

Ивана МАРТИНОВИЋ, LL.M.

докторанд Правног факултета Универзитета у Београду,
сарадник у настави на Факултету правних наука Универзитета
Доња Горица у Подгорици

НЕПОШТЕНЕ ОДРЕДБЕ У ПОТРОШАЧКИМ УГОВОРИМА

Резиме

Црна Гора је, поштивањем Споразума о стабилизацији и придруживању са Европском заједницом и њеним државама чланицама, преузела обавезу да свој правни поредак усклади са правном тековином Европске уније, те да, између осталога у свој правни систем имплементира правила која су садржана у Директиви 93/13/ЕЕС, а која се односе на некоректне клаузуле у потрошачким уговорима. Како је ова материја у Црној Гори регулисана Законом о заштити потрошача, потребно је установити степен усклађености одредаба овог закона, које се односе на дању материју, са Директивом. Имајући у виду да је ријеч о Директиви која предвиђа минималну хармонизацију, предмет овог рада је утврђивање степена усклађености Закона о заштити потрошача Црне Горе са Директивом 93/13/ЕЕС, посебно водећи рачуна о могућим одступањима, уз најомену на којим мјестима је црногорски законодавац могао ово питање регулисати на строжи начин, уручајући потрошачима већи степен заштите. Регулишући дању материју црногорски законодавац се углавном ослања на рјешења у Директиви, уз одређена одступања која се крећу у два правца, и то у правцу уручања потрошачима веће заштите, те на једном мјесту у правцу уручања потрошачима слабије степена заштите него што је то учињено самом Директивом.

Кључне речи: неопштене уговорне одредбе, заштити потрошача, степен усклађености.

I Уводна разматрања

У условима савремене производње, промета робе и пружања услуга, који захтијевају једноставније, јефтиније и брже закључивање уговора, гдје није риједак случај да потрошачи, као економски слабија страна само приступају уговору чију садржину претходно одређује продавац или давалац услуга,¹ створила се потреба доношења правила којима ће се допринијети смањењу неравнотеже која постоји између уговорних страна у тржишним односима и обезбиједити заштита потрошача. Сљедствено томе, посебан елемент ове заштите представља правна заштита економских интереса потрошача, а иста се између осталог,² може реализовати кроз обезбјеђивање да „у уговорима које продавци и пружаоци услуга закључују с потрошачима не буде одредаба које се квалификују као неправичне.“³

Масовно коришћење формуларних уговора⁴ гдје једна, по правилу економски јача, уговорна страна „унапријед одређује елементе и опште услове уговора преко једне опште и сталне понуде, а друга страна само приступа тако учињеној понуди“⁵ посљедица је реализације циљева које намеће савремено пословање, које се испољава кроз потребу за јефтинијим, бржим и једноставнијим закључивањем уговора и стварања јединственог тржишта. Најчешће, уговори које саставља једна страна, продавац робе или пружалац услуга, садрже дијелом у себи непоштене уговорне одредбе које она уноси у уговор ради јачања свог економског и

- 1 Силвија Петрић, „Концепт непоштених уговорних одредби с посебним освртом на потрошачке уговоре“, у: В. Томљеновић, С. Петрић, Е. Мишћенић (ур.), *Непоштенe уговорне одредбе Европски стандарди и хрватска пракса*, Ријека, 2013, стр. 17.
- 2 „Да би се потрошачи, дакле свако од нас, заштитио потребно је спровести низ врло различитих активности: обавјештавати потрошаче о свему оном што може имати утицаја на њихов положај на тржишту, едуцирати их, омогућити им да судјелују у осмишљавању мјера које би могле на њих утицати, организирати, и потпомагати организације којима је сврха заштита интереса потрошача“. Марко Баретић, „Заштита потрошача у Европској Заједници“, *Европско приватно право*, Загреб, 2002, стр. 147.
- 3 Марија Караникић, „Неправичне одредбе у потрошачким уговорима“, *Правни каиациони Србије за европске интеграције*, 2009, стр. 129.
- 4 Више о формуларним уговорима: Слободан Перовић, *Облиационо право*, Београд, 1990, стр. 217–225; Слободан Перовић, *Коментар Закона о облиационим односима, књига прва*, редактори: Слободан Перовић и Драгољуб Стојановић, Правни факултет Крагујевац и Културни центар Горњи Милановац, 1980, стр. 454–461; Марко Ђурђевић, „Општи услови уговора и заштита потрошача“, у: Миодраг Мићовић (уредник), *Зборник radova Od caveat emtor go caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 245–263.
- 5 Слободан Перовић, *Коментар Закона о облиационим односима*, стр. 455.

