i“ može nas navesti da mislimo da imamo posebnu stvar o kojoj je prodavac morao imati znanje. Zastigurno, stavke "priroda" i "prava ili zahtevi" nisu kumulativne; u protivnom bi značilo da se prodavac ne može pouzdati u nedostavljanje obaveštenja sa strane kupca, ako je znao o pravima i zahtevima treće strane, ali ne o njihovoj prirodi, što nema smisla. Međutim, "priroda" prava ili zahteva ne može stajati posebno, već je intrinzično povezana sa ovim konkretnim pravima i zahtevima. Možda funkcija termina "priroda" je da potencira da nije neophodno da kupac ima detaljno znanje o meritornim stranama prava ili zahteva, nego da li su samo prirode koja može narušiti celovito i mirno uživanje kupca.

Drugi stav Člana 728 donosi situaciju u kojoj se izriče protiv kupca pravosnažna sudska odluka koja priznaje zakonska prava ili zahteve treće strane. Kada se kupac nije javio prodavcu u sporu on gubi pravo na garanciju protiv evikcije samo kada prodavac dokaže da bi, da je bio deo postpuka, dao dovoljne razloge da pobije tvrdnje treće strane.²³ Sa druge strane, kada je kupac voljno priznao pravo treće strane, on gubi pravo na garanciju protiv evikcije, ako ne dokaže da nije bilo dovoljno razloga da spreči oslobodjenje stvari²⁴.

6. Dali su prava kupca u vezi pravnih nedostataka vremenski ograničena? Molimo Vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Dali postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo Vas citirajte broj i izreku presude.

Kao što je prethodno rečeno, Član 720(1) Građanskog Zakona propisuje obavezu kupca da obavesti prodavca o pravima i zahtevima treće strane. Vremensko ograničenje određeno u ovom članu je da se obaveštenje treba dati "u razumnom roku od trenutka kada je kupac znao ili trebao je znati prava i zahteve trećih strana". Ovaj period za obaveštenje se razlikuje od roka povezanog za neusaglašenost robe. Član 717 Građanskog Zakona propisuje da kupac gubi pravo da se pouzda u nedostatak usaglašenosti robe ako ne obavesti prodavca, specificirajući prirodu nedostatka usaglašenosti, u roku od **deset dana**²⁵ od kada je to otkrio, osim ako zakon ili uključene strane ne odrede drugi rok. U drugom stavu ovoga člana propisuje se da kupac gubi pravo da se pouzda u neusaglašenost robe ako ne obavesti prodavca, najkasnije u periodu **od dve godine** od datuma kada je roba ustvari predata kupcu, osim ako vremenski period nije u saglasnosti sa ugovornim periodom garancije²⁶. Prema tome, i pored toga što i Član 717 i 720(1) propisuju obavezu za dostavljanje adekvatnog obaveštenja, Član 720(1) ne određuje maksimalni vremenski period za obaveštavanje, kao što se propisuje Članom 717 (granica od dve godine). Ovo je možda zbog toga što koncept "razumnog roka" zavisi od okolnosti u konkretnom slučaju i daje kupcu određeno vreme pre davanja obaveštenja kako bi dobio informacije o sigurnosti, validnosti i prirodi zahteva. Bez razlike, kupac ne može odugovlačiti slanje obaveštenja dugo vreme jer inače kupac gubi mogućnost da iskoristi odgovornost prodavca. Član 720(1) ne propisuje da se odmah da obaveštenje prodavcu, već umesto toga ostavlja kupcu određeno vreme kako bi mogao evaluirati zahteve treće strane, prikupiti informacije i zatražiti pravni savet. Ovo vreme počinje kada kupac zna ili bi trebao znati o pravima i zahtevima treće strane. Termin "razumno" je da potencira da kupac ne treba da ignoriše prava ili zahteve treće strane, već da ih u određenom vremenu adekvatno razgleda.

²³ Stav 2, Člana 728 Građanskog Zakona

²⁴ Stav 3, Člana 728 Građanskog Zakona

²⁵ Dodatno boldirana slova

²⁶ Dodatno boldirana slova

Još uvek nema odluka Visokog suda Albanije o značenju razumnog vremena u kome kupac treba dati obaveštenje o pravnim nedostacima, kako bi se dobilo autoritativno tumačenje ovog termina. Međutim, ako čitamo Član 720(1) Građanskog Zakona, jasna je sličnost koju ima sa Članom 43(1) Konvencije za međunarodnu prodaju roba. Neki akademici, ali čak i sudovi u primeni Člana 43(1) Konvencije, su odredili jedan mesec kao verovatni "razumni rok" da kupac da obaveštenje – koji se ponekad naziva pristup "velikodušnog meseca" – iako period može biti duži ili kraći ako strana dokaže neuobičajene okolnosti.²⁷ Mišljenje koje podržava autorka ovog dokumenta je da, i pored toga što je jedan mesec razuman rok za obaveštenje kupca, specijalne okolnosti u predmetu bi bile presudne u određivanju dali je obaveštenje izvršeno u razumnom roku.

7. U sporovima za odgovornost zbog pravnih nedostataka koja je pozicija stranaka (prodavca, kupca i trećeg lica koje je nosilac nekog prava ili pretenduje na pravo)? Dali postoje specifični pravni lekovi protiv odluka prvostepenog suda kad je u pitanju odgovornost za pravne nedostatke? Dali postoje neke specifične izvršenja presuda u ovim slučajevima? Molimo Vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Dali postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo Vas citirajte broj i izreku presude.

7.1. Prodavac

Prvi stav Člana 728 propisuje obavezu kupca da, u slučaju spora protiv njega sa strane trećeg u pogledu kupljenih stvari, da pozove prodavca u spor.

Građanski proceduralni zakon²⁸ (u daljem tekstu Građanski proceduralni zakon) u Poglavlju III, u Članovima 189 do 201 propisuje intervenciju treće strane u građanskom postupku. Član 191 (sekundarna intervencija) propisuje da "svako može da interveniše u sporu između drugih strana kada ima interes da podrži jednu stranu, priključujući se toj strani u sporu kako bi joj pomogao". Sekundarna intervencija je namerna i dobrovoljna. Prodavac, kada ga kupac obavesti o sporu, može da interveniše u procesu protiv njega kako bi branio njegova prava od zahteva trećih strana. Ne bi imalo promena u objektu započetog spora, tako da bi isto suđenje produžilo na sudu.²⁹

Dalje, u Članu 192: "Svaka od strana može da pozove u spor osobu sa kojom smatra da ima zajedničko pitanje ili od koje se traži garancija ili naknada povezana sa zaključenjem predmeta". Treća osoba (u ovom slučaju prodavac) se poziva raspisom, koji se sastavlja u pripreмноj sednici, ili sa strane sekretara suda, kada je već počelo suđenje. O ovom zahtevu se odmah obaveštava sudija, koji naređuje obaveštenje treće strane, ako je moguće bez odlaganja određene sudske sednice. Pozivanje treće osobe je dozvoljeno kada on ima poznati domicil unutar granica Republike Albanije, i sve dok se ne završi spor u prvostepenom sudu.³⁰ Kao što se može razumeti, u ovom slučaju intervencija treće strane je obavezna. Strana u sporu poziva treću stranu na intervenciju kako bi izbegla gubitak suđenja kao i za dalje poništenje zahteva za naknadu u budućnosti sa strane trećeg.³¹

²⁷ Vidi Harry M. Flechtner, Obaveza kupca za obaveštenje u slučaju neusaglašenosti (Članovi 38, 39, 40 i 44), u KRATAK PRIKAZ NACRTA UNCITRAL-A I ŠIRE, u 377, 377-78.

²⁸ Zakon br. 8116, od 29.03.1996, Službene novine br. 9, strana 343, izmenjeno i dopunjeno Zakonom br. 8812, od 17.05.2001, Službene novine br. 32, str. 973, Zakon br. 9953, od 14.07.2008, Službene novine br. 122, str. 5415, Law br. 10052, od 29.12.2008, Službene novine br. 205, str. 11065

²⁹ Jani Vasili, "Građanski postupak u Republici Albaniji", GERVIS, Tirana, 2005, str. 98

³⁰ Član 192 (2) i (3) Građanskog proceduralnog zakona

³¹ Jani Vasili, isto, str. 102

U praksi, u najvećem broju slučajeva prodavac – koji je treća strana u sporu – će biti pozvan od strane kupca u sporu kako bi se sprečila njegova potpuna ili delimična evikcija, saglasno ovoj odredbi.

U pogledu proceduralnih prava prodavca kao treće strane u sporu između kupca i druge osobe, Član 195(1) Albanskog građanskog proceduralnog zakona propisuje da on ima pravo da preuzme sve proceduralne akcije koje su dozvoljene stranama u sporu, osim onih koje se odnose na prodaju stvari u sporu.

Odluka data posle druge intervencija ili poziva treće strane ima efekta protiv njega i u pogledu njegovog odnosa sa osobom koja ju je pozvala ili za koju interveniše kako bi pomogao i sa suprotnom stranom.³²

7.2. Kupac

Kupac može dati nekoliko prigovora trećoj strani u aktivnostima za povratak stvari (*actio reivindicatio*): uz podršku kupca, on može prigovarati o vlasništvu treće strane nad stvarima, ili je on/ ona možda bio vlasnik, ali je prodavac postao realni vlasnik jer je dobio stvar u dobroj veri (Član 166)³³, ili propisom (Član 168)³⁴. Kad kupac tvrdi da je on vlasnik osporenih stvari, ne samo što može da prezentuje ovu tvrdju kao prigovor, već može podneti i kontratužbu u Sudu tražeći njegovo priznanje kao stvarnog vlasnika. U slučaju kada tvrdi da je kupac postao vlasnik u dobroj veri ili propisom, on mora da dokaže da je kupac preneo njegovo pravo ili vlasništvo kupcu validnim ugovorom.

Kupac koji je uznemiren zbog zahteva treće strane može preuzeti akcije za prestanak uznemirenja njegove državine shodno Članu 312 Građanskog Zakona. Ovaj član propisuje: "Osoba koja je uznemirena u toku njene državine stvari može da zatraži u roku od 6 meseci prestanak državine i njeno neponavljanje u budućnosti".

Kada je državina steknuta nasiljem ili potajno, mogu se podneti aktivnosti protiv toga u roku od 6 meseci od kada su nasilje ili potajni rad prestali.

Prekid uznemirenja državine se ne može tražiti sa strane osobe koja je stekla državinu nasiljem ili potajno."

7.3. Treća strana

U situaciji potpune ili delimične evikcije stvari, treća strana tvrdi da ima pravo na imovinu (*ius in rem majore*) nad stvarima, ili nad delom stvari koje su vlasništvu kupca. Pravni lek koji se uobičajeno koristi u ovom slučaju sa strane trećeg je aktivnost za povratak stvari (*actio reivindicatoria*). Kako bi treća strana bila kvalifikovana za oslobađanje³⁵ stvari, on treba dokazati da je stvarni

³² Član 96 Albanskog građanskog proceduralnog zakona

³³ Član 166 Građanskog Zakona propisuje:

"Osoba koja, na osnovu pravne aktivnosti za transfer imovine, koju je stekla u dobroj veri u zamenu za naknadu za pokretnu imovinu, postaje vlasnik objekta, čak i kada prodavac nije vlasnik. Međutim, stecatelj, čak i u dobroj veri, ne postaje vlasnik kada je objekat ukraden. Stecatelj u dobroj veri postaje vlasnik hartija od vrednosti na donosioca, čak i kada one nisu ukradene ili izgubljene javnom pravnom licu ili vlasniku. Gore navedene odredbe se ne primenjuju za pokretnu imovinu registriranu u javnom registru. Objekat treba biti oslobođen od prava trećih strana, ako ta prava nisu izvučena iz naslova i dobre vere sticatelja"

³⁴ Član 168 Građanskog Zakona propisuje:

"Osoba koja stekne stvari u dobroj veri, na osnovu pravnih aktivnosti za transfer imovine, koje nisu zabranjene zakonom, postaje vlasnik stvari, posle neometane državine od pet godina za pokretnu imovinu i deset godina za nekretnine. Kada državina nije u dobroj veri, rokovi neometane državine su dvojni. Državina se smatra neometanom i kada je stecatelj preneo državinu na drugu osobu. Propisima se ne može steknuti neotuđiva javna imovina."

³⁵ Član 296 Građanskog Zakona

vlasnik i da je kupac posedovao stvari bez prava, čime je bio nezakoniti vlasnik. Ovo oslobođenje se može koristiti samo za stvari koje su individualno definisane, a ne za generičke stvari. Treća strana prvo zahteva od Suda da poništi kupoprodajni ugovor između kupca i prodavca – jer prodavac nije pravi vlasnik, i ne može preneti kupcu prava koja nema – a onda će zatražiti od suda oslobađanje stvari. Tužba za oslobađanje stvari je stvarna tužba: kupac ne samo što treba da prizna pravo svojine treće strane nad stvarima, već je i obavezan da vrati dotične stvari njemu (pokretne i nepokretne). Član 728(1) Građanskog Zakona propisuje da kupac koji je optužen od treće strane koja tvrdi da ima prava na kupljene stvari, mora da pozove prodavca u spor. Kupac može intervenisati – kao drugi intervenijent ili kao treća pozvana strana³⁶ - i treba pomoći kupcu u ovom procesu. Kada kupac ne uradi to, a protiv njega se donese pravosnažna presuda, on gubi pravo na garanciju protiv evikcije ako prodavac dokaže da je on bio uključen u spor, da je bilo dovoljno razloga da pobije tvrdnju treće strane³⁷.

Treća strana može isto tako da traži druga sporedna prava ili prava bezbednosti nad kupljenom robom. U ovom slučaju ona ima nekoliko zahteva koje može podneti protiv kupca:

– *treća strana koja ima pravo služenja:*

Osoba koja ima pravo služenja se može zaštititi putem *actio confesoria*, propisano u Članu 292 Građanskog Zakona. *Actio confesoria* ima za cilj povratak služnosti osobi koja je koristi i je slično sa *actio reivindicatio*.³⁸ Član 292 propisuje "Osoba koja koristi služnost ima pravo na sudski zahtev od bilo koga ko osporuje to pravo, pravo na zahtevanje potpunog ponovnog uspostavljanja tog prava, prekid uznemirenja i naknadu za štetu." U *actio confesoria*, tužitelj je vlasnik dominantne imovine koji ima pravo na služnost, protiv vlasnika služnosne imovine, koji osporuje ovo pravo služnosti³⁹. Isto tako, osoba koja ima služnost može pred sudom doneti i *actio negatoria* protiv kupca dominantne imovine⁴⁰.

– *Treća strana kao uživatelj*

Treći uživatelj, koji je u vlasništvu stvari se može braniti sa aktivnošću za prekid uznemirenja državine iz Člana 302 Građanskog Zakona, kao i sa *actio confesoria*.

– *Treća strana kao kreator zaloga:*

Shodno Članu 548 Građanskog Zakona, "poveritelj koji je izgubio državinu stvari u zalogu, pored aktivnosti državine može koristiti i *actio reivindicatio*, u slučaju da to pripada osobi koja je dala stvar u zalog". Mišljenje je da pored aktivnosti za povratak stvari (*actio reivindicatio*) i državinske aktivnosti, poveritelj zaloga isto tako ima pravo da podnese *actio negatoria*. Zbog toga što zakon daje poveritelju zaloga pravo da zahteva povratak stvari (*actio negatoria*), poveritelj zaloga isto tako može pokrenuti *actio negatoria*⁴¹,

³⁶ Vedi *supra*, tačka "7.1" Pitanja br. 7

³⁷ Član 728(2) Građanskog Zakona

³⁸ Avni Shehu, "Pronësia", Shtëpia Botuese "Libri Universitar, Tiranë 1998, pg 91

³⁹ Bashkim Caka, "E drejta në veprim", Shtëpia botuese At Gjergj Fishta, Tiranë 2002

⁴⁰ Avni Shehu, isto. str. 91

⁴¹ A. Nathanailli & N. Bicoku "Disa çështje të pronësisë dhe trashëgimisë", Botim i Ministrisë së Drejtësisë, 1961, pg.71

- *Treća strana kao poveritelj u hipoteci*

U Građanskom Zakonu ne postoji izričita odredba dali kupac sme da otuđi stvar u hipoteci (ili treća osoba koja se složila da stavi njegove stvari pod hipotekom), kako bi ispunio ovu obavezu. Doktrina podržava ideju da dužnik ima prava da proda stvar u hipoteci, čak i bez saglasnosti poveritelja. Međutim, poveritelj ima pravo da zatraži izvršenje svoga prava nad objektom sa hipotekom, i pored toga što je stvar prodana trećoj osobi. U slučaju kada je objekat hipoteke prodan trećoj osobi – čak i kada ova situacija nije propisana našim zakonom law – on sam snosi rizik da bude uklonjen od vlasništva. Doktrina zasniva ovu pretpostavku na faktu da je ugovor o hipoteci registrovan, tako da bi kupac trebao imati znanje da je objekat koji kupuje opterećen hipotekom. Kupac u tim okolnostima mora da odabere da plati cenu objekta poveriocu hipoteke, čime spašava svoje vlasništvo nad objektom, može da zatraži od poverioca da plati cenu za koju je kupio objekat ili da se otkáže svojeg vlasništva. U tom slučaju kupac će preuzeti akciju za ispravljanje situacije prema prodavcu, koji je stavio objekat pod hipoteku, kako bi dobio kompenzaciju.

7.4. **Pravni lekovi protiv pravosnažnih sudskih odluka i izvršenje**

Ne postoji posebni pravni lek protiv ove pravosnažne srpske odluke dat u albanskom pravu.

U pogledu izvršenja odluke, Član 311 Građanskog Zakona o Procedurama propisuje **“Kada sudska odluka sadrži obavezu strana da dostave stvari u naturi⁴² ili, obavezu da izvrše određenu aktivnosti, Sud može da definiše u odluci rok u kojem se treba izvršiti odluka.”** Za izvršenje odluke primenjivaće se opšta pravila izvršenja iz Građanskog Zakona o Procedurama. U Odluci br. 1002, od 04.2010 Građansko odeljenje Visokog suda je protumačio delokrug Člana 311 Građanskog Zakona o Procedurama. Prvostepeni sud, kada je razgledao *actio reivindicatio*, odlučio je da vrati robu tužitelju i odredio je vremenski rok za izvršenje ove odluke. Apelacioni sud je odlučio da dopuni odluci Prvostepenog suda uslovljavajući povratak stana sa povratkom novca tužitelju. Građansko odeljenje Visokog suda je izjavio: ⁴³U ovim okolnostima, Apelacioni sud je radio suprotno Članu 311/1 Građanskog Zakona o Procedurama. Odredba data u ovom Članu se odnosi na određivanje vremenskog roka za izvršenje odluke za povratak stvari, a ne sa uslovljavanjem izvršenja sa provođenjem drugih aktivnosti. Postavljajući ovaj uslov, Apelacioni sud je prekršio sadržinu ove odredbe.”

8. **Molimo Vas da obezbedite listu relevante nacionalne bibliografije (radovi, knjige, delovi knjiga) u kojoj se analizira pitanje odgovornosti za pravne nedostatke.**

1. Andon Sallabanda, *“E drejta e Detyrimeve (Kontrata e poasçme) dhe E drejta e Autorit”*, Universiteti Shtetëror i Tiranës, Fakulteti i Shkencave Politike Juridike, Tiranë 1973, pg 27-30.
2. Ardian Nuni, Ilir Mustafaj, Asim Vokshi, *“E Drejta e Detyrimeve II”*, Tiranë 2008, pg 15- 23.
3. Mariana Semini (Tutulani), *“E Drejta e Detyrimeve dhe kontraktave. Pjesa e Posaçme”*, Botimi i Tretë, Tiranë 2002, pg. 13-16.

⁴² Dodatno boldirana slova

⁴³ Građansko odeljenje Visokog suda, Odluka br. 1002, od 4.10.2000, Serija br. 10, oktobar 2000. godine, str. 34

9. Važne napomene

Ukoliko u Vašem zakonodavstvu ili sudskoj praksi postoje neke specifične koje nisu obuhvaćene ovim Upitnikom molimo Vas da ih posebno navedete.

Ukoliko se u Vašem zakonodavstvu izvesna je izmena i dopuna u pogledu nekih od pitanja koje se odnose na pravne nedostatke molimo Vas da isto navete u fusnotu kod odgovora na odgovarajuće pitanje. Molimo da date i kratak opis razloga za datu izmenu ili dopunu.

Nema dostupnih podataka po ovom pitanju.

Bibliografija:

Knjige:

1. Andon Sallabanda, *“E drejta e Detyrimeve (Kontrata e poasçme) dhe E drejta e Autorit”*, Universiteti Shtetëror i Tiranës, Fakulteti i Shkencave Politike Juridike, Tiranë 1973
2. Ardian Nuni, *“Hyrje në të Drejtën Civile”*, Botime “Morava”, Tiranë 2006
3. Ardian Nuni, Ilir Mustafaj, Asim Vokshi, *“E drejta e Detyrimeve I”*, Tiranë 2008
4. Ardian Nuni, Ilir Mustafaj, Asim Vokshi, *“E Drejta e Detyrimeve II”*, Tiranë 2008
5. Avni Shehu, *“Pronësia”*, Shtëpia Botuese “Libri Universitar”, Tiranë 1998
6. Bashkim Caka, *“E drejta në veprim”*, Shtëpia botuese At Gjergj Fishta, Tiranë 2002
7. Jani Vasili, *“Građanska procedura Republike Albanije”*, GERVIS, Tiranë, 2005,
8. Mariana Semini (Tutulani), *“E Drejta e Detyrimeve dhe kontraktave. Pjesa e Posaçme”*, Botimi i Tretë, Tiranë 2002
9. Nathanaili & N. Bicoku *“Disa çështje të pronësisë dhe trashëgimisë”*, Botim i Ministrisë së Drejtësisë, 1961

Zakoni:

1. Građanski Zakon, Zakon br. 7850, od 29.07.1994, Službene novine br. 11, str. 491, izmenjen i dopunjen Zakonom br. 8781, od 03.05.2001, Službene novine br. 24, str. 757.
2. Građanski proceduralni zakon, Zakon br.8116, od 29.03.1996, Službene novine br. 9, strana 343, izmenjen i dopunjen Zakonom br. 8812, od 17.05.2001, Službene novine br. 32, str. 973, Zakonom br. 9953, od 14.07.2008, Službene novine br. 122, str. 5415, Zakonom br. 10052, od 29.12.2008, Službene novine br. 205, str. 11065.
3. Zakon br. od 12.5.2005 “o ugovoru za lizing”, izmenjen i dopunjen Zakonom br. 9823, od 29.10.2007 i Zakonom br. 9966, od 24.7.2008.

Odluka Vrhovnog suda Albanije:

Građansko odeljenje Visokog suda, Odluka br. 1002, od 4.10.2000, Serija br. 10, oktobar 2000. godine.

Dr. sc. Romana Matanovac Vučković, docentica

Iva Kuštrak, dipl. iur., asistentica

Katedra za građansko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE

Nacionalni izvještaj za Hrvatsku

- 1. Kako je odgovornost za pravne nedostatke definirana u Vašem zakonodavstvu? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!**

Odgovornost za pravne nedostatke uređena je kao opće pravilo u čl. 357. st. 2. Zakona o obveznim odnosima NN 35/05 i 41/08 (dalje u tekstu ZOO), u glavi u kojoj se uređuju učinci dvostranoobveznih ugovora. Kod naplatnog ugovora svaki ugovaratelj odgovara za pravne nedostatke ispunjenja i dužan je štiti drugu stranu od prava i zahtjeva trećih osoba kojima bi njezino pravo bilo isključeno ili suženo. U pravnoj književnosti ističe se da je pitanje odgovornosti za pravne (kao i materijalne) nedostatke neposredno povezano s povredom načela jednake vrijednosti činidaba iz čl. 7. ZOO, te se stoga vezuje uz sve naplatne ugovore. Davanjem predmeta ispunjenja s pravnim nedostatkom sama ugovorna obveza je ispunjena, iako kao posljedica takvog ispunjenja nastaje odgovornost za pravne nedostatke. To se razlikuje od slučajeva kada nije dan ugovoren predmet ispunjenja ili je dano nešto drugo jer je tada riječ o zakašnjenju u ispunjenju ili o neispunjenju ugovorene obveze, zbog čega nastupaju druge pravne posljedice. Isto se u pravnoj književnosti ističe i za slučaj kada pravo koje je predmet kupoprodaje ne postoji. Niti tada ne bi prodavatelj odgovarao za pravne nedostatke već za neispunjenje (ako ne postoje neki razlozi za isključenje odgovornosti). No, valja razmisliti kako onda tumačiti dio odredbe iz st. 2. čl. 430 ZOO prema kojoj prodavatelj nekog prava jamči da ono postoji. Možda bi slijedom te odredbe bilo mjesta za tumačenje da odgovornost za pravne nedostatke postoji i onda kada prava koje je predmet ispunjenja nema. O ovom pitanju nema dostupne sudske prakse pa se ne može dati konačan odgovor.

U st. 3. čl. 357. ZOO uređeno je da se na odgovornost za pravne nedostatke primjenjuju pravila o odgovornosti prodavatelja, ako za pojedine ugovore nije drukčije propisano. Ta je odgovornost uređena u čl. 430. do 437. ZOO. Stoga su navedena pravila, koja su sadržana u posebnoj dijelu ZOO u kojem se uređuje kupoprodajni ugovor, posredstvom čl. 357. st. 3. ZOO postala opća pravila koja se primjenjuju na sve druge tipove naplatnih ugovora. Prema tome, definiciju odgovornosti za pravne nedostatke treba potražiti i u čl. 430. st. 1. ZOO prema kojem prodavatelj odgovara ako na prodanoj stvari postoji neko pravo trećega koje isključuje, umanjuje ili ograničuje kupčevo pravo, a o čijem postojanju kupac nije obaviješten, niti je pristao uzeti stvar opterećenu tim pravom. Dalje, u st. 2. istoga članka, uređuje se odgovornost za pravne nedostatke prenesenog prava te prema toj odredbi prodavatelj nekog prava jamči da ono postoji i da nema pravnih smetnji za njegovo ostvarenje. Prema sudskoj praksi ugovor kojim se prenosi neko pravo nije ništetan samo zato što otuđivatelj nije ovlaštenik toga prava. Takav ugovor obvezuje stranke a raskid može pod određenim pretpostavkama zahtijevati stjecatelj kojem otuđivatelj odgovara ako postoji neko pravo koje isključuje pravo stjecatelja. (Vrhovni sud RH, Rev. 2223/90 od 20. 3. 1991.)

Citiranim odredbama iz čl. 430. proširuje se opća definicija o odgovornosti za pravne nedostatke iz čl. 357. st. 2. ZOO. Valja još uočiti i odredbu iz čl. 436. ZOO prema kojoj prodavatelj odgovara za pravne nedostatke i u slučaju kada postoje posebna ograničenja javnopravne naravi koja kupcu nisu bila poznata, ako je prodavatelj za njih znao ili je znao da se mogu očekivati, a nije ih kupcu priopćio. Tek sve ovo zajedno čini potpunu zakonsku definiciju odgovornosti za pravne nedostatke predmeta ispunjenja koja se primjenjuje kod svih tipova naplatnih ugovora.

Nadalje valja istaknuti da se u pravnoj književnosti izražava stajalište da se i odredbe kojima se uređuje odgovornost za materijalne nedostatke mogu primijeniti i na odgovornost za pravne nedostatke, ali ne sve, već samo one koje uređuju pitanja koja nisu izrijekom propisana u čl. 430. do 437. ZOO i koje je moguće primijeniti uvažavajući posebnosti odgovornosti za pravne nedostatke te na način koji odgovara različitoj naravi ovih dviju vrsta nedostataka.

Odgovornost za pravne nedostatke u sudskoj praksi naziva se i zaštita od evikcije (Županijski sud u Zagrebu, Gž-4788/02, od 23. 4. 2004.). Prema toj sudskoj odluci: "Kod ugovora o prodaji pod evikcijom se razumijeva pravno uznemiravanje povodom kupnjom pribavljene stvari, a uznemiravanje se vrši na temelju nekog prava trećeg koje je postojalo prije kupčevog stjecanja. Dakle, potrebno je da postoji neko pravo trećeg te da ono isključuje, umanjuje ili ograničava kupčevo pravo." Moglo bi se reći da je u ovome slučaju sud dalje specificirao definiciju odgovornosti za pravne nedostatke nazivajući ga zaštitom od evikcije te istodobno definirajući pojam evikcije. Također je sud jasno izrazio i stajalište da pravo trećeg mora postojati prije kupčeva stjecanja. U drugoj odluci (Županijski sud u Rijeci, Gž-1326/03, od 24. 11. 2004.) sud je definirao odgovornost za pravne nedostatke nazivajući ju odgovornošću za evikciju te navodeći: "Naime, odgovornost za pravne nedostatke (evikcija) nije ništa drugo nego pravno uznemiravanje stjecatelja stvari od strane nekog trećeg koji zapravo isključuje, umanjuje ili ograničava kupčevo pravo, a to znači da treći stvarno ističe neko pravo na stvar, u ovom slučaju glede nekretnina koje su predmet prodaje. Međutim, ukoliko treći nikad nije ni istaknuo svoje pravo, odnosno svoj zahtjev prema stjecatelju stvari, onda se tuženici ne mogu uspješno pozivati na institut evikcije. To drugim riječima znači da za egzistenciju pravnog uznemiravanja nije odlučna samo puka mogućnost njegovog nastanka već je potrebno da je ono u stvarnosti i nastupilo, dakle mora se pokazati da treća osoba polaže neko svoje pravo na kupljenu stvar, što u priporu nije ni dokazivano, a kamoli da bi se stvarno dogodilo. Slijedom toga, tuženici se u ovom postupku ne mogu osnovano pozivati na odgovornost za pravne nedostatke i u tom smislu tražiti sniženje cijene prodane stvari ili pak naknadu štete, i to iz jednostavnog razloga jer im nitko treći u tom smislu nikad nije istaknuo sudski ili pak izvansudski zahtjev koji bi ih pravno uznemiravao." Sud u ovome predmetu izražava stajalište da puka mogućnost trećeg da istakne svoj zahtjev prema stjecatelju koji bi ga isključivao od stjecanja nekog prava ili bi stečeno pravo umanjivao ili ograničavao samo po sebi ne dovodi do odgovornosti za pravne nedostatke. Treći uistinu mora istaknuti svoj zahtjev, bilo sudskim ili izvansudskim putem. Tu sud također ističe stajalište da zahtjev trećeg ne mora nužno biti postavljen u nekom sudskom postupku, već je dostatno da se na bilo koji način pokaže da treća osoba polaže pravo na neku stvar. (U tome smislu vidjeti i prvi dio odredbe iz čl. 431. ZOO.) U pravnoj književnosti ističe se da evikcija može biti sudska, u kojoj treći manifestira svoj stav o postojanju svojeg prava poduzimanjem neke pravne radnje pred sudom ili drugim nadležnim tijelom, upravljenu na ostvarenje ili utvrđenje svog prava ili, pak, izvansudska, u kojoj treći svoje zahtjeve ističe izvansudskim putem. Također, u pravnoj književnosti uobičajeno se ističe da postoji potpuna i djelomična evikcija. Kod potpune evikcije pravo trećeg u cijelosti isključuje pravo stjecatelja. To npr. može biti slučaj kada je stečena stvar u vlasništvu treće osobe a ne u vlasništvu otuđivatelja, odnosno kada stečeno pravo ne pripada otuđivatelju već trećoj osobi. O djelomičnoj evikciji riječ je onda kada su stjecateljevo pravo na stvari ili sadržaj stečenog prava

ograničeni ili umanjeni zbog nekog prava treće osobe koje može biti obveznopravne, stvarnopravne ili nasljednopravne naravi.

Ovdje još valja napomenuti da odgovornost za pravne nedostatke postoji ako kupac odnosno drugi stjecatelj nije bio obaviješten o nedostatku niti je pristao na to da predmet ispunjenja ima pravni nedostatak (čl. 430. st. 1. ZOO). Prema stajalištu izraženom u pravnoj književnosti znanje prodavatelja odnosno drugog otuđivatelja za pravne nedostatke nije pretpostavka za nastanak njegove odgovornosti, osim kada je riječ o posebnim ograničenjima javnopravne naravi. U tome slučaju traži se da je otuđivatelj znao da postoje ili je znao da se takva ograničenja mogu očekivati, a nije to priopćio stjecatelju. S druge strane, pretpostavka za nastanak odgovornosti za pravne nedostatke jest neznanje stjecatelja o tim nedostacima odnosno njegov nepristanak da uzme stvar ili stekne pravo s pravnim nedostatkom. Saznati za pravni nedostatak stjecatelj može od otuđivatelja ili na neki drugi način. Prodavatelj stoga neće odgovarati za pravne nedostatke ako je kupac znao za pravni nedostatak i pristao kupiti stvar s pravnim nedostatkom. To je potvrđeno i u revizijskoj odluci Vrhovnog suda RH, Rev. 848/88 od 27. 9. 1989. u kojoj sud navodi: "Međutim, uvjet za prodavateljevu odgovornost u takvom slučaju jest da kupac nije bio obaviješten u vrijeme kupovine o postojanju prava trećih osoba na stvari koju kupuje, odnosno da nije pristao kupiti stvar opterećenu tim pravom. U ovom slučaju, pak, utvrđeno je da su tužitelj i tuženi znali da navedeni televizor nije ocarinjen i tužitelj kao kupac pristao je kupiti i takav televizor. Zbog toga tuženi u smislu navedene zakonske odredbe ne odgovara kao prodavatelj za nedostatak koji je stvar imala u vrijeme prodaje kupcu, pa tužitelj, kako se opravdano ističe u reviziji, neosnovano od tuženoga traži naknadu štete." Slijedom navedenog, u pravnoj književnosti prava stjecatelja koja proizlaze iz odgovornosti za pravne nedostatke povezuju se s načelom savjesnosti i poštenja iz čl. 4. ZOO. Stjecatelj mora biti u dobroj vjeri prilikom stjecanja i može crpiti svoja prava iz odgovornosti za pravne nedostatke samo ako za njih nije znao.

Valja također istaknuti da je u odluci Županijskog suda u Zagrebu, Gž-11222/00 od 10. 6. 2003. sud potvrdio i u pravnoj književnosti izraženo stajalište da krivnja za pravne nedostatke nije relevantna za nastanak odgovornosti. U presudi se navodi: „Međutim, uvjet za prodavateljevu odgovornost u takvom slučaju jest da kupac nije bio obaviješten u vrijeme kupovine o postojanju prava trećih osoba na stvari koju kupuje, odnosno da nije pristao kupiti stvar opterećenu tim pravom. Budući da nije utvrđeno da bi kupac (tužitelj) znao, niti žalitelj tvrdi da bi to bio slučaj, neodlučno je za ovaj spor pitanje tko je skrivio nedostatak. Stoga on kao prodavatelj u smislu navedene odredbe odgovara kupcu.“

Odgovornost prodavatelja za pravne nedostatke prelazi na njegove univerzalne, ali ne i na singularne pravne sljednike. (Vrhovni sud RH, Rev. 961/88 od 10. 11. 1988.)

2. Kako je definiran pravni nedostatak za stvari i prava u vašem zakonodavstvu? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!

Prema čl. 430. st. 1. ZOO prodavatelj odgovara za pravni nedostatak na stvari ako na toj stvari postoji neko pravo trećeg koje isključuje, umanjuje ili ograničuje kupčevo pravo. Prema st. 2. istoga članka prodavatelj nekog prava jamči da to pravo postoji i da nema pravnih smetnji za njegovo ostvarenje. Prema čl. 436. ZOO pravni nedostatak predstavljaju i posebna ograničenja javnopravne naravi. Slijedom svega može se zaključiti da bi zakonska definicija pravnog nedostatka bila da pravni nedostatak postoji kada na predmetu ispunjenja postoji neko pravo treće osobe ili neko javnopravno ograničenje koje stjecatelju onemogućuje da u punom opsegu stekne ona prava ili ono pravo koje prema ugovoru treba steći.

Pravo trećeg može biti bilo koje pravo koje isključuje, umanjuje ili ograničava pravo koje je stjecatelj prema ugovoru trebao steći. Pri tome valja uzeti u obzir koja prava trećih mogu uopće imati učinak prema stjecatelju. Tako će pravni nedostatak u pravilu predstavljati prava trećih koja su apsolutne naravi, dok će relativna prava trećih predstavljati pravni nedostatak samo ako slijedom konkretnih okolnosti mogu imati učinak prema stjecatelju. Ograničenja javnopravne naravi postojat će onda kada osoba javnog prava u vršenju javne vlasti općim ili posebnim pravnim aktom isključi, ograniči ili umanjuje samo pravo stjecatelja ili ovlasti koje bi mu trebale prema ugovoru pripadati temeljem stečenog prava. Kao primjer ograničenja javnopravne naravi može se navesti slučaj kada je carina oduzela stečenu stvar jer ona prilikom uvoza nije bila ocarinjena (Vrhovi sud RH, Rev. 848/88 od 27. 9. 1989.).

Prema sudskoj praksi (Vrhovni sud RH, Rev. 2726/94 od 14. 5. 1997., Rev. 560/95 od 18. 6. 1998., Rev. 1459/01 od 15. 9. 2004. te Rev. 152/00 od 28. 5. 2003.) pravni nedostatak postoji kada automobil ima krivotvorene isprave (krivotvorenu prometnu dozvolu) odnosno krivotvoren broj šasije, što kupcu onemogućava registraciju i uporabu automobila. Također, pravni nedostatak postoji i onda kada je predmet ispunjenja ukradeno motorno vozilo, zbog čega je nadležno tijelo oduzelo takvo vozilo od kupca (Vrhovni sud RH, Rev. 3226/94 od 28. 10. 1997., te Vrhovni sud RH, Rev. 2507/99 od 5. 2. 2002.).

Pravni nedostatak postoji i u slučaju kada se prodavateljica zemljišnoknjižnim izvatom predstavila kupcu kao isključiva vlasnica stana dok je istodobno stan pripadao suprugu prodavateljice na temelju bračne stečevine te je suprug kupcu stan oduzeo. (Vrhovni sud RH, Rev. 473/03-2 od 19. 7. 2006.) Sud je utvrdio: „...da bračni drug tužene u odnosu na predmetni stan polaže pravo vlasništva koje isključuje pravo tužitelja da na temelju ugovora o prodaji stana stekne vlasništvo tog stana, da tužitelju ta okolnost u vrijeme sklapanja ugovora nije bila poznata, da je tužitelj kao kupac obavijestio tuženu prodavateljicu da njezin bračni drug polaže pravo vlasništva na stan, da tužena nije stan oslobodila od vlasničkopravnih pretenzija svog bračnog druga, te da je bračni drug tužene tužitelju oduzeo stan – proizlazi da su ostvarene materijalnopravne pretpostavke za nastupanje sankcije pravnih nedostataka... tj. da se predmeti ugovor o prodaji stana raskida po samom zakonu.“

Prema sudskoj praksi pravni nedostatak postoji i u slučaju kada pravo suvlasništva nije moguće pretvoriti u pravo vlasništva na posebnoj dijelu nekretnine zato što je zgrada sagrađena protivno građevnoj dozvoli. Zato na nekretnini kao predmetu ugovora postoji pravni nedostatak u smislu čl. 430. ZOO na temelju čega kupac ima prava iz čl. 432. ZOO. (Vrhovni sud RH, Rev. 502/07 od 19. 11. 2008.) S druge strane, Vrhovni sud RH je u revizijskom predmetu Rev. 1058/05 od 16. 3. 2006. zauzeo stajalište da činjenica da nekretnina koja je predmet prodaje nije upisana u zemljišne knjige i da prodavatelj nije upisan kao vlasnik nije sama po sebi takav pravni nedostatak koji bi kupcu davao pravo na raskid ugovora.

Ako bi stjecatelj znao za postojanje gore definiranog pravnog nedostatka, tada nema odgovornosti otuđivatelja iako sam pravni nedostatak i dalje postoji. Stoga se takve slučajeve prema pravnoj književnosti može izjednačiti s nepostojanjem pravnih nedostataka, jer su učinci nepostojanja odgovornosti istovjetni s učincima nepostojanja pravnih nedostataka. Tako je Vrhovni sud RH u predmetu Rev. 848/88-2 od 27. 9. 1989. odlučio da prodavatelj neće odgovarati za pravne nedostatke ispunjenja kada je carinska služba kupcu oduzela kupljeni televizor, budući da je kupac bio obaviješten da predmetni televizor nije ocarinjen.

3. Koje su obaveze kupca u slučajevima pravnih nedostataka (kao na primer, ali ne i ograničeno na obavezu za notifikaciju prodavca)? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!

Kad se pokaže da treća osoba polaže neko pravo na stvar koja je predmet ispunjenja u napatnom ugovoru, kupac odnosno drugi stjecatelj dužan je o tome obavijestiti prodavatelja, osim kada je to prodavatelju već poznato, i pozvati ga da stvar u razumnom roku oslobodi od prava ili zahtjeva trećeg ili da mu, kad su predmet ispunjenja stvari određene po rodu, isporuči drugu stvar bez nedostatka. Navedena obveza kupca propisana je u čl. 431. ZOO. Kao što je prethodno rečeno, postoji sudska i izvansudska evikcija. U tome smislu treći može na bilo koji način pokazati da polaže neko pravo na stvar ili pravo koje je predmet ispunjenja. Ne mora to pokazati podnoseći tužbu ili drugu pravnu radnju pred sudom ili nadležnim tijelom. Postojanje prava trećeg može se utvrditi na bilo koji način a ne samo sudskom odlukom. Stoga u svakom slučaju kada se na bilo koji način pokaže da treći polaže neko pravo na predmetu ispunjenja, kupac ima dužnost o tome obavijestiti prodavatelja. Prema pravnoj književnosti, bilo koja izvansudska manifestacija stajališta od strane trećeg iz koje proizlazi njegovo shvaćanje o postojanju nekog njegova prava na predmetu ispunjenja stvara na strani stjecatelja obavezu obavješćivanja otuđivatelja. No, prema pravnoj književnosti, stjecateljevu dužnost obavješćivanja ne može se shvatiti kao njegovu obvezu kojoj bi korespondiralo neko pravo ili zahtjev otuđivatelja. Stjecatelj bi tek prema općoj odredbi iz čl. 348. ZOO o odgovornosti zbog propuštanja obavijesti odgovarao otuđivatelju za štetu koja bi mu zbog propuštanja davanja obavijesti nastala. (U čl. 348. ZOO iz glave o učincima ugovora propisano je da ugovorna strana koja je dužna obavijestiti drugu stranu o činjenicama što su od utjecaja na njihov međusobni odnos odgovara za štetu koju pretrpi druga strana zbog toga što nije bila na vrijeme obaviještena.) Slijedom navedenog može se zaključiti da je obavješćivanje otuđivatelja tek pretpostavka očuvanja stjecateljevih prava iz odgovornosti za pravne nedostatke. Ako u zakonom propisanom roku ne obavijesti otuđivatelja, izgubit će prava iz odgovornosti za pravne nedostatke. No, stjecatelj će izgubiti prava iz odgovornosti za pravne nedostatke ako nije obavijestio otuđivatelja tek protekom prekluzivnih rokova za ostvarivanje prava iz čl. 437. ZOO, kao i u slučaju da se sam upustio u spor s trećim i izgubio ga, ako otuđivatelj dokaže da je raspolagao sredstvima da se odbije zahtjev trećeg (čl. 433. ZOO).

Obavješćivanje otuđivatelja, međutim, nije uvijek potrebno da bi stjecatelj ostvario svoja prava iz odgovornosti za pravne nedostatke. Sukladno čl. 431. stjecatelj nije dužan obavijestiti otuđivatelja ako je otuđivatelju već poznato da treća osoba polaže neko pravo na predmet ispunjenja. To je potvrdio i Vrhovni sud u revizijskom predmetu Rev. 979/07 od 27. 11. 2007., naglasivši da je kupac dužan obavijestiti prodavatelja kad se pokaže da treća osoba polaže neko pravo na stvar, izuzev kad je to prodavatelju već poznato. Prema sudskoj praksi prodavatelju protiv kojeg se vodi kazneni postupak u vezi s prodanom stvari moralo bi biti poznato da postoji pravni nedostatak na prodanoj stvari, slijedom čega kupac nije dužan o tome obavijestiti prodavatelja (Vrhovni sud RH, Rev. 285/06 od 17. 10. 2007.) Nadalje, obavješćivanje otuđivatelja o pravnom nedostatku nije potrebno niti onda kada je pravo trećeg očito osnovano. Naime, prema čl. 434. st. 1. ZOO kupac ima pravo pozvati se na prodavateljevu odgovornost za pravne nedostatke i kad je bez obavijesti prodavatelja i bez spora priznao očito osnovano pravo trećeg. Prema sudskoj praksi: "Činjenica da je treća osoba podnijela zahtjev za vraćanje oduzete imovine nije očito osnovano pravo u smislu čl. 434. st. 1. ZOO, koje bi isključivalo, umanjivalo ili ograničavalo pravo tužitelja kao kupca. Postojanje prava treće osobe treba naime biti posve nesporno, a ishod upravnog postupka koji je pokrenula ta treća osoba nije izvjestan. Pravo treće osobe mora biti očito. U ovom slučaju tek postoji mogućnost da treća osoba u pokrenutom postupku pred upravnim tijelom stekne određena prava. Prava koja će

eventualno steći treća osoba ne moraju dovesti do isključenja, umanjenja ili ograničenja tužiteljeva prava.” (Vrhovni sud RH, Rev. 668/05 od 14. 6. 2006.) I naposljetku, obavješćivanje otuđitelja nije potrebno niti ako otuđitelj ne raspolaže sredstvima za odbijanje zahtjeva treće osobe. Tada se stjecatelj može upustiti u spor s trećim i bez obavijesti otuđitelju. Ako spor izgubi, može se ipak pozvati na odgovornost otuđitelja za pravne nedostatke. Tu mogućnost neće imati samo u slučaju kada otuđitelj dokaže da je raspolagao sredstvima za odbijanje zahtjeva treće osobe (čl. 433. ZOO). Prema pravnoj književnosti, pod “sporom” se ovdje podrazumijeva svaki pravni postupak, ne nužno parnični.

U čl. 431. ZOO također je propisano da kad se pokaže da treća osoba polaže pravo na neku stvar, stjecatelj je dužan pozvati otuđitelja da u razumnom roku oslobodi stvar od prava ili zahtjeva trećeg ili da mu, kad su objekt ugovora stvari određene po rodu, isporuči drugu stvar bez pravnog nedostatka. To se prema pravnoj književnosti također ne shvaća kao obaveza stjecatelja, već kao njegovo pravo koje proizlazi iz odgovornosti za pravne nedostatke. Ipak, stjecatelj mora opisani zahtjev postaviti u roku iz čl. 437. ZOO kako ne bi izgubio prava iz odgovornosti za pravne nedostatke.

4. Koje su sankcije za pravne nedostatke tj. koji je obim odgovornosti za pravne nedostatke? Koje su sankcije u slučajevima kada kupac ne ispuni svoje obaveze u pogledu pravnih nedostataka? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!

Kao što je u odgovorima na prethodna pitanja već napomenuto, kako bi ostvario svoja prava iz odgovornosti za pravne nedostatke, stjecatelj je dužan otuđitelja obavijestiti o tome da se pokazalo da treća osoba polaže neko pravo na predmetu ispunjenja koje isključuje, umanjuje ili ograničuje pravo koje je prema ugovoru stjecatelj trebao steći te ga pozvati da u razumnom roku oslobodi predmet ispunjenja od prava ili zahtjeva trećeg ili da mu, ako je riječ o stvari koje su određene po rodu, isporuči drugu stvar bez nedostatka. O tome što je u ovome slučaju razumni rok treba razmatrati uvijek ovisno o konkretnim okolnostima svakog slučaja. (Vrhovni sud RH, Rev. 979/07 od 27. 11. 2007.)

Prema čl. 432. st. 2. ZOO, ako otuđitelj ne udovolji stjecateljevu zahtjevu da u razumnom roku oslobodi stvar od prava ili zahtjeva trećega, stjecatelj može raskinuti ugovor ako se zbog toga njegova svrha ne može ostvariti. Ova odredba uređuje prava kupca odnosno drugog stjecatelja u slučaju kada je došlo do izvansudske evikcije, tj. u slučaju kada treći nije pokrenuo nikakav postupak pred sudom ili drugim tijelom radi ostvarenja svojega prava koje isključuje, ograničuje ili umanjuje stjecateljevo pravo, već je izvansudski manifestirao svoj stav da njegovo pravo na predmetu ispunjenja postoji. Ako je protekao razumni rok a otuđitelj nije ispunio stjecateljev zahtjev te ako se zbog postojanja pravnog nedostatka ne može ostvariti svrha ugovora, kupac može jednostranom izjavom volje raskinuti ugovor. Prema sudskoj praksi, nije nužno tužbom zahtijevati raskid ugovora. Također, izjava o raskidu ne mora biti učinjena u pisanom obliku. Do raskida dolazi izjavom kupca, ako su ostvarene pretpostavke za raskid ugovora zbog pravnih nedostataka. Ako bi postojao spor o tome je li raskid ugovora u ovom slučaju proizveo pravni učinak, odluka suda imala bi deklaratorni a ne konstitutivni karakter. (Vrhovni sud RH, Rev 152/00 od 28. 5. 2003.) Vrhovni sud RH je u revizijskom predmetu Rev. 1435/97 od 3. 12. 1997. obrazložio: “Pravilno je zaključivanje sudova da krivotvoreni tvornički bojevi na motoru automobila koji je predmet kupoprodajnog ugovora imaju značenje pravnog nedostatka zbog kojeg je ograničeno kupčevo pravo nesmetanog korištenja stvari, pa se u slučaju neotklanjanja tog nedostatka od strane prodavatelja ne može ostvariti svrha ugovora. Stoga,

ako prodavatelj na zahtjev kupca u razumnom roku stvar ne oslobodi takva nedostatka, kupac može raskinuti ugovor. Navedeno pravo, raskinuti ugovor, predstavlja pravo na jednostrani izvansudski raskid ugovora, a što znači da učinak raskida ima sama izjava o raskidu ugovora, pa u slučaju kada je zatražen sudski raskid i o njemu donesena odluka suda, takva odluka nema konstitutivno, već deklaratorno značenje... Kako je u konkretnom slučaju izjava o raskidu dana unutar navedenog roka od godine dana, pa tužbeni zahtjev za raskid ugovora ima samo deklaratorno značenje, te se može odnositi samo na utvrđenje već nastalog raskida ugovora, treba zaključiti da nije nastupio gubitak prava tužitelja." Nadalje, u sudskoj praksi zauzeto je stajalište da sama tužba kojom se traži raskid kupoprodajnog ugovora predstavlja izjavu kupca o raskidu ugovora, kada takva izjava nije dana prije podnošenja tužbe (Vrhovni sud RH, Rev. 1391/99 od 19. 11. 2000., te Županijski sud u Dubrovniku, Gž-1426/06 od 20. 11. 2008.).

Već je ranije rečeno da stjecateljeva dužnost iz čl. 431. ZOO da obavijesti otuđivatelja o pravnom nedostatku i njegova dužnost da zahtijeva otklanjanje nedostatka ili predaju druge stvari bez nedostatka ne stvaraju nikakvo pravo ili zahtjev na strani otuđivatelja. Ako navedene dužnosti ne budu izvršene u prekluzivnom roku iz čl. 437. ZOO kao posljedica nastupit će gubitak prava iz odgovornosti za pravne nedostatke. Jednako tako, ako je riječ o izvansudskoj evikciji, propust stjecatelja da u skladu s čl. 432. st. 2. u roku iz čl. 437. ZOO jednostranom izjavom volje raskine ugovor, za svoj rezultat imat će također gubitak prava iz odgovornosti za pravne nedostatke.

S druge strane, ako je riječ o sudskoj evikciji primjenjuje se čl. 432. st. 1. ZOO. Ako je, dakle, treći pokrenuo neki postupak pred sudom ili drugim nadležnim tijelom, za ostvarenje svojeg prava koje isključuje pravo stjecatelja, ako otuđivatelj ne postupi po zahtjevu stjecatelja i ne otkloni nedostatak ili ne preda drugu generičnu stvar bez nedostatka, pa uslijed toga dođe do oduzimanja stvari od kupca, ugovor se raskida po samom zakonu. Vrhovni sud RH je u ovdje već spominjanom predmetu Rev. 473/03 od 19. 7. 2006. u kojem je bračni drug oduzeo kupcu stan jer je vlasnik stana na temelju bračne stečevine, zaključio da je ugovor o kupoprodaji stana raskinut po samom zakonu, na temelju čl. 432. st. 1. ZOO. Isto je sud zaključio i u slučaju kada je nadležno tijelo oduzelo kupcu ukradeni automobil (Vrhovni sud RH, Rev. 644/07 od 28. 8. 2007., Rev. 788/01 od 12. 5. 2004., Rev. 1054/92 od 9. 9. 1992., Rev. 1391/99 od 19. 11. 2000.) kao i u slučaju kada je oduzet automobil stečen na temelju ugovora o zamjeni. (Vrhovni sud RH Rev. 560/95 od 18. 6. 1998.) U svakom od ovih slučajeva sud je zaključio i da stjecatelj ima pravo na povrat plaćene cijene. To je posljedica primjene općih pravila o posljedicama raskida ugovora, a ne posebnih odredaba o odgovornosti za pravne nedostatke.

U istoj odredbi propisano je i što se događa u slučaju kada je došlo do djelomične sudske evikcije. Naime, ako je treći pokrenuo neki postupak pred sudom ili drugim nadležnim tijelom, za ostvarenje svojeg prava koje umanjuje ili ograničuje pravo stjecatelja, ako otuđivatelj ne postupi po zahtjevu stjecatelja i ne otkloni nedostatak ili ne preda drugu generičnu stvar bez nedostatka, pa uslijed toga stjecateljevo pravo bude umanjeno ili ograničeno, stjecatelj ima pravo po svom izboru raskinuti ugovor ili zahtijevati razmjerno sniženje cijene (čl. 432. st. 1. ZOO). Ovdje se ugovor ne raskida po samom zakonu već izjavom volje otuđivatelja. Prema pravnoj književnosti, o tome što je razmjerno sniženje cijene valja zaključiti uzimajući u obzir vrijednost predmeta ispunjenja s pravnim nedostatkom i njegovu vrijednost bez nedostatka.

U svakome od navedenih slučajeva stjecatelj ima pravo na naknadu štete prema općim pravilima o odgovornosti za štetu (čl. 432. st. 3. ZOO). Pri tome se u pravnoj književnosti naglašava da je riječ o primjeni općih pravila o odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora, a ne na primjenu općih pravila o odgovornosti za izvanugovornu štetu. Prema sudskoj praksi plaćena premija kasko osiguranja za vozilo koje je kupcu bilo oduzeto zato što je trećem bilo ukradeno predstavlja štetu na koju kupac ima pravo (Vrhovni sud RH, Rev. 1054/92 od 9. 9. 1992.). Kupac kojem je nadležno tijelo

oduzelo kupljeno vozilo jer je bilo ukradeno ima pravo od prodavatelja zahtijevati povrat isplaćene cijene a i naknadu štete. (Vrhovni sud RH, Rev. 1391/99 od 19. 11. 2000., te Rev. 2726/94 od 14. 5. 1997.)

Međutim, ako je u trenutku sklapanja ugovora stjecatelj znao za mogućnost da mu stvar bude oduzeta ili da njegovo pravo bude umanjeno ili ograničeno, nema pravo na naknadu štete ako se ta mogućnost ostvari, ali ima pravo na povrat odnosno sniženje cijene (čl. 432. st. 4. ZOO). Ovdje se valja prisjetiti i odredbi iz čl. 430. ZOO prema kojima odgovornost za pravne nedostatke postoji samo onda kada stjecatelja nije bio obaviješten o tome nedostatku niti je pristao uzeti stvar ili steći pravo s nedostatkom. Naizgled, ove dvije odredbe su međusobno kontradiktorne. No, u odredbi iz čl. 432. st. 4. ZOO valja uočiti da stjecatelj zna samo za mogućnost da stvar bude oduzeta ili pravo umanjeno ili ograničeno. U slučaju kada stjecatelj ne zna za pravni nedostatak već samo zna za mogućnost da takav nedostatak postoji, pa se ta mogućnost i ostvari, tada će također nastati odgovornost otuđitelja za pravne nedostatke. Međutim, njegova odgovornost je ograničena te neće odgovarati za štetu koja stjecatelju nastane, iako će se stjecatelj moći pozivati na ostala prava iz odgovornosti za pravne nedostatke. O ovoj odredbi nema dostupne sudske prakse.

5. Da li se odgovornost prodavca za pravne nedostatke može ograničiti i/ili isključiti i kako? Da li postoje neki specifični uslovi za ograničenje/isključenje odgovornosti? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!

Pravila o odgovornosti za pravne nedostatke dispozitivne su naravi pa ih strane mogu ugovorom ograničiti ili sasvim isključiti (čl. 435. st. 1. ZOO). Ovo je jedna od posljedica načela dispozitivnosti prema kojem ugovorne strane slobodno uređuju obvezne odnose (čl. 2. ZOO) pa će se, ako se ne dogovore drukčije, primjenjivati zakonske odredbe o odgovornosti za pravne nedostatke. Zato je to jedan od tipičnih prirodnih sastojaka pravnog posla.

Ipak, sloboda ugovaranja iz članka 2. ZOO-a ograničena je odredbama Ustava RH, prisilnim propisima i moralom društva, a svakako treba voditi računa i o drugim načelima obveznog prava. Objе ugovorne strane dužne su pridržavati se načela savjesnosti i poštenja (čl. 4. ZOO). Posljedica nepoštivanja tog načela propisana je u članka 435. stavku 2.: ako je prodavatelju u vrijeme sklapanja ugovora bio poznat ili mu nije mogao ostati nepoznat neki nedostatak u njegovom pravu odredba ugovora o ograničenju odnosno isključenju odgovornosti za pravne nedostatke bit će ništetna. Prodavatelj će odgovarati kupcu kao da te odredbe u ugovoru nije niti bilo. Ništetnost te odredbe neće dovesti do ništetnosti cijelog ugovora. Zakon izričito propisuje kao posljedicu ništetnost samo te odredbe ugovora, a ne i cijelog ugovora.

Prodavatelj se ne može valjano osloboditi obveze da sam faktično ili pravno ne uznemirava kupca. Takva bi odredba ugovora bila ništetna. Budući da je on dužan štiti kupca od prava i zahtjeva trećih osoba, logično je da se i od njega očekuje da ne uznemirava kupca, niti pravno niti faktično.

Budući da je odgovornost za pravne nedostatke uređena dispozitivnim pravilima, nema ograničenja da se ugovorne strane sporazume o pooštrenoj odgovornosti prodavatelja. Tako se u literaturi navodi da bi i nedostatak koji u manjoj mjeri ograničava pravo kupca, mogao dovesti do raskida *ex lege*, ako to strane ugovorom odrede.

