

НЕПРАВИЧНЕ ОДРЕДБЕ У ПОТРОШАЧКИМ УГОВОРИМА У РЕГУЛАТИВИ ЕУ И СРПСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Апстракт

Тема неправичних одредаба у потрошачким уговорима не само да је правно интересантна, већ се тиче у данашње време свакако најшире категорије физичких лица, а то су потрошачи. Усложњавање (глобализација) тржишта и појава нових медија продаје (поузећем, електронски итд.) која је доживела велики бум у другој половини XX века, довела је до једне велике несразмере између мега трговаца (и мега трговачких ланаца) са једне и потрошача са друге стране остављајући широк простор за манипулацију. Да би заштитиле потрошаче државе су путем државно-правних механизма прибегле доношењу *lex specialisa* за ову област, а потрудиле су се да створе и међународне оквире кроз различите Директиве ЕУ. Кроз имплементацију ових директива државе чланице ЕУ, али и земље кандидати за чланство, гарантују минимум правне заштите потрошачима, остављајући простор за строжију унутрашњу регулативу. Рад представља решења ЕУ и српског законодавства, и то не само кроз Директиве и Закон о заштити потрошача, већ и шире анализирајући овај појам кроз Закон о облигационим односима.

Кључне речи: облигационо право, заштита потрошача, уговори по приступу, неправична одредба у потрошачким уговорима.

1. Увод

Не чуди што се у Европској Унији, у земљама кандидатима за чланство, али и код нас поклања велика пажња заштити потрошача. Први разлог је то што су неке од основних идеја ЕЕЗ, а касније ЕУ управо слобода кретања робе, капитала и јединствено тржиште.

¹ дипломирани правник- мастер, спољни сарадник, Институт за Упоредно право, Београд, mail: sanja.prlja@gmail.com

Стварање јединственог тржишта подразумева једнак третман домаћих и увезених производа, поштујући као темељно правило о забрани дискриминаторског понашања држава чланица.² Други разлог је свакако изузетно велики број тако закључених уговора, у којима су уговорне стране неједнаког знања, искуства, економске моћи. Са једне стране имамо велику компанију која продаје робу или пружа услугу (правно или физичко лице које се професионално бави трговачком делатношћу), а са друге стране потрошача (купца), најчешће лаика кога треба заштитити, а заштићен може бити само човек који је добро информисан која су његова права и обавезе.

Ипак не можемо, а да не приметимо да је у нашој земљи заштита потрошача, иако законом добро регулисана, у реалном животу тек у повоју. Сви они који су имали ту срећу и задовољство да бораве у САД-у и као потрошачи купују робу тамо, кажу да је то прави потрошачки рај. Зашто? Управо због либералне политике враћања купљене робе.

Прописи о заштити потрошача САД-а гарантују право потрошачима да купљену робу могу да врате у сваком тренутку трговцу и то у било којој радњи (ако је роба купљена у ланцу трговина, не мора се вратити баш у оној радњи у којој је купљена, већ у било којој другој истог ланца трговине), а рокови за враћање купљене робе су различити.³

Афирмацији заштите потрошача и прокламовању основних права потрошача у многоме је допринео амерички председник Џон Фицџералд Кенеди. У познатом говору пред Конгресом САД-а 15. марта 1962. године он је објавио четири основна права потрошача: право да зна, да буде заштићен, да бира и да буде информисан. Проглашење 15. марта за Светски дан потрошача управо је везано за чувени Кенедијев говор и прокламовање његових права потрошача.⁴

Важно је на самом почетку направити разлику два појама: потрошачког и уговорног потрошачког права. Појам потрошачког права далеко је шири од појма уговорног потрошачког права. Европско уговорно потрошачко право чине:

- 1) Директиве (Директива о истицању цена, Директива о продаји ван пословних простоирија, Директива о продаји на даљину, Директива о електронској трговини, Директива о путним аранжманима,

² М. Јовановић Затила, *Право потрошача*, Центар за публикације Правног факултета, Ниш 2013, 32.

³ Скупштина РС, Одељење за информативно-истраживачке и библиотечке послове, одсек за информативно-истраживачке послове, Предлог закона о заштити потрошача, <http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/organizacija-i-strucna-sluzba/biblioteka-narodne-skupstine.1506.html>, 12. март 2015.

⁴ *Ibid.*

Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима)
2) пракса Европског суда правде (даје одговор на поједина питања)

Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима дефинише која се то лица имају сматрати потрошачем, а која продавцем, односно пружаоцем услуга.

Потрошачем се по правилима Директиве 93/13/ЕЕЗ о неправичним одредбама у потрошачким уговорима сматра свако физичко лице које закључује уговор с продавцем, односно пружаоцем услуга, и то изван своје делатност, професије или заната. Под продавцем, односно пружаоцем услуга, подразумева се свако физичко или правно лице које закључује уговор с потрошачем у оквиру своје делатности, професије или заната.⁵ Потрошаки уговор, онда сасвим логично, можемо дефинисати као уговор који закључују потрошач и трговац.

