**DIREKTIVA VIJEĆA 93/13/EEZ OD 5. APRILA 1993. GODINE O NEPOŠTENIM**

**KLAUZULAMA U UGOVORIMA SA POTROŠAČIMA**[[1]](#footnote-1)

**Uvodno o Direktivi kao instrumentu parcijalne i minimalne harmonizacije**

Direktiva Vijeća za usklađivanje pravnih i upravnih propisa država članica u potrošačkim ugovorima 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. godine (dalje i: Direktiva 93/13/EEZ, Direktiva) instrument je harmonizacije koji je nastao kao rezultat višedecenijskih aktivnosti na približavanju zakonodavstava država članica EZ u dijelu u kojem je neophodno obezbijediti zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih klauzula prije svega u općim uslovima poslovanja. Direktiva jeste instrument harmonizacije u oblasti potrošačkog ugovornog prava u država članicama[[2]](#footnote-2), u smislu da, s obzirom na ograničenje oblasti njenog ličnog važenja na potrošačke ugovore, ona primarno ide za zaštitom potrošača u za njega tipičnoj ulozi slabije ugovorne strane. Takav zaštitni cilj značajno je uže postavljen u odnosu na zakonodavstva nekih drugih država članica.[[3]](#footnote-3) O zaštitnom cilju govori i objašnjenje broj 6 uz Direktivu, u kojem se ističe kako je radi olakšanja uspostavljanja unutarnjeg tržišta i zaštite građana u njihovoj ulozi potrošača pri kupovini roba i korištenju usluga značajno odstranjivanje iz potrošačkihugovora nepoštenih ugovornih klauzula.

Direktiva je istovremeno i instrument minimalne harmonizacije, što je vidljivo iz odredbe njenog člana 8, prema kojem države članice mogu donijeti ili zadržati strožije odredbe koje su u skladu sa Direktivom za oblast na koju se ona odnosi, obezbjeđujući na taj način viši nivo zaštite potrošača u odnosu na onaj predviđen samom Direktivom. [[4]](#footnote-4)

**Oblast ličnog važenja Direktive**

**Određenje pojma potrošača i pojma poduzetnika**

Ratione personaeDirektivu se primjenjuje kad je riječ o potrošačkim ugovorima, u smislu da se njom ne nastoji zaštiti svakog subjekta kao potencijalnog ugovarača od nepoštenih ugovornih klauzula, već potrošača u okviru potrošačkih ugovora. Odredbe Direktive se ne primjenjuje na ugovore koje međusobno zaključuju potrošači odnosno poduzetnici.

Potrošač je shodno odredbi čl. 2 st. 2 fizičko lice koje u ugovorima na koje se ova Direktiva odnosi djeluje za svrhe koje su van sfere njegovog profesionalnog djelovanja. Poduzetnikom se s druge strane smatra fizičku ili pravnu osobu koja u ugovorima na koje se Direktiva primjenjuje djeluje za svrhe svoje profesionalne djelatnosti, neovisno o tom je li riječ o javnom ili privatnom vlasništvu (čl. 2 st. 3).

Postavlja se pitanje kakva će pravna situacija postojati ondje gdje je zaključen ugovor koji istovremeno služi ostvarenju poslovnih i privatnih ciljeva (dvostruka upotreba/korištenje ugovora). Jedno od viđenja rješenja ovog problema jeste ono shodno kojem je povodom ovog pitanja neophodno široko tumačiti odredabe Direktive, pa se tako određenu djelatnost može smatrati profesionalnom ondje gdje cilj odnosno svrha zaključenog ugovora nedvojbeno i isključivo mogu biti pripisani određenoj profesionalnoj djelatnosti potrošača.[[5]](#footnote-5) Može se reći da ipak preovladava uže poimanje oblasti primjene Direktive, shodno kojem se nastoji utvrditi koji od ciljeva odnosno svrha ugovora preovladava odnosno odnosi prevagu u ovakvim problematičnim situacijama, privatni ili profesionalni.

Trenutak u kojem je neophodno cijeniti svrhu ugovora jeste trenutak zaključenja ugovora; naknadna izmjena svrhe ugovora ne bi bila dopustiva, jer je protivna pravnoj sigurnosti.[[6]](#footnote-6)

Poduzetnikom se smatra fizičku ili pravnu osobu. Fizičku se osobu izjednačava s čovjekom, te stoga bez iznimke jednako shvata u zakonodavstvima evropskih država. Pojam pravne osobe ima se tumačiti u skladu s komunitarnim shvatanjem ovoga pojma i u skladu sa Direktivom, a obuhvatiti će i privatno- i javnopravne osobe. Sam pojam poduzetnika Evropski sud tumači autnomno, pozivanjem na komunitarno pravo.[[7]](#footnote-7) U vezi s njegovim određenjem ukazuje se na od strane Suda određen pojam poduzeća u oblasti prava konkurencije. U tom se smislu poduzećem smatra subjekte koji obavljaju privrednu djelatnost neovisno o njihovom obliku i finansiranju.

**Oblast stvarnog važenja Direktive**

Prilikom definiranja oblasti stvarnog važenja Direktive kombinira se normiranje pozitivnih sa negativnim pretpostavkama primjene, te se ističe kako se Direktivu primjenjuje na one ugovorne klauzule u potrošačkim ugovorima o kojima nije pojedinačno pregovarano. Sadržajnoj kontroli ne podliježu temeljem čl. 1 st. 2 Direktive ugovorne odredbe koje su zasnovane na prinudnim pravnim propisima ili odredbama međunarodnih sporazuma, kao niti odredbe koje reguliraju pitanja odnosa predmeta ugovora i cijene/naknade (čl. 4 st. 2 Direktive).

Kontroli nepravičnosti ne podliježu niti odredbe u porodično- i nasljednopravnim ugovorima, obzirom da je riječ o ugovorima u okvirima kojih se ne djeluje u obavljanju profesionalne djelatnosti, a Direktivu se ne primjenjuje niti kad je riječ o ugovorima u radnom ili poslovnom pravu, obzirom da se smatra kako u okvirima takvih ugovora ne postoji osoba potrošača koju bi bilo potrebno zaštititi.[[8]](#footnote-8)

Sadržajnoj kontroli podliježu dakle one ugovorne odredbe u potrošačkim ugovorima o kojima nije pojedinačno pregovarano. Na dio ugovora odnosno one njegove odredbe o kojima su ugovorne strane pregovarale u pravilu se primjenjuje propise kakvi su oni o pobojnosti usljed mana volje, prekomjernog oštećenja ili primjerice promijenjenih okolnosti.

