

Мр Зоран Вуковић *

Примљено: 12.02.2013.

УДК: 347.451

Прегледни научни чланак

**ОБЈЕКТИВНО (RATIONE MATERIAE) ПОДРУЧЈЕ ПРИМЕНЕ
ПРАВНИХ ПРАВИЛА КОЈА УРЕЂУЈУ НЕПРАВИЧНЕ ОДРЕДБЕ У
ПОТРОШАЧКИМ УГОВОРИМА**

Правила која уређују заштитију потрошача од неправичних уговорних одредаба примењују се на уговоре закључене између прџовца и потрошача. У предметно подручје примене ових правила улазе све врсте уговора, именовани и неименовани уговори. Дакле, не само уговор о продаји, већ на пример, и уговор о осигурању, уговор о потрошачком кредитију, уговор о закупи, уговор о делу, уговор о превозу, уговор о организовању путовања, уговор о сефу, уговор о leasing – у, уговор о time-sharing – у итд. Такође, правила која регулишу контролу правичности одредаба у потрошачким уговорима примењива су не само на уговоре закључене у писменој форми, већ и на неформалне уговоре.

Директивом 93/13/ЕЕЗ су предвиђена и посебна правила којима се искључује примена њених одредаба на одређене врсте уговора или само на одређене уговорне одредбе. Аутор у раду разматра садржину тих искључења. При томе се истражује и однос нашег Закона о заштити потрошача према њима. Аутор закључује да је у нашем праву омогућен јачан степен заштите потрошача у поређењу са стандардима постављеним у комунићарном праву јер је Законом о заштити потрошача предвиђена контрола правичности одредаба свих потрошачких уговора, како формуларних ипак и потрошачких уговора са сјоразумно одређеном садржином.

Кључне речи: потрошач; прџовац; потрошачки уговори; неправичне уговорне одредбе; заштити потрошача.

* асистент Правног факултета у Крагујевцу

Правна правила која уређују заштиту потрошача од неправичних уговорних одредаба примењују се на уговоре закључене између трговца и потрошача. У предметно подручје примене ових правила улазе и именовани и неименовани уговори.¹ Дакле, не само уговор о продаји, већ на пример, и уговор о осигурању, уговор о потрошачком кредиту, уговор о закупу, уговор о делу, уговор о превозу, уговор о организовању путовања, уговор о сефу, уговор о leasing – у, уговор о time-sharing – у и тако даље.² Такође, правила која регулишу контролу правичности одредаба у потрошачким уговорима примењива су не само на уговоре закључене у писменој форми, већ и на неформалне уговоре.³

Међутим, Директивом 93/13/ЕЕЗ су предвиђена и посебна правила којима се искључује примена њених одредаба на одређене врсте уговора или само на одређене уговорне одредбе. Предмет овог рада је разматрање садржине тих искључења, као и однос нашег Закона о заштити потрошача⁴ према њима.

I. Уговорне одредбе са споразумно утврђеном садржином

Правила Директиве 93/13/ЕЕЗ односе се на уговорне одредбе о чијој садржини потрошач није преговарао са трговцем.⁵ Сматра се да уговорне одредбе нису биле предмет преговора ако су састављене унапред, те потрошач није имао утицаја на њихову садржину, нарочито у оквиру унапред формулисаног стандардног уговора.⁶ Из наведеног произилази да су комунитарна правила примењива на све унапред састављене уговоре. При томе, они не морају нужно

¹ M. Wolf, *AGB – Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar*, Muenchen, 1999, 1983-84.

² Поједини правни писци наводе, по нашем мишљењу погрешно, да се правила која уређују неправичне уговорне одредбе односе и на уговор о отпремању (шпедицији) и уговор о франшизингу. „Вид.“: М. Baretić, *Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima, s posebnim osvrtom na ugovore banaka i osiguravajućih društava – I dio*, *Savremeno poduzetništvo*, br. 12, 2003, 140.

³ „Вид.“: тачка 11. Преамбуле Директиве 93/13/ЕЕЗ о неправичним одредбама у потрошачким уговорима - Council Directive 93/13 of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts (Директива 93/13/ЕЕЗ), OJ L95/29.

⁴ Закон о заштити потрошача, Службени гласник РС, бр. 73/10.

⁵ “A contractual term which has not been individually negotiated...” „Вид.“: члан 3. став 1. тачка 1. Директиве 93/13/ЕЕЗ.

⁶ „Вид.“: члан 3. став 2. тачка 2. Директиве 93/13/ЕЕЗ.