Проблем економске несразмере у уговорима, различитог искуства и стручности уговорника, постоји одувек, а већина потрошачких уговора су уговори по приступу. Уговори по приступу данас се закључују ради уређења односа између компанија које пружају комуналне услуге (водовод, електрична енергија, градска чистоћа, телефон, телевизија, интернет, итд.) и њихових потрошача, али и компанија које пружају неке друге врсте услуга (осигурање, транспорт, итд.) и њихових потрошача. Код ових уговора једна уговорна страна једнострано унапред утврђује све, или готово све услове уговора, а друга страна само прихвата те услове без могућности да их мења. Друга страна најчешће приступа овако формулисаном уговору на брзину. Наравно ови уговори су изузетно погодни за велике компаније које на овај начин смањују своје трошкове и убрзавају пословање.⁶

Постоје три критеријума на основу којих уговорну одредбу по правилима Директиве о неправичним одредбама у потрошачким уговорима 93/13/ЕЕЗ сматрамо неправичном:

- 1) да је у питању уговорна клаузула о којој се није индивидуално преговарало
- 2) да је противна начелу савесности и поштења
- 3) да постоји значајна неравнотежа у преговарачким позицијама.

Поред општег правила о томе које се уговорне одредбе имају

⁵ Council Directive 93/13 EEC of 5 april 1993 on unfair terms in consumer contracts, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML>, 14.03.2015.

⁶ C. Willett, *Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms*, Ashgate Publishing Company, Hampshire 2007, 16.

сматрати неправичним, директива садржи и црну и сиву листу.⁷

С обзиром да се правила Директиве не примењују на посебне погодбе, тј. на уговорне одредбе са споразумно одређеном садржином, већ само на оне одредбе у потрошачком уговору о чијој садржини продавац, односно пружалац услуга, није посебно преговарао са потрошачем. Такве уговорне одредбе деле се на:

- 1) стандардне, тј. опште уговорне одредбе
- 2) одредбе које је продавац, тј. пружалац услуга, унапред формулисао за потребе закључења уговора са одређеним потрошачем.

Прве, опште одредбе, важе за све потрошаче који ступају у одређени тип уговорног односа с продавцем, односно пружаоцем услуга. Друге, унапред формулисане одредбе, посебно су уговорене с неким потрошачем, али тако што им је садржину одредио продавац, односно пружалац услуга.⁸

Идеја о заштити једне стране у уговорима путем елиминације неправичних уговорних одредаба, која је касније довела до израде законских решења, развила се у крилу теорије о уговорима по приступу. Како се појам уговора по приступу често може помешати са општим условима уговора или формуларним уговорима сматрамо да је изузетно корисно разграничити ове појмове.

2. Уговори по приступу као општи теоријски оквир за концепт неправичних уговорних одредаба

Код уговора са споразумно одређеном садржином обе стране споразумно одређују елементе и услове уговора, а сагласност воља се јавља као резултат претходног погађања. За разлику од њих код уговора по приступу, једна страна унапред одређује елементе и опште услове уговора преко једне опште и сталне понуде, а друга страна само приступа тако учињеној понуди. Поред термина уговор по приступу, употребљавају се још и следећи термини: формуларни уговори, адхезиони, типски, масовни, шаблонски.⁹

Употреба типских (формуларних) уговора у привреди сваке земље данас је у толикој мери порасла да чини 95% свих закључених уговора. Од паркирања аутомобила, па до уговора о куповини истих, закупа непокретности, потрошачких кредита, лизинга,

⁷ Council Directive 93/13 EEC of 5 april 1993 on unfair terms in consumer contracts, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML>, 14.03.2015.

⁸ М. Караникић Мирић, „Неправичне одредбе у потрошачким уговорима“, Правни капацитет Србије за европске интеграције: Зборник радова књига IV, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 130.

⁹ С. Перовић, Д. Стојановић, Коментар ЗОО, Правни факултет, Крагујевац 1980, 454-455.

осигурања, превоза, туристичких пакет аранжмана, различитих врста банкарских услуга. Ове уговоре по правилу припрема једна уговорна страна (продавац или давалац услуга), презентира их другој уговорној страни (потрошачу), која најчешће није у стању да измени било шта у тако предложеном формулару, већ га *en bloc* прихвата. Највећи број ових уговора закључује се на брзину, тако да потрошач нема ни времена, а често ни потребног знања да се упозна са текстом тако предложеног уговора. И све док не настане спор потрошач није свестан онога шта је потписао.¹⁰

Општи услови су одредбе уговора утврђене једнострано, на општи и апстрактан начин, без преговора са другом уговорном страном. Они су садржина уговора по приступу. Обележја општих услова су: да су утврђени једнострано, да имају апстрактну садржину, имају општу примену, њиховом састављању не претходе преговори и они су садржина уговора по приступу.¹¹

Немогућност измене ипак није суштинска за уговор по приступу. Од тога је битније то што на једној страни имамо вољу стипуланта да она буде примењена на општи начин, а на другој страни поковавање адхерента другој уговорној страни од које очекује престацију, без жеље или могућности да понуди учешће у изради уговора. Најчешће у свакодневном животу адхерент хоће брзо и лако да закључи уговор, а не да преговара о измени уговора која би му одузимала време, а опет нудила неизванстан исход.¹²

Да би општи услови постали доступни свим потенцијалним адхерентима они морају бити одштампани на папиру, а сада са развојем технологије можемо бранити став и да могу бити доступни у електронском облику (што је данас врло лако доказати).

3. Уређење неправичних уговорних одредаба у Закону о облигационим односима

Закон о облигационим односима у члану 142. став 1. каже да општи услови одређени од стране једног уговарача, било да су садржани у “формуларном уговору”, “било да се на њих уговор позива”, допуњују посебне погодбе утврђене међу уговарачима у истом уговору, и по правилу обавезују као и ове. То значи да ЗОО разликује два вида у којима се појављују општи услови. Први вид су општи услови садржани у формуларном уговору и они садрже све

¹⁰ М. Јовановић Затила, 60.

