

Др Катарина А. ЈОВИЧИЋ*

ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА - ОСВРТ НА ПОТРОШАЧКЕ УГОВОРЕ

Резиме

У овом прилогу са саветовања расправља се питање ограничења аутономије воље у потрошачким уговорима. Да би одговорила на ово питање ауторка најпре даје објашење о начелу аутономије воље као доктринарном и као правном начелу, уз кратак осврт на историјски контекст који је довео до прихватања начела аутономије воље у право. С тим у вези расправља се (не)постојање разлике између начела аутономије воље и начелса слободе уговарања, након чега се излажу правила о општим и посебним ограничењима слободе уговарања у нашем праву. У другом делу рада пажња се усмерава на специфичности ограничења слободе уговарања у потрошачким уговорима, што се анализира разматрањем три области у којима су она највише заступљена: информисање потрошача, пословна пракса трговаца и посебне дужности и одговорности трговаца у фази извршења потрошачких уговора. У закључку ауторка износи аргументе који оправдавају потребу посебних, ширих ограничења слободе уговарања трговаца у потрошачким уговорима, који имају за циљ да обезбеде балансирани однос у уговорном односу између потрошача као неискусног преговарача и трговца који је стручно, финансијски и организационо од њега јачи.

Кључне речи: аутономија воље, слобода уговарања, општа и посебна ограничења слободе уговарања, Закон о облигационим односима, Закон о заштити потрошача, потрошач, трговац.

І Увод

Полазећи од правила да је уговор закон за оне који су га закључили, судови пружају подршку страни верној уговору када друга страна не

* научни сарадник Института за упордно право у Београду

испуњава добровољно свој део погодбе. Судови су дуго времена то чинили без уплитања у уговорни однос, за који се сматрало да треба да се извршава онако како је написан. Ово схватање се наслања на начело аутономије воље, које као доктринарни концепт претпоставља апсолутну слободу правних субјеката да својим изјавама самостално преузимају обавезе и стичу права.¹ Примењено у праву, начело аутономије воље подразумева да појединачна воља није споља ограничена од стране државе, породице или трећих лица.

Аутономија воље у наведеном, апсолутном смислу у уговорном праву никада није била прихваћена и увек су јој била наметана одређена ограничења. На почетку су она била изузетна, али се временом њихов број повећавао како се увиђала потреба за спречавањем злоупотреба привилегија које то начело, ако се његова примена адекватно не омеђи, омогућава. Ово зато што стране које међусобно закључују уговор немају једнак положај односно преговарачку снагу, већ је често једна у стручном, финансијском и организационом погледу супериорнија. Захваљујући тим способностима она неретко успева да прилагоди уговор својим потребама и интересима, што редовно подразумева да уговорна права и обавезе нису добро избалансирана те да већи терет, па и штету трпи уговорна страна која је слабија.

Законодавац је препознао да ова појава може негативно утицати на економски и друштвени напредак, као и потребу да се она правно регулише односно предупреди. У нашем праву се, тако, аутономија воље ограничава Законом о облигационим односима који је општи пропис за уговоре,² али и другим прописима који уређују одређене врсте уговора, на пример, Породичним законом,³ Законом о наслеђивању,⁴ и др. Ипак,

1 Бранко Мораит, „Аутономија личности *sine qua non* Грађанског законика”, *Правни живот* бр. 10/2015, Београд, 2015, 288. Мораит указује на условљеност аутономије воље аутономијом личности, коју објашњава позивањем на професора Лукића и његове ставове да правни субјективите подразумева све људе као самосвесна бића, који су у стању да се понашају у складу са нормама (правним и друштвеним), да својом свешћу одређују своје понашање као и да одговарају за противправно (ненормално) понашање. Ограничења правног субјективитета (аутономије личности) су изузетак и резервисана су само за оне људе који су по природи неспособни за пуни субјективитет (услед незрелости или болести). Вид. Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Београд 1992, 418.

2 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - уставна повеља.

3 Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

4 Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 и 6/2015.