имати карактеристике формуларних уговора, односно не мора их одликовати апстрактна садржина и општа примена, већ могу бити намењени употреби само у једном случају. Формуларни уговори наводе се једино као најчешћи пример одсуства утицаја потрошача на садржину уговора.

Дакле, из домена примене правила Директиве 93/13/ЕЕЗ којима се уређује заштита од неправичних одредаба у потрошачким уговорима искључене су уговорне одредбе са споразумно утврђеном садржином. Овакво решење изложено је доктринарним критикама јер за последицу има померање тежишта расправе са питања преиспитивања правичности конкретне уговорне одредбе на утврђивање начина на који је уговор закључен, односно на питање да ли је одредба била предмет преговора.⁷ У циљу олакшања позиције потрошача, терет доказивања чињенице да су о некој одредби вођени преговори, пребацује се на трговца.⁸ Да би се избегле злоупотребе, доњу границу доказивања требало би поставити прилично високо. Тако, треба сматрати да није довољно да су о садржини одредбе само вођени разговори, већ треба установити да ли је потрошач уопште могао утицати на њену коначну формулацију. С тим у вези, не би се могло закључити да је преговарано о садржини одредбе само на основу тога што је потрошач имао могућности избора између више различитих понуда.⁹ Одлучујућа чињеница је, дакле, објективна немогућност потрошача да утиче на садржину уговорних одредаба, што произилази не само из претходне формулације одредби већ преваходно из економске, стручне и информативне надмоћности трговца.¹⁰ Таква немогућност може бити и у вези са техником закључења уговора и посебно је изражена у случају трговине путем електронских средстава комуникације, на пример приликом куповине путем интернета. У сваком случају, овакво решење подстиче трговце да на различите начине покушају да створе утисак да су вођени преговори о садржини уговорних одредаба. Тако је у једном случају из енглеске

⁷ Н. W. Micklitz, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, у: *Understanding EU Consumer Law* (ур. Н. W. Micklitz, N. Reich, P. Roth), Intersentia, 2009, стр. 138. У истом смислу, видети: М. Караникић Мирић, *Неправичне одредбе у потрошачким уговорима*, у: *Правни капацитет Србије за европске интеграције – књ. IV* (ур. С. Лилић), Београд, 2009, 133.

⁸ „Вид.“: члан 3. став 2. тачка 3. Директиве 93/13/ЕЕЗ.

⁹ *Bryen & Langley Ltd v. Martin Boystone* (2004) EWCA 2450 TC. Наведено према: С. Twigg-Flesner, *The Implementation of the Unfair Contract Terms Directive in the United Kingdom*, у: *Standard Contract Terms in Europe* (ур. Н. Collins, S. Grundmann, L. Tichy), Kluwer, 2007, 252.

¹⁰ Z. Meškić, A. Brkić, *Zaštita potrošača od nepravičnih ugovornih odredbi – usklađivanje obligacionog prava BiH sa Direktivom 93/13*, 69, <http://prf.unze.ba/v2/docs/anali/03/MeskicBikic/pdf>, датум посете: 25. 11. 2012.

судске праксе суд огласио неправичном и ништавом одредбу општих услова Краљевског института британских архитеката (Royal Institute of British Architects) у којој је стајало да потрошач потписом уговора потврђује да су вођени преговори о садржини уговорних одредаба.¹¹

Да би се у потпуности разумело ово ограничење стварног подручја примене заштитних правила комунитарног права, неопходно је у кратким цртама се осврнути на различите концептуалне приступе законском регулисању неправичних уговорних одредаба и компромисни карактер Директиве 93/13/ЕЕЗ. Наиме, у правним порецима европских држава у времену пре усвајања Директиве 93/13/ЕЕЗ постојале су значајне разлике на пољу судске контроле неправичних уговорних одредаба.

Према приступу усвојеном у нордијским земљама, контрола неправичних уговорних одредаба обухватала је не само потрошачке уговоре, него и трговачке и уговоре закључене између два физичка лица. Предмет контроле су не само одредбе у формуларним уговорима, већ и одредбе уговора са споразумно утврђеном садржином.

Према приступу који је био прихваћен у немачком Закону о уређењу права општих услова пословања,¹² предмет контроле били су искључиво општи услови пословања, односно формуларни уговори закључени на основу општих услова, независно од тога да ли је други уговорник трговац или потрошач.

И према тзв. „француском моделу“, судска контрола обухватала је само потрошачке уговоре, како оне закључене на основу општих услова, тако и потрошачке уговоре са споразумно утврђеном садржином.