Shodno prvoj rečenici stava 2 čl. 3 Direktive smatra se da se o ugovornoj klauzuli nije pojedinačno pregovaralo uvijek onda kad je ona unaprijed formulirana i odatle potrošač, osobito u okvirima jednog prethodno formuliranog standardnog ugovora, nije mogao uticati na njen sadržaj. Smatra se da se o ugovornim odredbama pregovaralo dotle dok je ugovorna strana sastavljača općih uslova imala mogućnost uticaja na njihov sadržaj. Takva mogućnost postoji onda kad potrošač na temelju pregovaračke situacije može prepoznati i ostvariti vlastite interese. U vezi je s mogućnošću uticaja potrošača na sadržaj ugovornih odredaba nejasno treba li takvu mogućnost tumačiti ekstenzivno ili restriktivno odnosno upitno jeste da li se Direktivom zahtijeva aktivno saodlučivanje potrošača o sadržaju ugovora ili je dovoljno već i samo postojanje teoretske mogućnosti da se utiče na sadržinu budućeg ugovora. Shodno tekstu Direktive ne zahtijeva se postojanje odnosno vođenje pregovora između ugovornih strana, no samo se teoretska mogućnost uticaja na sadržaj ugovora također ne smatra dovoljnom. U pravilu bi morala postojati stvarna mogućnost potrošačeva uticaja na sadržaj ugovora, a ona će, shodno restriktivnom tumačenju mogućnosti potrošača da utiče na ugovornu sadržinu, postojati ondje gde su ispunjene određene pretpostavke: 1) na strani potrošača bi morala postojati mogućnost upoznavanja sa sadržinom ugovornih odredaba i sa tom mogućnošću neodvojivo povezana njegova sposobnost da inicira izmjene ugovorne sadržine, te bi 2) poduzetnik morao biti ozbiljno spreman izmijeniti određene ugovorne klauzule odnosno odustati od njihova korištenja u ugovoru.

Pregovaranje bi moralo podrazumijevati pojedinačno pregovaranje odnosno pregovaranje o pojedinim odredbama ugovora. Činjenica da je o određenim ugovornim odredbama pregovarano nikako ne podrazumijeva pregovaranje o preostalim klauzulama. Ovakvo je pravilo sadržano u odredbi čl. 3 st. 2 druga rečenica Direktive. Ugovorne odredbe o kojima je kolektivno pregovarano (u pravilu se misli na opće uvjete ugovora) smatra se pojedinačno ugovorenim.[[9]](#footnote-9) U vezi s dokazivanjem pregovaranja vrijedi pravilo prema kojem u svakom pojedinom slučaju mora biti istraženo da li je o konkretnoj ugovornoj odredbi pregovarano. Teret dokazivanja toga da o određenoj ugovornoj klauzuli nije pregovarano na strani je onoga koji se poziva na zaštitu, dakle na strani potrošača. U pogledu standardnih ugovora odredbom čl. 3 st. 2 rečenica tri Direktive predviđeno je premještanje tereta dokazivanja na stranu poduzetnika, obzirom da je istaknuto kako poduzetnik koji tvrdi da je o određenoj klauzuli standardnog ugovora pojedinačno pregovarano to mora i dokazati.

**Zahtjev transparentnosti**

Odredba čl. 5 Direktive sadrži pravilo prema kojem ugovorne klauzule koje su potrošaču predočene pismeno moraju biti formulirane jasno i razumljivo. Može se reći da bi ugovorne klauzule trebale biti formulirane tako da ih potrošač može razumjeti bez pravnog savjeta.[[10]](#footnote-10) U slučaju sumnje o značenju pojedinih odredaba primijeniti će se za potrošača najpovoljnije značenje.

Dva su kontrolna kriterija o kojima shodno odredbama čl. 5 mora biti povedeno računa pri kontroli transparentnosti. Jedan od njih se odnosi na sadržinu odredaba i njime se zahtijeva *jasnost* istih, dok je drugi kriterij formalne prirode i tiče se *razumljivosti* teksta ugovora.[[11]](#footnote-11)

Ugovorne klauzule se jasnima smatra kad nemaju iznenađujući karakter, te nisu osnovi za nesporazume ili sumnje.[[12]](#footnote-12)

Kako je navedeno, drugi je kriterij za ocjenu transparentnosti ugovornih klauzula formalan i odnosi se na razumljivost ugovornih odredaba. Razumljivom se ugovornom klauzulom smatra onu klauzulu koja omogućava potrošaču da shvati njen smisao.[[13]](#footnote-13) Razumljivost određene ugovorne klauzule pretpostavlja njenu čitljivost i jezičnu razumljivost. Čitljivost pri tom podrazumijeva sačinjenost ugovora u obliku štamparsko-tehnički pregledne isprave. U tom smislu primjerice opći uvjeti poslovanja ne bi smjeli biti štampani isuviše sitno, odnosno važni opisi obaveza ugovornih strana ne bi smjeli biti skriveni u tekstu ugovora. Jezična razumljivost teksta ugovora odnosi se s jedne strane na obavezu sačinjavanja teksta ugovora na jeziku koji je razumljiv prosječnom potrošaču, te bi u tom smislu trebala biti izbjegnuta primjena nerazumljivih stručnih termina, kao i pravnih izraza i uputa na odgovarajuće zakonske propise, bez navođenja njihovog sadržaja. S druge strane, jezična razumljivost podrazumijeva i obavezu formuliranja ugovora na jeziku kojeg potrošač razumije, bilo da je to maternji jezik potrošača, bilo da se radi o jeziku njegova stalnog prebivališta.[[14]](#footnote-14)

**Generalna klauzula**

Direktiva kao svoju jezgru ili svojevrsnu centralnu odredbu sadrži tzv. generalnu klauzulu.[[15]](#footnote-15) Shodno generalnoj klauzuli koju pronalazimo u odredbi čl. 3 Direktive, ugovorna odredba o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori smatra se nepoštenom ako u suprotnosti s načelom savjesnosti i poštenja, na štetu potrošača prouzrokuje znatniju neravnotežu u pravima i obavezama stranaka, proizašlih iz ugovora. U skladu s ovakvom definicijom, može se reći kako određenje jedne ugovorne klauzule kao nepoštene pretpostavlja ispunjenje više pretpostavki. Tako Direktiva najprije govori o tome da značajan nesklad prava i obaveza ugovornih strana mora predstavlja povredu načela savjesnosti i poštenja. U vezi je s postupanjem u skladu s načelom savjesnosti i poštenja potrebno naglasiti kako ono uopće podrazumijeva uzimanje u obzir interesa druge strane pri zaključenju ugovora i izvršavanju ugovornih obaveza. Može se reći kako se poduzetnik načela savjesnosti i poštenja pridržava kad, uzimajući u obzir opravdane interese potrošača kao druge strane, prema njemu postupa pošteno. Postupanje u skladu s načelom savjesnosti i poštenja podrazumijeva postavljanje pred poduzetnika zadaće formuliranja ugovornih odredaba određenoga formalnog i sadržajnog kvaliteta, a u cilju spriječavanja situacija u kojima se potrošaču nameću neprimjerene obaveze ili ga se lišava njegovih važnih prava.[[16]](#footnote-16)

