

Dr. sc. Ana Pošćić, asistent
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

NEPOŠTENNA KLAUZULA U POTROŠAČKIM UGOVORIMA

UDK: 366.542 (497.5 : 4 - 67 EU)

Primljeno: 01. 02. 2006.

Pregledni rad

U radu se raspravlja o Smjernici 93/13/EEZ o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima i odgovarajućim odredbama Zakona o zaštiti potrošača, a čiji je temeljni cilj jačanje položaja i zaštita potrošača kod sklapanja ugovora koji sadrže nepoštenne klauzule o kojima nije individualno pregovarano. Smjernica i Zakon o zaštiti potrošača navode apstraktnu i generalnu klauzulu koja ističe tri kriterija koji se moraju kumulativno ispuniti kako bi se odredba klasificirala kao nepoštena. To su: ugovorna klauzula o kojoj se nije individualno pregovaralo, protivnost načelu savjesnosti i poštenja te značajna neravnoteža u pregovaračkim položajima. Nedostatak je što se pojedini kriteriji ne definiraju, već se ostavlja nacionalnim sudovima samostalno procjenjivanje svake klauzule uzimajući u obzir činjenice konkretnog slučaja. Zbog toga se u radu nudi prikaz sudske prakse europskih i američkih sudova kao mogući putokaz u tumačenju pojedinih kriterija.

Ključne riječi: zaštita potrošača, Smjernica, Zakon o zaštiti potrošača, nepoštena ugovorna odredba, načelo savjesnosti i poštenja

1. UVODNE NAPOMENE¹

Potrošači svakodnevno sklapaju velik broj ugovora s unaprijed utvrđenim formuliranim, standardnim sadržajem.² U ovakvim okolnostima može doći do izražaja izrazita neravnopravnost sudionika poslovnih procesa. Kao primjer navodi se situacija kada trgovac u ugovor o kupoprodaji unese odredbu o ograničenju ili isključenju odgovornosti za štetu uzrokovanu tjelesnom povredom potrošača ili odredbu kojom se trgovcu daje isključivo pravo tumačenja svih ili pojedinih ugovornih odredba. Neravnopravni ekonomski položaj stranaka dovodi do sklapanja ugovora s nepoštenim klauzulama. U takvim okolnostima sudac mora intervenirati odnosno, odrediti koje su to nepoštenne klauzule te utvrditi kakve će posljedice imati na ugovor.

Sljedeći problem predstavljaju velike razlike između pojedinih država u načinu sankcija nepoštenih odredbi. Zakoni država članica Europske unije koji reguliraju pitanje nepoštenih odredbi razlikuju se u stupnju zaštite koja se pruža potrošačima. Sve

¹ Željela bih se zahvaliti prof. dr. sc. Vesni Tomljenović na nesebičnoj pomoći, konstruktivnim i stručnim primjedbama i savjetima u pisanju rada.

² Ledić, Drago, Kontrola općih uvjeta poslovanja i zaštita potrošača u ugovorima o prodaji, Banjaluka, 1987. str 2. i dalje.

je to potaklo da se na razini Europske zajednice započne s radom na smjernici koja bi odredila temeljne standarde pravičnosti u potrošačkim transakcijama. Europsko vijeće je na temelju članka 94. i 95. Ugovora o osnivanju Europske zajednice,³ započelo s izradom *Smjernice o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima*.⁴ Međutim, to nije bio jednostavan i brz proces. Smjernica je nakon gotovo dvadeset godina raspravljajući usvojena 1993. godine. Proces je bio otežan zbog različitog pristupa pojedinih država pitanjima nepoštenih odredbi i teškoći oko usuglašavanja njenog polja primjene.

Usprkos tomu, što je prošlo više od deset godina od usvajanja, oko Smjernice se i dalje vode žustre rasprave.

Temeljni cilj koji Smjernica nameće je uskladiti zakonodavstvo država članica na način pružanja minimalne zaštite potrošačima.⁵ Kako navodi Tenreiro “*Smjernica je od primarne važnosti za svakog europskog potrošača, željnog prednosti koje pruža veliko tržište Europske zajednice, a na čiju će zaštitu moći računati neovisno o mjestu kupovanja dobara ili plaćanja usluga na zajedničkom tržištu zemalja članica Europske zajednice*”.⁶

Kako na europskoj tako i na razini Hrvatske, ovo je područje od iznimnog značaja. Zaštita potrošača u Hrvatskoj je posljednjih godina u fokusu stručnih i javnih rasprava. Hrvatska je potpisala s Europskim zajednicama i njihovim državama članicama 29. listopada 2001. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (dalje u tekstu SSP)⁷ što determinira potrebu ispunjenja i implementiranja standarda koje Europska zajednica nameće. Prema čl. 74. SSP-a zahtijeva se usklađivanje i prilagodba zaštite potrošača u Hrvatskoj s onom koja je na snazi u

³ Na temelju članka 94. Ugovora o osnivanju Europske zajednice Europsko vijeće je ovlašteno donositi smjernice koje utječu na uspostavu i funkcioniranje zajedničkog tržišta (ovlast je postojala i u originalnom tekstu Ugovora o osnivanju Europske ekonomske zajednice iz 1957. godine). Dakle, smjernice su se mogle donositi samo ako su se mogle opravdati potrebom uspostave ili funkcioniranja zajedničkog tržišta. Kako zajedničko tržište omogućuje slobodno kretanje robe, osoba, usluga i kapitala, to znači da se svo materijalno pravo Zajednice može s njime dovesti u vezu. Drugim riječima, ovaj članak može poslužiti i kao temelj za ujednačavanje pravila zaštite potrošača između država. Značajnije promjene unosi Jedinstveni europski akt iz 1987. godine, koji uvodi članak 95., Ugovora o Europskoj zajednici. Ovdje nisu bitne promjene u sadržaju odredbi već u zakonodavnom postupku. Naime, za usvajanje odluka koje su bitne za uspostavljanje ili funkcioniranje unutrašnjeg tržišta sada se traži kvalificirana većina, dok su se prije odluke mogle donositi samo jednoglasno. Promjena je važna jer se prije godinama otežavalo donošenje pojedinih odluka zbog nemogućnosti postizanja jednoglasnosti u Europskom vijeću.

Konsolidirana verzija Ugovora o osnivanju Europske zajednice je objavljena u OJ C 325 od 24. prosinca 2002.

⁴ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ 1993. L 95/29.

⁵ Glavni instrument koji je omogućio usklađivanje prava država članica su smjernice. One ujedno i predstavljaju najznačajniji izvor zaštite potrošača. One su pogodno sredstvo prvenstveno stoga što su to akti općeg karaktera koji obvezuju države članice na usklađivanje svojeg nacionalnog prava s njima. Bitno je postići njihov cilj pri čemu se državama ostavlja sloboda u izboru metoda i oblika. Smjernice u području zaštite potrošača su uglavnom smjernice minimalnog usklađenja. Države članice mogu predvidjeti strože propise od onih koje predviđa smjernica. Međutim, na taj način ne postiže se uniformnost. I dalje su prisutne razlike između država članica.

⁶ Tenreiro, M., *Et contrats, concurrence, consommation*, Les revues Europe, Pariz, 1993., prema Matijević, Berislav, *Osiguranje i zaštita potrošača*, *Osiguranje*, br. 3/01, str. 32.

⁷ Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, NN MU br. 14/01.

Zajednici.⁸ Područje zaštite potrošača ocijenjeno je kao jedno od prioriternih područja budući da se radi o pitanjima bitnim za funkcioniranje unutarnjeg tržišta.