правног положаја⁶ на штету стране која приступа истом, док потрошач, као слабија страна, углавном нема право да утиче на садржину уговора⁷ већ једино може да се одлучи између могућности да закључи или одбије тако састављен уговор.⁸

Као резултат претходно наведеног наметнула се потреба стварања адекватног правног оквира овог института који ће садржати правила која ће на потпун и сврсисходан начин регулисати материју уговорног потрошачког права и то првенствено како би се пружила потпуна заштита потрошачима који се као економски слабија и неинформисанија страна налазе у знатно неповољнијем положају у односу на професионалне продавце робе или пружаоце услуга који диктирају услове пословања. Доношењем Директиве 93/13/ЕЕС⁹ о некоретним уговорним одредбама (у даљем тексту Директива) „ради усклађивања уговорних права држава чланица у погледу ништавости неправичних општих одредаба потрошачких уговора“,¹⁰ направљен је први корак уједначавања уговорног права¹¹ и велики допринос заштити потрошача.¹² Како је ова материја у Црној Гори регулисана Законом о заштити потрошача (у даљем тексту ЗЗП) у следећем дијелу текста посветићу се утврђивању степена усклађености одредаба овог закона са Директивом, истичући на којим мјестима је црногорски законодавац, уређујући ову материју, одређена питања могао регулисати строже у смислу пружања већег степена заштите потрошачима.

6 С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 20.

7 „У пословној пракси трговци у потрошачким уговорима допуштају преговарање (дакле утицај потрошача) једино везано уз одређење једног од понуђених типова робе или услуга и евентуално цијене, а понекад нити то.“ *Ibid.*

8 Јелена Вилус, „Закон о заштити потрошача Србије и прописи Европске уније“, *Нова законска решења у области заштите потрошача*, Крагујевац, 2009, стр. 234.

9 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, 21.4.1993.

10 М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 130.

11 Уједначавање уговорног потрошачког права има двојак циљ и то стварање јединственог европског тржишта са једне стране, те постављање јаке полазне основе заштите циљева потрошача, са друге стране и то између осталог имплементацијом Директиве о неправичним уговорним одредбама у национална законодавства држава чланица. Vanessa Mak, „A Shift in Focus: Systematisation in European Private Law through EU Law“, *European Law Journal*, Vol. 17, No. 3, 2011, стр. 409.

12 О значају које је доношење Директиве имало за право Европске заједнице више код: М. Баретић, „Заштита потрошача у Европској Заједници“, стр. 167, 168.

II Степен усклађености одредаба Закона о заштити потрошача са Директивом

1. Поље примјене Директиве

a) Појам *потрошача* и *трговца* или *даваоца услуга*

Директива ће се примјењивати само на потрошачке уговоре, тј. уговоре у којима се у својству уговорних страна јавља потрошач и продавац робе или давалац услуга.

Како су уговорне стране код потрошачких уговора, према Директиви и ЗЗП, потрошач и продавац робе или давалац услуга, једно од кључних питања на које је требало одговорити приликом регулисања ове материје јесте питање која лица ће се сматрати потрошачем¹³ и продавцем, односно даваоцем услуга у смислу овог института.

Под појмом потрошача у свијетлу ове Директиве се сматра „свако физичко лице које у уговорима на које се ова Директива односи дјелује у сврхе које су ван сфере његовог обрта, пословања или професије“ (чл. 3 ст. 1). У складу да Директивом и Европски суд правде такође стоји на становишту да се под појмом потрошача могу подразумевати искључиво физичка лица.¹⁴

Овакво одређење појма потрошача је критиковано у теорији, гдје се посебно истицало да регулисање овог питања на претходно наведени начин знатно сужава поље примјене Директиве.