Sudske prakse za isključenje odnosno ograničenje odgovornosti za pravne nedostatke gotovo da i nema. U literaturi se navodi da je razlog tome činjenica da se ugovorne strane uopće ne

koriste ili nedovoljno koriste ovom mogućnošću, bilo iz razloga što koriste tipske ugovore (u kojima ta odredba nije sadržana) ili iz nekog drugog razloga.

Iz sudske prakse:

„Nisu od značaja niti revizijski navodi kojima se ukazuje na savjesnost tuženika sa tvrdnjom da on za sporni nedostatak nije znao, i to stoga što je za ocjenu pitanja kupčevih prava zbog pravnih nedostataka pitanje savjesnosti, odnosno nesavjesnosti prodavatelja neodlučno. To pitanje može biti od značaja samo kod primjene odredbe iz čl. 513. ZOO (sada čl. 435. ZOO), a to u ovome predmetu nije slučaj.“

Iz obrazloženja odluke VSRH, Rev 3122/99 od 8. srpnja 2003.

Isto i u obrazloženju odluke VSRH, Rev 1435/97 od 3. prosinca 1997.

6. Da li su prava kupca u vezi pravnih nedostataka vremenski ograničena? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo Vas citirajte broj i izreku presude!

Ostvarivanje prava kupca iz odgovornosti za pravne nedostatke vremenski je ograničeno rokom koji se razlikuje ovisno o tome je li riječ o sudskoj ili izvansudskoj evikciji.

Odredbom članka 437. st. 1. ZOO-a propisano je da kupac gubi prava iz odgovornosti za pravne nedostatke istekom godine dana od saznanja za postojanje prava trećega. Ovdje je riječ o izvansudskoj evikciji. Po svojoj naravi, ovaj rok je prekluzivan i subjektivan. U pravnoj književnosti nije sporno radi li se u ovom slučaju o prekluzivnom roku, međutim, spominju se i zastarni rokovi. Budući da ne postoji poseban objektivni rok, ističe se da bi se mogao primijeniti opći zastarni rok iz članka 225. (npr. u situaciji kada kupac trećem isplati određeni iznos da ovaj odustane od svog očito osnovanog prava u kojem slučaju može zahtijevati od prodavatelja da mu naknadi isplaćeni iznos – čl. 434.), kao i posebni zastarni rokovi za naknadu imovinske štete iz članka 230. Zakona o obveznim odnosima. Rok je subjektivan, jer teče od saznanja za postojanje prava trećeg, pri čemu nije važno na koji način je kupac saznao za pravo trećega.

Iz sudske prakse:

„Navedeno pravo raskinuti ugovor predstavlja pravo na jednostrani izvansudski raskid ugovora, a što znači da učinak raskida ima sama izjava o raskidu, pa u slučaju kada je zatražen sudski raskid i o njemu donijeta odluka suda, takva odluka nema konstitutivno, već deklaratorno značenje. [...] Kako je u konkretnom slučaju izjava o raskidu data unutar navedenog roka od godinu dana, pa tužbeni zahtjev za raskid ugovora ima samo deklaratorni značaj, te se može odnositi samo na utvrđenje već nastalog raskida ugovora, to je za zaključiti da nije nastupio gubitak navedenog prava.“

Iz obrazloženja odluke VSRH, Rev 1435/97 od 3. prosinca 1997.

„Pravilan je zaključak niže stupanjskih sudova o nepostojanju okolnosti na strani tužitelja kao kupca koje bi dovodile do gašenja njegovog prava po osnovi pravnih nedostataka. Naime, suprotno reviziji, tužitelj je upućivanjem obavijesti o oduzimanju vozila tuženiku, odmah istog dana kada mu je vozilo oduzeto, a to je uslijedilo 21. ožujka 1995. godine, održao rok iz čl. 515. st. 1. ZOO. (sada čl. 437. st. 1. ZOO) [...] Isto tako, a suprotno reviziji, sama obavijest o oduzimanju, sa ujedno upućenim zahtjevom za povrat cjelokupno plaćene prodajne cijene za ovo vozilo, predstavljalo bi izraženu volju za raskidom koji raskid bi u datim okolnostima oduzimanja, a i slijedom naravi samog nedostatka, nastupio po zakonu pozivom na čl. 510. st. 1. ZOO (sada čl. 432. st. 1.).“

Iz obrazloženja odluke VSRH, Rev 3122/99 od 8. srpnja 2003.

Ako se radi o sudskoj evikciji, razlikujemo dva slučaja. U prvom slučaju, ako je postupak pokrenut prije isteka roka od godine dana od saznanja kupca za postojanje prava trećeg, a kupac je pozvao prodavatelja da se u spor umiješa, kupac može ostvarivati prava iz odgovornosti za pravne nedostatke u roku od šest mjeseci od pravomoćnosti odluke (čl. 437. st. 2. ZOO). Rok je objektivna i prekluzivna. Nakon protoka tog roka, kupac gubi pravo jednostranom izjavom raskinuti ugovor odnosno zahtijevati sniženje cijena, a gubi i pravo na naknadu štete.

U drugom slučaju, kada je postupak pokrenut nakon isteka roka od godine dana, kupac gubi prava iz odgovornosti za pravne nedostatke, jer Zakon izričito propisuje šestomjesečni rok samo za one slučajeve u kojima je postupak pokrenut do isteka roka od godine dana. To znači da kupac gubi prava prema prodavatelju, ali ne i da treća osoba gubi prava prema kupcu.

Ako je stvar kupcu u postupku bila oduzeta (potpuna evikcija) kupac ne gubi prava koja nastaju kao posljedica raskida do kojeg je došlo *ex lege*, neovisno o rokovima. Učinci raskida ugovora, između ostalog, sastoje se u tome da ona strana koja je ispunila ugovor u cijelosti ili djelomično ima pravo zahtijevati povrat onoga što je dala (čl. 368. ZOO). Zahtjev za povrat danog na ime ispunjenja ugovora, neovisno o tome radi li se o raskidu *ex lege* ili jednostranom raskidu, zastarijeva protekom općeg zastarnog roka od pet godina koji počinje teći prvog sljedećeg dana nakon raskida ugovora.

Iz sudske prakse:

„Kupac kojem je nadležno tijelo oduzelo kupljeno motorno vozilo jer je bilo ukradeno, ima pravo od prodavatelja zahtijevati povrat isplaćenog cijene ovo zato što je prodavatelj (u ovoj pravnoj stvari revident) odgovoran kao prodavatelj stvari s pravnim nedostatkom a sve je sukladno čl. 508. st. 1. Zakona o obveznim odnosima (‘‘Narodne novine’’, br. 53/91., 73/91, 3/94. i 7/96. – dalje ZOO), jer je prodao tužitelju stvar na kojoj treći ima pravo koje isključuje kupčevo pravo (tuđu stvar). Sankcije za prodaju stvari s pravnim nedostatkom koja je oduzeta kupcu propisane su čl. 510. st. 1. ZOO pa je tužitelj sukladno navedenoj odredbi mogao raskinuti ugovor i kao posljedicu raskida ugovora tražiti povrat isplaćene cijene (čl. 132. st. 2. ZOO).’’

Iz obrazloženja odluke VSRH, Rev 3226/94 od 28. listopada 1997.

„Naime, raskidom ugovora parnične su stranke oslobođene svojih obveza (izuzev obveze na naknadu štete) pa kako su tužitelji djelomično izvršili ugovor imali su pravo zahtijevati od tuženika da im vrate ono što su dali (čl. 132. st. 1. i 2. ZOO) pa je prema čl. 361. st. 1. ZOO zastarijevanje njihovog potraživanja počelo teći prvog dana poslije dana kad su upravo oni raskinuli predmetni ugovor a od tada pa do podnošenja tužbe u ovom sporu istekao je petogodišnji zastarni rok, kako to nedvojbeno proizlazi iz navedenih odlučnih činjenica koje su sudovi utvrdili.’’

Iz obrazloženja odluke VSRH, Rev 1703/91 od 14. studenog 1991.

- 7. U sporovima za odgovornost zbog pravnih nedostataka koja je pozicija stranaka (prodavca, kupca i trećeg lica koje je nosilac nekog prava ili pretenduje na pravo)? Da li postoje specifični pravni lekovi protiv odluka prvostepenog suda kad je u pitanju odgovornost za pravne nedostatke? Da li postoje neke specifikve izvršenja presuda u ovim slučajevima? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!**

Ako je treći pokrenuo sudski (parnični) postupak protiv kupca za predaju stvari za koju tvrdi da je vlasnik (ili zahtijeva ostvarivanje nekog drugog prava koje umanjuje ili ograničava pravo kupca, npr. pravo služnosti), kupac bi trebao pozvati prodavatelja da se u spor umiješa na njegovoj strani

odnosno obavijestiti ga o parnici, podneskom putem suda (čl. 211. Zakona o parničnom postupku NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08 i 57/11, dalje: ZPP). Time kupac zapravo ispunjava obvezu iz čl. 431. ZOO-a koja se sastoji u obavještanju prodavatelja o pravnom nedostatku, osim ako je prodavatelju nedostatak već poznat. Posljedica nepozivanja prodavatelja ovisit će o tome kojim je prigovorima raspolažao prodavatelj u vrijeme vođenja postupka. Ako je mogao odbiti zahtjev trećeg (npr. prigovorom da tužitelj nije vlasnik stvari, jer je prodavatelj stekao vlasništvo stvari dosjelošću), a kupac ga nije pozvao da se u spor umiješa, kupac gubi prava iz odgovornosti za pravne nedostatke. Teret dokaza u tom slučaju je na prodavatelju, jer je opće pravilo da prodavatelj odgovara za pravne nedostatke, čak i ako ga kupac nije pozvao da se u spor umiješa, uz navedenu iznimku (čl. 433. ZOO).

Kupac bi mogao biti i na aktivnoj strani. Na primjer, pravom vlasničkom tužbom za predaju stvari (*reivindicatio*) kupac od trećeg (tuženika) zahtijeva predaju stvari, a treći stavlja prigovor da je on, a ne kupac (tužitelj) vlasnik stvari.

Ako se prodavatelj odluči umiješati u spor, pravni poredak priznaje mu specifičan položaj umješača (intervenijenta). Umješač je osoba koja ima pravni interes da jedna od stranaka u postupku uspije u sporu pa joj se omogućava da sudjeluje u parnici na toj strani. Kod odgovornosti za pravne nedostatke ispunjenja riječ je o običnom umješaču, čija se ovlaštenja u parnici razlikuju od ovlaštenja koja ima umješač s položajem jedinstvenog suparničara ili *sui generis* umješač. Umješač može stupiti u parnicu do donošenja pravomoćne odluke pa i do okončanja postupka povodom izvanrednog pravnog lijeka (čl. 206. st. 1. i 2. ZPP).

Ne postoje specifični pravni lijekovi protiv meritorne odluke u postupku u kojoj je sudjelovao i umješač, već Zakon o parničnom postupku priznaje pravo umješaču na samostalno podnošenje pravnih lijekova – redovnih, ali i izvanrednih, ako se u parnicu umiješao do pravomoćnosti odluke o tužbenom zahtjevu (čl. 208. st. 2. ZPP). Budući da umješač nije stranka u postupku, pravomoćna presuda ne može se izvršiti protiv njega.

Stvar može kupcu biti oduzeta i u nekom drugom postupku, na primjer, kaznenom (sigurnosna mjera oduzimanja predmeta).

U postupku između prodavatelja i kupca radi ostvarenja prava iz odgovornosti za pravne nedostatke kupac će biti tužitelj, a prodavatelj tuženik. Tužitelj može zahtijevati da sud deklaratornom odlukom utvrdi da je ugovor raskinut (do raskida je došlo *ex lege* u slučaju potpune evikcije ili jednostranom izjavom u slučaju djelomične evikcije) ili može zahtijevati razmjerno sniženje cijene, a ima pravo i na naknadu pretrpljene štete (čl. 432. ZOO). Nema specifičnosti glede podnošenja pravnih lijekova protiv odluke prvostupanjskog suda. Obje stranke mogu podnositi redovne (žalba) i izvanredne (revizija, ponavljanje postupka) pravne lijekove. Također, ako stranke ne postupe po pravomoćnoj presudi, ona će se prisilno izvršiti prema pravilima ovršnog prava.

Iz sudske prakse:

„Na temelju tih činjeničnih utvrđenja proizlazi da je tuženik odgovoran kao prodavatelj stvari s pravnim nedostatkom po odredbi čl. 508. st. 1. Zakona o obveznim odnosima (‘‘Narodne novine’’, broj 53/91, 73/91, 3/94 – dalje ZOO), jer je prodao tužiteljici stvar na kojoj ne može tužiteljica ostvariti svoje vlasničko pravo (registrirati i upotrebljavati). Kako je tužiteljica o tome obavijestila tuženika u skladu s odredbe čl. 509. Zakona obveznim odnosima, koji nije postupio po njezinom zahtjevu, pravilno je utvrđeno (toč. 1. izreke) da je ugovor raskinut (čl. 510. st. 1. Zakona o obveznim odnosima). Učinak raskida se sastoji u tome da svaka strana vrati ono što je primila (čl. 132. st. 2. Zakona o obveznim odnosima) i da kupac ima pravo na naknadu pretrpljene štete (čl. 510. st. 3. Zakona o obveznim odnosima).’’

Iz obrazloženja odluke VSRH, Rev 2726/94 od 14. svibnja 1997.

Ako je prodavatelj sudjelovao u sporu između kupca i trećeg kao umješač, pravomoćna presuda donesena u tom postupku prema njemu ima specifičan procesni učinak – intervencijski efekt (čl. 208.a ZPP), što znači da prodavatelj ne može tvrditi da prethodni spor (u kojem je sudjelovao kao umješač) nije pravilno riješen. Prema prodavatelju neće se moći s uspjehom isticati intervencijski efekt, ako mu je bilo onemogućeno poduzimanje radnji koje bi dovele do drukčijeg rješenja spora. U tom smislu i Zakon o obveznim odnosima propisuje u kojem slučaju kupac gubi pravo pozivati se na odgovornost prodavatelja za pravne nedostatke (čl. 433. ZOO, v. *supra*), a propisan je i poseban rok u kojem kupac u tom slučaju može ostvarivati prava iz odgovornosti za pravne nedostatke (čl. 437. st. 2. ZOO, v. *supra*).

Konačno, treći nema pravo isticati ništetnost kupoprodajnog ugovora sklopljenog između prodavatelja i kupca iz razloga što tvrdi da je vlasnik predmeta kupoprodaje, jer kupoprodaja tuđe stvari obvezuje samo ugovorne strane. Prava kupca u slučaju kupoprodaje tuđe stvari propisuje članak 382. Zakona o obveznim odnosima. Kupac koji nije znao niti morao znati da je stvar tuđa ima pravo raskinuti ugovor, ako se zbog toga ne može ostvariti svrha ugovora, kao i zahtijevati naknadu štete (*usp.* čl. 432. st. 2. i 3. ZOO).

Iz sudske prakse:

„... kad je predmet prodaje tuđa stvar, ta činjenica ne daje trećoj osobi koja tvrdi da je vlasnik prodane stvari pravo zahtijevati utvrđenje ništavosti ugovora o prodaji...“

Iz obrazloženja odluke VSRH, Rev 1103/87 od 23. prosinca 1987.

„... prodaja tuđe stvari obvezuje samo prodavatelje...“

Iz obrazloženja odluke VSRH, Rev 326/83 od 15. lipnja 1983.

„... slučaju prodaje tuđe stvari samo je kupac iz tog ugovora ovlašten tražiti raskidanje ugovora...“

Iz obrazloženja odluke VSRH, Rev 391/83

„... s druge strane ni prodavatelj nije aktivno legitimiran tražiti raskid ugovora o prodaji nekretnine zato što nije bio vlasnik stvari...“

Iz obrazloženja odluke VSRH, Rev 106/80 od 28. listopada 1986.

8. Molimo vas da obezbedite listu relevantne nacionalne bibliografije (radovi, knjige, delovi knjiga) u kojoj se analizira pitanje odgovornosti za pravne nedostatke.

Članci

1. Belanić, Loris, *Zaštita od evikcije*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 25(2004)1, str. 523–557.
2. Belanić Loris, *Zaštita od evikcije s osvrtom na pravila stvarnog prava o zaštiti povjerenja u pravnom prometu*, I. dio, Pravo i porezi, 16(2007)9, str. 34–44.
3. Belanić Loris, *Zaštita od evikcije s osvrtom na pravila stvarnog prava o zaštiti povjerenja u pravnom prometu*, II. dio, Pravo i porezi, 16(2007)10, str. 59–65.
4. Čuveljak, Jelena, *Odgovornost prodavatelja za pravne nedostatke*, Hrvatska pravna revija, 2(2002)8, str. 35–42.
5. Momčinović, Hrvoje, *Odgovornost prodavatelja za pravne nedostatke prodane stvari (Zaštita od evikcije)*, Pravo u gospodarstvu, 35(1996)1–2, str. 147–159.
6. Rosenberg-Volarić, Višnja; Zubčić, Sonja, *Odgovornost za pravne nedostatke – pozitivnopravne i praktične implikacije*, Pravo u gospodarstvu, 34(1995)9–10, str. 678–691.

7. Slakoper Zvonimir, *Odgovornost za pravne nedostatke u Zakonu o obveznim odnosima i izabranim pravnim poretcima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 28(2007)1, str. 363–405.

Radovi u knjizi/dijelovi knjige

1. Klarić, Petar; Vedriš, Martin, *Građansko pravo: opći dio, stvarno pravo, obvezno pravo i nasljedno pravo*, Zagreb: Narodne novine, 2009.
2. Momčinović, Hrvoje, *Odgovornost prodavatelja za pravne nedostatke prodane stvari (Zaštita od evikcije)*, Stručne informacije za poduzeća i druge pravne osobe, 44(1995)12, str. 1177–1184(105-112).
3. Rosenberg-Volarčić, Višnja; Zubčić, Sonja, *O nekim aspektima odgovornosti za pravne nedostatke u: Zaštita vjerovnika, zbornik radova u povodu savjetovanja „Zaštita vjerovnika“*, Opatija, 28. i 29. 3. 1994., 1994, str. 151–153.
4. Slakoper, Zvonimir, *Sudska praksa 1980. – 2005. i bibliografija radova uz Zakon o obveznim odnosima*, Zagreb: RRiF-plus, 2005
5. Slakoper, Zvonimir; Gorenc, Vilim; Bukovac-Puvača, Maja, *Obvezno pravo: opći dio: sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, Zagreb: Novi informator, 2009.

Komentari zakona

1. Blagojević, Borislav T.; Krulj, Vrleta (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd: Savremena administracija, 1980.
2. Gorenc, Vilim, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb: RRiF-plus, 2005.
3. Perović, Slobodan; Stojanović, Dragoljub, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Gornji Milanovac: Kulturni centar i Kragujevac: Pravni fakultet, 1980.
4. Vizner, Boris; Bukljaš, Ivan, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978-1979.

Ostalo

1. *Pravna enciklopedija*, Beograd: Savremena administracija, 1985.
2. *Pravni leksikon*, Zagreb: Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2007.

Doc. Dr. Nenad Gavrilović*

Doc. Dr. Neda Zdraveva**

Ass. M-r. Milka Rakočević***

ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE

Nacionalni izvještaj za Makedoniju

- 1. Kako je odgovornost za pravne nedostatke definirana u vašem zakonodavstvu? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!**

U makedonskoj teoriji naglašava se da stvar čiji je promet predmet ugovora treba da ima ona svojstva koja omogućuju sticaocu da mu pravo svojine ne bude isključeno, ograničeno ili otežano zbog postojanja prava trećih lica na toj stvari. Otuda, ukoliko na stvari postoje prava trećeg lica, postoji odgovornost za pravne nedostatke. Ili, drugim rečima, do odgovornosti za pravne nedostatke dolazi kada je prodavac prodao tuđu stvar kao svoju, ili delimično svoju stvar kao svoju ili stvar opterećenu nekim pravom (zalog, službenost i sl.) kao slobodnu stvar.¹

Zakon o obligacionim odnosima² ne daje eksplicitnu definiciju odgovornosti za pravne nedostatke. Opšta obaveza odgovornosti za pravne nedostatke regulisana je članom 110, stav 2 koji predviđa da ugovarač odgovara i za pravne nedostatke ispunjenja (pored odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja, uređene članom 110 stav 1) i da je dužan štiti drugu stranu od prava i zahteva trećih osoba kojima bi njeno pravo bilo isključeno ili suženo. Na obaveze ugovornih strana koje proizlaze iz odgovornosti za pravne (i materijalne) nedostatke, prema članu 110 stav 3, na odgovarajući način primjenjuju se odredbe ovoga zakona o odgovornosti prodavca za (materijalne i) pravne nedostatke, ako za pojedine ugovore nije nešto drugo propisano. ZOO u čl. 496, stav 1, određuje da prodavac odgovara ako na prodanoj stvari postoji neko pravo trećega koje isključuje, umanjuje ili ograničava pravo kupca, a o čijem postojanju kupac nije obavješten, niti je pristao uzeti stvar opterećenu tim pravom. Dodatno, prema stavu 2 istog člana prodavac nekog prava garantuje da ono postoji i da nema pravnih smetnji za njegovo ostvarenje. Odredbe o odgovornosti prodavca za pravne nedostatke primenjuju se i kod ugovora o razmeni (čl. 544, stav 2) i ugovora od poklonu (čl. 562, stav 1). Odgovornost za pravne nedostatke postoji i kod ugovora o zakupu. Zakon o obligacionim odnosima u članu 583 definiše odgovornost zakupodavca u slučajevima kada neko treći na zakupljenoj stvari ili na nekom njezinom delu polaže neko pravo, i obrati se svojim zahtevom zakupcu, te ako samovlasno oduzme stvar od zakupca (stav 1); utvrdi se da trećem licu pripada neko pravo koje sasvim isključuje pravo zakupca na korištenje stvari (stav 2); odnosno ograničava zakupčevo pravo (stav 3).

Nije dostupna sudska praksa najvišeg suda koja specificira zakonsku definiciju.

* Docent, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ u Skoplju.

** Docent, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ u Skoplju.

*** Asistent, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ u Skoplju.

¹ Галев г., Дабовик – Анастасовска Ј., *Облигационо право, второ изменето и дополнето издание*, ЦЕППЕ, 2009, стр. 571.

² Zakon o obligacionim odnosima, objavljen u „Службен весник на РМ“, br. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009.

2. Kako je definiran pravni nedostatak za stvari i prava u vašem zakonodavstvu? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!

Prema čl. 496 (1) pravni nedostaci postoje kada na prodanoj stvari postoji neko pravo trećega koje isključuje, umanjuje ili ograničava pravo kupca kod prodaje stvari. Kod prodaje prava, prema čl. 492, stav 2, smatra se da pravni nedostatak postoji kada pravo koje se prodaje ne postoji ili ima pravnih smetnji za njegovo ostvarenje. Ove odredbe se odnose i na pravne nedostatke stvari ili prava koji su predmet razmene (čl. 544, stav 2) odnosno poklona (čl. 562, stav 1). Prema članu 583, na zakupljenoj stvari postoje pravni nedostaci kada netko treći na zakupljenoj stvari ili na nekom njezinu delu polaže neko pravo, i obrati se svojim zahtevom zakupcu, te ako samovoljno oduzme stvar od zakupca (stav 1); utvrdi se da trećem licu pripada neko pravo koje sasvim isključuje pravo zakupca na korišćenje stvari (stav 2); odnosno ograničuje zakupčevo pravo (stav 3).

Nije dostupna sudska praksa najvišeg suda koja specificira zakonsku definiciju.

3. Koje su obaveze kupca u slučajevima pravnih nedostataka (kao na primer, ali ne i ograničeno na obavezu za notifikaciju prodavca)? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!

Prema čl. 497 ZOO, kad se pokaže da treća osoba polaže pravo na neku stvar, kupac, odnosno kako smo videli strana ugovora o razmeni odnosno daroprimac, dužan je obavestiti prodavca o tome, odnosno drugu stranu ugovora o razmeni odnosno darodavca, osim kad je to prodavcu već poznato. Dalje, kupac je dužan da pozove prodavca da u razumnom roku oslobodi stvar od prava ili zahteva trećeg lica ili da mu, kad su predmet ugovora stvari određene po rodu, isporuči drugu stvar bez pravnog nedostatka. Obaveza o obaveštenju postoji i kod odgovornosti za pravne nedostatke stvari date u zakup (čl. 583, stav 1).

Prema članu 502 ZOO, prodavac odgovara, prema pravilima za odgovornost za pravne nedostatke i u slučaju kada postoje posebna ograničenja javnopravne prirode koja kupcu nisu bila poznata, ako je prodavac za njih znao ili je znao da se mogu očekivati, a nije ih kupcu saopštio.

4. Koje su sankcije za pravne nedostatke tj. koji je obim odgovornosti za pravne nedostatke? Koje su sankcije u slučajevima kada kupac ne ispuni svoje obaveze u pogledu pravnih nedostataka? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!

Glavne sankcije koje proizlaze iz postojanja pravnih nedostataka su raskid ugovora, sniženje cene i odgovornost za pretrpljenu štetu.

• **Ugovor se raskida po samom zakonu u sledećim slučajevima:**

– Ako prodavac ne postupi po zahtevu kupca, u slučaju oduzimanja stvari od kupca (član 498, stav 1, ZOO-a)

• **Ugovor se raskida po izboru kupca**

– Ako prodavac ne postupi po zahtevu kupca, u slučaju umanjenja ili ograničenja prava kupca (član 498, stav 1, ZOO-a)

- Ako prodavac ne udovolji zahtevu kupca da u razumnom roku oslobodi stvar od prava ili zahteva trećeg lica, kupac može raskinuti ugovor ako se zbog toga njegova svrha ne može ostvariti. (član 498, stav 2, ZOO-a)

- **Kupac može tražiti srazmerno umanjenje cene**

- Ako prodavac ne postupi po zahtevu kupca, u slučaju umanjenja ili ograničenja prava kupca (član 498, stav 1, ZOO-a)

- **Naknada štete**

- U svakom slučaju kupac ima pravo na naknadu pretrpljene štete prema opštim pravilima o odgovornosti za štetu (član 498, stav 3, ZOO-a). Uslov, prema članu 498, stav 4, ZOO-a, da kupac zahteva naknadu štete je da kupac u času sklapanja ugovora nije znao za mogućnost da mu stvar bude oduzeta, ili da njegovo pravo bude umanjeno ili ograničeno, ako se ta mogućnost ostvari. Ipak i u ovim slučajevima, prema istom članu, kupac ima pravo na povrat, odnosno sniženje cijene.

U slučajevima kada kupac ne obavesti prodavca, a upustio se u spor sa trećim licem i spor izgubi, prema članu 499, može se ipak pozvati na odgovornost prodavca za pravne nedostatke, osim ako prodavac dokaže da je on raspolagao sredstvima da se odbije zahtev trećeg lica. Dalje, prema članu 500, stav 1, kupac ima pravo pozvati se na odgovornost prodavca za pravne nedostatke i kad je bez obaveštenja prodavca i bez spora priznao očigledno osnovano pravo trećeg lica. U slučajevima kada je kupac isplatio trećem licu određeni iznos novca da bi odustao od svoga očiglednog prava, prema članu 500, stav 2 prodavac se može osloboditi svoje odgovornosti ako naknadi kupcu isplaćeni iznos i pretrpljenu štetu.

Ova prava su potvrđena u sudskoj praksi. Prema Rešenju br. 459/81 od 29. 12. 1981. „Kad je ugovor o prodaji raskinut zbog toga što je stvar oduzeta kupcu od strane trećeg lica, budući da nije bila svojina prodavca, prodavac odgovara za celu štetu bez obzira da li je bio savesan tj. da li je znao da stvar koju prodaje nije njegova“. Slično, prema odluci Gzz. br. 51/06 Vrhovnog suda Republike Makedonije „za pravni nedostatak vozila, predmet ugovora o prodaji, prodavac odgovara bez obzira da li je znao ili je mogao da zna. Ukoliko je vozilo bilo oduzeto od kupca, ugovor se raskida po samom zakonu, a kupac ima pravo naknade pretrpljene štete.“

5. **Da li se odgovornost prodavca za pravne nedostatke može ograničiti i/ili isključiti i kako? Da li postoje neki specifični uslovi za ograničenje/isključenje odgovornosti? Molimo Vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo Vas citirajte broj i izreku presude!**

Odgovornost za pravne nedostatke se može ograničiti i isključiti ugovorom, kada su za to ispunjeni zakonski uslovi. Tako, prema članu 501, stav 1 ZOO, odgovornost prodavca za pravne nedostatke može se ugovorom ograničiti ili sasvim isključiti. Zakonom je isključenje ili ograničenje odgovornosti uslovljeno. Tako prema stavu 2 istog člana ako je u vreme sklapanja ugovora prodavcu bio poznat ili mu nije mogao ostati nepoznat neki nedostatak u njegovom pravu, odredba ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za pravne nedostatke je ništava. Za ništavost ove odredbe odgovarajuće se primenjuju odredbe člana 95 do 102 ZOO, kojima je uređena ništavost.

6. Da li su prava kupca u vezi pravnih nedostataka vremenski ograničena? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!

Zakon o obligacionim odnosima predviđa prekluziju prava kupca po osnovu pravnih nedostataka. Tako, po članu 503, stav 1 ZOO, pravo kupca po osnovu pravnih nedostataka gasi se istekom godinu dana od saznanja za postojanje prava trećeg lica. U slučajevima kada je treća osoba prije isteka toga roka pokrenula spor, a kupac pozvao prodavca da se u spor umeša, prema stavu 2 istog člana, pravo kupca se gasi istekom šest meseci nakon pravomoćno okončanog spora.

7. U sporovima za odgovornost zbog pravnih nedostataka koja je pozicija stranaka (prodavca, kupca i trećeg lica koje je nosilac nekog prava ili pretenduje na pravo)? Da li postoje specifični pravni lekovi protiv odluka prvostepenog suda kad je u pitanju odgovornost za pravne nedostatke? Da li postoje neke specifikve izvršenja presuda u ovim slučajevima? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!

U slučaju postojanja pravnog nedostatka stvari, koja je bila predmet ugovora o prodaji, može doći do evikcije. Po definiciji, evikcija predstavlja pravni akt trećeg lica (prigovor, tužba u materijalnom smislu) kojim treće lice na osnovu određenog jačeg prava, koje je postojalo u trenutku zaključenja ugovora o prodaji, isključuje ili ograničava pravo vlasništva kupca, koji je verovao da je to pravo vlasništva pribavio u potpunosti i bez ograničenja na osnovu ugovora o prodaji.

Kada treće lice polaže određeno pravo na stvar, koja je predmet ugovora o prodaji između kupca i prodavca, treće lice može da podnese tužbu nadležnom sudu, odnosno da povede spor protiv kupca te stvari (vlasnička tužba), tražeći povraćaj te stvari.

Kada je reč o sporovima za odgovornost zbog pravnih nedostataka, po pravilu, treće lice koje pretenduje na određenu stvar, kao tužilac, podnosi tužbu protiv kupca, kao tuženog. U ovom sporu, prodavac stvari može učestvovati u parnici kao treće lice. Pritom, njegova pozicija u parničnom postupku može biti u ulozi umešača, odnosno trećeg lica, obaveštenog o parnici.

Zakon o obligacionim odnosima Republike Makedonije³ ne sadrži posebne odredbe koje se odnose na položaj stranaka (prodavca, kupca i trećeg lica koje je nosilac nekog prava ili pretenduje na pravo) u parnici zbog odgovornosti zbog pravnih nedostataka. Međutim, iz odredaba ZOO koje uređuju pitanje odgovornosti zbog pravnih nedostataka možemo izvesti određene konstatacije koje se odnose na položaj zainteresovanih subjekata u postupku povodom spora za odgovornost zbog pravnih nedostataka. ZOO, u odredbama o gubljenju prava kupca na osnovu pravnih nedostataka, predviđa pravilo da kupac može pozvati prodavca da se umeša u spor, koji je protiv njega povelu treće lica (čl. 503 st. 2 ZOO RM).⁴ Pritom institut učešća umešača u parničnom postupku, uređen je pravilima procesnog zakona, koji će u ovom slučaju biti primenjen (čl. 194–197 ZPP).⁵ Međutim, moguća je i sledeća situacija: u sporu koji je treće lice povelu protiv kupca, kupac može na osnovu

³ Zakon o obligacionim odnosima, objavljen u „Службен весник на РМ“, br. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009.

⁴ Čl. 503 ZOO: Pravo kupca na osnovu pravnih nedostataka gasi se istekom jedne godine od saznanja postojanja prava trećeg lica (stav 1). Ako je treće lice pre isteka tog roka povelu spor, a kupac je pozvao prodavca da se umeša u spor, pravo kupca se gasi tek nakon isteka šest meseci od pravosnažno završenog spora (stav 2)

⁵ Zakon o parničnom postupku, objavljen u „Службен весник на РМ“, br. 79/2005, 110/2008, 83/2009 i 116/2010 i prečišćeni tekst, objavljen u „Службен весник на Република Македонија“, br. 7/2011.

ovlašćenja koje mu daje ZPP, da prodavca, kao trećeg lica obavesti o parnici (čl. 199 ZPP).⁶ U tom kontekstu, ZOO predviđa odredbu da kupac ima pravo da se poziva na odgovornost prodavca za pravne nedostatke i kada je bez obaveštenja i bez spora priznao očigledno pravo trećeg (čl. 500, st. 1 ZOO).

U situaciji kada se kupac, ne obaveštavajući prodavca, upusti u spor sa trećim licem i spor izgubi, ipak se može pozvati na odgovornost prodavca o pravnim nedostacima, osim ako, prodavac dokaže da je on raspolagao sa sredstvima kako bi se odbio zahtev trećeg lica (čl. 499, st. 1 ZOO). U ovom slučaju, u eventualnoj parnici između kupca (kao tužioca) i prodavca (kao tuženoga), prodavac može da istakne prigovor o lošem vođenju parnice.

Moguća je i situacija da postoji sudski spor između kupca i prodavca konkretne stvari, u vezi ugovora o prodaji, a treće lice da podnese tužbu za glavno mešanje protiv kupca i prodavca, koji će u tom postupku imati položaj suparničara (čl. 188 ZPP).⁷

U makedonskom zakonodavstvu nema posebnih odredaba koje regulišu specifične pravne lekove protiv odluka prvostepenog suda kad je u pitanju odgovornost za pravne nedostatke.

Kada je reč o mogućnosti postojanja određenih specifičnosti koje se odnose na izvršenje presuda u ovim slučajevima, makedonsko pravo ne poznaje takve specifikke.

Molimo vas da obezbedite listu relevantne nacionalne bibliografije (radovi, knjige, delovi knjiga) u kojoj se analizira pitanje odgovornosti za pravne nedostatke

1. Галев Г., Дабовиќ – Анастасовска Ј., Облигационо право, второ изменето и дополнето издание, ЦЕПРЕ, 2009.
2. Галев Г., Дабовиќ – Анастасовска Ј., Облигационо право – практикум, книга прва, Просветно дело, Скопје, 2001.

⁶ Ako tuženi ili tužilac treba da neko treće lice obavesti o otpočetoj parnici da bi se time zasnovoalo izvesno građanskopravno dejstvo, oni mogu, sve dok se parnica pravosnažno ne dovrši, to učiniti podneskom preko parničnog suda, u kome će se navesti razlog obaveštenja i u kakvom se stanju nalazi parnica (čl. 199 st. 1 ZPP).

⁷ Lice koje u celini ili delimično traži stvari ili pravo o kojem između drugih lica već teče parnica, može pred sudom pred kojim ta parnica teče tužiti obe stranke jednom tužbom, sve dok se postupak pravosnažno ne završi (čl. 188 ZPP).

ODGOVORNOST ZA PRAVNE NEDOSTATKE Nacionalni izvještaj za Crnu Goru

Cilj ovog istraživanja je da se proceni stepen usaglašenosti pravne uređenosti i sudske prakse u zemljama JIE u pogledu odgovornosti za pravne nedostatke.

Molimo vas odgovorite na sledeća pitanja:

- 1. Kako je odgovornost za pravne nedostatke definirana u vašem zakonodavstvu? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!**

U članu 116. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore ("Sl. list Crne Gore", br. 47/08), naslovljenom upravo: „ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE I PRAVNE NEDOSTATKE“, u stavu 2. ovog člana stipulisano je da: „**Ugovorna strana odgovara i za pravne nedostatke ispunjenja i dužna je da štiti drugu stranu od prava i zahtjeva trećih lica kojima bi njeno pravo bilo isključeno ili suženo.**“

Ovo je pozitivnopravni izraz poznate obaveze prodavca da zaštiti kupca od evikcije, odnosno prava kupca da traži prodavcu zaštitu u slučajevima kada je prema njemu istaknut eviksijski zahtjev. Već i iz ovdje navedene odredbe u kojoj se u pogledu načina ugrožavanja kupoprodajnim ugovorom stečenih prava kupca koriste termini „isključeno“ i „suženo“ može se nedvosmisleno zaključiti da zakonodavac u daljoj razradi ovog pravnog instituta pravi razliku između potpune i djelimične evikcije.

Na ovom mjestu, a u kontekstu daljeg, i. e. preciznijeg definisanja pojma zaštite od evikcije navodimo i odluku Vrhovnog suda Crne Gore koja nedvosmisleno potvrđuje stav sudske prakse po pitanju odgovornosti prodavca u slučajevima kada nije znao za postojanje pravnog nedostatka u trenutku predaje stvari, tako što istu ne dovodi u pitanje.

„Prodavac odgovara za pravne nedostatke stvari bez obzira da li je za iste znao ili ne.“

(Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. Br. 1166/09, od 18. 11. 2009. godine)

Izuzetno, odredba iz člana 523. ZOO-a, po kojoj: „**...prodavac odgovara i za posebna ograničenja javno-pravne prirode koja kupcu nijesu bila poznata, ako je on za njih znao ili je znao da se mogu očekivati, a nije ih kupcu saopštio**“, mogla bi se tumačiti kao izuzetak od gornjeg, opšteprihvaćenog pravila uspostavljenog u sudskoj praksi, s obzirom na to da ovom odredbom zakonodavac implicira kako u suprotnom, tj. u slučaju da prodavac nije znao za ograničenja javnopravne prirode i nije znao da se ista mogu očekivati, prodavac nije odgovoran za javno-pravne nedostatke stvari.

- 2. Kako je definiran pravni nedostatak za stvari i prava u vašem zakonodavstvu? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!**

U članu 516. stav 1. ZOO-a propisano je:

„Prodavac odgovara ako na prodatoj stvari postoji neko pravo trećeg koje isključuje, umanjuje ili ograničava kupčevo pravo, a o čijem postojanju kupac nije obaviješten, niti je pristao da uzme stvar opterećenu tim pravom.“

U stavu 2. istog člana propisano je da:

„Prodavac nekog drugog prava garantuje da ono postoji i da nema pravnih smetnji za njegovo ostvarenje.“

Ove odredbe čine definiciju pravnog nedostatka za stvari u pozitivnom pravu Crne Gore.

- 3. Koje su obaveze kupca u slučajevima pravnih nedostataka (kao na primer, ali ne i ograničeno na obavezu za notifikacije prodavca)? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!**

U članu 517. ZOO-a propisane su obaveze kupca u slučaju da ovaj utvrdi postojanje pravnih nedostataka na predmetu kupoprodaje:

„Kad se pokaže da treće lice polaže neko pravo na stvar, kupac je dužan obavijestiti prodavca o tome, izuzev kad je to prodavcu već poznato, i pozvati ga da u razumnom roku oslobodi stvar od prava ili pretenzije trećeg ili, kad su predmet ugovora stvari određene po rodu, da mu isporuči drugu stvar bez pravnih nedostataka.“

Pored toga, u članu 275. ZOO-a propisano je da:

„Ugovorna strana koja je dužna da obavijesti drugu stranu o činjenicama koje su od uticaja na njihov međusobni odnos, odgovara za štetu koju pretrpi druga strana zbog toga što nije bila na vrijeme obaviještena“

Ovu odredbu, u svjetlu odgovornosti za nedostavljanje, ali i u svjetlu nedostajućih rokova za dostavljanje obavještenja iz člana 517. ZOO-a, trebalo bi tumačiti na način da je shodno njoj i kupac svoje obavještenje prodavcu dužan dostaviti bez odlaganja, te da u suprotnom snosi odgovornost za eventualnu štetu zbog neblagovremenog postupanja u izvršavanju te svoje obaveze.

- 4. Koje su sankcije za pravne nedostatke tj. koji je obim odgovornosti za pravne nedostatke? Koje su sankcije u slučajevima kada kupac ne ispuni svoje obaveze u pogledu pravnih nedostataka? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!**

U članu 518. ZOO-a, u pogledu sankcija za pravne nedostatke predmeta ugovora o kupoprodaji, propisano je:

„(1) Ako prodavac ne postupi po zahtjevu kupca, u slučaju oduzimanja stvari od kupca, ugovor se raskida po samom zakonu, a u slučaju umanjena ili ograničenja kupčevog prava, kupac može po svom izboru raskinuti ugovor ili zahtijevati srazmjerno smanjenje cijene.“

(2) Ako prodavac ne udovolji kupčevom zahtjevu da u razumnom roku oslobodi stvar od prava ili pretenzija trećeg, kupac može raskinuti ugovor, ako se zbog toga njegova svrha ne može ostvariti.

(3) U svakom slučaju kupac ima pravo na naknadu pretrpljene štete.

(4) Ako je kupac u času zaključenja ugovora znao za mogućnost da mu stvar bude oduzeta, ili da njegovo pravo bude smanjeno ili ograničeno, nema pravo na naknadu štete ako se ta mogućnost ostvari, ali ima pravo da zahtijeva vraćanje, odnosno sniženje cijene.“

Dakle, u slučaju oduzimanja stvari kupcu (potpune evikcije), ugovor se raskida po sili zakona.

U slučaju umanjenja ili ograničenja kupčevog prava (djelimična evikcija), kupac ima pravo zahtijevati srazmjerno smanjenje cijene. Međutim, čak i kod djelimične evikcije kupac ima pravo na raskid ugovora, ukoliko su ispunjena dva uslova: da prodavac nije udovoljio kupčevom zahtjevu u razumnom roku, te da se zbog te činjenice ne može ostvariti ni svrha ugovora.

Kupcu se u svim slučajevima postojanja pravnih nedostataka garantuje i pravo na naknadu štete, čime se pomjera granica, tj. obim i visina odgovornosti prodavca za pravne nedostatke, osim u slučaju iz stava 4. gore citiranog člana.

U dijelu sankcija za kupca u slučaju neispunjavanja obaveze u pogledu pravnih nedostataka, relevantan je član 519. ZOO-a:

„Kupac koji se, ne obavještavajući prodavca, upustio u spor sa trećim i spor izgubio, može se pozvati na prodavčevu odgovornost za pravne nedostatke, izuzev ako prodavac dokaže da je on raspolagao sredstvima da se odbije zahtjev trećeg lica.“

Čini se da je ovo logična razrada stava zakonodavca iz člana 275. ZOO-a, kojim se, kako smo gore (u odgovoru na pitanje br. 3.) tumačili, postavlja osnov odgovornosti kupca za naknadu štete prodavcu kojeg nije bez odlaganja obavijestio o uočenim pravnim nedostacima.

Na kraju, u vezi sa sankcijama za pravne nedostatke predmeta kupoprodaje, značajno je pomenuti i jedan specifičan pravni nedostatak, na koji se odnosi odredba iz člana 468. ZOO-a kojom je propisano da: **„...prodaja tuđe stvari obavezuje ugovorne strane, ali kupac koji nije znao ili nije morao znati da je stvar tuđa, može, ako se usljed toga ne može ostvariti cilj ugovora, raskinuti ugovor i tražiti naknadu štete.“**

Dakle, prodaja tuđe stvari nije osnov za raskid ugovora *ex lege*, već bi samo u slučaju potpune evikcije – oduzimanja stvari kupcu, a na osnovu vlasničke tužbe trećeg lica, to predstavljalo potpunu evikciju i činjenični osnov za raskid ugovora *ex lege*. U tom smislu je primjer iz sudske prakse:

„Prodaja tuđe stvari nema za posljedicu apsolutnu ništavost ugovora“.

(Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. Br. 17/2008., od 5. 2. 2008. godine)

- 5. Da li se odgovornost prodavca za pravne nedostatke može ograničiti i/ili isključiti i kako? Da li postoje neki specifični uslovi za ograničenje/isključenje odgovornosti? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!**

U članu 522. ZOO-a, izričito je propisano:

„(1) Odgovornost prodavca za pravne nedostatke može se ugovorom ograničiti ili sasvim isključiti.“

(2) Ako je u vrijeme zaključenja ugovora prodavcu bio poznat ili mu je mogao biti poznat neki nedostatak u njegovom pravu, odredba ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za pravne nedostatke je ništava.“

Zakonodavac je predvidio mogućnost isključenja ili ograničenja odgovornosti za pravne nedostatke, ali ne i u situacijama kada su neki od njih prodavcu bili poznati ili su mogli biti poznati.

Ipak, ni isključenjem odgovornosti iz stava 1. citiranog člana ne može prodavac u slučaju potpune evikcije zadržati cijenu za sebe, jer bi time došlo do neosnovanog obogaćenja prodavca, pa samim tim i do ispunjenja uslova za kupčev zahtjev za povraćaj datog ili naknadu štete u slučaju da je nemoguć *restitutio in integrum*. U tom smislu je i stav sudske prakse:

„Nastupanjem potpune evikcije ugovor se raskida po samom zakonu, pa prodavac ne može zadržati cijenu, jer za to nema pravnog osnova.“

(Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. Br. 47/2008., od 5. 2. 2008. godine).

6. Da li su prava kupca u vezi pravnih nedostataka vremenski ograničena? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!

Član 524. ZOO-a daje decidan odgovor na gore postavljeno pitanje u pogledu vremenskog ograničenja za realizaciju kupčevog prava na zaštitu od pravnih nedostataka:

„(1) Pravo kupca po osnovu pravnih nedostataka gasi se istekom godine dana od saznanja za postojanje prava trećeg.

(2) Ako je treće lice prije isteka tog roka pokrenulo spor, a kupac pozvao prodavca da se u spor umiješa, pravo kupca se gasi tek istekom šest mjeseci po pravosnažno okončanom postupku.“

7. U sporovima za odgovornost zbog pravnih nedostataka koja je pozicija stranaka (prodavca, kupca i trećeg lica koje je nosilac nekog prava ili pretenduje na pravo)? Da li postoje specifični pravni lekovi protiv odluka prvostepenog suda kad je u pitanju odgovornost za pravne nedostatke? Da li postoje neke specifikve izvršenja presuda u ovim slučajevima? Molimo vas uputite na relevantne zakonske odredbe! Da li postoji sudska praksa najvišeg suda kojom se dalje specificira definicija? Molimo vas citirajte broj i izreku presude!


Praksa pokazuje da se treće lice, koje je i postavilo evikijski zahtjev, po pravilu javlja kao tužilac koji, s obzirom na to da je najčešće sporno pravo svojine, vlasničkom tužbom pokušava povratiti državinu na stvari na koju polaže i u postupku dokazuje pravo svojine. Kao tuženi se redovno javljaju i kupac i prodavac tuđe stvari. U tom kontekstu još jedan izvod iz obrazloženja već citirane presude:

„Prema tome, neovlašćeno raspolaganje sa njihovim stanom, ne sprečava tužioce kao vlasnike, da vlasničkom tužbom traže predaju u državinu predmetnog stana, koji se nalazi u državini kupca, tj. drugotuženog, kakav je zahtjev, pored ostalih, postavljen u ovoj pravnoj stvari.“

(Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. Br. 17/2008., od 5. 2. 2008. godine)

Nema posebnih pravnih ljekova u ovoj vrsti sporova u pozitivnom pravu Crne Gore, niti ima značajnijih specifičnosti u postupku izvršenja presuda u tim pravnim stvarima.

8. Molimo vas da obezbedite listu relevantne nacionalne bibliografije (radovi, knjige, delovi knjiga) u kojoj se analizira pitanje odgovornosti za pravne nedostatke.



Napomene

Ukoliko u vašem zakonodavstvu ili sudskoj praksi postoje neke specifikke koje nisu obuhvaćene ovim upitnikom molimo vas da ih posebno navedete.

Ukoliko je u vašem zakonodavstvu bilo izvesnih izmena i dopuna u pogledu nekih od pitanja koje se odnose na pravne nedostatke molimo vas da isto navete u fusnotu kod odgovora na odgovarajuće pitanje. Molimo da date i kratak opis razloga za datu izmenu ili dopunu.

ОДГОВОРНОСТИ ПРОДАВЦА ЗА ПРАВНЕ НЕДОСТАТКЕ СТВАРИ

Национални извештај за Србију

1.

У српском праву, одговорност за правне недостатке дефинисана је одредбама Закона о облигационим односима из 1978. године, у члановима 508–515. Тиче се:

- а) дефинисања самог појма правних недостатака (300, чл. 508, ст. 1–2),
- б) обавезе обавештавања купца продавцу да треће лице полаже право на ствар (300, чл. 509),
- в) навођења санкција услед правних недостатака (300, чл. 510, ст. 1–4),
- г) образлагања случаја када купац не обавести продавца о правним недостацима ствари (300, чл. 511),
- д) образлагања случаја када је право трећег лица очигледно основано (300, чл. 512, ст. 1–2),
- ђ) уговорног ограничења или искључења продавчеве одговорности (300, чл. 513, ст. 1–2),
- е) одговорности продавца за правне недостатке услед ограничења јавно-правне природе (300, чл. 514),
- ж) губитка права (300, чл. 515, ст. 1–2).

2.

Правни недостатак је дефинисан као правна ситуација у којој на продатој ствари постоји неко право трећег које искључује, умањује или ограничава купчево право, а о чијем постојању купац није обавештен, нити је пристао да узме ствар оптерећену тим правом (300, чл. 518, ст. 1).

Истовремено, продавац неког другог права гарантује да оно постоји и да нема правних сметњи за његово остварење (300, чл. 518, ст. 2).

3.

Основна обавеза купца је да обавести продавца уколико неко треће лице полаже право на ствар изузев ако је то продавцу већ познато. Купац је у обавези да од продавца захтева да ослободи ствар од права или претензија трећег, или, када су предмет уговора ствари одређене по роду, да му испоручи другу ствар без правног недостатка (300, чл. 509.)

Купац има право да се позове на продавчеву одговорност за правне недостатке и када је без обавештења продавца и без спора признао очигледно основано право трећег (300, чл. 512, ст. 1).

4.

Санкције за правне недостатке огледају се у раскидању уговора по самом закону, уколико продавац не поступи по захтеву купца или у случају одузимања ствари (евикције). Купац има право да раскине уговор или затражи сразмерно смањење цене у случају умањења или ограничења његовог права (ЗОО, 510, ст. 1).

Купац има право на раскид уговора ако продавац не удовољи купчевом захтеву да у разумном року ослободи ствар од права или претензија трећег, па се сврха уговора, услед тога, не може остварити (ЗОО, чл. 510, ст. 2).

У сваком случају купац има право на накнаду претрпљене штете (ЗОО, чл. 510, ст. 3).

Међутим, ако је купац, у часу закључења уговора, знао за могућност да му ствар буде одузета, или да његово право буде смањено или ограничено, нема право на накнаду штете ако се та могућност оствари, али има право да захтева враћање, односно снижење цене (ЗОО, чл. 510, ст. 4).

Купац који се, не обавештавајући продавца, упусти у спор са трећим и спор изгуби, може се ипак позвати на продавчеву одговорност за правне недостатке, изузев ако продавац докаже да је он располагао средствима којима је могао одбити захтев трећег лица (ЗОО, чл. 511).

Продавац одговара и за посебна ограничења јавно-правне природе која купцу нису била позната, ако је он за њих знао или је знао да се могу очекивати, а није их купцу саопштио (ЗОО, чл. 514).

Судска пракса 1:

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 742/2006 од 28. 6. 2006. године

Сентенца: Продавац одговара по правилима заштите од евикције и у случају када су на ствари постојала одређена ограничења јавно-правне природе а купац их није саопштио продавцу, и та одговорност ће постојати не само за она ограничења која већ постоје у часу закључења уговора већ и за она која се могу очекивати, ако је у конкретном случају он за то знао.

Из образложења: "Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је од туженика купио током 1993. године путнички ауто марке BMW типа 352, произведеног 1992. године и регистровано са регистарским бројем JA-..., за купопродајну цену од 52.000 DM. По споразуму странака предметно возило је остало и даље да се води на име туженог као власника а тужени је издао тужиоцу овлашћење да истим може у његово име и за његов рачун да управља, да га региструје, пренесе и отуђи у корист трећег лица. Тужилац је током 1995. године то возило продао ВВ за исту цену, а овај је након тога ауто продао ГГ. Од истог је предметно возило одузето од стране СУП-а, јер је у међувремену покренут царински и прекршајни поступак против туженог као увозника тог возила, те је у царинском поступку утврђено да је тужени учинио царински прекршај, пошто је приликом увоза возила поступио супротно одредбама Закона о спољнотрговинском пословању (даље: Закон) и супротно Одлуци о забрани увоза коришћених моторних возила и коришћене опреме (даље: Одлука), те му је решењем царинарнице К. од 17. 4. 1997. године наложено одузимање тог возила. Решењем Савезне управе царина од 8. 9. 1997. године, одбијена је жалба туженог изјављена на првостепено решење о одузимању возила, а пресудом Савезног суда од 25. 12. 1998. године одбијена је тужба туженог против коначног акта Савезне управе царина. После одузимања предметног возила од ГГ исти је водио спор против ВВ од кога је купио предметно возило ради повраћаја купопродајне цене, а након тога ВВ као купац предметног возила повео је спор против овде тужиоца 30. 5.

2002. године ради повраћаја купопродајне цене за предметно возило. У истом је између њих закључено судско поравнање 25. 11. 2002. године, по коме се овде тужилац, као тужени у спору, обавезао да ГТ исплати противвредност наведеног возила у износу од 16.000 евра у динарској противвредности до 30. 3. 2003. године. Тужилац је тужбу у овој правној ствари поднео 25. 12. 2002. године.

Полазећи од тако утврђеног чињеничног стања, које се према члану 398. став 2. Закона о парничном поступку ревизијом не може побијати, нижестепени судови су и по становишту Врховног суда основано закључили да је тужени у обавези да тужиоцу исплати динарску противвредност износа од 16.000 евра са одговарајућом домицилном каматом од дана када је тужилац тај износ исплатио купцу предметног возила ВВ, а по наведеном судском поравнању, те су правилно применили материјално право, одредбе члана 510. став 3, чл. 512. и 514. и чл. 515. став 1. Закона о облигационим односима (даље: ЗОО), када су усвојили тужбени захтев.

Наиме, поред одговорности за материјалне недостатке, продавац одговара и за правне недостатке продате ствари. То је последица начела једнаке вредности давања код двостраних уговора, где је преносилац дужан да обезбеди прибавиоцу не само корист, већ и мирну државину у којој купац неће бити правно узнемираван на основу неког права трећег о коме он није био обавештен нити је пристао да узме ствар оптерећену тим правом. Међутим, поред овога, продавац ће одговарати по правилима евикције и у случају када су на ствари постојала одређена ограничења јавноправне природе а купац их није саопштио продавцу. Он ће одговарати не само за она ограничења јавноправне природе која већ постоје у часу закључења уговора, већ и за она која се могу очекивати, а ако је у конкретном случају он за то знао. У овом случају тужилац није знао нити је могао знати како је тужени увезао предметни ауто, односно да је исти увезен супротно одредбама Закона и Одлуци, јер су те чињенице утврђене тек накнадно у царинском поступку који је вођен против туженог. Насупрот њему, тужени је могао знати односно могао очекивати наведена ограничења у погледу увоза и регистрације предметног возила имајући у виду начин на који је возило увезено, односно да није пружио доказе да је возило купио од овлашћене организације која се бави продајом возила, те да то није саопштио тужиоцу као купцу. С тим у вези тужилац има право на накнаду претрпљене штете сходно члану 510. став 3. и члану 512. ЗОО. То право тужиоца није застарело у смислу члана 515. став 1. ЗОО јер је тужилац за постојање права купца предметног возила ВВ, да тражи повраћај купопродајне цене, сазнао тек подношењем тужбе против њега 30. 5. 2002. године, а од тада до подношења тужбе у овој правној ствари није прошло годину дана."

Судска пракса 2:

Пресуда Округног суда у Ваљевоу, ГЖ. 892/2006 од 20. 9. 2006. године

Сентенца: Околност да се број мотора у возилу разликује од броја мотора у саобраћајној дозволи, и да због тога регистрација возила није могућа све док се не достави доказ о пореклу мотора, има значај правног недостатка.

Из образложења: "Од стране првостепеног суда утврђено је да је тужиља са туженом дана 4. 4. 2000. године закључила писмени уговор о купопродаји возила марке Z.101, које је у тренутку продаје било регистровано до 14. 9. 2000. године. Приликом истека регистрације, тужиља је покушала да региструје возило, али је у сервису обавештена да не може регистровати возило, јер се број мотора у саобраћајној дозволи не слаже са бројем мотора у возилу. После овог сазнања тужиља је одмах обавестила тужену за недостатак на возилу, али је иста одбила да јој врати купопродајну цену, наводећи да је она возило наследила од свог покојног оца који је умро у новембру 1999. године и који је возило регистровао 18. 9. 1999.

године, а да она није мењала мотор у возилу, а да то није учинио ни њен отац. На основу налаза вештака машинске струке, првостепени суд је утврдио да се број мотора у возилу не слаже са бројем мотора у саобраћајној дозволи, а на основу извештаја Секретаријата унутрашњих послова В. је утврдио да регистрација таквог возила није могућа док се не достави доказ о пореклу мотора.

Код напред утврђеног чињеничног стања првостепени суд је правилно применио материјално право, налазећи да стоји одговорност тужене за правне недостатке ствари коју је продала, јер због тих недостатака постоје ограничења јавно-правне природе због којих тужиља као купац не може да користи возило, у смислу члана 514. Закона о облигационим односима. Са предњих разлога, првостепени суд је правилно нашао да је уговор о купопродаји возила раскинут, те да стоји обавеза тужене да тужиљи изврши повраћај купопродајне цене.“

5.

Одговорност продавца за правне недостатке може се уговором ограничити или сасвим искључити (ЗОО, чл. 513, ст. 1).

Међутим, ако је у моменту закључења уговора, продавцу био познат или му није могао остати непознат неки недостатак у његовом праву, одредба уговора о ограничењу или о искључењу одговорности за правне недостатке је ништава (ЗОО, чл. 513, ст. 2).

Ако је купац трећем лицу које има очигледно основано право исплатио извесну своту новца да би овај одустао од свог очигледног права, продавац се може ослободити своје одговорности ако накнади купцу исплаћену своту и претрпљену штету (ЗОО, чл. 512. ст. 2).

6.

Право купца по основу правних недостатака гаси се истеком године дана од сазнања за постојање права трећег (ЗОО, чл. 515, ст. 1).

Међутим, ако је треће лице пре истека тог рока покренуло спор, а купац позвао продавца да се у спор умеша, право купца се гаси тек истеком шест месеци по правоснажно окончаном спору (ЗОО, чл. 515, ст. 2).