Hrvatska je do 2003. godine, bila jedna od rijetkih europskih zemalja koja nije imala reguliran zakonski okvir zaštite potrošača. U lipnju 2003. godine, nakon skoro deset godina raspravljanja usvojen je Zakon o zaštiti potrošača (dalje u tekstu ZZP)⁹ u kojem se nalazi posebno poglavlje o nepoštenim odredbama.

U posljednjoj godini od primjene Zakona, napisan je veliki broj radova o temi nepoštenih klauzula,¹⁰ te cilj nije ponovo navoditi najvažnije odredbe Smjernice i ZZP-a, već ukazati koji su to kriteriji prema kojima se klauzula potrošačkog ugovora može klasificirati kao nepoštena. Za tumačenje odredbi ZZP-a jako je važna sudska praksa kako Europskog suda pravde (dalje u tekstu: ESP), tako i nacionalnih sudova, budući da je naš zakon gotovo doslovno usvojio pravila Smjernice. Stoga, kako bi suci ispravno primijenili ZZP nužno ih je upoznati s presudama stranih sudova.

U nastavku analizirat će se sudska praksa nacionalnih sudova država članica Europske unije, ali i praksa američkih sudova. Prije toga definirat će se pojam nepoštenih klauzula sa stanovišta Smjernice i ZZP-a.

2. POJAM “NEPOŠTENE” KLAUZULE KOD POTROŠAČKIH UGOVORA

Smjernica u članku 3. stavak 1., i ZZP u članku 81. stavak 1., koji je u cijelosti preuzeo definiciju iz Smjernice, definiraju pojam nepoštenih odredbi kao:

“Ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo smatrat će se nepoštenom ako suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje značajnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača”.

Riječ je o općoj, generalnoj odredbi koja postavlja tri glavna kriterija koji se moraju kumulativno ispuniti kako bi se radilo o nepoštenoj odredbi. To su:

⁸ Članak 74. glasi: “Stranke će surađivati kako bi uskladile standarde za zaštitu potrošača u Hrvatskoj sa standardima u Zajednici. Učinkovita je zaštita potrošača nužna kako bi se osiguralo primjereno funkcioniranje tržišnoga gospodarstva. Ta će zaštita ovisiti o razvoju upravne infrastrukture radi osiguranja nadzora nad tržištem i provedbe zakona na tom području. U tu će svrhu i u njihovu zajedničkom interesu stranke poticati i osigurati: usklađivanje zakonodavstva i prilagođavanje zaštite potrošača u Hrvatskoj zaštiti koja je na snazi u Zajednici; politiku aktivne zaštite potrošača, uključujući veću informiranost i razvoj neovisnih organizacija; - učinkovitu pravnu zaštitu potrošača radi poboljšanja kakvoće potrošačke robe i održavanja odgovarajućih sigurnosnih standarda.” Vidjeti Pošćić, Ana, Zaštita potrošača u hrvatskom pravu – dobar ili loš primjer zakonodavstva, Pravo i porezi, br. 9/04., str. 81.-85.

⁹ Zakon o zaštiti potrošača, NN 96/03.

¹⁰ Slakoper, Zvonimir, Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 1/01., str. 181.-208., Petrić, Silvija, O nepravilnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravu Europske unije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1-2/02., str. 59.-81., Baretić, Marko, Nepoštenih odredbi u potrošačkim ugovorima, Suvremeno poduzetništvo, br. 12/03., str. 135.-143., Misita, Nevenko, Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13/EEC o nepravilnim ugovornim odredbama, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 1/04, str. 17.-49.

1. ugovorna odredba mora biti takva da se o njoj nije pojedinačno pregovaralo,
2. mora postojati značajna neravnoteža u stranačkim pravima i obvezama i
3. mora se protiviti načelu savjesnosti i poštenja.

Budući da je generalna klauzula (Smjernice i ZZP-a) apstraktna, može doći do poteškoća u tumačenju kriterija. Kako bi se izbjeglo različito tumačenje nepoštenih ugovornih odredbi, Smjernica i ZZP sadrže indikativan popis odredbi koje se mogu smatrati nepoštenim. U Aneksu Smjernice i članku 82. ZZP-a nabrojani su slučajevi koji se mogu, pod uvjetom da ne prođu test pravičnosti, klasificirati kao nepoštene odredbe. Riječ je o tzv., sivoj listi.¹¹ Ona je samo vodič koji može poslužiti prilikom ocjene radi li se o nepoštenim odredbama. Lista nije zatvorena i nepoštene mogu biti i druge odredbe koje ispune kumulativne uvjete iz definicije nepoštene odredbe. Stoga je za razumijevanje tih odredbi potrebno tumačenje.

Prvi Nacrt rješenja Smjernice sadržavao je detaljnu crnu listu zabranjenih odredbi.¹² Nakon kritika i poteškoća oko postizanja suglasnosti, crna lista pretvara se u sivu listu odredbi koje mogu biti nepoštene. Države članice su dužne u svojim zakonima predvidjeti i sankcionirati situacije koje lista predlaže, ali mogu tu listu nadopunjavati i proširivati. Dakle, ostavljena im je sloboda obuhvaćanja i drugih slučajeva nepoštenih odredbi.

Upravo zbog toga što je nepoštenost odredbe definirana apstraktnom generalnom klauzulom i sivom listom, nije zajamčena potpuna pravna sigurnost. Zbog toga Smjernica i ZZP navode dodatne kriterije koji mogu pomoći u utvrđivanju nepoštene ugovorne odredbe. Nepoštenost odredbe ispitivat će se uzimajući u obzir prirodu dobra i usluge na koju se ugovor odnosi (članak 4. stavak 1. Smjernice). Uzet će se u obzir sve bitne okolnosti u vrijeme zaključenja ugovora. Važan je trenutak zaključenja ugovora, a ne situacije koje se mogu kasnije pojaviti. Bitno je kako Smjernica navodi kako ispitivanje nepoštenosti odredbe neće obuhvatiti predmet ili cijenu dokle god su te odredbe pisane jasnim ili razumljivim jezikom.¹³ Iz testa ispitivanja nepoštenosti izuzeti su bitni elementi ugovora ukoliko su pisani jasno, razumljivo i ukoliko su uočljivi. Ova odredba ide na štetu potrošača. Smatralo se kako predmet i cijenu treba prepustiti slobodnoj tržišnoj utakmici, a ne kontroli koju nameće Smjernica. Tako bi se mogla pojaviti situacija da je potrošač preplatio kupljeno, ali po izričitom

¹¹ Kao primjer iz članka 82. ZZP-a navode se sljedeće klauzule: odredba o ograničenju ili isključenju odgovornosti trgovca za štetu uzrokovanu smrću ili tjelesnom povredom potrošača, ako je šteta posljedica štetne radnje trgovca; odredba o ograničenju ili isključenju prava koja potrošač ima prema trgovcu ili nekoj trećoj osobi u slučaju potpunog ili djelomičnog neispunjenja ugovora; odredba kojom se potrošač obvezuje na ispunjenje ugovorne činidbe, dok je ispunjenje obveze trgovca uvjetovano okolnošću čije ispunjenje ovisi isključivo o volji trgovca ili odredba kojom se trgovca ovlašćuje na raskid ugovora na temelju njegove diskrecione ocjene, dok isto pravo nije predviđeno i za potrošača.

¹² Duffy, Peter, Unfair Terms and the EC Directive, *Journal of Business Law*, 1993., <www.westlaw.com>.