најзначајнија и по обиму највећа ограничења аутономије воље предвиђена су Законом о заштити потрошача - ЗЗП,⁵ који уређује уговорне односе између потрошача и трговаца.

Пре него што се пређе на анализу специфичности примене начела аутономије воље у потрошачком праву, потребно је и корисно подсетити се када је и због чега то начело прихваћено у праву, као и на које начине се аутономија воље ограничава у правном систему да би остварила свој позитиван утицај на развој права и друштва у целини.

II Начело аутономије воље као доктринарни и као правни концепт

Аутономија воље је као доктринарни (филозофски) концепт одавно познат у хуманистичким наукама. Његов пробој и доминација у савременом уговорном праву⁶ везује се за појаву масовне производње роба крајем XVIII и почетком XIX века.⁷ Наведени период карактерише доминација идеја економског и политичког либерализма, које су дале кључни допринос установљењу тржишне привреде и економских односа заснованих на слободној конкуренцији.⁸ У тим условима било је неопходно

5 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС* бр. 62/2014, 6/2016 И 44/2018.

6 Начело аутономије воље најтешње је везано за уговорно право, али је оно једно од основних начела грађанског права.

7 Кључне за њено коначно обликовање су биле индивидуалистичка и колективистичка школе, односно њихова међусобно супротствљена схватања. По индивидуалистима, воља појединца је изнад опште воље, јер појединац је постојао пре друштва па је човек полазна (па и крајња) тачка друштва. Човек по слободном избору живи у једном друштву у коме у највећој могућој мери задржава своја права и слободе, која не могу бити бити ничим споља ограничена (законом нпр), сем у циљу осигурања слобода и права других лица. У овој теорији полази се од претпоставке да су сви људи једнаки, те је потребно да им друштво обезбеди слободу у наведеном смислу што је предуслов и довољно је да се сваки појединац у таквом друштву развија правилно (и самим тим једнако). Супротстављајући се овом учењу, чији је основни недостатак нереалност схватања да су сви људи једнаки, развила се тзв. Колективистичка школа. Она у први план истиче да човек не може да живи сам, већ да је увек живео у друштву и да ће тако живети и даље јер је човек социјално биће. Он може уживати слободе и права, али само и уколико те слободе и права буду призната од стране друштва, односно ако стања која настају као последица тих права и слобода буду заштићена од стране друштва (правни инструмент за то је закон и други прописи). Борислав Благојевић, *Уговори по пристанку - Формуларни уговори*, Београд, 1932, 11-16. Вид. и Peter Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1985, 226-237; Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1999, 7-14.

8 Више о историјату развоја начела аутономије воље и слободе уговарања у праву вид. Слободан Перовић, *Забрањени уговори у имовинскоправним односима*, Београд, 1975, 7-16; Оливер

омогућити ефикасно повезивање купаца са продавцима како би привреда могла успешно да се одвија и развија. Начело аутономије воље, које учи да ће се свако најбоље сам бринути о својим пословима, пружило је адекватну теоријску потпору за успешно утемељење и функционисање либералних идеја у економији и политици.

С тим у вези професор Перовић указује да је аутономија воље неопходан инструмент у друштвеном систему који се заснива на приватној својини и формално прокламованој слободи рада. Као начело уговорног права она прати основне односе робне производње и истовремено их обликује.⁹ Тако, већа слобода тржишне размене повлачи за собом ширу слободу уговарања и обратно, императивно регулисање размене путем административних прописа спутава оквире те слободе.¹⁰ Професор Антић, бавећи се овим питањем, иде и корак даље наводећи да је аутономија воље у облигационом праву ограничена могућностима правних субјеката да стичу, мењају и преносе своја субјективна права, а те могућности су условљене чињеницом да ли правни субјект поседује имовину која је претпоставка за стицање и пренос права, али и гаранција (општа залога) за испуњење преузетих обавеза.¹¹

Апсолутну слободу деловања појединца, међутим, не подржава ни један савремени правни систем, нити се то икада толерисало у правно уређеним државама. Право, наиме, пружа заштиту радњама појединаца само ако се оне крећу у оквирима који су одређени законом. С обзиром да је закон израз опште воље и општих интереса једног друштва, деловања појединаца су дозвољена само ако је друштво сагласно да их допусти тј. ако је оно омогућило такву ситуацију.¹² Стога, појединачна воља није претпостављена општој, већ је управо обрнуто.