Први Предлог Директиве из 1990. године доследно је следио „француски модел“ и односио се на све потрошачке уговоре, како на формуларне, тако и на појединачне уговоре. Овакво решење је у појединим државама чланицама Европске уније, посебно у Немачкој, подвргнуто озбиљним критикама са аргументацијом да представља напад на начело слободе уговарања, као основни

¹¹ Picardi v. Cuniberti (2002) EWHC 2923, 51. Наведено према: C. Willett, *Fairness in Consumer Contracts - The Case of Unfair Terms*, Ashgate, 2007, 167.

¹² Gesetz zur Regelung Des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) из 1976. године. AGBG је 2002. године стављен ван снаге, а његове одредбе су Законом о модернизовању облигационог права од 26. 11. 2001. године имплементирани у Немачки Грађански законик. Том приликом извршене су измене у циљу усклађивања са решењима Директиве 93/13/ЕЕЗ.

принцип уговорног права, а тиме и на основе тржишне привреде.¹³ Стога је у измењеном Предлогу Директиве из 1992. године, као и у њеном коначном тексту прихваћено поменуто компромисно решење. И у Директиви о потрошачким правима¹⁴ из 2011. године, комунитарни законодавац оставља државама чланицама могућност да у својим унутрашњим порецима задрже решења која омогућавају контролу свих уговорних одредаба.¹⁵ Дакле, и одредаба са споразумно утврђеном садржином.

У нашем праву је омогућен појачан степен заштите потрошача. Законом о заштити потрошача предвиђена је контрола свих потрошачких уговора, како оних закључених на основу општих услова, тако и потрошачких уговора са споразумно одређеном садржином. Предмет контроле може бити свака одредба потрошачког уговора, укључујући посебне погодбе о чијој садржини је потрошач преговарао или могао да преговара са трговцем и опште одредбе чију садржину је унапред одредио трговац или трећа страна.¹⁶

II. Битни елементи уговора

Веома значајно ограничење предметног подручја примене правила Директиве 93/13/ЕЕЗ везано је за забрану процене правичности одредаба којима се одређује предмет уговора и примереност цене, односно накнаде за испоручену робу или услугу, уз изузетак према коме и правичност одредаба о предмету и цени може бити процењивана под условом да нису изражене јасним и разумљивим језиком.¹⁷ Како се правила Директиве 93/13/ЕЕЗ односе на све врсте уговора, именоване и неименоване, треба закључити да се ово ограничење односи на битне елементе уговора (*essentialia negotii*).¹⁸ Као аргумент у прилог овом решењу приликом њеног усвајања истицано је да се овде ради о клаузулама које

¹³ Н. Е. Brandner, P. Ulmer, *The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the Commission*, Common Market Law Review vol. 28, 1991, 656.

¹⁴ Directives 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 (Директива о потрошачким правима).

¹⁵ „Вид. “: члан 32. Директиве о потрошачким правима.

¹⁶ „Вид. “: члан 5. став 1. тачка 24. Закона о заштити потрошача.

¹⁷ „Вид. “: члан 4. став 2. Директиве 93/13/ЕЕЗ.

¹⁸ M. Wolf, *op. cit.*, 1983-84.

су, по правилу, одређене веома прецизно, јасно и недвосмислено, без правно техничких термина непознатих просечном потрошачу.¹⁹ Ако то није случај, односно ако су уговорне одредбе уговора нејасне и неразумљиве, онда су и оне подложне процени правичности. Примера ради, као нејасне и неразумљиве одредбе о накнади могу се навести клаузуле у којима се, уместо јасно одређене цене, наводе комплексне математичке формуле по којима се накнада обрачунава.

Чини се да је комунитарни законодавац инспирацију за решење према коме није допуштено процењивати правичност уговорних одредаба којима се одређује предмет уговора и цена, односно накнада за робу и услугу која се дугује пронашао у немачком праву. Наиме, у немачкој правној теорији се и пре усвајања Закона о уређењу права општих услова пословања доста расправљало о овом правном проблему, а посебно о утицају цене на правичност одредаба општих услова. Разматрано је да ли суд треба да прогласи неправичном уговорну одредбу којом је предвиђена несразмерно висока накнада у односу на врсту, количину и квалитет робе или услуге. При томе је истицано да се приликом контроле општих услова не може у потпуности занемарити висина накнаде коју је корисник калкулисао.²⁰ И немачки судови су утврђивали неправичност одредаба општих услова у случају очигледне несразмере у цени, позивајући се на начело савесности и поштења. Тако се у образложењу једне пресуде из старије немачке судске праксе истиче како се „корисник општих услова приликом одређивања цене мора придржавати начела савесности и поштења, крећући се у границама онога што се сматра правичним.“²¹ Усвајањем Закона о уређењу права општих услова пословања нормирано је да садржина битних састојака уговора није подложна процени правичности.²² Кључни аргумент у прилог овог решења био је да битни састојци уговора одређују главне престације које уговорне стране дугују једна другој. Битни елементи су по природи ствари нужни за одређену врсту уговора и чине његову суштину.²³ Ако би се дозволила контрола правичности одредаба