ANEKSI IV
PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG
UGOVORA – ŠTETA I KAMATA

PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDA PRODAJNIH UGOVORA – ŠTETA I KAMATA Nacionalni izvještaj za Albaniju

1. U kojim slučajevim kršenja prodajnog ugovora strane imaju pravo da traže obeštećenje?

Da li je pravo na nadoknadu radi gubitka pravo po sebi, ili je to jedno od prava koje slijedi iz kršenja ugovora?

Gorenavedeno pitanje se reguliše Građanskim zakonom Albanije (zakon br. 7850 od 29.07.1994. g., sa izmjenama). Albanski Građanski zakon (AGZ) reguliše pitanje prodajnih ugovora u članovima 705-756. Kako bi imali bolje razumevanje pravila koja regulišu prodajni ugovor i obeštećenje strana zbog štete nastale kršenjem takvog ugovora, moramo analizirati ne samo specijalna pravila kojima se reguliše taj konkretni ugovor, već i pravne propise koji se općenito primenjuju na kršenje ugovora.

Prema Građanskom zakonu, ugovor ima snagu zakona između ugovornih strana. Može biti raskinut ili izmjenjen uz međusobni pristanak ili iz razloga koje zakon dopušta.¹ Ugovor obavezuje strane ne samo na ono što je predviđeno u njemu, već i na efekte koji nastaju iz primjene zakona.²

Kao što se može vidjeti prilikom zaključivanja ugovora same strane preuzimaju obavezu koja proizilazi i definirana je u samom ugovoru. One imaju obavezu da zadovolje ugovorne uslove u dobroj veri (bonafide). Prema čl. 422 Građanskog zakona, povjerilac i dužnik se moraju ponašati korektno jedan prema drugom, nepristrasno i razložno.

Ako dužnik ne izvrši svoju obavezu, ili je ne izvrši na propisan način, u tom slučaju radi se o kršenju obaveze koja proizilazi iz ugovora ili zakona. Kršenje ugovora povlači primjenu sankcija prema odgovarajućoj strani.

Svako neispunjavanje i neizvršenje obaveza obavezuje dužnika da nadoknadi štetu koju je prouzrokovao povjeriocu, osim ukoliko ne dokaže da do neispunjavanja obaveze nije došlo zbog njegove krivice.

U tom slučaju povjerilac ima pravo da:

- a) zatraži izvršenje obaveze, osobito dostavu stvari ili izvršenje radova, kao i nadknadu za štetu koja je prouzrokovana kašnjenjem izvršenja;
- b) zatraži nadknadu štete prouzrokovanu neizvršavanjem obaveze.

Treba podsjetiti da ugovorne strane ne mogu unijeti posebnu klauzulu koja isključuje ili ograničava njihovu odgovornost za neispunjavanje obaveze. Svaki sporazum koji isključuje ili ograničava odgovornost strana za neizvršavanje obaveza se smatra nevažećim.³

Kada je izvršenje nemoguće zbog greške dužnika, povjerilac ima pravo da zatraži **nadknadu**

¹ Član 690. AGZ.

² Član 693. AGZ.

³ Član 479. AGZ.

prouzrokovane štete. Dužnik je kriv, kada je namjerno ili iz nemara, stvorio uslove koje su onemogućili izvršenje, ili kad nije preduzeo mjere da spriječi to.⁴

U vezi sa pitanjem koje se ovdje analizira, član 486. Albanskog građanskog zakona utvrđuje da se šteta koju mora nadoknaditi dužnik zbog neizvršenja obaveze i sastoji od **svih gubitaka nastalih umanjnjem imovine**, kao i **zarade koja bi se mogla stvoriti u normalnim tržišnim uslovima** (propuštena zarada). U naknadi i popravci štete pripadaju i **razumni troškovi za sprečavanje ili ograničavanje štete**, a koje se odnose na okolnosti i zasnivaju na odgovornosti strane, **razumni i nepohodni troškovi da se utvrdi šteta i odgovornost**, kao i **oni koji su potrebni za iznalaženje van-sudskog poravnanja u ispunjavanju obaveze.**

S druge strane, kada je u ugovoru sa dvostranim obavezama, izvršenje obaveza jedne od strana nemoguće ali ne zbog greške druge strane, ni jedna strana nema pravo da traži od druge izvršenje obaveze ili nadoknadu štete, osim ako zakon ili odredbe ugovora drukčije ne propisuju. Svaka od strana ima pravo da traži od druge strane da vrati ono što je bilo dato za izvršenje obaveze.⁵

Prema članu 492. AGZ, ukoliko povjerilac kasni, dužnik ima pravo na nadoknadu štete koja je prouzrokovana zbog toga i oslobađa se odgovornosti u slučaju da kasnije izvršenje obaveze postane nemoguće, osim kada se obaveza ne može izvršiti zbog njegove greške. U pogledu prvih obaveza, u slučaju kašnjenja povjerioca, dužnik ne plaća kamatu.

Član 450. Albanskog građanskog zakona utvrđuje da naknada za štetu prouzrokovanu kašnjenjem u plaćanju određenog iznosa novca sadrži **dospjele kamate** od dana kada je započeto kašnjenje dužnika, u službenoj valuti zemlje u kojoj se obavlja plaćanje. **Procenat kamate se utvrđuje zakonom.**

Na kraju svake godine iznos dospelih kamata se sabira sa iznosom obaveze na osnovu koje se kamate obračunavaju.

Pravni interes se plaća bez obaveze povjerioca da dokaže štetu. Kada povjerilac dokaže da mu je nanijeta šteta veća od pravnog interesa, dužnik je dužan da mu plati i drugi dio štete.

Također, u skladu sa čl. 454. AGZ, član 450. ovog zakona ne uskraćuje pravo povjeriocu da zahtijeva nadoknadu za štetu koja je nastala zbog činjenice da se kurs određene valute promijenio od dana kada je započelo kašnjenje.

U vezi sa pitanjem u kom slučaju kršenja prodajnog ugovara strane imaju pravo da zatraže nadknadu gubitka, možemo reći da strane imaju pravo da traže naknadu za gubitke u svakom slučaju kada je druga strana odgovorna za kršenje ugovora koje je rezultiralo gubitkom. Ali kao što se vidi iz daljnjeg teksta, pravo na naknadu nije jedino pravo.

U članu 722. AGZ-a navodi se da:

U slučaju da predaja oštećene imovine predstavlja značajno kršenje ugovornih obaveza, kupac ima pravo da zatraži:

- 1) u trenutku osporavanja, kako predviđa član 717. ovog zakona ili u razumnom roku od trenutka osporavanja, predaju stvari kao dodatnu nadoknadu ili zamjenu;
- 2) popravku stvari kada je to razložno, uzimajući u obzir sve konkretne okolnosti. Zahtijev za popravkom mora se podnijeti u trenutku kršenja ugovora kako utvrđuje član 717. gore ili u razumnom roku od trenutka kršenja ugovora;
- 3) smanjenje cene;
- 4) raskid ugovora.

⁴ Član 480. AGZ.

⁵ Član 488. AGZ.

Kupac može dati prodavaču razuman rok da ispuni svoje obaveze. Tokom tog perioda, kupac ne može koristiti pravna sredstva da rješava kršenje ugovora osim ako ga prodavač ne obavijesti da neće ispuniti obavezu u određenom roku.

U svakom slučaju, kupac neće izgubiti pravo na odštetu

Član 723. AGZ propisuje:

Kada isporuka stvari sa oštećenjem ne predstavlja značajno kršenje ugovora, kupac može zatražiti:

- 1) popravku oštećenih stvari; ili
- 2) smanjenje cene.

Kupac može dati prodavaču razuman rok da ispuni svoje obaveze. Tokom tog perioda, kupac ne može koristiti pravna sredstva da rješava kršenje ugovora osim ako ga prodavač ne obavijesti da neće ispuniti obavezu u određenom roku.

Kada prodavač ne ispuni zahtijev sadržan u tački jedan ovoga člana u roku koji je odredio kupac, kupac može zatražiti smanjenje cijene za predmetne stvari.

U svakom slučaju, kupac neće izgubiti pravo na odštetu.

Član 736. AGZ propisuje:

Prodavač može odrediti dodatni rok za kupca da ispuni svoje obaveze. Osim u slučajevima kada kupac ne dobije obavještenje od prodavača da će se pridržavati svojih obaveza u tom periodu, prodavač ne može koristiti pravna sredstva radi obeštećenja za gubitke koji su nastali zbog kašnjenja u ispunjavanju obaveza. Međutim, prodavač ne gubi pravo na **naknadu štete** prouzrokovanu kašnjenjem.⁶

Član 743. AGZ propisuje:

Ako jedna od strana kasni u plaćanju ukupne cijene ili bilo kog iznosa, druga strana ima pravo da zatraži kamatu na te iznose, a što **nema uticaja na obeštećenje**.

Član 745. AGZ propisuje:

Ukoliko je ugovor raskinut i ako nakon razumnog vremena kupac obavi zamensku kupovinu ili prodavač ponovo proda stvari, strana koja zatraži **obeštećenje** može dobiti razliku između cijene navedene u ugovoru i cijene u zamjenskoj kupovini ili prodaji, kao i svaku drugu **naknadu** koja je predviđena u prethodnom članu.

U slučaju prodaje sa rezerviranim vlasništvom, član 749. AGZ-a navodi da ukoliko je ugovor raskinut zbog neizvršenja od strane kupca, prodavač mora vratiti uplaćene rate koje je primio, uz **fer nadoknadu** sa korištenje stvari i za štetu. Ukoliko se navodi da uplaćene rate treba da zadrži prodavač kao obeštećenje, sud može, u skladu sa okolnostima, da odobri smanjenje dogovorenog **obeštećenja**.

⁶ Pored toga, član 737. AGZ propisuje da prodavač može smatrati ugovor raskinutim:

- 1) ako je kršenje ugovornih ili pravnih obaveza kupca osobito značajno i ključno;
- 2) ako kupac ne ispuni svoju obavezu u smislu plaćanja po određenoj cijeni ili preuzimanja stvari u dodatnom roku koji je odredio prodavač ili ako izjavi da to neće uspeti da učini u tom roku;

Ukoliko je kupac platio cijenu, prodavač gubi pravo da proglasi ugovor prekinutim osim ako to ne zatraži:

- 1) u slučaju kašnjenja u ispunjavanju obaveze kupca, prije nego što postane svjestan izvršenja obaveza;
- 2) u slučaju kršenja ugovora iz razloga drugačijih nego što je neispunjavanje obaveza u razumnom roku;
 - a) nakon trenutka kada je on bio upoznat ili je trebao biti upoznat o takvom kršenju;
 - b) nakon isteka dodatnog roka koji je sam utvrdio, ili nakon što kupac objavi da neće ispuniti obavezu u ovom dodatnom roku.

2. Kakva je definicija koncepta gubitka u vašem zakonodavstvu - materijalnog i nematerijalnog?

U skladu sa vašim zakonima, da li ugovorne strane imaju pravo na naknadu za materijalne/nematerijalne gubitke u slučaju kršenja ugovora?

Da li postoje neki posebni uslovi koje se odnose na odgovornost za gubitke kada dođe do kršenja prodajnog ugovora?

Na osnovu kojih propisa se precizira stepen odgovornosti i iznos kompenzacije za gubitke (materijalne i/ili nematerijalne) u slučaju kršenja ugovora?

Materijalni gubitak je reguliran u članovima 450. i 486. Albanskog građanskog zakona koji su već gore pomenuti. Ovi članovi pružaju osnovu za pravilno razumijevanje materijalnog gubitka koji može biti nadoknađen strani koja trpi zbog kršenja ugovora. S druge strane, albansko zakonodavstvo ne daje definiciju koncepta nematerijalnog gubitka.

Vrijedi napomenuti da se albanska sudska praksa bavi konceptom van-ugovornih šteta i u tom smislu Vrhovni sud Albanije, u presudi za ujednačavanje, br. 12 od 14.09.2007g. daje opšte naznake i orijentaciju koju sudovi niže instance treba da slede u slučajevima šteta u automobilskim nezgodama. U ovoj presudi albanski Vrhovni sud se bavio konceptom materijalne i nematerijalne štete. Tumačenje u presudi za ujednačavanje može se po načelu analogije, ukoliko je propisano, koristiti čak i u slučajevima koji uključuju nematerijalnu štetu nastalu kršenjem prodajnih ugovora. Ponovo treba naglasiti da albansko zakonodavstvo ne poznaje definiciju nematerijalnog gubitka. Tako se ovaj koncept definiše u sudskoj praksi od slučaja do slučaja.

Albansko građansko pravo utvrđuje da strane uvijek imaju pravo na nadoknadu materijalnih gubitaka zbog kršenja ugovora. Kada se radi o nematerijalnim gubicima, zakon ove gubitke niti eksplicitno isključuje, ali ni uključuje.

U vezi sa pitanjem da li postoje neki uslovi vezani sa odgovornošću za gubitak u slučaju kršenja ugovora, možemo se pozvati na čl.722., 723., 736 i 737 Albanskog građanskog zakona.

Pravila koja se primenjuju na određivanju veličine odgovornosti i iznosa šteta (materijalne i/ili nematerijalne) u slučaju prekršaja prodajnog ugovora, su ona koja su data u odgovoru na prvo pitanje.

3. U kojim slučajevima kršenje ugovora podrazumeva i pravo na kamate?

Kako se kamatna stopa određuje u slučaju kršenja (kašnjenja u izvršavanju) prodajnog ugovora?

Odgovorite na slijedeća pitanja:

Da li su vaši zakoni usaglašeni sa Direktivom za borbu protiv kašnjenja u plaćanju (Direktiva 2000/35/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 29.juna 2000.g. za borbu protiv kašnjenja u plaćanju i trgovinskim transakcijama, OJ L 200, 8.8.2000, str.. 35–38), i na koji način se to radi? Molimo vas da tačno navedete pravna rješenja ovog pitanja.

Ukoliko nastupi kršenje ugovora, postoji obaveza da oštećena strana bude obeštećena. Od trenutka kada nastane obaveza, povjerilac ima pravo da zahtijeva kamate na iznos koji odgovara obeštećenju ukoliko dužnik nije ispunio obavezu. Član 450. AGZ-a treba se imati na umu u tom slučaju. Ovaj član utvrđuje da se kamatna stopa određuje prema zakonu. Naime, albanski Parlament do sada nije usvojio ni jedan zakon koji utvrđuje kamatnu stopu. S druge strane, albanski Vrhovni sud je doneo odluku o ujednačavanju br. 932 od 22.06.2000. g. u kojoj navodi određene kriterije na osnovu kojih se procjenjuje iznos kamatne stope. U stvari, ova odluka je donesena u drugačijim okolnostima

(nakon pada piramidalnih šema u 1997. godini), ali može još uvijek poslužiti kao skup smjernica za sud prilikom donošenja odluka o nadoknadi šteta i kamatnim stopama na iznos novca koje dužnik mora platiti poveriocu. U ovoj odluci Vrhovni sud Albanije je naveo da je primjena visoke kamatne stope na kredite protuzakonita, osim u iznosu koji odgovara najvišoj kamatnoj stopi koji je propisala Narodna banka Albanije u vrijeme sklapanja ugovora. Naravno, ova odluka regulira kamatnu stopu za kredite, ali sudovi mogu koristiti ove kriterije i kod utvrđivanja gubitka (*iznosa novca koji je potrebno platiti*) u slučaju kršenja prodajnih ugovora. U tom smislu možemo reći da se iznos kamatne stope u slučajevima kršenja prodajnih ugovora određuje od slučaja do slučaja, a u skladu sa kamatnom stopom koju objavljuje Narodna banka Albanije. Sudovi se oslanjaju na ovlaštene računovođe u obračunavanju specifičnog iznosa kamata u pojedinačnim slučajevima.

U vezi sa Direktivom 2000/35/EC Evropskog parlamenta i Veća od 29. juna 2000. g. o „Borbi protiv zakašnjelog plaćanja u trgovačkim transakcijama“, treba da naglasimo da pomenuta direktiva nije ugrađena u albansko građansko-pravno zakonodavstvo. Ovo ne znači da zakonodavstvo nije u potpunosti usklađeno sa Direktivom, već samo da ne postoji usvojen poseban zakon koji je ugradio uputstva ove direktive u građansko-pravno zakonodavstvo. U vezi sa članom 3 Direktive, član 450. AGZ-a utvrđuje da:

“Naknada za štetu prouzrokovanu kašnjenjem u plaćanju određenog novčanog iznosa sastoji se od dospelih kamata koje se obračunavaju od datuma početka kašnjenja dužnika, u zvaničnoj valuti zemlje u kojoj se obavlja plaćanje. Kamatna stopa se obračunava prema zakonu.

Na kraju svake godine dospjele kamate se sabiraju sa iznosom obaveze na osnovu kojeg je i izvršen obračun.

Pravni interes se plaća bez obaveze poverioca da dokaže štetu. Kada povjerilac dokaže da je pretrpio štetu veću nego što je pravni interes, dužnik je dužan da mu isplati drugi dio štete”.

Član 686 Albanskog građanskog zakona uređuje da:

“Standardni uslovi koje je pripremila jedna od strana imaju dejstvo i na drugu stranu, ukoliko je u vrijeme sastavljanja ugovora ova druga strana bila upoznata sa njima ili je trebala biti upoznata iskazavši uobičajnu pravnu revnost.

Opće odredbe koje se odnose na gubitak ili nesrazmjernu povredu interesa ugovornih strana imaju dejstvo posebno ukoliko se razlikuju od principa jednakosti i nepristrasnosti koje utvrđuje ovaj Zakon i koje se odnose na ugovorne odnose.

U svakom slučaju, uslovi nemaju dejstvo, osim ako nisu posebno odobreni u pisanoj formi, koji favorizuju jednu stranu koja ih je unaprijed pripremila, i kojima se ograničava odgovornost, ovlašćuje povlačenje iz ugovora ili obustavljanje radova, ili na osnovu kojih se nameću vremenski rokovi, uključujući zaplenu prema drugoj strani, ograničava pravo ulaganja protu-tražbine, ograničava ugovorna sloboda u odnosima sa trećom stranom, uvode arbitražne klauzule, ili odstupanja od nadležnosti sudova”.

Član 479. AGZ-a također utvrđuje da: “svaki sporazum koji oslobađa ili ograničava odgovornost strana u neizvršavanju obaveza se smatra nevažećim”.

U vezi sa stavom 5. člana 2. Direktive, građansko zakonodavstvo ne sadrži odredbe koje eksplicitno dozvoljavaju organizacijama koje su službeno priznate, ili imaju legitiman interes, da predstavljaju mala i srednja preduzeća, da preduzimaju radnje u skladu sa nacionalnim pravom pred sudovima ili nadležnim administrativnim telima na temelju ugovornih uslova opće prirode za koje se smatra da su izrazito nekorektni u smislu stava 3 Direktive. Ukoliko se jave druga pitanja u vezi sa nelojalnom konkurencijom, primjenjuje se Zakon br. 9121 od 28.07.2003.g. „o zaštiti konkurencije“⁷

⁷ Ovaj zakon reguliše fer konkurenciju među preduzećima, a ne nekorektne ugovorne uslove, kao što su opisani u Direktivi.

sa izmenama, ili Ukoliko se radi o nekome ko je klasficiran kao potrošač, primjenjuje se Zakon br. 9902 od 17.04.2008.g., „o zaštiti potrošača“⁸, sa izmenama.

Prema članu 4. Direktive, Albanski građanski zakon u članu 746. utvrđuje da:

“Kada se prodaja vrši u ratama, kupac stiče vlasništvo na stvari nakon plaćanja posljednje rate, preuzimajući rizik do vremena isporuke. Zakašnjeli prenos vlasništva uz gore pomenute uslove mora biti predviđen ugovorom”.

Član 747. propisuje:

“Prenos vlasništva u skladu sa gore pomenutom odredbom se može izvršiti na povjerioce kupca samo ako je to dokumentovano u pisanoj formi sa datumom prije izdavanja kredita.

Ukoliko prodaja uključuje nepokretne i pokretne registrirane stvari, primjenjuju se odredbe o registraciji”.

Član 748. AGZ propisuje:

“bez obzira na svaki ugovor koji predviđa drugačije, kašnjenje u plaćanju jedne rate koja ne prelazi jednu osminu ukupne cijene ne povlači raskidanje ugovora, a kupac zadržava prednost rokova za plaćanje kasnijih rata”.

Sa druge strane u Članu 749. AGZ se propisuje:

“Ukoliko se ugovor raskida zbog neizvršenja od strane kupca, prodavač mora da vrati rate koje je primio, uz zadržavanje prava na poštenu nadoknadu za korištenje stvari i nastale štete.

Ukoliko je određeno da prodavač zadrži plaćene rate kao odštetu, sud može, u skladu sa okolnostima, odobriti smanjenje odobrene odštete”.

Na kraju možemo reći da ni jedna uredba sadržana u članu 5 Direktive nije ugrađena u albansko zakonodavstvo.

4. Da li oštećena strana ima pravo da traži nadoknadu za gubitak pored prava na kamatu, ili su ova dva prava isključena?

U slučaju kumulativnih prava, da li plaćanje kamata utiče na određivanje iznosa nadoknade za gubitak i na koji način?

Kao što smo prethodno rekli, član 450. AGZ, utvrđuje da kada povjerilac dokaže da je pretrpio štetu veću od pravnog interesa, dužnik je obavezan da mu plati drugi dio štete. U tom smislu možemo reći da su ova dva prava uključena, a ne isključena.

Takođe, u pogledu drugog pitanja, može se reći da plaćanje kamata utiče na utvrđivanje iznosa odštete za gubitak. U stavu 2. člana 450. AGZ-a navodi se da se na kraju svake godine dospele kamate sabiraju sa iznosom obaveze na osnovu koje je i napravljen obračun. To znači da se iznos obaveze povećava svake godine zbog primjene pravnog interesa. Taj se iznos dodaje na iznos koji se dobije sabiranjem ukupnog iznosa obaveze i iznosa novca na osnovu obračunatih kamata na kraju svake godine. Tako da će naredne godine iznos koji odgovara obavezama i na koji se primjenjuje pravni interes biti veći nego onaj izračunat za prethodnu godinu i tako dalje.

⁸ Ovaj zakon ima za cilj zaštitu potrošača od prevara u komercijalnim aktivnostima i nije dizajniran da zaštiti mala i srednja preduzeća, kada posluju u njihovoj komercijalnoj aktivnosti.

Relevantna literatura (u originalu na albanskom jeziku):

1. E Drejta e Detyrimeve I & II. Ardian Nuni, Ilir Mustafaj, Asim Vokshi. Tiranë, 2008.
2. E Drejta e Detyrimeve (Pjesa e përgjithshme dhe e posaçme). Mariana Semini (Tutulani), Tiranë, 1998.
3. Obligimet dhe kontratat përgjithësisht. Komentari i Kodit Civil, Botim i Ministrisë së Drejtësisë, Durrës, 1932.
4. E drejta e detyrimeve (*pjesa e përgjithshme*). Andon Sallabanda. Tiranë, 1977.
5. Detyrimet dhe Kontratat. Mehdi J. Hetemi. Tiranë, Luarasi, 1998.
6. E Drejta e Biznesit. Ardian Nuni. Tiranë, 2007.
7. E Drejta Private. Francesco Galgano. Botim i përkthyer dhe botuar nga Shtëpia Botuese "Luarasi", Tiranë, 2006.
8. E Drejta Civile (Pjesa e përgjithshme). Ardian Nuni. Tiranë, 2009.

ODGOVORNOST ZA POVREDU UGOVORA – NAKNADA ŠTETE I ZATEZNA KAMATA

Nacionalni izvještaj za Bosnu i Hercegovinu

Apstrakt

Dva su oblika građanske odgovornosti: ugovorna i deliktna, s brojnim zajedničkim (monistička teorija) i/ili različitim (dualistička teorija) karakteristikama. Zakon o obligacionim odnosima prihvata dualizam pravila o građanskoj odgovornosti tako što se odnos između deliktne i ugovorne odgovornosti reguliše kao odnos između opštih (deliktna odgovornost) i posebnih normi (ugovorna odgovornost). Opšta pretpostavka ugovorne odgovornosti jeste povreda ugovora do koje najčešće dolazi zbog neispunjenja ili zadocnjenja u ispunjenju obaveze. Zbog povrede ugovorne obaveze povjerilac ima pravo i na naknadu štete, koju dužnik duguje u obimu tzv. predvidljive štete, ali ukoliko je postupao *fraus, dolus* ili *culpa lata* duguje naknadu cjelokupne štete. Tradicionalno se smatralo da je ugovorna odgovornost rezervisana samo za materijalnu štetu, ali prema modernističkoj interpretaciji duguje se i nematerijalna šteta. Za zadocnjenje u ispunjenju novčane obaveze povjerilac ima pravo na zateznu kamatu (pretpostavljena šteta) kako bi se ostvarila potpuna ili integralna naknada štete. Zatezna kamata se može dosuditi i za zadocnjenje u isplati novčane naknade nematerijalne štete.

Ključne riječi: ugovor, delikt, odgovornost, šteta (materijalna i nematerijalna), naknada, zatezna kamata.

1. Uvod

Odgovornost za povredu ugovora, odgovornost za povredu obligacije, odgovornost za štetu nastalu neizvršenjem neke ranije preuzete obaveze, odgovornost za povredu ugovorne discipline ili ugovorna odgovornost je dio šireg pojma „građanske odgovornosti”.¹ Sam pojam građanske odgovornosti proističe iz metoda građanskog prava i načela regulisanja po kome ona predstavlja imovinsku „sankciju”, jer se sprovodi na imovini dužnika, za razliku od krivičnog ili upravnog prava gdje sankcija ima lični karakter (izvršenje na ličnosti).² Sadržina građanske odgovornosti je obaveza naknade štete odgovornog lica, a sama šteta može nastati povredom materijalnih ili nematerijalnih (ličnih) dobra.

„U građanskom pravu ugovor je najznačajniji pravni posao kojim se stvara pojedinačna norma sa građanskopravnim dejstvima, ... on i jeste najviše razjašnjavao, definisan, klasifikovan i izučavan

¹ V. Cigoj, Stojan: Građanska odgovornost, odrednica u *Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom I, NIU „Službeni list SFRJ”, Beograd, 1978. godina, str. 394 i dalje.

² Babić, Ilija: *Građansko pravo, Knjiga 1, Uvod u građansko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2011. godina, str. 24–27; Stanković, Obren i Vodinelić, Vladimir: *Uvod u građansko pravo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Nomos, Beograd, 1966. godina, str. 5–6; Popov, Danica: *Građansko pravo, opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 2005. godina, str. 36–36; Rašović, Zoran: *Građansko pravo, 1, Uvod*, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2006. godina, str. 7.

u okvirima obligacionog prava³. Ugovor je akt moralne i pravne civilizacije,⁴ a *pacta sunt servanda* je osnovno načelo ugovornog prava po kome ugovor predstavlja zakon za ugovorne strane, koje su obavezne ispuniti „ono što je dogovoreno“ i odgovorne su za to ispunjenje. Ovo načelo je došlo do izražaja i u odredbama Zakona o obligacionim odnosima (ZOO-a).⁵ Smisao odgovornosti za povredu ugovora je u tome da je njena pretpostavka postojanje obligacije čijom povredom (neizvršenjem ili neurednim izvršenjem ugovorne obaveze) nastaje šteta nekoj od strana u obligacionom odnosu.⁶

Drugi oblik građanske odgovornosti jeste vanugovorna, neugovorna ili deliktna odgovornost. Ova pravna odgovornost nastaje povredom opšte zakonske dužnosti o zabrani prouzrokovanja štete drugome.⁷ Među pravnim teoretičarima uglavnom postoje dvije teorije o odnosu odgovornosti za povredu ugovora i vanugovorne odgovornosti. Prva je tzv. monistička, unitaristička ili teorija jedinstva odgovornosti, odnosno „teorija jedinstva krivice“⁸ po kojoj je građanska odgovornost jedinstvena i nema razlike između odgovornosti za povredu ugovora i vanugovorne odgovornosti. I jedna i druga građanska odgovornost nastaje povredom neke ranije obaveze bez obzira na njen izvor: ugovor ili zakon.⁹ U stvari izvor je jedinstven za obe vrste odgovornosti i nalazi se u zakonskoj obavezi o zabrani prouzrokovanja štete drugome kod vanugovorne odgovornosti, odnosno u obavezi da ugovor bude u svemu ispunjen onako kako glasi da ne bi došlo do odgovornosti za povredu ugovora. Jedinstvena odgovornost proizlazi iz jedinstvene krivice s jedinstvenim pravnim režimom.¹⁰

Predstavnici monističke teorije su uvidjeli samo ono što je bilo zajedničko odgovornosti za povredu ugovora i vanugovornoj odgovornosti. Suprotno tome, postoji dualistička, klasična teorija koja jasno razlikuje ova dva oblika građanske odgovornosti. Odgovornost za povredu ugovora, tj. naknada štete je samo jedna posljedica obaveze stvorene ugovorom.¹¹ Naime, osnovna pretpostavka odgovornosti za povredu ugovora je postojanje punovažne obaveze iz nekog obligacionog odnosa koja nije izvršena ili je neuredno izvršena. Kao rezultat eventualne povrede ugovorne obaveze, koja je primarna, nastaje obaveza naknade štete od strane dužnika, koja je sekundarna. Za razliku od toga kod vanugovorne odgovornosti ne postoji prethodno, ranije, preuzeta (ugovorna) obaveza čijim neizvršenjem ili neurednim izvršenjem se stvara druga obaveza, a to je naknada štete. Kod vanugovorne odgovornosti, odgovornost na naknadu štete nastaje, kako smo to već rekli, na osnovu same zakonske odredbe o zabrani prouzrokovanja štete drugome od strane štetnika (dejstvo *erga omnes*). Dakle, za ugovornu obavezu je karakteristično da je nastala zbog povrede pravila nastalog voljom stranaka, tj. povredom nekog relativnog prava, a za vanugovornu obavezu da je nastala zbog povrede utvrđene opšte pravne norme, tj. nekog apsolutnog prava.¹²

³ Babić, Ilija: Pojam ugovora u građanskom pravu, *Pravni život*, br. 10/2003, str. 621.

⁴ Perović, Slobodan: *Pravno filozofske rasprave*, NIU „Službeni list SRJ“, Beograd, 1995. godina, str. 221 i dalje.

⁵ Čl. 17/1: „Učesnici u obligacionom odnosu dužni su da izvrše svoju obavezu i odgovorni su za njeno ispunjenje“; čl. 148/1: „Ugovor stvara prava i obaveze za ugovorne strane“; čl. 262/1: „Povjerilac u obaveznom odnosu je ovlašćen da od dužnika zahtjeva ispunjenje obaveze, a dužnik je dužan ispuniti je savjesno u svemu kako ona glasi“; čl. 262/2: „Kad dužnik ne ispuni obavezu ili zadocni sa njenim ispunjenjem, povjerilac ima pravo zahtijevati i naknadu štete koju je usljed toga pretrpio“.

⁶ Morait, Branko: *Obligaciono pravo, Knjiga druga (vanugovorni obligacioni odnosi)*, Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka, 2007. godina, str. 67; Medić, Duško: Obim naknade štete prouzrokovane povredom ugovora, u *Rasprave iz građanskog i poslovnog prava*, Fakultet pravnih nauka, Panevropski univerzitet APEIRON Banja Luka, Banja Luka, 2007. godina, str. 137.

⁷ Čl. 16 ZOO-a: „Svako je dužan da se uzdrži od postupka kojim se može drugom prouzrokovati šteta“.

⁸ Morait, Branko: *op. cit.*, str. 68; Perović, Slobodan: Osnov ugovorne i deliktne odgovornosti, *Pravni život*, br. 3–4/2004, str. 19.

⁹ Perović, Slobodan: *Pravno filozofske rasprave*, str. 168; Krulj, Vrleta: Vanugovorna (deliktna) i ugovorna odgovornost, *Arhiv*, br. 2–3/1959, str. 301.

¹⁰ Krulj, Vrleta: *op. cit.*, str. 302.

¹¹ *Ibidem*, str. 19.

¹² Cigoj, Stojan: *op. cit.*, str. 402.

Pored ove osnovne, suštinske razlike između odgovornosti za povredu ugovora i vanugovorne odgovornosti postoje i neke druge razlike: cilj naknade štete kod obje vrste odgovornosti je uspostavljanje narušene imovinske ravnoteže, ali kod odgovornosti za povredu ugovora cilj naknade je da se povjerilac dovede u ono imovinsko stanje u kome bi se nalazio da je dužnik izvršio svoju primarnu (ugovornu) obavezu, a kod vanugovorne odgovornosti cilj naknade je da se oštećeni dovede u ono imovinsko stanje koje bi postojalo da štete nije ni bilo. U vezi s tim, kod naknade štete za povredu ugovorne obaveze dužnik odgovara samo za predvidljivu štetu (osim u slučaju kad je štetu prčinio namjerno ili iz krajnje nepažnje), dok je vanugovorna odgovornost šira i obuhvata potpunu (integralnu) naknadu za prčinjenu štetu. Razlika je i s naknadom štete putem ugovorne kazne i zatezne kamate koje postoje samo kod odgovornosti za povredu ugovora. Zatim, postoje razlike kod obima odgovornosti, tj. klauzula o ograničenju ili isključenju odgovornosti koje nisu moguće kod vanugovorne odgovornosti zbog imperativnog karaktera ovih normi, razlike u pogledu sposobnosti stranaka, jer deliktano se može odgovarati i bez poslovne sposobnosti, razlike u teretu dokazivanja, zastarijevanju itd.¹³

ZOO, takođe, prihvata dualizam pravila o građanskoj odgovornosti tako što u Odjeljku 2. pod nazivom „Prouzrokovanje štete“ (čl. 154–209) reguliše vanugovornu odgovornost, a u Glavi III pod nazivom „Dejstva obaveza“, Odeljak 1 pod nazivom „Poveriočeva prava i dužnikove obaveze“, Odsek 1. pod nazivom „Pravo na naknadu štete“ reguliše odgovornost za povredu ugovora. Odnos između ove dvije grupe pravila o odgovornosti regulisan je u čl. 269 („Primena odredaba o prouzrokovanju štete“)¹⁴ kao odnos između opštih (norme o vanugovornoj odgovornosti) i posebnih normi (norme o odgovornosti za prouzrokovanu štetu).

2. Pretpostavke odgovornosti za povredu ugovora

Najvažnija opšta pretpostavka odgovornosti za povredu ugovora jeste da je došlo do same povrede ugovora. Do povrede ugovora dolazi kada se ugovorne strane ne ponašaju u skladu sa sadržajem ugovora, tj. povreda ugovora može nastati bilo od strane povjerioca, bilo od strane dužnika. Tako npr. povreda ugovora o prodaji nastaje kada dužnik ne ispuni svoju obavezu uopšte ili je ne ispuni u predviđenom roku ili na dogovorenom mjestu itd. Povjerilac može prouzrokovati povredu ugovora ako npr. odbije da primi uredno ispunjenje duga ili traži ispunjene duga u drugo vrijeme ili na drugom mjestu itd.

ZOO povredu ugovora reguliše u dijelu pod nazivom „Dejstva obaveze“ (čl. 262–294). Kada dođe do povrede ugovora, ugovor samim tim ne prestaje. Tako je i po ZOO-u koji sadrži posebna pravila o prestanku obaveza (Glava IV: „Prestanak obaveza“, čl. 295–393) u okviru kojih ne predviđa povredu ugovora i uopšte obligacije kao načina njihovog prestanka. Dakle, usljed povrede ugovora „poveriočeva prava i dužnikove obaveze“ i dalje postoje kao osnovne (primarne), samo što se sada javlja još jedna nova (dodatna, sekundarna, akcesorna) obaveza koja se sastoji u naknadi prouzrokovane štete. Identitet obligacije nije izmijenjen, izmijenjen je samo sadržaj obaveze.¹⁵ Ovakvo shvatanje poznato je kao teorija o subrogaciji, jer iznos koji duguje dužnik za povredu ugovora predstavlja surogat primarne činidbe, mada takav stav nije u potpunosti prihvatljiv.¹⁶

¹³ V. Grujić, Nenad: Odnos ugovorne i vanugovorne odgovornosti za štetu, *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu*, br. LII, str. 211 i dalje; Cigoj, Stojan: *op. cit.*, str. 402 i dalje; Perović, Slobodan: *Pravno filozofske rasprave*, str. 169–176; Krulj, Vrleta: *op. cit.*, str. 304–316.

¹⁴ Čl. 269 ZOO-a: „Ukoliko odredbama ovog odseka nije drukčije propisano, na naknadu štete shodno se primenjuju odredbe ovog zakona o naknadi vanugovorne štete“.

¹⁵ Loza, Bogdan: Povreda obligacije, *Pravni život*, br. 1–12/1988, str. 1604.

¹⁶ Jankovec, Ivica: *Vidovi i posledice nemogućnosti ispunjenja ugovorne obaveze*, Institut društvenih nauka, Beograd, 1982. godina, str. 153.

Najčešći slučaj povrede osnovne obaveze jeste kada dužnik ne ispuni svoju obavezu ili zadocni s njenim ispunjenjem. Povjerilac je u tome slučaju ovlašten da, osim prava da zahtijeva od dužnika ispunjenje obaveze, zahtijeva i naknadu štete koju je zbog toga pretrpio. Ovo pravo povjerioca na naknadu štete kao opšte pravilo regulisano je u čl. 262/2 ZOO-a, dok postoji čitav niz pojedinih odredbi ZOO koje sadrže pravo povjerioca na naknadu štete, što se smatra suvišnim, jer bi se i bez obzira na ove pojedine odredbe primjenjivalo opšte pravilo.¹⁷ Naime, odredba čl. 262/2 ZOO-a se primjenjuje u svim slučajevima kada dužnik ne ispuni svoju obavezu ili zadocni s njenim ispunjenjem bez obzira na to iz kojeg izvora obligacije je obaveza nastala (ugovora, prouzrokovanja štete, sticanja bez osnova, posloводства bez naloga),¹⁸ zbog čega se smatra da je ovu odgovornost ispravnije nazvati odgovornost za štetu nastalu zbog povrede postojeće obaveze nego „ugovornom odgovornošću za štetu“¹⁹.

Da bi nastala odgovornost za povredu ugovora zbog toga što dužnik nije ispunio svoju obavezu u cjelini ili je ispunjenje djelimično²⁰ ili je zadocnio s njenim ispunjenjem, potrebno je da je prethodno takva obaveza dužnika ustanovljena, tj. da između povjerioca i dužnika postoji obligacioni odnos. Ukoliko strana koja je pretrpjela štetu i odgovorna strana nisu bile ni u kakvom obligacionom odnosu prije nastanka štete ili prouzrokovana šteta nije ni u kakvoj vezi sa obligacionim odnosom tih strana, između njih ne nastaje ugovorna odgovornost za štetu.²¹ Ovakav obligacioni odnos mora biti punovažan, tj. da proizvodi pravna dejstva, a ne da se radi o ništavom ili rušljivom ugovoru koji je kasnije poništen u zakonskom roku.

Odgovornost za povredu ugovora može nastati i kad nisu prekršene njegove izričite odredbe, nego i zakonske odredbe koje se primjenjuju kao dopunske u slučaju kada pojedini pravni odnosi nisu regulisani ugovorom.²² To proizlazi iz dispozitivnog karaktera odredbi čl. 20 ZOO-a.²³

Svaka povreda ugovora, tj. njegovo neispunjenje u potpunosti ili djelimično ili zadocnjenje u ispunjenju, nema za posljedicu odgovornost neke od ugovornih strana za takvu povredu ugovora. Da bi došlo do odgovornosti za povredu ili kako to kaže profesor Loza, „da bi nastupila izmjena sadržaja obligacije usljed njene povrede“,²⁴ potrebno je da je šteta zaista i nastala. Da li će doći do naknade takve štete, na kraju krajeva, zavisi i od povjerioca, prvo od toga da li će iskoristiti svoje pravo da zahtijeva naknadu štete (v. čl. 262/2 ZOO-a), a zatim i da li će uspjeti dokazati njeno postojanje i visinu. Pored toga, povjerilac mora dokazati i uzročnu vezu između nastale štete i povrede, a uzrok mora biti takav da bez njega ne bi bilo štetne posljedice.

Da bi se dužnik oslobodio od odgovornosti za štetu koju je prouzrokovao povjeriocu povredom ugovora, a za koju odgovornost postoji oboriva pretpostavka, mora dokazati postojanje nekih okolnosti koje isključuju protivpravnost takvog njegovog ponašanja. U tom smislu u ZOO je prihvaćena tzv. subjektivno-objektivna koncepcija odgovornosti dužnika, odnosno njegovog oslobođenja od ove odgovornosti. U čl. 263 ZOO-a regulisane su dvije pretpostavke koje kumulativno oslobađaju dužnika odgovornosti: 1. da su nemogućnost ispunjenja obaveze ili zakašnjenje sa ispunjenjem oba-

¹⁷ Momčinović, Hrvoje: Ugovorna odgovornost za štetu, u *Odgovornost za štetu*, Inžinjerski biro d.d., Zagreb, 2006. godina, str. 66–67.

¹⁸ Tako i Vizner, Boris: *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978. godina, str. 1071; Đorđević, Živojin u Perović, Slobodan i Stojanović Dragoljub: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Pravni fakultet Kragujevac i Kulturni centar Gornji Milanovac, 1980. godina, str. 757; Mitrović, D. u Blagojević, Borislav i Krulj, Vrleta: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, drugo izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1983. godina, str. 910.

¹⁹ Momčinović, Hrvoje: Ugovorna odgovornost za štetu, *Naša zakonitost*, br. 9–10/1987, str. 1010.

²⁰ Perović, Slobodan: *Pravno filozofske rasprave*, str. 177.

²¹ Jankovec, Ivica: *Ugovorna odgovornost*, Poslovna politika, Beograd, 1993. godina, str. 8.

²² *Ibidem*, str. 11.

²³ Čl. 20 ZOO-a: „Učesnici mogu svoj obligacioni odnos urediti drukčije nego što je ovim zakonom određeno, ako iz pojedine odredbe ovog zakona ili iz njenog smisla ne proizilazi što drugo“.

²⁴ Loza, Bogdan: *op. cit.*, str. 1604.

veze u vezi s okolnostima nastalim poslije zaključenja ugovora i 2. da te okolnosti dužnik nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći.²⁵

Okolnost koja dovodi do nemogućnosti ispunjenja obaveze ili zakašnjenja sa ispunjenjem predstavlja situaciju u kojoj se dužnik našao, a mogu se sastojati u prirodnim ili pravnim razlozima, biti trajne ili privremene, potpune ili djelimične, objektivne (kad niko ne može ispuniti neku obavezu) ili subjektivne (kad obavezu ne može ispuniti dužnik).²⁶ Okolnost treba da je nastala poslije zaključenja ugovora, nezavisno od volje dužnika, koju dužnik nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći. Izraze „spriječiti, otkloniti ili izbjeći“ treba tumačiti tako da se odnose kako na samo nastupanje okolnosti, tako i na posljedice koje ta okolnost izaziva, tj. nastalu štetu.²⁷ Znači da dužnik prvo dokazuje da je nastupanje određene okolnosti za njega bilo nesavladivo, a zatim da ni nastalu štetu (posljedicu) nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći. Pri tome se pažnja dužnika cijeni objektivno, tj. da li se u datoj situaciji ponašao kao dobar privrednik, odnosno dobar domaćin (v. čl. 18/1 ZOO-a).

Na odgovornost dužnika za štetu koju je prouzrokovao povjeriocu povredom ugovora može se uticati i samim ugovorom. Radi se o ugovornom proširenju odgovornosti dužnika iz čl. 264/1 ZOO i na slučaj za koji se po redovnom toku stvari („inače“) ne odgovara, ali ne i u pravcu (nesrazmjerno) veće naknade štete nego što je prouzrokovana, a što je u skladu s načelom savjesnosti i poštenja (v. čl. 264/2 ZOO-a).

Isto tako regulisana je i mogućnost ugovornog ograničenja i isključenja odgovornosti (čl. 265 ZOO-a), s tim da se odgovornost dužnika može isključiti samo za običnu nepažnju (*culpa levis*), a ne i za namjeru (*dolus*) i krajnju nepažnju (*culpa lata*). I isključenje odgovornosti za običnu nepažnju nije neograničeno, već je klauzula neodgovornosti dopuštena samo ukoliko je rezultat slobodno izražene volje ugovornih strana i nije suprotna osnovnim načelima ZOO-a i to načelu zabrane stvaranja i iskorištavanja monopolskog položaja (čl. 14), ravnopravnosti stranaka (čl. 11) i načelu savjesnosti i poštenja (čl.12).

Ugovorno ograničenje odgovornosti znači da je dužnik odgovoran za prouzrokovanu štetu zbog neispunjenja ili zadocnjenja u ispunjenju ugovorne obaveze, ali ne u onom obimu u kojem bi bio odgovoran da nije ugovorena klauzula ograničenja odgovornosti (v. čl. 265/3 ZOO-a). Slično kao i kod isključenja, ni ograničenje odgovornosti nije „neograničeno“ ukoliko je nemogućnost ispunjenja obaveze prouzrokovana namjerom ili krajnjom nepažnjom dužnika (čl. 265/4 ZOO-a). Pored ovog opšteg izuzetka o ograničenju odgovornosti, regulisana su i dva pojedinačna slučaja i to ukoliko je određeni iznos u „očiglednoj nesrazmjeri“ sa štetom i „ako za određeni slučaj nije što drugo zakonom određeno“ (čl. 265/3 ZOO-a), a zakonom je određeno npr. plaćanje zatezних kamata za zadocnjenje sa ispunjenjem novčane obaveze (čl. 277 ZOO-a), zatim odgovornost ugostitelja (čl. 724 ZOO-a) itd.

3. Obim naknade štete prouzrokovane povredom ugovora

U pogledu obima naknade štete prouzrokovane povredom ugovora prethodno je potrebno napraviti razliku između štete prouzrokovane običnom nepažnjom dužnika i štete prouzrokovane prevarom, namjernim neispunjenjem obaveze ili neispunjenjem zbog krajnje nepažnje dužnika.

Obična nepažnja (*culpa levis*) je nemarnost prilikom činjenja ili nečinjenja, koja odstupa od ponašanja naročito brižljivog (savjesnog) čovjeka, nepažnja koju ne bi učinio naročito pažljiv čo-

²⁵ Čl. 263 ZOO-a (Oslobođenje dužnika od odgovornosti): „Dužnik se oslobađa od odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih poslije zaključenja ugovora koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći“.

²⁶ Jankovec, Ivica: O pojmu nemogućnosti ispunjenja ugovorne obveze, *Anali*, br. 3–4/1982, str. 231–243.

²⁷ Loza, Bogdan: *op. cit.*, str. 1607.

vjek.²⁸ Dužnik koji postupa s običnom nepažnjom dužan je povjeriocu nadoknaditi samo predvidljivu štetu, tj. onu štetu za koju je dužnik znao ili morao znati da će nastupiti ako ugovornu obavezu ne bude ispunio onako kako ona glasi.²⁹ To je regulisano odredbom čl. 266/1 ZOO-a³⁰ i važi samo u oblasti ugovorne odgovornosti, dok je kod deliktne odgovornosti odgovorno lice dužno nadoknaditi cjelokupnu štetu koja se može pripisati štetnoj radnji.³¹ Pravilo o predvidljivoj šteti važi samo ukoliko nije ugovorena klauzula o ograničenju odgovornosti dužnika iz čl. 265 ZOO-a, jer u tom slučaju ugovoreni iznos predstavlja predvidljivu štetu. Isto tako ugovorom se može i proširiti odgovornost dužnika (čl. 264 ZOO-a) u kome slučaju dužnik odgovara za svu štetu, a ne samo za predvidljivu.³²

ZOO razlikuje dvije situacije kada je šteta predvidljiva, a van tih situacija smatra se da je šteta nepredvidljiva i samim tim dužnik za nju ne odgovara. Jedna se situacija odnosi na onu štetu za koju je dužnik morao pretpostaviti da će se desiti ako bude prekršio ugovor, jer se radi o šteti koja nastupa po redovnom toku stvari kad se povrijedi ugovor. Druga situacija odstupa od redovnog toka stvari zbog nekih posebnih (izuzetnih) okolnosti za koje dužnik nije morao znati, ali su mu ipak bile poznate.³³

U obje situacije sporan je kriterijum procjene predvidljivosti štete od strane dužnika za povredu ugovora. Ipak, između konkretnog (subjektivnog) i apstraktnog (objektivnog) kriterijuma, većina autora³⁴ se opredjeljuje za ovaj drugi, apstraktni kriterijum prema kojem se okolnosti procjenjuju s obzirom na pažnju koja se u pravnom prometu zahtijeva od prosječnog dužnika, a ne s obzirom na lična svojstva i mogućnosti dužnika (konkretni kriterijum). Dakle, polazi se od standarda dobrog domaćina, odnosno dobrog privrednika, a u nekim slučajevima i dobrog stručnjaka (v. čl. 18 ZOO-a).

Predvidljivu štetu koja nastupa prema redovnom toku stvari dokazuje dužnik prema opštem pravilu o teretu dokazivanja da je onaj ko nešto tvrdi dužan to i dokazati, jer predvidljiva šteta ograničava ugovornu odgovornost i ide u prilog dužniku. Ukoliko dužnik ne postupi na ovakav način, povjerilac će zahtijevati štetu koju je stvarno pretrpio. Predvidljivu štetu koja odstupa od redovnog toka stvari zbog nekih posebnih okolnosti za koje je dužnik znao, a zbog kojih je povjeriocu nastupila veća šteta od uobičajene, dužan je da nadoknadi sam dužnik. Takvu štetu, odnosno da je dužnik znao za te posebne okolnosti, dokazuje povjerilac.³⁵ U oba slučaja mjerodavno vrijeme za ocjenu koje su okolnosti dužniku bile poznate je momenat zaključenja ugovora. Pri tome dužniku ne mora biti poznata visina, već samo mogućnost nastupanja štete kao posljedice povrede ugovora.³⁶ Isto tako od dužnika se traži da uzme u obzir samo stvarnu (realnu) opasnost štete, tj. predvidljiva je ona šteta koja se obično dešava prilikom povrede ugovora. Dužnik odgovara samo za štetu koja je neposredna posljedica povrede ugovora, a ne i za štetu koja ima neki drugi uzrok (posredna šteta).

Interesantno je pitanje primjene odredbi o ograničenju odgovornosti dužnika za predvidljivu štetu u slučaju neispunjenja ili neurednog ispunjenja novčane obaveze. Za odgovor na ovo pitanje relevantna je odredba čl. 278/1 ZOO prema kojoj „Povjerilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpio kakvu štetu zbog dužnikove docnje“. S obzirom na to da je zatezna kamata minimalna naknada štete na koju povjerilac ima pravo u slučaju da dužnik zadocni sa ispu-

²⁸ Babić, Ilija: *Obligaciono pravo, opšti deo*, FEPPS i Službeni glasnik, Beograd i Sremska Kamenica, 2009. godine, str. 187.

²⁹ Momčinović, Hrvoje: *op. cit.*, str. 1019.

³⁰ Čl. 266/1 ZOO-a: „Povjerilac ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi, koje je dužnik u vrijeme zaključenja ugovora morao predvidjeti (podvukao R. J.) kao moguće posljedice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate“.

³¹ Jankovec, Ivica: Ograničenje ugovorne odgovornosti na štetu koju je dužnik morao predvidjeti, *Pravni život*, br. 3/1982, str. 279.

³² *Ibidem*, str. 286.

³³ *Ibidem*, str. 290.

³⁴ Loza, Bogdan: *op. cit.*, str. 1609; Momčinović, Hrvoje: *op. cit.*, str. 1020.

³⁵ Medić, Duško: *Obim naknade štete prouzrokovane povredom ugovora*, str. 140.

³⁶ *Ibidem*, str. 140; Jankovec, Ivica: *op. cit.*, str. 293; Momčinović, Hrvoje: *op. cit.*, str. 1020.

njenjem novčane obaveze, onda dužnik ne bi mogao zahtijevati ograničenje odgovornosti na iznos manji od iznosa zatezne kamate.³⁷ Ukoliko je povjerilac pretrpio veću štetu od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate, ima pravo zahtijevati razliku do potpune naknade (čl. 278/2 ZOO-a). U tom slučaju mogle bi se primijeniti odredbe o ograničenju odgovornosti dužnika za predvidljivu štetu.

Pravilo o odgovornosti dužnika za predvidljivu štetu se ne može primijeniti ukoliko je dužnik prouzrokovao štetu prevarom (*fraus*), namjernim neispunjenjem obaveze (*dolus*) ili neispunjenjem zbog krajnje nepažnje (*culpa lata*). Zbog povrede ugovora u slučaju prevare, namjernog neispunjavanja obaveze ili neispunjavanja zbog krajnje nepažnje dužnika povjerilac ima pravo na naknadu cjelokupne štete bez obzira na to što dužnik nije znao za posebne okolnosti zbog kojih je ona nastala (čl. 266/2 ZOO-a). Ovdje se krivica dužnika ne pretpostavlja tako da je teret dokazivanja na povjeriocu, a ukoliko ne uspije dokazati da je dužnik postupao *fraus, dolus* ili *culpa lata* imaće pravo samo na predvidljivu štetu.

Naknada štete koju dužnik duguje povjeriocu zbog povrede ugovora može se smanjiti u dva slučaja. Prvi slučaj je kada za povjerioca zbog povrede ugovora od strane dužnika nastane i neki dobitak u kome slučaju se vrši oduzimanje koristi od štete (tzv. kompenzacija koristi iz čl. 266/3 ZOO-a). Drugi slučaj je kada je ugovorna strana koja se poziva na povredu dužna preduzeti sve odgovarajuće razumne mjere kojima bi se šteta mogla smanjiti, inače će druga ugovorna strana imati pravo na smanjenje naknade (čl. 266/4 ZOO-a). Pored navedena dva slučaja do smanjenja naknade dužnika može doći i u slučaju krivice povjerioca (čl. 267 ZOO-a).

4. Naknada materijalne i nematerijalne štete prouzrokovane povredom ugovora

U našoj pravnoj teoriji, praksi i zakonodavstvu jedna od podjela štete jeste na materijalnu i nematerijalnu štetu.³⁸ Kao sadržina materijalnog pojma štete poznate su obična šteta (stvarna ili pozitivna šteta, *damnum emergens*) i izmakla korist (posredna šteta, *lucrum cessans*).³⁹ Pravila o naknadi oba vida materijalne štete mogu se primijeniti i za predvidljivu i za cjelokupnu štetu, o kojima je naprijed bilo riječi. Naknada štete se, po pravilu, dosuđuje u novčanom obliku, a prema načinu obračuna može biti konkretna i apstraktna.⁴⁰

Pored naknade materijalne štete za povredu ugovorne obaveze može se dosuditi i nematerijalna šteta ukoliko je takvu štetu ugovorna strana i pretrpjela. Ova mogućnost naknade nematerijalne štete u slučaju povrede ugovorne obaveze proističe iz indirektno odredbe ZOO-a. Naime, ZOO ne sadrži odredbe koje direktno regulišu nematerijalnu štetu u ugovornim odnosima. Međutim, na osnovu upućujuće odredbe iz čl. 269 ZOO-a shodno se primjenjuju njegove odredbe o naknadi nematerijalne štete prema pravilima o deliktnoj odgovornosti (Odjeljak 2 ZOO-a pod nazivom „Prouzrokovanje štete“). Ovo je jedna modernistička interpretacija nematerijalne štete kod ugovorne odgovornosti, jer se tradicionalno smatralo da je ugovorna odgovornost rezervisana samo za materijalnu štetu. U prethodnom periodu smatralo se da se odredba čl. 262/2 ZOO-a odnosi samo na materijalnu štetu, a da čl. 266/1 i 2 ZOO-a služi za provođenje toga člana, odnosno da bi se odredba

³⁷ Jankovec, Ivica: *op. cit.*, str. 287.

³⁸ Prema čl. 155 ZOO-a: „Šteta je umanjjenje nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist), kao i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta)“ i čl. 189/1: „Oštećenik ima pravo kako na naknadu obične štete, tako i na naknadu izmakle koristi“.

³⁹ O pojmu obične štete i izmakle koristi vidjeti, Babić, Ilija: *Obligaciono pravo*, str. 194–196.

⁴⁰ O konkretnoj i apstraktnoj šteti vidjeti kod Babić, Ilija: *Obligaciono pravo*, str. 198.

čl. 262/2 mogla odnositi i na materijalnu i na nematerijalnu štetu, ali da se čl. 266/1 i 2 odnosi isključivo na određivanje obima naknade materijalne štete.⁴¹

Naša pravna teorija se po ovom pitanju različito pozicionirala tako što jedni autori, pod utjecajem imovinskopravnog karaktera ZOO-a i građanskog prava u cjelini, uopšte ne ističu nematerijalnu štetu kod ugovorne odgovornosti,⁴² dok drugi autori ostavljaju mogućnost dosuđivanja i novčane naknade nematerijalne štete za povredu ugovorne obaveze.⁴³ Što se tiče stava sudske prakse po ovom pitanju gotovo da ga i nema. Međutim, navedena modernistička interpretacija trebala bi predstavljati modernu koncepciju nematerijalne štete kod ugovorne odgovornosti. Ovakva koncepcija, *de lege lata* i/ili *de lege ferenda* prihvaćena je u mnogim evropskim zakonodavstvima,⁴⁴ kao i u Principima evropskog ugovornog prava (tzv. Landova načela).⁴⁵ Kao pozitivan primjer u ovome pravcu možemo navesti i Republiku Hrvatsku, s obzirom na to da je pripadala istom pravnom krugu s jedinstvenim zakonodavstvom u ovoj oblasti, koja je novim Zakonom o obveznim odnosima iz 2005. godine⁴⁶ u čl. 346/1 izričito regulisala, osim naknade obične štete i izmakle koristi, i pravo povjerioca na „pravičnu naknadu neimovinske štete“. Na ovakvo rješenje svakako je uticalo i prihvaćanje drugačijeg koncepta (tzv. objektivna umjesto ranije subjektivne koncepcije)⁴⁷ nematerijalne štete kao povrede prava ličnosti uopšte,⁴⁸ a što je, takođe, tendencija u savremenom pravu.

Navedeno priznavanje ugovorne odgovornosti za nematerijalnu štetu posljedica je promijenjene socijalne i pravne funkcije obligacionopravnih ugovora. Naime, sve više se zaključivanjem pojedinih ugovora (npr. ugovora o organizovanju putovanja, ugovora o hotelskim uslugama i sl.), umjesto materijalnih dobara, želi pribaviti neko zadovoljstvo, određeno duhovno obogaćenje (tzv. industrija slobodnog vremena), gdje se čovjek javlja ne samo kao tzv. *homo consumens* (potrošač masovnih dobara), već i kao tzv. *homo sensibilis* (uživalac nematerijalnih dobara).⁴⁹

U svakom slučaju prihvatanje stava i o nematerijalnoj šteti u ugovornom pravu predstavlja prvi korak u tom pravcu koji otvara mnoga druga pitanja: predvidljivosti nematerijalne štete, pravične novčane naknade nematerijalne štete zbog povrede ugovora (problem komercijalizacije), ograničavanje i proširenje odgovornosti za nematerijalnu štetu itd.