Начело аутономије воље је најтешње повезано са уговорима и уговорним правом, где је разрађено као начело слободе уговарања.¹³ Многи

Антић, *Облигационо право*, Београд, 2012, 37-39; Драгољуб Вукићевић, „Начело слободе уређивања облигационих односа”, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* БР. 23/83, 59-60; Meng Zhaohua, „Party Autonomy, Private Autonomy, and Freedom of contract”, *Canadian Social Science* Vol. 10/6, 212-213.

9 То је отуда што право представља надградњу, док основу чини економија и економски односи.

10 С. Перовић (1975), 20-21.

11 О. Антић, 38-39.

12 Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Књига прва, Загреб, 1978, 52-53.

13 Професор Антић наводи да начело слободе уговарања представља најопштији принцип уговорног права и као такво оно подразумева само основну опцију, уговорати или не, док се

аутори и не праве разлику између ова два начела, али она се може повући ако се узме у обзир чињеница да је аутономија воље филозофска концепција и као таква више представља идеал него што је у пракси достижна. За разлику од тога, слобода уговарања се превасходно односи на начин на који се та филозофска (доктринарна) концепција примењује у уговорним односима.¹⁴

У упоредном праву нема правног система који не ограничава аутономију воље као право саморегулације. Где су границе аутономије воље је питање на које се не може дати универзални одговор зато што су оне релативне и одређују се степеном економске, филозофске, моралне и политичке еманципације једне средине.¹⁵ Притом, није увек једноставно одредити линију где престаје слобода друштва и почиње лична слобода, и обратно.¹⁶

III Ограничења слободе уговарања

Иако воља појединаца у праву не може бити апсолутна то не доводи у питање постојање аутономије воље правних субјеката као једног од неопходних услова за успешно функционисање тржишне привреде. Због тога је потребно уредити правни систем тако да се ова два, међусобно супротстављена захтева, адекватно регулишу. Управо то решава начело слободе уговарања које, како исправно примењује професор Благојевић, не би ни било потребно да се апсолутна слобода воље појединаца у праву не доводи у питање.¹⁷ Слобода уговарања је истовремено и гаранција да се у облигационим односима остварује начело аутономије воље у границама које је једно друштво спремно и вољно да прихвати.¹⁸

Ограничења слободе уговарања одређују се општим и посебним правилима садржаним у оквиру различитих закона. У анализи тог питања треба поћи од Закона о облигационим односима - ЗОО као основног про-

примена слободе уговарања на конкретан случај прецизно изражава као диспозиција субјеката. Оливер Антић, „Морал (етика) у грађанском праву”, Зборник радова *Хармонизација грађанског права у региону*, Сарајево, 2013, 6.

14 Професор Благојевић с тим у вези указује да је аутономија воље једна филозофска, доктринарна концепција, док је слобода уговарања више техничко правило организације грађанског права, прецизније уговорног права. Борислав Благојевић, *Уговори по пристанку-Формуларни уговори*, Београд, 1932, 18. Слично: M.Zhaohua, 215.

15 С. Перовић (1975), 6.

16 Xandra Kramer, Erlis Themeli „The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum”, *Brussels Ibis Regulation: Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*, 2017, 29-30.

17 Б. Благојевић, 18.

18 *Ibidem*.