Тачније, са једне стране наилазимо на мишљење да под појмом потрошача у контексту овог института није адекватно сматрати само физичка лица, већ да се заштита у случају уговарања неправичних одредаба треба пружити и правним лицима уколико разлози правичности то налажу. „Тако се, у правној књижевности учестало пропитује не би ли ону заштиту коју уживају потрошачи требало пружити малим и средњим предузетницима кад улазе у правне односе са великим трговцима будући да и у тим односима постоји иста она разина неравнотеже која уобичајно постоји у односу између трговца и потрошача.“¹⁵ Као релевантан критеријум који се треба узимати у обзир приликом оцјењивања да ли се поље примјене ове Директиве треба проширити и на правна лица, наводи се околност да такав уговор у битном има обиљежја потро-

13 Више о појму потрошача, *Ibid.*, 155–158.

14 М. Караникић, *нав. чланак*, 134.

15 М. Баретић, „Заштита потрошача у Републици Хрватској – тренутно стање и перспективе“, у: Миодраг Мићовић (уредник), *Зборник радова Ог caveat emtor go caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 92.

шачког уговора, да не постоји код датог правног лица намјера стицања профита, тј. да не ступа у уговорни однос ради реализације пословне дјелатности, те да се та страна која закључује уговор са трговцем налази у знатно неповољнијем економском положају у односу на њега, тј. да представља слабију страну.¹⁶ „У складу са тим, потрошач је само она особа која уговор закључује са сврхом која је ван његовог пословања и професије“;¹⁷ независно од тога да ли је ријеч о физичком или правном лицу.

Са друге стране, постоји и критика претходно наведеног начина одређивања појма потрошача у другом дијелу, тј. дијелу којим је предвиђено да ће се под потрошачем сматрати свако физичко лице које закључује уговор са продавцем или пружаоцем услуга „*ван сфере његове дјелатности, или професије*“. На овај начин могућност заштите од неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима је сведена само на ситуације кад је потрошач ствар, која је предмет уговора, прибавио искључиво у сврхе задовољавања личних потреба. Овдје је предложено да се под појмом потрошача подразумијевају и лица која ступају у уговорни однос претежно изван своје дјелатности и професије или заната, те да се предвиди примјена Директиве и на оне ситуације када је код потрошача постојала намјера за прибављањем одређене ствари ради коришћења исте у приватне сврхе, иако је тек повремено исту употребио у пословне сврхе.¹⁸

Црногорски законодавац предвиђа да се под појмом потрошача сматра свако „физичко лице које закључује правни посао или дјелује на тржишту у сврхе које нијесу намијењене његовом занимању или пословној дјелатности“ (чл. 2 ЗЗП).¹⁹ Самим тим, на овом мјесту можемо констатовати да постоји усклађеност ЗЗП са Директивом, макар када је ријеч о појму потрошача.

Оно што је важно овдје истаћи јесте да је од тренутка доношења Директиве до тренутка доношења црногорског ЗЗП протекао дугогодишњи период. Сљедствено томе, црногорски законодавац приликом регулисања овог питања имао је прво јаку основу у Директиви, а затим и у предлозима правних теоретичара у којем дијелу би се постојеће рјешење у Директиви требало измијенити или допунити.

16 С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 13.

17 Невенко Мисита, „Право заштите потрошача Европске заједнице“, у: Здравко Гребо (уредник), *Елементи европској права*, Сарајево, 1994, стр. 126.

18 М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 136.

19 Закон о заштити потрошача (*Службени лист ЦГ*, бр. 01-1974/2 од 23. децембра 2013. године, даље у фуснотама ЗЗП). Доступно на адреси: <http://www.cezap.org/wp-content/uploads/2014/04/NOVI-ZZP1.pdf>.

Чињеница да је ријеч о директиви минималне хармонизације, пружала је могућност црногорском законодавцу да регулише ово питање на другачији начин, узимајући у обзир постојеће критике, а не слијепо ослањајући се на постојеће рјешење у Директиви, те да заштиту предвиђену ЗЗП пружи ширем кругу лица.

Наш законодавац је питање која лица ће се сматрати потрошачима, у контексту овог института, требао регулисати по угледу на Закон о заштити потрошача Републике Србије из 2005. године.²⁰ Прецизније, овим законом је било предвиђено да се под појмом потрошача осим физичких лица сматрају и привредна друштва, предузећа, друга правна лица и предузетници под условом да набављају производ или услуге за сопствене потребе.²¹ Као што можемо закључити, полазни критеријум приликом одређења појма потрошача, оvdје, јесте сврха због које се набавља производ или услуга.