¹¹ М. Ђурђевић, Уговор по приступу, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду 2001, 31.

¹² *Ibid.*, 34.

елементе и битне услове и споредне тачке, а други вид општи услови на које се уговор позива и они садрже само битне услове, а не садрже споредне тачке. У истом члану законодавац каже да се општи услови морају објавити на уобичајан начин, да обавезују уговорну страну ако су јој били познати или морали бити познати у часу закључења уговора и да у случају неслагања општих услова и посебних погодби важе посебне погодбе.¹³

За разлику од закона који препознаје опште услове у два облика, у свакодневном животу општи услови налазе се на разним местима нпр. у каталозима са прехранбеним производима, техником или шминком које нам убацују у поштанско сандуче, било физички било електронски.

У члану 143. ЗОО законодавац дефинише ништавост неких одредаба општих услова. Ништаве су одредбе општих услова противне циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, чак и ако су општи услови одобрени од стране надлежног органа. Суд може одбити примену појединих одредби општих услова које лишавају другу страну права да стави приговоре, на основу којих она губи права из уговора, губи рокове, или које су иначе неправичне или претерано строге према њој.¹⁴

У Правној енциклопедији правичност (праведност) дефинише се као сагласност са правдом, а правда као начело према коме треба дати сваком оно што му припада.¹⁵ Грађанско право темељи се на начелима: аутономије воље (слободне иницијативе, диспозиције), правне једнакости (равноправности, координације), преносивости права и обавеза (прометљивости, отуђивости и могућности одрицања), имовинске санкције и начелу заштите на приватни захтев. Начело аутономије воље препушта уговорној страни слободу уговарања - субјект је слободан да закључи, или не закључи уговор, ако одлучи да га закључи слободан је да изабере с ким ће, када, где, које ће садржине бити. Начело правне једнакости налаже да грађанскоправне норме, по правилу, доводе странке у правном односу у правно једнаке положаје. Изједначавање субјеката, које врши грађанскоправна норма, јесте, наравно, само правно. Грађанскоправним нормама није сврха да субјекте и стварно изједначе, нити би то могле (увек је једна страна економски јача или искуснија, стручнија, вештија, психолошки надмоћнија итд.).¹⁶

Принцип правичности налаже да у двостраним уговорима буде успостављена једнакост у узајамним давањима, тако да обавеза сваке

¹³ Закон о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/1978, 39/85, 45/89, чл. 142.

¹⁴ *Ibid.* чл. 143.

¹⁵ Правна енциклопедија 2, Савремена администрација, Београд 1985, 1213.

¹⁶ О. Станковић, В. Водинелић, Увод у грађанско право, Номос, Београд 2007, 251-256.

стране у уговору мора имати свој еквивалент у обавези друге стране.¹⁷

Уопштено би се могло рећи да је неправична одредба она одредба која има циљ да искључи последице деловања принципа еквиваленције у двостраним уговорима.¹⁸

Нееквиваленција која постоји код неправичних одредаба општих услова уговора није једини институт у ЗОО где постоји несразмера у престацијама уговорних страна.

Прекомерно оштећење постоји ако је између обавеза уговорних страна у двостраном уговору у време закључења уговора постојала очигледна несразмера узајамних давања, оштећена страна може захтевати поништење уговора ако за праву вредност тада није знала нити је морала знати.¹⁹ Потребни услови су: да је уговор теретан, да постоји одређени степен несразмере у престацијама и да постоји заблуда о вредности противпрестације код оштећеног. Право да се захтева поништење уговора престаје истеком рока од једне године од његовог закључења.²⁰ Грађанскоправна санкција за уговор код кога постоји прекомерно оштећење је рушљивост.

Зеленашки уговор је ништав уговор којим неко, користећи се стањем нужде или тешким материјалним стањем другог, његовим недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу, уговори за себе или за неког трећег корист која је у очигледној несразмери са оним што је он другом дао или учинио, или се обавезао дати или учинити.²¹ Потребни услови су: да је уговор теретан, да постоји одређени степен несразмере у престацијама, да постоји пристанак оштећеног услед неке врсте мане воље (стање нужде, тешко материјално стање, недовољно искуство, лакомисленост, однос зависности према зеленашу) и да постоји несавесност зеленаша. Грађанскоправна санкција за зеленашки уговор је апсолутна ништавост.

Раскид или измена уговора због промењених околности (*Rebus sic stantibus*) регулише случај када после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране или ако се због њих не може остварити сврха уговора, а у једном и у другом случају у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је, страна којој је

¹⁷ С. Перовић, “Комутативна правда и накнада штете”, Правни живот, 9-10/1992, 99.

¹⁸ М. Ђурђевић, “Примена правила о неправичним одредбама општих услова формуларних уговора после доношења Закона о заштити потрошача”, Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније, Правни факултет, Београд 2012, 384.

¹⁹ ЗОО, чл. 139 ст. 1.

²⁰ *Ibid.*, чл. 139 ст. 2.

²¹ *Ibid.*, чл. 141.