писа за облигационе и уговорне односе. Тако, чл. 10. ЗОО поставља опште правило о ограничењу слободе уговарања, које има ниво основног начела за облигационе односе, прописујући да су стране у облигационим односима слободне да их уређују у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.¹⁹ Иста ограничења слободе уговарања прописана су и у неколико законских норми које уређују уговоре као изворе облигација с обзиром да ово начело има највећи утицај на уговорно право. Тако, предмет уговорне обавезе није допуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (чл. 49. ЗОО). Исти разлози основ су због кога се недопуштеним сматра услов уговора (чл. 75. ЗОО), а то може бити разлог и за поништење уговора (чл. 103. ЗОО).²⁰

Посебна правила о ограничењу слободе уговарања обухваћена су како Законом о облигационим односима, тако и другим прописима. Ова, посебна правила међутим нису исцрпно наведена (*numerus clausus*), већ се странама у уговорним односима оставља широк простор (у оквиру општих ограничења постављених општом нормом) да своје уговорне односе самостално уређују.

1. Општа ограничења слободе уговарања

У претходном излагању наведено је да општа ограничења слободе уговарања обухватају принудне прописе, јавни поредак и добре обичаје. Ова ограничења ће се објаснити у основним цртама с обзиром да њихова детаљна анализа не би могла по обиму стати у један рад ове врсте.

Императивне норме: Реч је о законским нормама које се од диспозитивних најлакше разликују по карактеру санкције која се предвиђа за непоштовање нормираног правила. Ипак, императивне норме нису ограничене само на оне које изричито прописују санкцију, нпр. ништавост, већ обухватају и норме које је не садрже, али су тако формулисане да је јасно да би непоштовање постављеног правила било на штету општег интереса и да се због тога санкционише. Такво је, на пример, правило да уговор о грађењу мора бити закључен у писменој форми (чл. 630. ст. 2. ЗОО). Непоштовање законом прописане форме уговора има за последицу непуноважност уговора. Некада императивна норма не садржи посебно одређену санкцију, али изричито забрањује одређено поступање, нпр.

19 Будући постављена као основно начело Закона о облигационим односима, ова норма има најшире оквире.

20 С. Перовић (1995), 5.

зобрањено је закључити уговор којим се ствара или искоришћава монополски положај.²¹ У Закону о заштити потрошача је општим правилном (чл. 3) прописано да се потрошач не може одрећи Законом утврђених права, те да су ништаве уговорне одредбе које потрошачима предвиђају мање права него што их признаје Закон.

Јавни поредак: Ограничење слободе уговарања путем јавног поретка је најшире прихваћено у националним правима али, упркос томе, нема универзалног става о садржини овог института те да ли би требало унапред одредити његове границе, или прпустити суду да о томе одлучује у сваком конкретном случају. У погледу садржине јавног поретка у нашој литератури се аутори најчешће позивају на професора Перовића, који запажа да је јавни поредак саткан од више принципа чија је природа различита. Тако, он обухвата принципе економске, филозофске, етичке, политичке и правне природе, који су изражени принудним нормама и моралним императивима које прихвата једна заједница у свом трајању.²²

На основу изложеног јасно је да се јавни поредак не ограничава на императивне норме, односно он обухвата много више од прописаних забрана и у његов састав, без сумње, улазе и моралне норме. У светлу правила о ограничењу слободе уговарања установом јавног поретка то практично значи да стране уговорнице нису дужне само да поштују прописане забране, већ се од њих очекује и да у духу моралних императива друштвене заједнице уређују своје уговорне односе и тако их унапређују.²³ Управо чињеница да јавни поредак поред позитивно-правних морми обухвата и друга, морална правила понашања, упућује на то да стране уговорнице нису пасивне када уређују своје послове и да њихова аутономија воље није ограничена искључиво на заштиту индивидуалних права и слобода, већ нужно мора бити и у функцији заштите општих интереса.

Добри обичаји: Добри обичаји (*boni mores*) се могу означити као моралне норме које се понављају тако дуго и тако често у једној средини да се формирала свест о обавезности поступања нна исти начин.²⁴ Огра-

21 С. Перовић (1995), 7; С. Перовић (1975), 154; Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1983, 53-54; Б. Визнер, 54-55.

22 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, 165, 168. и 169.

23 В. Круљ, 1983, 55.