¹⁹ S. Petric, *O nepravičnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravu Europske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 39, 2002, 75-76.

²⁰ H. Kotz, у: *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a – Schuldrecht Allgemeiner Teil* (главни редактор: Jürgen Basedow), 2003, 215.

²¹ BGHZ Bundesgerichtshofs in Zivilsachen II ZR, 29. 11. 1956. године. Наведено према: B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Oxford University Press, 2006, 173.

²² „Вид.“: параграф 9. Закона о уређењу права општих услова пословања.

²³ B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, op. cit.

којима је одређен предмет уговора, онда би неправичност такве одредбе имала за последицу ништавост уговора у целини. У том случају није могућа примена правила о делимичној ништавости. Дакле, сврха заштите уговорне одредбе којом је одређен предмет уговора је промовисање начела *in favorem contractus* и примена овог правила за последицу има јачање уговора.²⁴ Међутим, у пракси немачких судова ово правило тумачено је крајње рестриктивно, у смислу да су њиме обухваћене само оне уговорне одредбе које се односе на врсту, количину и квалитет робе или услуге, као и одредбе о адекватности цене, као тржишне накнаде за оно што се добија на основу уговора.²⁵ Са друге стране, може се процењивати правичност свих осталих уговорних одредаба којима се предвиђају нека додатна права и обавезе уговорника у погледу предмета уговора и цене. Тако, контроли правичности и уклањању по основу ништавости подлежу уговорне одредбе о методу, односно начину израчунавања цене,²⁶ о поступку њене накнадне корекције (по правилу, у правцу повећања),²⁷ као и одредбе које су повезане са додатним трошковима везаним за испоруку робе или извршење услуге.²⁸ Правило из параграфа 9. Закона о уређењу права општих услова пословања је једно од правила које није задржано када су његове одредбе, приликом реформе облигационог права (*Schuldrechtsreform*) 2001. године, имплементирани у немачки Грађански законик.

Рестриктиван приступ у тумачењу поменутог ограничења сугерише и Преамбула Директиве 93/13/ЕЕЗ,²⁹ као и Извештај Европске комисије из 2000. године.³⁰ Наиме, у њима се наглашава да се приликом процене правичности конкретне уговорне одредбе морају узети у обзир и остале одредбе истог уговора, као и одредбе других уговора са којима је потрошачки уговор повезан. На тај начин, омогућена је посредна контрола и оних уговорних одредаба којима се

²⁴ М. Караникић Мирић, *op. cit.*

²⁵ P. Nebbia, *Unfair Contract Terms in European Law - A study in Comparative and EC Law*, Hart Publishing, 2007, 124. „У истом смислу, вид“: М. Baretić, *op. cit.*, 143.

²⁶ BGH NJW Neue Juristische Wochenschrift 01.01.1992, 1128. Наведено према: P. Nebbia, *op. cit.*

²⁷ BGHZ Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 09.07.1981, 229. Наведено према: P. Nebbia, *op. cit.*

²⁸ H. Kotz, *op. cit.*, 219.

²⁹ „Вид.“: тачка 19. Прембуле Директиве 93/13/ЕЕЗ.

³⁰ „Вид.“: Извештај Европске комисије о имплементацији Директиве 93/13/ЕЕЗ - 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) 0248 final, 15. (У даљем тексту: Извештај Европске комисије).

дефинишу битни елементи уговора. На пример, могуће је да се у конкретном случају утврди да је уговорена непропорционално висока накнада у поређењу са квалитетом и квантитетом производа и услуга. Међутим, из тога не треба аутоматски извући закључак да је уговорна одредба којом је цена одређена неправична, јер потрошач често пристаје на вишу цену не би ли добио одређену компензацију кроз признавање неких других права или неких других погодности које иначе не би остварио.³¹ Због тога се приликом контроле правичности конкретне уговорне одредбе мора стално имати у виду целина уговора, односно његове одредбе треба довести у међусобну логичку везу.