отежано испуњење обавезе, односно страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора, може захтевати да се уговор раскине.²²

Несразмера узајамних давања код друге врсте уговора може постојати због њихове природе, али не као правно релевантна чињеница.²³

4. Уређење неправичних уговорних одредаба у законодавству о заштити потрошача

Према одредбама ЗЗП, значајна несразмера у обавезама уговорних страна на штету потрошача, представља само један од услова довољних да се уговорна одредба квалификује као неправична и последично ништава.²⁴

ЗЗП предвиђа алтернативно три услова чијим испуњењем се одређена одредба у потрошачком уговору има сматрати неправичном, а то су:

- 1) да је противна начелу савесности и поштења
- 2) да постоји нееквиваленција
- 3) да је одредба противна захтеву јавности у поступању трговца.²⁵

Опште правило ЗЗП које се одредбе имају сматрати неправичним у чл. 43 каже да је неправична свака одредба која противно начелу савесности и поштења има за последицу значајну несразмеру у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача. Критеријуми на основу којих се одлучује да ли је одређена одредба уговора неправична су и: природа робе или услуга, околности под којима је уговор закључен, остале одредбе истог уговора или другог уговора са којим је уговор у вези као и начин на који је постигнута сагласност о садржини.²⁶

Поред овог општег правила ЗЗП законодавац је по угледу на Директиву 93/13 ЕЕЗ имплементирао и две листе црну и сиву са

²² *Ibid.*, чл. 133 ст. 1.

²³ Код добротних уговора нпр. уговора о поклону, поклонодавац даје или обећава поклонопримцу (обдареном) бесплатно и добровољно одређену ствар, а поклонопримац то прихвата, уз обавезу благодарности према поклонодавцу. Код алеаторних уговора, односно уговора на срећу, уговорне стране свесно одступају од начела еквиваленције и не могу се жалити ако наступање допле неизвесног догађаја доведе до несразмерне користи једне и губитка друге стране, јер су оне управо за такав случај преузеле на себе ризик несразмерности.

²⁴ М. Караникић Мирић, „Шта је ново у српском уговорном (потрошачком) праву?“, Правни капацитет Србије за европске интеграције: Зборник радова књига V, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 136, 137.

²⁵ Закон о заштити потрошача, Сл. Гласник РС, бр. 62/2014., у чл. 41 каже да уговорна одредба обавезује потрошача ако је изражена једноставним, јасним и разумљивим језиком и ако би је схватио разуман човек потрошачевог знања и искуства.

²⁶ ЗЗП чл. 43

таксативно набројаним случајевима. На црној листи²⁷ су уговорне одредбе које се сматрају неправичним без обзира на околности случаја (чл. 44 ЗЗП) и не може се доказивати другачије, док су на сивој листи²⁸ уговорне одредбе за које се предпоставља да су неправичне, ако се не докаже другачије (чл. 45 ЗЗП).

Директива 93/13 ЕУ односи се само на оне одредбе у потрошачком уговору о чијој садржини трговац није посебно преговарао с потрошачем. Међутим, минимални карактер ове директиве оставља простор да држава која настоји да властито унутрашње право усклади с правом Европске уније пропише апсолутну ништавост као грађанскоправну последицу свих неправичних одредаба потрошачких уговора, укључујући посебне

²⁷ На црној листи налази се: искључење или ограничење одговорности за случај смрти или телесних повреда потрошача које су последица чињења или пропуштања трговца; ограничење обавезе трговца да изврши, односно преузме обавезе које је у име или за рачун трговца прихватио његов пуномоћник, као и стављање ове обавезе под услов чије испуњење зависи искључиво од трговца; искључење или ограничење права потрошача да покрене поступак или да употреби друго правно средство за заштиту својих права, а посебно обвезивање потрошача на решавање спорова пред арбитражом на начин који је у супротности с одредбама закона којим се уређује арбитражно решавање спорова; спречавање или ограничење могућности да се потрошач упозна с доказима; пребацивање терета доказивања на потрошача у случају да терет доказивања по закону лежи на трговцу; уговарање да трговац има право да утврди да ли су испоручена роба или пружене услуге у складу са уговором; као и уговарање да трговац има искључиво право тумачења уговорних одредаба.

²⁸ Сива листа обухвата : ограничење или искључење права потрошача према трговцу или трећој страни у случају потпуног или делимичног неиспуњења било које уговорне обавезе трговца, укључујући ограничење или искључење права потрошача да пребије потраживање које има према трговцу с оним што овај потражује од њега; давање овлашћења трговцу да задржи оно што је примио од потрошача у случају да потрошач повреди уговорну обавезу или одбије да закључи уговор ако се не установи исто право потрошача у случају да трговац повреди уговорну обавезу или одбије да закључи уговор; обавезивање који је повредио уговорну обавезу да трговцу плати накнаду у износу који значајно премашује износ претрпљене штете; право трговца да једнострано раскине уговор кад год хоће, ако исто право није гарантовано потрошачу; право трговца да раскине уговор закључен на неодређено време без остављања примереног отказног рока, осим у случају да потрошач не извршава своје уговорне обавезе; прећутно продужење уговора закљученог на одређено време у случају да га потрошач благовремено не откаже, ако је уговорен несразмерно дуг отказни рок; право трговца да цену робе одреди у време испоруке, или да на било који начин повећа уговорену цену, ако није уговорено право потрошача да у том случају раскине уговор; обавезивање потрошача да изврши све своје уговорне обавезе и у случају да трговац не изврши своје уговорне обавезе у целини; давање овлашћења трговцу да уговорне обавезе пренесе на треће лице без сагласности потрошача; ограничавање права потрошача да препрода робу, тако што се ограничава преносивост уговорне гаранције коју је дао трговац; давање овлашћења трговцу да једнострано мења садржину уговорних одредаба, укључујући обележја робе или услуга; једнострана измена уговорних одредаба које су потрошачу саопштене на трајном носачу записа, тако што му се електронским путем саопштавају нове одредбе с којима се потрошач није сагласио.