Тачније, приликом оцјењивања да ли у конкретном случају правном лицу треба признати својство потрошача, у контексту овог института, требало би полазити од три критеријума и то: да постоји очигледна диспропорција у односу економских снага и моћи уговорних страна; да код лица које прибавља производ или услугу не постоји намјера стицања профита; да оно дјелује изван своје дјелатности или занимања.

Вјерујем да постављање полазних критеријума за одређивање појма потрошача на овај начин има за резултат да намјера због које физичко или правно лице ступа у уговорни однос са продавцем робе или пружаоцем услуга, оvdје игра одлучујућу улогу. Односно, у спорним ситуацијама, приликом оцјењивања да ли се одређеном лицу признаје заштита од неправичних одредаба у уговорима предвиђена ЗЗП, треба цијенити његову намјеру. Самим тим, независно од тога да ли је у конкретном случају лице посредно употребило ствар која је предмет датог уговора у пословне сврхе, све док је намјера и разлог прибављања исте употреба у личне сврхе, оно ужива положај потрошача у смислу овог института. Уз испуњеност претходно наведених услова, оvdје би требало бити ирелевантно да ли је ријеч о физичком или правном лицу.

20 У новом Закону о заштити потрошача РС (чл. 5 ст. 1) је предвиђено да је „потрошач физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.” Тачније, одговор на питање која лица ће се сматрати под појмом потрошача у новом ЗЗП РС је одговорено на исти начин као што је то урадио и црногорски законодавац. Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014 од 13.6.2014. Доступно на адреси: http://www.ceps.rs/media/pdf/ZZP_cir.pdf.

21 Преузето од: Мирјана Кнежевић, „Општи услови уговора и заштита потрошача“, у: Миодраг Мићовић (уредник), *Зборник радова Og caveat emtor go caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 126.

Овдје можемо закључити да би правично рјешење, које би одговарало сврси доношења Директиве и стварној потреби регулисања ове материје, било рјешење којим би се предвидјело да се под појмом потрошача сматрају физичка и правна лица која закључују правни посао или дјелују на тржишту изван свог занимању или пословне дјелатности, независно од тога да ли су одређену ствар коју су прибавили у личне сврхе повремено користили у оквиру своје дјелатности или занимања.

У чл. 2 ц Директиве је предвиђено да су продавац или давалац услуга „физичка или правна лица која у уговорима на које се ова Директива односи, дјелују за сврхе свог обрта, пословања или професије, без обзира да ли је ријеч о јавном или приватном власништву“. Црногорски законодавац је у ЗЗП појмом трговца обухватио „лица која закључује правни посао или дјелују на тржишту у оквиру своје пословне или друге комерцијалне дјелатности“.

б) Нејошћене уговорне одредбе

Поље примјене Директиве органишава се само на диспозитивне уговорне одредбе²² у уговорима који су закључени између продавца робе или даваоца услуга са једне и потрошача са друге стране (чл. 1 Директиве), те се не односи на одредбе које су настале као резултат поштовања принудних прописа држава чланица или одредаба и начела међународних конвенција које су потписане од стране држава чланица или Заједнице (члан 2).

Директива се примјењује само на потрошачке уговоре, тј. уговоре у којима се у својству уговорних страна јављају продавац робе или пружалац услуга и потрошач.

Доношењем Директиве и њеним имплементирањем у национална законодавства држава чланица имало се за циљ доношење правила којима ће се пружити заштита потрошачима који иступају на тржиште као економски слабија страна. Тачније, овдје се имало за циљ проналажење начина контроле пословања у условима стално заступљене неравнотеже у економском положају и правима и обавезама уговорних страна. Сљедствено томе, потреба онемогућавања продавцима или пружаоцима услуга да користећи такво стање неравнотеже искоришћавају свој положај на штету потрошача и да у циљу јачања свог економског и правног положаја уносе у уговоре неправичне одредбе,²³ резултирала је доношењем правила којима ће се овај степен неравнотеже смањити, између осталог, кроз контролу правичности одредаба које саставља продавац робе или пружалац услуга док потрошач само приступа истим.

22 М. Баретић, „Заштита потрошача у Европској Заједници“, стр. 168.

23 С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 15.

Сходно томе, једно од кључних питања које се наметнуло приликом доношења Директиве, а потом и приликом њеног имплементирања у црногорско законодавство, јесте на који начин се може обезбиједити контрола правичности уговорних одредаба чију садржину је одредио трговац или пружалац услуга, који је по правилу у повољнијем положају у односу на потрошача који није утицао на садржину истих.