¹³ Howells, Geraint, Wilhelmsson, Thomas, EC and US Approaches to Consumer Protection – Should the Gap Be Bridged?, *Yearbook of European Law*, vol. 17., 1997., str. 242.

navođenju Smjernice potrošač se ne može na to pozvati.¹⁴ Ona nije željela dirati u slučajeve previsokih cijena koji značajno utječu na potrošački standard.¹⁵ Dakle, Smjernica je precizirala da se bitni elementi ugovora odnose na predmet i cijenu, ali budući da je ova Smjernica minimalnog usklađenja nacionalni zakonodavac nije obvezan implementirati ovu odredbu. Zakonodavac bi mogao točno definirati koje odredbe glede predmeta ugovora i cijene se smatraju nepoštenima, ako ne prođu test pravičnosti iz članka 3. Smjernice. No, to naš zakonodavac nije učinio.¹⁶ Jedini zahtjev koji Smjernica postavlja je da su odredbe na jeziku koji je lako razumljiv. Međutim i bitni elementi ugovora bit će podvrgnuti testu ispitivanja nepoštenosti ako nisu pisani na jasan i razumljiv način. To znači da je ovdje zahtjev transparentnosti podignut na razinu uvjeta koji mora biti ispunjen da bi se odredbe o predmetu i cijeni podvrgnule testu pravičnosti. Članak 5. Smjernice, određuje ukoliko ugovor mora biti u pisanom obliku, tada njegove odredbe moraju biti na jednostavnom i lako razumljivom jeziku. Ukoliko postoji sumnja u značenje pojedine odredbe, prevagnut će interpretacija koja je najpovoljnija za potrošača. Primjenjivat će se načelo *contra proferentem* koje postavlja pravilo o tumačenju spornih ugovornih odredbi.¹⁷ ZZZ propisuje kako se dvojbene ili nerazumljive ugovorne odredbe tumače u smislu povoljnijem za potrošača (članak 86.). Ova odredba može se dovesti u vezu s pravilima Zakona o obveznim odnosima (dalje u tekstu: ZOO),¹⁸ o tumačenju ugovornih odredbi koje su u sadržane u unaprijed tiskanom ugovoru, a koji ide *in favorem* druge strane, odnosno potrošača.¹⁹

Iako postoji lista odredbi koje se mogu pojaviti kao nepoštene, u svakodnevnom životu često se susreću situacije koje nisu normirane. Zato je potrebno pregledati kako postupaju sudovi nacionalnih država kada tumače pojedine ugovorne odredbe. Stoga će se u mjeri u kojoj je dostupno, kroz sudsku praksu analizirati na koji način sudska praksa analizira uvjet radi li se o ugovornoj odredbi o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, situaciju koja potrošača stavlja u nepovoljni položaj ili kada je odredba protivna načelu savjesnosti i poštenja. Međutim, kriteriji se međusobno isprepliću te će ponekad biti teško napraviti oštro razgraničenje između njih.

¹⁴ Baretić, Marko, Zaštita potrošača u Europskoj zajednici, u Gavella, Nikola i dr., Europsko privatno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2002., str. 170.

¹⁵ Howells, G., Wilhelmsson, T., EC and US Approaches ..., op. cit., str. 237.

¹⁶ Naš zakonodavac je također u članku 84. ZZZ-a propisao: "Nije dopušteno ocjenjivati jesu li poštene ugovorne odredbe o predmetu ugovora i cijeni ako su te odredbe jasne, lako razumljive i lako uočljive."

¹⁷ Vidjeti Lawson, Richard, Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms, Sweet & Maxwell, London, 2003., str. 32.

¹⁸ Hrvatski sabor je na sjednici 25. veljače 2005. godine, usvojio novi ZOO (NN 35/05) koji stupa na snagu 1. siječnja 2006. Do tada primjenjivat će se stari ZOO (SI SFRJ 29/78., 39/85., 46/85., 45/89., 57/89., NN br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 107/95., 7/96., 91/96., 112/99., 88/01).

¹⁹ Članak 320. ZOO (bivši članak 100.) propisuje da u slučaju kada je ugovor sklopljen prema unaprijed odštampanom sadržaju, ili kad je ugovor na drugi način pripremila i predložila jedna ugovorna strana, nejasne odredbe tumačit će se u korist druge strane.

3. KRITERIJI PREMA KOJIMA SE KLAUZULA POTROŠAČKOG UGOVORA MOŽE KVALIFICIRATI “NEPOŠTENOM”

3.1. Odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo

Prvi kriterij govori o ugovornoj odredbi o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo. Važno se je podsjetiti na povijesni razvoj usvajanja Smjernice.

Jedan od razloga zbog kojih je Smjernica i donesena jest pokušaj reguliranja standardnih ugovora, odnosno ugovora koji se zaključuju temeljom stalne i opće ponude. Prvi Nacrt rješenja Smjernice, obuhvaćao je sve vrste ugovora, ugovore o čijim odredbama se prije pojedinačno pregovaralo, kao i one o čijim odredbama nije bilo pojedinačnog pregovaranja. To se posebice kritiziralo u Njemačkoj, koja je smatrala kako se to kosi s načelom autonomije stranaka.²⁰ Kritike su urodile plodom, te se Smjernica primjenjuje samo na ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo.²¹

Smjernica u članku 3. stavak 2., određuje kako će se odredba smatrati kao ona o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo ako je donesena unaprijed, a potrošač nije mogao utjecati na njen sadržaj.²² Usvojeno rješenje možda i nije nabolje za potrošača, ali je svakako, kao kompromisno, ubrzalo postupak usvajanja Smjernice. Činjenica kako se o pojedinim aspektima neke ugovorne odredbe, odnosno o pojedinoj ugovornoj odredbi pojedinačno pregovaralo, neće utjecati na mogućnost da se ostale odredbe ugovora proglase nepoštenim ukoliko cjelokupna ocjena ugovora ukazuje kako se radi o unaprijed formuliranom standardnom ugovoru (članak 3. stavak 2. Smjernice). Dakle, najčešće se nepoštene klauzule nalaze u tipskim, adhezijskim ugovorima ili općim uvjetima poslovanja na koje potrošač ne može utjecati.²³

ZZP je na identični način i u cijelosti preuzeo članak 3. Smjernice. Međutim, na ZZP se može pozvati samo potrošač koji djeluje izvan svoje profesionalne djelatnosti, dok na ZOO se može pozvati svaki sudionik obveznopravnog odnosa, budući da se ZOO primjenjuje kao *lex generalis*. Novi ZOO sadrži u člancima 295. i 296., posebna pravila o općim uvjetima ugovora,²⁴ koji čine popis ugovornih klauzula unaprijed formuliranih, a ugovorne strane ih mogu koristiti tako da u ugovor unesu sve ili samo neke ugovorne klauzule. Klauzule ne moraju biti u pisanom obliku. Iako je to u praksi uvijek slučaj, pisani oblik nije uvjet da bi se neki tekst smatrao općim uvjetima ugovora. Teoretski je moguće da netko

²⁰ Howells, Geraint, Wilhelmsson, Thomas, *EC Consumer Law*, Ashgate, Aldershot, 1997., str. 91.

²¹ Misita, Nevenko, *Osnove prava zaštite potrošača Evropske zajednice*, Fond otvoreno društvo Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 1997., str. 266.

²² Budući da Smjernica predviđa minimalnu harmonizaciju ništa ne sprečava države članice da prošire njeno polje primjene i na ugovorne odredbe o kojima se pojedinačno pregovaralo.

²³ Vedriš, Martin, Klarić, Petar, *Gradansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1998., str. 394. Također o tome u Gorenc, Vilim, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRiF, Zagreb, 1998., str. 193.