Dalje, kako bi bila određena kao nepoštena, ugovorna bi klauzula trebala uzrokovati značajan nesklad između prava i obaveza ugovornih strana i to na štetu potrošača. U pogledu pretpostavke nepoštenosti ugovorne klauzule, koja je vezana za uzrokovanje značajnog nesklada između prava i obaveza ugovornih strana, potrebno je reći kako utvrđivanje ostvarenja ove pretpostavke pretpostavlja u pravilu usporedbu svih ugovorom neposredno ili posredno reguliranih uzajamnih prava i obaveza ugovarača.[[17]](#footnote-17) Predmetom usporedbe jesu pravaistog ili različitog sadržaja obje ugovorne strane ili obaveze istoga ili različitog sadržaja obje ugovorne strane.[[18]](#footnote-18)

Pri kontroli nepoštenosti shodno odredbi čl. 3 st. 1 Direktive relevantan je samo onaj nesklad odnosno neravnoteža prava i obaveza dvije strane koji može biti određen kao značajan (engl. significant, njem. erheblich) i neopravdan. Značajan nesklad prava i obaveza ugovornih strana znači u pravilu postojanje na strani jednog ugovornog partnera primijetne prevage obaveza nad pravima.

Nepoštenost određene ugovorne klauzule shodno odredbi čl. 3 st. 1 Direktive uzrokovat će isključivo ona neravnoteža prava i obaveza ugovornih strana koja ide na štetu potrošača. Oštećenje potrošača ogleda se u svakom neprimjerenom umanjenju njegovih prava i svakom povećavanju njegovih obaveza, pri čemu je nužno ustanoviti nisu li u korist potrošača ugovorene određene prednosti kojima bi se eventualno korigiralo nastalu neravnotežu.

1. **Izuzimanje glavnog predmeta ugovora i odnosa ekvivalentnosti predmeta i naknade iz kontrole nepoštenosti**

Shodno odredbi čl. 4 st. 2 Direktive, kontroli nepoštenosti ne podliježu klauzule koje se odnose na predmet ugovora i na pitanje primjerenosti odnosa cijene odnosno naknade i robe odnosno usluge, pod uslovom da su ove klauzule formulirane jasno i razumljivo. Unošenjem u tekst Direktive ovakvog pravila nastojalo se spriječiti dovođenje u pitanje osnovnih načela funkcioniranja tržišnih mehanizama, a među njima prije svega načela ugovorne autonomije. Pravilo prema kojem kontroli sadržaja ne podliježu ugovorne odredbe o predmetu i primjerenosti omjera predmeta i cijene/naknade samo dotle dok su stvarno bile izložene djelovanju tržišnih mehanizama u skladu je i sa zaštitnim ciljem Direktive. Sud naime nije ovlašten zadirati u pitanja privatne autonomije sve dok potrošač ima mogućnost upoređivati različite robe odnosno usluge. Kako bi potrošač imao mogućnost da sam zaštiti svoje interese, ugovorne bi odredbe koje se odnose na predmet ugovora i cijenu odnosno naknadu za robe i usluge morale biti jasne i razumljive. Kategorije jasnosti i razumljivosti ovdje se tumači široko, te one, pored sadržajne i štamparsko-tehničke transparentnosti, podrazumijevaju i dovoljnu konkretnost odnosno određenost ugovornih klauzula.

1. **Aneks klauzula uz Smjernicu**

U odredbi čl. 3 st. 3 Direktive ukazuje se na listu klauzula sadržanu u Aneksu uz Direktivu. Aneks (dodatak) uz Direktivu sadrži indikativnu i otvorenu listu klauzula koje mogu biti oglašene nepoštenim.[[19]](#footnote-19)

Lista klauzula uz Direktivu indikativna je i otvorena u smislu da klauzule sadržane u njoj jesu navedene primjera radi, te da kao nepoštene mogu biti određene i klauzule koje nisu na popisu pobrojanih klauzula. Vrijedi i obrnuto: ugovorna odredba koja bi odgovarala nekoj od klauzula sa liste mogla bi u okolnostima konkretnog slučaja biti smatrana poštenom, te na taj način opstati.[[20]](#footnote-20) Može se reći kako se uz klauzule sadržane u Aneksu Direktive vezuje oborivu pretpostavku nepoštenosti.

Značaj klauzula pobrojanih u dodatku Direktivi, i uprkos njihovom neobavezujućem karakteru, ne bi smio biti podcijenjen ako se ima u vidu to da ove klauzule služe konkretizaciji široko formulirane generalne klauzule, te tako posredno i realizaciji cilja jedinstvene primjene iste u državama članicama odnosno harmonizaciji u primjeni Direktive uopće.

1. **Pravne posljedice nepoštenosti ugovornih klauzula**

Države članice su odredbom čl. 6 st. 1 Direktive obavezane da ugovorne klauzule koje su shodno odredbi čl. 3 određene kao nepoštene u vlastitim zakonodavstvima oglase neobavezujućim. Neobaveznost konkretne ugovorne klauzule podrazumijeva zabranu nastupanja njenih posljedica prema potrošaču odnosno nemogućnost njene provedbe u pravnom prometu.[[21]](#footnote-21) U pogledu pitanja na koji način obaveza iz čl. 6 st. 1 treba biti ostvarena u zakonodavstvima država članica, odnosno da li je ugovorne klauzule neophodno oglasiti ništavima, lišenim pravnog dejstva ili jednostavno neobavezujućima, Direktiva ne daje odgovor. Odrediti ugovorne klauzule koje su nepoštene pobojnima, u smislu da bi oglašenje njihove neobaveznosti ovisilo o inicijativi potrošača, ne smatra se međutim dovoljnim, naprosto iz razloga što takva potrošačeva inicijativa može izostati usljed njegovog nedovoljnog poznavanja prava, ekonomskog položaja usljed kojeg je prisiljen zaključiti ugovor s poduzetnikom ili jednostavno usljed njegovog položaja podređenosti u odnosu na poduzetnika uopće.[[22]](#footnote-22)

Neobveznost se ograničava na nepoštene ugovorne klauzule. Naime, shodno rješenjima Direktive ona nastupiti treba isključivo u mjeri koja je nužna kako bi se potrošača zaštitilo od štetnih posljedica nepoštenih ugovornih klauzula.

Kako lišene dejstva ostaju isključivo nepoštene ugovorne klauzule, a preostali dio ugovora, ukoliko je to moguće, nastavlja postojati, postavlja se pitanje kako će biti ispunjena praznina koja u ugovoru nastaje nakon što neke njegove odredbe više ne proizvode pravna dejstva. Ni na ovo pitanje Direktiva ne daje odgovor, osim što se naglašava kako ostatak ugovora treba nastaviti postojati na istom osnovu, ukoliko je to bez nepoštenih klauzula moguće.