5. Zatezna kamata i odgovornost za povredu ugovora

Kamata (interes, uzura, dobit, fajda) je cijena, odnosno naknada koja se plaća za upotrebu tuđeg novca ili tuđih zamjenjivih pokretnih stvari, bez obzira na to da li se navedene stvari koriste na osnovu pravnog posla, odnosno po nekom pravnom osnovu ili bez njega, koja se daje u stvarima

⁴¹ Radolović, Aldo: Naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora, u *Naknada štete u primjeni novog zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine d.d., Zagreb, 2005. godina, str. 108.

⁴² Blagojević, Borislav i Krulj, Vrleta: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1980. godina, str. 642–644 i 666–672.

⁴³ Vizner, Boris: *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978. godina, str. 1068–1072.

⁴⁴ Klarić, Petar: *Odštetno pravo, usporednopravna studija odabranih pojmova i instituta*, treće prošireno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1996. godina, str. 207–232; Radolović, Aldo: *op. cit.*, str. 89–105; Apostolović, Branislava: Naknada nematerijalne štete zbog povrede ugovora, u *Naknada nematerijalne štete, izbor radova sa savetovanja Udruženja za odštetno pravo*, Beograd, 2008. godina, str. 131–136.

⁴⁵ V. čl. 9, stav 2, tačka 501 Principa evropskog ugovornog prava koji priznaje pravo na naknadu nematerijalne štete ugovornoj strani koja je pretrpjela štetu zbog povrede ugovora.

⁴⁶ Zakon o obveznim odnosima, „Narodne novine“, br. 35/2005.

⁴⁷ O objektivnoj koncepciji nematerijalne štete vidjeti, Crnić, Ivica: Pravo fizičke osobe na popravlanje neimovinske štete, u *Naknada štete u primjeni novog zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine d.d., Zagreb, 2005. godina, str. 6–8.

⁴⁸ Radolović, Oliver: Odgovornost ugostitelja za štetu zbog povrede obaveza iz izravnog ugovora o hotelskim uslugama, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 30, br. 2/2009, str. 1035 i dalje i Agencijski ugovor o hotelskim uslugama: ugovorna odgovornost ugostitelja u hrvatskoj, europskoj i međunarodnoj poslovnoj praksi, *Pravni vjesnik*, br. 2/2010, str. 7–35.

⁴⁹ Klarić, Petar: Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede ugovora o organizovanju putovanja, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 56, Poseban broj, 2006. godina, str. 383.

iste vrste.⁵⁰ S obzirom na osnov nastanka (ugovor ili zakon) razlikujemo ugovorne i zakonske kamate. Zatezna (moratorna) kamata je zakonska kamata koju duguje dužnik, pored glavnice, u slučaju docnije⁵¹ sa ispunjenjem novčane obaveze (čl. 277/1 ZOO-a). Svrha joj je ostvarenje funkcije naknade štete, tj. predstavlja sankciju za neblagovremeno ispunjenje novčane obaveze, s obzirom na prirodu novca kao dugovane stvari.⁵²

Povjerilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpio kakvu štetu zbog dužnikove docnje (čl. 278/1). Dakle, radi se o pretpostavljenoj šteti koju povjerilac ne dokazuje i dovoljno je da se dokaže samo docnja dužnika novčane obaveze. Ukoliko je povjerilac usljed docnje dužnika pretrpio veću štetu nego što bi dobio na ime zatezne kamate, ima pravo zahtijevati razliku do potpune naknade štete (čl. 278/2 ZOO-a). U ovom slučaju povjerilac mora i dokazati da je tu veću štetu pretrpio.

Navedene odredbe je potrebno dovesti u vezu s odredbom čl. 266/1 ZOO-a koja reguliše pravo povjerioca na naknadu obične štete i izmakle koristi i to one koju je dužnik morao predvidjeti. Obična šteta, u principu, se lako dokazuje. Naime, odgovornost dužnika novčane obaveze se pretpostavlja zbog same činjenice da je u docnji pa se *ipso facto* stiče pravo povjerioca na zateznu kamatu. I naknadu štete koja prelazi visinu zatezne kamate povjerilac može dokazati. Međutim, izmakla korist se ne pretpostavlja i nije ju lako utvrditi, jer se prema odredbi čl. 189/3 ZOO-a mora utvrditi kakav gubitak je nastao za povjerioca usljed docnje dužnika da bi se ostvarila potpuna naknada štete iz čl. 278/2 ZOO-a, a u vezi s čl. 266 ZOO-a koji ima korektivnu ulogu⁵³. Svrha potpune ili integralne naknade štete (v. čl. 190 ZOO-a) jeste da se povjerilac novčanog potraživanja dovede u ono stanje u kome bi se nalazio da je dužnik po redovnom toku stvari svoju obavezu izvršio u roku dospijeca.

Pored naknade potpune štete, povjerilac može zahtijevati i valorizaciju obezvrjeđenog novčanog potraživanja usljed inflacije (tzv. inflatorna šteta) kako bi se uspostavilo načelo jednake vrijednosti davanja iz čl. 15 ZOO-a,⁵⁴ tj. nadoknadila razlika između stvarno isplaćene vrijednosti ugovorne obaveze i njene realne tržišne vrijednosti.

Zatezna kamata se može dosuditi i kod nematerijalne štete za povredu ugovorne obaveze, jer i ovaj oblik štete ima svoje mjesto kod odgovornosti za povredu ugovora, kako smo to naprijed naveli. Novčana naknada za nematerijalnu štetu predstavlja glavno potraživanje, a naknada za zakašnjenje u isplati glavnog potraživanja predstavlja zateznu kamatu, čiji nastanak i visina neposredno zavise od postojanja glavnog potraživanja.⁵⁵

Zatezna kamata se isplaćuje po stopi koja je utvrđena Zakonom o visini stope zatezne kamate Republike Srpske.⁵⁶ Prema odredbama ovog zakona u slučaju docnje dužnika sa ispunjenjem novčane obaveze u domaćoj ili stranoj valuti, duguje, pored glavnice i zateznu kamatu na iznos duga do dana isplate po kamatnoj stopi koja se sastoji od stope rasta na malo za period za koji se računa

⁵⁰ Stanišić, Slobodan: Zatezne kamate na novčanu naknadu nematerijalne štete, u *Naknada nematerijalne štete, izbor radova sa savetovanja Udruženja za odštetno pravo*, Beograd, 2008. godina, str. 204.

⁵¹ "Dužnik dolazi u docnju kad ne ispuni obavezu u roku određenom za ispunjenje", čl. 324/1 ZOO-a.

⁵² Spasić, Slobodan: Zatezna kamata i potpuna naknada štete kroz sudsku praksu, u *Ugovorna odgovornost i naknada štete*, Budva, 2003. godina, str. 173.

⁵³ Colić, Borislav: Izvršenje novčanih ugovornih obaveza, drugih novčanih obaveza, raskid ugovora zbog neizvršenja i naknada štete, zatezne, ugovorne i zelenaške kamate, problemi odlučivanja u sudskim postupcima, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br. 2/1999, str. 161.

⁵⁴ *Ibidem*, str. 174 i dalje.

⁵⁵ Stanišić, Slobodan: *op. cit.*, str. 212.

⁵⁶ Zakon o visini stope zatezne kamate, „*Službeni glasnik Republike Srpske*“, br. 19/01, 52/06, 103/08. Zakoni koji su prethodili ovom zakonu, a primjenjivali su se na teritoriji Republike Srpske su Zakon o visini stope zatezne kamate, „*Službeni list SFRJ*“, br. 57/89, i Zakon o visini stope zatezne kamate, „*Službeni list SRJ*“, br. 32/93, 24/94 i 28/96 iako za ovaj drugi zakon nije postojalo zakonsko uporište u propisima Republike Srpske, tako da se Zakon iz 1989. godine, uprkos brojnim teškoćama, trebao primjenjivati sve do donošenja Zakona iz 2001. godine, v. Stanišić, Slobodan, *op. cit.*, str. 208–209.

zatezna kamata i fiksne stope od 0,05% dnevno (čl. 3). Obračun zatezne kamate vrši se tako da se fiksna stopa od 0,05% dnevno množi brojem dana zakašnjenja i tako utvrđena stopa množi sa iznosom glavnog duga uvećanog za kamatu po stopi rasta cijena na malo iz prethodnog člana. Ukoliko je stopa rasta cijena na malo iz prethodnog člana nula ili je negativna primjenjuje se samo fiksna stopa od 0,05% dnevno (čl. 4). Zakonom o dopuni Zakona o visini stope zatezne kamate reguliše se obračun kamate na novčane obaveze iskazane u dinarima,⁵⁷ dok Zakon o izmjeni zakona o visini stope zatezne kamate iz 2008. godine, umjesto riječi „cijena na malo“ u čl. 3 i 4 osnovnog zakona iz 2001. godine, zamjenjuje riječima „potrošačkih cijena“.

Ovakav način regulisanja utvrđivanja visine stope zatezne kamate, kao i njeno regulisanje u ZOO-u nije u skladu s Direktivom o sprečavanju zakašnjenja u plaćanju u trgovačkim ugovorima.⁵⁸ Svakako da će to biti još jedan zadatak zakonodavca u postupku prilagođavanja nacionalnih propisa sa pravnom stečevinom Evropske unije (*acquis communautaire*).

⁵⁷ Čl. 1: „Na novčane obaveze iskazane u dinarima ne obračunava se kamata, već se glavni dug konvertuje u DEM, odnosno KM po najpovoljnijem kursu po kojem su komercijalne banke otkupljivale tu valutu u mjestu ispunjenja obaveza na dan dospelosti i na tako konvertovan iznos obračunava se zatezna kamata po kamatnoj stopi koja se plaća na neoročene štedne uloge (štedne uloge po viđenju) u DEM, i to do dana ispunjenja glavnog duga, a najdalje do 18. 5. 2001. godine, od kojeg dana se kamata obračunava prema odredbama člana 3. osnovnog zakona“.

⁵⁸ *Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions* od 29. 6. 2000. godine, objavljena u *Official Journal of the European Communities*, L 200, 8. 8. 2000. godine, str. 37, v. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:200:0035:0038:en:PDF>, od 5. 12. 2011. godine.

PRAVNI LIJEKOVI ZA KRŠENJE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA Nacionalni izvještaj za Hrvatsku

1. U kojim slučajevima kršenja prodajnog ugovora strane imaju pravo da traže obeštećenje? Da li je pravo na nadoknadu radi gubitka pravo po sebi, ili je to jedno od prava koje slijedi iz kršenja ugovora?

U Republici Hrvatskoj ugovor o kupoprodaji općenito je uređen odredbama Zakona o obveznim odnosima (čl. 376–473. dalje: ZOO).² Kada je ugovor o kupoprodaji raskinut zbog povrede ugovora od strane jednog ugovaratelja, **druga strana ima pravo na naknadu štete koju zbog toga trpi**, prema općim pravilima o naknadi štete nastale **povredom ugovora** (čl. 445. ZOO). Radi se o posebnoj odredbi (*lex specialis*) koja vrijedi za ugovor o kupoprodaji i koja zapravo upućuje na primjenu opće odredbe (*lex generalis*) o dužnosti ispunjenja ugovornih obveza i posljedica njihovog neispunjenja iz čl. 342. ZOO. Prema općoj odredbi temeljna svrha i učinak ugovornih odnosa jest ovlast vjerovnika zahtijevati od dužnika ispunjenje obveze “savjesno i kako ona glasi”, te dužnikova obveza ispuniti obvezu “savjesno i u svemu kako ona glasi”. Ne ispuni li dužnik savjesno ili u cijelosti svoju obvezu vjerovnik ima pravo zahtijevati naknadu štete koju je time pretrpio. Ovom formulacijom hrvatski zakonodavac je jasno postavio pravilo prema kojem se zbog zakašnjenja ili neispunjenja obveze dužnik ne oslobađa obveze ispunjenja, ona ostaje i on ju je i dalje dužan ispuniti i ne pripada mu pravo na neispunjenje ili odustanak od ugovora plaćanjem naknade štete vjerovniku. Obveza ispunjenja kao primarna obveza ostaje (jer obveza prestaje tek kada se ispuni, čl. 160. ZOO), ali se uz nju javlja nova, sekundarna obveza – obveza naknade štete kao uzročna posljedica neispunjenja ili zakašnjenja s primarnom obvezom.

*Sudska praksa:*³

“Prodavatelj odgovara za štetu kad je, osporavajući valjanost ugovora o prodaji, onemogućio korištenje prodanog automobila” VSRH Rev-1877/99 od 01. 12. 1999.; “Prodavatelj odgovara kupcu za štetu jer mu je predao manju količinu robe od ugovorene” VTS, Pž-1501/93 od 16. 11. 1977; “Ako je prodavatelj zakasnio s isporukom stvari, kupac ima pravo na naknadu štete” VSRH Gzz-28/80 od 23. 4. 1980.

Ostalo na primjer: VSRH Rev-326/83 od 16. 6. 1983; VSRH Gž-2306/75 od 12. 5. 1976, VSRH Rev 2186/94 od 13. 11. 1996; VSRH Rev-2474/87 od 26. 5. 1988.

¹ Mr. sc. Ana Keglević LL. M. (London), asistentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Katedra za građansko pravo. Autorica ovim putem zahvaljuje asistentici Ivani Kanceljak, dipl. iur. na prikupljanju pravne literature.

² Novi Zakon o obveznim odnosima (NN 35/05, 41/08) stupio je na snagu od 1. 1. 2006. godine zamijenivši tada stari Zakon o obveznim odnosima iz 1978. godine koji je preuzet u hrvatsko zakonodavstvo 1991. godine (NN 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99, 88/91).

³ Budući da Vrhovni sud Republike Hrvatske (VSRH) još uvijek nema značajne sudske prakse donesene na temelju odredaba novog Zakona o obveznim odnosima iz 2005. godine u radu se citira sudska praksa prema Zakonu o obveznim odnosima 1978/91 u odnosu na odredbe koje se sadržajno nisu promijenile već samo nomotehnički. Za odredbe Zakona koje su se sadržajno-konceptijski promijenile, sudska praksa iz navedenog razloga nije citirana.

Osim ove opće situacije raskida kupoprodajnog ugovora, Zakon o obveznim odnosima uređuje još dvije specifične situacije raskida ugovora o kupoprodaji i naknade štete. Radi se o sljedećim situacijama:

a) Raskid ugovora kada stvar ima tekuću cijenu

Kada je kupoprodaja raskinuta zbog povrede ugovora od strane jednog ugovaratelja, a stvar ima tekuću cijenu, druga strana može zahtijevati razliku između cijene određene ugovorom i tekuće cijene na dan raskida ugovora na tržištu mjesta u kojem je posao obavljen (čl. 446. st. 1.). Tekuća cijena je cijena utvrđena službenom evidencijom na tržištu mjesta prodavatelja u vrijeme kada je trebalo doći do ispunjenja (čl. 286. st. 1. ZOO). Ako na tržištu mjesta u kojem je posao obavljen nema tekuće cijene, za izračunavanje visine naknade uzima se u račun cijena tržišta koje bi ga moglo zamijeniti u danom slučaju, kojoj treba dodati razliku u troškovima prijevoza (čl. 446. st. 2. ZOO). U pravnoj literaturi ova vrsta štete naziva se APSTRAKTNOM ŠTETOM. Za nastanak odnosa odgovornosti za ovu vrstu štete potrebno je da: 1. ugovor bude raskinut zbog povrede ugovora od strane jednog ugovaratelja, 2. da predmet kupoprodaje ima tekuću cijenu. Naziv apstraktna šteta proizlazi iz presumpcije da je ugovorna strana pretrpjela štetu s obzirom na razliku prema tekućoj cijeni. Jednostavnije rečeno, kada je kupac dužan platiti cijenu koja je niža od tekuće, a prodavatelj odgovoran za raskid ugovora, kupac ima pravo zahtijevati razliku između cijene koju bi bio dužan platiti da ugovor nije raskinut i više tekuće cijene. S druge strane, kada je kupac dužan platiti cijenu koja je viša od tekuće cijene i odgovoran je za raskid ugovora, prodavatelj ima pravo zahtijevati razliku između više cijene koju bi kupac bio dužan platiti da ugovor nije raskinut i niže tekuće cijene. Dakle, razlika između pojedinih iznosa cijena (razlika između ugovorene cijene i tekuće cijene) predstavlja iznos apstraktna štete.

b) Raskid ugovora kada je izvršena prodaja ili kupnja radi pokrića

Kad je objekt kupoprodaje stanovita količina stvari određenih po rodu, pa jedna strana ne ispuni svoju obvezu na vrijeme, druga ugovorna strana može izvršiti prodaju radi pokrića, odnosno kupnju radi pokrića, i zahtijevati razliku između cijene utvrđene ugovorom i cijene prodaje, odnosno kupnje radi pokrića. Bitno je da kupnja, odnosno prodaja radi pokrića budu izvršene u razumnom roku i na razuman način. Također je bitno da je prije namjeravane prodaje, odnosno kupnje radi pokrića vjerovnik dužan o svojoj namjeri obavijestiti dužnika, inače mu odgovara za time počinjenu štetu (čl. 447. ZOO). Iz dikcije samoga članka vidljivo je da je za nastanak odgovornosti za štetu potrebno: 1. da je objekt stanovita količina određenih stvari određena po rodu, 2. da je jedna strana pala u zakašnjenje, 3. da je druga strana izvršila prodaju ili kupnju radi pokrića, 4. da je kupnja, odnosno prodaja radi pokrića izvršena u razumnom roku i na razuman način. U pravnoj literaturi ova vrsta štete naziva se konkretnom štetom. Ovo zato što suugovaratelj koji obavi prodaju, odnosno kupnju radi pokrića, može zahtijevati uz navedene pretpostavke od suprotne strane razliku između cijene određene ugovorom i cijene prodaje, odnosno kupnje radi pokrića koju je zaista ostvario. Dakle, razlika između pojedinih iznosa cijena (razlika između ugovorene cijene i cijene koju je postigao kupnjom ili prodajom) predstavlja iznos apstraktna štete. Bitno je da obavijest o namjeravanoj kupnji ili prodaji radi pokrića nije pretpostavka za nastanak odgovornosti za štetu, ali strana koja nije obavijestila drugu stranu o namjeravanoj prodaji, odnosno kupnji radi pokrića može drugoj strani odgovarati za štetu koja joj je time nastala.

Međutim, pored prava na naknadu štete prema navedenim pravilima, ugovoru vjerna strana ima pravo i na naknadu veće štete ako ju je pretrpjela (čl. 448. ZOO).

2. **Kakva je definicija koncepta naknade štete i gubitka/štete u vašem zakonodavstvu – materijalnog i nematerijalnog? U skladu s vašim zakonima, da li ugovorne strane imaju pravo na nadoknadu za materijalne/nematerijalne gubitke u slučaju kršenja ugovora? Da li postoje neki posebni uslovi koji se odnose na odgovornost za gubitke kada dođe do kršenja prodajnog ugovora? Na osnovu kojih propisa se precizira stepen odgovornosti i iznos kompenzacije za gubitke (materijalne i/ili nematerijalne) u slučaju kršenja ugovora?**

a) Općenito o sustavu odgovornosti za štetu u hrvatskom pravu

U Republici Hrvatskoj opća pravila o odnosu odgovornosti za štetu, uključujući definicije pojmova kao npr. definiciju stupnja odgovornosti i utvrđivanje iznosa naknade štete **uređuje Zakon o obveznim odnosima** kao opći propis obveznog prava (čl. 1045–1110. ZOO). Pored njega neki specifični odnosi odgovornosti za štetu uređeni su posebnim zakonima kao na primjer, Zakon o zaštiti okoliša uređuje odgovornost za štetu uzrokovanu onečišćenjem okoliša, zatim Carinski zakon predviđa da ako pregledom stvari ili osobnim pregledom putniku bude nanescena materijalna šteta, putnik ima pravo na naknadu tako nanescene štete od RH, Zakon o sustavu državne uprave predviđa odgovornost RH gdje građani imaju pravo na naknadu nastalih troškova zbog neobavljanja službene radnje, a o zahtjevu za naknadu tih troškova odlučuje zaključkom voditelj postupka koji je pozvao stranku na neku radnju u upravnom postupku itd. Međutim, i na odgovornost za štetu predviđenu tim posebnim propisima primjenjuju se opće odredbe i opći koncept odnosa odgovornosti za štetu koji je uređen Zakonom o obveznim odnosima.

Prema općim pravilima Zakona o obveznim odnosima za nastanak odnosa odgovornosti za štetu potrebno je da budu ispunjene **sljedeće pretpostavke**:

- 1) da postoje jasno određeni **subjekti** odnosa odgovornosti za štetu – štetnik i oštećenik;
- 2) da je nastala određena šteta na strani oštećenika. Pri tome zakon definira štetu kao umanjene nečije imovine (obična šteta), sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta);
- 3) da postoji štetna radnja štetnika. Štetna radnja može se sastojati od povrede neke ugovorne obveze (ugovorna odgovornost za štetu), od građanskog delikta (izvanugovorna odgovornost za štetu) i od povrede pregovora koji prethode sklapanju ugovora (predugovorna odgovornost za štetu).
- 4) da postoji **uzročna veza** (kauzalni nesus) između štetne radnje kao uzroka i štete kao posljedice,
- 5) da je ispunjen zahtjev **protupravnosti** štetne radnje. Ovdje govorimo o:
 - a) protupravnosti u objektivnom smislu: štetna radnja je protivna nekom pravnom pravilu;
 - b) protupravnosti u subjektivnom smislu: štetna radnja je počinjena krivnjom štetnika. ZOO navodi da krivnja postoji kada je štetnik prouzročio štetu namjerno ili nepažnjom (čl. 1049. ZOO), pri čemu ZOO dalje razlikuje običnu i krajnju nepažnju.

Glede vrste odgovornosti za štetu, temeljno pravilo hrvatskog sustava odnosa odgovornosti za štetu je **subjektivna odgovornost kod koje se krivnja presumira**, osim ako nije drugačije propisano. Drugim riječima tko drugome prouzroči štetu dužan ju je nadoknaditi osim ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje (čl. 1045. st. 1. ZOO). Pri tome se predmnijeva samo obična nepažnja (čl. 1045. st. 2.) dok se krajnja nepažnja i namjera trebaju dokazati. Budući da se traži krivnja kao pretpostavka radi se o SUBJEKTIVNOJ odgovornosti za štetu. Međutim naš zakon poznaje i OBJEKTIVNU odgovornost za štetu kod koje se ne traži krivnja (protupravnost u subjektivnom smi-

slu) kao opća pretpostavka već samo protupravnost u objektivnom smislu. Pa tako za stvari ili djelatnosti od kojih potječe povećana opasnost za štetu za okolinu odgovara se bez obzira na krivnju (čl. 1045. st. 3. ZOO). Ali se za štetu odgovara bez obzira na krivnju i u drugim slučajevima predviđenim zakonom (čl. 1045. st. 4. ZOO) kao na primjer odgovornost od opasne stvari ili opasne djelatnosti (čl. 1063–1067. ZOO), odgovornost za štete izazvane motornim vozilom u pogonu (čl. 1068–1072. ZOO), odgovornost za neispravan proizvod (čl. 1073–1080. ZOO), odgovornost roditelja za djecu do navršene sedme godine života (čl. 1065. st. 1. ZOO) itd. Osim subjektivne i objektivne odgovornosti za štetu ZOO još poznaje: 1. predugovornu, ugovornu i izvanugovornu odgovornost za štetu, 2. vlastitu odgovornost i odgovornost za drugoga, 3. odgovornost više osoba za štetu: podijeljena i solidarna, 4. kao i još neke posebne slučajeve kao odgovornost zbog uskraćivanja nužne pomoći, odgovornost u vezi s obvezom sklapanja ugovora, odgovornost u vezi obavljanja posla od javnog interesa.

b) Posebice o odnosu odgovornosti za štetu kod ugovora o kupoprodaji

ba) Kakva je definicija koncepta gubitka/štete u vašem zakonodavstvu – materijalnog i nematerijalnog?

U hrvatskom pravnom sustavu šteta je definirana kao umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprječavanja njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta) (čl. 1046. ZOO). Pored toga ZOO još dodatno uređuje prava osobnosti navodeći da svaka fizička i pravna osoba ima pravo na zaštitu svojih prava osobnosti pod pretpostavkama uređenim zakonom. Pod pravima osobnosti za fizičke osobe zakon podrazumijeva pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života itd. Jednako tako pravna osoba ima sva navedena prava osobnosti, osim onih koja su vezana strogo za biološku bit fizičke osobe, a osobito ima pravo na zaštitu ugleda i dobrog glasa, časti, imena odnosno tvrtke, poslovne tajne, slobode privređivanja i dr. (čl. 19. ZOO). Bitno je napomenuti da navedena prava osobnosti ne predstavljaju zatvoren broj, već se može povrijediti i neko drugo pravo osobnosti koji nije izričito navedeno zakonskom odredbom. Ovo pravno rješenje ZOO-a iz 2005. godine, drugačije je od rešenja ZOO-a iz 1978. godine koji je ograničavao prava osobnosti i definiciju neimovinske štete isključivo na prava koja su tada bila izričito zakonom navedena.

Sudska praksa:

“Od prodavatelja koji nije ispunio ugovor i predao kupcu prodanu nekretninu, kupac može zahtijevati, ako prodavatelj nije u mogućnosti ispuniti ugovor, naknadu štete u visini cijene takvog objekta u vrijeme presuđenja.” VSRH Rev-284/89 od 28. 6. 1990.

Ostalo: Ustavni sud U-III-1558/2000 od 19. 2. 2004; VSRH113/87 od 3. 12. 1987; Žs u Zagrebu GŽ-1921/99 od 4. 7. 2000; VSRH Rev-1006/93 od 15. 6. 1994; VSRH Rev-542/85 od 8. 5. 1985.

bb) U skladu s vašim zakonima da li ugovorne strane imaju pravo na nadoknadu za materijalne/nematerijalne gubitke u slučaju kršenja ugovora?

Naknada štete u slučaju neispunjenja ili zakašnjenja s ispunjenjem ugovora općenito regulirana je odredbama čl. 342–349. ZOO. Kada dužnik ne ispuni obvezu ili zakasni s njezinim ispunjenjem, vjerovnik ima pravo zahtijevati i popravljjanje štete koju je zbog toga pretrpio (ugovorna odgovornost za štetu, čl. 342. st. 2. ZOO). Ovdje se radi o općem pravilu (*lex generalis*). Pri tome vjerovnik ima pravo zahtijevati naknadu **imovinske i neimovinske štete**. Ovo je novina uvedena Zakonom o obveznim odnosima iz 2005. godine (prema ZOO/78 mogla se tražiti samo naknada imovinske štete) pa zato niti nema novije sudske prakse koja se posebice odnosi na naknadu neimovinske štete zbog povrede kupoprodajnog.

bc) Da li postoje neki posebni uslovi koje se odnose na odgovornost za gubitke kada dođe do kršenja prodajnog ugovora?

Kad je kupoprodaja raskinuta zbog povrede ugovora od strane jednog ugovaratelja, druga strana ima pravo na naknadu štete koju zbog toga trpi, prema općim pravilima o naknadi štete nastale povredom ugovora (čl. 445. ZOO). Isto vrijedi kada stvar ima tekuću cijenu ili je izvršena prodaja radi pokrića ili kupnja radi pokrića pod posebnim pretpostavkama (čl. 446–447., v. odgovor pod 1.). Te odredbe propisuju posebna pravila (*lex specialis*) u slučaju raskida ugovora o kupoprodaji, čime se nadopunjavaju opće odredbe o naknadi štete zbog neispunjenja ili zakašnjenja s ispunjenjem dužnikove obveze iz čl. 342. ZOO (*lex generalis*, v. odgovor pod 1. i 2. bb).

Razlika između općih i posebnih odredaba nije velika, ali ipak možemo istaknuti **dvije razlike**:

- Prvo, bez posebnog pravila o raskidu kupoprodajnog ugovora (čl. 445. ZOO) pravo na naknadu štete procjenjivalo bi se prema općem pravilu o naknadi štete zbog zakašnjenja ili neispunjenja (čl. 342. ZOO). Po njemu bi pravo na naknadu štete imao bi samo vjerovnik. Uvodeći posebno pravilo za naknadu štete kod kupoprodajnog ugovora pravo na naknadu štete je prošireno i na slučajeve kada je ugovor raskinut zbog povrede ugovora od strane jednog ugovaratelja, što znači da može doći i do povrede obveze od strane vjerovnika i zato prema posebnom pravilu za kupoprodaju pravo na raskid i naknadu štete ima još dodatno i dužnik.
- Drugo, za nastanak obveze naknade štete iz ugovora o kupoprodaji nije dovoljno samo zakašnjenje, neispunjenje ili neobavještavanja kao što je to prema općem pravilu, već je prema posebnim pravilima potrebno da ugovor o kupoprodaji zaista bude raskinut.

bd) Na osnovu kojih propisa se precizira stepen odgovornosti i iznos kompenzacije za gubitke (materijalne i/ili nematerijalne) u slučaju kršenja ugovora?

Stupanj odgovornosti i iznos naknade štete uređuje Zakon o obveznim odnosima. Pri tome ZOO kao temeljno načelo presumira samo najblaži stupanj krivnje – običnu nepažnju dok se krajnja nepažnja i namjera trebaju dokazati (osim ako se radi o objektivnoj odgovornosti za štetu).

Glede obujma naknade štete zbog neispunjenja obveze vjerovnik ima pravo **na naknadu obične štete i izmakle koristi (imovinska šteta) te pravičnu naknadu neimovinske štete**, koje je dužnik u vrijeme sklapanja ugovora morao predvidjeti kao moguće posljedice povrede ugovora s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate (čl. 346. st. 1. ZOO). Ovdje se radi o obvezi naknade samo tzv. PREDVIDIVE ŠTETE. Znači odgovornost za povredu ugovorne obveze **je kvantitativno ograničena** jer on ne odgovara za štetu u punom obujmu već samo u mjeri koju je u trenutku sklapanja ugovora mogao predvidjeti. Kao kriterij ocjene predvidivosti ili nepredvidivosti uzima se objektivni kriterij ocjene dužnika kao urednog i savjesnog gospodarstvenika, odnosno dobrog domaćina iz čl. 10. ZOO. Međutim ako se radi o **prijevari i namjernom neispunjenju** ugovora te neispunjenju ugovora iz **krajnje nepažnje** vjerovnik ima pravo zahtijevati naknadu cjelokupne štete koja je nastala zbog povrede ugovora, bez obzira na to što dužnik nije znao za posebne okolnosti zbog kojih su one nastale (čl. 346. st. 2. ZOO). Ovdje se radi o obvezi naknade tzv. CJELOKUPNE ŠTETE. Prijevera, namjera i krajnja nepažnja treba se dokazati. Ako je pri povredi obveze pored štete nastao za vjerovnika i neki dobitak, o njemu će se prilikom određivanja visine naknade voditi računa u razumnoj mjeri. Ovdje se radi o posebnom institutu prijebaja štete s koristi koja je ostvarena (*compensatio lucri cum damno*).

Konačno pri ocjeni iznosa naknade štete nastale povredom ugovorne obveze sud treba voditi računa i o ponašanju one osobe koja se poziva na naknadu štete. Zato strana koja se poziva

na povredu ugovora dužna je poduzeti **sve razumne mjere da bi se smanjila šteta** izazvana tom povredom, inače druga strana može zahtijevati smanjenje naknade (čl. 346. st. 3–4. ZOO). Ali ako je vjerovnik ili osoba za koju on odgovara ipak pridonio nastanku štete ili njezinoj visini ili otežanju dužnikova položaja, naknada štete će se smanjiti razmjerno doprinosu (čl. 347. ZOO).

Kako se šteta popravlja? **Imovinska šteta popravlja se uspostavljanjem prijašnjeg stanja**, a ako ona ne otklanja štetu u potpunosti ili uspostava prijašnjeg stanja nije moguća, onda se šteta popravja **naknadom u novcu** (čl. 1085. ZOO). Točna **visina stvarne štete** određuje se prema cijena u vrijeme donošenja sudske odluke, osim ako zakonom nije određeno nešto drugo. Pri ocjeni **visine izmakle koristi** uzima se u obzir dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovitom tijeku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije ostvarenje je spriječeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem (čl. 1089. ZOO). Obveza naknade imovinske štete smatra se **dospjelom** od trenutka nastanka štete (čl. 1086. ZOO).

Neimovinska šteta (povreda prava osobnosti) **popravljaju se objavljivanjem presude ili ispravka** ako se njome može postići svrha koja se postiže pravičnom novčanom naknadom (čl. 1099. ZOO). Međutim, ako se takva svrha ne može postići objavljivanjem presude onda će se neimovinska šteta popraviti **pravičnom novčanom naknadom** koju će dosuditi sud ako to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju. Pri odlučivanju **o visini** pravične novčane naknade sud će voditi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha, cilju kojemu služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom naravi i društvenom svrhom. Za povredu ugleda i drugih prava osobnosti pravne osobe sud će, ako procijeni da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi joj pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema (čl. 1100. ZOO). Zanimljivo je da sud na zahtjev oštećenika može dosuditi i pravičnu novčanu naknadu i za buduću štetu ako je posve izvjesno da će ona trajati i u budućnosti (čl. 1104. ZOO). Obveza pravične novčane naknade **dospijeva** danom podnošenja pisanog zahtjeva ili tužbe, osim ako je šteta nastala nakon toga (čl. 1103. ZOO).

Sudska praksa:

“Kad dužnik ne ispuni obvezu ili zakasni s njezinim ispunjenjem, vjerovnik ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi ako je dužnik, u vrijeme sklapanja ugovora, morao predvidjeti kao moguće posljedice ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate. Troškovi telefoniranja s tim u svezi ne spadaju u takve posljedice” PSH Pž-3442/93 od 18. 1. 1994; “Ako je jedna ugovorna strana u vrijeme sklapanja ugovora boravila u inozemstvu i imala troškove putovanja u vezi s sklopljenim ugovorom, što je drugoj strani bilo poznato, ta je strana mogla predvidjeti te troškove kao štetu povrede ugovorne obveze” VSRH Rev-2975/98 od 29. 5. 2002; “Ako je neka povreda nastala zbog krajnje nepažnje, vjerovnik ima pravo zahtijevati od dužnika naknadu cjelokupne štete – što obuhvaća iznos najamnine za unajmljeni automobil za vrijeme u kojem se vjerovnik nije mogao koristiti automobilom.” PSH Pž-493/91 od 19. 3. 1991.

OSTALO: VSRH Rev 2975/98 od 29. 5. 2002; VSRH rev-03/90 od 10. 4. 1991; Vts Pž-340/94 od 8. 3. 1994; Ps Pž-493/91 od 19. 3. 1991; VPSH Pž-916/80 od 24. 6. 1980.

- 3. U kojim slučajevima kršenje ugovora podrazumijeva i pravo na kamate? Kako se kamatna stopa određuje u slučaju kršenja (kašnjenja u izvršavanju) prodajnog ugovora? Odgovorite na slijedeća pitanja: Da li su vaši zakoni usaglašeni s Direktivom za borbu protiv kašnjenja u plaćanju (Direktiva 2000/35/EC Evropskog parlamenta i Vijeća od 29. juna 2000. g. za borbu protiv kašnjenja u plaćanju i trgovinskim transakcijama, OJ L 200, 8. 8. 2000, str.. 35–38), i na koji način se to radi? Molimo vas da tačno navedete pravna rješenja ovog pitanja.**

a) U kojim slučajevima kršenje ugovora podrazumijeva i pravo na kamate?

Dužnik koji **zakasni** s ispunjenjem novčane obveze duuguje, pored glavnice i zatezne kamate (čl. 29. st. 1. ZOO). Radi se o općoj odredbi koja se primjenjuje i na kupoprodajni ugovor (posebice na ugovor o kupoprodaji s obročnom otplatom cijene ili ugovor o kupoprodaji na kredit), osim ako stranke nisu drugačije ugovorile. Kamate su dakle posljedica dužnikova kašnjenja u ispunjenju obveze i one teku od dospijea tražbine. Iz toga slijedi temeljno pitanje: kada dužnik dolazi u zakašnjenje? Odnosno, kako ćemo odrediti trenutak dospijea? Odgovor ovisi o kojoj vrsti odnosa se radi.

1. Opće pravilo – Zakon o obveznim odnosima

Kod ugovornih obveza kod kojih barem jedna od ugovorih strana nije trgovac, dužnik dolazi u zakašnjenje kada ne ispunji obvezu u roku određenom za ispunjenje. Ako rok ispunjenja nije predviđen ugovorom, dužnik je dužan ispuniti obvezu u roku koji je predviđen zakonom. Međutim ako rok nije određen ni ugovorom niti zakonom, a cilj posla, narav obveze i ostale okolnosti ne zahtijevaju stanovit rok za ispunjenje, vjerovnik može zahtijevati odmah ispunjenje obveze, a dužnik sa svoje strane može zahtijevati od vjerovnika da odmah primi ispunjenje (čl. 173. ZOO). Poziv vjerovnika na ispunjenje obveze kada rok nije određen može biti usmeno ili pismeno, izvansudskom opomenom ili započinjanjem nekog postupka čiji je cilj ispunjenje obveze (čl. 183. ZOO). U posljednjem slučaju dužnik je dužan izvršiti svoju obvezu odmah, iako se u praksi ustalio rok od osam dana od takva poziva.

Sudska praksa:

VSRH Rev-558/03 od 26. 5. 2004; VSRH, Rev-1775/99 od 2. 12. 1999; Vts Pž-7145/03 od 13. 1. 2004.

2. Posebno pravilo – Zakon o rokovima ispunjenja novčanih obveza

Za vrijeme ispunjenja novčanih obveza u trgovačkim ugovorima i ugovorima između trgovaca i osoba javnog prava do 31. 12. 2011. vrijedi čl. 174. ZOO-a i koji je potpuno usklađen s Direktivom 2000/35/EZ. Međutim, od 1. 1. 2012. odredbe tog članka bit će stavljene izvan snage zbog stupanja na snagu novog **Zakona o rokovima ispunjenja novčanih obveza**.

Hrvatski sabor je na sjednici 21. 10. 2011. godine donio novi Zakon o rokovima ispunjenja novčanih obveza (NN 125/11, dalje: ZORINO), sa stupanjem na snagu od 1. 1. 2012. godine. Novim zakonom uređuju se rokovi ispunjenja novčanih obveza i pravne posljedice zakašnjenja s ispunjenjem u cilju suzbijanja zakašnjenja s ispunjenjem novčanih obveza između poduzetnika⁴ i između poduzetnika i osoba javnog prava.⁵ Ovaj zakon posljedica je usklađivanja hrvatskog pravnog sustava s Direktivom 2011/7/EU o borbi protiv kašnjenja u plaćanju u trgovačkim transakcijama (OJ L 48/01). Direktiva 2011/7/EU usvojena je radi još efikasnije borbe s zakašnjenjem u ispunjavanju novčanih

⁴ Poduzetnici, u smislu ovog zakona, su poduzetnici kako su uređeni poreznim propisima uključujući trgovačka društva koja su sektorski naručitelji kako su uređeni propisima o javnoj nabavi.

⁵ Osobe javnog prava, u smislu ovog zakona, su javni naručitelji kako su uređeni propisima o javnoj nabavi i sektorski naručitelji koji nisu poduzetnici iz definicije poduzetnika.

obveza u trgovačkim transakcijama. Krajnji rok za njezinu implementaciju u nacionalna prava država članica EU je 16. 3. 2013. nakon čega će u potpunosti nadomjestiti Direktivu 2000/35/EZ. Republika Hrvatska svoju je obvezu već ispunila donošenjem novog Zakona o rokovima ispunjenja novčanih obveza. Tim zakonom se stavlja izvan snage dosadašnja odredba čl. 174. Zakona o obveznim odnosima (novčana obveza kod trgovačkih ugovora) a kojom su bila implementirana rješenja Direktive 2000/35/EZ. Prema novom zakonu uređenje rokova ispunjenja novčanih obveza je sljedeće:

Glede **rokova ispunjenja novčanih obveza u ugovorima među poduzetnicima**, navedenim ugovorom može se ugovoriti **rok ispunjenja novčane obveze do 60 dana**, a sasvim iznimno može se ugovoriti i duži rok ispunjenja novčanih obveza. Ako ugovorom među poduzetnicima nije ugovoren rok za ispunjenje novčane obveze, dužnik je dužan, bez potrebe da ga vjerovnik na to pozove, ispuniti novčanu obvezu u roku od 30 dana od: 1) dana kada je dužnik primio račun ili drugi odgovarajući zahtjev za isplatu, ili 2) od dana kada je vjerovnik ispunio svoju obvezu, ako nije moguće sa sigurnošću utvrditi dan primitka računa ili drugog odgovarajućeg zahtjeva za isplatu ili ako je dužnik primio račun ili drugi odgovarajući zahtjev za isplatu prije nego li je vjerovnik ispunio svoju obvezu, ili 3) od dana isteka roka za pregled predmeta obveze, ako je ugovorom ili zakonom predviđen određeni rok za takav pregled, a dužnik je primio račun ili drugi odgovarajući zahtjev za isplatu prije isteka toga roka. Pri tome rok za pregled predmeta obveze ne može biti duži od 30 dana od dana primitka predmeta obveze, osim ako je iznimno ugovoren duži rok za pregled predmeta obveze (čl. 2. ZORINO).

Glede **rokova ispunjenja novčanih obveza u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava**, ugovorom između poduzetnika i osoba javnog prava u kojem je osoba javnog prava dužnik novčane obveze može se ugovoriti **rok ispunjenja novčane obveze do 30 dana**. Iznimno može se ugovoriti i duži rok, ali ne duži od maksimalno 60 dana. Novčane obveze u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava, a u kojima su poduzetnici ili zavod koji provodi obvezno zdravstveno osiguranje i zdravstvena ustanova čiji je osnivač Republika Hrvatska, jedinica područne (regionalne) samouprave ili grad dužnici novčane obveze, ispunjavaju se sukladno odredbama koje vrijede za ispunjavanje obveza između poduzetnika (dakle prema čl. 2.). Ako ugovorom između poduzetnika i osoba javnog prava nije ugovoren rok za ispunjenje novčane obveze, dužnik je dužan, bez potrebe da ga vjerovnik na to pozove, ispuniti novčanu obvezu u roku od 30 dana koji se određuje na jednaki način kao i za ugovore između poduzetnika. Jednaka odredba primjenjuje se na rok za pregled predmeta obveze (čl. 3. ZORINO).

Zakon je vrlo restriktivan. **Ništetne** su ugovorne odredbe kojima se isključuje, ograničava ili uvjetuje pravo vjerovnika na zatezne kamate za slučaj dužnikova zakašnjenja s ispunjenjem novčane obveze. Jednako tako su ništetne odredbe kojima se:

1. ugovara datum primitka računa ili drugog odgovarajućeg zahtjeva za isplatu;
2. ugovara rok ispunjenja novčane obveze duži od 60 dana (u ugovorima među poduzetnicima iz čl. 2.2. ZORINO);
3. ugovara rok za pregled predmeta obveze duži od 30 dana (u ugovorima među poduzetnicima iz čl. 2.5. ZORINO);
4. ugovara rok za ispunjenje novčane obveze duži od 30 dana (a osoba javnog prava nije dužnik u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava iz čl. 3.2. ZORINO);
5. ugovara rok ispunjenja novčane obveze duži od 60 dana (u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava iz čl. 3.3. ZORINO);
6. ugovara rok za pregled predmeta obveze duži od 30 dana (u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava iz čl. 3.6. ZORINO),

Sve ovo će se primijeniti ako na temelju okolnosti slučaja, a posebno trgovačkih običaja i naravi predmeta obveze, proizlazi da je takvom ugovornom odredbom, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzročena neravnopravnost u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu vjerovnika. Pri ocjeni ništetnosti neke odredbe uzet će se u razmatranje jesu li postojali opravdani razlozi za odstupanje od rokova ispunjenja novčanih obveza propisanih tim zakonom (čl. 4. ZORINO).

Sudska praksa još ne postoji – Zakon se počinje primjenjivati od 1. 1. 2012.

b) Kako se kamatna stopa određuje u slučaju kršenja (kašnjenja u izvršavanju) prodajnog ugovora?

Zatezne kamate su posljedica dužnikova zakašnjenja u ispunjenju novčane obveze, pa osim glavnice dužnik u slučaju zakašnjenja duuguje i kamate (čl. 26. st. 1. ZOO). One teku od prvog sljedećeg dana nakon dospijeća tražbine. Zatezne kamate se ne ugovaraju već one pripadaju vjerovniku – ugovornoj strani već po samom zakonu (*ex lege*). Zato se one u praksi još nazivaju i zakonske zatezne kamate i njihova stopa je uređena zakonom. Obveza plaćanja kamate javlja se kao primarna obveza ugovorne strane na primjer kod ugovora o kreditu, ugovora o zajmu, ugovora o bankovnom novčanom polugu, ugovora o kupoprodaji s obročnim otplatama cijene ili kupoprodaje na kredit.

Stopa zatezних kamata na odnose iz trgovačkih ugovora i ugovora između trgovca i osobe javnog prava određuje se, za svako polugodište, uvećanjem eskontne stope Hrvatske narodne banke koja je vrijedila zadnjeg dana polugodišta koje je prethodilo tekućem polugodištu za osam postotnih poena (eskontna stopa + 8%), a u ostalim odnosima za pet postotnih poena (eskontna stopa + 5%).⁶ Kod trgovačkih ugovora i ugovora između trgovca i osobe javnog prava strane mogu ugovoriti drukčiju stopu zatezних kamata ali ne preko navedenog maksimalnog iznosa (čl. 29. st. 2–3. ZOO). Razlikovanje visine kamatne stope s obzirom na vrstu pravnog posla iz kojeg proističe posljedica je implementacije Smjernice 2000/35/EZ u hrvatski pravni sustav. Odredbe o visini kamatne stope su prisilnog ili kogentnog karaktera.

Odredba ugovora o drugačijoj kamatnoj stopi od one zakonom propisane **ništetna** je ako na temelju okolnosti slučaja, a poglavito trgovačkih običaja i naravi predmeta obveze, proizlazi da je tako ugovorenom stopom zatezних kamata, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzročena očigledna neravnopravnost u pravima i obvezama ugovornih strana. Prilikom ocjene je li odredba ugovora o stopi zatezних kamata ništetna uzet će se, između ostalog, u obzir jesu li postojali opravdani razlozi za odstupanje od zakonom predviđene stope zatezних kamata. (čl. 29. st. 4–5. ZOO).

Stopa zatezних kamata odnosi se na razdoblje od jedne godine. Nju određuje Hrvatska narodna banka koja je dužna svakog 1. siječnja i 1. srpnja objaviti eskontnu stopu u »Narodnim novinama« – službenom glasilu Republike Hrvatske (čl. 29. st. 7–8.). U pravnoj literaturi se smatra da eskontna stopa Hrvatske narodne banke predstavlja referentan odraz realnog stanja tržišta novca.

Međutim, osim zatezних, hrvatski pravni sustav dopušta i da stranke same svojim sporazumom ugovore kamate, pa se one stoga nazivaju **ugovorne kamate**. Razlika prema zatezним kamata je što se one mogu ugovoriti i za korištenje drugim zamjenjivim (generičnim) stvarima. **Stopa ugovornih kamata** između osoba od kojih barem jedna nije trgovac ne može biti viša od stope zakonskih zatezних kamata koja je vrijedila na dan sklapanja ugovora, odnosno na dan promjene ugovorne kamatne stope, ako je ugovorena promjenjiva kamatna stopa. Stopa ugovornih kamata između trgovaca, odnosno trgovca i osobe javnog prava ne može biti viša od stope zakonskih zatezних kamata koja vrijedi za osobe koje nisu trgovci, uvećane za polovinu te stope (čl. 26. st. 1–2. ZOO).

Ako su kamate ugovorene, **ali nije određena njihova stopa**, između osoba od kojih barem jedna nije trgovac, vrijedi kamatna stopa u visini četvrtine stope zakonskih zatezних kamata,

⁶ Eskontna stopa Hrvatske narodne banke na dan 27. 6. 2011. iznosila je 7%.

a između trgovaca polovina stope zakonskih zatezних kamata određene (čl. 26. st. 3 ZOO). Ako su ugovorene više kamate od dopuštenih, primijenit će se najviša dopuštena kamatna stopa. Jednako kao i kod zatezних kamata i stopa ugovornih kamata odnosi se na razdoblje od jedne godine (čl. 29. st. 4–5. ZOO).

Glede odnosa ugovornih i zatezних kamata ako je kod trgovačkih ugovora ili ugovora između trgovaca i osoba javnog prava stopa ugovornih kamata viša od stope zatezних kamata, one teku i poslije dužnikova zakašnjenja (čl. 29. st. 6. ZOO). Ako je u navedenim ugovorima ugovorena ugovorna kamata koja je do polovice viša od zakonske stope zatezne kamate, onda se ona primjenjuje. Dakle, ako dužnik padne u zakašnjenje, neće nastati njegova obveza plaćanja zatezних kamata, nego će i dalje ostati njegova obveza plaćanja ugovornih kamata po toj stopi koja je viša od stope zatezних kamata.

Sudska praksa:

Žs u Koprivnici, Gž-1152/02-2 od 1. 4. 2003; Žs u Zagrebu, Gž-Ovr-228/02 od 10. 12. 2002.; Odluka Ustavnog suda RH U-III-692/02, U-III-1649/01 od 6. 5. 2005. (za lihvarske kamate), VSRH Rev-23/00 od 23. 3. 2000; VTS Pž-442/97 od 4. 3. 1997; VSRH Rev-230/02-2 od 18. 2. 2004.

4. Da li oštećena strana ima pravo da traži nadoknadu za gubitak pored prava na kamatu, ili su ova dva prava isključena? U slučaju kumulativnih prava, da li plaćanje kamata utiče na određivanje iznosa nadoknade za gubitak i na koji način?

U hrvatskom pravu oštećena strana u pravilu može zahtijevati kamatu i naknadu štete kao dva kumulativna prava. Vjerovnik ima pravo na zatezne kamate bez obzira na to je li pretrpio kakvu štetu zbog dužnikova zakašnjenja. Ako je šteta koju je vjerovnik pretrpio zbog dužnikova zakašnjenja veća od iznosa koji bi dobio na ime zatezних kamata, on ima pravo zahtijevati razliku do potpune naknade štete (čl. 30. ZOO).

Razlog ovakvoj pravnoj regulaciji proizlazi iz same prirode tih prava. Kamata je naknada koju netko plaća zato što se kroz neko vrijeme koristio tuđim novcem, a naknada štete kao što joj samo ime kaže ima kao cilj nadoknaditi imovinsku ili neimovinsku štetu koja je nastala zbog povrede ugovora. Stajalište da zatezne kamate nisu naknada štete jasno je izrekao Vrhovni sud RH. U tom smislu ova dva prava ne utječu jedan na drugoga posebice u određivanju iznosa naknade štete. Nadoknađuje se šteta koja je zaista nastala prema pravilima i kriterijima za naknadu štete koji su opisani u prethodnim odgovorima. Za razliku od toga kamate se plaćaju čak i ako nije nastupila nikakva šteta. Čak nije niti dozvoljen protudokaz da je vjerovnik pretrpio manju štetu od one koja je propisana kogentnim odredbama o visini stope zatezних kamata.

Sudska praksa: "Kamate ne predstavljaju naknadu štete, već su one naknada za korištenje tuđeg novca u određenom vremenu." VSRH Rev-1293/89-2 od 5. 12. 1989. i Županijski sud u Zagrebu u odluci Gž-1811/97 od 13. 10. 1998. "Ako je prodavatelj zakasnio s isporukom robe, kupac ima pravo samo na naknadu štete, a ne na zatezne kamate na iznos plaćene kupovnine. Zateznu kamatu naime duguje samo dužnik novčane obveze koji zakasni s njezinim ispunjenjem. U ovom slučaju dužnik je sa zakašnjenjem ispunio nenovčanu obvezu" PS Pž-3049/92 od 18. 5. 1993.

OSTALO: VSRH, Revt-40/02 od 21. 11. 2002., VSRH Rev-43/96, 22. 4. 1999; VSRH, Rev-603-90 od 31. 10. 1990; VSRH Rev-2344/86, od 28. 9. 1986.

Popis preporučene literature:

1. Appio Giunio M., Dospjelost obveze naknade štete i pravo na zatezne kamate – propisi i praksa prema ZOO-u iz 2005., *Pravo i porezi*, 18(2009), str. 13–18.
2. Appio Giunio M., Pravno uređenje kamata, *Zbornik radova s XLIII susreta pravnika u Opatiji*, 2005.
3. Crnić I., Kamate na predum kao oblik obeštećenja potrošača, *Pravo u gospodarstvu*, 48(2009), str. 626–645.
4. Crnić I., *Kamate*, Organizator d.o.o., 2002.
5. Crnić I., *Odštetno pravo – Zbirka sudskih rješidbi s napomenama i propisima*, Zgombić i partneri Plus d.o.o., Zagreb, 2004.
6. Dobrić, Slaven: Početak tijeka zatezne kamate na naknadu neimovinske štete: komentar dosadašnje sudske prakse u svjetlu odredaba novog Zakona o obveznim odnosima i Zakona o obveznim osiguranjima u prometu, *Hrvatska pravna revija*, 7(2007), str. 19–22.
7. Eraković A., Ugovorne i zatezne kamate u novom Zakonu o obveznim odnosima, *Zbornik radova*, Zagreb, 2005.
8. Jakelić D., Neka pitanja o pravnoj prirodi ugovorne kazne i o odnosu ugovorne kazne prema naknadi štete zbog neispunjenja obveza, zakašnjenja u ispunjenju obveza te neurednog ispunjenja, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, 15(2008), str. 609–623.
9. Jakelić D., O naknadi štete zbog zakašnjenja dužnika pri ispunjenju novčanih obveza, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, 14(2007), str. 621–635.
10. Kačer H., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb Poslovni zbornik, 2006.
11. Kaladić, I., O početku tijeka zatezne kamate na novčanu naknadu materijalne nenovčane štete, *Hrvatska pravna revija*, 3(2003), str. 5–9.
12. Maurović Lj., Koliki napredak u sprečavanju zakašnjelog plaćanja u trgovačkim transakcijama donosi nova Smjernica 2011/7/EU**?, *Hrvatska pravna revija*, studeni 2011.
13. Mihelčić G., *Ugovorna i predugovorna odgovornost za nematerijalnu štetu: magistarski rad*, Zagreb, 2003.
14. Momčinović H., Bitne izmjene koje donosi novi ZOO glede ugovora o kupoprodaji, ugovora o posudbi, ugovora o djelu, ugovora o građenju i ugovora o prijevozu, *Hrvatska pravna revija*, 5(2005), str. 3–8.
15. Momčinović H., *Novčana naknada štete zbog povrede ugovornih obveza u zakonodavstvu i sudskoj praksi, Bankarski sustav i financijsko poslovanje u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, 1999., str. 200–211.
16. Momčinović H., *Ugovorna odgovornost za štetu*, *Hrvatska pravna revija*, 6(2006), str. 1–10.
17. Momčinović H., *Ugovorne i zatezne kamate – pravna viđenja nakon 1. siječnja 2008.*, *Pravo u gospodarstvu*, 48(2009), str. 91–121.
18. Pogarčić Z., Općenito o novelama Zakona o obveznim odnosima te glede osoba javnog prava, zastare, odgovornosti za neispravan proizvod i ugovora o prodaji, organiziranju putovanja i dosmrtnom uzdržavanju, *Pravo i porezi*, 17(2008), str. 10–18.
19. Pop-Taleska M., *Nematerijalna šteta: usvojeni kriteriji za naknadu, Osiguranje*, 47(2006), str. 36–39.
20. Šaban J., *Sklapanje i raskid kupoprodajnog ugovora, Financije i porezi*, 2009. str. 29–37.
21. Slakoper Z., *Posebna obilježja novčanih obveza*, *Hrvatska pravna revija*, 7(2007), str. 11–20.

22. Štimac S., Novčana naknada nematerijalne štete, *Odvjetnik*, 76(2003), str. 17–20.
23. Štok D, Naknada štete s posebnim osvrtom na nematerijalne štete prema Zakonu o obveznim odnosima, *Osiguranje*, 40(2000), str. 28–31.
24. Težulac V., Obveza naknade materijalne štete - neka sporna pitanja, *Hrvatska pravna revija*, 10(2010), str. 18–32.
25. Zakon o obveznim odnosima - Napomene, komentari, sudska praksa i prilozi, Crnić Ivica gl. urednik, Organizator d.o.o., Zagreb, 2006.
26. Zakon o obveznim odnosima s komentarom, Gorenc Vilim gl. urednik, RRiP Plus d.o.o., Zagreb, 2005.

Dr. Nenad Gavrilović,

docent Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“, Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“ - Skopje

Dr. Borka Tuševska,

docent Pravnog fakulteta, Univerzitet „Goce Delčev“ - Štip

Dr. Neda Zdraveva,

docent Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“, Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“ – Skopje

PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA

Nacionalni izvještaj za Makedoniju

- 1. U kojim slučajevima kršenja prodajnog ugovora strane imaju pravo da traže obeštećenje? Da li je pravo na nadoknadu radi gubitka pravo po sebi, ili je to jedno od prava koje slijedi iz kršenja ugovora?**

Pravo na naknadu štete zbog povrede ugovora o prodaji stoji kako u situacijama neispunjenja ugovora o prodaji, odnosno u situacijama docnije, tako i u situacijama neurednog ispunjenja ugovora. Kada je ugovor raskinut zbog neispunjenja, po opštim pravilima o odgovornosti za neispunjenje ugovora, obe strane su oslobođene svojih obaveza, izuzev obaveze na naknadu eventualne štete (čl. 121(1) ZOO). Ovo stoji i po opštim pravilima o docnji, odnosno po opštim pravilima o neispunjenju. Naime, kad dužnik ne ispuni obavezu ili zadocni sa njenim ispunjenjem, poverilac ima pravo zahtevati i naknadu štete koju je usled tog pretrpeo (čl. 251(2) ZOO). Za štetu zbog zadocnjenja sa ispunjenjem odgovara i dužnik kome je poverilac dao primeren naknadni rok za ispunjenje (čl. 251(3) ZOO). Imajući u vidu ove odredbe, pravo na naknadu štete postoji i u slučaju raskida ugovora, i kada je ugovor ispunjen, ali sa zadocnjenjem. Što se tiče nepravilnog ispunjenja ugovora o prodaji, pravo na naknadu štete stoji kao pravo kupca i u slučajevima zahteva za pravilno ispunjenje, kao i u slučajevima kada su optirani zahtevi o raskidu ugovora ili o sniženju cene (čl. 476(2) ZOO). Ova se pravila odnose na materijalne nedostatke ispunjenja. Što se tiče pravnih mana ispunjenja, i u ovim slučajevima stoji pravo kupca na naknadu štete, bez obzira da li je došlo do potpune ili do delimične evikcije (čl. 498(3) ZOO). Konačno, što se tiče prodaje, postoje posebna pravila o naknadi štete u slučaju raskida ugovora o prodaji zbog povrede ugovora. Obim primene ovih odredaba je sporan, imajući u vidu da povreda nije ograničena na slučajeve nedostataka ispunjenja, nego i na slučajeve neispunjenja. Bar na teoretskom nivou, slučaj povrede bi postojao i kod situacija neispunjenja i kod situacija nepravilnog neispunjenja. U svakom slučaju, kad je prodaja raskinuta zbog povrede ugovora od strane jednog ugovarača, druga strana ima pravo na naknadu štete koju zbog toga trpi, prema opštim pravilima o naknadi štete nastale povredom ugovora (čl. 511 ZOO). Takođe, postoji i posebno pravilo o naknadi tzv. apstraktne štete. Naime, kad je prodaja raskinuta zbog povrede ugovora od strane jednog ugovarača, a stvar ima tekuću cenu, druga strana može zahtevati razliku između cene određene ugovorom i tekuće cene na dan raskida ugovora na tržištu mesta u kome je posao obavljen (čl. 512(1) ZOO). Konačno, postoji i posebno pravilo za naknadu tzv. konkretne štete radi pokrića, koje podrazumeva da kad je predmet prodaje izvesna količina stvari određenih po rodu, pa jedna strana ne izvrši svoju obavezu na vreme, druga strana može izvršiti prodaju radi pokrića, odnosno kupovinu radi pokrića, i zahtevati razliku između cene određene ugovorom i cene prodaje, odnosno kupovine, radi pokrića (čl. 513(1) ZOO).