У теорији се спомињу три метода помоћу којих се може вршити контрола правичности одредаба о којима се није појединачно преговарало²⁴ и то:

- путем постављања опште одредбе неправичности, тј. општих критеријума чију испуњеност ће суд цијенити у сваком конкретном случају приликом утврђивања неправичности дате уговорне одредбе;
- постављањем црне листе неправичних одредаба, које представљају *negative list* истих у потрошачким уговорима;
- одређивањем тзв. сиве листе неправичних одредаба која не представља таксативно навођење истих, већ само примјера ради наводи поједине одредбе које ће се сматрати неправичним уколико испуњавају критеријуме који су дати у општој одредби неправичности.²⁵

Директива, а у складу са њом и црногорски законодавац у ЗЗП, приликом давања одговора на питање шта ће се подразумевати под непоштеним уговорним одредбама поставља општу одредбу непоштености у комбинацији са навођењем сиве листе непоштених одредаба²⁶, која представља неку врсту водича који може послужити приликом оцјене да ли се ради о непоштеним одредбама. Листа је отворена, што значи да се непоштеним могу сматрати и друге одредбе које испуне кумулативне услове из опште непоштене одредбе.²⁷

24 Милена Јовановић-Заттила, „Непоштена одредба у потрошачким уговорима“, *Нова законодавна решења у области заштите потрошача*, Крагујевац, 2009, стр. 82.

25 О томе на који начин се одређивало што ће се сматрати под непоштеном уговорном клаузулом у свијетлу ове Директиве у појединим законодавствима држава чланица, уз напомену предности и мана сваке од претходно наведених метода, видјети: С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 22–27.

26 На сивој листи ЗЗП су се нашли, између осталог, сљедећи примјери одредби које се у складу са општом одредбом непоштености могу сматрати непоштеним: одредбе о ограничењу или искључењу одговорности за штету трговца узроковану смрћу или тјелесном повредом потрошача, ако је штета посљедице радње трговца; одредба о ограничењу или искључењу права које потрошач има према трговцу или неком трећем лицу у случају потпуног или дјелимичног неиспуњења уговора, одредбе којима се трговцу допушта да једнострано мијења уговорне одредбе без ваљаног разлога, итд. (чл. 104 ЗЗП).

27 М. Јовановић-Заттила, *нав. чланак*, стр. 82.

Општа одредба непоштености је одређена са три кумулативно постављена критеријума, и то: да је ријеч о одредбама о којима се није посебно преговарало, те одредбама које су у супротности начелу савјесности и поштења и које доводе до значајног поремећаја равнотеже у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача. Сљедствено томе, непоштене ће бити оне уговорне одредбе, чију садржину је одредила једна уговорна страна, а које супротно начелу савјесности и поштења проузрокују неравнотежу у правима и обавезама уговорних страна, на штету потрошача²⁸ (чл. 102 ст. 1 ЗЗП, чл. 3 ст. 1 и 2 Директиве).

Даље, Директива ће се примјењивати на одредбе чију садржину је одредила само једна уговорна страна, продавац или давалац услуге, не омогућавајући другој страни да преговара о садржају истих (чл. 3 ст. 2 Директиве). Тачније, Директива се неће примјењивати на одредбе о којима се појединачно преговарало, односно одредбе чију садржину су обије странке споразумно одредиле.²⁹

Одредбе о којима се није посебно преговарало према правилима Директиве могу се класификовати у двије групе, и то стандардне или опште уговорне одредбе које су заједничке за све потрошаче који ступају у одређени уговорни однос са продавцем робе или пружаоцем услуга и одредбе које продавац или пружалац услуга као економски јача страна самостално формулисао ради закључења уговора са појединим потрошачем.³⁰

28 Један од проблема који се јавио приликом дефинисања опште одредбе непоштености јесте однос критеријума очигледне неравнотеже у правима и обавезама уговорних страна и критеријуму супротности начелу савјесности и поштења. Тачније, поставило се питање да ли би било правичније рјешење којим би ови критеријуми били постављени алтернативно, те да дјелују независно један од другог, у смислу да би се одређена одредба сматрала непоштеном уколико је, уз испуњеност других услова, остварен макар један од претходно наведених критеријума. Уколико би ови критеријуми били везани везником или поље примјене некоректних уговорних одредаба би било знатно проширено те омогућавало заштиту потрошача чак и онда када не постоји несразмјера у њиховим правима и обавезама уколико је супротно начелу савјесности и поштења и обратно. С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 47–49.