Пре усвајања Директиве 93/13/ЕЕЗ у правним порецима нордијских земаља била је допуштена контрола уговорних одредаба којима се одређује предмет уговора и цена. Након њеног усвајања, значајан број осталих држава чланица искористио је клаузулу минималне хармонизације и није преузео ово ограничење.³² Дилема по питању да ли су национални судови овлашћени да процењују правичност одредаба које се тичу предмета уговора или правичне вредности узајамних давања, ако домаћи правни пропис којим је имплементирана Директива 93/13/ЕЕЗ није преузео ограничење из члана 4. став 2. , отклоњена је пресудом Европског суда правде у предмету *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC)*.³³ У овом случају кредитна установа *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* је са својим клијентима закључивала уговоре о кредиту са промењивом каматном стопом у сврху финансирања куповине станова. Путем унапред припремљених формуларних уговора у уговоре о кредиту је уврштена одредба према којој се у уговору садржана промењива номинална каматна стопа, периодично усклађује са уговореном референтном каматном стопом, тако што се од своје прве промене сваки пут када се пређе једна четвртина процента заокружује на већу четвртину процената (тзв. клаузула заокруживања).³⁴ Удружење корисника банкарских

³¹ P. Nebbia, *op. cit.*, 124.

³² Одредба из члана 4. став 2. Директиве 93/13/ЕЕЗ није преузета у националним законодавствима: Шпаније, Аустрије, Грчке, Румуније, Летоније, Луксембурга, Словеније. М. Ebers, *Unfair Contract Terms Directive, EC Consumer Law Compendium-Comparative Analysis*, (ур. и објавио тим под вођством Hans Schulte - Nolke, Bielefeld), 2008, 393-394.

³³ C-484/08 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios*, eur-lex.europa.eu>...>EUR-LexHome, датум посете: 24.08.2012.

³⁴ На пример, ако се пређе 0,25% заокружује се на 0,50%.

услуга (Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios) подигло је тужбу против поменуте кредитне установе којом је захтевано поништење и забрана употребе клаузула заокруживања. Првостепени и другостепени суд су пресудили да се ради о неправичној одредби која је противна Закону о општим условима пословања,³⁵ те је као таква ништава. Врховни суд (Tribunal Supremo), који је поступао у трећој инстанци, констатовао је да члан 4. став 2. Директиве 93/13/ЕЕЗ искључује процену правичности одредбе којом се одређује предмет уговора, али да шпански законодавац није имплементирао наведену одредбу. Стога се Врховни суд Шпаније обратио Европском суду правде са питањем да ли члан 4. став 2. у вези са чланом 8. Директиве 93/13/ЕЕЗ³⁶ забрањује држави чланици да у унутрашњем правном поретку предвиди виши степен заштите потрошача допуштањем контроле правичности уговорних одредаба којима се одређује предмет уговора и примереност цене, односно накнаде за робу и услугу која се дугује, иако су такве одредбе формулисано јасно и разумљиво. Европски суд је закључио да се члан 4. став 2. у вези са чланом 8. морају тумачити на начин да нису у супротности са прописом националног законодавства који допушта контролу правичности уговорних одредаба које се тичу предмета уговора и примерености накнаде за испоручене робе или услуге, и у ситуацијама када су те одредбе формулисане јасно и разумљиво.

Одлука Европског суда правде у овом предмету од значаја је и за наше право, јер Закон о заштити потрошача у делу који уређује заштиту од неправичних уговорних одредаба није преузео ограничење из члана 4. став 2. Директиве 93/13/ЕЕЗ.

III. Принудни прописи и „аутономно право привреде“

Према члану 1. став 2. Директиве 93/13/ЕЕЗ, њоме предвиђена правила не односе се на уговорне одредбе које су у складу са „принудним нормама“, тј. законским и подзаконским нормама, као и са правилима и принципима

³⁵ Закон 7/1998 о општим условима пословања - Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contraccion. Овим Законом је, у сврху имплементације Директиве 93/13/ЕЕЗ у шпанско право, измењен Општи закон 26/1984 о заштити потрошача и корисника - Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

³⁶ Према члану 8. Директиве 93/13/ЕЕЗ, државе чланице могу на подручју које она уређује усвојити строжије одредбе како би се потрошачима омогућио виши ниво заштите.

међународних конвенција којима је приступила држава чланица или Европска унија, посебно у области транспорта.