²⁴ O tome više Šarčević, Petar, *Standard forms and General Conditions*, u *Essays in Private International Law and Comparative Law*, 261.-275.

objavi svoje opće uvjete ugovora i usmenim putem. Ovo posebno stoga, što je novi ZOO imao intenciju da usvoji rješenja Smjernice, a ona se ne ograničavaju samo na pismene ugovore. Opći uvjeti ugovora su određeni kao oni koje odredi jedan ugovaratelj i to bilo da su sadržani u formularnom ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva (članak 295.). Oni dopunjuju posebne pogodbe utvrđene među ugovarateljima u istom ugovoru.²⁵ Dakle, oni će obvezivati ugovorne strane kao i posebno ugovorene odredbe.²⁶

ZOO je propisao, ukoliko dođe do neslaganja općih uvjeta i posebnih pogodbi, na temelju stavka 3. istog članka, dat će se prednost onome što su strane posebno ugovorile.²⁷ Kada zakonodavac govori o posebnim pogodbama pri tomu misli na one klauzule o kojima je potrošač pojedinačno pregovarao. Tako se posebno štiti potrošač jer se ipak daje prednost ugovornim odredbama u čijim je pregovaranjima potrošač sudjelovao.²⁸

Upravo ovdje pojavljuje se pitanje tereta dokaza, odnosno tko mora dokazati kako se o odredbi pojedinačno pregovaralo. Ako trgovac tvrdi kako se o pojedinoj ugovornoj odredbi u unaprijed sastavljenom standardnom obrascu pojedinačno pregovaralo, dužan je to dokazati (članak 81. ZZP-a). Dakle, ako je odredba donesena unaprijed i potrošač nije sudjelovao u njenom oblikovanju, smatrat će se kako se radi o klauzuli o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo. Riječ je o presumpciji, a trgovac mora dokazati suprotno.

²⁵ To je potvrdio Privredni sud Hrvatske presudom iz 1991. godine. Pž-1844/91, od 10.03.1992., Praxis 1.

²⁶ Spominje se presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske u kojoj je predmet spora bila isplata razlike neisplaćenih kamata do visine ugovorene stope od 12.5%. Niži su sudovi utvrdili da je tužitelj dana 13. 5. 1983. godine kod tuženika oročio svoja novčana sredstva na rok od 36 mjeseci i da stranke nisu zaključile poseban pismeni ugovor o oročenju, već je na samoj štednoj knjižici pisalo "vezano uz 36 mjeseci uz 12.5% kamata", a na zadnjoj strani knjižice otisnute su "upute vlasnicima štednih knjižica za devize", što sve zajedno čine relevantan sadržaj ugovora o oročenju. Pravilan je zaključak nižestupanjkih sudova da navedeni opis o oročavanju i kamatnoj stopi od 12.5% nije poništio odredbe sadržane u općim uvjetima štednje tiskanim na zadnjoj stranici same štedne knjižice, jer i te upute prema kojima postoji mogućnost izmjene kamatne stope čine sadržaj ugovora koji obvezuje tužitelja. Odluka Vrhovnog suda RH, Rev-23023/99 od 14. 9. 2000., u Pravo i porezi, br.1/02.

²⁷ Ovaj stav je potvrdio Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj presudi: "Kad je ugovorom o namjenskom oročenju deviznih sredstava predviđen obračun kamata u valuti koja je oročena, što je inače suprotno općim uvjetima banke, vrijede odredbe ugovora neovisno o tome je li su drugoj strani bili poznati opći uvjeti ili ne. Kad među strankama nije niti sporno da su one zaključile ugovor o zajmu, ugovor o namjenskom oročenju sredstava (deviznih) te da se tuženik obvezao tužitelju na oročena devizna sredstva obračunati kamate po stopi od 6% godišnje u valuti koja je oročena, onda se tuženik ne može osnovano pozivati na opće uvjete iz svog pravilnika o davanju kredita za stambenu i komunalnu izgradnju, jer čak i u slučaju da su tužitelju i bili poznati uvjeti iz tog pravilnika (što je on odlučno porekao, a s kojima ga je tuženik bio dužan upoznati), vrijede odredbe spomenutog ugovora, a ne opća pravila iz pravilnika, kako je to i propisano odredbom čl. 142. st. 4. Zakona o obveznim odnosima" VSH, Rev-1951/85 od 19.02.1986. PSP-32

²⁸ Iako se ovim odredbama ne štite samo potrošači jer se na te odredbe može pozvati svaka osoba, za njih su značajni stavci 4. i 5. istog članka u kojima su navedene pretpostavke valjanosti primjene općih uvjeta poslovanja. One uključuju: opći uvjeti ugovora moraju se objaviti na uobičajeni način i drugoj ugovornoj strani moraju biti poznati ili su joj morali biti poznati u trenutku sklapanja ugovora. Kako Slakoper navodi, za inkorporiranje općih uvjeta u ugovor nije nužno znanje suugovaratelja. Dovoljno da je on za sadržaj općih uvjeta morao znati s obzirom na pozornost koja se od njega zahtijeva. Pretpostavke su određene uzimanjem u objektivnih i subjektivnih kriterija. Najvažnije je da je druga strana bila upoznata s njima. O tome vidjeti Slakoper, Z., op. cit., str. 195.

Na konkretnim primjerima pokazat će se što to znači kako se o ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo.

3.1.1. *Sudska praksa nacionalnih sudova*

Zanimljiv je slučaj u kojem je raspravljao engleski Apelacijski sud.²⁹ Ovo je jedan od prvih slučajeva koji pokazuje kako se temeljna načela ugovornog prava prilagođavaju standardnim oblicima potrošačkih transakcija.³⁰ Jedno od općih načela ugovornog prava je da opći uvjeti poslovanja postaju dio ugovora kada se ugovor na njih poziva. Oni ne moraju biti u ugovoru. Međutim, ovaj slučaj ukazuje da kada su u pitanju potrošači, ovo se pravilo strože tumači, tj. autor općih uvjeta mora potrošaču posebno skrenuti pažnju na opće uvjete, a posebno na one koje su za njega od većeg značaja, kao što je klauzula o isključenju odgovornosti. Činjenice slučaja su sljedeće:

Tužitelj je parkirao auto na parkiralištu. Na ulazu se nalazila obavijest o tome da se svi auti parkiraju na vlastitu odgovornost. Kad se tužitelj htio vratiti po auto, dogodila mu se nesreća u kojoj je bio ozbiljno ozlijeđen. Tražio je naknadu štete od Shoe Lane Parkinga. Međutim, tuženici su se branili time da kartica uključuje odredbu o isključenju odgovornosti u ovim slučajevima, a koja se nalazi na stupu, a ne na kartici, budući da se jednom od odredbi kartice upućivalo na opće uvjete poslovanja tuženog. Naime, na samom uglu kartice pisalo je sitnim slovima da se na ugovor primjenjuju opći uvjeti poslovanja. Na stupu, nasuprot uređaja za izdavanje kartica bili su objavljeni opći uvjeti poslovanja, a u kojima se nalazila odredba koja je propisivala da garaža neće odgovarati za bilo kakvu ozljedu koja se dogodi potrošaču dok se njegov auto nalazi u garaži.

Apelacijski sud je utvrdio kako tuženici nisu poduzeli sve potrebne korake kako bi upoznali tužitelja, Thorntona s klauzulom. Navedeno je kako je potrebno učiniti razumne korake u upoznavanju potrošača s takvom odredbom.