29 Имајући у виду да у условима савременог пословања постоји стално присутна неравнотежа у моћи и економском положају продавца робе или пружаоца услуга са једне и потрошача са друге стране, те чињеницу да потрошачи не располажу истим знањем и корпусом информација којима располаже продавац, отворило се питање праведности оваквог рјешења, те ограничавања поља примјене Директиве само на одредбе о којима се није појединачно преговарало. Тачније, поставило се питање могућности да се поље примјене Директиве прошири на све потрошачке уговоре, независно од тога да ли је ријеч о унапријед формулисаним одредбама или о онима које су споразумно одредиле обије уговорне стране. М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 133, 134; С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 37.

30 М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 130.

Према чл. 102 ст. 2 ЗЗП сматраће се да о уговорној одредби није појединачно преговарало ако је уговорну одредбу унапријед формулисао трговац, те из тог разлога потрошач није имао утицаја на њен садржај, нарочито ако је ријеч о одредби унапријед формулисаног типског уговора трговца, тј. формуларног уговора.

Овдје закључујемо да ће се поље примјене Директиве и ЗЗП у области заштите потрошача од непоштених одредаба у уговорима, односити на одредбе чија садржина није споразумно одређена сагласношћу изјављених воља уговорних страна, тј. односиће се на све одредбе чију садржину је једнострано одредио продавац робе или давалац услуга, док потрошач није имао утицаја на њен садржај. Односно, за утврђивања поља примјене Директиве, а у складу са њом ЗЗП једино је релевантно да је у конкретном случају коришћена „атхезијска техника састављања одредби“.³¹ Овдје је важно да ријеч о одредби о којој се није појединачно преговарало.

Црногорски законодавац приликом регулисања поља примјене ЗЗП, одступа на једном мјесту од Директиве регулишући ово питање на строжији начин, односно предвиђајући већи степен заштите потрошача. У чл. 102 ст. 2 ЗЗП је предвиђено да ће се сматрати да се о уговорној одредби није појединачно преговарало ако је поменути унапријед формулисао трговац, те да због тога потрошач није имао утицаја на њен садржај. Са друге стране, Директивом је предвиђено да ће се сматрати да одредба није појединачно одређена када је формулисана унапријед, те потрошач није био у могућности да утиче на њену суштину. Сљедствено томе, према ЗЗП потпуно је ирелевантно да ли је потрошачу пружена могућност да утиче на садржину одредбе. Сматраће се да се о датој одредби није појединачно преговарало увијек кад је њену садржину једнострано одредио продавац робе или давалац услуга, те самим тим потрошач није утицао на њену садржину независно од тога да ли је он имао могућност за то. На овај начин црногорски законодавац признаје заштиту потрошачима чак и онда када су они имали могућност да утичу на садржину дате одредбе, али нијесу те је исту једнострано одредио продавац или пружалац услуга.

Након давања одговора на питање које одредбе ће се сматрати непоштеним у свијетлу овог института, црногорски законодавац је требало да одговори на питање која ће бити посљедица непоштениости одредбе у потрошачким уговорима. Сљедствено томе у чл. 103 ЗЗП је предвиђено да су непоштене одредбе у потрошачким уговорима ништаве. Даље, у истом члану, регулишући ово питање, предвиђа да ништавост неке одредбе у уговору не подразумијева и ништавост самог уговора уколико уговор може опстати без ништаве одредбе.

31 С. Петрић, *нав. чланак*, стр. 17.

Чланом 4 ст. 1 Директиве је предвиђено да ће се приликом оцјене да ли је одређена уговорна одредба неправична или није цијенити све околности које су постојале у тренутку закључивања уговора, узимајући у обзир природу робе и услуга у вези са којима је уговор закључен, те да ће се узимати у обзир све друге одредбе датог уговора, као и клаузуле другог уговора од кога овај уговор зависи.