2. Kakva je definicija koncepta gubitka u vašem zakonodavstvu – materijalnog i nematerijalnog? U skladu s vašim zakonima, da li ugovorne strane imaju pravo na nadoknadu za materijalne/nematerijalne gubitke u slučaju kršenja ugovora? Da li postoje neki posebni uslovi koje se odnose na odgovornost za gubitke kada dođe do kršenja prodajnog ugovora? Na osnovu kojih propisa se precizira stepen odgovornosti i iznos kompenzacije za gubitke (materijalne i/ili nematerijalne) u slučaju kršenja ugovora?

U odnosu na obim i visinu naknade štete, pored spomenutih pravila o naknadi apstraktne štete i konkretne štete radi pokrića, važe opšta pravila o odgovornosti za štetu zbog neispunjenja, odnosno zakašnjenja. Po čl. 255(1) ZOO, poverilac ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi, kao i na pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete, koju je dužnik u vreme zaključenja ugovora morao predvideti kao moguće posledice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate. Ukratko, poverilac ima pravo na naknadu kako materijalne štete (obične štete i izgubljene dobiti), tako i nematerijalne štete. Izričito spominjanje prava na naknadu nematerijalne štete, u slučaju povrede ugovora, je rezultat intervencija izvršenih novelom ZOO iz 2008. godine, imajući u vidu i opšte načelo o zaštiti ličnih prava iz čl. 9-a ZOO. U svakom slučaju, ova se šteta nadoknađuje jedino kao predvidljiva. Izuzetak iz ovog pravila je odredba iz čl. 255(2) ZOO, koja podrazumeva da u slučaju prevare ili namernog neispunjenja, kao i neispunjenja zbog krajnje nepažnje, poverilac ima pravo zahtevati od dužnika naknadu celokupne štete koja je nastala zbog povrede ugovora, bez obzira na to što dužnik nije znao za posebne okolnosti zbog kojih su one nastale. Pri opredeljivanju visine štete, uzima se u obzir i doprinos poverioca za nastalu štetu. Ovaj doprinos, posle novele ZOO iz 2008. godine, se više ne procenjuje po krivici poverioca. Tako, saglasno čl. 256 ZOO, kada je poverilac, ili lice za koje on odgovara, doprineo za nastanak štete ili za njenu visinu ili za otežanje dužnikovog stanja, tada se naknada srazmerno snižava. Konačno, dužnik se može osloboditi odgovornosti za štetu jedino ako dokaže da nije mogao ispuniti svoju obavezu, odnosno da je zadocnio sa ispunjenjem obaveze, zbog vanrednog događaja nastalog posle zaključenja ugovora, koji nije mogao da spreči, izbegne ili otkloni (viša sila) (čl. 252 ZOO).

3. U kojim slučajevima kršenje ugovora podrazumijeva i pravo na kamate? Kako se kamatna stopa određuje u slučaju kršenja (kašnjenja u izvršavanju) prodajnog ugovora? Odgovorite na slijedeća pitanja: Da li su vaši zakoni usaglašeni sa Direktivom za borbu protiv kašnjenja u plaćanju (Direktiva 2000/35/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 29.juna 2000. g. za borbu protiv kašnjenja u plaćanju i trgovinskim transakcijama, OJ L 200, 8. 8. 2000, str.. 35–38), i na koji način se to radi? Molimo vas da tačno navedete pravna rješenja ovog pitanja.

U principu, jedino kršenje novčane obaveze daje poveriocu pravo na isplatu tzv. kaznene kamate, pa ova opšta pravila važe i za obavezu kupca za isplatu prodajne cene. Ova se kamata plaća po snazi zakona, kada dužnik padne u zadocnjenje s ispunjenjem novčane obaveze (čl. 266(1) ZOO). Po pravilu, vreme padanja dužnika u docnju se opredeljuje primenom pravila ZOO o dospelosti potraživanja (čl. 266(2) ZOO). Ako se dospelost ne može opredeliti pomoću ovih pravila, onda se primenjuju pravila preuzeta iz Direktive 2000/35/EZ, koja su implementirana u čl. 266(3) ZOO. Specifičnost je domaćeg prava da ZOO uređuje i visinu stope kaznene kamate. Pri tom, po ugledu na Direktivu 2000/35/EZ, ZOO pravi razliku između tzv. zakonske kaznene kamate i tzv. ugovorne kaznene kamate. Osnov opredeljivanja svake od ovih stopa je tzv. referentna stopa, a to je kamatna stopa osnovnog instrumenta operacija na otvorenom tržištu, koju objavljuje Narodna banka Republike Makedonije svakog drugog januara i svakog prvog jula. Narodna banka objavljuje referentnu

stopu za tekuće polugodište, odnosno do kraja tekućeg polugodišta, i to na svojoj veb strani (čl. 266-a(6) ZOO). Kada je reč o stopi zakonske kaznene kamate, ona se opredeljuje za svako tekuće polugodište dok je dužnik u zakašnjenju, i to uvećanjem referentne kamatne stope koja je važila poslednjeg dana prethodnog polugodišta za određeni broj procentnih poena. U trgovačkim ugovorima i u ugovorima između trgovaca i lica javnog prava, ova se referentna stopa uvećava za deset procentnih poena, a u ugovorima u kojima bar jedno lice nije trgovac, referentna stopa se uvećava za osam procentnih poena (čl. 266-a(1) ZOO). Ovako opredeljena stopa zakonske kaznene kamate važi za svako polugodište dok je dužnik u docnji. Mora se napomenuti da ova pravila važe jedino kada je novčana obaveza izražena u domaćoj valuti. Pravilo je slično i kada je novčana obaveza izražena ili opredeljena u stranoj valuti, mada se u ovim situacijama kao referentna stopa smatra jednome-sečna stopa EURIBOR-a, za evra, koja je važila poslednjeg dana prethodnog polugodišta (čl. 266-a(2) ZOO). Ova se pravila primenjuju na tzv. zakonsku kaznenu kamatu. Dozvoljeno je ugovaranje i tzv. ugovorne kaznene kamate, ali samo u trgovačkim ugovorima i ugovorima između trgovaca i lica javnog prava. Kao lica javnog prava se smatraju lica koja su obavezna da postupaju po pravilima o javnim nabavkama, izuzev trgovaca (čl. 266-a(7) ZOO). Stopa ugovorne kaznene kamate, međutim, ne može biti veća od za pedeset procenata uvećane stope zakonske kaznene kamate, koja je važila na dan zaključenja ugovora (čl. 266-a(3) ZOO), zavisno od valute obaveze. Sud je ovlašćen, na zahtev druge stranke, da potpuno ili delimično oglasi za ništavu ugovornu odredbu o stopi ugovorne kaznene kamate, pod uslovima iz čl. 266-a(4) i (5) ZOO. Sva ova pravila se odnose na zakašnjenje isplate novčane obaveze koja proizlazi iz ugovora. Što se tiče ostalih vrsta obligacija, važi stopa zakonske kaznene kamate koja se primenjuje za ugovore u kojima barem jedno lice nije trgovac, za odgovarajuću valutu (čl. 266-b ZOO).

4. Da li oštećena strana ima pravo da traži nadoknadu za gubitak pored prava na kamatu, ili su ova dva prava isključena? U slučaju kumulativnih prava, da li plaćanje kamata utiče na određivanje iznosa nadoknade za gubitak i na koji način?

Načelno, kaznena kamata ima ne samo odštetnu, nego i preventivnu i kaznenu funkciju. Drugim rečima, poverilac ima pravo na kaznenu kamatu i ako je njegova realna šteta manja od iznosa kaznene kamate ili pak uopšte nije pretrpeo štetu (čl. 267(1) ZOO). Ali ukoliko poverilac dokaže da je njegova realna šteta veća od iznosa koji mu pripada na osnovu kaznene kamate, onda on ima pravo na potpunu naknadu štete. Naime, kako je to predviđeno u čl. 267(2) ZOO, ako je šteta koju je poverilac pretrpeo zbog dužnikovog zadocnjenja veća od iznosa koji bi dobio na ime kaznene kamate, on ima pravo zahtevati razliku do potpune naknade štete.

PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA

Nacionalni izvještaj za Crnu Goru

1.

U kojim slučajevima kršenja prodajnog ugovora strane imaju pravo da traže obeštećenje?

Šteta kao posljedica povrede dužnosti izvršenja obaveze od strane dužnika može nastati ili zbog toga što dužnik nije izvršio svoju obavezu (neizvršenje obaveze) ili zbog toga što je nije izvršio u roku (zadocnjenje u ispunjenju) (čl. 269 st. 2 ZOO).

Da li je pravo na nadoknadu radi gubitka pravo po sebi, ili je to jedno od prava koje slijedi iz kršenja ugovora?

Pravo na naknadu štete je jedno od prava s obzirom na to da u dvostranim ugovorima, kad jedna strana ne ispuni svoju obavezu, druga strana može zahtijevati ispunjenje obaveza ili raskinuti ugovor, a u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete (član 119 ZOO).

2.

Kakva je definicija koncepta gubitka u vašem zakonodavstvu – materijalnog i nematerijalnog?

Šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta) i sprječavanje njenog povećanja (izmakla korist), nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha, kao i povreda prava ličnosti i ugleda pravnog lica (nematerijalna šteta) (član 149 ZOO).

U skladu s vašim zakonima, da li ugovorne strane imaju pravo na nadoknadu za materijalne/nematerijalne gubitke u slučaju kršenja ugovora?

Prema našem zakonu ugovorne strane imaju pravo na naknadu materijalne štete u slučaju povrede ugovora i to obične štete (*damnum emergens*) i izmakle koristi (*lucrum cessans*).

Da li postoje neki posebni uslovi koji se odnose na odgovornost za gubitke kada dođe do kršenja prodajnog ugovora?

U slučaju raskida ugovora o prodaji propisana su posebna pravila za naknadu štete:

Opšte pravilo

Kad je prodaja raskinuta zbog povrede ugovora od jedne ugovorne strane, druga strana ima pravo na naknadu štete koju zbog toga trpi, prema opštim pravilima o naknadi štete nastale povredom ugovora (član 532 ZOO).

Kad stvar ima tekuću cijenu (tzv. apstraktna šteta)

Kad je prodaja raskinuta zbog povrede ugovora od strane jedne ugovorne strane, a stvar ima tekuću cijenu, druga strana može da zahtijeva razliku između cijene određene ugovorom i tekuće cijene na dan raskida ugovora na tržištu mjesta u kome je posao obavljen kao i naknadu svih razumnih troškova nastalih zbog neizvršenja. Ako na tržištu mjesta u kome je posao obavljen nema tekuće cijene, za izračunavanje visine naknade uzima se u račun tekuća cijena tržišta koje bi ga moglo zamijeniti u datom slučaju, kojoj treba dodati razliku u troškovima prevoza (član 533 ZOO).

Kad je izvršena prodaja ili kupovina radi pokrića (tzv. konkretna šteta)

Kad je predmet prodaje izvjesna količina stvari određenih po rodu, pa jedna strana ne izvrši svoju obavezu na vrijeme, druga strana može izvršiti prodaju radi pokrića, odnosno kupovinu radi pokrića, i zahtijevati razliku između cijene određene ugovorom i cijene prodaje, odnosno kupovine radi pokrića kao i naknadu svih razumnih troškova nastalih zbog neizvršenja. Prodaja, odnosno kupovina radi pokrića mora biti izvršena u razumnoj roku i na razuman način. O izvršenoj prodaji, odnosno kupovini povjerilac je dužan da obavijesti dužnika (član 534 ZOO).

Naknada ostale štete

Pored prava na naknadu štete prema gore navedenim pravilima, ugovoru vjerna strana ima pravo i na naknadu veće štete, ukoliko ju je pretrpjela (član 535 ZOO).

Kupac ima pravo na naknadu štete po osnovu odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke stvari. Kupac koji je blagovremeno i uredno obavijestio prodavca o nedostatku može da: 1) zahtijeva od prodavca da nedostatak ukloni ili da mu preda drugu stvar bez nedostatka (ispunjenje ugovora); 2) zahtijeva sniženje cijene; 3) izjavi da raskida ugovor. U ovim slučajevima kupac ima pravo i na naknadu štete. Prodavac odgovara za štetu koju je kupac zbog nedostatka stvari pretrpio na drugim svojim dobrima, i to prema opštim pravilima o odgovornosti za štetu (član 496 ZOO).

Kupac ima pravo na naknadu štete i po osnovu odgovornosti prodavca za ispravno funkcionisanje prodane stvari. Ako prodavac ne izvrši u razumnoj roku opravku ili zamjenu stvari, kupac može raskinuti ugovor ili sniziti cijenu i zahtijevati naknadu štete (član 512 ZOO).

Kupac ima pravo na naknadu pretrpljene štete i po osnovu odgovornosti prodavca za pravne nedostatke (zaštita od evikcije). (član 518 ZOO)

Na osnovu kojih propisa se precizira stepen odgovornosti i iznos kompenzacije za gubitke (materijalne i/ili nematerijalne) u slučaju kršenja ugovora?

Propisi na osnovu kojih se precizira stepen odgovornosti i visina naknade štete u slučaju povrede ugovora sadržani su u Zakonu o obligacionim odnosima (269–276 ZOO), kao posebnim odredbama i opštim pravilima o obimu naknade materijalne štete (196–199 ZOO).

3.

U kojim slučajevima kršenje ugovora podrazumijeva i pravo na kamate?

Pravo na kamatu propisano je u slučaju docnje sa ispunjenjem novčane obaveze. Dužnik koji zadcni sa ispunjenjem novčane obaveze duuguje, pored glavnice, i zateznu kamatu po stopi utvrđenoj posebnim zakonom. Povjerilac i dužnik mogu ugovoriti da stopa zatezних kamata bude niža ili viša od stope zateznih kamata određenih zakonom. Ako je stopa ugovorne kamate viša od stope zatezne kamate, ona teče i poslije dužnikove docnje (član 284 ZOO).

Povjerilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpio kakvu štetu zbog dužnikove docnje. Ako je šteta koju je povjerilac pretrpio zbog dužnikovog zadocnjenja veća od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate, on ima pravo da zahtijeva razliku do potpune naknade štete (član 285 ZOO).

Na dospjelu, a neisplaćenu ugovornu ili zateznu kamatu, kao i na druga dospjela povremena novčana davanja, ne teče zatezna kamata, izuzev kad je to zakonom određeno. Na iznos neisplaćene kamate može se zahtijevati zatezna kamata samo od dana kada je sudu podnesen zahtjev za njenu isplatu, a na povremena dospjela novčana davanja teče zatezna kamata od dana kad je sudu podnesen zahtjev za njihovu isplatu (član 286 ZOO).

Kako se kamatna stopa određuje u slučaju kršenja (kašnjenja u izvršavanju) prodajnog ugovora?

Kamatna stopa u slučaju zadocnjenja sa ispunjenjem novčane obaveze određuje se u skladu sa Zakonom o visini zatezne kamate ("Sl. list Crne Gore", br. 83/09). Ovim zakonom određuje se visina stope zatezne kamate koju plaća dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze u slučajevima kada visina stope zatezne kamate nije uređena ugovorom. Dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duguje, pored glavnice, i zateznu kamatu na iznos duga do dana isplate, po stopi utvrđenoj ovim zakonom (čl. 2). Stopa zatezne kamate utvrđuje se u visini osnovne stope zatezne kamate uvećane za sedam procentnih poena. Osnovna stopa zatezne kamate je kamatna stopa koju utvrđuje Evropska centralna banka za glavne operacije refinansiranja (main refinancing operation) i koja važi prvog dana kalendarskog polugodišta na koje se odnosi (čl. 3). Stopa zatezne kamate utvrđuje se polugodišnje, a obračunava godišnje. Stopa zatezne kamate utvrđuje se za polugodišta od 1. januara do 30. juna i od 1. jula do 31. decembra (čl. 4).

Da li su vaši zakoni usaglašeni s Direktivom za borbu protiv kašnjenja u plaćanju i na koji način se to radi? Molimo vas da tačno navedete pravna rješenja ovog pitanja.

Naše zakonodavstvo je usklađeno sa Direktivom 2000/35 EC (Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions – Direktiva o borbi protiv docnje u plaćanju u trgovinskim poslovima). To potvrđuju navedene odredbe Zakona o obligacionim odnosima i Zakona o visini zatezne kamate, koje se tiču prava na kamatu i utvrđivanja stope zatezne kamate. Zakonom o obligacionim odnosima je uređeno vrijeme ispunjenja novčanih obaveza iz ugovora u privredi kako bi se ZOO uskladio sa odredbama Direktive (član 322 ZOO).

4.

Da li oštećena strana ima pravo da traži nadoknadu za gubitak pored prava na kamatu, ili su ova dva prava isključena?

Pravo na zateznu kamatu je samostalno pravo povjerioca. Povjerilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpio kakvu štetu zbog dužnikove docnje (čl. 285 st. 1 ZOO).

U slučaju kumulativnih prava, da li plaćanje kamata utiče na određivanje iznosa nadoknade za gubitak i na koji način?

Ako je šteta koju je povjerilac pretrpio zbog dužnikovog zadocnjenja veća od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate, on ima pravo da zahtijeva razliku do potpune naknade štete (čl. 285 st. 2). Kada je u pitanju šteta koja je veća od iznosa zatezne kamate, povjerilac mora po opštim pravilima tu štetu dokazati, da bi imao pravo da zahtijeva razliku do potpune naknade.

PRAVNI LEKOVI ZBOG POVREDE PRODAJNOG UGOVORA – ŠTETA I KAMATA Nacionalni izvještaj za Srbiju

I

1. In which cases of breach of sales contract are the parties entitled to claim compensation for loss?

Kada jedna strana u dvostranom ugovoru ne ispunji svoju dospelu obavezu, druga ima pravo da zahteva ispunjenje ugovora ili pravo na raskid ugovora zbog neispunjenja. U oba slučaja strana prema kojoj obaveza nije ispunjena, ovlašćena je da zahteva i naknadu prouzrokovane štete. U prvom slučaju je u pitanju šteta prouzrokovana zadocnjenjem u ispunjenju obaveze, dok se u drugom slučaju radi o šteti prouzrokovanoj neispunjenjem obaveze. Pravo izbora predviđeno je čl. 124 Zakona o obligacionim odnosima. Naime, pravo da zahteva ispunjenje obaveze, poverilac ima i može ostvarivati bez ikakvih ograničenja i dodatnih uslova, jer se radi o obavezi dužnika nastaloj zaključenjem ugovora. S druge strane, da bi poverilac prostom izjavom volje, saopštenoj drugoj strani, mogao raskinuti ugovor, Zakon zahteva ispunjenje dodatnih uslova, predviđenih čl. 125–131. Dakle, da bi nastalo pravo na naknadu štete, neophodno je da dužnik nije ispunio svoju obavezu ili da je zadocnio sa njenim ispunjenjem, da je poverilac pretrpeo štetu i da postoji uzročna veza između štete i neispunjenja obaveze odnosno zadocnjenja u njenom ispunjenju. Sve ovo pod pretpostavkom da ne postoji u konkretnom slučaju osnov za oslobođenje od odgovornosti dužnika. Na poveriocu je teret dokazivanja postojanja štete i uzročne veze.

Možda bi trebalo naglasiti da je u srpskom pravu pravni režim **raskida ugovora zbog materijalnih nedostataka** izjednačen u svemu sa pravnim režimom **raskida ugovora zbog neizvršenja** (čl. 497 ZOO), te da se ovo odnosi kako na postupak raskida, tako i na dejstva raskida. Naime, u prvom slučaju radi se o odgovornosti za **kvalitativne materijalne nedostatke**, a u drugom o **odgovornosti za delimično neizvršenje** – isporuka manje količine od ugovorene i isporuka druge vrste od ugovorene i **potpuno neizvršenje ugovora**. Pravnici anglosaksonskog sistema podveli bi sve navedeno pod 'bitna povreda ugovora', koja formulacija je sadržana i u Prednacrtnu građanskog zakonika.

2. Is the right of compensation for loss the sole right, or is it one of the rights that follow the breach of contract?

Čl. 132 ZOO regulisana su dejstva raskida. Dakle, u slučaju raskida ugovora zbog neispunjenja obaveze nastupaju određene pravne posledice. Raskidom ugovora zbog neispunjenja **prestaje da postoji pravni osnov obavezivanja**. Stranke su oslobođene svih obaveza nastalih zaključenjem ugovora (čl. 132, st. 1 ZOO). Nijedna od njih ne može više zahtevati ispunjenje obaveze iz ugovora od druge strane, jer je ugovor kao pravni osnov obavezivanja prestao da postoji. Međutim, ukoliko su obe strane izvršile delimično svoje obaveze iz ugovora ili je jedna strana svoju obavezu izvršila u celosti, a druga ne (ili samo delimično), postavlja se pitanje restitucije – povraćaja datog, jer **raskid**

ima retroaktivno dejstvo. Svaka strana ima pravo zahtevati povraćaj datog (čl. 132, st. 2 i st. 3 ZOO), a vraćanje se vrši po pravilu *in natura*, a tek ukoliko je to nemoguće, u novcu. Tako je i Vrhovni sud u presudi Rev. 268/07 od 29. 11. 2007. godine zauzeo stav da je restitucija zakonom predviđeno pravo one strane koja je do raskida ugovor izvršila delimično ili potpuno, bez obzira na krivicu za raskid ugovora. U drugoj odluci, Rev. 1033/06 od 25. 5. 2006. godine, Vrhovni sud smatra irelevantnom okolnost da je tuženi dobijeni novac potrošio odmah na drugu prodaju odnosno zauzima stav da je ista bez uticaja na odlučivanje o obavezi tuženog u pogledu vraćanja datog nakon raskida ugovora.

Pored **naknade štete** i **restitucije**, svaka strana duguje drugoj **naknadu za koristi** koje je u međuvremenu imala od onoga što je dužna vratiti, odnosno naknaditi (čl. 132, st. 4 ZOO).

Postavlja se pitanje da li raskid zbog neispunjenja ima dejstva prema **trećim savesnim licima**? Na osnovu ugovora o prodaji, prodavac je stvar predao kupcu. Treće lice steklo je stvar od kupca iz prethodnog ugovora, koji je dužan, po raskinutom ugovoru, istu stvar vratiti prodavcu iz raskinutog ugovora. Međutim, treće savesno lice, moglo je **originarnim putem** steći pravo svojine na spornoj stvari. Prvo, u smislu Zakona o osnovama svojinskopравnih odnosa, u slučaju da se radi o pokretnoj stvari, na kojoj je državina stečena punovažnim, teretnim ugovorom, upravljenim na prenos svojine (svojina se međutim nije mogla steći derivativnim putem, jer je ugovor zaključen sa nevlasnikom), savesni sticalac stiče pravo svojine na osnovu pravila o sticanju od nevlasnika. Drugi način originarnog načina sticanja jeste održaj (regulisan Zakonom o osnovama svojinskopравnih odnosa). Savesni sticalac održajem stiče pravo svojine na osnovu protoka vremena, u kojem je imao kvalifikovanu državinu (šta se pod istom podrazumeva zavisi od toga da li je u pitanju redovni ili vanredni održaj). Kako je treće lice steklo pravo svojine, prestalo je da postoji pravo svojine prodavca iz raskinutog ugovora, a iz razloga što na jednoj stvari ne mogu poštovati dva prava svojine. Dakle, prodavac ne može svojinskom tužbom zahtevati povraćaj stvari, niti podizati obligacionu tužbu protiv trećeg, jer sa njim nije u obligacionom odnosu, već jedino može zahtevati od kupca iz raskinutog ugovora naknadu vrednosti stvari u novcu.

II

1. What is the definition of the concept of loss in you legislation – tangible and intangible one respectively?

Zakon o obligacionim odnosima ne daje definiciju štete. U čl. 155 koji nosi naziv – šteta, navode se vrste štete, i to podela na **materijalnu** i **nematerijalnu**. Pod materijalnom štetom se podrazumeva umanjeње nečije imovine – **obična (stvarna) šteta** i sprečavanje njenog povećanja – **izmakla korist**. Nematerijalna šteta je, u smislu Zakona, **nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha**.

Materijalna ili imovinska šteta jeste šteta koja nastaje na imovinskim dobrima, pri čemu, pod imovinskim dobrima podrazumevamo ona čija je vrednost merljiva u novcu, odnosno, kako se u teoriji to često definiše – „ona koja se za novac mogu otuđiti i pribaviti“. Ukoliko je imovina oštećenog pogođena neposredno, odnosno, došlo je do umanjeња imovine, u pitanju je stvarna šteta. U suprotnom, ukoliko je imovina oštećenog pogođena posredno, odnosno, po redovnom toku stvari došlo bi do njenog uvećanja, ali isto nije nastupilo upravo zbog štetnog događaja, imamo izmaklu korist kao vid materijalne štete.

2. In compliance with your laws, are the contractual parties entitled to compensation for tangible and/or intangible losses in case of breach of contract?

Kada dužnik (kupac ili prodavac) iz ugovora o prodaji ne ispuni svoju obavezu ili je neuredno ispuni, postaje dužnik naknade štete poveriocu (kupcu ili prodavcu), osim ukoliko je do štete došlo iz uzroka za koji dužnik ne odgovara. Cilj naknade štete jeste stavljanje poverioca u onaj imovinski položaj, u kojem bi se nalazio da je ugovor uredno ispunjen – **pozitivni ugovorni interes**.

U slučaju raskida ugovora dužnik duguje poveriocu apstraktnu i konkretnu štetu (čl. 523–526). Apstraktna šteta se određuje apstraktno (na šta ukazuje i sam naziv), tj. bez obzira na to da li je poverilac i pretrpeo neku štetu – u pitanju je pretpostavljena šteta. Utvrđivanje visine ovako pretrpljene štete bazira se na **ideji preprodaje**. Dakle, da je prodavac ispunio svoju obavezu iz ugovora i kupcu isporučio robu, kupac je istu mogao preprodati po određenoj ceni (a kako to nije učinio, jer mu prodavac robu nije isporučio, trpi štetu). S druge strane, prodavac je takođe istu robu mogao prodati drugom kupcu po određenoj ceni. Druga ideja na kojoj se može bazirati apstraktna šteta jeste kupovina, odnosno prodaja radi pokrića. Ukoliko je tekuća cena robe u trenutku raskida ugovora viša od ugovorene, kupac trpi štetu, suprotno, ukoliko je tekuća cena niža od ugovorene, štetu trpi prodavac. U oba slučaja, poverilac naknade štete mora dokazati navedenu razliku u ceni. Pored apstraktno štete, kupac ili prodavac u slučaju neizvršenja obaveze druge strane mogu biti poverioci i naknade konkretne štete – realizacija kupovine odnosno prodaje radi pokrića. Šteta se obračunava prema razlici ugovorene i cene koja je ostvarena prodajom odnosno kupovinom (podrazumeva se da se uzimaju u obzir i učinjeni troškovi). Pored **apstraktno i konkretne štete**, u slučaju raskida ugovora o prodaji poverilac (kupac ili prodavac) može ostvariti pravo na naknadu i **druge dokazane štete**.

Kada ugovor nije raskinut, poverilac ostvaruje pravo samo na naknadu tzv. ostale štete (vid konkretne štete), koja obuhvata stvarnu štetu i izmaklu korist.

3. Are there any particular requirements regarding the liability for losses where a breach of sales contract is made?

Ugovoru o prodaji posvećena je glava VII ZOO-a. Čl. 488 st. 1 ZOO propisano je **pravo kupca** (koji je blagovremeno i uredno obavestio prodavca o nedostatku stvari) da može: zahtevati od prodavca da nedostatak ukloni ili da mu preda drugu stvar bez nedostatka (ispunjenje ugovora); zahtevati sniženje cene; izjaviti da raskida ugovor. St. 2 istog člana propisano je da kupac u svakom od ovih slučajeva ima pravo i na **naknadu štete**. Da bi se došlo do preciznog odgovora na pitanje, a naime, kada kupac ima pravo na naknadu štete, neophodno je prvo navesti slučajeve u kojima postoji materijalni nedostatak, odnosno odgovornost prodavca za isti, a u smislu ZOO-a. Da bi se radilo o materijalnom nedostatku, neophodno je da u konkretnom slučaju isti postoji, a u smislu čl. 479 ZOO-a: da je nedostatak skriven; da je postojao u momentu prelaska rizika na kupca (a što je u srpskom pravu trenutak sticanja državnine na stvari od strane kupca) i da postoji blagovremeno obaveštenje prodavca od strane kupca.

U okviru odredaba koje ZOO posvećuje ugovoru o prodaji, nalaze se i članovi koji regulišu pitanje garancije za ispravno funkcionisanje prodate stvari, odnosno čl. 504 propisuje pravo kupca da raskine ugovor ili zahteva sniženje cene, uz **naknadu štete** u oba slučaja, ukoliko prodavac ne izvrši u razumnom roku opravku ili zamenu stvari.

U okviru iste glave ZOO na još jednom mestu predviđa pravo kupca na naknadu štete od prodavca, a u slučaju tzv. evikcije, odnosno odgovornosti prodavca za pravne nedostatke stvari – čl. 510 st. 3 ZOO-a. Bez obzira na to da li se zbog evikcije ugovor raskida po sili zakona (potpuna evik-

cija) ili kupac ostvaruje svoje pravo na raskid ugovora ili srazmerno sniženje cene, kupac uvek ima pravo i na **naknadu pretrpljene štete**.

Što se tiče položaja prodavca, nesumnjivo je da i **prodavac**, kada se ispune određeni uslovi, ima **pravo da zahteva naknadu štete od kupca**. Prvo, prodavac može raskinuti ugovor o prodaji u slučaju da kupac cenu ne isplati, a što predstavlja osnovnu obavezu kupca iz ugovora o prodaji. Prodavac takođe ima pravo i da zahteva ispunjenje (izvršenje prinudnim putem). U oba slučaja prodavac može od kupca zahtevati **naknadu štete**.

Postavlja se pitanje da li prodavac ima neka prava i ako ima, koja su to prava, u slučaju da kupac ne izvrši neku drugu obavezu iz ugovora (u anglosaksonskom pravu ovo bi se podvelo pod nebitne povrede ugovora). Ono što je nesumnjivo, to je da prodavac i u ovom slučaju ima pravo na naknadu štete (i naravno pravo da zahteva ispunjenje). Naknada štete javlja se dakle, kao **generalna sankcija**.

4. According to which rules are the liability extent and the compensation amount for loss (tangible and/or intangible) specified in case of breach of sales contract?

Čl. 523 ZOO-a predviđa da u slučaju raskida **ugovora o prodaji** zbog povrede ugovora od strane jednog ugovarača, druga strana ima pravo na naknadu štete koju zbog toga trpi, **prema opštim pravilima o naknadi štete nastale povredom ugovora**. Dakle, ovaj član upućuje na opšte odredbe o naknadi štete nastale povredom ugovora. Koje su to odredbe? Čl. 262 st. 2 propisuje da poverilac ima pravo zahtevati naknadu štete koju je pretrpeo usled neispunjenja ili zadocnjenja u ispunjenju od strane dužnika. Dalje, čl. 264 propisano je da se ugovorom može **proširiti odgovornost** dužnika i na slučaj za koji on inače ne odgovara, ali da se ispunjenje ovakve ugovorne odredbe ne može zahtevati ako bi to bilo u suprotnosti sa načelom savesnosti i poštenja. Suprotna ovoj jeste odredba čl. 265 koja propisuje mogućnost za **ograničenje i isključenje odgovornosti**. Ne može se isključiti odgovornost za nameru i grubu nepažnju (st. 1), kao ni za običnu nepažnju (st. 2), ukoliko je ona posledica sporazuma proizašlog iz monopolskog položaja dužnika ili uopšte neravnopravnog odnosa ugovornih strana. Punovažna je i odredba ugovora kojom se određuje **najviši iznos naknade**, ako tako određeni iznos nije u očiglednoj nesrazmeri sa štetom i ako za određeni slučaj nije nešto drugo zakonom određeno (st. 3). U slučaju ograničenja visine naknade poverilac ima pravo na potpunu naknadu ako je nemogućnost ispunjenja obaveze prouzrokovana namerno ili krajnjom nepažnjom dužnika (st. 4). U pogledu obima naknade, čl. 266 poveriocu daje pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi, ali samo one koju je u vreme zaključenja ugovora dužnik morao **predvideti** (st. 1). U slučaju prevare, namere ili krajnje nepažnje duguje se i naknada štete koja se nije mogla predvideti (st. 2). Uvek kada Zakon ne propisuje drugačije, **na naknadu ugovorne štete primenjuju se shodno odredbe istog Zakona o naknadi vanugovorne štete**.

Čl. 263 ZOO reguliše oslobođenje od odgovornosti za štetu kod ugovornih odnosa. Naime, dužnik se oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći. Dakle, na poveriocu je da dokaže da šteta postoji, a na dužniku da su oslobađajuće okolnosti nastupile posle zaključenja ugovora, da on nije mogao da ih spreči, otkloni ili izbegne i da zbog njihovog postojanja nije mogao da ispuni svoju obavezu odnosno da je iz tog razloga zakasnio sa ispunjenjem obaveze.

III

1. In which cases does the breach of contract imply the right of interest?

U situaciji povrede obaveze iz ugovora o prodaji (regulisanog Zakonom o obligacionim odnosima RS) pitanje zatezne kamate postavlja se u dva slučaja. Prvi slučaj je pravo na zateznu kamatu na dospelo potraživanje prodavca prema kupcu zbog neplaćanja cene (ili nepotpune isplate cene), kao i na druga novčana potraživanja prodavca prema kupcu. Drugi slučaj predstavlja pravo kupca na zateznu kamatu u slučaju vraćanja cene usled raskida ugovora o prodaji.

Osnovna obaveza kupca iz ugovora o prodaji jeste isplata cene u vreme i na mestu određenom u ugovoru, pod uslovom da su stranke isto ugovorile (čl. 516 ZOO). Kako cena mora biti izražena u novcu (bar pretežno, ako ne u celosti), obaveza kupca spada u novčane obligacije. Ugovor o prodaji je tipičan dvostrani ugovor, što znači da i kupca i prodavca stavlja u položaj i poverioca i dužnika. Ukoliko kupac ne isplati cenu o dospelosti, pada u docnju, i to dužničku, a kako je u pitanju povreda novčane obligacije, primenjuju se pravila o zateznoj kamati, čije postojanje je uslovljeno specifičnošću novca kao stvari. U srpskom pravu dužnička docnja regulisana je čl. 324 ZOO-a, koji propisuje da dužnik dolazi u docnju kada ne ispunji obavezu u roku određenom za ispunjenje, odnosno, ukoliko rok nije određen dužnik dolazi u docnju kada ga poverilac pozove da ispunji obavezu, usmeno ili pismeno, vansudskom opomenom ili započinjanjem nekog postupka čija je svrha da se postigne ispunjenje obaveze. Citirani član posmatraćemo u vezi sa čl. 277 istog zakona, kojim je propisano da dužnik (u ovom slučaju kupac) koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duguje pored glavnice i zateznu kamatu. Dakle, kada kupac iz ugovora o prodaji ne ispunji svoju obavezu o dospelosti, poverilac **uvek** ima pravo na zateznu kamatu, bez obzira na to da li je kupac odgovoran za zakašnjenje. Poverilac **nije dužan** da dokaže da je pretrpeo štetu u visini zatezne kamate. S druge strane, dužnik **ne može** dokazivati da zbog njegove docnje nije nastupila šteta za poverioca, kao što **ne može** dokazivati da je šteta nastupila, ali u obimu manjem od iznosa zatezne kamate. Logika za navedena pravila je jednostavna. Da je kupac isplatio cenu na vreme, prodavac je primljeni novac mogao staviti u depozit. Otuda, bez obzira na razlog pada u docnju kupca i njegovu eventualnu odgovornost ili neodgovornost za isto, prodavac trpi štetu u visini zatezne kamate, a sve ovo zbog specifičnosti novca kao stvari koja se može "dati pod interes". Odnosom zatezne kamate i naknade štete bavićemo se prilikom davanja odgovora na druga pitanja.

U slučaju raskida ugovora o prodaji, postavlja se pitanje prava kupca na povraćaj cene, ukoliko je kupac izvršio svoju obavezu iz ugovora. Ukoliko nije, raskid obe strane oslobađa svih obaveza iz ugovora. Raskid ugovora jedan je od načina prestanka ugovora. Kako raskidom nestaje pravni osnov po kojem je prodavac primio određenu sumu novca na ime cene, postavlja se pitanje restitucije kao posledice raskida ugovora. Kupac ima pravo da zahteva povraćaj cene, ali i iznos kamate, i to počev od dana kada je cena isplaćena prodavcu. Razlog za ovo jeste retroaktivnost dejstva raskida, odnosno, isto je predviđeno čl. 132 st. 5 ZOO, koji propisuje da strana (u ovom slučaju prodavac) koja vraća novac dužna je platiti zateznu kamatu od dana kada je isplatu primila. Ratio ovog pravila isti je u svim slučajevima novčanih obligacija, odnosno nalazi se na polju specifičnosti novca, njegove unutrašnje vrednosti koja se može menjati, a u konkretnom slučaju i nemogućnosti upotrebe novca od strane kupca, a za vreme dok se isti nalazio kod prodavca.

Vrhovni sud je u obrazloženju presude Rev. 2860/05 od 13. 4. 2006. godine naveo da je tuženi obavezan na povraćaj kupoprodajne cene sa zakonskom zateznom kamatom od dana kada je tužilja vršila isplatu tuženom pojedinih obroka, pa do isplate, što je u skladu sa odredbama čl. 132. ZOO, odnosno, budući da je ugovor raskinut, strana koja je primila novac po osnovu tog ugovora obavezna je da pored njegovog vraćanja, plati i zateznu kamatu od dana primanja isplate, nezavisno od krivice stranaka za raskid ugovora.

U slučaju raskida ugovora, kupac bi imao pravo i na povraćaj avansa koji je eventualno dao prodavcu. Ovo svakako uz pravo na kamatu na iznos avansa, i to od momenta uplate istog (Presuda Višeg privrednog suda Srbije, Pz. 3034/91 od 15. 5. 1991.). U poslednjem slučaju kamata se plaća kao naknada za korišćenje novca od strane prodavca.

2. How is the amount of the interest rate specified in case of breach (overdue fulfillment) of sales contract?

U srpskom pravu odredbe o zateznoj kamati nalaze se u Zakonu o obligacionim odnosima i Zakonu o visini stope zatezne kamate. ZOO, kao što smo naveli u odgovoru na prethodno pitanje, propisuje pravo poverioca na zateznu kamatu u slučaju docnje dužnika sa isplatom novčanog iznosa, a drugi utvrđuje visinu stope zatezne kamate i način njenog obračuna. Naime, prema čl. 277 st. 1 ZOO-a, dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze duguje pored glavnice i zateznu kamatu po stopi utvrđenoj zakonom. Ako je stopa ugovorene kamate viša od stope zatezne kamate, ona teče i posle dužnikove docnje. Suprotno, ukoliko je stopa ugovorene kamate niža od stope zatezne, posle docnje teče samo zatezna, ali nikada obe zajedno (čl. 277, st. 2 ZOO). ZOO ne daje mogućnost ugovaranja stope zatezne kamate, ali ugovorne strane mogu predvideti kamatnu stopu koja će se primeniti na novčano potraživanje iz ugovora, pa ako je ugovorena stopa viša od stope zatezne kamate, posle docnje teći će samo ugovorena kamata. Visina stope ugovorene kamate ograničena je odredbama čl. 141 ZOO koji se odnosi na zeleniški ugovor. Obaveza dužnika koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze na isplatu zakonske kamate, i to na iznos duga do dana isplate, predviđena je i čl. 1 Zakona o visini stope zatezne kamate. Čl. 2 istog zakona predviđeno je da se stopa zatezne kamate sastoji od mesečne stope rasta potrošačkih cena i fiksne stope od 0,5 % mesečno. Obračun zatezne kamate vrši se tako što se fiksna mesečna stopa od 0,5% množi iznosom glavnog duga uvećanog za kamatu po mesečnoj stopi rasta potrošačkih cena primenom konformne metode, koja podrazumeva pripis mesečno obračunate kamate glavnom dugu i obračun nove kamate na iznos tako utvrđene glavnice (čl. 3 st. 1 Zakona). Čl. 3 st. 2 istog zakona propisano je da ukoliko za neki mesec nije poznata stopa rasta potrošačkih cena, primenjuje se poslednja objavljena mesečna stopa rasta potrošačkih cena, odnosno, st. 3 propisano je da za mesec za koji je stopa rasta potrošačkih cena jednaka nuli ili je negativna, mesečna stopa zatezne kamate jednaka je fiksnoj stopi od 0,5%. Podatke o mesečnim stopama rasta potrošačkih cena u Republici Srbiji objavljuje na svojoj internet stranici Republički zavod za statistiku. Inače, zatezna kamata se obračunava počevši **od prvog dana po proteku ugovorenog, odnosno zakonom određenog roka za plaćanje, a prestaje teći istekom dana u kojem je izvršeno plaćanje**. Ukoliko nije bilo ugovoreno kada dospeva dužnikova obaveza, zatezna kamata teče od poveriočevog poziva dužniku da plati dug, odnosno od dana podnošenja tužbe sudu, jer je od tog trenutka dužnik u docnji.

Zakon o visini stope zatezne kamate donet je 2001. godine, a izmene i dopune usledile su 2011. godine. Danom stupanja na snagu ovog zakona prestao je da važi Zakon o visini stope zatezne kamate od 1993. godine. Novi zakon, za razliku od starog, ne predviđa posebnu odredbu o stopi zatezne kamate na potraživanja u stranoj valuti između domaćih i stranih lica, odnosno moglo bi se reći da u srpskom pravu postoji pravna praznina, koju sudska praksa nije uspela u potpunosti da popuni. Međutim, stav naše arbitražne prakse je da se ova pravna praznina mora popuniti analognom primenom odredbe čl. 3, st. 3 Zakona o stopi zatezne kamate.

3. Answer the following questions respectively: Is your legislation in compliance with the Directive on combating late payment (Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions, OJ L 200, 8. 8. 2000, p. 35–38) and in what manner is it done?

Zakonodavstvo Republike Srbije nije usklađeno sa Direktivom 2000/35 Evropske zajednice.

IV

1. Is the damaged party entitled to claim compensation for loss apart from the right of interest, or are the both rights excluded?

Već smo citirali čl. 278 st. 1 ZOO-a koji propisuje da poverilac ima pravo na zateznu kamatu bez obzira na to da li je pretrpeo kakvu štetu zbog dužnikove docnje. St. 2 istog člana propisuje da u slučaju da je šteta koju je poverilac pretrpeo zbog dužnikovog zadocnjenja veća od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate, on ima pravo zahtevati razliku do potpune naknade štete. Ovaj stav upravo predstavlja odgovor na pitanje da li su pravo na naknadu štete i pravo na kamatu prava koja se mogu ostvarivati nezavisno jedno od drugog ili ostvarivanje jednog isključuje ostvarivanje drugog. Nesumnjivo je da se srpsko pravo opredeljuje za prvu varijantu, odnosno poverilac može u konkretnom slučaju ostvariti i pravo na zateznu kamatu i pravo na naknadu štete (ovo drugo samo u visini razlike do potpune naknade štete). Dakle, poverilac uvek ima pravo na zateznu kamatu, i to od trenutka pada dužnika u docnju do isteka dana kada je izvršeno plaćanje i kao što smo već istakli, **bez obzira na to da li je odgovoran za zakašnjenje sa plaćanjem**. Odvojeno od toga posmatramo pitanje eventualne štete koja je prouzrokovana poveriocu dužnikovim zadocnjenjem. Prvo, postavlja se pitanje da li je poverilac pretrpeo štetu, i to onu prouzrokovanu docnjom dužnika? Ukoliko jeste, dužnik će biti obavezan da poveriocu naknadi štetu, ali **samo ukoliko je odgovoran za zakašnjenje sa plaćanjem duga**. Svakako otežavajuća okolnost za dužnika jeste ta što se njegova odgovornost pretpostavlja, a ne dokazuje! Može se dokazivati samo suprotno tj. da dužnik nije odgovoran za zadocnjenje i tada teret dokazivanja pada na dužnika. Kako se dužnik oslobađa odgovornosti za štetu? Prvo, iz čl. 278 st. 2 proizlazi obaveza dužnika na naknadu štete prouzrokovane poveriocu zbog zadocnjenja. Ovaj član možemo dovesti u vezu sa čl. 262 st. 2 koji isto propisuje obavezu dužnika na naknadu štete poveriocu nastalu usled neispunjenja ili zadocnjenja u ispunjenju obaveze. Sledeći član – čl. 263 daje odgovor na postavljeno pitanje, odnosno, dužnik se oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao da ispunji svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze **zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći** (naime, dužnik se oslobađa odgovornosti usled postojanja okolnosti koje isključuju odgovornost bez obzira na krivicu). Mogao bi se dakle izvesti sledeći zaključak: ukoliko dužnik nije odgovoran za zadocnjenje u ispunjenju obaveze, poverilac ima pravo samo na zateznu kamatu, u suprotnom ima pravo i na zateznu kamatu i na razliku do pune visine štete, ukoliko je naravno iznos pretrpljene štete veći od iznosa zatezne kamate, što se mora dokazati, a teret dokazivanja postojanja štete, kao i visine pretrpljene štete svakako je na poveriocu. **Dakle, poverilac zahteva zateznu kamatu i dokazuje da je pretrpeo štetu koju zatezna kamata ne pokriva u potpunosti, a dokaže li isto, sud mu dosuđuje i zateznu kamatu i razliku između zatezne kamate i dokazane štete.**

Vrhovni sud Srbije je u odluci Rev. 2765/05 od 9. 11. 2005. godine zaključio da je usled docnje tuženog u vraćanju neosnovano zadržanih uplata od strane tužilaca došlo do potpunog obezvređivanja izvršenih uplata, a samim tim i do štete koju su tužioci pretrpeli zbog dužnikovog zadocnjenja, kao i da je ona veća od iznosa koji bi tužioci dobili na ime zatezne kamate, koja je sa dugovanom

glavnicom takođe obezvređena potpuno, što dalje znači da tužioci imaju pravo da zahtevaju i razliku do potpune naknade štete.

2. In case of cumulative rights, does the interest payment affect the determination of the compensation amount for loss and in what manner?

Postoji dakle pretpostavka odgovornosti dužnika za zakašnjenje, ali čak i ukoliko dužnik ne dokaže postojanje okolnosti koje isključuju njegovu odgovornost, položaj poverioca nije nimalo lak. Upravo je poverilac taj koji mora dokazati da postoji šteta i da je ista nastala kao posledica zakašnjenja dužnika sa plaćanjem. U pogledu visine pretrpljene štete, teret dokazivanja je i dalje na poveriocu. Šteta nastala kao posledica neisplate u roku može nekada predstavljati izmaklu korist za poverioca odnosno dobit koju bi poverilac sigurno ostvario da je dužnik platio u roku (što poverilac mora dokazati). U drugim slučajevima pretrpljena šteta je stvarna šteta. Kada poverilac dokaže da je pretrpeo štetu i kada se utvrdi visina štete, **od visine pretrpljene štete mora biti odbijena zatezna kamata!** U skladu sa tim je i odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 2049/07 od 28. 11. 2007. godine, po kojoj poverilac ima pravo zahtevati razliku do potpune naknade štete u slučaju da je šteta koju je pretrpeo veća od iznosa koji bi dobio na ime zatezne kamate. Poverilac dakle, ima pravo da zahteva samo razliku između zatezne kamate i pretrpljene štete, odnosno biće mu isplaćena samo razlika do potpune naknade štete. Druga mogućnost jeste da poverilac samo zahteva **pun iznos naknade dokazane štete, bez obračuna i naplate zatezne kamate!**

Moglo bi se reći da čl. 278 st. 2 ZOO-a predstavlja pravilo srpskog prava – zatezna kamata odbija se od iznosa pretrpljene štete. I pored toga, navedeno pravilo ne bi trebalo primenjivati uvek i doslovno, bez uzimanja u obzir okolnosti svakog konkretnog slučaja. Situacija koja svakako dovodi u pitanje doslednu primenu ovog člana, jeste prodaja radi pokrića. Naime, kupac nije isplatio cenu u roku, pao je u docnju, počela je teći zatezna kamata. S druge strane, prodavac mu stvar nije predao, čekao je isplatu cene, da bi na kraju raskinuo ugovor, stvar prodao drugom licu, ali po ceni nižoj od one ugovorene sa prvim kupcem – pretrpeo je dakle štetu! Ko je dužnik naknade? Prvi kupac! Kako je naplatio cenu od drugog kupca, prestala je teći zatezna kamata zbog docnje, koja je teretila prvog kupca, ali nastala je obaveza na naknadu štete i sada teče **zatezna kamata na iznos koji predstavlja razliku u cenama (tj. štetu)**. Ovaj primer ukazuje na složenost pojedinih slučajeva, te nemogućnost rešavanja istih primenom jednostavnog pravila sadržanog u čl. 278 – **odbiti zateznu kamatu od pretrpljene štete!**

Literatura

1. Vasiljević M., Trgovinsko pravo, Beograd, 2011.
2. Perović S., Obligaciono pravo, Beograd, 1980.
3. Antić, O., Obligaciono pravo, Beograd, 2007.
4. Radisić J., Obligaciono pravo, Beograd, 2004.
5. Blagojević B., Komentar zakona o obligacionim odnosima, Beograd, 1983.
6. Jankovec I., Pravni aspekti novčanih obaveza.

ANEKSI V
ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA

ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA

Nacionalni izvještaj za Albaniju

1. Trenutni status u okviru nacionalnog zakonodavstva u odnosu na transpoziciju Direktive o elektronskoj trgovini 2000/31/EZ, Direktive o pravnom okviru Zajednice za elektronske potpise 1999/93/EZ i Direktive 97/7/EZ o prodaji na daljinu.

Od stupanja na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (nazvanog SSP) naše domaće zakonodavstvo se usaglašava sa pravom EU. Oblast informatičkog društva, skladno članu 103. SSP, je fokus uzajamne suradnje strana. Za ispunjenje tih obaveza nekoliko direktiva povezanih sa informatičkim društvom je transponirano u naše zakonodavstvo.

- a. Direktiva 2000/31/EZ je transponirana u naše nacionalno zakonodavstvo Zakonom br. 10128, od 11.05.2009. godine, "O elektronskoj trgovini" koji je usvojio Parlament Albanije. Ovaj zakon reguliše komercijalne transakcije izvršene korišćenjem elektronskih uređaja, putem usluga obezbeđenih sa strane informatičkog društva. Isto tako, ovaj zakon ima za cilj zaštitu poverljivosti poverljivih podataka potrošača i drugih učesnika. Transpozicija ove Direktive u naš domaći sistem se ne realizuje direktnom referencom, već se propisuje ovim zakonom u pogledu i duhu odredbi relevantne direktive. Ovaj zakon je organizovan u šest delova. Prvi deo sadrži odredbe o cilju, obemu primene, definicije, opšte principe i implementaciju zakona. Drugi deo reguliše pravo na obezbeđivanje usluga i obavezu obezbeđivanja opštih informacija. Treći deo uključuje odredbe o uslovima za komercijalne komunikacije kao uslovi za obezbeđivanje informacija, netražene komercijalne komunikacije i regulisane profesije. Četvrti deo se fokusira na elektronskim ugovorima. Ovaj deo sadrži odredbe o neophodnim uslovima za validnost ugovora, isključenje određenih ugovora, informacije koje treba obezbediti i sklapanje ugovora. Peti deo se odnosi na isključenje odgovornosti davatelja usluga. Odredbe u ovom delu regulišu isključenje davatelja usluga od odgovornosti kada radi kao "kanal", privremeno pohranjuje informacije (caching), hosting, sredstva za dobijanje informacija, raskid i sprečavanje prekršaja i obaveze davatelja usluga. Zadnji deo reguliše nadzorne organe, sankcije, pravo na žalbu protiv odluke nadzornog organa pred sudom i rešavanje sporova.
- b. Direktiva 1999/93/EZ o okviru Zajednice za elektronski potpis je transponirana u naše zakonodavstvo usvajanjem Zakona br. 9880, od 25.2.2008. godine "O elektronskom potpisu". Ovaj zakon je usvojen kako bi se kreirao potrebni pravni okvir za priznavanje i upotrebu elektronskog potpisa u Republici Albaniji. Ovaj zakon je organizovan u XI delova. Prvi deo sadrži opšte odredbe o cilju, obemu primene i definicije. Drugi deo reguliše pravnu validnost elektronskog potpisa i isključke. Treći deo se fokusira na Agenciju koja vrši nadzor i registraciju. Delovi IV i V regulišu davatelja usluga za sertifikaciju i proceduru za izdavanje takvih sertifikata. Šesti deo sadrži odredbe o odgovornosti davatelja usluga za sertifikaciju i njegov odnos sa Agencijom. Sedmi deo se fokusira na zaštitu ličnih podataka dobijenih od davatelja usluga za sertifikaciju. Druga dva dela se odnose na tehnička pitanja kao bezbednost, tarife i troškove. Deseti deo propisuje administrativne mere, a zaključni deo sadrži finalne odredbe.

- c. Direktiva 97/7/EZ o prodaji na daljinu je transponirana u naše domaće zakonodavstvo zakonom usvojenim od Parlamenta Albanije, Zakon br. 9902, od 17.04.2008. godine "O zaštiti potrošača", izmenjen i dopunjen Zakonom br. 10444, od 14.07.2011. godine i Odlukom Saveta Ministara, br. 64, od 21.1.2009. godine "o ugovorima na daljinu". Ovi zakoni imaju za cilj uvođenje relevantnog pravnog okvira u zaštiti potrošača i uspostavljanje institucionalnog okvira za implementaciju ovih propisa. Odluka Saveta Ministara sadrži odredbe o definicijama, informacijama koje treba obezbediti i uslovima koji se moraju ispuniti takvim informacijama, isključenim ugovorom itd.

2. Da li je napravljena referenca u odnosu na Model zakona o elektronskoj trgovini UNCITRAL-a iz 1996. godine?

Zakon br. 10128, od 11.05.2009. godine "o elektronskoj trgovini" ne daje, u nijednoj od svojih odredbi, nijedne direktnu referencu Model zakonu UNCITRAL-a iz 1996. godine. Očigledno je da je Direktiva o elektronskoj trgovini služila kao vodič u pripremi albanskog zakona.

3. Postoje li neki posebni nacionalni zakoni i implementirajuće (provedbene) uredbе o ugovorima koji su usvojeni u zemljama Jugoistočne Evrope?

Do sad, u Republici Albaniji, pravni okvir povezan sa e-ugovorima se sastoji od:

- a) Zakon br. 10128, od 11.05.2009. godina "o elektronskoj trgovini";
 - i) Odluka Saveta Ministara br. 248, od 27.04.2007. godina, "o osnivanju Agencije za informatičko društvo", izmenjena i dopunjena sa:
 - a. Odluka Saveta Ministara br. 837, od 29.07.2009. godina;
 - b. Odluka Saveta Ministara br. 28, od 20.01.2010. godina.
- b) Zakon br. 10273, od 29.04.2010. godina "o elektronskom dokumentu";
- c) Zakon br. 9880, od 25.2.2008. godina "o elektronskom potpisu" izmenjen i dopunjen Zakonom br. 10178, od 29.10.2009. godina
 - i) Odluka Saveta Ministara br. 525, od 13.05.2009. godina "o odobrenju propisa za regulisanje elektronskog potpisa"
 - ii) Odluka Saveta Ministara br.503, od 13.05.2009. godina "o odobrenju naknada za usluge obezbeđene sa strane Nacionalne agencije za elektronsku certifikaciju"
 - a. Uputstvo Nacionalne agencije za elektronsku certifikaciju, br. 1 "o Zakonu o elektronskom potpisu";
 - b. Uputstvo Nacionalne agencije za elektronsku certifikaciju, br. 2 "o upotrebi elektronskog potpisa";
 - c. Uputstvo Nacionalne agencije za elektronsku certifikaciju, br. 3 "o davatelju elektronskih usluga";
 - d. Uputstvo Nacionalne agencije za elektronsku certifikaciju, br. 4 "o opštim rokovima";
 - e. Uputstvo Nacionalne agencije za elektronsku certifikaciju, br. 5 "o registraciji dokumenata za davatelja usluga za certifikaciju";
 - f. Uputstvo Nacionalne agencije za elektronsku certifikaciju, br. 6 "o dokumentima za registraciju organizacije za potvrdu i testiranje";
 - g. Uputstvo Nacionalne agencije za elektronsku certifikaciju, br. 7 "o objavi javnog predstavnika" i

- h. Uputstvo Nacionalne agencije za elektronsku certifikaciju, br. 8 "o objavi fizičke osobe".
- iii) Odluka Saveta Ministara br. 322, od 05.05.2010. godina "o odobrenju dokumenta sa politikama o elektronskim komunikacijama u Republici Albaniji".
- d) Zakon br. 9918, od 19.5.2008. godina "o elektronskim komunikacijama u Republici Albaniji";
- e) Zakon br. 9902, od 17.04.2008. godina "o zaštiti potrošača", sa izmenama i dopunama
 - i) Odluka Saveta Ministara br. 64, od 21.1.2009. godina "o ugovorima na daljinu"

4. Definicija e-ugovora u nacionalnom pravu

Zakon o elektronskoj trgovini daje jednostavnu i vrlo kratku definiciju elektronskog ugovora. Skladno članu 11. gorenavedenog zakona, ugovori zaključeni elektronskim sredstvima se smatraju elektronskim ugovorima. Skladno definiciji datoj u ovom zakonu, elektronska sredstva uključuju svaku elektronsku opremu za obradu (uključujući digitalnu kompresiju) i čuvanje podataka putem koje se daje usluga od tačke potekla do kranjeg odredišta, putem elektronske opreme. Slanje, transmisija i celosno primanje se vrši putem kablova, radio talasa, optičkih sredstava ili drugi elektromagnetskih sredstava.