24 Професор Перовић под моралом подразумева норме друштвеног правила понашања којима се одређује или остварује неко морално добро које је заштићено санкцијом аутономног осећања гриже савести и/или презиром јавног мњења одређена средине. Слободан Перовић,

ничење слободе уговарања добрим обичајима је захтев странама уговорницама да своје послове уређују у складу са друштено корисним понашањем.²⁵ Поступци који се не могу тако квалификовати не могу постати обичаји, јер право не штити понашања која нису друштвено корисна, односно нису морална. У томе се огледа смисао ограничења слободе уговарања добрим обичајима, али је то истовремено и подстицај странама уговорницама да се руководе поступцима које друштвана заједница одобрава, јер добри обичаји у грађанском праву се изједначавају са постојећим моралом и етичким представама заједнице.²⁶

2. Посебна ограничења слободе уговарања

Слобода уговарања обухвата право избора да се (не) закључи уговор, слободу избора лица са којим ће се уговор закључити, слободу одређивања садржине уговора, право неповредивости уговора и право избора форме уговора.²⁷ Свако наведено право подељеже одговарајућим ограничењима.

1) *Ограничење слободе да се уговор (не) закључи*: У одређеним случајевима лице које закључује уговор, по правилу оно које нуди одређену робу или услугу, нема право да бира да ли ће и са ким уговорити посао. На пример, осигуравајуће друштво је дужно да закључи уговор о обавезном осигурању; јавно складиште је дужно да прими робу на чување; трговац је дужан да потрошачу прода робу коју је изложио у радњи итд. Ова слобода може бити ограничена и захтевом да се неко трећи сагласи са закључењем једног уговора, на пример, старалац не може закључити уговор који превазилази оквире редовног управљања малолетниковом имовином без сагласности органа старатељства.

2) *Ограничење слободе одређивања садржине уговора*: Закон некада одређује садржину одређених уговора, на пример, код уговора о тури-

„Завршни документ - Опште констатације, Уводна реч”, *Поруке Двадесет петог сусрета Копаоничке школе природног права*, Копаоник, 2012, 34.

25 Разликовање обичаја на добре и лоше се везује за Јеринга, који је указао да обичај може бити само добар, што се одређује на основу критеријума друштвене корисности. Рудолф Јеринг, *Циљ у праву*, Подгорица, 1998, 261-554 („Навика, обичај, цјелиходност, моралност - фундаментални проблеми етике”).

26 Перовић (1995), 49. Добри обичаји се везују за грађанско право, док у привредном праву егзистирају добри пословни обичаји, који се више односе на правила струке, али не сва правила струке већ само она која су истовремено и етичка тј. која представљају тзв. „пословни морал”. Ови, трговачки обичаји нису израз морала, већ фактичког поретка који влада у промету. Перовић (1995), 50.

27 У међународном приватном праву слобода уговарања обухвата и право избора меродавног права.

стичком путовању (чл. 96. ЗЗП). Некада је цена за одређени производ или услугу утврђена одговарајућим прописима и стране уговорнице не могу својом вољом да предвиде другачије. И затезна камата за доцњу у испуњењу новчаних обавеза је, такође, законом прописана.

Ограничење слободe уговарања саджине уговора, иако није формално прописано, у пракси постоји код угоовра који се закључују техничком општих услова пословања. У тим уговорима страна којој је понуђен такав формулар често нема времена да га прочита а ако то и успе онда тешко може да разуме значење предложени уговорних клаузула. Под тим условима она практично приступа уговору, без могућности да утиче на његову садржину.

3) *Ограничење слободe уговарања одржава се и на правило о неповредивости уговора.* Према класичном учењу, које је добило најшире оквире у теорији аутономије воље, уговор треба да се изврши онако како је написан. Једине промене уговора могу наступити на исти начин на који је и уговор настао а то је сагласношћу воља страна уговорница. На тај начин стране се могу договорити и да уговор раскину.