Док је један од захтјева који произлази из Директиве да „у случају уговора у коме су све или неке клаузуле које се нуде потрошачу писмене, те клаузуле увијек морају бити формулисане једноставним, разумљивим језиком“ (чл. 5 Директиве), црногорски законодавац, регулишући ово питање, предвиђа да све одредбе сачињене у писаној форми морају бити написане читко, јасно, недвосмислено, разумљиво и морају бити лако уочљиве (чл. 107 ЗЗП). На овај начин црногорски законодавац регулише наведено на строжији начин него што је то учињено Директивом предвиђајући шири спектар карактеристика које мора испуњавати одредба сачињена у писменој форми. Све нејасне и недвосмислене одредбе ће се тумачити у смислу који је најповољнији за потрошача (чл. 108 ст. 1 ЗЗП; чл. 5 Директиве).

Чл. 4 ст. 2 Директиве је предвиђено да неће бити допуштена контрола правичности одредаба о предмету и цијени ако су те одредбе формулисане разумљиво и јасно. Црногорски законодавац је, ослањајући се дјелимично на рјешење у Директиви, предвидио да није допуштено оцјењивање непоштености уговорних одредаба о предмету уговора и цијени ако су те одредбе написане читко, јасно, недвосмислено, разумљиво и ако су лако уочљиве (чл. 106 ст. 1 ЗЗП). Сљедствено томе, и на овом мјесту, црногорски законодавац регулише ово питање на начин што предвиђа већи степен заштите потрошачима него што је то учињено Директивом и то предвиђајући шири спектар карактеристика које мора испуњавати одредба сачињена у писменој форми о предмету уговора или цијени да не би било допуштено да се утврђује непоштеност исте.

Имајући у виду да је ријеч о Директиви минималне хармонизације, приликом имплементирања правила Директиве у национално законодавство, црногорски законодавац је требало да ову одредбу изостави, те учини могућом и контролу правичности једнострано одређених одредаба о предмету уговора или цијени, независно од тога да ли су те одредбе написане читко, јасно, недвосмислено, разумљиво, те иако су лако уочљиве.³² Те да предвиди да ће се и одредбе о предмету уговора

32 „...прихватањем овог правила у домаћем праву значило би да се потрошачу гарантује слабија заштита од заштите која је по важећим правилима уговорног права гарантована не само потрошачу него сваком купцу робе односно кориснику услуга.“ М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 138.

или цијени сматрати непоштеним, независно од тога како су написане, уколико кумулативно испуњавају услове којима је одређена општа одредба непоштености у ЗЗП и то: да је ријеч о одредбама о којима се није посебно преговарало, те одредбама које су у супротности начелу савјесности и поштења и које доводе до значајног поремећаја равнотеже у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача.

Овдје је важно споменути да црногорски законодавац предвиђа да ће бити „допуштено оцјењивати уговорне одредбе које се односе на формирање и промјену цијена, као и на начин плаћања“ (чл. 106 ст. 2 ЗЗП).

в) Питање терета доказивања

Ради потпуног регулисања ове материје, следећи корак који је овдје требало направити јесте давање одговора на питање на коме је терет доказивања да се о одређеној одредби појединачно преговарало.

Црногорски законодавац је у чл. 102 ст. 4 ЗЗП предвидио да је на трговцу терет доказивања да се о одређеној уговорној одредби у формуларном уговору појединачно преговарало, за разлику од Директиве којом је предвиђено да када продавац робе или давалац услуга тврди да је клаузула уговорена тако што се о њој претходно преговарало, терет доказа у погледу тога стоји на њему. Тачније, и у Директиви и у ЗЗП је предвиђено да ће терет доказивања овдје бити на продавцу робе или пружаоцу услуга. Међутим, на овом мјесту црногорски законодавац је остао недоречен те није одговорио на питања шта се дешава у ситуацији спора да ли се о појединој уговорној одредби појединачно преговарало, када није ријеч о формуларним или стандардним уговорима. Степен неизвјесности овдје се још више продубљује посебно имајући у виду ст. 2 истог члана ЗЗП којим је предвиђено да ће се сматрати да се о појединој уговорној одредби није појединачно преговарало ако је уговорну одредбу унапријед формулисао трговац, те потрошач није имао утицаја на њен садржај, нарочито уколико се ради о формуларним или типским уговорима. Ово одређење „нарочито уколико се ради о формуларним уговорима“ намеће питање, посебно у вези са ставом 4 истог члана, да ли црногорски законодавац регулишући ово питање на претходно наведени начин прави разлику у степену пружања заштите у зависности од тога да ли је ријеч о формуларним уговорима, те уколико јесте регулише ово питање на строжији начин, пружајући већи степен заштите потрошачима. На основу оваквог решења у ЗЗП можемо закључити да је у случају формуларних уговора терет доказивања да се о одређеној одредби појединачно преговарало на трговцу, док ће исти у уговорима који

нијесу формуларни или стандардни бити на потрошачу, и поред тога што може бити ријеч о одредбама које је продавац или пружалац услуга као економски јача страна самостално формулисао ради закључења уговора са појединим потрошачем.