Države članice su ovlaštene same odlučiti o načinu popunjavanja nastalih praznina. Smatra se kako ciljevima Direktive odgovara popunjavanje nastalih praznina dispozitivnim pravom ili popunjavanjem na tragu dopunskog tumačenja ugovora. Dalje opstajanje ugovora ovisi o tome koje njegove odredbe jesu lišene dejstava: to ne bi smjele biti u tom smislu bitne odredbe da naknadno popunjavanje praznina koje u ugovoru nastanu nije moguće, te da usljed toga niti sam ugovor nije moguće izvršiti. Osim u ovoj situaciji, ugovor ne može nastaviti postojati ondje gdje sadržina preostalog dijela ugovora nije u skladu s ciljem ugovora, kao niti ondje gdje se preostalim dijelom ugovora jednoj ugovornoj strani nameće neopravdano teške obaveze.[[23]](#footnote-23) Ondje gdje ugovor ne može opstati bez onih njegovih odredaba koje su oglašene ništavim, kao pravna se posljedica iznimno nameće ništavost ugovora u cjelosti.

1. **Sprječavanje buduće primjene nepoštenih ugovornih klauzula – apstraktni kontrolni postupak**

Odredbom čl. 7 st. 1 Direktive države članice se obavezuje da u interesu potrošača i konkurencije predvide primjerena i djelotvorna sredstva kojim će se onemogućiti primjena nepoštenih ugovornih klauzula u ugovorima koje poduzetnik zaključuje sa potrošačem. U odredbi čl. 7 st. 2 navodi se kako sredstva o kojima je riječ u stavu 1 obuhvataju odredbe kojima lica ili organizacije, koji shodno domaćem pravu imaju legitimne interese u pogledu zaštite potrošača, mogu da, u skladu s domaćim pravom podignu tužbu pred sudovima ili kod nadležnih organa uprave, a u cilju donošenja odluke o tome da li su ugovorne odredbe formulirane za opću upotrebu nepoštene, kako bi oni primijenili odgovarajuće i efikasne mjere da se spriječi kontinuirana upotreba takvih klauzula. Sa potrebnim uvažavanjem domaćeg prava, u skladu sa odredbom čl. 7 st. 3 Direktive, pravna sredstva o kojima je riječ u stavu 2 mogu biti usmjerena odvojeno ili zajednički protiv grupe poduzetnika iz istog privrednog sektora ili njihovih udruženja koja koriste ili preporučuju korišćenje istih općih ugovornih ili sličnih klauzula.[[24]](#footnote-24)

1. **Obaveza sprječavanja primjene nepoštenih ugovornih klauzula za ubuduće**

Odredbom čl. 7 st. 1 Direktive države članice se obavezuje na djelovanje u sprječavanju primjene nepoštenih ugovornih klauzula od strane poduzetnika. Cilj ove odredbe ogleda se u tome da, u odnosu na odredbu čl. 6 st. 1 Direktive, kojom se predviđa neobaveznost ugovorne klauzule koja je, iako nepoštena, postala dijelom ugovora, bude spriječena primjena nepoštenih klauzula za ubuduće. Sprječavanje primjene nepoštenih ugovornih klauzula u poređenju s odredbom čl. 7 st. 2, kojom se regulira apstraktni kontrolni postupak, nije ograničeno na opće uvjete poslovanja, nego se odnosi na sve odredbe ugovora koje se nepoštenima smatra u smislu odredbe čl. 3 Direktive. Države članice su slobodne odlučiti o vrsti sredstava koja će biti korištena radi sprječavanja primjene nepoštenih ugovornih klauzula; u obzir pri tom dolaze civilno-, javno- i krivičnopravna sredstva. U skladu s odredbom čl. 7 st. 1, sredstva koja će se primijeniti u nacionalnim zakonodavstvima moraju biti primjerena i efikasna, u smislu da ona pravna sredstva koja su se u konkretnom zakonodavstvu pokazala kao neefikasna, neizostavno imaju biti zamijenjena drugim efikasnim sredstvima.

1. **Obaveza ustanovljavanja apstraktnog kontrolnog postupka**

U skladu s odredbom čl. 7 st. 1 države članice su slobodne pri izboru sredstava kojima će se boriti protiv primjene nepoštenih ugovornih klauzula. Odredba čl. 7 st. 2 sadrži konkretizaciju odredbe čl. 7 st. 1, u smislu da mjere koje su države dužne predvidjeti trebaju obuhvatiti jedan apstraktni kontrolni postupak u osnovi kojega bi stajalo pravo na tužbu u korist određenih osoba i organizacija, a protiv poduzetnika. Kako je tužba o kojoj govori odredba čl. 7 st. 2 usmjerena na sprječavanje primjene nepoštenih klauzula za ubuduće, u uporednom pravu ona biva označena i kao tužba na propuštanje, a često ju se označava i kao kolektivnu (skupnu) tužbu.

Pravo na tužbu može biti ostvareno u sudskom ili postupku koji bi se vodio pred odgovarajućim organima uprave. Aktivno legitimirane jesu osobe ili organizacije koje prema unutarnjem pravu države članice imaju opravdane interese u pogledu zaštite potrošača. Pri tom se osobama smatra sve fizičke osobe koje opravdan interes potrošača shvataju kao kolektivni interes, kakva je osoba primjerice ombudsmen, kao i sve organizacije koje su opravdano zainteresirane za zaštitu potrošača. Smatra se da pojedinačan interes (interes potrošača kao pojedinca) nije dovoljan kako bi se govorilo o opravdanom interesu u pogledu zaštite potrošača, obzirom da interesi potrošača kao pojednica adekvatnije zaštićeni mogu biti u građanskom postupku u kojem bi konkretne nepoštene ugovorne odredbe bile oglašene ništavima.

Pitanje pasivne legitimacije rješava odredba čl. 7 st. 3. Apstraktni kontrolni postupak može biti pokrenut odvojeno ili zajednički protiv grupe poduzetnika iz istog privrednog sektora ili protiv njihovih udruženja koja koriste ili preporučuju korištenje istih općih ugovornih ili sličnih klauzula.

1. **Usklađivanje domaćih s komunitarnim rješenjima u oblasti zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih klauzula**
2. **Analiza usklađenosti rješenja Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini**

**sa rješenjima Direktive 13/93/EEZ**

Rješenja kojima Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini štiti potrošača od nepravednih[[25]](#footnote-25) ugovornih klauzula sadržana su u čl. 93-96, pri čemu čl. 93 govori o tome na koje se ugovorne odredbe primjenjuju zaštitna pravila, čl. 94 pominje sankciju nepoštenosti, čl. 95 sadrži generalnu klauzulu, a čl. 96 listu potencijalno nepoštenih ugovornih odredbi.