погодбе, тј. оне уговорне одредбе чију су садржину уговорне стране споразумно одредиле.

4.1. Грађанско-правна санкција за неправичну одредбу у потрошачком уговору

Грађанско правна санкција за неправичне одредбе потрошачког уговора је апсолутна ништавост. Опште је правило да ништавост једне уговорне одредбе не повлачи ништавост уговора у целини ако он може опстати без ништаве одредбе и ако она није била ни услов ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен.

Према одредбама ЗЗП, суд *ex officio* испитује правичност и последичну ништавост свих одредаба у потрошачким уговорима. Ту се не мисли само на стандардне одредбе адхезионих уговора, него и на одредбе о којима је потрошач преговарао или могао да преговара са трговцем.²⁹

Последице ништавости су такве да у случају ништавости уговора свака страна уговорница дужна је да врати другој све оно што је примила по основу таквог уговора, а ако то није могуће, или ако се природа оног што је испуњено противи враћању, има се дати одговарајућа накнада у новцу, према ценама у време доношења судске одлуке, уколико закон што друго не одређује. Ако је уговор ништав због тога што је по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, суд може одбити, у целини или делимично, захтев несавесне стране за враћање оног што је другој страни дала, а може и одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног уговора преда општини на чијој територији она има средиште, пребивалиште или боравиште. Приликом одлучивања, суд ће водити рачуна о савесности једне, односно обеју страна, о значају угроженог добра или интереса, као и о моралним схватањима.³⁰

Основно питање јесте: Која лица могу захтевати поништење једне или више таквих уговорних одредаба у конкретном случају?

Поништење може тражити свако заинтересовано лице, а то су пре свега: стране уговорнице, њихови сукцесори у правном односу (или правни следбеници), наследници, али и државни орган који вођењем неког другог поступка (или прегледом пословних књига правног лица) дође до сазнања о постојању ништавости уговорне одредбе.

Правила ЗОО о неправичним уговорним одредбама примењују се на све грађаскоправне уговоре, а примењују се и на уговоре у

²⁹ М. Караникић Мирић, (2010), 136.

³⁰ ЗОО, чл. 104 ст. 1, 2, 3.

привреди осим ако посебан закон *lex specialis* код уговора у привреди не уређује другачије.

Право на истицање ништавости не гаси се³¹, тј. поништење није везано ни за какав рок.

5. Сличности и разлике ЗЗП и ЗОО

Начело *In dubio contra stipulatorem* (у сумњи против састављача) инкорпорисано је у тексту оба закона. ЗОО у чл. 100 каже да када је уговор закључен према унапред одштампаном садржају, или на други начин припремљен и предложен од стране једне уговорне стране, нејасне одредбе тумаче се у корист друге. ЗЗП у чл. 42 каже да се нејасне одредбе уговора закљученог између потрошача и трговца тумаче у корист потрошача.

Што се тиче делимичне ништавости ЗОО у чл. 105 каже да ништавост неке уговорне одредбе не повлачи ништавост самог уговора, ако он може опстати без ништаве одредбе и ако она није била ни услов ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен. ЗЗП-а у чл. 3 каже да ништавост поједине одредбе уговора не подразумева ништавост целог уговора, ако уговор може да производи правно дејство без те одредбе.

Разлике постоје када су у питању појмови: потрошачки уговор, трговац и потрошач. Наиме ЗОО не познаје појам потрошача и трговца, док ЗЗП у чл. 5 изричито каже која се то лица имају сматрати трговцем и потрошачем. Свако физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности јесте потрошач. Трговац се дефинише као правно или физичко лице које наступа на тржишту у оквиру своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе, укључујући и друга лица која послују у његово име и за његов рачун.

Одредбе ЗОО примењују се на В2С (business-to-consumer), В2В (business-to-business) и Р2Р (person to person) трансакције. Тачније ЗОО не прави разлику између потрошачких уговора и оних који то нису, него се примењује на све уговоре грађанског права, без обзира на то да ли су уговорне стране правна или физичка лица. Закон садржи неке одредбе чија је примена ограничена на уговоре у привреди - који се могу посматрати као функционални еквивалент В2В трансакција. ЗОО у својим одредбама не одређује поступак ни судске ни административне контроле неправичних одредаба. Исто

³¹ ЗОО, чл.110.

тако, ЗОО не садржи правила о колективним тужбама односно о процесним средствима заштите колективних потрошачких права и њихових правом заштићених интереса.³²

Потрошачки уговори као такви регулисани су посебним законом (ЗЗП-а) који се односи на В2С и Р2Р уговоре, али они *de facto* уживају и ону заштиту која им припада на основу ЗОО. Управо зато могуће је замислити ситуацију у којој суд, уколико одређену одредбу не може прогласити ништавом по ЗЗП, исту прогласи ништавом по ЗОО, а можемо приметити да се српски судови у потрошачким споровима и даље радије позивају на ЗОО него на ЗЗП-а. Такав став судске праксе поткрепљен је и чл. 3. став 7 ЗЗП-а који каже да се на односе потрошача и трговца који нису уређени одредбама закона о заштити потрошача има применити ЗОО.

5.1. Појам потрошача и појам трговца (примена закона *ratione personae*)

Многи појмови користе се како у праву тако и у свакодневном животу што понекад може представљати проблем због непоклапања значења односног појма у ова два реалитета па зато правници најчешће анализу суштине једног института почињу терминолошком расправом.