Основни разлог за овакво ограничење предметног подручја примене заснива се на претпоставци да законски и подзаконски прописи, односно међународне конвенције, по правилу, не садрже неправичне одредбе.³⁷ И поред утемљености овакве претпоставке, посебно у погледу правила и принципа међународних конвенција, остају и озбиљне недоумице везано за прецизирање термина „принудна норма“ и „подзаконска норма“, у контексту члана 1. став. 2. Директиве 93/13/ЕЕЗ. Наиме, у правној теорији можемо издвојити три различита тумачења овог изузетка. Према првом, најрестриктивнијем тумачењу, искључена је контрола правичности једино оних уговорних одредаба које су одраз императивних норми. Све остале одредбе подложне су контроли, чак и у случају да су општи услови који их садрже одобрени од стране надлежног органа.³⁸ Према другом тумачењу није дозвољена контрола оних уговорних одредаба које су у складу са императивним и диспозитивним нормама. Према овом схватању, термин „принудна норма“ из члана 1. став 2. Директиве 93/13/ЕЕЗ не уважава традиционално разликовање између императивних и диспозитивних норми својствено континенталној правној традицији. Наиме, из тачке 13. Преамбуле произилази да се под термин „принудне норме“ у овом контексту подводе сва она правила која се примењују ако уговорне стране не предвиде другачије. Значи, и диспозитивне норме.³⁹ И према трећем, најекстензивнијем тумачењу, од контроле су изузете чак и оне уговорне одредбе којима се у уговор уносе правила која, на основу законског овлашћења, доносе одређена професионална удружења или удружења трговаца.⁴⁰ Реч је о тзв. „аутономном праву привреде“, односно аутономној регулативи, чиме долазимо до неприхватљивог резултата да се питање правичности одредаба формуларних уговора фактички препусти економски и информативно супериорнијој уговорној страни. Имајући у виду изложене термилошке нејасноће поводом овог изузетка, већина држава чланица Европске

³⁷ „Вид.“: тачка 13. Преамбуле Директиве 93/13/ЕЕЗ.

³⁸ С. Willett, *op. cit.*, 85-86.

³⁹ Р. Nebbia, *op. cit.*, 96.

⁴⁰ N. Misita, *Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13/EEC o nepravičnim ugovornim odredbama*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1, 1991, 26-27 .

уније није преузела правило из члана 1. став. 2. Директиве 93/13/ЕЕЗ.⁴¹ Ово ограничење предметног подручја примене правила којима се уређују неправичне уговорне одредбе није предвиђено ни у нашем Закону о заштити потрошача.

IV. Уговори у области радног, наследног, породичног и компанијског права

Према тачки 10. Преамбуле Директиве 93/13/ЕЕЗ њена правила не односе се на уговоре у области радног, наследног и породичног права, те уговор о ортаклуку и уговоре о оснивању и организацији привредних друштава. Ово искључење произилази из саме природе ових уговора, те треба узети да важи и у нашем праву и без изричитог законског нормирања.

Изузимање радноправних, породичноправних и уговора у наследном праву произилази из персоналног (субјективног) подручја примене правила која уређују заштиту од неправичних уговорних одредаба. Наиме, субјекти ових уговора не налазе се у улогама трговаца и потрошача, па се ни они не могу окарактерисати као потрошачки уговори. Примера ради, контрола одредаба облигационих уговора са одређеним наследноправним последицама⁴² није могућа с обзиром да се ови уговори не могу оквалификовати као потрошачки. Са друге стране, наследноправни уговори у правом смислу⁴³ нису допуштени у нашем праву, а уколико би били закључени сматраће се апсолутно ништавим и неће производити

⁴¹ На пример: Шведска, Данска, Финска, Француска, Холандија, Белгија, Аустрија и тако даље. М. Ebers, *op. cit.*, 382-383.

⁴² Облигациони уговори са наследноправним последицама јесу: уговор о уступању и расподели имовине за живота; уговор о доживотном издржавању; уговор о уступању свог наследног дела, пре деобе заоставштине, другом наследнику; уговор о уступању наследног дела пре деобе заоставштине, лицу које није санаследник; уговор о деоби наследства. Закон о наслеђивању Републике Србије из 1995. године ове уговоре назива наследноправним, што није сасвим одговорајуће решење јер, као што је речено у основном тексту, наше право забрањује праве наследноправне уговоре. О овоме, видети више у: О. Антић, *Наследно право*, Београд, 1999, 299-321. Такође, видети: С. Сворцан, *Наследно право*, Крагујевац, 2000, 224-242.