Zbog toga što je elektronsko zaključivanje ugovora jednostavno način ugovaranja, Zakon o elektronskoj trgovini ne daje detaljnu informacije šta sačinjava elektronski ugovor. Prema tome, kada se definiše ugovor (električni ili drugi) neophodno je koristiti definiciju datu u Građanskom zakonu. Sukladno članu 659 Albanskog građanskog zakona, ugovor se definiše kao zakonski (pravni) akt, kroz koji jedna ili više strana kreira, menja ili raskida pravni odnos. Definicija obezbeđena ovima opštim zakonom (*lex generalis*) se primenjuje i na e-ugovore jer, kao što je gore rečeno, elektronsko sklapanje ugovora ne menja njegovu prirodu. To je inovativni metod stupanja u ugovor koristeći prednosti informatičkog društva.

5. Koliko je koraka potrebno za sklapanje izvršivog e-ugovora?

Sklapanje elektronskog ugovora se realizuje kroz nekoliko koraka koji su temeljito uređeni Zakonom o elektronskoj trgovini.

a. Prvi korak u sklapanju e-ugovora je realizacija komercijalne komunikacije između strana. Ova komunikacija se realizira putem objave potrebnih informacija propisanih zakonom. Pored opštih informacija koje se trebaju obezbediti sa strane davatelja usluga, koje trebaju biti jasne i nedvojbene i moraju, osobito, da indiciraju cenu i dali ista uključuje porez i troškove isporuke, ponuditelj treba da obezbedi sledeće informacije primaču pre nego što on dostavi koji bilo zahtev:

- (i) različite tehničke korake koje treba slediti za zaključivanje ugovora;
 - (ii) ugovorne uslove i obaveze;
 - (iii) tehnička sredstva za identifikaciju i korekciju grešaka u unosu pre pravljenja narudžbine;
 - (iv) jezici koji se nude za zaključivanje ugovora;
 - (v) dali će sklopljeni ugovor biti čuvan sa strane davatelja usluge i dali će biti dostupan.
- b. U drugoj fazi davatelj usluga daje primaču rezime opštih i specijalnih uslova i obaveza. Kada primač dostavi narudžbinu, davatelj usluga treba da potvrdi primanje narudžbine primača elektronskim putem i bez nepotrebnih odlaganja.

- c. Tada, treći korak je zaključivanje ugovora. E-ugovor se zaključuje kada ponuditelj dobije elektronsku poruku koja sadrži doznaku primanja potvrde i prihvatanje ponude.

6. Trenutak u kojem se smatra da je e-ugovor zaključen

Skladno albanskom zakonodavstvu, trenutak zaključivanja ponude zavisi od toga dali je ugovor realan ili konsenzualan. Prema tome, efekti ugovora počinju u konkretnom trenutku precizno određenom zakonom. Zbog ovog određenog načina stupanja u ugovor, trenutak zaključivanja elektronskih ugovora se reguliše skladno specifičnom Zakonu o elektronskoj trgovini t.j. Član 14 zakona.

Kao što je gore rečeno, kada primač dostavi narudžbinu, davatelj usluga daje rezime generalnih i specijalnih uslova i obaveza ugovora i obaveštava elektronskim sredstvima bez nepotrebnih odlaganja o narudžbini primača.

Momenat koji sačinjava zaključivanje elektronskog ugovora je momenat u kom ponuditelj dobija elektronsku poruku koja sadrži doznaku primanja potvrde i prihvatanje ponude. Ova elektronska poruka se šalje ponuditelju sa strane davatelja usluge kada on dobije narudžbinu primača. Isto tako, zakon propisuje da se predlog i prihvatanje ponude koje daju strane smatraju primljenim kada strane, kojima su namenjene, mogu da dokažu jedna drugoj da su u mogućnosti da im pristupe. Zakon ne pojašnjava šta se podrazumeva pod "mogućnosti pristupa" u prihvatanju i ponudi. Nije utvrđeno dali se e-pošta koja stigne do mail servera smatra primljenom.

Da rezimiramo, proces zaključenja prolazi kroz sledeće aktivnosti:

- a) Primač usluge indicira da prihvata uslugu;
- b) Davatelj usluge potvrđuje primanje prihvatanja;
- c) Davatelj usluge šalje ponuditelju elektronsku poruku koja sadrži potvrdu i prihvatanje poruke.

7. Pravna forma (formalnost) na osnovu koje se e-ugovor smatra važećim

Albanski zakon o elektronskoj trgovini ne zahteva nijednu specijalnu formu kako bi e-ugovor bio validan, ali upućuje na Građanski zakon u pogledu opštih uslova i pravne forme. Prema tome, za sve ugovore koje želimo da zaključimo elektronski, primenjuju se propisi o validnosti i formi iz Građanskog zakona. Očigledno je da se elektronski mogu zaključiti samo oni ugovori za koje zakon ne predviđa intervenciju javnih vlasti, kao na primer ugovori koje treba uneti u notarskoj formi ili ugovori za koje je potrebna registracija. Ugovori koji se prema Građanskom zakonu mogu zaključiti usno ili pismeno mogu da koriste elektronska sredstva u njihovom sklapanju.

Sa druge strane, elektronski ugovor, jer je elektronski dokument, treba da ispunjava zahteve za elektronski dokument. Ovi zahtevi su određeni zakonom kojim se uređuje elektronski dokumenat. Elektronski ugovor se treba smatrati važećim ako je kreiran, poslan, primljen i pohranjen koristeći informatičku tehnologiju, kompjuterske mreže, kompjuterske sisteme i slične uređaje i elektronske programe, koji ispunjavaju uslove iz članova 6, 7, i 8 ovog zakona.¹ Skladno tim članovima, elektronski dokumenat mora da obezbedi:

- a) Elektronski potpis, skladno Zakonu o elektronskom potpisu;
- b) Podatke o kreatoru elektronskog dokumenta;
- c) Nepovredivost elektronskog ugovora;

¹ Član 5, Zakon br. 10 273, od 29.4.2010. godine "o elektronskom dokumentu"

- d) Pristup sadržini elektronskog dokumenta u toku celog ciklusa dokumentacije;
- e) Jasnost u čitanju njegove sadržine.²

U pogledu sadržine, elektronski dokument treba da sadrži opšte i posebne delove koji su integrisani i neodvojivi.

- a) Opšti deo uvodi sadržinu informacije u elektronskom dokumentu. Ako je elektronski dokument namenjen konkretnom primaču onda ovaj deo isto tako sadrži i njegovo ime.
- b) Posebni deo uključuje jedan ili više elektronskih potpisa i informacija povezanih sa datumom kreiranja elektronskog dokumenta i druge podatke povezane sa kvalitetom dokumenta, sukladno odredbama člana 3. tačke 2. ovog zakona.³

U pogledu oblika elektronskog dokumenta, on se sastoji od unutrašnjeg i spoljašnjeg dela. Unutrašnja forma je digitalna forma dobijena obradom, slanjem, primanjem i pohranom elektronskog dokumenta kroz sistem softvera i kompjuterskih uređaja. Spoljašni deo elektronskog dokumenta je vizuelna prezentacija njegove sadržine prikazana na kompjuterskom ekranu ili sličnom uređaju, u papirnatom obliku ili na drugi materijalni način, proizveden od unutrašnje forme prezentacije.

Prema tome, elektronski dokument se može predstaviti kao elektronski podatak ili papirni-materijalni dokument. Certifikacija kopije elektronskog dokumenta predstavljenog na hartiji se vrši sa strane ovlašćenih osoba ili šefa institucije. Vredi pomenuti da skladno članu 11, elektronski dokument i njegova kopija u pismu imaju isti status u vršenju pravnih stvari, kada je potrebno prikazivanje elektronskog dokumenta ili njegove overene papirne kopije.

U zaključku, elektronski ugovor se smatra validnim ako ispunjava potrebne uslove elektronskog dokumenta i elektronsko zaključivanja ugovora se treba primenjivati samo na one ugovore koji sukladno Zakonu o elektronskoj trgovini mogu biti sklopljeni elektronski.

8. Da li se ugovorima koji se zaključuju elektronskim putem ("on line") daje jednak pravni status kao ugovorima "na papiru" ("off-line")?

Zakon o elektronskoj trgovini ne daje direktno ekvivalentni status ovim ugovorima, ali drugi stav člana 11 propisuje da kako bi se jedan e-ugovor smatrao validnim on treba da ispunjuje uslove opšteg dela Građanskog zakona o ugovorima, uslove o formi ugovora propisanog Građanskim zakonom i konkretne uslove ugovora propisanim Građanskim zakonom i specifične uslove propisane Zakonom o zaštiti potrošača. Prema tome, zakon indirektno daje isti status 'online' i 'off-line' ugovorima sve dok traži da se ispune isti uslovi za ova dva načina zaključivanja ugovora. Ovo zaključivanje je pojačano ako se uputimo i na drugo zakonodavstvo povezano sa e-ugovorima. Zakon o elektronskom potpisu u članu 4 daje elektronskom dokumentu potpisanom sa strane potpisnika isti status koji ima materijalni dokument. Ova jednakost se daje jer elektronska sredstva koja se koriste za sklapanje ugovora ne menjaju prirodu ugovora. Ima nekoliko isključka (molim vidite Pitanje 10) za određene ugovore koji, zbog posebnih uslova u pogledu njihove pravne forme, se ne mogu zaključiti elektronskim sredstvima. Na primer, ugovor kojim se prenosi vlasništvo nad nekretninom se ne može realizirati u elektronskoj formi.

Osim gorenavedenih ugovora, svi drugi koji se mogu zaključiti elektronski imaju iste pravne efekte kao 'offline' ugovor.

² Član 6, isto.

³ Član 7, isto.

9. Da li postoje neki različiti specifični aspekti e-ugovora u odnosu na nacionalno ugovorno pravo kada se radi o sastavljanju ugovora (ponuda, prihvatanje, potvrđivanje, da li e-marketing (e-oglašavanje) predstavlja ponudu roba ili poziv na ponudu, e-ugovori ili opšti uslovi, i sl.)?

Sam zakon, u članu 11, traži da elektronski ugovori ispune iste uslove validnosti i forme kao offline ugovori. Prema tome, isti uslovi Građanskog zakona o predlogu, ponudi i prihvatanju trebaju regulisati i e-ugovore. Očigledno je da ne postoje različiti specifični aspekti u pogledu e-ugovora sve dok se oni smatraju istog statusa sa tradicionalnim ugovorima. Dalje, član 14 Zakona o elektronskoj trgovini, u pogledu sklapanja ugovora, propisuje da se za ovaj cilj isto tako primenjuju odredbe Građanskog zakona o prihvatanju ili odbijanju predloga, date u opštim uslovima ugovora.

Što se predloga za ulazak u ugovor tiče, naše zakonodavstvo smatra kao validnom ponudom predlog koji sadrži suštinske elemente ugovora koji se želi zaključiti. Prema tome, elektronska komunikacija koja sadrži proizvod/uslugu i njene karakteristike sa adekvatnim cenama se može smatrati validnom ponudom za zaključivanje ugovora. Zbog specifičnosti elektronske trgovine, u pogledu zaštite e-potrošača, zakon predviđa nekoliko obaveza o informacijama koje se trebaju ponuditi ne samo sa strane ponuditelja već i sa strane davatelja usluga. Ove informacije su neophodne kako bi primač znao stranu sa kojom će sklapati ugovor. Skladno članu 7 zakona, davatelj usluge, kao posrednik, će osigurati primaču sledeće informacije:

- (a) ime davatelja usluge, a ako ga nema, registrirano ime za vršenje ove delatnosti;
- (b) adresu na kojoj je davatelj usluga uspostavio svoje sedište ili glavnu kancelariju;
- (c) elektronsku poštensku adresu davatelja usluge i sve druge detalje koji mu omogućavaju brz i efektivan kontakt sa davateljem usluge;
- (d) registrirane podatke davatelja usluge u komercijalnom registru, a osobito jedinstveni identifikacijski broj;
- (e) ako aktivnost podleži nadzoru ili se treba dobiti prethodno ovlašćenje, relevantne podatke nadležnog nadzornog organa;
- (f) u pogledu regulisanih profesija:
 - i) svako profesionalno javno telo ili sličnu instituciju kod koje je registrovan davatelj usluga;
 - ii) profesionalni naziv i državu u kojoj je dat ili steknut;
 - iii) uput ka relevantnim profesionalnim pravilima i nadležnostima u državi osnivanja i sredstvo za pristup njima;
- (g) jedinstveni identifikacijski broj subjekta ili IBSO (INTP) (Identifikacijski broj subjekta oporezivanja) (ako podleži DDV-u).

Gorenavedene informacije se trebaju objaviti jasno i nedvojbeno i moraju indicirati da cena uključuje porez i troškove za isporuku.

Kako bi se predlog za zaključenje ugovora smatrao validnim, pored ovih informacija ponuditelj treba objaviti pre zahteva primača sledeće informacije:

- a) različite tehničke korake koje treba slediti za zaključivanje ugovora;
- b) ugovorne uslove i obaveze;
- c) tehnička sredstva za identifikaciju i korekciju grešaka u unosu pre pravljenja narudžbine;
- d) jezike koji se nude za zaključivanje ugovora.
- e) dali će sklopljeni ugovor biti čuvan sa strane davatelja usluge i dali će biti dostupan;

Ove informacije sadrže suštinske elemente za pravljenje validne ponude jer sadrže suštinske uslove i obaveze ugovora.

Isto tako, e-ugovor treba da ispunjava i uslove Zakona o zaštiti potrošača u pogledu opštih informacija koje se trebaju obezbediti potrošačima, etiketiranje, cene i jezik⁴ i druge uslove u konkretnim ugovorima.

U zaključku, možemo reći da se opšte odredbe Građanskog zakona primenjuju na ovaj novi metod sklapanja ugovora i ne postoje različiti specifični aspekti u tom pogledu. Ali Zakon o elektronskoj trgovini daje i neke dodatne korake i dodatne informacije koje se trebaju obezbediti kao, na primer, da se predlog smatra validnim ili dodatne informacije koje obezbeđuje davatelj usluge i ponuditelj.

10. Ugovori i transakcije koji su isključeni iz primjene zakonodavstva o e-ugovaranju

Neka polja i određeni ugovori su isključeni Zakonom o elektronskoj trgovini. Skladno prvom stavu člana 2, zakon se ne primenjuje na sledeće transakcije:

- a) Aktivnosti notara ili druge slične aktivnosti direktno povezane sa vršenjem javnih ovlašćenja;
- b) Zastupanje osoba i zaštita njihovih interesa pred sudovima i svim drugim organima gde se zastupanje osoba može vršiti sa strane trećih strana putem zakona o zastupanju.
- c) Plaćene aktivnosti za učešće u klađenju, lutrijama, kockanju, elektronskim igrama, trakama i kazinima.

Isto tako, zakon se ne primenjuje na:

- a) Polje oporezivanja;
- b) Zaštitu ličnih podataka;
- c) Pitanja koja se odnose na prakse i ugovore regulisane zakonom o konkurenciji.

Razlog zašto su isključene zakonom ove oblasti uglavnom je povezan sa činjenicom da su ove oblasti temeljito regulisane drugim usvojenim zakonima.

Isključeni ugovori su propisani članom 12 zakona. Sledeći ugovori ne mogu biti sklopljeni kao e-ugovori.

- a) Ugovori koji se sklapaju za kreiranje, promenu ili ukidanje prava na nekretnine, osim ugovora za iznajmljivanje nekretnina u trajanju do 9 godina;
- b) Ugovori koji, prema zakonu, zahtevaju uključenje sudova, javnih organa i profesija koje vrše ili daju javne usluge;
- c) Ugovori za garanciju i kolateralno obezbeđenje koje daju osobe koje deluju za ciljeve van svojih trgovačkih, poslovne ili profesionalne delatnosti;
- d) Ugovori koji se regulišu Porodičnim zakonom i pravne aktivnosti uređene trećim naslovom trećeg dela, "Ostavinsko nasleđivanje";
- e) Finansijske usluge ili usluge hartija od vrednosti za koje se primenjuje marketing na daljinu

Svi gorenavedeni ugovori su isključeni Zakonom o elektronskoj trgovini i prema tome ne mogu biti zaključeni korišćenjem ovog načina zaključivanja. Razlozi ovih isključenja su uglavnom povezani sa intervencijom javnih organa u zaključivanju određenih ugovora (na primer ugovori pod b), zbog ličnog (*intuitu personae*) karaktera nekih ugovora (na primer ugovori pod d) ili zbog konkretnih propisa i konkretnih uslova o pravnoj formi ugovora (kao ugovori pod a, c i e).

⁴ Članovi 7, 8, 9, 10, 11, 12 Zakona br. 9902, od 17.04.2008 "o zaštiti potrošača"

11. Jednakost elektronske dokumentacije u svim ugovornim predmetima (npr. pojam trajnog medijuma, elektronski zapisi, itd.)

Pravni okvir ne daje konkretne propise u pogledu ekvivalentnosti elektronskih dokumenata u pogledu trajnih medijuma, elektronskih zapisa itd. Ovo pitanje se treba rešiti u praksi. Ali najvažnije pitanje koje reguliše zakon je pitanje bezbednosti elektronskog dokumenta i njegov odraz u realnom svetu. U pogledu na to pitanje Zakon o elektronskoj trgovini ne daje propise, ali Zakon br. 10273, od 29.04.2010. godine "o elektronskom dokumentu" predviđa neke opšte odredbe o očuvanju elektronskog dokumenta.

Zakon propisuje pravila za kreiranje arhive za očuvavanje elektronskih dokumenata. Prema propisima elektronski dokument se pohranjuje u originalnoj formi u njegovim odgovarajućim informativnim sistemima, što omogućava održivost elektronskih zapisa u toku vremena za određivanje čuvanja i arhive elektronskih dokumenata.

Elektronska arhiva treba obezbediti:

- da se dokument u elektronskoj formi kreira, šalje, prima i pohranjuje bez promene njegove celosti, uključujući podatke o elektronskom potpisu i podatke za njegovu verifikaciju;
- elektronski dokument, sa uključenim potpisom, sačuvan uz pomoć procedura i tehnologija koje obezbeđuju njegov integritet i nepovredivost u vremenu čuvanja, i ne brisanje bez odgovarajućeg ovlašćenja;
- elektronski dokument, u periodu čuvanja, treba biti u formi koja se može čitati i pristupan za osobe koje imaju prava na pristup;
- omogućiti pouzdano određivanje porekla, kreatora, vremena, načina i oblika sistema čuvanja svakog elektronskog dokumenta;
- procedura za održavanje elektronskog dokumenta ne treba naškoditi integritetu elektronskih dokumenata.⁵

Zakon isto tako propisuje opštu odredbu o zaštiti elektronskih dokumenata. Skladno tim obavezama, operatori informatičkih sistema su obavezni da instaliraju opremu i sisteme za zaštitu elektronskih dokumenata protiv upada spoljašnjih faktora, za zaštitu sistema i dokumenata koji cirkulišu u njihovom informativnom sistemu i obaveste korisnike o rizicima i načinima za njihovo izbegavanje.⁶

12. E-ugovori u kontekstu B2B, B2C i B2G

Prema našem zakonodavstvu e-ugovori mogu biti zaključeni između biznisa, biznisa i potrošača, biznisa i vlade. Zakon ne propisuje poseban režim za biznise koji stupaju u elektronski ugovor sa drugom strana kao što su biznisi, potrošači i vladina tela. Stižemo do ovog zaključka ako vidimo drugi stav člana 11, prema kojem elektronski ugovor (bez razlike dali je B2B, B2C ili B2G ugovor) mora ispuniti propise Građanskog zakona i Zakona br. 9902, od 17.04.2008. godine "o zaštiti potrošača".

Ali ima nekih razlika koje su unesene u zakon samo za one ugovore koji se sklapaju sa osobama koje nisu potrošači. Na primer, skladno stavu 1 člana 14, zakon propisuje da osim ako nije inače ugovoreno od strana koje nisu potrošači, davatelj usluga daje primaču usluge rezime opštih i posebnih uslova i obaveštava bez nepotrebnih odlaganja o primanju narudžbine primača elektronskim sredstvima. To znači da je rezime opštih i posebnih uslova obavezno za strane koje su potrošači i

⁵ Član 18, Zakon br. 10273, od 29.04.2010. godine "o elektronskom dokumentu"

⁶ Član 19/2, isto.

može se isključiti zajedničkim ugovorom strana koje nisu potrošači. Izgleda da zakon predviđa veliki nivo zaštite potrošača i postavlja imperativne odredbe koje regulišu takve ugovore, a da je fleksibilniji u sklapanju ugovora sa stranama koje nisu potrošači, kao na primer B2B ili B2G.

Isto tako, član u drugom stavu određuje da strane koje nisu potrošači mogu da se dogovore da ne otkrivaju informacije predviđene u prvom stavu tog člana (različite tehničke korake koje treba slediti da bi se sklopio ugovor; ugovorne uslove i obaveze; tehnička sredstva za identifikaciju i korekciju grešaka u unosu pre slanja narudžbine; jezike ponuđene za sklapanje ugovora; da li će sklopljeni ugovor biti čuvan sa strane davatelja usluge i da li će biti dostupan) i da davatelj usluge indicira Kodeks ponašanja, gde se propisuje kako mogu da se ti kodeksi konsultiraju elektronski.

Na žalost, ne možemo da damo statističke i oficijalne podatke o sklopljenim ugovorima između ove dve strane jer trenutno nema oficijalnih podataka.

13. Porezni aspekti i moguće porezne prepreke koje se odnose na prekogranične e-transakcije

Zakon o elektronskoj trgovini ne propisuje nijedno pravilo o fiskalnim obavezama niti daje instrumenat za fiskalne aspekte e-trgovine. Do sada nema nacionalnog zakonodavstva za regulisanje ovog pitanja.

Prekogranične e-transakcije su samo proširenje postojećih prekograničnih transakcija koje koriste informatičku tehnologiju; prema tome, na te transakcije se ne treba primenjivati drugačiji poreski režim. Tako, e-transakcije podležu uvoznim dažbinama i PDV-u ako su uvezene u Albaniju, sa isključenjem onih sektora koji su oslobođeni uvoznih dažbina skladno Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju ili drugim bilateralnim ugovorima za isključenje uvoznih dažbina.

Ali zbog njihove posebnosti, e-transakcije mogu da povuku određene poreske prepreke u pogledu mogućeg dvojnog oporezivanja ili dvojnog neoporezivanja.

Jedna druga nesigurnost koja može nastati u ovom polju je definicija trajnog preduzeća za oporeziv biznis u e-transakcijama. Zakon "o porezu na prihod" u članu 2/2/a daje definiciju trajnog preduzeća, i skladno toj definiciji, trajno preduzeće je mesto biznisa kroz koje se biznis provodi delimično ili u celosti. Ovo pitanje je složeno kada se radi o e-trgovini jer se mogu javiti nekoliko pitanja, kao na primer dali internet strana ili davatelj internet usluga predstavljaju trajno preduzeće za firmu kojoj obezbeđuju usluge? Ako da, onda se postavlja pitanje pod kojim okolnostima? Šta sa kompjuterskom opremom kao što su serveri; dali se oni smatraju trajnim preduzećima? I pored toga što gore navedena pitanja imaju rešenje na međunarodnom nivou, ona trenutno nisu regulisana u našem zakonodavstvu. Ne postoji konkretan propis o porezima koji se primenjuju na elektronske komercijalne transakcije u pogledu gore navedenih pitanja.

Još jedno pitanje koje nije jasno regulisano u našem zakonodavstvu je definicija "mesta efektivnog upravljanja". Prema našem zakonu⁷ pravna osoba se smatra rezidentom ako:

- a) Ima svoje sedište (glavnu kancelariju) u Republici Albaniji;
- b) Ima svoje mesto efektivnog upravljanja u Republici Albaniji.

Određivanje 'mesta efektivnog upravljanja' je od suštinskog značaja u određivanju rezidentnosti poreskog obveznika i potom u odlučivanju koja je država gde je poreski obveznik odgovoran.

U elektronskim trgovačkim transakcijama pitanja koja nastaju su osetljivija jer se aktivnost vodi na virtuelnom tržištu. Prema tome, treba se odrediti status internet strane; da li je to mesto efektivnog upravljanja ili nije?

⁷ Zakon br. 8483, od 28.12.1998. godine "o porezu na prihod", sa izmenama i dopunama.

14. Ostale prepreke koje se odnose na prekogranične e-transakcije (uvozne dažbine, carine i sl.)

Prekogranične e-transakcije podležu na sve uvozne dažbine, carine i akcizu (ako je primenjivo) koje se primenjuju na prekogranične transakcije. Kao što je gore rečeno, ove uvozne dažbine se mogu isključiti multilateralnim i bilateralnim ugovorima ili Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju. Postoje određena mišljenja na međunarodnom nivou da prelazak na e-trgovinu generiše potencijalne gubitke prihoda, ali do sada nema posebnih propisa i studija objavljenih po tom pitanju.

15. Elektronski ugovori i zaštita ličnih podataka

Elektronske transakcije su osetljivije u pogledu ličnih podataka, jer primač robe ili usluge treba otkriti određene informacije pre zaključenja transakcije, a osobito finansijske informacije. Zbog te ranjivosti primača, informacije koje on daje podležu zaštiti skladno različitim zakonodavstvima. Od 10.03.2008. godine, zaštita ličnih podataka se reguliše Zakonom br. 9887 "o zaštiti ličnih podataka" koji je usaglašen sa Direktivno 95/46/EZ. Zbog specifičnosti elektronskih komunikacija, zaštita ličnih podataka isto tako se reguliše i drugim zakonima. Poverljivost i zaštita podataka se regulišu članovima 121-131 Zakona o elektronskim komunikacijama u Republici Albaniji. Skladno članu 121 Zakona br. 9918, od 19.05.2008. godine "o elektronskim komunikacijama u Republici Albaniji" lični podatci i privatnost dobijaju posebnu zaštitu zbog osetljivosti elektronskih komunikacija i otkrivanja ličnih podataka. Skladno tom zakonu, davatelji usluga su obavezni da preduzmu potrebne mere u sistemima za elektronske komunikacije i obradu podataka da zaštite poverljivost elektronskih komunikacija i ličnih podataka, kao i da spreče neovlašćeni pristup sistemima za elektronske komunikacije i obradu podataka.

Obaveza šticejenja ličnih podataka i poverljivost dokumenata ne pada samo na davatelja usluge (provajdera) već i na njegove ovlašćene osobe i zaposlene u razdoblju kada vrše tu aktivnosti i posle. Davatelj usluga može imati pristupa samo onim podacima koji su neophodni u obezbeđivanju usluga elektronskih komunikacija.

Stav 4 gorenavedenog člana stavlja zabranu na sticanje, snimanje, objavljivanje i korištenje podataka i poruka prenetih elektronskim komunikacijskim mrežama koje nisu javne, i njihovo davanje neovlašćenim osobama, osim ako nije drugačije regulisano važećim zakonodavstvom.

Kako bi se garantovala zaštita podataka i poverljivost davatelji usluge i javni servisi za elektronske usluge su obavezni da, individualno ako je potrebno, u međusobnoj, imeplementiraju tehničke i organizacijske mere za postizanje bezbednosti mreža i / ili usluga koje oni nude.⁸ Dalje, mreže davatelja usluga i javni servisi elektronskih komunikacija su obavezni da obaveste njihove korisnike o kojem bilo konkretnom riziku, kako se rizik može umanjiti od korisnika i potencijalni trošak koji bi snosio korisnik.

Skladno zakonu, poverljivost elektronskih komunikacija sadrži:

- a) Sadržinu informacija;
- b) Podatke o prometu i lokaciju u pogledu na komunikacije;
- c) Podatke o neuspešnim pokušajima za postizanje povezanosti.⁹

Za osiguranje bezbednih kanala komunikacije zakon zabranjuje "...sve forme nadzora, preretanja, prekida, snimanja, čuvanja, prenosa i prekršaja komunikacija, i podatke navedene u stavu 1 ovog člana, osim ako nije neophodno za prenos poruka, faksova, elektronske pošte, telefonske

⁸ Član 122/1, Zakon br. 9918, od 19.05.2008. godine "o elektronskim komunikacijama u Republici Albaniji"

⁹ Član 123/1, isto.

sekretarice, govorne pošte, kratkih poruka ili u slučajevima regulisanih zakonom¹⁰. U slučaju da davatelj mreža i javni elektronski komunikacijski servisi trebaju dobiti informacije o sadržini komunikacija, kopirati ili zadržati podatke u komunikacijskom prometu, oni su obavezni da obaveste pretplatnika u vreme potpisivanja ugovora ili na početku isporuke komunikacijskih usluga. Presretanje elektronskih komunikacija je dozvoljeno samo u saglasnosti sa zakonskim uslovima.

Isto tako, prema Zakonu o elektronskom potpisu, primač koji koristi elektronski potpis treba dati davatelju usluge za certifikaciju različite podatke, ali ih on sme koristiti samo ako je to neophodno za izdavanje certifikata. Lični podaci se daju davatelju usluge za certifikaciju sa strane vlasnika potpisničkog koda ili treće osobe ovlaštene od korisnika.¹¹

Davatelj usluge za certifikaciju je obavezan za čuvanje tih podataka i ne sme ih otkrivati neovlašćenim osobama. Davatelj usluge za certifikaciju je obavezan da otkrije te podatke samo u određenim slučajevima regulisanih zakonom, na zahtev agencije. Davatelj usluge za certifikaciju je obavezan dostaviti Agenciji podatke o identitetu vlasnika koda potpisa samo u sledećim slučajevima:

- a) Kada je neophodno za gonjenje krivičnih dela ili prekršaja zakona i kada taj zahtev dođe od nadležnih organa zakonom angažiranih na njihovu istragu;
- b) Izbegavanje opasnosti koja pretil nacionalnoj bezbednosti ili javnom poretku;
- c) Za vršenje zakonom date dužnosti poreskim organima, carini ili drugim organima u istragama oko kršenja zakona;
- d) Kada tako odluči sud.

Kada zatraži informacije, agencija obavesti vlasnika potpisničkog koda, ako se time ne ograničava provođenje pravnih dužnosti ili interesa za informisanje vlasnika potpisničkog koda.

Ova zaštita se garantuje osnivanjem nadležnih organa koji između drugog imaju za cilj zaštitu ličnih podataka koji su otkriveni korišćenjem elektronskih komunikacija. Nacionalna Agencija za informatičko društvo ima sledeće glavne ciljeve:

- a) Zaštitu ličnih podataka i intelektualne svojine, bazu podataka i privatnost podataka;
- b) Zaštitu elektronskih biznisa od kompjuterskog kriminala (elektronsku trgovinu, elektronski dokument, elektronski potpis i elektronska plaćanja)
- c) Zakonodavstvo o elektronskim komunikacijama i relevantni regulatorni okvir.¹²

Dalje, Krivični zakonik¹³ pojačava tu zaštitu tako što predviđa da su određene akcije, kao ilegalno presretanje kompjuterskih podataka, intervencije u kompjuterskim podacima i intervencija u kompjuterskim sistemima krivična dela.

16. Trenutna situacija u praksi sa davaocima usluga za certifikaciju kao izdavačima (kvalificiranih) certifikata o elektronskim potpisima

U pogledu ovog pitanja određen je relevantni pravni okvir. Zakon o elektronskom potpisu predviđa opremanje zainteresovanih osoba sa elektronskim potpisom sa strane davatelja usluge za certifikaciju pod nadzorom Nacionalne agencije za elektronsku certifikaciju. Isto tako, dve odluke Saveta Ministara su odobrene o Regulisanju elektronskog potpisa i o Nacionalnoj agenciji za elektronsku certifikaciju. Agencija za elektronsku certifikaciju je osnovana ali, u pogledu situacije u prak-

¹⁰ Član 123/2, isto.

¹¹ Za više detalja pogledajte član 47 Zakona br. 9880, od 25.02.2008. godine, "o elektronskom potpisu"

¹² Međuresorna Strategija o informatičkom društvu 2008-2013, strana 34.

¹³ Zakon br. 7895, od 27.01.1995. godine "Krivični zakonik Republike Albanije", izmenjen i dopunjen Zakonom br. 10023, od 27.11.2008. godine et al.

si, samo jedan davatelj usluge za certifikaciju je registrovan, t.j. "Posta Shqiptare Sh.A.". Agencija je usvojila nekoliko preporuka (koje su prethodno navedene) u pogledu davatelja usluge za certifikaciju ali i pored svih zakonskih mera nema drugih oficijalnih podataka o situaciji u praksi sa davateljima usluge za certifikaciju.

17. Rešavanje sporova u vezi sa e-ugovorima (nacionalna sudska praksa ustanovljena do sada)

Rešavanje sporova se reguliše u članu 24 Zakona o elektronskoj trgovini. Zakon predviđa alternativno rešavanje sporova kao sredstvo za rešavanje nastalih sporova i, samo ako procedura arbitraže nedostaje, onda treba strane da se obrate sudu. Deluje da zakon daje prioritet arbitražnom postupku i samo ako on ne postoji, spor će se rešiti pred mesnim sudom. Do sada, ne postoji sudska praksa o sporovima vezanim za e-ugovore koji su rešene ili pred sudom ili pred arbitražom. Ustvari, postoji veliki nedostatak sudske prakse povezan sa novouvedenim zakonima u komercijalnoj oblasti.

18. Statistički podaci povezani sa e-ugovorima (procenat stanovništva koje koristi internet, realizirani promet e-transkacijama)

U pogledu procenta stanovništva koje koristi internet, Zavod za statistiku ne daje bilo kakve oficijalne podatke, ali na osnovu publikacije u medijima sledi da je Albanija učinila velike korake u tom pogledu. Procenat stanovništva koje koristi internet u 2011. godini je 50% u poređenju sa 4,8% internet korisnika registrovanih pre 6 godina.¹⁴ Postoje određeni statistički podaci o upotrebi interneta sa strane biznisa, pod anketom koju je provela IDRA (Institut za oblast razvoja i istraživanja) čiji rezultati ukazuju da od 300 intervjuisanih biznisa, 84% imaju puni pristup internetu u njihovim kancelarijama, 68% ovih biznisa ima internet velike brzine, a 58% biznisa ima intranet veze.¹⁵ Ali još uvek se mora mnogo toga uraditi kako bi se postigli standardi razvijenih zemalja.

Na žalost ne postoje oficijalni podatci o prometu napravljenom e-transkacijama.

Pravni tekstovi

- Zakon br. 8483, od 28.12.1998. godine "o porezu na prihod", sa izmenama, dostupno na www.ligjet.org
- Zakon br. 7895, od 27.01.1995. godine "Krivični zakonik Republike Albanije", sa izmenama, dostupno na www.ligjet.org
- Zakon br. 9887, od 10.03.2008. godine "o zaštiti ličnih podataka", dostupno na www.ligjet.org
- Međuresorna Strategija o informatičkom društvu 2008-2013, dostupno na <http://www.ak-shi.gov.al/>
- Preporuke Nacionalne agencija za elektronske komunikacije, dostupno na <http://www.akce.gov.al/>

¹⁴ Intervju sa G. Genc Pollo, Ministar za inovacije, tehnologiju i informacije, dostupno na <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,15378136,00.html>

¹⁵ Međuresorna Strategija o informatičkom društvu 2008-2013, strana 17

ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA

Nacionalni izvještaj za Bosnu i Hercegovinu

1. Trenutni status u okviru nacionalnog zakonodavstva u odnosu na transpoziciju Direktive o elektronskoj trgovini 2000/31/EC, Direktive o Okviru Zajednice za elektronske potpise 1999/93/EC i Direktive 97/7/EC o prodaji na daljinu

Pravni izvori u Bosni i Hercegovini:

1.1. Državni nivo:

- Zakon o elektronskom potpisu (Službeni glasnik BiH, broj 91/06) – u velikoj mjeri preuzima postignuća i režim elektronskih potpisa, na način sličan onome iz dokumenta Zajednice. Prema Izvještaju Evropske komisije (Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2011., prilog uz saopštenje Komisije Evropskom parlamentu i Vijeću) od 12. 10. 2011., provedba Zakona o elektronskom potpisu (u periodu od oktobra 2010. do septembra 2011) bila je slaba.
- Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu (Službeni glasnik BiH, broj 88/07);
- Zakon o zaštiti potrošača Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH, broj 25/06);
- Odluka o osnovama upotrebe elektronskog potpisa i pružanja usluga ovjeravanja (Službeni glasnik BiH, broj 21/09) – nije **usklađena s relevantnim propisima EU, te su joj potrebne izmjene i dopune.**

1.2. Entitetski nivo:

1.2.1. Federacija Bosne i Hercegovine

Ne postoji legislativa u ovoj oblasti, primjenjuju se zakoni usvojeni na državnom nivou.

1.2.2. Republika Srpska

- Zakon o elektronskom potpisu RS (Službeni glasnik RS, broj 59/08)
- Zakon o elektronskom dokumentu RS (Službeni glasnik RS, broj 110/08)
- Zakon o elektronskom poslovanju RS (Službeni glasnik RS, broj 59/09) – usklađen je s postojećom regulativom ugovornog prava RS. Uređuje pružanje usluga informacijskog društva, odgovornost davatelja usluga informacijskog društva, te pravila u vezi sa sklapanjem ugovora u elektroničkom obliku, dok se ne primjenjuje na zaštitu podataka, područje oporezivanja, notarsku djelatnost, zastupanje stranaka i zaštitu njihovih interesa pred sudovima, te igre na sreću s novčanim ulozima. Sadrži odredbe koje su u skladu s Direktivom 2000/31/EC i u cijelosti implementira određena područja iz ove direktive (npr. ugovore u elektroničkom obliku i odgovornost davatelja posredničkih usluga informacijskog društva, sudsku zaštitu, izvansudsko rješavanje sporova, itd.), ali neka rješenja iz Direktive su izostala

(npr. odredbe kojima se regulira pružanje usluga informacijskog društva od strane davatelja usluga sa sjedištem u EU).

- Uredba o nosiocu poslova elektronske certifikacije u republičkim organima uprave (Službeni glasnik RS, broj 114/08, 73/09);
- Pravilnik o evidenciji davaoca usluga certificiranja elektronskog potpisa certificiranih organa (Službeni glasnik RS, broj 88/09);
- Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja registra certifikacionih organa za izdavanje kvalificiranih elektronskih certifikata (Službeni glasnik RS, broj 88/09);
- Pravilnik o mjerama zaštite elektronskog potpisa, i kvalificiranog elektronskog potpisa, najnižem iznosu obaveznog osiguranja i primjeni organizacionih i tehničkih mjera zaštite certifikata (Službeni glasnik RS, broj 88/09);
- Pravilnik o tehničkim pravilima za osiguranje povezanosti evidencija (Službeni glasnik RS, broj 88/09).

1.3. Brčko distrikt Bosne i Hercegovine

- Zakon o elektronskom potpisu Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik BD, broj 39/10, 61/10, 14/11) – Zakon je već stupio na snagu, ali će se primjenjivati od 1. januara 2012. godine
- Zakon o elektronskoj ispravi Brčko distrikta BiH (Službeni glasnik BD, broj 39/10, 61/10, 14/11) – Zakon je već stupio na snagu, ali će se primjenjivati od 1. januara 2012. godine

Generalno promatrano, ova oblast je regulisana prilično detaljno, a navedeni propisi su u velikoj mjeri usklađeni s direktivama EU koje uređuju ovu oblast. Međutim, postoje i određeni nedostaci u provedbi postojećeg zakonodavstva; nepostojanje potpune međusobne usklađenosti gorenavedenih propisa; restriktivnost i složenost pojedinih odredaba; neka pitanja su ostala neregulisana, itd.

2. Da li je napravljena referenca u odnosu na Model zakona o elektronskoj trgovini UNCITRAL-a iz 1996. god.?

Bosna i Hercegovina ne ulazi u skupinu država koje su donijele zakone neposredno utemeljene na Modelu zakona o elektronskoj trgovini. Zakoni u BiH kojima se uređuje i razvija sustav elektroničkog poslovanja utemeljeni su na relevantnim propisima EU, a time posredno i na Modelu zakona.

Izvor: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/08-55698_Ebook.pdf

3. Postoje li neki posebni nacionalni zakoni i implementirajuće (provedbene) uredbe o e-ugovorima koji su usvojeni u zemljama jugoistočne Evrope?

Postoje, kako slijedi:

3.1. Hrvatska

- Zakon o elektroničkom potpisu (Narodne novine, broj 10/02) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkom potpisu (Narodne novine, broj 80/08).

- Zakon o elektroničkoj trgovini (Narodne novine, broj 173/03) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkoj trgovini (Narodne novine, broj 67/08, 67/08, 36/09, 130/11)
- Zakon o elektroničkoj ispravi (Narodne novine, broj 150/05).
- Pravilnik o evidenciji davatelja usluga certificiranja u Republici Hrvatskoj (Narodne novine, broj 107/10)
- Pravilnik o izradi elektroničkog potpisa, uporabi sredstva za izradu elektroničkog potpisa, općim i posebnim uvjetima poslovanja za davatelje usluga izdavanja vremenskog žiga i certifikata (Narodne novine, broj 107/10)
- Popis normizacijskih dokumenata u području primjene zakona o elektroničkom potpisu i pravilnika o izradi elektroničkog potpisa, uporabi sredstva za izradu elektroničkog potpisa, općim i posebnim uvjetima poslovanja za davatelje usluga izdavanje vremenskog žiga i certifikata u poslovanju davatelja usluga certificiranja u Republici Hrvatskoj (Narodne novine, broj 107/10)
- Odluka o određivanju Hrvatske akreditacijske agencije kao nacionalnog tijela nadležnog za obavljanje funkcija akreditacijskog tijela (Narodne novine, broj 88/09)
- Uredba o djelokrugu, sadržaju i nositelju poslova certificiranja elektroničkih potpisa za tijela državne uprave (Narodne novine, broj 146/04)

3.2. Slovenija

- Zakon o elektronskom poslovanju in elektronskem podpisu (ZEPEP), (Uradni list RS, broj 57/00, 30/01, 25/04, 98/04)
- Zakon o elektronskem poslovanju na trgu (ZEPT), (Uradni list RS, broj 61/06)
- Uredba o pogojih za elektronsko poslovanje in elektronsko podpisovanje, (Uradni list RS, broj 77/00)
- Uredba o spremembah in dopolnitvah uredbe o pogojih za elektronsko poslovanje in elektronsko podpisovanje (Uradni list RS, broj 2/01)
- Pravilnik o prijavi overiteljev in vodenju registra overiteljev v Republiki Sloveniji (Uradni list RS, broj 99/01)
- Pravilnik o spremembah in dopolnitvah Pravilnika o prijavi overiteljev in vodenju registra overiteljev v Republiki Sloveniji (Uradni list RS, broj 42/07).

3.3. Srbija

- Zakon o elektronskom potpisu Republike Srbije (Službeni glasnik RS, broj 135/04)
- Zakon o elektronskom dokumentu Republike Srbije (Službeni glasnik RS, broj 51/09)
- Zakon o elektronskoj trgovini Republike Srbije (Službeni glasnik RS, broj 41/09)

4. Definicija e-ugovora u nacionalnom pravu

Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH (čl. 3.) definiše elektronsku poruku kao "niz podataka, koji su poslani ili primljeni na elektronski način, što uključuje prije svega elektronsku razmjenu podataka i elektronsku poštu", a podatke u elektronskoj formi kao podatke „koji su formirani, sačuvani, poslani, primljeni ili izmjenjivi na elektronski način“. Zakon ne sadrži definiciju e-ugovora.

Zakon o elektronskom poslovanju Republike Srpske (čl. 3.) sadrži definiciju e-ugovora: "Ugovori u elektronskom obliku su ugovori koje pravne i fizičke osobe u potpunosti ili djelimično sklapaju, šalju, primaju, raskidaju, otkazuju, pristupaju i prikazuju elektronskim putem koristeći elektronska, optička ili slična sredstva, uključujući, ali ne ograničavajući se na prenos Internetom."

5. Koliko je koraka potrebno da bi jedan izvršiv e-ugovor bio zaključen?

Prema Zakonu o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH (čl. 19.), potrebni su sljedeći koraci:

1. Davalac usluga je dužan korisnika, prije nego da izjavu volje za zaključenje ugovora (ponudu ili prihvata ponude), informirati o bitnim podacima vezanim za tehniku zaključivanja ugovora i jezicima na kojima se ugovor može zaključiti, te naznačiti dobrovoljne kodekse poslovanja koje primjenjuje, uz informacije o elektronskom pristupu ovim kodeksima.
2. Davalac usluga je dužan korisniku staviti na raspolaganje odgovarajuća tehnička sredstva, pomoću kojih može uočiti i ispraviti unesene greške, prije nego očituje volju za zaključenje ugovora.
3. Davalac usluga je obavezan elektronskim putem, bez odgađanja, potvrditi korisniku da je primio njegovu izjavu volje. Navedeni koraci se ne odnose na ugovore koji se zaključuju isključivo putem elektronske pošte ili njoj jednake individualne komunikacije.
4. Davalac usluga je dužan staviti korisniku na raspolaganje ugovorne odredbe i opće uvjete poslovanja, tako da ih on može sačuvati i reproducirati.

Ovakvi koraci za zaključenje e-ugovora su normirani i Zakonom o elektronskom poslovanju RS (čl. 11., 12. i 13.).

6. Trenutak u kojem se smatra da je e-ugovor zaključen

Prema čl. 22. Zakonu o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH, izjava volje za zaključenje e-ugovora smatra se primljenom kada je strana kojoj je upućena može primiti pod uobičajenim okolnostima.

Zakon o elektronskom poslovanju RS (čl. 13.) normira da se e-ugovor smatra zaključenim onog trenutka kad je ponudilac primio e-poruku koja sadrži izjavu ponuđenog da prihvata ponudu. Ponuda i prihvata se smatraju primljenim kada im osoba kojoj su upućene može pristupiti.

7. Pravna forma (formalnost) na osnovu koje se e-ugovor smatra važećim

U bosanskohercegovačkom pravu elektronska forma je izjednačena s tradicionalnom pisanom formom, kada je ova uvjet punovažnosti ugovora, čak i u situacijama kada se zahtijeva vlastoručni potpis.

Prema čl. 12. Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH, pravno djelovanje podataka u elektronskoj formi i njihova upotreba kao dokaznog sredstva ne može se isključiti zbog činjenice da su u elektronskoj formi.

Shodno čl. 4. st. 2. Zakona o elektronskom potpisu BiH, pravno djelovanje elektronskog potpisa i njegova upotreba kao dokaznog sredstva ne može se isključiti zbog činjenice da je elektronski potpis dostupan jedino u elektronskoj formi ili zbog toga što nije zasnovan na kvalificiranoj potvrdi, ili kvalificiranoj potvrdi akreditiranog ovjerioca, ili zbog toga što nije formiran upotrebom tehničkih sredstava i postupaka.

Čl. 7. st. 3. Zakona o elektronskom poslovanju RS i čl. 6. st. 1. Zakona o elektronskom potpisu RS utvrđena je ravnopravnost pismene forme i elektronskog oblika poslovanja. Izuzeci od navedenih odredaba naznačeni su u odgovoru br. 10.

8. Da li se ugovorima koji se zaključuju elektronskim putem ("on line") daje jednak pravni status kao ugovorima "na papiru" ("off-line")?

Da. Ovi ugovori su punovažni jednako kao i ugovori *off-line*, u skladu s načelom konsekvencijalizma sadržanim u važećim entitetskim verzijama Zakona o obligacionim odnosima.

9. Da li postoje neki različiti specifični aspekti e-ugovora u odnosu na nacionalno ugovorno pravo kada se radi o sastavljanju ugovora (ponuda, prihvatanje, potvrđivanje, da li e-marketing (e-oglašavanje) predstavlja ponudu roba ili poziv na povlašten tretman, e-ugovori ili opći uslovi, i sl.)?

Pretpostavke valjanosti e-ugovora ne razlikuju se bitno od pretpostavki za valjano sklapanje ugovora na klasičan način.

10. Ugovori i transakcije koji su isključeni iz primjene zakonodavstva o e-ugovaranju

Izuzeti su od mogućnosti zaključivanja u e-formi svi pravni poslovi koji se zaključuju u formi notarski obrađene isprave, pravni poslovi vezani za zastupanje stranaka pred sudovima, te nagradne igre i igre na sreću, za koje se plaća ulog s novčanom vrijednošću, uključujući lutrije i kladenje (čl. 2. Zakona o elektronskom i poslovnom prometu BiH).

Prema čl. 5. Zakona o elektronskom potpisu BiH, siguran elektronski potpis nema pravno djelovanje pisane forme kod pravnih poslova iz oblasti porodičnog i nasljednog prava koji zahtijevaju pisanu formu ili ispunjavanje strožijih zahtjeva forme; drugih izjava volje ili pravnih poslova za čije se važenje zahtijeva službena ovjera, sudska ili notarska provjera autentičnosti ili notarska isprava; izjava volje, pravnih poslova ili podnesaka koji zahtijevaju službenu ovjeru, sudsku ili notarsku provjeru autentičnosti ili notarsku ispravu, radi unosa u zemljišne knjige, ili drugi službeni registar, te izjava garancija koje su izdale osobe iz oblasti svog zanatskog, poslovnog ili stručnog svojstva.

Čl. 7. Zakona o elektronskom poslovanju RS normira da se u e-formi ne mogu zaključiti ugovori iz oblasti porodičnog prava i nasljednog prava, ugovori o poklonu, ugovori o opterećenju i otuđenju imovine za koje je potrebno odobrenje nadležnih organa koji se bave socijalnom zaštitom, ugovori o prenosu prava vlasništva na nekretninama ili drugi pravni poslovi kojima se uređuju stvarna prava na nekretninama, osim ugovora o zakupu nekretnina, drugi ugovori za koje je posebnim zakonom propisano da se sastavljaju u obliku notarskog akta, odnosno isprave i ugovori i iskazivanje volje jemaca, ako je jemac osoba koja djeluje izvan svoje trgovačke, poslovne ili profesionalne djelatnosti.

Odredbu sličnog sadržaja sadrži i Zakon o elektronskom potpisu RS (čl. 6.).

11. Jednakost elektronske dokumentacije u ugovornim predmetima (npr. pojam trajnog medijuma, elektronski zapisi, itd.)

Prema čl. 12. Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH, pravno djelovanje podataka u elektronskoj formi i njihova upotreba kao dokaznog sredstva ne može se isključiti zbog činjenice da su u elektronskoj formi.

Prema čl. 2.g Zakona o elektronskom potpisu Republike Srpske, elektronski zapis je cjelovit skup podataka koji su elektronski generisani, poslani, primljeni ili sačuvani na elektronskom, magnetnom, optičkom ili drugom mediju. Sadržaj elektronskog zapisa uključuje sve oblike pisanog i drugog teksta, podatke, slike i crteže, karte, zvuk, muziku, govor i računarske baze podataka. Čl. 6(1) istog zakona normira da se ne može odbiti prihvatanje dokumenta samo zbog toga što je sačinjen i izdan u elektronskom obliku s elektronskim potpisom ili kvalifikovanim elektronskim potpisom.

Prema čl. 3.a) Zakona o elektronskom dokumentu RS, elektronski dokument je jednoobrazno povezan cjelovit skup podataka koji su elektronski oblikovani (izrađeni pomoću računara i drugih elektronskih uređaja), poslani, primljeni ili sačuvani na elektronskom, magnetnom, optičkom ili drugom mediju, i koji sadrži osobine kojima se utvrđuje autor, utvrđuje vjerodostojnost sadržaja, te dokazuje vrijeme kada je dokument sačinjen. Sadržaj elektronskog dokumenta uključuje sve oblike pisanog teksta, podatke, slike, crteže, karte, ton, muziku i govor. Zakon propisuje da elektronski dokument ima pravnu valjanost kao i dokument na papiru ako je izrađen, poslan, primljen, čuvan i arhiviran primjenom raspoložive informacione tehnologije (čl. 7.).

12. E-ugovori u kontekstu B2B, B2C i B2G

U Bosni i Hercegovini trenutno ne postoji PKI infrastruktura za pravne i fizičke osobe na nivou države. Međutim, postoji niz nezavisnih PKI infrastruktura, prije svega elektronsko bankarstvo i djelomično u sektoru elektronske vlade koji djeluju u zatvorenim sistemima, čime je trenutno obuhvaćeno, ili će biti obuhvaćeno preko 10.000 firmi i skoro 10.000 državnih službenika.

Izvor: Analiza učinka propisa na pravni i institucionalni okvir za elektronski potpis, Ministarstvo komunikacija i prometa BiH u saradnji sa Međunarodnom finansijskom korporacijom, 31. 8. 2011. godine.

Moguće negativne posljedice su najuočljivije u poslovnom sektoru i B2B i G2B transakcijama, gdje nedovoljno sigurno i efikasno regulatorno okruženje sprječava poslovanja u povećavanju konkurentnosti putem smanjivanja troškova i vremena potrebnih za poslovne transakcije i poslovanje sa vladom. Također će spriječiti poduzeća da učestvuju u stranim tenderima i ugovorima koji će zahtijevati elektronske ugovore ili elektronske fakture.

Izvor: Analiza učinka propisa na pravni i institucionalni okvir za elektronski potpis, Ministarstvo komunikacija i prometa BiH u saradnji sa Međunarodnom finansijskom korporacijom, 31. 8. 2011. godine.

13. Poreski aspekti i moguće poreske prepreke koje se odnose na prekogranične e-transakcije

Složeno poresko okruženje je moguća poreska prepreka koja se odnosi na prekogranične e-transakcije. Također, u oblasti carina i poreza postojeći informatički sistemi nisu u potpunosti u skladu sa zahtjevima EU.

Izvor: Izvještaj Evropske komisije (Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2011., prilog uz saopštenje Komisije Evropskom parlamentu i Vijeću) od 12. 10. 2011.

14. Ostale prepreke koje se odnose na prekogranične e-transakcije (uvozne dažbine, carinske i sl.)

Carinski zakon nije usklađen s Carinskim kodeksom EU, a pravni propisi o slobodnim zonama i pravima intelektualnog vlasništva s *acquisem*. Potrebno je daljnje usklađivanje s *acquisem* u oblasti PDV-a i propisima EU o akcizama. U oblasti oporezivanja preduzeća, neke mjere nisu u skladu s Kodeksom ponašanja EU (npr. propisi o slobodnim zonama).

Izvor: Izvještaj Evropske komisije (Izvještaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2011., prilog uz saopštenje Komisije Evropskom parlamentu i Vijeću) od 12. 10. 2011.

15. E-ugovori i zaštita ličnih podataka

Normirana je zaštita ličnih podataka u vezi sa zaključenjem e-ugovora.

Prema čl. 18. Zakona o elektronskom potpisu BiH, ovjerilac može koristiti samo one lične podatke koji su potrebni da bi se usluga pružila. Ovi podaci mogu se pribaviti samo neposredno od osobe o kojoj se radi ili uz njenu saglasnost, od treće strane. Ako je korišten pseudonim, ovjerilac će dostaviti podatke o potpisnikovom identitetu ako za utvrđivanje identiteta postoji preovlađujući pravni interes u smislu odredbi propisa kojima se uređuje zaštita podataka. Ovjerilac je dužan dokumentirati dostavljanje.

Zakon o zaštiti potrošača BiH (čl. 46.), u vezi s ugovorima na daljinu, normira obavezu trgovca da podatke o potrošaču ne smije saopćiti trećoj strani, niti strani koja kao pravna ili fizička osoba djeluje unutar iste grupe preduzeća (koncern) kojoj pripada trgovac, osim ako to potrošač odobri trgovcu u pisanoj formi.

16. Trenutna situacija u praksi s certifikacijom – pružaoci usluga kao izdavači (kvalificiranih) certifikata o elektronskim potpisima

Zakon o elektronskom potpisu BiH (čl. 3. j.) propisuje da je ovjerilac fizička ili pravna osoba koja izdaje potvrde ili vremenski pečat ili obavlja druge usluge u vezi s elektronskim potpisom i ovjeravanjem.

Čl. 20. ovog zakona normira da je nadzorni organ Ured za nadzor i akreditaciju ovjerilaca pri ministarstvu nadležnom za informaciono društvo. Ovaj ured vodi elektronski registar ovjerilaca sa sjedištem u Bosni i Hercegovini, akreditiranih ovjerilaca i ovjerilaca sa sjedištem u trećim državama, za čije potvrde garantira ovjerilac sa sjedištem u Bosni i Hercegovini. Također, Ured vodi registar potvrda ovjerilaca koji sadrži kvalificirane potvrde ovjerilaca za pružanje usluga u vezi s elektronskim potpisom i ovjeravanjem. Ovakve potvrde može izdavati i nadzorni organ. Ovi registri moraju biti, generalno, stalno dostupni upotrebom sredstava informacionih i komunikacionih tehnologija. Nadzorni organ stavlja svoj sigurni elektronski potpis na registre koje vodi. Potvrda nadzornog organa objavljuje se u Službenom glasniku BiH.

Zakon o elektronskom potpisu RS (čl. 2. k.) definiira certifikaciono tijelo kao pravnu ili fizičku osobu koja izdaje elektronske certifikate ili daje druge usluge koje su u vezi s elektronskim potpisima. Prema ovom zakonu, certifikaciono tijelo za izdavanje kvalifikovanih elektronskih certifikata obavlja usluge na osnovu dozvole koju izdaje Ministarstvo nauke i tehnologije, na zahtjev davaoca usluge. Prema čl. 3. Uredbe o nosiocu poslova elektronske certifikacije u republičkim organima uprave (Službeni glasnik RS, broj 114/08, 73/09) Agencija za informaciono društvo Republike Srpske je nosilac poslova elektronske certifikacije za organe državne uprave i preuzima poslove za koje je na osnovu Zakona o elektronskom potpisu RS utvrđeno da ih izvršava nosilac poslova certifikacija.

Procjenjuje se da u Bosni i Hercegovini trenutno postoji oko 12.000 izdatih običnih certifikata (10.000 za poduzeća i 2.000 za državne službenike) i oko 100 kvalificiranih certifikata.

Jedan od najvećih problema koji trenutno postoji u praksi je to što još uvijek nije formiran ured za akreditaciju i nadzor CA u okviru Ministarstva prometa i komunikacija BiH, odnosno na državnom nivou, normiran čl. 20. Zakona o elektronskom potpisu BiH.

Izvor: Analiza učinka propisa na pravni i institucionalni okvir za elektronski potpis, Ministarstvo komunikacija i prometa BiH u saradnji sa Međunarodnom finansijskom korporacijom, 31. 8. 2011. godine.

17. Rješavanje sporova u vezi s e-ugovorima (nacionalna sudska praksa ustanovljena do sada)

U ovom trenutku nema dostupnih podataka iz sudske prakse o sporovima u vezi sa e-ugovorima.