Под трговцем се у нашем језику од највеће старине подразумевало свако лице које нуди неке своје или туђе производе на продају. Сама реч трговац потиче од речи трг, тј. од места где су се уговори склапали, од места где се одвијао промет роба. Можемо приметити да је народ одмах уочио разлику између некога ко закључује један уговор продајући неку ствар и лица које у поступку раслојавања друштва преузима одређену функцију тргујући одређеним робама. Тако, на пример, онај ко би продавао рецимо једну краву није сматран трговцем, за разлику од онога ко је нудио већи број грла. Да ствар буде још компликованија срећемо се и са синтагмама које се добрано удаљавају од економског и правног живота, па ћемо чути да неко тргује моралом или на пример маглом.

Термин потрошач још је компликованији и вишезначнији јер се примарно односи на лице, како правно тако и физичко које конзумира одређени производ или услугу; дакле појам се може односити како на лице које је са трговцем (продавцем) закључило уговор о купопродаји, тако и на широк круг трећих лица, па чак и на ствари. Често ћемо чути да је неки уређај велики или мали потрошач

³² М. Караникић Мирић, „Неправичне одредбе у уговорном праву Републике Србије“, Форум за грађанско право за југоисточну Европу: Избор радова и анализа, Друга регионална конференција Скопље, 2012, књига II, Центар СЕЛС-а 2012, 220.

струје, или је неко превозно средство велики или мали потрошач горива, а када су у питању потрошачи физичка лица они могу „трошити” нешто и легално и нелегално. На пример: храну коју су родитељи купили потрошиће и деца, у школским свескама писаће ђаци, а не они који су их купили, такозвани „дивљи” потрошачи користе се нелегално струјом, водом, интернетом...

У свакодневном животу под појмом потрошача дакле подразумевамо како појединце и домаћинства тако и правна лица чак не улазећи у то да ли је потрошња легална или нелегална, а да ствар буде компликованија и ствари.

Као што то увек бива, да би се избегле недоумице и проблеми, законодавци дефинишу све за правни живот потребне појмове, дакле стручно посматрано, ствари су јасне и прецизне. У праву појам потрошача и појам трговца дефинисани су Законом о заштити потрошача који на самом почетку у чл. 5 дефинише се појам потрошача и појам трговца.

Потрошач је физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.³³

Трговац је правно или физичко лице које наступа на тржишту у оквиру своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе, укључујући и друга лица која послују у његово име и за његов рачун.³⁴

Продавац је трговац са којим је потрошач закључио уговор о продаји робе, односно пружању услуге.³⁵

Кључно питање је дакле да ли одређено лице на тржишту продаје робу или услуге у оквиру своје пословне делатности или не?

Одређење посла у погледу тога да ли је унутар или ван пословне делатности се, као посебно проблематично, јавља код уговора које појединац закључује делом у оквиру пословне делатности, а делом ван, односно за задовољење својих личних потреба (тзв. мешовити послови). Као проблематични случај одређења потрошача можемо навести случај стоматолога који је купио рачунар који користи за уређење података о пацијентима, али и за личну употребу, или куповина аутомобила који се поред употребе у приватне сврхе (породична путовања на одмор, куповину, вожњу деце у школу и сл.) такође, користи за обављање пословне активности (транспорт, селидбе и сл.).³⁶

Чини се да би, *de lege ferenda*, и тим лицима требало гарантовати заштиту од неправичних одредаба у потрошачким уговорима.

³³ ЗЗП, чл. 5. ст. 1, бр. 62/2014.

³⁴ ЗЗП, чл. 5. ст. 2.

³⁵ ЗЗП чл. 5 ст. 3

³⁶ Д. Вујисић, „Потрошач као субјект правне заштите”, *Право и привреда*, бр. 4-6/2013. 334.

Другим речима, потрошача би требало дефинисати као физичко лице које, при закључењу уговора с продавцем, односно пружаоцем услуга, поступа претежно изван своје делатности, професије или заната. Захтев да потрошач набавља неку ствар да би је користио искључиво у приватне сврхе ускраћује заштиту сваком појединцу који је повремено проверавао пословну електронску пошту на кућном рачунару или се неколико пута одвезао бициклом на посао. У тој конструкцији довољно је да продавац (пружалац услуга) докаже сасвим спорадичну употребу продате ствари у пословне сврхе, па да онемогући преиспитивање правичности уговорних одредаба.³⁷

Питање тзв. мешовитих послова Европски суд правде расправљао је у случају *Gruber vs Bay Wa*, када је упитан да ли је фармер који је купио цреп за покривање крова своје фарме, која је такође била место његовог становања, јесте или није потрошач. Суд је пресудио да то зависи од тога која је сврха приватна или професионална претежна и утврдио да статус потрошача може бити додељен само ако је веза између намене за коју су роба или услуге употребљени и делатности и професије дотичног лица «занемарљиве» и «толико благе да су маргиналне», за шта потрошач сноси терет доказа.³⁸

Разликовање потрошачких уговора, у којима привредни субјекти могу бити потрошачи и уговора у привреди у којима су они професионалци, своди се на сврху за коју они купују робу или користе услуге у обављању привредних делатности која је предмет њиховог пословања. У нашем праву појам потрошача је одређен према објективном критеријуму, саобразно циљу који се потрошачким актом жели постићи. С друге стране, позивом на критеријум стручности, као субјективни, правила о заштити потрошача треба применити нарочито када правно лице закључи посао који излази из оквира његове професионалне делатности. То води ка екстензивном тумачењу овог појма дајући му атрибуте објективно - субјективног.³⁹

Иако се то нигде експлицитно не каже јасно је да се под трговцем подразумева како онај ко тргује новом, тако и онај ко у промет ставља половну робу (ствар).