Zakonske odredbe koje govore o tome na koje se ugovorne odredbe primjenjuje zaštitna pravila Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini dosta su nejasne. Shodno odredbi čl. 93 st. 1, 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. U odredbi st. 4 istog člana istaknuto je kako se smatra da je potrošač bio upoznat s ugovornim odredbama ako ga je trgovac na njih upozorio i ako su mu one bile dostupne.

Ovakvo rješenje može biti posmatrano kao problematično pri njegovom poređenju s rješenjima Direktive.

Naime, uzme li se u obzir pravilo prema kojem se zaštitna pravila iz Direktive primjenjuju isključivo na odredbe o kojima nije induvidualno pregovarano, primjećuje se odstupanje takvog rješenja od onog prema kojem, u domaćem pravu, uslov za primjenu zaštitnih pravila jeste svojevrsno potrošačevo nepoznavanje odredaba ugovora kojeg zaključuje s poduzetnikom odnosno trgovcem. Jasno je kako jednostrano formuliranje ugovornih odredbi i njihovo jednostrano unošenje u ugovor nije isto što i nepoznavanje istih od strane potrošača. Potrošač može biti upoznat sa sadržinom ugovora i činjenicom da su takve odredbe unesene u ugovor, a da su one u ugovor unijete jednostrano odnosno bez induvidualnih pregovora potrošača s poduzetnikom. Ovo bi odstupanje u narednoj reformi zakonodavstva u oblasti prava zaštite potrošača trebalo biti uklonjeno.[[26]](#footnote-26)

Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini ne sadrži odredbe kojima se od kontrole sadržaja izuzima ugovorne odredbe utemeljene na prinudnim propisima ili odredbama odnosno načelima međunarodnih sporazuma koji obavezuju Bosnu i Hercegovinu, kao ni odredbe shodno kojima kontrola sadržaja ne bi bila provodiva nad ugovornim odredbama koje se tiču predmeta ugovora i cijene, odnosno ekvivalentnosti njihova odnosa, ondje gdje su takve odredbe formulirane jasno i razumljivo. Pri tom je korisno imati u vidu činjenicu da niti u određenom broju država članica EU nije izričito preuzeto pravilo o izuzimanju od kontrole nepravednosti ugovornih odredaba koje počivaju na prinudnim propisima i odredbama obavezujućih međunarodnih sporazuma. Države članice koje navedeno rješenje nisu preuzele istakle su kako ne postoji potreba izričitog formuliranja pravila koje u njihovim zakonodavstvima ima karakter općeprihvaćenog i primjenjivanog pravila.

S druge strane, nepreuzimanje u domaće pravo rješenja shodno kojem se kontrola sadržaja ne provodi nad odredbama ugovora koje se tiču predmeta ugovora i naknade, te međusobnog odnosa ova dva elementa ugovora može i kod nas, kao i u nekim uporednim zakonodavstvima značiti podizanje nivoa zaštite potrošača. Ovo osobito obzirom na činjenicu da je ovakvo rješenje bilo predmetom kritike u teoriji i praksi. Tako se najčešće se isticalo kako izuzimanje iz okvira sadržajne kontrole odredaba o predmetu i cijeni, te njihovom odnosu uopće ne doprinosi zaštiti potrošača, obzirom da je u pravilu riječ o najznačajnijim ugovornim odredbama. Drugim riječima, izuzimanje iz okvira kontrole nepravednosti najznačajnih ugovornih odredaba i istovremeno podvrgavanje istoj svih ostalih, za potrošača manje bitnih klauzula, ne mora za potrošača nužno biti najbolje rješenje.[[27]](#footnote-27)

**2. Generalna klauzula nepravednosti, okolnosti koje je pri kontroli nepravednosti neophodno uzeti u obzir i zahtjev transparentnosti**

Generalnu klauzulu nepravednosti Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini sadrži u odredbi čl. 95. Shodno istoj, ugovorne odredbe koje potrošač nije lično ugovorao smatrati će se nepoštenim ako: a) stvaraju značajnu nejednakost između prava i obaveza ugovornih strana na štetu potrošača, b) bi ispunjenje ugovornih obaveza značajno odstupilo od opravdanog očekivanja potrošača, te c) su u suprotnosti s principom poštenja, savjesti i dobrim poslovnim običajima. Tek po čitanju ove odredbe postaje jasno kako se zaštitna pravila ZZP-a primjenjuje samo na odredbe koje potrošač nije lično ugovorio. Po čitanju citirane odredbe nameće se pitanje treba li kriterije nepoštenosti navedene pod a), b) i c) promatrati kao kumulativno ili kao alternativno postavljene pretpostavke nepravednosti ugovornih klauzula. U nedostatku jezičke poveznice koja bi ukazivala na kumulaciju, moguće je zaključiti kako su navedene pretpostavke postavljene alternativno. Kako međutim niti iz generalne klauzule sadržane u odredbi čl. 3 st. 1 Direktive nije u potpunosti jasno da li su značajan nesklad prava i obaveza ugovornih strana i protivnost ugovornih klauzula načelu savjesnosti i poštenja kumulativne ili alternativne pretpostavke nepoštenosti, veoma je teško govoriti o usklađenosti generalne klauzule sadržane u ZZP-u i generalne klauzule sadržane u Direktivi. Uopće je moguće primijetiti kako je generalna klauzula u domaćem zakonodavstvu proširena u dijelu u kojem se ugovorne klauzule nepoštenima smatra i ondje gdje bi ispunjenje ugovornih obaveza odstupilo od opravdanog očekivanja potrošača odnosno ondje gdje su ugovorne klauzule protivne dobrim poslovnim običajima. Ovakvo proširenje ne mora nužno imati negativan predznak, obzirom da njime nivo zaštite potrošača u domaćem pravu biva podignut iznad nivoa zaštite u komunitarnom zakonodavstvu.

**3. Pravne posljedice nepravednosti ugovornih klauzula**

O pravnim posljedicama nepoštenosti govori odredba čl. 94. U st. 1 ovog člana ističe se kako trgovac ne smije zahtijevati ugovorne odredbe koje su nepravedne ili koje bi prouzrokovale štetu potrošaču, dok se u st. 2 ugovorne odredbe iz st. 1 određuje kao ništave.

**4. O listi klauzula iz čl. 96 ZZP-a**

Član 96 ZZP-a sadrži listu apsolutno zabranjenih klauzula, dakle klauzula koje će se u slučaju da budu upotrijebljene smatrati ništavima, ili kako se to u prvoj rečenici čl. 96 navodi, odredbama koje nisu punovažne. Lista sadrži 22 zabranjene klauzule i, obzirom na ništavost koju se kao pravnu posljedicu vezuje za korištenje ovih klauzula, okarakterizirana je kao crna lista. Lista nije konačna, na što upućuje riječ naročito upotrijebljena u prvoj rečenici čl. 96: klauzule koje nisu našle svoje mjesto na ovoj listi mogu ipak biti oglašene nepunovažnima odnosno ništavima.