4) *Ограничење слободe уговарања форме уговора:* Законодавац у одређеним случајевима предвиђа посебну форму у којој један уговор мора бити закључен, на пример, уговор о грађењу, уговор о трговинском заступању, уговор о кредиту, уговор о финансијском лизингу итд. У таквим случајевима стране које закључују уговор немају слободу да одлучују о овом питању јер се непоштовање законом одређене форме уговора санкционише непунважношћу таквог уговора.²⁸

IV Специфичности ограничења слободe уговарања у потрошачким уговорима

Потреба за заштитом потрошача као слабије уговорне стране указала је на неопходност ограничења слободe уговарања трговаца у потрошачким уговорима. Та ограничења се манифестују на различите начине, а најчешће су у виду забрана или наметања одређених, додатних обавеза трговцима, које они иначе не би имали да не закључују уговор са потрошачем. Најзначајније интервенције законодавца у вези са ограничењем слободe уговарања су у потрошачким уговорима извршене у области информисања потрошача као и у вези са пословном праксом трговаца, док су у

28 Више о посебним ограничењима слободe уговарања вид: Перовић (1995), 8-10; Перовић (1975), 86-97.

сфери извршења уговора трговци подвртнути строжем законском режиму одговорности за његово несаобразно испуњење.²⁹

1. Информисање потрошача

Обавеза трговца да потрошачу пружи одговарајућа обавештења пре закључења уговора има за циљ да га информише о свим релевантним питањима у вези са производом или услугом која му је понуђена. Ова је обавеза је уређена општим правилом које се примењује у односу на сваки потрошачки уговор, али и посебним правилима о предуговорном обавештавању потрошача која се примењују за одређене уговоре.

Опште правило о дужности предуговорног обавештавања потрошача регулише члан 13. ЗЗП, којим се одређује законски минимум информација које је трговац дужан да пружи потрошачу о понуђеној роби или услузи. У питању су информације о идентитету трговца, основним обележјима робе или услуге, цени, начину плаћања, одговорностима продавца за недостатке саобразности и условима под којима се уговор може раскинути. Поред тога предвиђена су и посебна, додатна правила предуговорног информисања потрошача која се односе на уговоре који се закључују на даљину или ван пословних просторија трговца (чл. 27), уговоре о пружању услуга од општег економског интереса (чл. 87), уговоре о туристичком путовању (чл. 93) и уговоре о тајм-шерингу (чл. 110).

Предуговорно информисање потрошача је од суштинске важности за заштиту интереса потрошача зато што потрошач који нема довољно информација о производу или услузи коју жели да купи, објективно није у могућности да донесе економски рационалну одлуку да ли да понуду трговца прихвати или не.

Дужност информисања потрошача и с тим у вези ограничења слободе уговарања трговаца, међутим, нису везана искључиво за предуговорно информисање потрошача, већ се протежу и на фазу извршења уговора. Ова обавеза трговаца је у Закону посебно уређена и превазилази општу дужност уговорних страна да, у складу са начелом савесности и поштења,³⁰ међусобно обавештавају једна другу о свим околностима релевантним за извршење уговора. У том смислу значајан је члан 73. ЗЗП који обавезује трговца, који је са потрошачем закључио уговор о пружа-

29 Исто: Criss Willett, David Oughton, „Consumer protection” *Commercial and Consumer Law*, Michael Furmston, Jason Chuah (eds), Pearson Education Limited, 2010, 376.

30 Чл. 12. ЗОО.

њу услуга, да га изричито и без одлагања обавести да је цена услуге значајно виша од износа који је могао разумно да очекује.³¹ Такође, трговац који пружа услугу од општег економског интереса дужан је да потрошача обавести о чињеници да ће се променити цена пружања услуге и то обавештење мора му пружити најкасније 30 дана пре него почне да примењује нове цене (чл. 88. ст. 1). Ставом 2. истог члана прописано је да је трговац дужан да, у истом року, јавно и унапред информише потрошача о измени методологије формирања цена и општих услова уговора.