Sporni su bili opći uvjeti poslovanja poduzeća koji nisu bili otisnuti na kartici. Za potrošača, to bi značilo da u trenutku kada primi karticu, mora tražiti gdje su objavljeni opći uvjeti, što mali broj doista i čini. Potrošači gotovo nikad ne čitaju poslovne uvjete. Sud je utvrdio kako tuženici nisu učinili dovoljno da upoznaju Thorntona s klauzulom o isključenju odgovornosti.

Kako Lord Denning slikovito navodi *“da bi se potrošača u cijelosti upoznalo s tom odredbom ona bi morala biti pisana crvenim slovima s crvenom ‘ručicom’ koja upućuje na nju-ili istaknuti neko slično upozorenje”*.³¹ On smatra kako je

²⁹ *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd*, Court of Appeal, [1971] 2Q.B.163.

³⁰ Lowe, Robert, Woodroffe, Geoffrey, *Consumer law and practice*, Sweet and Maxwell, London, 2004., str. 128.

³¹ točka 169. presude.

takvu klauzulu potrebno napisati crvenim slovima i na samoj kartici staviti posebnu oznaku.³²

Teret je dokaza na tuženiku, koji međutim, nije uspio dokazati suprotno. Lord Megaw navodi da kada se radi o ugovornoj odredbi koja isključuje odgovornost, tada treba poduzeti nužne korake kako bi se potrošača s njome u potpunosti upoznalo. Sud je klauzulu proglasio ništavom i bez ikakvog značenja. Ovdje se vidi na koji način sud pojašnjava test nepoštenosti korištenjem dodatnog kriterija, kriterija transparentnosti. Kada Lord Denning traži da se posebno uputi na odredbu, to nije ništa drugo nego zahtjev za jasnošću i razumljivošću odredbe.

O sličnoj situaciji kao u prethodnom slučaju raspravljao je talijanski sud.³³ Sporni su bili opći uvjeti poslovanja društva koje vodi parkiralište. Činjenice su sljedeće:

Na parkiralištu na posebnoj ploči bili su objavljeni opći uvjeti poslovanja na visini više od dva metra. Bili su i dosta udaljeni od oznake "P" za parkiranje. Opći uvjeti poslovanja sadržavali su deset članaka. Posebno je bio problematična klauzula koja je propisivala: "Ukoliko se parkiranje ne plati, korisnik parkirališta mora platiti kaznu od 30□ zajedno s troškovima prisilne naplate". To je, međutim, bilo pisano sitnim slovima i na prilično udaljenom mjestu. Udruženje potrošača je tražilo da se ta odredba proglasi ništavom.

Ovdje je sud naveo kako tuženici nisu upotrijebili jedini siguran način upoznavanja potrošača s tim odredbama u potpunosti. Nisu opće uvjete poslovanja otisnuli na kartici. Sud je potvrdio kako odredba koja propisuje novčanu kaznu, ukoliko se ne plati, u smislu članka 1469. Građanskog zakonika je nepoštena, budući da propisuje plaćanje od 30□ što je trideset puta više od iznosa koji se plaća za jedan sat parkiranja. Dakle, ovdje je talijanski sud pravilno zaključio. Na opće uvjete poslovanja je nužno upozoriti i to tako što će se posebno otisnuti na samoj kartici.

Za razliku od prethodne dvije situacije gdje su ugovori sklopljeni u slučaju *Picardi*³⁴ ugovor nije nikad ni sklopljen. Činjenice slučaja su sljedeće:

Tužitelj, Picardi je poznati arhitekt. Tuženici su bili gospodin i gospođa Cuniberti koji su htjeli preurediti kuću. Kraljevski institut engleskih arhitekata koji je poslovao na temelju općih uvjeta poslovanja preporučio je gospodina Picardia. Tužitelj i tuženici sastali su se nekoliko puta. Osnovicu ugovora činili su opći uvjeti poslovanja Kraljevskog instituta. Međutim,

³² Riječi Lorda Denninga možemo naći u velikom broju presuda: *Tracomin SA v. Sudan Oil Seeds Co. Limited* [1984.] E.C.C. 165 CA CA, *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989.] Q.B. 433 CA, *Ian George Briscoe v. Lubrizol Limited* 2002 WL 498856 Neutral Citation Number: [2002.] EWCA Civ 508 CA, *Peninsula Business Services Limited v. Mr J Sweeney* 2003 WL 1610206 EAT, Vidjeti i Bradgate, Robert, Experience in the United Kingdom, u *The Integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, <http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_en.htm>.

³³ Corte d'appello di Roma, 1780/2002, <<http://www.lexia.it>>.

³⁴ *Picardi v. Mr. And Mrs. Cumiberti*, High Court of Justice Queen's Bench Division Technology and Construction Court 02397, 2002 WL 31947416.

ugovor nije nikad potpisan. Sporna je bila ugovorna klauzula koja je propisivala: “Potvrđujem da priložena kopija uključuje skice koje su završene i dogovorene”. Međutim u nastavku je pisalo “Javite mi ukoliko imate primjedbi”. Problem je u tome što se o skici nije pregovaralo. To se može zaključiti iz odredbe koja traži obavješćivanje arhitekta u slučaju primjedbi. Picardi nije nikad upoznao tuženike sa općim uvjetima poslovanja Instituta. Smatrao je da je to nepotrebno s obzirom na njihova prijašnja iskustva. Niti jedna odredba nije posebno predočena tuženicima niti se o njoj pojedinačno pregovaralo.

Sudac se u ovom slučaju pozvao na poznati stav Lorda Denninga. Naveo je kako je nužno obratiti veću pozornost na takve klauzule.³⁵ U mnogim slučajevima bit će dovoljna razumna obavijest o ponudi. Međutim, kada se radi o ugovornim odredbama koje su neuobičajene, posebno otežavajuće ili one koje predstavljaju odstupanje od prava koje jamči zakon, tada strana koja nudi sklapanje ugovora mora dokazati da je odredbu pravilno predočila drugoj strani.³⁶

Sudac je smatrao kako u ovom slučaju ne treba poseban “tretman”. Dovoljna bi bila razumna obavijest o ugovornim odredbama. Ne postoji sumnja da su tuženici inteligentne i obrazovane osobe. Međutim, ugovor nije nikad nastao jer tuženici nisu nikad potpisali ugovor. Sudac je naveo da o odredbama općih uvjeta poslovanja nije nikad bilo pojedinačnih pregovora. Oni nisu nikad bili upoznati s tim klauzulama. Te klauzule su proglašene nepoštenim.

Sud je, potvrdio kako je temeljno načelo sloboda ugovaranja, te da je nepošteno nametnuti ugovornoj strani takve odredbe koje nisu uobičajene i o kojima se nije pojedinačno pregovaralo. Sud polazi od kriterija razumnosti o kojem će biti više riječi kada se bude govorilo o načelu svjesnosti i poštenja. Već se ovdje jasno vidi da se kriteriji međusobno isprepliću.

Ovaj primjer pokazuje kako neće sud svaku odredbu automatski proglasiti nepoštenom, već minuciozno ispituje okolnosti i činjenice svakog pojedinačnog slučaja.

Postoji još jedno područje gdje naročito dolazi do izražaja potrošačevo neznanje i nerazumijevanje pojedinih odredbi. To je bankarsko poslovanje. Apelacijski sud u Rimu u slučaju *Associazione Bancaria Italiana*³⁷ je na zanimljiv način pojasnio kriterij pojedinačnog pregovaranja. Naveo je kako klauzula koja je proglašena nepoštenom može poslije postati dio novog ugovora, ali pod uvjetom da se o njoj pojedinačno pregovaralo. Time, dolazi do ukidanja neravnoteže koja je postojala između stranka. One su sada u ravnopravnim pregovaračkim položajima i na njih se više ne mogu primijeniti odredbe o zaštiti kod nepoštenih klauzula. Time je ukinuta anomalija koja je bila *contra iuris*. Sud je naglasio kako nije dopušteno da klauzula “automatizmom” postane sastavni dio ugovora. O njoj se može efikasno pregovarati te će biti “pošteđena” testa ispitivanja “nepoštenosti”.