18. Raspoloživi statistički podaci koji se odnose na e-ugovore (procenat stanovništva koji se koristi internetom, promet ostvaren putem e-transakcija)

Prema podacima Regulatorne agencije za komunikacije (RAK) BiH, u 2010. godini u Bosni i Hercegovini je bilo ukupno 522.364 internet pretplatnika. Agencija procjenjuje da je u istom periodu bilo 2.000.000 korisnika interneta, odnosno da stopa korištenosti interneta u Bosni i Hercegovini za 2010. godinu iznosi 52%. Kada je u pitanju pristup internetu, statistika pokazuje da je u 2010. godini dominantna vrsta internet pristupa bio xDSL, čiji broj pretplatnika čini 42,8% od ukupnog broja internet pretplatnika u BiH. Na drugom mjestu nalaze se pretplatnici dail-up pristupa, čiji broj pretplatnika čini 25,2% od ukupnog broja internet pretplatnika.

Izvor: Godišnja anketa korisnika RAK dozvola za pružanje internet usluga u Bosni i Hercegovini za 2010. godinu

Prema istraživanju Agencije za informaciono društvo Republike Srpske iz 2010. godine u RS 63.16% domaćinstava posjeduje računalo; 48.34% ispitanika ima internet priključak (od čega 58.20% ADSL, bežični 12.70%, kablovski 18.03%, dial-up – 6.97%); 49.51% ispitanika svakodnevno koristi računalo u kući, dok 80% ispitanika svakodnevno koristi računalo na poslu; 24.95% ispitanika koristi računalo za poslovne potrebe, a 1.56 % za internet bankarstvo, 39.96% za slanje i primanje mailova.

M-r. sc. Ana Keglević¹

Ivana Kanceljak, dipl. iur.²

ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA

Nacionalni izvještaj za Hrvatsku

Odgovore 1–11. pripremila: Mr. sc. Ana Keglević

1. Trenutni status u okviru nacionalnog zakonodavstva u odnosu na transpoziciju Direktive o elektronskoj trgovini 2000/31/EC, Direktive o pravnom okviru Zajednice za elektronske potpise 1999/93/EC i Direktive 97/7/EC o prodaji na daljinu.

Sklopanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju s Europskom zajednicom i državama članicama od 20. 10. 2001. g. (NN MU 14/01) Republika Hrvatska obvezala se, između ostalog, uskladiti svoje zakonodavstvo s pravnom stečevinom tadašnje Europske zajednice, danas Europske unije. Ova obveza svakako uključuje i usklađivanje hrvatskog zakonodavstva s europskim područja prava elektroničke trgovine. Direktiva o određenim aspektima elektroničke trgovine na unutarnjem tržištu 2000/31/EC (Direktiva o elektroničkoj trgovini) implementirana je u hrvatsko pravo kroz Zakon o elektroničkoj trgovini (NN 173/03, 67/08, 36/09 i 130/11, dalje: ZET). Direktiva o pravnom okviru Zajednice za elektroničke potpise 1999/93/EZ (Direktiva o elektroničkom potpisu) implementirana je u hrvatsko pravo kroz Zakon o elektroničkom potpisu (NN 10/02, 80/08, dalje: ZEP). Glede implementacijske tehnike, očito je da se Republika Hrvatska opredijelila za tehniku implementacije svake od ovih direktiva u poseban propis, pri tome zadržavajući usklađenost s popisom općeg ugovornog prava, koristeći metodu minimalnog usklađivanja (harmonizacije). Osim toga u Republici Hrvatskoj usvojen je 2005. godine Zakon o elektroničkoj ispravi (NN 150/05, dalje: ZEI) koji nema svoje pravno uporište u europskoj pravnoj stečevini ali nadopunjuje paket propisa s područja elektroničke trgovine pa je značajno da ga ovdje navedemo.

Konačno Direktiva 97/7/EZ o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih na daljinu (Direktiva o ugovorima na daljinu) implementirana je u hrvatsko pravo zajedno s ostalim smjernicama s područja zaštite potrošača kroz Zakon o zaštiti potrošača (NN 79/07, 125/07, 79/09, 89/09, dalje: ZZP, čl. 36–55.), zamijenivši stari Zakon o zaštiti potrošača iz 2003. godine (NN 96/03). On predstavlja krovni propis za zaštitu potrošača u Republici Hrvatskoj.

Glede hijerarhije primjene propisa mogli bismo reći sljedeće. Svi navedeni zakoni predstavljaju poseban propis (*lex specialis*) za elektroničku trgovinu i sklapanje ugovora na daljinu i predstavljaju primarni izvor pravnog uređenja elektroničkog sklapanja ugovora. Na sva ostala pitanja koja nisu uređena predmetnim posebnim propisima podredno se primjenjuje Zakon o obveznim odnosima (NN 35/05, 41/08, dalje: ZOO) kao opći propis (*lex generalis*).

2. Da li je napravljena referenca u odnosu na Model zakona o elektronskoj trgovini UNCITRAL-a iz 1999. godine ?

U donošenju propisa iz prethodne točke zakonodavac nije napravio izravnu referencu na UNCITRAL Model zakon o elektroničkoj trgovini iz 1999. godine. Navedeno je logično. Naime svi na-

¹ Mr. sc. Ana Keglević LL. M. (London), asistentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Katedra za građansko pravo.

² Ivana Kanceljak, dipl. iur., asistentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Katedra za građansko pravo.

vedeni propisi nisu krojeni prema nekom model zakonu (pa tako niti prema UNCITRAL-ovom) nego je njihov sadržaj posljedica implementacije odnosno EU direktive/a u domaći pravni sustav s ciljem prilagodbe hrvatskog pravnog sustava europskom i s ciljem ispunjenja preuzetih obveza iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. To jasno proizlazi iz svih obrazloženja prijedloga zakona koji su dostupni na internet stranici Sabora RH: www.sabor.hr – pristup informacijama, katalog informacija, pa e-doc baza podataka.

Ipak, sadržajno-komparativna analiza odredaba pokazuje da pojedina rješenja predmetnih propisa u velikoj mjeri sadržajno prate i pokazuju sličnosti s UNCITRAL Model zakonom o elektroničkoj trgovini iz 1999. godine.

3. Postoje li neki posebni nacionalni zakoni i implementirajuće (provedbene) uredbe o ugovorima koji su usvojeni u Republici Hrvatskoj?

Kao najznačajnije podzakonski propisi za provedbu **Zakona o elektroničkom potpisu** su:

- Uredba o djelokrugu, sadržaju i nositelju poslova certificiranja elektroničkih potpisa za tijela državne uprave, NN 146/04
- Pravilnik o evidenciji davatelja usluga certificiranja elektroničkih potpisa NN 54/02, 112/07
- Pravilnik o registru davatelja usluga certificiranja elektroničkih potpisa koji izdaju kvalificirane certifikate NN 54/02, 112/07
- Pravilnik o mjerama i postupcima uporabe i zaštite elektroničkog potpisa i naprednog elektroničkog potpisa, sredstava za izradu elektroničkog potpisa, naprednog elektroničkog potpisa i sustava certificiranja i obveznog osiguranja davatelja usluga izdavanja kvalificiranih certifikata, NN 54/02
- Pravilnik o tehničkim pravilima i uvjetima povezivanja sustava certificiranja elektroničkih potpisa, NN 89/02

Bez njihova postojanja funkcioniranje elektroničkog potpisa ne bi uopće bilo moguće.

4. Definicija e-ugovora u nacionalnom pravu.

Definicija e-ugovora u hrvatskom pravu postoji i ona je propisana Zakonom o elektroničkoj trgovini. Ugovori u elektroničkom obliku definirani su kao ugovori što ih pravne i fizičke osobe u cijelosti ili djelomično sklapaju, šalju, primaju, raskidaju, otkazuju, pristupaju i prikazuju elektroničkim putem koristeći elektronička, optička ili slična sredstva, uključujući, ali ne ograničavajući se na prijenos internetom (čl. 2. st. 1. t. 6. ZET).

5. Koliko je koraka potrebno da bi jedan izvršiv e-ugovor bio zaključen?

Na ovo pitanje ne postoji jedan jedinstven odgovor niti je zakonom izričito propisano koliko koraka je potrebno da bi neki e-ugovor bio valjano sklopljen. To ovisi o samom načinu i vrsti sklapanja ugovora tj. ovisi o tome radi li se o neposrednom ili posrednom pregovaranju između ugovornih strana ili radi li se o individualnom pregovaranju ili o općoj ponudi/pozivu na davanje ponude ili se radi o sklapanju ugovora na samoj web stranici i sl. Prema općim pravilima obveznog prava ugovor počinje proizvoditi svoj pravni učinak i obavezuje ugovorne strane od trenutka sklapanja ugovora. Kada se ugovor sklapa u elektroničkom obliku, onda se i ponuda i prihvatanje ponude mogu dati u elektroničkom obliku (čl. 9. st. 1–2. ZET). Zato i odgovor na pitanje koliko je koraka potrebno da bi neki ugovor bio sklopljen ovisi o broju koraka koje je potrebno poduzeti da bi došlo do sklapanja ugovora. U tome nam može pomoći odgovor na sljedeće pitanje.

6. Trenutak u kojem se smatra da je e-ugovor zaključen?

Ugovor o elektroničkom obliku je sklopljen onoga trenutka kad ponuditelj **primi** elektroničku poruku koja sadrži izjavu ponuđenog da prihvaća ponudu (čl. 15. ZET). Ponuda i prihvata, te druga očitovanja volje poduzeta elektroničkim putem, primljena su kada im osoba kojoj su upućena može **pristupiti**. Radi se o kogentnim odredbama zakona čiju primjenu strankama nije dopušteno isključiti ali samo kod potrošačkih ugovora. Iz toga proizlazi da bi ta mogućnost bila dopuštena ako se radi o sklapanju ugovora između ostalih osoba koje nisu trgovci. Radi se o odredbi koje je unesena u zakon tek 2003. godine jer se pokazalo da dotadašnje rješenje upućivanja na opću odredbu iz ZOO-a o sklapanju ugovora nije bilo odgovarajuće, te je bilo nužno jasno i izričito propisom odrediti trenutak sklapanja ugovora elektroničkim putem.

Ugovor je sklopljen – perfektan onoga trenutka kada ponuditelj primi poruku (očitovanje volje) ponuđenika kojom on prihvaća ponudu. Ovim je ZET preuzeo koncepciju sklapanja ugovora kako je ona uređena općim pravilima iz ZOO prema kojem je ugovor sklopljen u trenutku suglasnosti volja ugovornih strana o bitnim sastojcima ugovora (čl. 247. ZOO), odnosno preciznije u trenutku kada ponuditelj primi izjavu ponuđenika da prihvaća ponudu (čl. 252. st. 1. ZOO).

Međutim zbog karakteristika i različitih oblika elektroničke komunikacije ovaj trenutak nije uvijek identičan već on odražava karakteristike različitih mogućnosti elektronskog očitovanja volje. Ponuda i prihvata ponude te druga očitovanja volje poduzeta elektroničkim putem smatraju se poduzetim u trenutku kada osoba kojoj su upućeni može **pristupiti**. U kojem trenutku pojedina osoba može pristupiti na ovaj način učinjenim očitovanje volje ovisi o samoj vrsti i sredstvu elektroničke komunikacije. Ako se ugovor sklapa **individualnim neposrednim načinom komuniciranja** (chatom, e-konferencijom, telefonom, skypeom i sl.) onda se smatra da se ugovor sklapa među nazočnima i da se na ponudu odmah može neposredno očitovati prihvat ponude (neposredno očitovanje volje). Ovdje se primjenjuju opća pravila iz ZOO o nastanku ugovora među nazočnima prema kojem je ugovor među nazočnima sklopljen odmah čim su se ugovorne strane pozitivno sporazumjele o bitnim sastojcima ugovora, osim ako se stranke nisu što drugo dogovorile ili odredile dodatan rok za prihvat ponude. U tom slučaju, ako je prihvat učinjen u roku, ugovor nastaje u trenutku prihvata ponude (čl. 263. ZOO). U ostalim slučajevima smatra se da se ugovor sklapa među odsutnima, pa je potrebno precizno odrediti trenutak prihvata ponude. Ako se ugovor sklapa putem **elektroničke pošte** odnosno **e-mailom** onda se ugovor smatra sklopljenim kada je pozitivno očitovanje volje ponuđenog (prihvata ponude) stiglo na poslužitelj ponuditelja ISP-a (*server*), jer od tog trenutka ponuditelj može prihvatiti ponude ponuđenika **pristupiti**, preuzeti ga (*download*) i pohraniti/spremiti u svoje računalo ili mobilni uređaj i nakon toga ga može reproducirati. Konačno, ako se radi o sklapanju formularnog ugovora u elektroničkom obliku elektroničkim očitovanjem volje putem interneta **na Web stranici** onda govorimo u užem smislu o sklapanju *Click-wrap* i *Browse-wrap* ugovora. U pravilu ugovor se smatra sklopljenim klikom miša na samoj internetskoj stranici (uz određene izuzetke) kojim se prihvaća ili inicira sklapanje ugovora. Nakon toga je pružatelj usluge informacijskog društva dužan bez odgode elektroničkim putem, posebnom elektroničkom porukom potvrditi primitak elektroničke poruke koja sadrži ponudu ili prihvat ponude za sklapanje ugovora (čl. 14. st. 1. ZET). Radi se o kogentnim odredbama čiju primjenu nije dopušteno isključiti kod potrošačkih ugovora. Kako ovdje sugovorne strane individualno ne pregovaraju cilj ove odredbe očito je ostvarenje višeg stupnja sigurnosti u sklapanje ugovora u elektroničkom pravnom prometu.

7. Pravna forma (formalnost) na osnovu koje se e-ugovor smatra važećim?

Zakon o obveznim odnosima prihvatio je koncepciju prema kojoj ugovori općenito mogu biti sklopljeni usmenim očitovanjem volje ugovornih strana te pisana forma nije pretpostavka njihove

ve valjanosti (neformalni ugovori), zatim koji mogu biti sklopljeni u klasičnoj pisanoj formi pri čemu je pisana forma pretpostavka njihove valjanosti a nositelj podataka je papir ili drugi sličan medij (formalni ugovori) i konačno ugovori mogu biti sklopljeni u elektroničkom obliku. U RH općenito u pogledu forme ugovora vrijedi načelo neformalnosti kao pravilo, osim ako nije drugačije zakonom propisano ili ugovoreno, što čini načelo formalnosti iznimkom (čl. 286. st 1. i čl. 289. st.1. ZOO). Odredba o elektroničkoj formi ugovora uvedena je u hrvatski pravni sustav odredbom čl. 293. Zakona o obveznim odnosima iz 2005. godine, a nalazi svoju dodatnu potvrdu i u Zakonu o elektroničkoj trgovini. Odnosni zakon propisuje da je sklapanje ugovora moguće elektroničkim putem, odnosno u elektroničkom obliku (čl. 9. st. 1. ZET). Radi se o skupnom nazivu za sve slučajeve sklapanja ugovora elektroničkim putem, a ne nazivu za neki poseban oblik ugovora.

Kada se elektronička poruka, odnosno elektronički oblik koristi kao oblik u sklapanju ugovora, takvu ugovoru neće se osporiti pravna valjanost samo na temelju činjenice da je sastavljen u obliku elektroničke poruke, odnosno u elektroničkom obliku (čl. 9. st. 3. ZET). Možemo zaključiti da ugovor koji je sklopljen u elektroničkom obliku neće biti ništetan zbog svog oblika već valjan, osim ako za tu konkretnu vrstu ugovora nije drugačije propisano ili ugovoreno.

8. Da li se ugovorima koji se zaključuju elektronskim putem (“on line”) daje jednak pravni status kao ugovorima “na papiru” (“off-line”)?

Ugovor sklopljen u elektroničkom obliku u pravilu ima jednako pravno značenje i proizvodi jednake pravne učinke kao i “tradicionalni” pisani ugovor uređen općim pravilima obveznog prava. Razlika između njih je u nositelju podataka – dok je kod tradicionalnog pisanog oblika taj medij papir ili drugi sličan medij, kod elektroničkog sklapanja ugovora radi se o elektroničkom mediju koji *de facto* u bilo kojem trenutku dopušta njezino reproduciranje u smislu ispisa dokumenta na štampaču ili printeru.

Iz svega navedenog jasno proizlazi da ako je zakonom propisana ili je ugovorena pisana forma onda ugovor može biti sklopljen i u elektroničkom obliku. Ipak ovdje postoje dvije značajne rezerve. Prvo, oblik elektroničkog ugovora ne zamjenjuje pisani oblik ugovora ako se radi o ugovorima koji su taksativno (listom) navedeni odredbom čl. 19. st 4. ZET (koji su navedeni u odgovoru pod broj 10. ovog upitnika). Drugo, kada se zahtijeva da pisani ugovor bude potpisan onda i elektronički ugovor treba biti potpisan tzv. elektroničkim potpisom. Da bi elektronički ugovor koji zahtijeva potpis bio valjan onda on mora još dodatno ispunjavati i sve ostale uvjete za uporabu i korištenje elektroničkog potpisa propisane Zakonom o elektroničkom potpisu (čl. 11. ZET). Ovo proizlazi iz okolnosti da u hrvatskoj pravnoj doktrini elektronički potpis služi za identifikaciju i potpisnika i vjerodostojnost potpisanog elektroničkog dokumenta. Konačno, ako se radi o elektroničkoj ispravi onda je potrebno da za njezinu valjanost budu ispunjeni svi uvjeti propisni Zakonom o elektroničkoj ispravi (više o tome u odgovoru broj 12.).

9. Da li postoje neki različiti specifični aspekti e-ugovora u odnosu na nacionalno ugovorno pravo kada se radi o sastavljanju ugovora (ponuda, prihvata, potvrđivanje, da li e-marketing (e-oglašavanje) predstavlja ponudu roba ili poziv na povlašten tretman, e-ugovori ili opći uslovi, i sl.)

Zakon o elektroničkom potpisu uređuje još neke posebne aspekte obveze davatelja usluga. Nositelj informacijskog društva dužan je prije sklapanja ugovora o pružanju usluga **obavijestiti korisnika o** određenim informacijama koje su značajne za sklapanje ugovora. Pa tako je davatelj usluga informacijskog društva dužan mogućem korisniku usluga informacijskog društva prije sklapanja

ugovora o pružanju usluga informacijskog društva pružiti na jasan, razumljiv i nedvosmislen način podatke i obavijesti o: različitim stupnjevima koji slijede u postupku sklapanja ugovora, o pojedinih ugovornim odredbama, o općim uvjetima poslovanja ako su sastavni dio ugovora, o jezicima ponuđenim za sklapanje ugovora, o kodeksima postupanja u skladu s kojima postupaju davatelji usluga i informacije o tome kako se ti kodeksi mogu pregledati elektroničkim putem. Dodatno davatelj usluga informacijskog društva dužan je mogućem korisniku usluga, prije sklapanja ugovora o pružanju usluga informacijskog društva, osigurati tehnička sredstva za prepoznavanje i ispravljanje pogrešnog unosa podataka u poruku prije njezine predaje ili slanja (čl. 12. st. 1–2. ZET). Za potrošače navedene odredbe su kogentne (prisilne) pravne prirode, dok ugovorne strane koje nisu potrošači u međusobnim ugovornim odnosima mogu ugovoriti odstupanje od ovih odredaba. Ove odredbe također se ne primjenjuju na ugovore sklopljene putem elektroničke pošte ili njoj izjednačenog oblika individualne komunikacije, što je i razumljivo jer ugovorne strane neposredno pregovaraju o uvjetima ugovora i ostalim elementima ugovora.

Glede **dostupnost ugovora i općih uvjeta poslovanja** Zakon o elektroničkoj trgovini izričito je propisao da ugovorne odredbe i odredbe općih uvjeta poslovanja ugovora sklopljenih u elektroničkom obliku koje sklapaju davatelji usluga informacijskog društva moraju biti dostupne korisnicima usluga na način da im je omogućeno njihovo spremanje, ponovno korištenje i reproduciranje (čl. 13. ZET). Ovo je posebice značajno ako se ugovori sklapaju klikom miša na samoj internetskoj stranici u smislu *Click-wrap* i *Browse-wrap* ugovora kod kojih primatelj usluge uopće niti ne ulazi u izravan kontakt s nositeljem informacijskog društva. U pravilu se radi o posebnoj vrsti adhezijskog ili formularnog ugovora.

U odnosu na **odgovornost davatelja usluga informatičkog** društva Zakon o elektroničkoj trgovini sadrži veliki broj odredbi kojima se njegova odgovornost **isključuje ili ograničava**. Kao prvo, davatelj usluga informacijskog društva koji **prenosi** elektroničke poruke koje mu je predao korisnik usluga nije odgovoran za sadržaj poslanih poruka i njezino upućivanje, a pod uvjetom da nije inicirao prijenos, da nije izvršio odabir podataka ili dokumenata koji su predmet prijenosa, da nije izuzeo ili preinačio podatke u sadržaju poruka ili dokumenata, da nije odabrao korisnika prijenosa (čl. 16. st. 1. ZET). Drugo, davatelj usluga informacijskog društva nije odgovoran niti u pogledu tzv. **privremene pohrane** (*caching*) podataka koje je unio korisnik putem komunikacijske mreže. On nije odgovoran za njihovu automatsku, posredničku i privremenu pohranu, koja služi samo za učinkovitije oblikovanje prijenosa podataka koju su tražili drugi korisnici ako: ne mijenja podatke, uvažava uvjete za pristup podacima, postupi u skladu s pravilima za ažuriranje podataka, djeluje u skladu s dopuštenom primjenom tehnologija za prikupljanje podataka, trenutačno ukloni ili trenutačno onemogućiti pristup podacima koje je pohranio odmah čim je saznao da su podaci u polazištu uklonjeni iz prijenosa putem mreže ili je onemogućen pristup do njih ili je sud ili drugo nadležno tijelo naredilo njihovo uklanjanje ili onemogućavanje pristupa (čl. 17. ZET). Treće, kod **pohrane podataka** (*hosting*) on nije odgovoran za sadržaj pohranjenog podatka pruženog od strane korisnika na zahtjev korisnika: ako nema saznanja niti je mogao znati o nedopuštenom djelovanju korisnika ili sadržaju podataka, kao i o sudskim postupcima vezanim za naknadu štete koja bi proizlazila iz nedopuštenog djelovanja korisnika ili sadržaja pohranjenih podataka i ako nije bio niti mogao biti upoznat s činjenicama ili okolnostima iz kojih bi nedopuštena aktivnost korisnika bila očigledna, ako odmah čim je saznao ili postao svjestan da se radi o nedopuštenom djelovanju ili podatku ukloni ili onemogućiti pristup podacima (čl. 18. ZET). Četvrto, odgovornost davatelja usluga za **linkove** uređena je na način da davatelj usluga koji putem elektroničkog upućivanja otvori pristup trećim podacima nije odgovoran za te informacije: ako nema saznanja niti je mogao znati o nedopuštenom djelovanju korisnika ili sadržaju podataka u tim informacijama, ako odmah čim je saznao ili postao svjestan da se radi o nedopuštenom djelovanju ili podatku ukloni ili onemogućiti pristup podacima (čl. 19. ZET). Konačno, davatelj usluga osiguranja prilikom pružanja usluge **nije obvezan pregledavati podatke** koje je

pohranio, prenio ili učinio dostupnima, odnosno ispitivati okolnosti koje bi upućivale na nedopušteno djelovanje korisnika, ali ako utvrdi postojanje osnovane sumnje da korištenjem njegove usluge korisnik poduzima nedopuštene aktivnosti, te ako utvrdi postojanje osnovane sumnje da je korisnik njegove usluge pružio nedopušteni podatak, davatelj usluga dužan je o tome obavijestiti nadležno državno tijelo i na temelju odgovarajućeg sudskog akta, odnosno upravnog akta, mora predočiti sve podatke na temelju kojih se može poduzeti otkrivanje ili progon počinitelja kaznenih djela, odnosno zaštita prava trećih osoba (čl. 21. ZET)

U odnosu na **e-oglašavanje** i korištenje elektroničke pošte u svrhu slanja neželjene elektroničke komunikacije (**netraženoga komercijalnog priopćenja**) možemo reći da je ono dopušteno ali samo uz prethodni pristanak osobe kojoj je takva vrsta komunikacije namijenjena, a u skladu sa zakonom kojim se uređuje područje telekomunikacija (elektroničkih komunikacija) (čl. 8. ZET). Glede pravnog učinka e-oglašavanja primjenjuje se opće pravilo ZOO-a prema kojem slanje kataloga, cjenika tarifa i drugih obavijesti te oglasi dani u tisku, lecima, radijem, televizijom, elektroničkim putem ili na koji drugi način ne **smatraju se ponudom** za sklapanje ugovora, **nego samo pozivom da se učini ponuda pod objavljenim uvjetima**, ako drugačije ne proizlazi iz takvih izjava volje (čl. 256. st. 1. ZOO).

Zakon o elektroničkoj trgovini predviđa sudsko rješavanje sporova ali je vrlo zanimljivo da člankom 22.c. predlaže i izvansudsko rješavanje sporova u smislu provedbu postupka arbitraže, odnosno mirenja.

10. Ugovori i transakcije koji su isključeni iz primjene zakonodavstva o e-ugovaranju.

Odredbe Zakona o elektroničkoj trgovini neće se primjenjivati na sljedeće ugovore:

- imovinske, predbračne, odnosno bračne ugovore i druge ugovore koje uređuje Obiteljski zakon,
- ugovore o opterećenju i otuđenju imovine za koje je potrebno odobrenje centra za socijalnu skrb,
- ugovore o ustupu i raspodjeli imovine za života, ugovore o doživotnom uzdržavanju, ugovore o dosmrtnom uzdržavanju i sporazume u vezi s nasljeđivanjem, ugovore o odricanju od nasljedstva, ugovore o prijenosu nasljednog dijela prije diobe, oporučne poslove i druge ugovore koje uređuje Zakon o nasljeđivanju,
- darovne ugovore,
- ugovore o prijenosu prava vlasništva na nekretninama ili druge pravne poslove kojima se uređuju stvarna prava na nekretninama, osim ugovora o najmu i zakupu nekretnina,
- druge ugovore za koje je posebnim zakonom propisano da se sastavljaju u obliku javnobilježničkog akta, odnosno isprave,
- ugovore i očitovanja volje jamaca, ako je jamac osoba koja djeluje izvan svoje trgovačke, poslovne ili profesionalne djelatnosti (čl. 9. st. 4. ZET).

11. Jednakost elektronske dokumentacije u ugovornim predmetima (npr. pojam trajnog medijuma, elektronski zapisi, itd.)

U hrvatskom općem ugovoru pravu (ZOO) ne postoji jedinstveni opći pojam ili definicija pojmova trajnog medija, elektroničkog zapisa, sredstava daljinske komunikacije itd. Ipak, ti pojmovi su definirani odredbama posebnih propisa. Pa tako su pojmovi trajnog medija i sredstava daljinske komunikacije definirani Zakonom o zaštiti potrošača kao posljedica implementacije Direktive 97/7/

EZ o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih na daljinu u hrvatski pravni sustav. Pojam **“trajnog medija”** definiran je kao svaki instrument koji omogućava potrošaču da pohrani podatke koji su namijenjeni njemu osobno, na način da podaci ostanu dostupni za buduću uporabu tijekom razdoblja primjerenog svrsi informacije, te koji omogućava nepromijenjenu reprodukciju pohranjenih podataka (čl. 3. st. 1. t. 7. ZZP). **“Sredstva daljinske komunikacije”** su ona sredstva koja su pogodna za sklapanje ugovora između trgovca i potrošača bez istodobne fizičke nazočnosti trgovca i potrošača na jednom mjestu. Kao neke primjere sredstava daljinske komunikacije možemo navesti: adresirani i neadresirani tiskovni materijal, standardna pisma i dopisnice, tiskane promidžbene poruke s narudžbenicom, katalog, telefon s ljudskim posredovanjem i bez njega, vidofon, videotekst, telefaks, uređaj, televizija, internet i elektronička pošta (čl. 37. ZZP).

Istovremeno pojam **“ugovora u elektroničkom obliku”** definiran je Zakonom o elektroničkoj trgovini kao ugovor što ga pravne i fizičke osobe u cijelosti ili djelomično sklapanju, šalju, primaju, raskidaju, otkazuju, pristupaju i prikazuju elektroničkim putem koristeći elektronička, optička ili slična sredstva, uključujući, ali ne i ograničavajući se na prijenos internetom. Zakonom dalje nije definirano što se misli pod elektroničkim, optičkim i sličnim sredstvima očito smatrajući da interpretacija navedenih pojmova ne predstavlja problem u praksi.

Kao pomoć u određenju tih pojmova može poslužiti Zakon o elektroničkim komunikacijama (NN 73/08, 90/11) koji za potrebe tog zakona člankom 2. definira pojam **elektroničke pošte** kao: svaka tekstovna, glasovna, zvučna ili slikovna poruka odaslana javnom komunikacijskom mrežom, koja se može pohraniti u mreži ili u terminalnoj opremi primatelja poruke sve dok je primatelj ne preuzme (t. 11.), zatim definira pojam **elektroničke komunikacije** kao: davanje na korištenje elektroničke komunikacijske mreže i/ili pružanje elektroničke komunikacijske usluge (t. 12.). Pri čemu **elektroničku komunikacijsku mrežu** čine: prijenosni sustavi i, prema potrebi, oprema za prospajanje (komutaciju) ili usmjeravanje i druga sredstva, uključujući dijelove mreže koji nisu aktivni, što omogućuju prijenos signala žičnim, radijskim, svjetlosnim ili drugim elektromagnetskim sustavom, što uključuje satelitske mreže, nepokretne zemaljske mreže (s prospajanjem kanala i prospajanjem paketa, uključujući internet), zemaljske mreže pokretnih komunikacija, elektroenergetske kabelske sustave u mjeri u kojoj se upotrebljavaju za prijenos signala, radiodifuzijske mreže i mreže kabelske televizije, bez obzira na vrstu podataka koji se prenose (t. 7.), a **elektronička komunikacijska usluga** je: usluga koja se, u pravilu, pruža uz naknadu, a sastoji se u cijelosti ili većim dijelom od prijenosa signala u elektroničkim komunikacijskim mrežama, uključujući telekomunikacijske usluge i usluge prijenosa u radiodifuzijskim mrežama, što ne obuhvaća usluge pružanja sadržaja i obavljanja uredničkog nadzora nad sadržajem koji se prenosi korištenjem elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga. Ova usluga ne obuhvaća usluge informacijskog društva koje se u cijelosti ili većim dijelom ne sastoje od prijenosa signala u elektroničkim komunikacijskim mrežama (t. 10.).

Odgovore 12–18. pripremila: Ivana Kanceljak, dipl. iur.

12. E-ugovori u kontekstu B2B, B2C i B2G

Naš zakonodavac je Zakonom o elektroničkoj trgovini (NN 173/03, 67/08, 36/09 i 130/11) definirao ugovore u elektroničkom obliku kao ugovore što ih **pravne i fizičke osobe** u cijelosti ili djelomično sklapaju, šalju, primaju, raskidaju, otkazuju, pristupaju i prikazuju elektroničkim putem koristeći elektronička, optička ili slična sredstva, uključujući, ali ne ograničavajući se na prijenos internetom (čl. 2. st. 1. t. 6). Iz navedene definicije možemo zaključiti da imamo zakonsku osnovu za e-ugovore u kontekstu B2B, te B2C.

Zakon o zaštiti potrošača (NN 79/07, 125/07 – ispravak, 75/09 – Zakon o potrošačkom kreditiranju, 79/09, 89/09 – ispravak i 133/09 – Zakon o platnom prometu) ugovore koji su sklopljeni

elektroničkim putem uređuje pod naslovom: Ugovor sklopljen na daljinu. Čl. 34. Navodi internet kao jedno od sredstava daljinske komunikacije.

U pogledu B2G u Hrvatskoj možemo uočiti da u sferi e-poslovanja funkcioniraju neki servisi kao što su: e-zdravstvo, e-mirovinsko, e-carina, e-porezna i dr. Njihova prvenstvena svrha je obostrana razmjena informacija, dakle tu je riječ samo o e-poslovanju, ali ne i o e-trgovini, pa ni ne možemo govoriti o elektroničkom zaključivanju ugovora.

Posebnost u našem pravnom poretku je Zakon o elektroničkoj ispravi (NN 150/05) kojim se izjednačava javna isprava s pravilno sastavljenom ispravom u elektroničkom obliku koja je potpisana elektroničkim potpisom koji sadrži i pečat i potpis (napredni elektronički potpis). Takva isprava je nužna za funkcioniranje e-poslovanja.

Značajne izmjene moguće je uočiti u svezi javne nabave s obzirom na novi Zakon o javnoj nabavi (NN 90/2011) koji stupa na snagu 1. siječnja 2012. godine. Ovaj zakon donesen je u skladu s direktivama EU. U postupku javne nabave javnim naručiteljima (to su primjerice državna tijela RH, jedinice lokalne, područne i regionalne samouprave) omogućuje se slanje ponude putem elektroničke dražbe u kojoj su ponuditelji, odnosno gospodarski subjekti dostavljaju svoje ponude putem interneta. Zakon poznaje posebne odredbe kojima se uređuje postupak sklapanja ugovora. Postupak nabave započinje objavom poziva javnog naručitelja na nadmetanje putem Elektroničkog oglasnika javne nabave RH (dostupan na web adresi: <http://oglasnik-jn.nn.hr/>). Podaci koji se na taj način objavljeni dostupni su samo registriranim subjektima. Samo dio postupka sklapanja ugovora se za sada provodi elektroničkim putem, a to su slanje ponuda i njihovo pregledavanje putem interneta.

13. Porezni aspekti i moguće porezne prepreke koje se odnose na prekogranične e-transakcije

Opći porez u RH je porez na dodanu vrijednost koji je uređen Zakonom o porezu na dodanu vrijednost (NN 47/95, 106/96, 164/98, 105/99, 54/00, 73/00, 127/00, 86/01, 48/04, 82/04, 90/05, 76/07, 87/09, 94/09) i Pravilnikom o porezu na dodanu vrijednost (NN 149/09 i 89/11). Stopa poreza na dodanu vrijednost iznosi 23%, a posebno je propisano kada je kupac oslobođen plaćanja PDV-a. Svaki prodavatelj (izvoznik) koji putem interneta **prodaje** robu ili pruža usluge u drugoj državi **oslobođen je plaćanja poreza na dodanu vrijednost** (Zakon o porezu na dodanu vrijednost: čl. 13. i 14., te Pravilnik o porezu na dodanu vrijednost čl. 71. do 73.). Poreznu obvezu će snositi kupac sukladno s pravilima države u kojoj primi robu ili uslugu.

U pogledu uvoznika koji je robu **naručio putem interneta**, ako su ispunjene pretpostavke u skladu sa Zakonom i pravilnikom o porezu na dodanu vrijednost, **mora platiti porez na dodanu vrijednost** u sklopu postupka carinjenja. Kupac se može naći u situaciji da, ako putem interneta kupuje, plati porez na dodanu vrijednost i u državi u kojoj je sjedište pravne osobe prodavatelja, ali i u državi u kojoj je izvršena dostava. Razlog tome je što kupci nisu upoznati s informacijom da imaju pravo tražiti od prodavatelja (ako je pravna osoba) povrat poreza (*tax free*) koji bi se obavljao u pravilu preko Global refund sustava ili drugih sustava. To je situacija kada dolazi do dvostrukog oporezivanja, također moguće je da uopće ne dođe do oporezivanja.

14. Ostale prepreke koje se odnose na prekogranične e-transakcije (uvozne držabine, carine i sl.)

Carinski zakon (NN 78/99, 117/99, 73/00, 92/01, 47/03, 140/05, 138/06, 60/08, 45/09 i 56/10) zajedno s Uredbom za provedbu carinskog zakona (NN 161/03, 69/06, 5/07, 70/08, 76/09 i 29/11)

određuju pretpostavke za plaćanje carine. Što se tiče dobara koje ulaze u RH putem pošte, a primaju ih fizičke osobe, potrebno je uočiti da sukladno članku 187. stavak 1. točka 3. Carinskog zakona i članka 12. točka 4. Zakona o PDV-u, od plaćanja carine i PDV-a **oslobođene su** pošiljke koje fizička osoba iz inozemstva **besplatno** šalje fizičkoj osobi u Republici Hrvatskoj **vrijednosti do 300,00 kuna**, pod uvjetom da pošiljke nisu komercijalne naravi (predmet kupoprodaje ili namijenjena daljnjoj prodaji).

Dakle, navedeno oslobođenje se ne odnosi na pošiljke koje su predmet kupoprodaje (npr. naručivanje putem interneta). Roba čija vrijednost prelazi 300,00 kuna, a radi se o besplatnom pravnom poslu, podliježe obračunu carinskog duga. Roba zanemarive vrijednosti (roba čija vrijednost po pošiljci ne prelazi 160,00 kuna) sadržana u pošiljkama koje se iz inozemstva izravno šalju primateljima u Republici Hrvatskoj, oslobođena je od plaćanja carine i PDV-a. Ta se roba ne podnosi carinarnici. Navedeno oslobođenje se ne odnosi na alkohol i alkoholna pića, duhan i duhanske proizvode, parfeme i toaletne vode. Carina se plaća čim je vrijednost veća od 160 kuna, što potrošače često dovodi u situaciju da odustanu od prekogranične kupovine preko interneta. Međutim, s obzirom na prethodno rečeno, ako je temelj darovanje, moguće je uvesti nešto veću vrijednost.

Kada poštansku pošiljku prima pravna osoba u Republici Hrvatskoj, da bi došlo do oslobođenja plaćanja carine za pošiljku se podnosi izjava na propisanom obrascu i to kod uvoza knjiga, uzoraka robe, i reklamnog materijala. Također, ne smije se raditi o robi čija ukupna vrijednost po pošiljci prelazi 3.000,00 kuna, da se radi o uzastopnim pošiljkama, a roba ne smije biti predmet ograničenja, zabrana ili posebno propisanih formalnosti.

Propisano se odnosi samo na knjige koje su oslobođene od plaćanja carine sukladno Sporazumu o uvozu predmeta prosvjetnog, znanstvenog i kulturnog karaktera i Protokolu uz taj Sporazum te od plaćanja poreza na dodanu vrijednost u skladu s člankom 10a. točka c. Zakona o porezu na dodanu vrijednost i članka 57. stavak 1. točka c. Pravilnika o porezu na dodanu vrijednost. Da bi se navedeno moglo primijeniti na uzorke robe i reklamni materijal isti moraju odgovarati uvjetima iz članka 32. i 33. Uredbe o uvjetima i postupcima za ostvarivanje oslobođenja od plaćanja carine, te članku 12. stavku 1. točki 5. Zakona o porezu na dodanu vrijednost.

Jedinstvena carinska deklaracija – u svim ostalim slučajevima. Uz carinske prepreke uvoznici se susreću s problemom da ne znaju da za uvoz nekih proizvoda koje su kupili putem interneta trebaju posebnu dozvolu. Primjerice za uvoz tehničke robe namijenjene telekomunikacijama potrebno je ishoditi dozvolu Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije (<http://www.hakom.hr/>) Za potrošača se mogu dogoditi dvije stvari: plaćanje postupka agencije kako bi dobio uređaj ili njegovo oduzimanje uz vrlo malu mogućnost povrata novaca od prodavatelja (zbog isključenja odgovornosti za takve situacije).

Na kraju, kao prepreka može se javiti i različita zakonska regulacija elektroničkog potpisa.

15. E-ugovori i zaštita ličnih podataka

Za zaštitu osobnih podataka najvažniji zakoni su Zakon o zaštiti osobnih podataka (NN 103/03, 118/06, 41/08 i 130/11) koji općenito uređuje zaštitu osobnih podataka i Zakon o elektroničkim komunikacijama (NN 73/08 i 90/11) koji izričito uređuje povredu osobnih podataka. Prema čl. 2. st 1. t. 45. povreda osobnih podataka je povreda sigurnosti koja uzrokuje slučajno ili nezakonito uništenje, gubitak, izmjenu, neovlašteno razotkrivanje ili pristup osobnim podacima što se prenose, pohranjuju ili na drugi način obrađuju u vezi s obavljanjem javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga. Kako do povrede ne bi došlo potrebno je poduzeti određene mjere iz čl. 99.: osigurati da osobnim podacima mogu pristupati samo ovlaštene osobe u zakonom dopuštene svrhe, štititi prenošene ili pohranjene osobne podatke od slučajnog ili nezakonitog uništenja, slučajnog

gubitka ili izmjene, te neovlaštene ili nezakonite pohrane, obrade, pristupa ili razotkrivanja, osigurati primjenu sigurnosne politike u odnosu na obradu osobnih podataka.

Zakon o zaštiti potrošača (NN 79/07, 125/07 – ispravak, 75/09 – Zakon o potrošačkom kreditiranju, 79/09, 89/09 – ispravak i 133/09 – Zakon o platnom prometu) također sadrži odredbu kojoj je cilj zaštititi osobne podatke. Prema čl. 7 st. 3. trgovcu se zabranjuje davanje osobnih podataka potrošača bilo kojoj trećoj osobi bez prethodnog izričitog i pisanog odobrenja potrošača, osim ako je na to obvezan zakonom ili odlukom nadležnog tijela vlasti.

Prilikom sklapanja ugovora elektroničkim putem svaki kupac bi trebao pročitati opće uvjete poslovanja prodavatelja, jer sklapanjem ugovora te odredbe postaju izravno relevantne za njihov odnos. U općim uvjetima poslovanja mogu postojati i odredbe koje se tiču zaštite osobnih podataka. U nastavku navodim primjer općih uvjeta poslovanja preuzetih iz web trgovine <http://www.technomarket.hr>. Članak deveti općih uvjeta poslovanja govori o zaštiti podataka u ove tri točke:

- „1. Prodavatelj prikuplja osobne podatke Kupaca samo u mjeri koji su nužni za ispunjenje svoje obveze, za informiranje o novim i akcijskim proizvodima te dostavu promotivnih materijala, unaprijeđenje odnosa sa Kupcima te radi provjere drugih podataka neophodnih za online, kupovinu;
2. Prodavatelj se obvezuje štiti osobne podatke Kupaca u skladu sa Zakonom o zaštiti osobnih podataka te se obvezuje da osobne podatke neće ni na koji način ustupiti trećim osobama bez pristanka Kupca (osim podataka koji su nužni poslovnim partnerima za izvršavanje dostave kupljenog proizvoda). Od ovog se izuzimaju slučajevi u kojima je Prodavatelj po valjanom nalogu ovlaštenih državnih tijela, u skladu sa zakonom, dužan dostaviti ili dopustiti uvid u osobne podatke Kupaca;
3. Kupac ima pravo zatražiti nadopunu, ispravak ili izmjenu netočnih osobnih podataka.“

16. Trenutna situacija u praksi sa certifikacijom – pružaoci usluga kao izdavači (kvalificiranih) certifikata o elektronskim potpisima

Prema Zakonu o elektroničkom potpisu da bi netko mogao izdavati certifikat za to treba biti posebno ovlašten. To može biti pravna osoba koja ispunjava zakonom propisane uvjete. Izdavatelj certifikata potom fizičkoj osobi izdaje certifikat kojim će se potvrđivati elektronički potpis te osobe. Evidenciju davatelja certifikata vodi Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva. Trenutno u Hrvatskoj imamo samo jednog izdavatelja certifikata: Financijska agencija (FINA, www.fina.hr) koja omogućuje poslovnim subjektima pribavljanje elektroničkog potpisa. Prethodno je potrebno imati Fininu e-karticu ili Cobranding karticu/token banke s kojom Fina ima ugovor o poslovnoj suradnji. Korištenje ovog potpisa moguće je putem korištenja **aplikacije „web e-potpis“**. Elektronički potpis nije namijenjen samo pravnim osobama, već i fizičkim osobama, te tijelima državne uprave. Elektronički potpis je neophodan u sferi e-poslovanja različitih e-servisa (primjerice omogućava se elektronička predaja i preuzimanje financijskih i statističkih izvještaja).

17. Rješavanje sporova u vezi s e-ugovorima (nacionalna sudska praksa ustanovljena do sada)

Zakon o elektroničkoj trgovini sadrži odredbe koje se tiču rješavanja sporova. Spor je moguće riješiti **sudskim putem**. Onaj tko smatra da davatelj usluga krši neko njegovo pravo, može podnijeti tužbu nadležnom sudu u skladu sa zakonom (čl. 22a/1 ZET). Na zahtjev tužitelja sud može odrediti javnu objavu odluke o trošku tuženika (čl. 22a/2 ZET). Sud pravomoćne odluke dostavlja

nadležnom tijelu. (čl. 22a/3 ZET). Moguće je odrediti i **privremene mjere**. Onaj tko smatra da davatelj usluga krši neko njegovo pravo, može nadležnom sudu podnijeti zahtjev za određivanje privremene mjere. Ako ovim zakonom nije propisano drugačije, u postupku za određivanje privremene mjere primjenjuju se odredbe zakona koji uređuju pitanja ovrhe i osiguranja (čl. 22/1 ZET). Sud može privremenom mjerom: zabraniti radnje ili postupke koji mogu dovesti do kršenja prava ili nastavak već započelih kršenja, ograničiti pružanje usluga informacijskog društva na način da naredi davatelju usluga da ukloni ili onemogući pristup podacima (čl. 22/2 ZET). Sud može odrediti privremenu mjeru i bez saslušanja suprotne strane ako podnositelj zahtjeva dokaže vjerojatnim da bi odgađanje određivanja privremene mjere onemogućilo postizanje njezinog cilja ili uzrokovalo teško nadoknadivu štetu podnositelju (čl. 22b/3 ZET). Postupak za određivanje privremene mjere u slučaju iz stavka 1. ovoga članka je hitan. (čl. 22b/4 ZET). Posebna pravila postoje i za **izvansudsko rješavanje sporova**. Davatelj usluga i primatelj usluga za rješavanje međusobnih sporova mogu ugovoriti provedbu postupka arbitraže, odnosno mirenja (čl. 22c/ ZET). Za postupak pred arbitražom, odnosno pred izmiriteljem primjenjuju se odredbe zakona koji uređuju te postupke (čl. 22c/2 ZET). Na zahtjev tužitelja arbitraža može odrediti javnu objavu odluke o trošku tuženika (čl. 22c/3 ZET). Arbitraža dostavlja odluke nadležnom tijelu, u skladu sa zakonom koji regulira arbitražne postupke, te ga obavještava i o praksi, običajima i navikama u svezi s elektroničkim poslovanjem (čl. 22c/4 ZET).

Trenutno u RH ne postoji sudska praksa u pogledu sklapanja ugovora elektroničkim putem. U našoj pravnoj literaturi često se spominje odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske (Rev. 1227/93 od 18. 10. 1994.) u kojoj se navodi da zahtjev pisane forme ugovora biva ispunjen ako strane izmjenjuju pisma ili se sporazume teleprinterom ili nekim drugim sredstvima koja omogućuju da se sa sigurnošću utvrdi sadržaj i davatelj isprave. Izraz „neka druga sredstva“ odnosi se na moderne komunikacijske tehnologije, odnosno na komunikaciju putem interneta. Tom se odlukom ističu dva uvjeta za priznanje pisane forme: mogućnost sigurnog utvrđivanja sadržaja i mogućnost sigurnog utvrđivanja identiteta davatelja isprave.

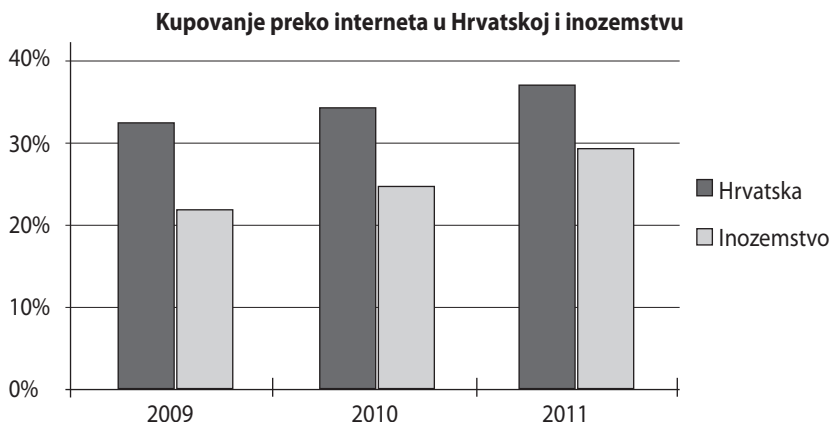
18. Statistički podaci

Ukupni **broj korisnika interneta u RH u 2010. je 60%**. (Izvor: Državni zavod za statistiku, <http://www.dzs.hr>)

E-trgovina u 2010. čini 14% ukupnog prometa. Korisnici interneta u Hrvatskoj najčešće kupuju na inozemnim online stranicama (njih 44,4%), dok usluge hrvatskih online trgovina koristi 32,29% ispitanika. (Izvori: <http://www.jatrgovac.com/2010/01/eurostat-u-hrvatskoj-14-posto-prometa-kroz-e-trgovinu/>, <http://www.jatrgovac.com/tag/e-trgovina/>).

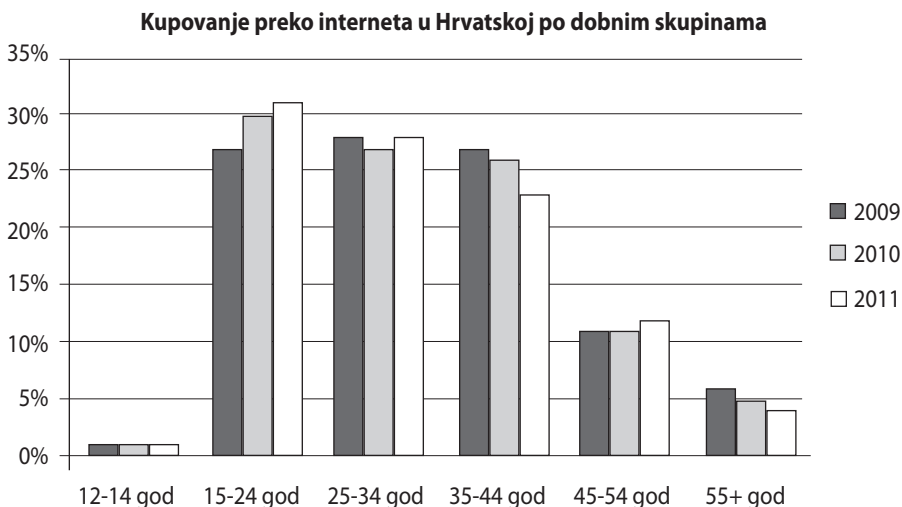
Dostupno je nešto šire istraživanje provedeno u Hrvatskoj (Zagreb, 18. srpanj 2011.). Prema GemiusAudience podacima sve više internet korisnika se odlučuje za kupovinu putem interneta. Udio onih koji su kupovali u hrvatskim Internet trgovinama 2009. godine iznosio je 32%, dok danas putem interneta u hrvatskim internet trgovinama kupuje 37% svih korisnika interneta u dobi starijoj od 12 godina. Prema GemiusAudience podacima u mjesecu lipnju među 142 mjerene stranice doseg iznosi 1.955.877 hrvatskih internet korisnika u dobi 12+. Najveći doseg u lipnju među mjenim stranicama su imali: net.hr, index.hr, tportal.hr, 24sata.hr i njuskalo.hr. Podaci GemiusAudience za lipanj 2011. su javno dostupni na internet stranici <http://www.audience.com.hr/>. GemiusAudience podaci govore kako domaći ponuđači on-line trgovina još uvijek uživaju veće povjerenje među hrvatskim potrošačima od njihove inozemne konkurencije. No, i korištenje kanala inozemnih on-line trgovina je također u porastu. Dok je u 2009. 22% svih hrvatskih internet korisnika u dobi 12+ obavilo on-line kupovinu u stranim internet trgovinama, danas ih je 29%.

Slika 1: Udio internet korisnika u dobi 12+, koji kupuju u internet trgovinama (izvor: GemiusAudience, 2009.–2011.)



Podaci GemiusAudience istraživanja govore kako on-line kupovinu još uvijek preferiraju muškarci (59%), nego žene (41%). Očekivano, većina internet kupovine je ostvarena od strane pojedinaca koji su intenzivni korisnici interneta te ga koriste nekoliko puta dnevno (u 2011. godini predstavljaju 62% svih potrošača, koji su kupovali on-line). Kada govorimo o dobnim skupinama među on-line kupcima ističu se mladi: najviše je onih u dobnoj skupini od 15 do 24 godine (31%), s 28% slijedi ih dobna skupina od 25 do 34 godine. Zanimljiv segment internet potrošača predstavljaju kupci stariji od 45 godina budući da za njih vrijedi da se sve češće odlučuju za kupovinu putem interneta. Razlog tome je što se iz godine u godinu povećava udio korisnika interneta među starijima.

Slika 2: Udio internet korisnika, koji kupuju u hrvatskim internet trgovinama, po dobnim skupinama (Izvor: GemiusAudience, 2009.–2011.)



(Izvor: http://www.valicon.net/uploads/Sve_vise_korisnika_kupuje_putem_Interneta.pdf)

Popis preporučene literature

Knjige i članci

1. Akšamović, D., Prikaz Zakona o elektroničkom potpisu s posebnim osvrtom na funkciju i vrste elektroničkih potpisa te provedbene odredbe o uporabi elektroničkih potpisa u praksi, *Pravni vjesnik*, 18(2002), str. 293–303.
2. Česić, Z., Elektronički potpis i njegova primjena u sustavu elektroničkih teretnica, *Hrvatska pravna revija*, 1(2001), str. 39–43.
3. Česić Z., Elektronički potpis u poslovanju, *Računovodstvo revizija i financije*, 12(2002), str. 136–141.
4. Česić Z., Komentar UNCITRAL-ovog Model zakona za elektronički potpis, *Pravo i porezi*, 10(2001), str. 34–39.
5. Česić Z., Komentar Zakona o elektroničkom potpisu, *Pravo i porezi*, 11(2002), str. 55–64.
6. Česić Z., Mjere i postupci uporabe i zaštite u sustavu elektroničkog potpisa, *Pravo i porezi*, 11(2002), str. 47–52, 146–147.
7. Česić Z., Usporedni prikaz nacionalnih zakonodavstava o elektroničkom potpisu, *Hrvatska pravna revija*, 2(2002), str. 65–72.
8. Ćurić S., Oporezivanje elektronske trgovine, *Suvremeno poduzetništvo*, 11(2004), str.78–84.
9. Dulčić K., Elektronička forma pravnog posla:(magistarski rad), Rijeka, K. Dulčić, 2004.
10. Jeluši, D., Normativni okvir za elektroničko trgovanje u Republici Hrvatskoj, *Hrvatska pravna revija*, 9(2009), str. 63–71.
11. Katulić T., Razvoj pravne regulacije elektroničkog potpisa, elektroničkog certifikata i elektroničke isprave u hrvatskom i poredbenom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61(2011), str. 1339–1378.
12. Kocijančić V., Elektronički potpis i elektronički dokumenti – izlaz iz poslovnih procesa elektroničkog poslovanja, *Osiguranje*, 50(2009), str. 46–55.
13. Matić T., Internet pravni aspekti, *Informativnik*, 53(2006), str. 21–27.
14. Matić T., Ugovori u elektroničkoj trgovini, *Hrvatska pravna revija*, 10(2010), str. 1–17.
15. Matić T. Kako pribaviti i koristiti elektronički potpis. Zagreb, Narodne novine, 2010.
16. Matić T., Osnove prava elektroničke trgovine, Zagreb, M. E. P. Consult, 2008.
17. Matić T., Elektronička isprava prema članku 79. Zakona o kaznenom postupku, *Odvjetnik*, 83(2010), str. 31–36.
18. Matić T., Elektronička komunikacija prema članku 75. Zakona o općem upravnom postupku, *Hrvatska pravna revija*, 10(2010), str. 84–91.
19. Matić T., Primjena Zakona o elektroničkom potpisu, *Pravo u gospodarstvu*, 41(2002) str. 266–293.
20. Matić T. Kako pribaviti i koristiti elektronički potpis, Zagreb, Narodne novine, 2010.
21. Matić T., Ugovori u elektroničkoj trgovini, *Hrvatska pravna revija*, 10(2010), str. 1–17.
22. Maurović Lj., Elektronički potpis: preduvjet pravne sigurnosti sudionika elektroničke trgovine, *Računovodstvo i financije*, 47(2001), str. 57–62.
23. Maurović Lj., Uspostavljanje uvjeta za primjenu Zakona o elektroničkom potpisu Republike Hrvatske: provedbeni propisi, *Hrvatska pravna revija*, 2(2002), str. 46–53.
24. Mijatović N., Internet i porezi, *Porezni vjesnik*, 17(2008), str. 71–77.

25. Nikšić, S., Elektronički potpis u skladu sa smjernicom 1999/93/EC, Pravo u gospodarstvu, 39(2000), str. 251–260.
26. Nikšić S., Elektronička trgovina i ugovori, Suvremeno poduzetništvo, 11(2004), str. 94–102.
27. Pogarčić, Z. Elektronički potpis, Suvremeno poduzetništvo, 9(2002), str. 112–116.
28. Rajčić, D., Elektronička trgovina u praksi, Računovodstvo i financije, 50(2004), str. 62–65.
29. Spremić M., Mehanizmi primjene i provedbe elektroničkog potpisa i njegov utjecaj na reviziju, Revizija, 9(2002), str. 5–17.
30. Tepeš N., Elektronička trgovina – određivanje nadležnosti u potrošačkim sporovima, Pravo i porezi, 14(2005), str. 61–73.
31. Vojković G., Elektronički potpis i elektronička isprava, Informator, 55(2007), str. 4–6.
32. Vojković G., Elektronički potpis, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, 12(2005), str. 463–469.
33. Zakon o elektroničkom potpisu: tekst zakona, prateći propisi, kazalo pojmova. Zagreb: Narodne novine, 2003.

Izvori na internetu:

- <http://web.zpr.fer.hr/ergonomija/2004/guzvinec/index.html>
- <http://www.carina.hr>
- <http://www.dzs.hr>
- <http://www.e-hrvatska.hr/>
- <http://www.fina.hr>
- <http://www.fina.hr/Default.aspx?sec=960>
- <http://www.jatrgovac.com/2010/01/eurostat-u-hrvatskoj-14-posto-prometa-kroz-e-trgovinu/>
- <http://www.jatrgovac.com/tag/e-trgovina/>
- <http://www.nn.hr>
- <http://www.rba.hr/web/pdf/direkt/rba-direkt-ib-pravne-provjera-el-potpisa.pdf>
- http://www.teb.hr/include/pdf/zakoni/Zakon_o_elektronicom_potpisu.pdf

ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA Nacionalni izvještaj za Makedoniju

1. Trenutni status u okviru nacionalnog zakonodavstva u odnosu na transpoziciju Direktive o elektronskoj trgovini 2000/31/EZ, Direktive o pravnom okviru Zajednice za elektronske potpise 1999/93/EZ i Direktive 97/7/EZ o prodaji na daljinu

Zbog potrebe za uspostavljanje konzistentnog pravnog okvira za razvoj elektronske trgovine sa ciljem promovisanja konkurencije i uspostavljanja održivog ekonomskog razvoja u zemlji, u saglasnosti sa obavezama za harmonizaciju nacionalnog zakonodavstva sa pravom EU, Republika Makedonija je usvojila nekoliko nacionalnih pravnih akata kojima se reguliše pitanje e-trgovine.