Када ће се сматрати да је трговац испунио обавезе у вези са (пред)уговорним информисањем потрошача је такође уређено Законом. У том смислу трговац је дужан да информацију пласира на јасан и разумљив начин, на српском језику и на језику и писму националне мањине у складу са Законом (чл. 13. ст.1).

2. Непоштена пословна пракса

Пословна пракса трговца обухвата одређене поступке које они примењују у уговорним односима са потрошачима. Већина тих поступака је допуштена, али постоје пословне праксе које Закон забрањују као непоштене. На тај начин се, такође, ограничава слобода уговарања трговца у потрошачким уговорима.

Да би се утврдило да ли је одређена пословна пракса непоштена или не, поступање трговца се процењују с обзиром на два критеријума: прво, да ли је он у уговорном односу са потрошачем применио стандарде професионалне пажње и друго, да ли је услед тога битно нарушено економско понашање потрошача у вези са производом, или постоји претња да ће оно бити нарушено.³² Да би се отклонило што више могућих недоумица у вези са применом наведених, општих критеријума, Закон предвиђа и посебне критеријуме на основу којих се разликују два типична облика непоштене пословне праксе - обмањујућа и насртљива пословна пракса. Закон иде и корак даље у регулисању овог значајног питања и изричито прописује 23 облика пословне праксе за које постоји неоторива закон-

31 Ако трговац не информише потрошача о овој околности сматраће се да је пружио услугу која није саобразна уговору. Иста последица ће наступити и ако трговац није обуставио извршење услуге у ситуацији када није било могуће обавестити потрошача о наведеној чињеници (чл. 73. ст. 2. и 3. ЗЗП).

32 Чл. 18. ЗЗП. Вид. Катарина Јовичић, „Критеријуми квалификације непоштене пословне праксе”, *Право и привреда* бр. 4-6/2017, 590-593

ска претпоставка да су обмањујуће (чл. 21) као и осам облика пословне праксе која се сматра насртљивом (чл. 23. ЗЗП).

Правни значај утврђења чињенице да је трговац применио односно примењује непоштenu пословну праксу није само у прекршајној одговорности трговца и могућности да буде новчано кажњен у вези са тим поступком, већ је то довољан разлог због кога потрошач може да раскине уговор који је закључио у условима таквог поступања трговца.

3. Строжи режим одговорности за несаобразност

Трговац извршава потрошачки уговор у свему како је уговором предвиђено. Своје активности у току извршења уговора трговац је дужан да усклади са правилима струке и добрим пословним обичајима, с обзиром да га Закон изричито обавезује да у потрошачком уговору примењује стандарде професионалне, тј. повишене пажње.³³ Критеријум је постављен објективно и узима се у обзир она пажња коју би разумно компетентан трговац применио током извршења уговора. Међутим, треба узети да се поред тога примењује и субјективни критеријум као корективни, па ако трговац поседује и већа знања дужан је да их примени, иако она превазилазе знања разумно компетентног трговца.

Код уговора о продаји робе продавац је дужан да испоручи робу која је саобразна уговору, што је редовна обавеза продавца и није специфична само за потрошачке уговоре. Међутим, само у потрошачким уговорима одговорност продавца за несаобразност предмета продаје траје две године од дана преласка ризика на потрошача, док је у уговорима који нису потрошачки ова његова одговорност ограничена на 6 месеци.³⁴ Поред тога, Закон прописује неоториву законску претпоставку да је продавац одговоран за сваку несаобразност која се појави у року од шест месеци од преласка ризика на потрошача (чл. 53. ст. 2). Ово правило олакшава положај потрошача у ситуацији када се у кратком року по куповини производа испостави да он има недостатак, јер му омоућава да,

33 Чл. 5. тач. 15 ЗЗП. Обавеза поступања са дужном пажњом је и начело уговорног права предвиђено чланом 18. ЗОО, по коме се разликују два степена пажње: редован и повишен. Поступање са пажњом доброг привредника односно доброг домаћина је редовни степен пажње који се очекује од свих учесника у облигационим односима, док је поступање са пажњом доброг стручњака виши степен пажње и захтева се од лица која учествују у облигационо-правним односима као професионалци, за које се очекује да знају правила струке и да поступају у складу са њима.