³⁵ točka 97. presude.

³⁶ točka 98. presude.

³⁷ Corte d'appello di Roma, Sezione civile, Sentenza 24 settembre 2002., <<http://www.lexia.it>

Sud u Kölnu³⁸ raspravljao je o ugovornoj odredbi koja predviđa kako banka može iz važnih razloga poništiti *online* bankovnu uslugu. Sud je takvu odluku proglasio nepoštenom jer banka nije o njoj obavijestila klijenta unaprijed.³⁹

Praksa američkih sudova posvetila je veliku pozornost situacijama kada adhezijske ugovore sklapaju strane nejednakih pregovaračkih položaja. Sudskom je praksom postavila načelo da ne uzima samo u obzir “uzmi ili ostavi” (*take it or leave it*) prirodu ugovora ili standardiziran⁴⁰ oblik ugovora, već uzima u obzir ravnotežu pregovaračkih položaja ugovornih strana i stupanj ekonomskih poteškoća koje navode ugovornu stranu na njegovo zaključenje.⁴¹ Ugovor sklapaju strane od kojih se ne može očekivati da razumiju sve ponude. U takvim situacijama sudovi trebaju intervenirati kako bi zaštitili potrošača.

Iz prethodnih slučajeva vidljivo je kako sudovi nastoje uspostaviti “narušenu” ravnotežu u pregovaračkim položajima. Zanimljivo je stajalište engleske sudske prakse koja smatra kako je potrošača nužno upozoriti ne samo na nepoštenu nego na svaku klauzulu općih uvjeta ugovora, pri čemu naglašava upotrebu dodatnih kriterija. Smatram kako je najbolje odstupiti od pravila da opći uvjeti poslovanja postaju sastavni dio ugovora kada se ugovor na njih poziva, već “potencijalno” nepoštene klauzule moraju biti navedene u ugovoru i o njima je potrebno pojedinačno pregovarati. Međutim, javlja se problem tko će odrediti koje su klauzule “potencijalno” nepoštene. U zakonskom tekstu to je gotovo nemoguće odrediti zbog iznimne raznolikosti ugovornih klauzula i tipova poslovnih transakcija. Osim toga, takvo uređenje bi gotovo potpuno “ukinulo” prednosti koje donosi adhezijsko zaključivanje ugovora, jer bi se o nizu klauzula trebalo posebno pregovarati.

3.2. Značajna neravnoteža u pregovaračkim položajima

Drugi kriterij koji se mora ispuniti je značajna neravnoteža u pregovaračkim položajima. Pojam “značajna neravnoteža” teško je definirati. Teško je utvrditi koji su to elementi nužni za određivanje pojma neravnoteže u pregovorima.

³⁸ OLG Kölnu, 14/4/2000, 6 U 135/99., <http://rechtinformatik.jura.uni-sb.de>.

³⁹ Ovaj stav se može vidjeti i iz presuda austrijskih sudova. Tako je u jednom slučaju udruženje austrijskih potrošača tražilo da klauzula koja propisuje da dobavljač može jednostrano mijenjati ugovorne usluge na temelju opravdanog razloga. Takvu klauzulu je sud proglasio ništavom jer dobavljač nije o njoj individualno pregovarao s potrošačem. Apelacijski sud, 2R 95/81., 1981., 06. 04. Također Trgovački sud u Beču je proglasio nepoštenom klauzulu iz istog razloga, a koja je propisivala da ukoliko se najmanje šest sati prije leta putnika obavijesti o promjenama u rasporedu leta, ostale usluge se mogu otkazati. 3Cg 469/92., <http://adns.cec.eu.int/CLAB/SilverStream/Pages/pgHomeCLAB.html>.

⁴⁰ Vidjeti Bates, Larry, Administrative Regulation of Terms in Form Contracts: A Comparative Analysis of Consumer Protection, *Emory International Law Review*, vol. 16/02., str. 1.-106.

⁴¹ Vidjeti: *Rudbart v. North Jersey District Water Supply Commission*, 127 N.J.344, 605 A.2d 681.

Doktrina, pojam neravnoteže ispituje na činjenicama konkretnog slučaja uzimajući u obzir odnos prava i obveza ugovornih strana.⁴²

Ne uzima se u obzir svaki vid neravnoteže, već se zahtijeva da ona bude značajna. Ona koja je u tržišnim odnosima uobičajena ne bi se trebala uzimati u obzir, već samo one situacije koje izlaze iz uobičajenih okvira.⁴³ Stoga je vrlo važno pogledati kako sudovi utvrđuju koja je to neravnoteža koja je relevantna. Pokušat će se na primjerima nacionalnih presuda naći neke elemente koji mogu pomoći u tumačenju pojma.

3.2.1. *Sudska praksa nacionalnih sudova*

Zanimljiv je slučaj koji se pojavio pred njemačkim Saveznim Vrhovnim sudom, a u kojem je sud pokušao odrediti pojam značajne neravnoteže.⁴⁴ Činjenice slučaja su sljedeće:

Tužitelj je lokalna građevinska tvrtka. Tuženici su od njega kupili parkirno mjesto koje tek treba izgraditi. U općim uvjetima poslovanja tužitelja postojala je klauzula koja je propisivala da je kupac obvezan platiti ukupnu cijenu nezavisno od procesa izgradnje parkirališta i to nakon što prodavatelj priloži jamstvo za osiguranje naknade štete u slučaju neispunjenja ili nedostataka ispunjenja ugovora. Ukoliko kupci zakasne s plaćanjem dužni su platiti zatezne kamate. Tuženici su odbili platiti jer su smatrali kako je klauzula o dospijeću plaćanja ništava. Tužitelj je tražio zatezne kamate. Regionalni sud je usvojio žalbu tužitelja i naredio plaćanje zateznih kamata. Tuženici su se žalili, te je žalbeni sud prihvatio žalbu. Nakon toga tužitelj je izjavio reviziju Saveznom Vrhovnom sudu.

Savezni Vrhovni sud smatra kako valjanost klauzule ovisi o tomu je li opći uvjeti poslovanja uzrokuju značajnu neravnotežu u odnosu na tuženike. Uzima se u obzir neravnoteža u vrijeme zaključenja ugovora. Sud navodi da između stranka nije sporno da ugovor sadrži opće uvjete poslovanja. Jamstvo osigurava novčane uloge stjecatelja od neispunjenja ugovora. Ovdje se radi o plaćanju unaprijed, a po njemačkom Građanskom zakoniku plaćanje se može tražiti tek kad se ispuni obveza. Ukoliko se traži prethodno plaćanje, tada stjecatelji gube pravo na odustanak u slučaju neispunjenja ugovora. Kako je ugovorom bilo predviđeno jamstvo, Savezni Vrhovni sud je mišljenja kako se ne radi o nepoštenoj klauzuli. Međutim, Savezni Vrhovni sud smatra da, budući da različiti pravni poreci različito reguliraju pitanje prethodne činidbe, bi se mogle pojaviti suprotne odluke. Stoga, je sud uputio prethodno pitanje ESP i ovisno o odluci suda predložio dva rješenja:

1. Ukoliko je ESP mišljenja kako klauzula nije nepoštena, tada bi Savezni vrhovni sud dopustio reviziju. Tuženici bi bili obvezni platiti zatezne kamate.