Iako veoma duga (22 klauzule), lista klauzula koje su zabranjene u potrošačkim ugovorima u domaćem zakonodavstvu ne sadrži neke od klauzula koje sadrži Aneks klauzula uz Direktivu.[[28]](#footnote-28) To je čini se manji problem, ako se ima u vidu navode iz objašnjenja broj 17 uz Direktivu, u kojem se objašnjenju navodi kako je Aneks klauzula uz Direktivu indikativna i otvorena lista, koja državama članicama ostavlja odriješene ruke da usvoje ekstenzivnije ili restriktivnije nacionalne liste zabranjenih klauzula.

**5. Apstraktni kontrolni postupak**

Bosna i Hercegovina je obavezna da prilikom usklađivanja nacionalnih sa rješenjima postojećim u komunitarnom zakonodavstvu u oblasti prava nepravednih ugovornih klauzula predvidi primjerena i djelotvorna sredstva kojima će se poduzetnike spriječiti u primjeni nepravednih ugovornih klauzula u ugovorima zaključenim sa potrošačima. Shodno odredbi čl. 7 st. 2 Direktive 13/93/EEZ, pomenuta sredstva trebaju obuhvatiti i pravne propise po osnovu kojih osobe i organizacije, koje su u skladu sa nacionalnim propisima ovlaštene djelovati u oblasti zaštite potrošača, mogu pred sudovima i organima uprave pokrenuti postupke u kojima će biti odlučeno o tome jesu li ugovorne klauzule unaprijed formulirane za opću upotrebu nepravedne i poduzeti odgovarajuće i efikasne mjere na sprječavanju upotrebe takvih klauzula.

Bosanskohercegovački Zakon o zaštiti potrošača o pravnoj zaštiti potrošača govori u odredbama čl. 120-124. Shodno odredbi čl. 120, nadležni će sud svojim aktom narediti prestanak bilo kakvog čina ili prakse koji su u suprotnosti s odredbama ovog Zakona ili drugih propisa, a koji štete zajedničkim interesima potrošača. Aktivno legitimirani pokretači postupka iz čl. 120 jesu u skladu sa odredbom čl. 106 ZZP-a: Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa BiH, ombudsmen za zaštitu potrošača u BiH, Vijeće za zaštitu potrošača BiH, Konkurencijsko vijeće BiH, nadležni organi entiteta i Brčko Distrikta BiH, Ured za konkurenciju i zaštitu potrošača u Federaciji BiH i Republici Srpskoj, udruženja potrošača, obrazovne institucije i mediji, te inspekcijski i drugi organi u skladu sa zakonom. Lista tijela ovlaštenih na pokretanje postupka nije konačna.

Zaštitu se kolektivnih prava potrošača shodno odredbama čl. 120-124 ZZP-a u domaćem zakonodavstvu ostvaruje u sudskom postupku, kojeg institucije i udruženja iz čl. 98 ovog zakona pokreću podizanjem kolektivne tužbe. U postupku koji se provodi prema odredbama hitnog postupka[[29]](#footnote-29) sud ima ovlaštenja da naloži objavljivanje presude u cijelosti ili djelimično u medijima ili zatraži korektivnu izjavu od tužene strane[[30]](#footnote-30), kao i da odluči o nametanju finansijskih sankcija za svaki dana kašnjenja u izvršenju sudske odluke.[[31]](#footnote-31) Domaći zakonodavac mogućnost određivanja novčane kazne predviđa samo u slučaju kašnjenja sa izvršenjem sudske odluke, ne pominjući izričito mogućnost izricanja novčane kazne za neizvršenje sudske odluke.[[32]](#footnote-32) Objavljivanje cijele ili dijela odluke odnosno korigiranje izjave date od strane trgovca smisleno je ondje gdje se takvom radnjom doprinosi ublažavanju ili potpunom otklanjanju štetnih posljedica povrede propisa o zaštiti potrošača. Specifičnost postupka za zaštitu kolektivnih prava potrošača u domaćem se zakonodavstvu ogleda u činjenici da je u istom postupku tužitelj ovlašten zahtijevati kompenzaciju za štetu nanesenu kolektivnim interesima potrošača[[33]](#footnote-33); radi ostvarenja prava na naknadu štete ne mora biti pokrenut odvojen postupak.

Mogućnost alternativnog rješavanja sporova otvara se shodno odredbama čl. 124, u skladu s kojima će procedure alternativnog rješavanja sporova uspostaviti tijela ovlaštena za zaštitu potrošača u BiH, a u skladu s kriterijima koje postavi Ombudsmen za zaštitu potrošača u BiH.

O zaštiti kolektivnih interesa potrošača u slučaju korištenja ili preporučivanja korištenja nepravednih ugovornih klauzula u potrošačkim ugovorima govori odredba čl. 122 st. 4. Shodno ovoj odredbi, u slučaju kršenja odredaba koje se odnose na prezentiranje ugovora ili na postavljanje nekorektnih uslova u potrošačkim ugovorima, postupak pred nadležnim sudom može biti pokrenut zajednički ili pojedinačno protiv trgovaca iz istog ekonomskog sektora ili njihovih asocijacija koje koriste ili preporučuju istu praksu ili postavljanje sličnih nekorektnih uslova.

Odredbu čl. 122 st. 4 u dijelu u kojem se odnosi na problematiku kolektivne zaštite od nepravednih ugovorih klauzula može se smatrati usklađenom sa zahtjevima koje u vezi sa kolektivnom zaštitom interesa potrošača postavlja Direktiva 13/93/EEZ. Zamjerku se može uputiti nespretnoj jezičkoj formulaciji koja se odnosi na upotrijebljeni izraz postavljanja nekorektnih uslova u smislu da bi izraz postavljanje trebalo zamijeniti adekvatnijim terminom, a izraz nekorektne klauzule uskladiti sa tekstom zakona u preostalom dijelu, obzirom da zakonodavac inače koristi termin nepravedne, a ne nekorektne ugovorne klauzule.