⁴³ Наследноправни уговори у правом смислу јесу они уговори који су подобни да буду основ позивања на наслеђе (поред тестаментa и закона) једног уговорника, односно трећег лица, или евентуално могу бити начин одрицања уговорника од његовог будућег наследног права. У ову групу уговора сврставају се: уговор о наслеђивању; уговор о садржини завештања; уговор о будућем наследству или испоруци; уговор о одрицању од наслеђа које није отворено. О овоме, видети више у: О. Антић, *op. cit.*, 293-298. Такође, видети: С. Сворцан, *op. cit.*, 217-224.

правна дејстава.⁴⁴ Такође, уговори у области наследног и породичног права, као и уговор о ортаклуку, регулишу односе са израженим елементом *intuitu personae*. Код уговора закључених *intuitu personae* карактеристично је да лична својства једног или оба уговорника представљају одлучујући елемент њихове сагласности, тако да је извршење обавеза или истицање права строго везано за оног уговорника због чијих личних особина је уговор и закључен.⁴⁵ Насупрот овима, потрошачки уговори се, по правилу, закључују без обзира на својства личности. Код њих су лична својства ирелевантна, тако да извршење обавезе није строго везано за личност уговорника. Када је реч о радноправним уговорима, од европских земаља једино у немачком праву радници уживају заштиту на основу правила која регулишу контролу неправичних уговорних одредаба. Као образложење овог специфичног решења наводи се мања компетентност лица у радном односу наспрам привредних субјеката, која произилази из смањеног привредног ризика у обављању професионалне делатности радника.⁴⁶ Када се ради о уговорима о оснивању и организацији привредних друштава, поједини аутори сматрају да није сваки уговор у области компанијског права изузет од контроле. Према овом ставу, на пример, уговор о куповини деоница или удела у привредном друштву може се означити као потрошачки, под условом да куповина деоница није стална пословна активност купца.⁴⁷

V. Уговори о промету непокретности

Извесно време након усвајања Директиве 93/13/ЕЕЗ у компаративној теорији и пракси били су присутни различити ставови око тога да ли се правила која уређују заштиту од неправичних уговорних одредаба поред уговора о преносу права на покретним стварима, односе и на уговоре о уступању права на непокретностима. Ова дилема превасходно је одражавала различитости и сложености правног наслеђа у државама чланицама Европске Уније. Наиме, под појмом робе (*goods*) у англосаксонском праву уобичајено се подразумевају једино

⁴⁴ „Вид.“: члан 179. и 180. Закона о наслеђивању Србије.

⁴⁵ С. Перовић, *Облигационо право*, књ. прва, Београд, 1976, 144.

⁴⁶ Z. Meškić, *Harmonizacija evropskog potrošačkog prava – Zelena knjiga 2007. godine i Nacrт zajedničkog referentnog okvira*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 3, 2009, 562.

⁴⁷ E. Hondius, *The Notion of Consumer: European Union versus Member States*, *Sydney Law Review*, no. 28/89, 2006, 94.

телесне покретне ствари.⁴⁸ Овакво схватање изражено је и у британском Закону о неправичним уговорним одредбама из 1977. године у којем је, уз употребу термина *goods*, изричито нормирано да су одредбе уговора о уступању права на непокретностима изузете од контроле правичности. Са друге стране, одговарајући терминолошки пандани у државама континенталне правне традиције обухватају и покретне и непокретне ствари (у италијанском језику термин *beni*, у француском *biens*, у шпанском *bien*, у португалском *bem*, у немачком *guts*).⁴⁹ У складу са тим, законодавства осталих држава чланица Европске уније не предвиђају поменути изузетак. Ни у Закону о неправичним одредбама у потрошачким уговорима из 1999. године, којим је у британско право имплементирана Директива 93/13/ЕЕЗ није децидирано наведено да се његова правила не односе на уговоре о уступању права на непокретностима. У складу са тим, у енглеској судској пракси је тумачено да се правила која уређују заштиту од неправичних уговорних одредаба поред уговора о преносу права на покретним стварима, односе и на уговоре о уступању права на непокретностима. С тим у вези, наводимо одлуку Апелационог суда (Courth Of Appeal) у случају „Khatun & Others v. Newham London Borough Council.“ Суд је овде испитивао правичност одредбе уговора о закупу стана у власништу локалне самоуправе (*tenancy agreement*). Овакав уговор се у Великој Британији закључује на одређено време, а најмање на три године. У овом случају спорна је била уговорна одредба која је искључивала право потенцијалних закупаца да погледају и упореде расположиве станове пре закључења уговора. Односно, орган локалне самоуправе уговором је за себе задржао право да од више слободних станова одреди стан који ће конкретном закупцу бити дат на употребу. Дакле, према мишљењу Суда правила Закона из 1999. године о процени правичности односе се и на одредбе уговора о уступању права на непокретностима. Уз образложење да би другачије решење било у супротности са примарним циљем његовог усвајања, а то је обезбеђење највишег могућег нивоа