6. Регулатива ЕУ у области неправичних одредаба у потрошачким уговорима

Од међународно правних прописа који регулишу проблематику неправичних одредаба у потрошачким уговорима

³⁷ М. Караникић Мирић, (2009), 136.

³⁸ Д. Вујисић, 334.

³⁹ М. Јовановић Затила, 27-28.

свакако треба издвојити регулативу Европске уније. Искуства стечена доношењем и применом правних прописа којима се у Европској унији регулише питање неправичних одредаба у потрошачким уговорима могу послужити националним законодавствима као правац у коме се треба кретати да би се ускладили национални прописи са савременим токовима у области заштите потрошача.

Процес усаглашавања и рад на стварању заједничких правила о заштити од неправичних уговорних одредби у потрошачким уговорима отпочео је 1975.г. Коначно је, после неколико предлога, усвојена 1993.г. Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима 93/13/ЕЕЗ.⁴⁰ Неки правни експерти сматрају да је доношење ове Директиве представљало једну од најзанимљивијих интервенција Европске Уније у подручје уговорног права из разлога што примена ове Директиве има изузетне последице на комерцијалну праксу у правним системима.⁴¹ Ова Директива је ограничила слободу уговарања продаваца робе и пружаоца услуга спречавајући их да наметну потрошачу уговорне одредбе које се могу сматрати неправичним.⁴²

Један од разлога доношења Директиве о неправичним одредбама у потрошачким уговорима 93/13/ЕЕЗ био је и узимање у обзир да су законодавства држава чланица Европске Уније, у време доношења директиве различито реутилисала ову проблематику.⁴³

Списак услова чијим испуњењем се једна уговорна одредба има сматрати неправичном на основу Директиве 93/13/ЕЕЗ, има само усмеравајући карактер, јер ова листа услова може бити предмет проширења или ограничења у националним законодавствима.

У преамбули Директиве о неправичним одредбама у потрошачким уговорима 93/13/ЕЕЗ наглашава се обавеза држава чланица да своја законодавства ускладе са Директивом на такав начин да обезбеде ефикасне мере за спречавање даљег коришћења неправичних одредаба у потрошачким уговорима, а о чему ће водити рачуна судски или управни органи држава чланица.

Сама Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима 93/13/ЕЕЗ садржи 11 чланова и анекс.

У првом члану Директиве одређује се њена сврха, а то је уједначавање прописа држава чланица у односу на неправичне одредбама у уговорима закљученим између продаваца или добављача

⁴⁰ З. Вуковић, 253.

⁴¹ В. Pasa, G.A. Benacchio, *The Harmonization Of Civil And Commercial Law In Europe*, Central European University Press, Budapest, New York 2005, 46.

⁴² P. Nebbia, *Unfair Contract Terms in European Law: A Study in Comparative and EC Law*, Hart Publishing, 2007. 12.

⁴³ P. Nebbia, 47.

и потрошача. У овом члану се из подручја примене Директиве искључују уговори о превозу који су већ регулисани обавезним међународним правилима.

Директива ЕУ 93/13/ЕЕЗ о неправичним одредбама у потрошачким уговорима у члановима 2. и 3. дефинише појам неправичних одредаба потрошачких уговора, као и појам потрошача и појам продавца односно пружаоца услуга. “Уговорна одредба о којој се нису водили појединачни преговори сматра се неправичном ако је у супротности са начелом савесности и поштења, на штету потрошача проузрокује знатну неравнотежу у правима и обавезама странака.”⁴⁴ У оквиру истог члана који се бави неправичним одредбама Директива напомиње да се увек сматра да се о некој одредби није појединачно преговарало ако је она састављена унапред па потрошач није могао утицати на њен садржај, посебно у контексту уговора по приступу. Чињеницу да се о деловима или целини одређених одредаба преговарало треба тумачити обазриво, с обзиром да је могуће да се остатак уговора заснива на одредбама уговора по приступу. Управо зато творци Директиве у чл.3 ст.2 предвиђају да када год продавац или пружалац услуга изјави да се о некој стандардној одредби појединачно преговарало, терет доказивања је на њему.

У чл. 4. Директиве захтева се да се постојање неправичних одредаба потрошачког уговора утврђује узимајући у обзир природу роба, на које се уговор односи у оно време када је уговор склопљен, као и све пропратне околности склапања уговора и све остале одредбе тог уговора.

У члану 5. Директиве је наглашено да је потребно водити рачуна да одредбе уговора буду јасно и разумљиво састављене, а ако постоји сумња око значења неке одредбе, предност има тумачење које је најповољније за потрошача. Поред забране уговарања неправичних одредби, Директива установљава чланом 5. захтев пуне транспарентности уговорних одредаба у потрошачким уговорима који налаже да све уговорне одредбе морају увек да буду изражене на једноставан, јасан и разумљив начин како би потрошач могао да схвати њихово значење.⁴⁵

Чланом 6. дефинисана је могућност да, након искључивања неправичних одредаба уговора, сам уговор настави да обавезује уговорне стране, ако остале уговорне одредбе могу да испуне сврху уговора.

⁴⁴ Види чл. 3 ст. 1. Council Directive 93/13/EEC of 5 april 1993 on unfair terms in consumer contracts, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML,12.03.2015>.