34 Вид. чл. 53. ЗЗП и чл. 482. ЗОО.

у складу са правилом чл. 52. ст. 7. ЗЗП, слободно изабере правно средство које ће корисити да заштити своје интересе, укључујући и право да једнострано раскине уговор.

Код продаје робе Закон посебно уређује и наглашава одговорност трговца за безбедност потрошача. Тако је у члану 57. Закона прописано да је трговац може стављати робу и услуге у промет на тржиште само ако испуњавају захтеве за безбедност производа у складу са посебним прописима.³⁵

V Закључак

Начело аутономије воље је једно од темљних начела уговорног права. Упркос томе, оно се у праву не прихвата у апсолутном смислу због потребе спречавања злоупотреба привилегија које то начело даје, као и настанак штете услед тих злоупотреба које би погодиле не само појединце већ и друштво у целини. Није спорно да свако, па и потрошач, када закључи уговор под претњом, принудом или заблудом има право да од суда тражи заштиту и поништај таквог уговора. Међутим, потрошачима ЗЗП пружа и додатну заштиту, овлашћујући јавне власти (инспекторате) да по службеној дужности сузбијају непоштenu пословну праксу и предузимају мере против трговца који је спроводе у односима са потрошачима. Законодавац оправдано посвећује посебну бригу за потрошаче у односу на ово питање зато што они немају довољно искуства ни преговарачке снаге да препознају непоштено поступање трговца нити да самостално воде рачуна о својим интересима.

Исти разлози стоје и иза наметања посебних обавеза трговцима у вези са (пред)уговорним информисањем потрошача. Ниме, због недостатка искуства и знања од просечног потрошача се не може очекивати да захтева од трговца све информације које би га учиниле довољно обавештеним о производу или услузи коју жели да купи. Проблем недостатка информација је посебно изражен код уговора који се закључују техником општих услова пословања, због чињенице се потрошачима не оставља увек довољно времена да прочитају формулар, или је његова садржина неразумљива било зато што је написана малим словима, или нејасним језиком, или уз претерану употребу правних термина итд.

35 Закон о општој безбедности производа, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009. Овај Закон усклађен је са Директивом 2001/95/ЕЗ Европског парламента и Савета о општој безбедности производа, *Службени лист ЕУ* бр. Л 911/4.

Чињеница да су потрошачки спорови често спорови мале вредности, те да за потрошача није економски исплативо да тражи судску заштиту, такође је значајан разлог прописивања посебне заштите потрошача. Та посебна заштита се у битној мери остварује постављањем већих ограничења слободе уговарања трговаца у потрошачким уговорима, него ограничења прописана за уговоре који нису потрошачки.

Katarina A. JOVIČIĆ, PhD

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT - REVIEW OF THE CONSUMER CONTRACTS

Summary

This contribution for the conference deals with the issue of restricting the autonomy of will in consumer contracts. In order to give answers to this question, the author first explain the principle of autonomy of will as a doctrinal and a legal principle, giving a brief overview of the historical context that led to the acceptance of that principle in law. In this regard, the (non)existence of the difference between autonomy of will and freedom of contract is discussed, after which the rules on general and specific limitations of freedom of contracting are given. In the second part of the work attention focuses on the specific restrictions of freedom of contract in consumer contracts, which are analyzed by considering three most represented areas: the consumer information, business practices and special duties and responsibilities of traders while performing the contract concluding with consumer. In conclusion, the author gives arguments that justify the need for additional limits of freedom of contracts for traders, which aim to provide a balanced relation in the contractual relationship between the consumer and trader, having in mind that their experience, knowledge, professional skills, financially and organization potential are not the same.

Key words: *autonomy of will, freedom of contract, general and special restrictions of freedom of contracting, Obligation Act, Consumer Protection Act, consumer, trader.*