У условима савременог пословања овакво рјешење је неправично, те у супротности са разлозима који су наметнули потребу регулисаја ове материје, посебно имајући у виду да поље примјене Директиве, па ни закона није везано само за неправичне одредбе у формуларним уговорима. Оваквим рјешењем се знатно отежава положај потрошача, посебно имајући у виду да ће потрошачу бити готово немогуће да докаже да се о одређеној одредби није појединачно преговарало, већ да је њену садржину одредио сам продавац или давалац услуга. Са друге стране, овакво рјешење даје могућност продавцу робе или пружаоцу услуга да злоупотребљава свој положај на штету потрошача.

III Закључна разматрања

Потреба стварања јединственог европског тржишта, којег карактерише примјена једнаких прописа на пољу заштите потрошача, резултирала је доношењем „правног стуба“ на нивоу Европске уније, са којим би требало да се ускладе национална законодавства свих држава које су и које желе да постану њен дио.

Доношењем Директиве 93/13/ЕЕЗ направљен је значајан корак ка остварењу циља који се огледа у доношењу правила која ће на потпун и сврсисходан начин регулисати материју уговорног потрошачког права и то између осталог кроз стварање адекватног правног оквира заштите потрошача од непоштених уговорних одредаба.

Имајући у виду да је ријеч о директиви минималног усклађивања, те да је у Црној Гори ова материја регулисана Законом о заштити потрошача, предмет овог рада је било утврђивање степена усклађености одредаба овог Закона, које се односе на дату материју, са Директивом водећи рачуна о могућим одступањима, уз напомену на којим мјестима је црногорски законодавац могао ово питање регулисати на строжи начин, дајући потрошачима већу заштиту него што је то учињено Директивом.

Чињеница да је ријеч о директиви која предвиђа минималну хармонизацију давала је могућност црногорском законодавцу прилику да узме у обзир критике и предлоге правних теоретичара у ком дијелу би требало допунити или измијенити постојећа рјешења у Директиви, те на потпунији и сврсисходнији начин регулисати ову материју. При-

ликом регулисања наведене материје, црногорски законодавац се у битном слијепо ослања на рјешења у Директиви не водећи рачуна о претходно наведеном, на неким мјестима регулише одређена питања строже пружајући потрошачима већи степен заштите, те на једном мјесту, приликом давања одговора на питање на коме лежи терет доказивања да се о појединој уговорној одредби појединачно преговарало, пружа потрошачима слабији степен заштите него што је то учињено Директивом. Ово последње налаже црногорском законодавцу да дате одредбе измијени и макар прилагоди рјешењима садржаним у Директиви.

Ivana MARTINOVIĆ, M.A.

PhD Student at the Faculty of Law University of Belgrade

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University Donja Gorica in Podgorica

UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS

Summary

*Montenegro signed the Agreement of Stabilization and Association, binding it to harmonize its legal system the EU's *aquis* and also to implement rules from the Directive 93/13/EEC, which deals with unfair terms in consumer contracts. As this matter in Montenegro is regulated by the Consumer protection law, it is necessary to determine the level of compliance of its provisions with the Directive. This Directive foresees the minimum level of harmonization, entitling the member states to provide a greater level of protection for consumers by its own legislation, than the one provided by the very Directive. Consequently, the aim of this paper is to determine the level of harmonization of the Montenegrin consumer protection law with the Directive, especially taking into account contingent exceptions and especially stressing occasions in which Montenegrin legislator could have addressed the matter more strictly, providing consumers with greater protections than the Directive itself. In the mentioned matter, the Montenegrin legislator relies mostly on solutions provided in the Directive, but with certain exceptions regarding lower and at some point higher level of consumer protection than the one given in the very Directive.*

Key words: *unfair contract terms, consumer protection, level of harmonization.*