Odluka kojom sud usvaja tužbeni zahtjev, donesena u postupku pokrenutom radi zaštite kolektivnih interesa potrošača, ima u pravilu relativno dejstvo i odnosi se na ugovornu klauzulu onako kako je ona u konkretnom slučaju formulirana. Ovakvo bi rješenje trebalo biti izmijenjeno na način da se sudskim odlukama u postupcima pokrenutim radi zaštite potrošača od nepravednih ugovornih klauzula osigura apsolutno dejstvo, odnosno da se, osim tuženog/ih, i ostale poduzetnike obaveže na propuštanje upotrebe odnosno preporuke upotrebe ne samo konkretne, već i svih istovrsnih i klauzula sa sličnim efektima, u odnosu na sve potrošače.[[34]](#footnote-34)

1. Council Directive 93/13/EEC of 5 April on unfair terms in consumer contracts, OJ No L 95/29, 21.04.1993. [↑](#footnote-ref-1)
2. Reich, Norbert, Zur Theorie des europäischen Verbraucherrechts, ZeuP, 1994, str. 339. [↑](#footnote-ref-2)
3. Njemački Zakon o općim uslovima poslovanja predviđao je primjerice provođenje sadržajne kontrole nad svim prethodno formuliranim ugovornim odredbama, neovisno o tom radi li se o potrošačkim ugovorima ili ne, no ustanovljavajući pri tom „kontrolno mjerilo“ različitog intenziteta obzirom na involvirane ugovorne strane (mjerilo drugačije u ugovorima s trgovcima i „netrgovcima“). [↑](#footnote-ref-3)
4. Direktiva 13/93/EEZ treba poslužiti harmoniziranju dijela privatnog prava koji je u državama članicama veoma različito reguliran. Različita regulativa i primjena iste u praksi vodila je opredjeljenju komunitarnog zakonodavca za harmoniziranje na minimalnom nivou. Tako Direktiva postavlja minimalne standarde zaštite potrošača u oblasti prava nepoštenih ugovornih klauzula u potrošačkim ugovorima, ispod kojih s jedne strane države članice ne smiju ići, dok su s druge strane ovlaštene ustanoviti viši nivo zaštite. Može se reći kako je minimalna harmonizacija, o kojoj je naprijed već bilo govora, zapravo pojavna forma principa subsidijarnosti, kojeg uvodi tek Ugovor iz Maastrichta. Shodno principu subsidijarnosti, Zajednica može djelovati u oblastima koje ne spadaju u njenu izričitu nadležnost samo onda kad ciljevi u obzir uzetih mjera ne mogu na nivou država članica biti ostvareni u zadovoljavajućoj mjeri, te stoga usljed njihovog obima ili dejstava bolje ostvareni mogu biti na komunitarnom nivou. Potrošačko je pravo oblast koja nije u isključivoj nadležnosti Zajednice, te se odatle zaključuje kako su države članice ovlaštene ustanoviti viši nivo zaštite u odnosu na onaj ustanovljen Direktivom. [↑](#footnote-ref-4)
5. Graf von Westphalen, Friedrich, Die Novelle zum AGB-Gesetz, BetriebsBerater, 1996. godine, str. 2101. [↑](#footnote-ref-5)
6. Nobis, Steffi, Missbräuchliche Vertragsklauseln in Deutschland und Frankreich, Zur Umsetzung der Klauselrichtlinie 93/13/EWG des Rates, Tübingen, 2004, str. 129. [↑](#footnote-ref-6)
7. Micklitz, Hans-W., Verbandsklage und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln, ZIP, 1998. godine, str. 938. (dalje: Micklitz, Verbandsklage.....). [↑](#footnote-ref-7)
8. Heinrichs je mišljenja kako bi se odredbe Smjernice trebalo primjenjivati kad je riječ o ugovorima kojima fizička osoba kao potrošač stječe udio u privrednom društvu. Heinrichs, Helmut, Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes, NJW 1996, Heft 34, str. 2129. [↑](#footnote-ref-8)
9. Wolf, u: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG-Kommentar, 4. Auflage, 1999, Artikel 3 RiLi, Rdnr. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Baier, Kirsten, Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln, Hamburg, 2004., str. 147. [↑](#footnote-ref-10)
11. Postoje i autori koji ne razlikuju jasnost od razumljivosti. Jedan od takvih je i Heinrichs, koji smatra kako se kad je o ova dva termina riječ radi o sinonimima, koje je, obzirom da nemaju različitu sadržinu, u praksi teško i nepotrebno razlikovati. Ovakvo shvatanje uglavnom nije prihvaćeno, uz opravdanje kako se razdvajanjem sadržinskog od formalnog kriterija kontrole transparentnosti htjelo podcrtati to da se, kad je o ovoj kontroli riječ, ne radi samo o štamparsko-tehničkoj ili kontroli čitljivosti, već o ispitivanju ispunjenosti pretpostavke sadržinske, dakle suštinske razumljivosti ugovornih odredaba. Više kod: Heinrichs, Helmut, Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, u: Festschrift Reinhold Trinkner, 1995. godine, str. 174. (dalje: Heinrichs, Das Transparenzgebot.....) i kod: Van Gool, Roeland, Die Problematik des Rechts der missbräuchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Frankfurt am Main, 2002, str. 272. [↑](#footnote-ref-11)
12. Van Gool, op.cit., str. 270; Nobis, op.cit., str. 216.; Wolf, RiLi Artikel 5, Rdnr. 6. [↑](#footnote-ref-12)
13. Van Gool, op.cit., str. 271. [↑](#footnote-ref-13)
14. U pogledu problema jezičke razumljivosti u literaturi se pravi razliku između dvije situacije. U prvoj situaciji poduzetnik istupa na tržištu na kojem se koristi strani jezik, te je on obavezan svoje uvjete poslovanja prevesti na jezik koji se službeno koristi na tom tržištu. U drugoj situaciji poduzetnik istupa na domaćem tržištu i ugovor zaključuje sa potrošačem koji dolazi iz druge države članice. U ovoj se drugoj situaciji razlikuje potrošača koji razumije jezik tržišta na kojem nabavlja robe odnosno koristi usluge od potrošača koji taj jezik ne razumije. U pogledu potrošača koji razumije jezik tržišta poduzetnik nema osobitih obaveza, osim da se uvjeri kako potrošač konkretni jezik poznaje u potrebnoj mjeri. U slučaju u kojem potrošač ne razumije jezik koji se koristi na tržištu na kojem istupa kao potrošač, poduzetnik ima obavezu uvjete svoga poslovanja prevesti na potrošaču razumljiv jezik. Obim obaveze informiranja potrošača ovisi pri tom o složenosti određenog ugovora; što je ugovor složeniji, to je i obaveza informiranja koju poduzetnik ima prema potrošaču obimnija. Heinrichs, Das Gesetz....., str. 2197; Coester, Michael, AGB-rechtliche Inhaltskontrolle im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, u: Festschrift Helmut Heinrichs, München, 1998. godine, str. 112. [↑](#footnote-ref-14)