⁴⁸ Различит правни режим на покретним и непокретним стварима у англосаксонском праву има дугу правну традицију и датира још из времена раног феудализма. Међутим, без обзира на своју сложеност и специфичност, англосаксонски концепт својине на непокретностима успешно функционише и у савременим тржишним условима. О овоме видети више: K. Gray, S. F. Gray, *Land Law*, Oxford University Press, 2007, 27-29. Такође, видети: Р. Јелић, *Својина у англосаксонском праву*, Правни живот, бр. 10, 2000, 149-168.

⁴⁹ S. Bright, C. Bright, *Unfair Terms in Land Contracts: Copy In or Copy Out*, Law Quarterly Review vol. 111, 2002, 655-673.

заштите потрошача.⁵⁰ Незаобилазна у овом контексту је и одлука Европског суда правде у познатом случају „Freiburger.“⁵¹ Ради се о случају из немачке судске праксе, у коме је разматрано питање правичности одредбе у уговору о продаји паркинг места у вишеспратној гаражи у изградњи. Из чињенице да ни немачки судови, а ни Европски суд правде, нису као претходно питање поставили питање примењивости правила која регулишу заштиту од неправичних уговорних одредаба у овом случају, произилази да се та правила односе и на уговоре о уступању права на непокретностима.

Међутим, упркос афирмативним ставовима израженим у судској пракси по овом питању, Директива о потрошачким правима дефинише робу као телесну покретну ствар.⁵² При томе, државама чланицама се не оставља слобода за проширење подучја примене правила која уређују заштиту од неправичних уговорних одредаба и на уговоре о уступању права на непокретностима. Идентичну дефиницију садржи и наш Закон о заштити потрошача.⁵³ Из тога произилази да се правила која регулишу преиспитивање правичности одредаба у потрошачким уговорима не односе на уговоре о промету непокретности.

⁵⁰ CA judgment of 24. February 2004. – Kathun & Others v. Newham London Borough Council (2004) EWCA Civ. 55., www.careandhealthlaw.com/.../Index.aspx?... , датум посете: 19.09.2012.

⁵¹ ECJ judgment of 1. April 2004, Case C – 237/02 - Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co.n KG v. Hofstetter et Urkike Hofstetter (2004) 2 CMLR 13.

⁵² С тим што се прецизира да се као роба не сматрају: ствар продата као роба у извршном поступку или на други начин по сили закона; вода и гас који се не продају у ограниченој или унапред утврђеној количини и електрична енергија. „Вид.“: члан 2. став 1. тачка 3. Директиве 2011/83/ЕУ.

⁵³ „Вид.“: члан 5. став 1. тач. 5. Закона о заштити потрошача.

Zoran Vuković,

University of Kragujevac, Faculty of Law, Kragujevac

Summary

OBJECTIVE (RATIONE MATERIAE) DOMAIN OF IMPLEMENTATION OF LEGAL RULES THAT REGULATES UNFAIR CONTRACT TERMS IN CONSUMER CONTRACTS

Regulations that determinate consumer protection from unfair contract terms apply on a contracts concluded between consumers and traders. All types of contracts, both named and unnamed, are regulated by those rules. In other words, not only contract of sale, but also, for example, insurance contract, consumer credit contract, hire-purchasing contract, contract for service, transport contract, time-sharing, leasing, etc... Also those rules could apply not only on written contracts but also on those concluded without specific form.

In this work author presents comparative legal solutions that excludes, in certain contracts or in certain contract terms, applying of regulations that determinate consumer protections form unfair contract terms. After the detailed analyzes of those exclusions, the solutions of Serbian Consumer Protection Law regarding those exemptions were also have been presented. Author concludes that Serbian Consumer Protection Law gives to the consumers the boarder protection comparing to the protection provided in the EU Law, simply because Consumer Protection Law proscribes control of unfair contract terms both in the formal and informal contracts.

Key words: consumer; trader; consumer contracts; unfair contract terms; consumer protection.