⁴⁵ Н. Лазаревић *et al.* Студија потрошачке политике у Србији: Ка Европском нивоу заштите потрошача у Србији, Центар за Европске политике, Београд 2013., 14.

Заштита интереса потрошача, у случају постојања неправичних одредаба у потрошачком уговору, на основу чл. 7. Директиве, треба да буде остварена уз помоћ правних лекова чију примену ће обезбедити национални судови, или овлашћени орган управе што значи да је државама чланицама омогућен избор органа који ће бити надлежан за заштиту интереса потрошача када су у питању неправичне одредбе у потрошачким уговорима.⁴⁶

Чланом 8. Директиве предвиђено је да држава чланица може усвојити или задржати најстроже одредбе компатибилне са овом Директивом, да би се обезбедила максимална заштита потрошача.

Обавеза Комисије да подноси Европском парламенту и Савету извештај о примени Директиве ЕУ 93/13/ЕЕЗ о неправичним одредбама у потрошачким уговорима утврђена је чланом 9 Директиве.

Државе чланица су биле у обавези да донесу законе, прописе и административне одредбе неопходне за усклађивање са Директивом ЕУ 93/13/ЕЕЗ о неправичним одредбама у потрошачким уговорима најкасније до 31. децембра 1994.г. и да о томе одмах обавесте Комисију, у складу са чл. 10 Директиве.

Последњим чл. 11. одређује се да се Директива примењује на земље чланице Европске Уније.

У анексу наводи се листа, која се обично назива сивом листом (примери одредаба које се могу сматрати неправичним), али се оставља националним законодавствима и надлежним органима држава чланица да утврде које ће се уговорне одредбе сматрати неправичним.⁴⁷

Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима 93/13/ЕЕЗ и даље је основ утврђивања неправичних одредаба у потрошачким уговорима у земљама Европске уније иако се припремало укидање Директивом о правима потрошача 2011/83. У коначној верзији нове Директиве 2011/83 изостављена је у целости глава која се односи на права потрошача која се односе на неправичне уговорне одредбе, иако је она фигурирала у Предлогу Директиве о правима потрошача који је прихватила Европска комисија 8. октобра 2010.⁴⁸

7. Закључак

Постоји реална могућност да у неким случајевима писано, кодификовано право дође у сукоб са нормалним осећајем правичности, односно схватањем правде.

⁴⁶ В. Pasa, G.A. Benacchio, *The Harmonization Of Civil And Commercial Law In Europe*, Central European University Press, Budapest, New York, 2005, 50.

⁴⁷ Н. Лазаревић et al., 14.

⁴⁸ М. Ђурђевић, (2012), 388.

Неспорно је да се морају штитити и поштовати права потрошача, али и сами потрошачи морају бити информисани о својим правима, као и о начину њиховог остваривања. Још у старом Риму постојала је регула „*cavet emptor*“, што значи да купац мора бити опрезан током куповине. Проблеми настају и уколико се дословно схвати узречица: „Купац је увек у праву“. ЗЗП, из тих разлога, уједно мора да штити права и интересе трговаца од понекад апсурдних захтева купаца. При томе, треба кренути од тезе да се „савршеним тржиштем“ сматра оно тржиште на коме су сви његови учесници, укључујући потрошаче, у потпуности информисани о карактеристикама и вредности роба којима се тргује. Приликом креирања потрошачке политике управо се највише рачуна води о исправљању дефицита (не)информисаности потрошача. Право на информисаност изражава економски интерес потрошача, јер се њиме омогућава правиан избор производа на тржишту, према сопственим критеријумима.⁴⁹

Европска унија донела је Директиву 93/13/ЕЕЗ о неправичним одредбама у потрошачким уговорима, а већина земаља чланице усагласиле су своја законодавства са њом до краја 1994.г.

У Републици Србији је законодавно регулисање неправичних одредаба у уговорима најпре започето решењима ЗОО-а, затим прецизније и детаљније уређено законима о заштити потрошача. Решења за неправичне одредбе у потрошачким уговорима у нашем Закону о заштити потрошача из 2014.г. у потпуности су усклађена са решењима која постоје у законодавству Европске уније, па тако можемо да закључимо да је његовим доношењем у потпуности остварена хармонизација српских прописа са прописима Европске уније у области неправичних одредаба у потрошачким уговорима.

⁴⁹ М. Јовановић Затила, 29-30.

Sanja Prlja, M.A.

External Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS IN EU REGULATIONS AND SERBIAN LEGISLATION

Summary

The topic of unfair terms in consumer contracts is not only legally interesting, but nowadays certainly concerns the broadest categories of people, namely the consumers. The compounding (globalization) of markets and the emerging new sale mediums (cash on delivery, electronically, etc.), which has experienced a great expansion in the second half of the XX Century, led to a great disproportion between mega retailers (and mega retail chains) on one side and consumers on the other side leaving ample room for manipulation. In order to protect consumers countries have, through means of state-legal mechanisms, resorted to passing *lex specialis* in this field, and have also made efforts to create international frameworks through different EU Directives. It is through implementation of these directives that EU member states, but also candidate countries for EU membership, guarantee a minimum of consumer protection, leaving room for stricter internal regulations. The work represents a solution of the EY and Serbian legislation, and not only through Directives and Law on Consumer Protection Act, but also broader analyzing this term through the Law on Obligations.

Key words: Law on Obligations, consumer protection, term contracts, unfair terms in consumer contracts.