15. Van Gool, op.cit., str. 179. [↑](#footnote-ref-15)
16. Pfeiffer, Thomas, u: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band III, A 5, Richtlinie 13/93/EWG des Rates (Klauseln in Verbraucherverträgen), Art. 3, RN 66, München, Stand Ergänzungslieferung Mai 1999, navedeno prema: Nobis, op.cit., str. 251. (dalje: Pfeiffer, Das Recht der EU.....). [↑](#footnote-ref-16)
17. Nobis, op.cit., str. 248. [↑](#footnote-ref-17)
18. Van Gool, op.cit., str. 179. [↑](#footnote-ref-18)
19. Aneks sadrži niz klauzula, koje je veoma teško sistematizirati. Prof. Misita ističe kako se potencijalno nepravičnim u smislu Smjernice smatra one unaprijed formulirane ugovorne klauzule koje njihovom priređivaču omogućavaju: 1) kontrolu na ugovornim sadržajem, te izvršenjem ili trajanjem ugovora; 2) odredbe koje uzrokuju nejednakosti prava ugovornih strana, te 3) odredbe o isključenju odgovornosti. Misita, Osnovi prava zaštite potrošača....., str. 270. [↑](#footnote-ref-19)
20. Misita, Uz desetogodišnjicu Direktive 13/93/EEC o nepravičnim ugovornim odredbama, Zbornik PF Sveučilišta u Rijeci, br. 1, 17-47 (2004), str. 35. [↑](#footnote-ref-20)
21. Nobis, op.cit., str. 407. [↑](#footnote-ref-21)
22. Evropski sud je o pravnim posljedicama nepoštenosti ugovornih klauzula promišljao i odlučivao prvi put u slučaju *Oceano*. U konkretnoj je stvari trebalo biti odlučeno o procesnom pitanju mogućnosti ispitivanja odredbe sudskog sporazuma, kojom se potrošaču nanosi šteta. U svojoj je odluci Sud istakao da *zaštita koju se potrošaču osigurava Direktivompodrazumijeva ovlaštenje nacionalnog suda da u postupku ispitivanja dopustivosti tužbe podnesene pred nacionalnim sudovima ispita po službenoj dužnosti i to da li je određena klauzula sporazuma koji se nalazi pred njim ništava.* U slučaju *Cofidis* Evropski je sud otišao korak dalje u smislu da je istakao kako zaštita koja potrošaču pripada prema rješenjima Direktive stoji u sukobu sa nacionalnim propisima prema kojima nacionalni sud nema pravo da u okvirima tužbe podignute od strane poduzetnika protiv potrošača iz osnova određenog među njima zaključenog ugovora, a nakon proteka određenog roka, po službenoj dužnosti ili po prigovoru potrošača odluči o nepoštenosti određene klauzule sadržane u ovom ugovoru. Na osnovu je ovakve odluke moguće zaključiti kako, shodno stajalištu Evropskog suda, treba postojati generalna mogućnost da nacionalni sudovi po službenoj dužnosti ispitaju nepoštenost određene ugovorne klauzule. U svojoj odluci *Mostaza Claro* Evropski je sud istakao kako odredba čl. 6 st. 1 Direktive *predstavlja prinudni propis, kojim se usljed slabijeg položaja jedne ugovorne strane ide za tim da se formalnu izjednačenost prava i obaveza ugovornih strana nadomjesti materijalnom izjednačenošću i na takav način uspostavi njihovu ravnotežu*. Uzme li se u obzir navedene odluke Evrpskog suda, nameće se zaključak kako je koncepcija apsolutne ništavosti nepoštenih ugovornih klauzula u potpunosti u skladu sa zahtjevima koje postavlja ovaj Sud. U pojednim državama članicama prihvaćena koncepcija relativne ništavosti ne bi bila u skladu sa stavom Suda zauzetim u odlukama Oceano, Cofidis i Mostaza Claro. Vidjeti šire: Ebers, Martin, Verbraucherrechtkompendium, Rechtsvergleichende Studie, Klausel-Richtlinie, na: <http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_de_final.pdf>, str. 432-433. [↑](#footnote-ref-22)
23. Van Gool, op.cit., str. 295-296. [↑](#footnote-ref-23)
24. Vilus, Pravna zaštita potrošača I, Beograd/Sremska Mitrovica, 1996, str. 218-219. [↑](#footnote-ref-24)
25. ZZP BiH koristi termin nepravedne ugovorne klauzule, te će se u dijelu izlaganja koja se tiču rješenja ovog zakona koristiti ovaj termin. [↑](#footnote-ref-25)
26. Moguće je poći i od shvatanja prema kojem potrošaču uvijek jesu poznate ili mu moraju biti poznate odredbe o kojima je s drugom ugovornom stranu induvidualno pregovarao, te preko takvog tumačenja doći do zaključka kako je domaći zakonodavac ipak primjenu pravila kojima se potrošača štiti od nepoštenih ugovornih klauzula ograničio na one klauzule o kojima nije pojedinačno pregovarano. Ovakve bi nedoumice međutim mogle biti jednostavno izbjegnute jasnim isticanjem kako se zaštitu od nepoštenih odredbi ugovora ograničava na odredbe o kojima dvije strane nisu pregovarale. [↑](#footnote-ref-26)
27. Petrić, Silvija, O problemu nepravednih odredaba u potrošačkim ugovorima u pravu EZ i pravu BiH, Zbornik radova PF u Mostaru, br. XV, 2002, str. 220. [↑](#footnote-ref-27)
28. Lista klauzula koju sadrži čl. 96 ZZP-a ne sadrži primjerice odredbu shodno kojoj bi se ništavom smatralo ugovornu klauzulu koja za cilj ili posljedicu ima isključenje ili ograničenje zakonske odgovornosti poduzetnika u slučaju smrti potrošača ili njegove tjelesne povrede, do kojih je došlo usljed radnje ili propuštanja poduzetnika ili odredbu o zabrani davanja poduzetniku prava da odluči jesu li robe odnosno usluge isporučene u skladu sa ugovorom odnosno prava na ekskluzivno tumačenje bilo koje odredbe ugovora zaključenog s potrošačem. [↑](#footnote-ref-28)
29. Čl. 122 st. 1 ZZP-a. [↑](#footnote-ref-29)
30. Čl. 122 st. 2 ZZP-a. [↑](#footnote-ref-30)
31. Čl. 122 st. 3 ZZP-a. [↑](#footnote-ref-31)
32. U odredbi se čl. 137 hrvatskog ZZP-a navodi kako će sud na zahtjev osobe ovlaštene za pokretanje postupka za zaštitu kolektivnih prava potrošača odrediti u svojoj odluci novčanu kaznu za slučaj da tuženik dobrovoljno ne ispuni obavezu iz sudske odluke, odnos ukoliko je obavezu ispunio sa zakašnjenjem, za svaki dan zakašnjenja i to ovisno o ozbiljnosti povrede prava potrošača. [↑](#footnote-ref-32)
33. Čl. 123 ZZP-a. [↑](#footnote-ref-33)
34. Hrvatski zakonodavac je tako u odredbi čl. 138 st. 1 Zakona o zaštiti potrošača istakao kako odluka kojom sud usvaja tužbeni zahtjev obavezuje tuženika da se u budućnosti suzdrži od istog ili sličnog ponašanja u odnosu na sve potrošače. [↑](#footnote-ref-34)