2. Ukoliko ESP smatra da je klauzula nepoštena tada bi bila ništava. Reviziju bi žalbeni sud odbacio.

⁴² O tome Baretić, Marko, Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima, u Baretić, Marko i dr. Obveze trgovca u sustavu zaštite potrošača, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 76.

⁴³ *ibid.*, str. 77.

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 2. 5. 2002. – VII ZR 178 (OLG Karlsruhe).

Zanimljiva je odluka ESP-a⁴⁵ koji je odlučivao o tom pitanju. ESP se najprije pozvao na nacionalno pravo. U vrijeme zaključenja ugovora u Njemačkoj je bio na snazi Zakon o općim uvjetima poslovanja iz 1976. godine, koji je u paragrafu 9., propisivao kako će odredbe općih uvjeta biti nevaljane ukoliko suprotno zahtjevu dobre vjere stavljaju ugovornu stranu u nerazumnu prednost.⁴⁶ U slučaju sumnje odredba će se smatrati kako uzrokuje značajnu neravnotežu u stranačkim pravima i obvezama ukoliko je suprotna temeljnim zakonskim odredbama iz kojih proizlazi ili ograničava temeljna prava i obveze na način ugrožavanja svrhe ugovora.

Po mišljenju ESP-a, pitanje neravnoteže može se riješiti tako da se usporede prednosti i nedostaci klauzule. Tužitelj i njemačka vlada su smatrali kako klauzula nije nepoštena. Po njima nije sporno da klauzula traži prethodno plaćanje, ali smatraju kako je to osigurano jamstvom. Nasuprot tomu, tuženici su mišljenja kako je klauzula nepoštena, te se pozivaju na načelo o istodobnom ispunjenju obveza. Klauzula je neuobičajena i nejasna, te ju je nametnuo graditelj koji u ovoj situaciji uživa monopol. Po mišljenju Europske komisije o tomu mora odlučiti nacionalni sud. ESP odlučuje samo o apstraktnom pravnom pitanju, a ne o činjenicama slučaja. Nacionalni sud sam utvrđuje sve važne činjenice slučaja, a tek onda primjenjuje pravo na način koji je protumačio ESP.⁴⁷

Sud smatra kako je prilikom utvrđivanja je li klauzula nepoštena i uzrokuje li značajnu neravnotežu u stranačkim pravima i obvezama nužno uzeti u obzir prirodu ugovora i sve okolnosti u kojima je ugovor zaključen. Međutim, ESP je ostavio na nacionalnom sudu da utvrđivanje koja je to odredba koja uzrokuje značajnu neravnotežu u stranačkim pravima i obvezama.⁴⁸ Budući da ESP-a nije ovlašten ispitivati *meritum* spora, već dati mišljenje o apstraktnom pravnom pitanju. Osim što je naglasio kako postoje razni pravni poreci, te bi u takvim situacijama moglo doći do različitih presuda nacionalnih sudova, što u konačnici ne pridonosi harmonizaciji i uniformnoj zaštiti potrošača.

Kako još nije dostupna odluka nacionalnog suda, može se zaključiti da će Savezni Vrhovni sud potvrditi svoju odluku.

U jednom drugom slučaju, njemački Savezni vrhovni sud se izjasnio o pojmu značajne neravnoteže. Raspravljalo se o ugovornoj odredbi koja je propisivala kako istekom roka valjanosti telefonske kartice automatski će se poništiti ostatak telefonskih impulsa. Sud je smatrao kako takva klauzula uzrokuje značajnu neravnotežu u stranačkim pravima i obvezama. Tuženici su se branili da je to propisano zbog uvođenja novih tehnologija i borbe protiv zlouporabe kreditnih kartica. Međutim, sud je smatrao kako ti argumenti ne opravdavaju poništenje postojećih impulsa.⁴⁹

⁴⁵ *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v. Ludger Hofstetter et Ulrike Hofsetter*, ESP, Case C-237/02. od 1. travnja 2004., ECR 2004., str. 00000., <www.europa.eu.int>.

⁴⁶ točka 7. presude.

⁴⁷ Hartley, T. C., *Temeljni prava Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1999., str. 66.

⁴⁸ točka 25. presude.

⁴⁹ BGH, 12. lipanj 2001. – XI ZR 274/00.

U jednoj je presudi talijanski sud proglasio ništavom klauzulu iz razloga što izaziva značajnu neravnotežu u pravima i obvezama stranaka. Klauzula je propisivala da ukoliko klijent želi odustati od putovanja dužan je nadoknaditi osamdeset posto cijene. Po stajalištu suda nije dopušteno primjenjivati takvu klauzulu budući da je klijent obavijestio turističku agenciju o otkazivanju putovanja znatno ranije.⁵⁰

Engleska sudska praksa je također pokušala definirati koji je to stupanj neravnoteže u pravima i obvezama koji je odlučujući. U slučaju o kojem će se raspravljati radilo se o ugovoru o zajmu koji se sklapao na standardnim obrascima. Činjenice su bile sljedeće:⁵¹

First National Bank ima licencu za davanje potrošačkih kredita. Ona odobrava ugovore o zajmu na standardnim ugovorima. Banka daje određeni iznos novca pod uvjetom da zajmoprimac vrati iznos novca u određenom periodu plus kamate. U ovom slučaju Agencija za pravično postupanje je tražila neka se zabrani upotreba klauzule za koju su smatrali da je nepoštena. U standardnom ugovoru nalazila se odredba koja je propisivala kako će se kamate naplaćivati u skladu s poslovnim uvjetima na dan plaćanja.

Lord Steyn⁵² navodi kako je pojam značajna neravnoteža moguće pojasniti samo ako se uzmu u obzir supstancijalne odredbe ugovora. Postoji uska veza između koncepta dobre vjere i značajne neravnoteže. Ova dva pojma se međusobno isprepliću. Početna točka za razmatranje je da banka ima pravo naplatiti kamate sve do dana plaćanja. U ispitivanju je li odredba nepoštena važno je uzeti u obzir nesigurnost zajmoprimca, potencijalne nejasnoće i teškoće koje se mogu pojaviti. Ne postoji jedan ujednačeni test koji bi utvrdio kada se radi o nepoštenoj odredbi. Potrebno je usporediti situacije kakav bi učinak ugovor imao s tom klauzulom ili bez nje. Ali, test tu ne završava. Nužno je ispitati kakav ima učinak ova odredba na bit samih transakcija, bi li potrošač kada bi znao za tu odredbu bio njome iznenađen.⁵³ Po mišljenju lorda Milletta⁵⁴ radi se o zajmu gdje se naplaćuju kamate sve dok se zajam u potpunosti na isplati, te po njemu potrošač ne bi trebao imati poteškoća u shvaćanju toga. On, kao i ostali ne smatra odredbu nepoštenom.

U prethodnom poglavlju spomenuti je slučaj *Associazione Bancaria Italiana*⁵⁵. Sud je u ovom slučaju raspravljao o klauzuli koja je propisivala kako

⁵⁰ Giudice di pace di Milano, 1999-02-10 00:00:00.0,

<https://adns.cec.eu.int/CLAB/SilverStream/Pages/pgHomeCLAB.html>>.

⁵¹ *The Director General of Fair Trading v. First National Bank*, House of Lords, [2002.] E.C.C.22.

⁵² Vidjeti Whittaker, Simon, *Assessing the Fairness of Contract Terms: The Parties' "Essential Bargain", its Regulatory Context and the Significance of the Requirement of Good Faith*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, br. 1/04, str. 75.-98.

⁵³ točka 37.-39. presude.