Usvajanje Zakona o elektronskoj trgovini¹ koji je stupio na snagu 11.11.2007. godine, po prvi put uvodi pravnu sigurnost u elektronskim transakcijama putem interneta u makedonsko zakonodavstvo, a s time i u pogledu elektronskih ugovora. Ova revolucija u pravnom sistemu je urađena sa ciljem postizanja ideje da, kroz praćenje globalnih razvojnih procesa u polju e-trgovine, se stimulišu trgovci u upotrebi elektronskih uređaja u sklapanju njihovih biznis transakcija, što znači ušteda vremena i novca. Zakon o elektronskoj trgovini iz 2007 godina je delimično usaglašen sa Direktivom 2000/31/EZ Evropskog Parlamenta i Saveta za određene aspekte usluga informatičkog društva, a osobito elektronske trgovine, u unutrašnjem tržištu (Direktiva o elektronskoj trgovini), međutim ima slabosti u primeni kao i u pogledu preporuka Evropske Komisije, a u početku 2011 napravljene su izmene Zakona o elektronskoj trgovini.² To je bilo u cilju dodatnog usaglašavanja sa Direktivom 2000/31/EZ, a posebno u delu definisanja korišćenih pojmova, poticanja saradnje i razmene podataka sa zemljama članicama EU preko kontaktnih tačaka (nacionalnih vlasti). Nekoliko odredbi koje su bitne samo za države članice će biti usaglašene nakon ulaska u Evropsku uniju.

Za pružanje sigurnosti i pravne validnosti podataka u elektronskom obliku i elektronskih potpisa u pravnom i trgovinskom prometu u 2001. godini, usvojen je Zakon o elektronskim podacima i elektronskom potpisu³. Zakon se sastoji od 53 članova i reguliše elektronski rad u području informatike i telekomunikacijskih tehnologija i primene elektronskih podataka i elektronskih potpisa u sudskim i upravnim postupcima. Sa ovim zakonom, isto kao i sa Zakonom o elektronskoj trgovini, transponiraju se akti EU, posebno odredbe Direktive 1999/93/EZ o okviru Zajednice za elektronske potpise.

Zakon o zaštiti potrošača iz 2004. godine, među ostalim propisima EU, usklađuje Direktivu 97/7/EZ Evropskog parlamenta i Saveta o zaštiti potrošača u odnosu na ugovore na daljini, predviđajući precizne odredbe o sklapanju ugovora na daljini nakon čega je korištenje strogo za komunikaciju na daljini, samim tim dakle B2C ugovore. Ova Direktiva je transponirana gotovo u potpunosti, isključujući odredbe koje su relevantne samo za zemlje članice Evropske unije. Međutim, izmene i dopune Direktive 97/7/EZ napravljene usvajanjem Direktive 2002/65/EZ za pružanje finansijskih usluga na daljini, Direktiva 2005/29/EZ izgleda nepravednih trgovačkih praksi prema potrošačima na unutarnjem tržištu i Direktiva 2007/64/EZ za usluge plaćanja na unutarnjem tržištu još uvijek nisu transponirane u Zakonu o zaštiti potrošača. Prema tome, ovaj Zakon nudi bolju zaštitu potrošača,

¹ Službene novine Republike Makedonije br. 133/07;

² Isto, br. 17/11;

³ Isto, br. 34/01, 6/02 i 98/08;

smatrajući ih slabijim delom ugovora, a za tu svrhu u Zakonu je regulisana odgovornost trgovca za prethodne informacije koje da potrošaču, a osobito pre sklapanja ugovora, pravo na raskidanje ugovora do osam radnih dana bez obrazloženja razloga, mogućnost raskida ugovora ukoliko trgovac ne dostavi prethodnu informaciju potrošaču i povoljnosti za potrošača u slučaju prekida ugovora.

2. Da li je napravljena referenca u odnosu na Model zakona o elektronskoj trgovini UNCITRAL-a iz 1996. godine?

Usvajanje Direktive 2000/31/EZ o elektronskoj trgovini bilo je usmereno ka stvaranju pravne infrastrukture za nesmetano funkcionisanje unutarnjeg tržišta i omogućavanje poslovnim subjektima i potrošačima korišćenje prednosti osnovnih načela EU o slobodnom kretanju, osnivanju i usluga. Direktiva je u funkciji globalnih dimenzija elektronske trgovine, tako da ona reguliše pravila Zajednice u skladu sa međunarodnim izvorima koji regulišu ovu oblast. Dakle, Direktiva 2000/31/EZ o elektronskoj trgovini obuhvata rezultate koji su postignuti na diskusijama u međunarodnim organizacijama (WTO, OECD i UNCITRAL). Time se pretpostavlja da se Direktiva indirektno odnosi na primenu u UNCITRAL Model zakonu o elektronskoj trgovini. Dakle, vidimo da se u makedonskom zakonodavstvu, posebno u području elektronske trgovine, ne referira direktno na UNCITRAL Model o elektronskoj trgovini iz 1996. godine, ali odredbe Zakona o elektronskoj trgovini u Makedoniji su napravljene u duhu ovog modela.

3. Postoje li neki posebni nacionalni zakoni i implementirajuće (provedbene) uredbe o ugovorima koji su usvojeni u zemljama Jugoistočne Evrope?

U makedonskom pravnom sistemu postoji poseban zakonski propis (Zakon o elektronskoj trgovini) koji reguliše usluge informacijskog društva vezane za elektronsku trgovinu, kao i posebno poglavlje usmereno prema utvrđenim pravilima o sklapanju ugovora u elektronskom obliku. Međutim, Zakon ne predviđa odredbe koje se mogu koristiti kao pravna osnova za donošenje podzakonskih akata za provedbeno zakonodavstvo u vezi elektronskih ugovora. S druge strane, Zakon o zaštiti potrošača koji utvrđuje međusobne odnose između potrošača i trgovca i definiše elektronski ugovor kao ugovor sključen na daljini pomoću uređaja za komunikaciju na daljini⁴. Kao rezultat implementacije ovoga zakona, Vlada Republike Makedonije donosi godišnje programe sa ciljem informisanja potrošača o njihovoj zaštiti pri sklapanju ugovora, osobito ugovora sklopljenih na daljini.

4. Definicija elektronskog ugovora u nacionalnom pravu

Elektronski ugovor predstavlja novost u zakonskoj regulativi o obveznim odnosima. Po prvi put, nacionalni Zakon o elektronskoj trgovini opšto definiira pojam *ugovora u elektronskom obliku* što su ugovori sklopljeni sa strane fizičkih ili pravnih osoba, koje delimično ili u celini, zaključuju, prihvataju, primaju, raskidaju, otkazuju, pristupaju ugovorima i prikazuju ih u elektronskom obliku pomoću elektronskih, optičkih ili sličnih uređaja, uključujući, ali ne ograničavajući se samo na internetu.⁵

5. Koliko je koraka potrebno za validnost e-ugovora?

Elektronski ugovori, zajedno sa tradicionalnim, se prave u skladu sa principima ugovornog prava. U toku sklapanje e-ugovora možemo videti različite tipove procedura, zavisno od uključeno-

⁴ Isto br. 38/04, Član 84;

⁵ Isto br. 133/07 Član 3 (8);

sti osoba (B2B ili B2C). Uobičajeno, u B2B ugovorima ima četiri koraka u sklapanju e-ugovora. Prvi je informativni, gde strane (biznis partneri) informišu jedni druge o cenama roba i usluga, koje su tema ponude on-line tržišta. Drugi korak je kada se, na osnovu stečenih informacija, daje ponuda u pogledu robe i usluga, cena, uslova plaćanja i njihove isporuke. Treći korak se sastoji od sastavljanja ugovora; konkretno u ovom koraku se pregovara o detaljima tog ugovora. I, na kraju, četvrti korak je trenutak sklapanja ugovora (nalog za kupovinu) i obaveza za cilj realizacije istog.

U B2C ugovorima, skladno Zakonu za zaštitu potrošača, možemo da odredimo tri potrebna koraka: prvi je kada se potrošač informiše o proizvodima i uslugama na internet strani prodavca, onda popuni standardnu aplikaciju uključujući lične podatke i podatke o kreditnoj kartici, a treći korak je kada potrošač pošalje te podatke, t.j. kada stupi u kontakt sa trgovcem. U ovoj situaciji, radi se o ugovorima sa pristupom ili adhezivnim ugovorima i ne postoji mogućnost za pregovaranje.⁶

6. Trenutak u kojem se smatra da je e-ugovor zaključen

Pored mnogih teorija o trenutku kada se ugovor smatra zaključenim, makedonski zakonodavci su odlučili da smatraju e-ugovor zaključenim u trenutku kada ponuđač primi poruku koja sadrži izjavu ponuđenog o njegovom prihvatanju sadržine ugovora. Ponuda i prihvatanje se smatraju primljenim kada je sadržina poruke dostupna za obe strane.⁷

7. Pravna forma na osnovu koje se e-ugovor smatra važećim

Ova tema je jedna od najvažnijih sa aspekta obezbeđenja pravne sigurnosti stranama uključenim u elektronsku transakciju. Pored toga, opšte je prihvaćeno da su e-ugovori validni i ne mogu se osporiti samo zbog toga što je ugovor sklopljen u elektronskoj formi. Ovo bi bilo prihvatljivo samo ako ugovor ispunjuje određene osnovne uslove: identifikacija ugovornih strana i potvrda autentičnosti e-dokumenta. Suglasno odredbama Zakona o e-trgovini, ugovoru sklopljenom u elektronskoj formi se neće osporiti validnost samo jer se zaključuje u elektronskoj formi, već kada validnost zahteva potpise ugovornih strana; ovaj uslov se smatra ispunjenim kada je elektronska poruka potpisana elektronskim potpisom.⁸

8. Da li se ugovorima koji se zaključuju elektronskim putem (“on line”) daje jednak pravni status kao ugovorima “na papiru” (“off-line”)?

U doba digitalne ekspanzije i intenzivnog načina života, kompanije i potrošači vrlo često prelaze na postignuća i prednosti koje nudi e-trgovina. Međutim, bez poverenja u sklopljene e-ugovore, ugovorne strane ih neće koristiti kao mogućnost koju nudi informatičko društvo. E-ugovor, koji je novina u pravnom sistemu kao što smo ranije rekli, kreira prava i obaveze za strane kao u klasičnoj formi ugovora i, prema tome, pravni status e-ugovora je jednak klasičnom ugovoru. Za pravnu validnost e-ugovora potrebno je ispuniti uslove kao u tradicionalnom ugovoru, a to su sledeći uslovi: obezbeđivanje sigurnosti u identitet strane koja daje informacije i obezbeđuje originalnu sadržinu e-ugovora. Kao odobrenje za ekvivalentnost e-ugovora sa ugovorom na papiru, mi pominjemo u makedonskom pravu odredbe koje regulišu da se ugovoru zaključenom u elektronskoj formi neće osporiti validnost samo jer je zaključen u elektronskoj formi.⁹

⁶ Zakon za zaštitu potrošača, Članovi 84, 89, 91, 92, 93 i 95;

⁷ Zakon o elektronskoj trgovini “Službene novine Republike Makedonije” br. 133/07, Član 14;

⁸ Isto, Član 10 (3) i (4);

⁹ Isto, Član 10 (3);

9. Da li postoje neki različiti specifični aspekti e-ugovora u odnosu na nacionalno ugovorno pravo kada se radi o sastavljanju ugovora (ponuda, prihvata, potvrđivanje, da li e-marketing (e-oglašavanje) predstavlja ponudu roba ili poziv na ponudu, e-ugovori ili opšti uslovi, i sl.)?

Suprotno tradicionalnom načinu sklapanja ugovora prema ugovornom pravu koje uključuje nekoliko faza: informisanje zainteresovane strane o proizvodima i uslugama, pregovori, sklapanje ugovora i njegovo završenje, postoje konkretne razlike u e-ugovorima. Važna karakteristika e-ugovora je e-reklamiranje kao jedna od faza za sklapanje ugovora, tako da reklamiranjem kupac stupa u prvi kontakt sa proizvodom i trgovcem, što ne mora biti evidentno u tradicionalnim ugovorima. Reklamiranje je početna faza koja će podstaći potrošača da kontaktira trgovca putem interneta i da napravi ugovor time dajući poziv za davanje ponude. Skladno Zakonu o e-trgovini i Zakonu o zaštiti potrošača, komercijalni cilj davatelja usluga, t.j. trgovca, treba biti jasno izražen kako bi se mogao lako identifikovati u trenutku prihvatanja sa strane korisnika.

Pre sklapanja e-ugovora kupac (trgovac ili potrošač) traži proizvod ili uslugu na internet strani trgovca, gde trgovac nudi proizvode ili usluge. Ova faza odgovara fazi u tradicionalnim ugovorima koja uključuje pozive za ponudu dostavljanjem kataloga, tarifa, cenovnika itd. Dalje, ako kupac prihvati ugovor koji je prethodno trgovac dao, onda se sklapa ugovor. Prema tome, možemo videti da faza pregovora uobičajeno ne postoji, imajući na umu formularne ugovore (tipične i adhezivne) kada su opšti uslovi ugovora prethodni formulari kojima trgovci sklapaju veći broj individualnih ugovora. Opšti uslovi detaljno regulišu ugovor, a individualni ugovori su ograničeni na definiciji ključnih elemenata: cena, vreme isporuke, količina robe itd. Skladno Zakonu o obveznim odnosima, opšti uslovi ugovora su dopunjeni posebnim odredbama i one su saglasne, a u slučaju neusaglašenosti između opštih i posebnih obaveza, ove druge imaju predimstvo. Opšti uslovi su obavezni za ugovornu stranu ako su poznati ili su bili poznati ugovornim organima. Odredbe iz opštih uslova su ništavne ako su suprotne cilju zaključenja ugovora ili delovnim običajima ili čak i ako su odobreni sa strane nadležnog organa. Sud može da odbije određene odredbe ugovora, kao i primenu opštih ugovora ako su nekorektni, prestrogi ili nepovoljni za drugu stranu. Nejasne odredbe formularnih ugovora, skladno Zakonu o obveznim odnosima, se tumače na štetu strane koja je prethodno predložila ili pripremila ugovor.¹⁰

Dalje, ako naručujemo proizvod putem interneta, suprotno tradicionalnom ugovoru, postoji potreba gde korisnik usluge traži potvrdu narudžbine u elektronskoj formi bez odgađanja.¹¹ Međutim, po zaključenju ugovora, neophodno ga je ispuniti (subjekt ugovora je roba koju treba isporučiti kupcu). Prema tome, uslovi e-ugovaranja sadrže određene detalje povezane sa preliminarnim uslovima za njihovo snabdevanje. Kupac očekuje da će dobiti proizvod u kratkom vremenskom roku, ali ako ga prodavac ne dostavi na vreme, kupac može da promeni svoju odluku i otkáže narudžbinu.

10. Ugovori i transakcije koji su isključeni iz primjene zakonodavstva o e-ugovaranju

Određeni ugovori i transakcije zbog njihove specifične pravne prirode se koriste kao osnova opravdanja za isključenje elektronskog ugovaranja. Zakon o e-trgovini propisuje da usluge informatičkog društva date sa strane davatelja usluga iz zemlje članice EU neće biti ograničene zbog razloga koordinirane oblasti sa isključkom sledećih oblasti: autorska i druga prava iz industrijskog vlasništva, emisija e-novca, aktivnosti osiguravajućih društava, sloboda strana da odaberu pravo države kojim će se izvršiti ugovor: ugovorne obaveze u pogledu potrošačkih ugovora, validnost ugovora kojima

¹⁰ Zakon za obvezne odnose, Službene novine Republike Makedonije br.84/08 Članovi 130, 131;

¹¹ Zakon za elektronsku trgovinu, Član 13;

se kreiraju ili prenose prava na nekretnine i dozvolu za komercijalnu komunikaciju putem elektronske pošte. Dalje, član 10. ovog Zakona propisuje da se sledeći ugovori ne mogu sklapati internetom: ugovori kojima se određuju akti porodice i prava nasledstva, ugovori kojima se uspostavljaju ili prenose prava na nekretnine, isključujući pravo na stanovanje, ugovori sa datim garancijama i dopunskim jamstvima koje daju osobe koji rade van svoje trgovačke, radne i profesionalne delatnosti i ugovori koji zahtevaju uključenost sudova, notara i sličnih profesija.

11. Jednakost elektronske dokumentacije u svim ugovornim predmetima (npr. pojam trajnog medijuma, elektronski zapisi, itd.)

Imajući na umu da određene informacije obezbeđene elektronskim tehnologijama uobičajeno imaju tranzicijski period, kod određivanja trajnog medijuma Zakon o obezbeđenju finansijskih usluga na daljinu¹² usvojen 2010 godine, po prvi put precizno definiše pojam trajnog medijuma koji je svaki instrumenat koji omogućava potrošaču da čuva informacije namenjene njemu na način koji omogućava korišćenje te informacije u određenom vremenskom roku adekvatnom za cilj informacije, a i dozvoljava nepromenjenu reprodukciju čuvanih informacija.

Zakon propisuje da pre nego što potrošač bude obavezan bilo kojim ugovorom ili ponudom na daljinu, davatelj usluga (zajmodarac) će biti obavezan da dostavi sve uslove ugovora i predugovorne informacije potrošaču na papiru ili drugom trajnom medijumu (flopi disk, CD-ROM, DVD) dostupnom potrošaču. Ovo ima za cilj informisanje potrošača oko uslova i upoređivanje različitih ponuda pre donošenja odgovarajuće odluke za zaključivanje potrošačkog duga na daljinu.

Zakon o zaštiti potrošača isto tako propisuje da trgovac mora da obezbedi potrošaču obaveštenje o prethodnim informacijama (o uslovima pre zaključivanja ugovora na daljinu) na papiru ili drugom raspoloživom medijumu u toku ispunjenja ugovora, ali ne kasnije od trenutka isporuke proizvoda, i ne kasnije od dana obezbeđenja usluga. Prema tome, možemo zaključiti da u Republici Makedoniji postoji ekvivalentnost elektronske dokumentacija sa dokumentacijom u klasičnoj formi u e-ugovaranju.

12. E-ugovori u kontekstu B2B, B2C i B2G

Zavisno od strana uključenih u transakcije u elektronskom slapanju ugovora, ugovaranje se može podeliti na e-ugovore sklopljene između: poslovnih subjekata (B2B), trgovca i potrošača (B2C), trgovca i vlade (B2G) i potrošača i potrošača (C2C). Prema tome, ovisno o tipu ugovora u nacionalnom zakonodavstvu se primenjuju različita pravila.¹³

Prvo, treba reći da bez razlike na tip ugovora koji mi nameravamo zaključiti, ne smemo da zaboravimo princip nezavisnog izražavanja volje. Nezavisnost volje u pogledu e-ugovaranja ponekad

¹² Službene novine Republike Makedonije br. 158/10;

¹³ Zakon o podacima u elektronskoj formi i elektronskom potpisu, *Službene novine Republike Makedonije* br. 34/01, 6/02 i 98/08; Zakon o elektronskim komunikacijama, *Službene novine Republike Makedonije* br. 13/05, 14/07, 55/07, 98/08 i 83/10, Zakon o e-trgovini, *Službene novine Republike Makedonije* br. 133/07 i 17/11; Zakon o obveznim odnosima, *Službene novine Republike Makedonije* br. 18/01, 4/02, 5/03, 84/08, 81/09 i 161/09; Zakon o trgovini, *Službene novine Republike Makedonije* br. 16/04, 128/06, 63/07, 88/08, 159/08, 20/09, 99/09, 105/09, 115/10, 158/10, 36/11 i 53/11; Zakon o zaštiti potrošača, *Službene novine Republike Makedonije* 38/04, 77/08, 103/08 i 24/11; Zakon o upotrebi jednošalterskog sistema i usluga za registraciju u Trgovačkom registru i registru drugih pravnih osoba, *Službene novine Republike Makedonije* br. 84/2005, 13/2007, 150/2007, 140/2008 17/2011 and 53/2011; Zakon o Centralnom registru, *Službene novine Republike Makedonije* br. 50/2001, 49/2003, 109/2005 88/2008, i 35/2011; Krivični zakon, *Službene novine Republike Makedonije* br. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011 i 135/2011; Zakon o prihodima iz autorskih prava, *Službene novine Republike Makedonije* br. 115/10 i 51/11; Zakon o zaštiti ličnih podataka, *Službene novine Republike Makedonije* br. 7/05, 103/08, 124/10 i 135/11 i Zakon o elektronskom upravljanju, *Službene novine Republike Makedonije* br. 105/09 i 47/11.

trpi veća ograničenja i vodi ka podeli strana na inferiornu i jaču. U B2C ugovorima potrošač se javlja kao inferiorna strana zbog ulaska u prethodno napravljeni ugovor i nemogućnosti pregovaranja o osnovnim elementima ugovora. Trgovac se javlja kao jača strana zbog duge prakse u trgovini i on uvek priprema ugovor sa ciljem dobre ekonomske mogućnosti. Prema tome, potrošač nema izbor osim toga dali da zaključi ugovor, koji se uobičajeno zaključuje vrlo brzo, a sadržina ugovora i sve zaštitne klauzule su sastavljene od pravnih i ekonomskih eksperata kako bi se zaštitio trgovac u svakoj fazi. Uobičajena praksa u ovoj situaciji je da potrošač nije svestan sve dok se ne javi prevara ili manipulacija. Želeći da zaštiti potrošača i podstakne skalapanje ove vrste ugovora, nacionalni zakonodavac je propisao odredbe Zakona o zaštiti potrošača. Na ovaj način, dajući zaštitu potrošaču u pogledu eventualnih zloupotreba i prekršivanja potrošačkih prava, postoji mogućnost da potrošač raskine ugovor u roku od 8 radnih dana bez davanja razloga, ali u slučaju kada trgovac ne podnese pisanu informaciju za raskid ugovora u roku od tri meseci.

B2B ugovori su zastupljeni u poslovnim odnosima trgovaca i nude prednost smanjenih troškova transakcije kada trgovci koriste elektronski medijum. U ovim ugovorima ne postoje konkretne odredbe za zaštitu jer su obe strane na isti način podjednako zaštićene i pravno obaveštene pre donošenja odluke o nekoj trgovačkoj transakciji. Suprotno B2C ugovaranju, u B2B ugovorima, strane mogu da pregovaraju, daju ponude i nagađaju se o elementima ugovora i transakcije.

B2G ugovori ili ugovori između kompanija i javnih vlasti. Ovo ugovaranje je omogućeno uspostavljenim elektronskim sistemom za javne nabavke, gde ugovorni organ objavljuje reklamu za objavu javne nabavke. Kada se dostave ponude sa strane kompanija, ugovorni organ vrši pregled ponuda i bira najadekvatniju, na taj način sklapajući ugovor za e-javne nabavke sa najboljim ponuđačem. E-nabavke u javnoj administraciji efikasno olakšavaju trgovinu između vlasti i biznisa. Druge transakcije u B2G odnosu su procedure za izdavanje dozvola, plaćanje poreza, carine i druge usluge. Ove elektronske transakcije imaju za cilj podsticaj ekonomskog prosperiteta smanjenjem administrativnog tovara za osnivanje i vođenje biznisa. Prema regulatornoj reformi za biznise koji rade u Republici Makedoniji, od 2010. godine se kontinuirano radi na poboljšanju biznis klime u Makedoniji, sa ciljem usaglašavanja EU Direktiva i preporuka za elektronsku registraciju i pripremljeni su mnogi projekti: implementacija jednošalterskog sistema za dozvole za izvoz, uvoz i tranzit roba i usluga i carinskih kvota; usluge za elektronsku registraciju drugih pravnih osoba, čime se omogućava dostava zahteva za registraciju kompanija, promenu i brisanje pravnih osoba putem interneta, sa uključivanjem prethodno pripremljene elektronske dokumentacije i elektronskog sertifikata; registraciju direktnih investicija osoba koje nisu rezidenti Republike Makedonije i rezidenata u inostranstvu; elektronsko upravljanje stečajem itd.

C2C ugovori (potrošač prodaje drugom potrošaču) se sklapaju između potrošača uz pomoć internet tržišta kao: strane za e-aukcije na E-bay ili reklamne strane kao Pazar 3 u Makedoniji. U C2C ugovorima, potrošač stavlja proizvod na aukciju ili prodaju i uzda se u obezbeđivača tržišta za obezbeđenje kataloga, pretraživača, kapaciteta za zaključenje transakcije, kako bi se prikazali i platili proizvodi, a obezbeđivač tržišta dobija određenu nadoknadu. Potrošači prodaju knjige, filmove, igre, kompjutersku opremu i slično. U Republici Makedoniji ovaj način e-trgovine se povećava zbog toga što ima internet stranica koje postoje samo za reklamiranje.

13. Porezni aspekti i moguće porezne prepreke koje se odnose na prekogranične e-transakcije

Informacijsko-komunikacijske tehnologije menjaju svet u velikom obimu. Ovi revolucionarni koraci novih tehnologija omogućavaju nove načine za kupovinu i prodaju roba i usluga. Danas, fizičko prisustvo nije tako važno u sklapanju ugovora i prema tome ključno pitanje je dali treba da

se oporezuje prihod od ovih transakcija. Veliki broj vlada se boji ogromne ekspanzije interneta, a problem oporezivanja transakcija koje su u nematerijalnoj formi je globalni problem. Prema tome, mi uvodimo pitanje kako da usaglasimo nacionalne fiskalne granice sa svetom interneta?

U Republici Makedoniji, transakcije zaključene na internetu podležu tradicionalnim poreskim principima, jer ne postoji posebna pravna regulativa. Prema nacionalnot Zakon o porezu na prihod¹⁴, pravni obveznik je subjekat koji je rezident Makedonije i koji realizuje prihod u zemlji i inostranstvu i stalna delovna jedinica stranog subjekta za prihod koji realizuje od vršenja delatnosti u Republici Makedoniji. Pravni subjekat (trgovac) se treba oporezivati u Republici Makedoniji na osnovu realiziranih elektronskih transakcija u Republici Makedoniji. Isto tako, osoba zadužena za plaćanje poreza na prihod može biti i jedinica stranog subjekta koji se oporezuje za prihod od aktivnosti realiziranih u Republici Makedoniji. Jedno od važnijih pitanja je pitanje izbegavanja dvojnog oporezivanja. Prema tome, za izbegavanje dvojnog oporezivanja, rezident Republike Makedonije koji zarađuje prihod u stranoj državi plaća i porez u toj državi, zbog čega se porez treba smanjiti u njegovoj državi u meri/iznosu u kojem je porez na prihod bio plaćen u stranoj državi. Sa ciljem izbegavanja dvojnog oporezivanja građana i pravnih osoba koji zarađuju profit u inostranstvu, a istovremeno i za izbegavanje neplaćanje poreza na prihod, Republika Makedonija kontinuirano zaključuje međunarodne bilateralne ugovore sa stranim državama (35 su zaključena) koji precizno opisuju način oporezivanja prihoda i prihod generisan od nematerijalnih dobara (tantijeme).

U odgovoru na poreska pitanja povezana sa prekograničnim transakcijama ne možemo zaboraviti porez na dodanu vrednost (PDV), koji je generalni porez na potrošnju, uračunat i plaćen u svim fazama proizvodnje i trgovine.¹⁵ Subjekt oporezivanja je promet roba i usluga, kao i uvoz roba carinskim putem u Republiku Makedoniju, bezcarinske zone, carinske zone i carinska rezerva u državi. Mesto prometa usluga se smatra mesto gde subjekt ima realno sedište ili podružnicu, gde se daje realna usluga, ali mesto prometa robe je mesto gde se nalazi roba u trenutku početka procesa transporta. Suglasno Zakonu o porezu na dodanu vrednost, propisuje se povratak poreza na dodanu vrednost, što znači da ako kupac – fizička osoba nema mesto boravka u Makedoniji ili ima privremeni boravak, za robu u iznosu do 5.000 MKD osoba ima pravo na povratak poreza na dodanu vrednost za robu kupljenu u Republici Makedoniji. Ne možemo da govorimo u pogledu povratka poreza na dodanu vrednost za robu kupljenu u inostranstvu jer se to reguliše suglasno zakonodavstvu strane države.

Prema makedonskom zakonodavstvu, svaka kompanija može da vrši prodaju na internetu ako otvori račun i prihvati uslove prodaje na internetu sa istim biznis sertifikatima banaka u državi (bez posebne registracije trgovine na internetu). Plaćanje putem interneta kreditnim karticama se smatra kao negotovinsko plaćanje koje je, prema nacionalnim pravnim propisima, plaćanje za koje ne postoji obaveza izdavanja fiskalnog računa. Isto tako, elektronske fakture nisu pravno regulisane u Republici Makedoniji, što je vrlo ograničavajuće. Od pitanja e-faktura proizilazi i pitanje oporezivanja putem interneta (koji će dokaz dostaviti trgovac za oporezivanje). Tekovno, makedonski internet trgovci obavezno izdaju papirnatu fakturu kupcu, ali za potrebe evidencije vlastitog prometa postoji realno ograničenje zbog toga što su dosta često internet trgovac i potrošač fizički udaljeni i ne postoji mogućnost dostave odštampanih faktura.

Izmenе Zakona o porezu na dodanu vrednost i usvajanje podzakonskih akata kojima se regulišu elektronske fakture se smatra najadekvatnijim odgovorom za prevazilaženje ovog problema. Međutim, videćemo dali će biti tehničkih i ljudskih kapaciteta u poreskim organima za prihvatanje i kontrolu faktura u elektronskom obliku.

¹⁴ Zakon o porezu na prihod „Službene novine Republike Makedonije“ br. 80/93, 33/95, 43/95, 71/96, 28/98, 11/01, 2/02, 44/02, 51/03, 120/05, 139/06, 160/07, 159/08, 85/10, 47/11b i 135/11, Članovi 4. i 5.;

¹⁵ Zakon o porezu na dodanu vrednost „Službene novine Republike Makedonije“ br. 44/99, 59/99, 86/99, 11/00, 8/01, 21/03, 19/04, 33/06, 45/06, 101/06, 114/07, 103/08, 114/09, 133/09, 95/10, 102/10, 24/11 i 135/11, Članovi 1. i 2.;

14. Ostale prepreke koje se odnose na prekogranične e-transakcije (uvozne dažbine, carine i sl.)

Pre nekoliko godina u Republici Makedoniji za poštanske pošiljke koje uključuju proizvode koje inostrane osobe naručuju od makedonskih internet trgovaca bilo je potrebno popuniti izvozna carinsku deklaraciju i platiti carinu.

Danas je carina ukinuta, ali se mora dostaviti izvozna carinska deklaracija za svaki proizvod koji se izvozi. Skladno pravilima propisanim sa strane Narodne banke Republike Makedonija (Centralne banke), za svaku zaradu u inostranoj trgovskoj razmeni prodavanjem i izvozom roba ili usluga u inostranstvo, potrebno je popuniti i dostaviti obaveštenje o transakciji, čime se povećavaju troškovi i administrativne procedure za internet trgovca. Problem je da transakcije u e-trgovini mogu biti brojne, a iznos u svakoj od njih relativno nizak. Zbog toga, je ova obaveza podnošenja izveštaja o svim transakcijama realiziranim sa strane online trgovaca koji su se već ili žele da se prošire u inostranstvo nepotrebno opterećenje. Prema tome, Narodna banka Republike Makedonije razgleda mogućnost kumulativne obrade zarada u inostranoj trgovinskoj razmeni dobijenih elektronskom trgovinom.

U pogledu proizvoda naručenih putem interneta koji se uvoze u državu suglasno carinskim propisima, oni se kategoriziraju u proizvode koji se uvoze u obliku malih pošiljki ili poštanskih parcela. Skladno Regulativi o kriterijumima za oslobađanje plaćanja uvoznih dažbina i vrednosti, količine i tipa ili namene robe koja se može osloboditi plaćanja uvoznih dažbina¹⁶, poštanski objekti do određene vrednosti su oslobođeni carine, dok stvari iznad određene vrednosti podležu uvoznim dažbinama. Tekovno taj prag je 45 EUR, što uključuje cenu proizvoda i naknadu za poštanske usluge. Ovaj prag za oslobađanje carine na uvezenu robu u obliku poštanske parcele je prenizak, što ograničava klijenta u naručivanju proizvoda na internetu.

Drugi paradoks je razlika u naručivanju proizvoda u materijalnoj i digitalnoj formi. Tako da, za download muzike u digitalnom formatu sa interneta kroz neke online prodavnice (e-muzika) osoba ne mora da plati nikave uvozne dažbine, iako takav download može koštati više od 300 EUR. Dok, ako cena iste muzičke sadržine u materijalnoj formi (CD ili ploča) prevazilazi 45 EUR sa uključenim troškovima isporuke, podlećće uvoznim dažbinama.

15. Elektronski ugovori i zaštita ličnih podataka

Treba se posvetiti pažnja i zaštititi ličnih podataka i privatnosti u pregovaranju i realizaciji ugovora u e-ugovaranju. Zaštita ličnih podataka se garantuje enkripcijom podataka. Ovo je osobito važno kada se podaci razmenjuju ili čuvaju kod trećih strana uključenih u realizaciju ugovora.

Termin lični podaci se definiše kao svi podatci kojima se određena osoba može identifikovati kao adresa, ime, prezime, uzrast, broj telefona, e-pošta itd. Za kompaniju je vrlo važno da dobije, čuva i radi sa ovim podacima za ispunjenje obaveza koje nastaju iz ugovora. Kompanija je isto tako obavezana i posle ispunjenja ugovora, osobito posle isporuke robe, da garantuje diskreciju i da ne zloupotrebi lične podatke za druge ciljeve koji nisu dozvoljeni. Na primer, korišćenje ličnih podataka za ankete i istraživanje za kompaniju je izričito zabranjeno zakonom, ako ne postoji prethodna saglasnosti. Kompanija je obavezana da obezbedi tehničke i organizacijske mere za zaštitu ličnih podataka od neovlašćenog pristupa, korišćenjem enkripcije u prikupljanju i prenosu osetljivih podataka, a osobito podataka o kreditnim karticama. Na ovaj način kompanija ograničava pristup ličnim podacima, osobito računima kupaca kako isti ne bi bili otkriveni. Razvijena trgovačka praksa je vrlo

¹⁶ „Službene novine Republike Makedonije“ br.117/05, 88/07, 64/08 i 28/10, Član 9:

važna za sprečavanje zloupotrebe sa strane trećih osoba, kao i vrlo važna za sticanje poverenja u trgovce kod sklapanja e-ugovora.

U Republici Makedoniji, sa ciljem obezbeđivanja bolje bezbednosti u e-ugovaranju, 2005. godine je usvojen Zakon o zaštiti ličnih podataka¹⁷, gde se vrši harmonizacija u ogromnoj meri sa Direktivom 95/46/EZ Evropskog parlamenta i Evropskog saveta od 24 oktobra 1995. godine za zaštitu podataka i slobodnom kretanju podataka. Isto tako, Zakon o elektronskim komunikacijama iz 2005. godine i za zaštitu i za monitoring evropskih odredbi, u potpunosti vrši transpoziciju Direktive 2002/58/EZ u pogledu obrade ličnih podataka i zaštite privatnosti u sektoru elektronike i komunikacija. Izmene i dopune Direktive 2009/136/EZ o univerzalnim uslugama u elektronskim komunikacijama su planirane za transpoziciju u Republici Makedoniji 2012. godine izmenom i dopunom Zakona o elektronskim komunikacijama. U primeni Zakona do sada nisu registrovani ozbiljni prekršaji ličnih podataka u elektronskoj trgovini.

16. Trenutna situacija u praksi sa pružiocima usluga za certifikaciju kao izdavačima (kvalificiranih) certifikata o elektronskim potpisima

Elektronski certifikat je sredstvo koje potvrđuje elektronski potpis i omogućava osobi koja učestvuje u elektronskoj transakciji da dokaže svoj identitet drugim učesnicima u toj transakciji, što je ekvivalentno ličnoj karti. Danas, u trgovini u Makedoniji postoje samo dve firme registrovane u Ministarstvu finansija koje izdaju elektronske potpise, Clearing House, Clearing Interbank System KIBS A.D. Skopje i Makedonski Telekom A.D. Skopje. Izvesno i rastuće povećanja transakcija putem internet sa strane biznis sektora i potrošača će možda u bliskoj budućnosti dovesti do osnivanja drugih kompanija za izdavanje elektronskih certifikata.

17. Rešavanje sporova u vezi sa e-ugovorima (nacionalna sudska praksa ustanovljena do sada)

Postoje raznovrsni sporovi koji nastaju zbog ugovaranja u on-line mrežama, ali uobičajeno nastaju zbog neisporuke narudžbine, zakasnele isporuke ili lažnih informacija oko cena i proizvoda itd. Nacionalni sudovi država gde se razvija elektronsko ugovaranje se bave ovim sporovima zbog više razloga, ali iznad svega to su sporovi male vrednosti, koji su usporedno sa jedne strane beznačajni (kupovina knjiga, hrane, odeće), ali sa druge strane administrativni troškovi sudskih procesa su vrlo visoki. Dalje, pitanja se odnose na primenjivo pravo u pogledu e-trgovine i zaštite potrošača gde ima poteškoća u izvršenju stranih sudskih presuda. U Republici Makedoniji ne postoje statistike o eventualnim sporovima iz elektronskih ugovora, i pored toga što član 23. Zakona o e-trgovini propisuje mogućnost stranama za rešavanje sporova putem arbitraže. Ovaj Zakon upućuje na upotrebu odredbi za arbitražu pred arbitrima ili drugim organima za vansudsko rešavanje sporova.

18. Statistički podaci povezani sa e-ugovorima (procenat stanovništva koje koristi internet, realizovani promet e-transkacijama)

Skladno statističkim podacima, u Republici Makedoniji u januaru 2011. godine, 93% poslovnih subjekata sa 10 ili više zaposlenih su bili opremljeni kompjuterima, 88.6% je imalo pristup internetu. U pogledu elektronskih faktura adekvatnih za automatsku obradu, poslovni subjekti su primili

¹⁷ Law on Personal Data Protection, *Official Gazette of the Republic of Macedonia* No 7/05, 103/08, 124/10 and 135/11;

više (9,3%) nego što su poslali (6%). 58,9% imaju svoju internet stranu, a 10,4% obezbeđuju on-line naručivanje na internet strani.

Najkorišćenije usluge e-vlade u 2011. godini sa strane poslovnih subjekata koji imaju pristup internetu su preuzimanje formulara (78,2%) i različitih informacija (76,8%) od internet strana javnih vlasti, dok su najzastupljenije administrativne procedure realizirane elektronski (e-povratokm potpunih formulara) registrirane kod socijalnih dažbina za zaposlene (28,1%). Dalje, 24% poslovnih subjekata koji imaju pristup internetu su 2010. godine dostavili ponude za robu ili usluge putem internet sistema javnih nabavki u državi. Januara 2011. godine, polovina poslovnih subjekata sa najmanje 10 zaposlenih je koristilo politiku upotrebe telefona i interneta i video konferencije umesto fizičkog putovanja, a 31,4 % je obezbedilo zaposlenima pristup na daljinu resursima poslovnog subjekta (e-pošta, dokumenti i aplikacije) omogućavajući rad van delovnih kancelarija.

U pogledu upotrebe interneta sa strane građana, studenti i đaci su ga najviše koristili, t.j. 96,6%. 82,9% internet korisnika je koristilo internet u zadnje tri godine za učešće u socijalnim mrežama (na primer kreiranje korisničkog profila, slanje poruka ili druge sadržine putem Facebook-a, Twitter-a itd.). U prvoj polovini 2011. godine, samo 4,1% internet korisnika je korišćenjem interneta dostavljalo narudžbine za kupovinu robe za ličnu upotrebu, dok je 6,7% to uradilo u poslednjih 12 meseci, uglavnom za kupovinu odeće i sportske opreme (20,4).

22,2% osoba koje su koristile internet u poslednjih 12 meseci je koristilo usluge e-vlade za dobijanje informacija (18,2), download oficijalnih formulara (11,2%) sa internet strana javne administracije i slanje potpunjenih formulara internet stranicama javne administracije (7,4%).

Prikazani statistički podaci možda pokazuju da u Republici Makedoniji postoji tendencija povećanja internet korisnika, čak i uprkos činjenici da je e-naručivanje roba i usluga na nezadovoljavajućem nivou u poređenju sa državama zapadne Evrope. Razlog može biti nedovoljna obaveštenost građana o prednostima, strah od prevara imajući na umu da se naručeni proizvodi šalju posle plaćanja, mali broj internet trgovaca i moderni izbor roba i usluga, strah od garancije za zaštitu ličnih podataka itd. U tom pravcu, Ministarstvo informatičkog društva i administracije, sa ciljem jačanja poverenja građana u e-plaćanje i kupovinu u Republici Makedoniji, je otvorilo konkurs za izbor najboljih 50 preduzetnika koji će prezentacijom biznis plana steći e-prodavnicu i moći će da otpočnu sa prodajom njihovih proizvoda u zemlji i inostranstvu.

Vladimir Savković

ELEKTRONSKO SKLAPANJE UGOVORA

Nacionalni izvještaj za Crnu Goru

1. Trenutni status u okviru nacionalnog zakonodavstva u odnosu na transpoziciju Direktive o elektronskoj trgovini 2000/31/EC, Direktive o Okviru zajednice za elektronske potpise 1999/93/EC i Direktive 97/7/EC o prodaji na daljinu?

U Crnoj Gori su na snazi Zakon o elektronskoj trgovini ("Službeni List Crne Gore, 80/2004, i 41/2010") i Zakon o elektronskom potpisu ("Sl. list RCG", br. 55/03, 3105 i 41/2010), čime su u pretežnoj mjeri implementirane u gornjem pitanju navedene direktive o elektronskom potpisu i elektronskoj trgovini.

U Crnoj Gori je na snazi Zakon o zaštiti potrošača ("Službeni list Crne Gore", broj 26/07) koji sadrži i odjeljak kojim se propisuju prava potrošača kod ugovora o prodaji na daljinu ("distancioni ugovori" je termin upotrijebljen u Zakonu), kojim je izvršena transpozicija ključnih odredaba Direktive o prodaji na daljinu. Ipak u toku 2012. godine, očekuje se usvajanje novog Zakona o zaštiti potrošača, kojim će i prava potrošača kod ove vrste ugovora biti dodatno unaprijeđena i usklađena sa "acquis communautaire".

2. Da li je napravljena referenca u odnosu na Model zakona o elektronskoj trgovini UNCITRAL-a iz 1999. godine?

U pozitivnim propisima Crne Gore nije napravljena referenca na ovaj međunarodni instrument harmonizacije prava elektronske trgovine. Štoviše, nije napravljena ni referenca u odnosu na Konvenciju Ujedinjenih nacija o upotrebi sredstava elektronske komunikacije kod međunarodnih ugovora iz 2005. godine (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts), kojom je ovaj Model zakon naveden u pitanju br. 2. u priličnoj mjeri izgubio na svom značaju u ukupnim nastojanjima da se postigne odgovarajući stepen harmonizacije i unifikacije međunarodnog prava elektronske trgovine.

Crna Gora je potpisala pomenutu UN Konvenciju u 2007. godini, međutim, ista, još uvijek, nije ratifikovana, pa time nije ni mogla postati sastavni dio unutrašnjeg prava, a s obzirom na trenutno stanje (položena su svega dva instrumenta ratifikacije), nije za očekivati da Konvencija u bliskoj budućnosti stupi na snagu u državama potpisnicama.

3. Postoje li neki posebni nacionalni zakoni i implementirajuće (provedbene) uredbе o ugovorima koji su usvojeni u zemljama jugoistočne Evrope?

Ne postoje ovakvi propisi u pravnom sistemu Crne Gore.

4. Definicija e-ugovora u nacionalnom zakonodavstvu?

“Ugovor koji pravna i fizička lica zaključuju, šalju, primaju, raskidaju, otkazuju, pristupaju i prikazuju elektronskim putem, uz korišćenje elektronskih, optičkih ili sličnih sredstava, uključujući i prenos Internetom.” (član 3. stav 1. tačka 5. Zakona o elektronskoj trgovini Crne Gore)

5. Koliko je koraka potrebno da bi jedan izvršiv e-ugovor bio zaključen?

Primjera radi, za jedan standardan B2C ugovor potrebno je učiniti prihvat opšte ponude istaknute na internet prezentaciji ponuđača tako što se odabere proizvod koji se želi naručiti, tj. kupiti, unesu traženi podaci u vezi sa platnom karticom koja se koristi radi plaćanja usluge, kao i lični podaci (uključujući ličnu i/ili adresu na koju će biti poslat odabrani proizvod), te klikne na ikonu koja označava finalnu saglasnost za obavljanje tako uobičajene transakcije, i. e. zaključenja ugovora o kupoprodaji.

O potvrdi prijema prijehata ponude kao “koraku” koji može predstavljati *de facto* novu fazu u postupku zaključenja ugovora biće više riječi u odgovoru na pitanje 7.

6. Trenutak u kojem se e-ugovor smatra zaključenim?

“Ugovor o elektronskoj trgovini smatra se zaključenim onog trenutka kada ponuđač primi elektronsku poruku koja sadrži izjavu ponuđenog da prihvata ponudu. Ponuda i prihvat ponude, kao i druge izjave volje učinjene elektronskim putem, smatraju se primljenim kad im lice kojem su upućene može pristupiti. Kod potrošačkih ugovora nije dozvoljeno isključiti primjenu odredbe iz stava 2. ovog člana.”

Zakonodavac je ovakvim određenjem iz člana 17. Zakona o elektronskoj trgovini, na dispozitivnoj osnovi, osim kada su u pitanju potrošački ugovori, a slijedeći tekst Direktive o elektronskoj trgovini, primijenio teoriju prijehata prijehata ponude prilikom određenja trenutka zaključenja ugovora u elektronskoj formi.

7. Pravna forma (formalnost) na osnovu koje se e-ugovor smatra važećim.

Elektronska forma ugovaranja, u pogledu pravne valjanosti ugovora zaključenih u toj formi, uz manje izuzetke, u crnogorskom pravnom sistemu izjednačena je sa papirnom formom, tj. obje se mogu tretirati kao pismena (pisana) forma ugovora, tj. podvesti pod ovaj pojam.

Ako se, pak, u pitanju misli na konkretnu i specifičnu formalnost, kao na konkretan čin koji prethodi početku primjene, odnosno *de facto* predstavlja osnov za postavljanje zahtjeva za izvršenje ugovora, takvim činom bi se mogla smatrati potvrda prijehata prijehata ponude koja je utvrđena čl. 16. Zakona o elektronskoj trgovini, kod potrošačkih e-ugovora na imperativnoj i kod ostalih e-ugovora na dispozitivnoj osnovi. Time se kod elektronske ugovorne forme otvara dilema o tome da li se ovime faktički uvodi novi korak u postupak zaključenja ugovora, a s obzirom na nepoznanice u pogledu građanskopravne sankcije za neispunjenje ove obaveze.

8. Da li se ugovorima koji se zaključuju elektronskim putem (“on line”) daje jednak pravni status kao i ugovorima na papiru?

Osim u slučajevima u kojima je zakonom izričito, kao obavezna, propisana papirna forma ugovora (član 11. Zakona o elektronskoj trgovini), načelno su elektronska i papirna forma ugovora

izjednačene u pogledu pravne valjanosti. S tim što su uslovi pod kojima se jedan ugovor smatra zaključenim u elektronskoj formi detaljno propisani Zakonom o elektronskoj trgovini i posredno Zakonom o elektronskom potpisu, pa u tom smislu treba podcrtati da se ne može svaka komunikacija ostvarena preko otvorenih računarskih mreža automatski, bez provjere primjene odgovarajućih sigurnosnih kriterijuma, tretirati dovoljnom u smislu priznanja pravne valjanosti i pravnog dejstva saglasnosti volja postignutih na taj način.

Sa druge strane, Zakonom o elektronskom dokumentu (**“Sl. list CG”, broj 5/08) proklamuje se apsolutna jednakost elektronske i papirne forme, pod uslovom da ova prva zadovoljava određene tehnološke kriterijume usmjerene na zaštitu autentičnosti i postizanje trajnosti elektronskog dokumenta (u čemu se ovaj zakon posebno oslanja na Zakon o elektronskom potpisu), što nas dovodi do dileme u pogledu pravnog dejstva norme Zakona o elektronskoj trgovini kojom su izričito utvrđeni izuzeci, a kojom ćemo se baviti u odgovoru na pitanja broj 10. i 11.**

Da li postoje neki različiti specifični aspekti e-ugovora u odnosu na nacionalno ugovorno pravo kada se radi o sastavljanju ugovora (ponuda, prihvatanje, potvrđivanje, da li e-marketing (e-oglašavanje) predstavlja ponudu roba ili poziv na povlašten tretman, e-ugovori ili opći uslovi i sl.)

U odgovoru na pitanje broj 7. naznačena je specifičnost i dilema u pogledu pravnog dejstva izvršenja, odnosno građanskopravne sankcije neizvršenja obaveze potvrde prijema prihvata ponude od strane ponuđača.

Ostale specifičnosti su u B2C e-ugovorima obavezni elementi zaštite pravnih interesa kupaca-potrošača, a u pogledu obaveze da isti budu prethodno, na jasan, razumljiv i nedvosmislen način obaviješteni o postupcima koji slijede kod zaključenja ugovora, ugovornim odredbama, jezicima za zaključenje ugovora i sl.

Drugi specifični aspekti koji su prisutni vezani su za samu prirodu elektronskih sredstava komunikacije, ali suštinski predstavljaju samo razradu opštih načela i pravila ugovornog prava u specifičnim uslovima komunikacije preko otvorenih računarskih mreža, prije svih, interneta.

E-marketing može predstavljati i opštu ponudu i poziv na ponudu, zavisno od okolnosti.

9. Ugovorne transakcije koje su isključene iz primjene zakonodavstva o e-ugovorima

U članu 10. stavu 3. Zakona o elektronskoj trgovini stoji:

“Kad se elektronska poruka, odnosno elektronska forma koristi prilikom zaključenja ugovora, takvom ugovoru ne može se osporiti punovažnost samo zbog toga što je u elektronskoj formi.”

Dakle, Zakonom o elektronskoj trgovini, shodno rješenjima iz Direktive o elektronskoj trgovini, kao pravilo, istina, indirektnom stilizacijom norme, ustanovljena je jednakost elektronske i drugih ugovornih formi. Međutim, već u članu 11. Zakona, odstupljeno je od načela „zabrane tehnološke diskriminacije“, pa je tako propisano da se primjena Zakona o elektronskoj trgovini neće odnositi na ugovore koji regulišu porodične odnose, ugovore o raspolaganju imovinom za koje je potrebno odobrenje centra za socijalni rad, ugovore uređene zakonom kojim se uređuje nasljeđivanje, ugovore o poklonu, ugovore o prenosu prava svojine na nepokretnostima, ugovore za koje je posebnim zakonom propisano da se sačinjavaju u formi notarskog akta, odnosno isprave, ugovore za koje je izričito određena upotreba svojeručnog potpisa u dokumentima na papiru ili ovjera svojeručnog potpisa i ugovore o jemstvu ako je jamac lice koje djeluje izvan svoje trgovačke, poslovne ili profesionalne djelatnosti.

Međutim, ako bi smo se vodili principom *lex posterior derogat legi priori*, onda bi se odredbe člana 4. i 5. Zakona o elektronskom dokumentu ("Sl. list CG", broj 5/08) mogle tumačiti kao derogacija ovdje navedenih izuzetaka iz Zakona o elektronskoj trgovini.

Više o tome u odgovoru na sljedeće pitanje.

10. Jednakost elektronske dokumentacije u ugovornim predmetima

Član 4. Zakona o elektronskom dokumentu glasi:

"Upotreba i promet elektronskog dokumenta za potrebe pravnog odnosno fizičkog lica može da se vrši samo na osnovu izričito i slobodno izražene volje o prihvatanju upotrebe elektronskog dokumenta za lične i poslovne potrebe i druge odnose. Pravno odnosno fizičko lice, iz stava 1. ovog člana, ne može odbiti elektronski dokument samo zbog toga što je sačinjen, korišćen i stavljen u promet u elektronskoj formi."

Član 5. potvrđuje namjeru zakonodavca iz stava 2. člana 4. da elektronsku formu dokumenta, bez ikakvih izuzetaka u daljem tekstu Zakona, izjednači sa papirnom formom dokumenta:

"Elektronski dokument ima istu pravnu valjanost kao dokument sačinjen na papiru ako:

- 1) je izrađen, otpremljen, primljen, čuvan i skladišten primjenom dostupne informacione tehnologije;***
- 2) u potpunosti ispunjava uslove iz člana 6. ovog zakona;***
- 3) sadrži osnovnu strukturu utvrđenu članom 7. ovog zakona;***
- 4) se može prikazati u formi koja je saglasna obrascu utvrđenom u članu 8. ovog zakona."***

Dakle, ukoliko zadovolji određene uslove u pogledu zaštite autentičnosti i trajnosti dokumenta, te bezbjednosti komunikacije, odnosno njegovog prenosa, elektronski dokument je jednak po svojoj pravnoj valjanosti papirnom, i to bez izuzetaka, u skladu sa ovim zakonom.

Nadovezujući se na dilemu iz prethodnog pitanja, da li se Zakonom o elektronskom dokumentu kao kasnijem u vremenu, derogiraju odredbe Zakona o elektronskoj trgovini, dodajemo joj na ovom mjestu još jednu.

Da li se u ugovornoj materiji Zakon o elektronskoj trgovini može tretirati kao *lex specialis* u odnosu na Zakon o elektronskom dokumentu?

Logičan odgovor je, smatramo, ipak, afirmativan, što dalje znači da izuzeci propisani Zakonom o elektronskoj trgovini i danas predstavljaju dio pozitivnog prava Crne Gore, tim prije što i sudska praksa stoji na istom stanovištu. Ipak, odsustvo sinhronizacije propisa u ovako značajnoj materiji problem je kojim se zakonodavac u Crnoj Gori u najskorijoj budućnosti mora pozabaviti.

11. E-ugovori u kontekstu B2B, B2C i B2G.

U Crnoj Gori su po brojnosti najzastupljeniji B2C ugovori, što je pravilo i u komparativnim iskustvima. Ono što je specifičnost Crne Gore u tom pogledu jeste da je, usljed nerazvijenosti informatičke zajednice u Crnoj Gori (i pored nesporne infrastrukture i kadrovskog potencijala), ogromna većina tih ugovora prekograničnog karaktera, te da sadrži element inostranosti na strani subjekata ugovornog odnosa. To, naravno, povlači čitav niz u domaćem pravu, još uvijek, neotvorenih problema u vezi sa primjenom pravila međunarodnog privatnog prava.

B2B ugovori prisutni su u značajnijoj mjeri samo u finansijskom poslovanju i na tržištu kapitala, gdje predstavljaju pravilo u poslovanju, isto kao što u ostalim privrednim oblastima, u manjoj ili većoj mjeri, predstavljaju izuzetak.

B2G ugovori još uvijek nijesu zaživjeli u Crnoj Gori, ali postoje značajni napori u tom pravcu (e. g. projekat "Elektronska Vlada").

12. Poreski aspekti i moguće poreske prepreke koje se odnose na prekogranične e-transakcije

Ne postoji poseban poreskopравни tretman ovih ugovora, niti, s tim u vezi, posebne poreske prepreke za prekogranične e-transakcije.

13. Ostale prepreke koje se odnose na prekogranične e-transakcije (uvozne dažbine, carinske i sl.)

Autoru ovih odgovora nije poznato da takve prepreke postoje.

14. E-ugovori i zaštita ličnih podataka.

U Crnoj Gori postoji na standardima prava Evropske unije zasnovan Zakon o zaštiti ličnih podataka ("Službeni list Crne Gore" 79/2008) koji se odnosi i na podatke do kojih se dolazi i koji se prikupljaju upotrebom elektronskih sredstava komunikacije. Pored ovog Zakona, prije svih, Zakon o elektronskom dokumentu, ali i Zakon o elektronskom potpisu (kao i podzakonski akti donijeti u cilju primjene ovog Zakona) sadrže čitav niz kriterijuma izrade elektronskog dokumenta, čijom se primjenom postiže pravna valjanost samog dokumenta, a koji se, između ostalog, odnose i na nepovredivost sadržine elektronskog dokumenta, tj. njegovu autentičnost, na jednoj strani, te zaštitu tajnosti istog, na drugoj strani.

15. Trenutna situacija u praksi sa sertifikacijom – pružaoci usluga, kao izdavači (kvalificiranih) certifikata o elektronskim potpisima.

Jedini ovlašćeni pružalac usluga sertifikovanja naprednih elektronskih potpisa u Crnoj Gori je Pošta Crne Gore. U ovom trenutku, napredne – digitalne elektronske potpise koristi mali broj fizičkih i pravnih lica (ispod 1.000), s tim što ih samo izuzetno koriste u međusobnoj komunikaciji, odnosno, pretežno ih koriste u komunikaciji sa državnim organima (Uprava prihoda, Uprava carina, Komisija za javne nabavke i sl.)

Nadležan za izdavanje dozvola za obavljanje usluga sertifikovanja naprednih elektronskih potpisa je Sekretarijat za razvoj Vlade Crne Gore.

16. Rješavanje sporova u vezi sa e-ugovorima (nacionalna sudska praksa ustanovljena dosad)

U odnosu na razvijene tržišne ekonomije, vrlo je mali broj, odnosno procenat od ukupnog broja ugovora, onih koji su zaključeni u elektronskoj formi. Naime, kako građani, tako ni privredna društva nijesu povjerljiva prema elektronskoj formi ugovaranja. Izuzetak je ovdje trgovina na berzi

hartija od vrijednosti, koja se može obavljati isključivo elektronskim putem. Ipak, postojeća i ne tako ekstenzivna sudska praksa u sporovima nastalim u vezi sa zaključenjem i primjenom ovih ugovora rijetko se bavi specifičnim pravnim problemima nastalim kao rezultat primjene elektronsko-informacionih tehnologija u zaključenju ugovora. Naprotiv, iskustva pokazuju da kada tome i ima mjesta, upravo zbog nepoznavanja i nerazumijevanja regulatornog okvira u dijelu posebnih propisa koji se primjenjuju na ugovore zaključene u elektronskoj formi, sporovi najčešće idu u pravcu skretanja toka tih postupaka sa specifičnih pravnih aspekata postupka zaključenja ugovora elektronskim putem.

17. Raspoloživi statistički podaci koji se odnose na e-ugovore (procenat stanovništva koji se koristi internetom, promet ostvaren putem e-transakcija)

Prema rezultatima popisa iz 2011. godine nešto je iznad 40% procenat stanovništva koji je "kompjuterski pismen", tj. poznaje ili djelimično poznaje rad na računaru.

Kada je u pitanju obim prometa ostvaren putem e-transakcija, ne postoje relevantni podaci na nivou Crne Gore, ali je, sasvim je sigurno, još uvijek riječ o malom procentu.

Contact:

South East European Law School Network (SEELS)

Centre for SEELS

Faculty of Law "Iustinianus Primus"

Blvd. Krste Petkov Misirkov NN

1000, Skopje, Macedonia

www.seelawschool.org

centre@seelawschool.org