⁵⁴ točka 53.-55. presude.

⁵⁵ Zanimljiv je slučaj koji se pojavio pred talijanskim Kasacijskim sudom. Klijent je sklopio s bankom ugovor o najmu sefa koji je sadržavao odredbu o ograničenju odgovornosti banke. Klauzula je propisivala da banka neće odgovarati za pohranjene stvari čija vrijednost prelazi iznos od 10 000 000 lira. Sud je takvu klauzulu proglasio nepoštenom jer izaziva izrazitu neravnotežu u poslovanju banke i klijenta., *Cassazione civile, Sezione III*, 18. luglio 2002., n.10436.

<<https://adns.cec.eu.int/CLAB/SilverStream/Pages/pgHomeCLAB.html>>.

banka ima diskreciju jednostrano mijenjati ugovorne odredbe ako je to nužno kako bi se udovoljilo novim zakonskim obvezama ili je potrebno iz određenih organizacijskih razloga.⁵⁶ Naravno ukoliko se radi o zakonskim obvezama tada je takva modifikacija opravdana. Međutim, ukoliko se radi o organizacijskim promjenama, banka ne smije jednostrano mijenjati klauzule. Sud je naveo kako bi on u svakom slučaju organizacijskih promjena morao ispitivati da li su one takve da opravdavaju jednostrano mijenjanje ugovora, pa u tom slučaju klauzula ugovora nije nepoštena, ili ne opravdavaju pa je nepoštena. Dakle, sud je jedni koji može procijeniti nepoštenost klauzula.

Uvida se kako se i kod ovog testa pojavljuju poteškoće. Koliko je daleko potrebno ići kako bi se utvrdila neravnoteža? Poznato je da postoje ugovori gdje strane nisu ravnopravne. No, koji se stupanj neravnoteže uzima u obzir? Teško je izolirano promatrati taj kriterij. Važno je gledati na srž ugovora, na supstancijalne odredbe i vidjeti je li ugovor može opstati bez te odredbe.

3.3. Protivnost načelu savjesnosti i poštenja

Posljednji kriterij koji je potrebno ispuniti jest protivnost načelu savjesnosti i poštenja. Smjernica ne definira ovo načelo budući da je ono opće načelo čiji sadržaj u konačnici uvijek utvrđuje sudac primjenjujući ga na činjenice konkretnog slučaja. Zbog toga je Smjernica prepustila pojedinim pravnim porecima samostalno određivanje njegovog sadržaja.

Upravo zbog toga što ne postoji jedna jedinstvena definicija načela, a što omogućava elastičan pristup u njegovom tumačenju, Preambula Smjernice postavlja pomoćne kriterije za tumačenje. Preambula navodi kako se prilikom procjenjivanja povrede načela savjesnosti i poštenja uzima u obzir odnos pregovaračkih položaja strana, je li potrošač prethodno bio potaknut na zaključenje ugovora, kao i je li potrošač prethodno tražio određena dobra ili usluge.⁵⁷

Načelo savjesnosti i poštenja je blanketna norma čiji sadržaj je nemoguće utvrditi na apstraktan način, već uzimajući u obzir činjenice i okolnosti konkretnog slučaja.⁵⁸ Sudac primjenjujući načelo savjesnosti i poštenja na činjenice određenog slučaja konkretizira, nadopunjuje i ispravlja pravna pravila.⁵⁹

⁵⁶ točka 14. presude.

⁵⁷ Howells, G., Wilhelmsson, T., EC and US Approaches, op. cit., str. 241.

⁵⁸ Hesselink, Martijn, Good Faith, u Hartkamp, Arthur i dr, Towards a European Civil Code, drugo izdanje, Ars Aequi Libri, Nijmegen, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, str. 288. Vidjeti i Whittaker Simon, Zimmermann, Reinhard, Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape, u Whittaker S., Zimmermann, R., Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2000., str. 7.-57.

⁵⁹ Doktrina raspravlja o tri funkcije koje vrši načelo savjesnosti i poštenja. To su: dopunska, odnosno regulativna funkcija, interpretativna i korektivna funkcija. Sve te tri funkcije vrši sudac na temelju činjenica konkretnog slučaja i to tako što pomoću ovog načela interpretira, nadopunjuje i ispravlja apstraktno pravno pravilo kako bi ostvario određeni rezultat. Dopunska funkcija je zapravo regulativna funkcija koja uvjetuje sporedne obveze koje nastaju iz potrebe obzirnog ponašanja prema ugovornoj strani. Druga je ograničavajuća ili korektivna funkcija koja sprečava ugovornu stranu da zlaupotrebljava svoje pravo ili primjerice dovodi do gubljenja subjektivnog prava zbog nevršenja. Treća funkcija je klauzula *rebus sic stantibus*., Vidjeti Stojanović, Dragoljub, Savjesnost i poštenje u Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom treći, str. 104.

Pravni standard savjesnosti i poštenja susreće se u svim pravnim sustavima, ali pod različitim imenima. Primjerice, talijanski poredak koristi pojam dobre vjere (*buona fede*). Naš pravni sustav se opredijelio za termin savjesnost i poštenje,⁶⁰ jer po mišljenju hrvatske doktrine uporaba termina dobra vjera mogla bi dovesti do nejasnoća u razumijevanju, odnosno postavilo bi se pitanje radi li se o različitim načelima.⁶¹ S druge strane, načelo savjesnosti i poštenja je strano tradiciji *common law-a*.⁶² To, međutim, ne znači kako *common law* sustav nije razvio pojedine institute koji preuzimaju ulogu načela savjesnosti i poštenja iz kontinentalne pravne tradicije.⁶³

U Velikoj Britaniji i Irskoj tu ulogu preuzima koncept razumnosti (*reasonableness*).⁶⁴ Engleska doktrina često raspravlja o principu razumnosti.⁶⁵ Međutim, nedostatak je u tomu, što ne definira koncept, što može dovesti do pravne nesigurnosti.⁶⁶ Stajalište je doktrine kako će se odredba proglasiti razumnom ukoliko se sagledaju sve okolnosti koje su strankama bile poznate ili su mogle biti poznate u vrijeme sklapanja ugovora.⁶⁷ U doktrini se navode pojedini elementi koji mogu pomoći prilikom procjenjivanja principa razumnosti, a o kojima će se raspravljati kasnije temeljom pojedinih sudskih odluka.

Američka doktrina je kroz sudsku praksu kao pandan načelu savjesnosti i poštenja razvila koncept *unconscionability*⁶⁸ Sudovi se često pozivaju na

⁶⁰ Baretić, M., Zaštita potrošača, op. cit., str. 169.

⁶¹ loc. cit.

⁶² Vidjeti Lukšić, Branimir, Jurilj, Marinko, Dobra vjera u ugovornom pravu, Pravo i porezi, br. 11/04., str. 10.

⁶³ Roy Good je je još 1992. godine, govorio da engleska doktrina ima poteškoća u prihvatanja koncepta dobre vjere, međutim, kako navodi, iako je možda začuđujuće, suci dolaze do istih odgovora, ali drugim putem. R. Goode, The Concept of "Good Faith in English Law" (Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto da M.J. Bonell. Saggi, conferenze e seminari, 2), Rome, 1992., str. 3., u bilješci 85. Busnelli, F., op. cit., str. 553.

Usvajanjem Smjernice sve države, pa i Velika Britanija bile su obvezne implementirati njene institute u svoje zakonodavstvo. Tako je i engleski zakonodavac u Uredbu iz 1994. godine (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1994), s manjim izmjenama iz 1999. godine, kojom je implementirao Smjernicu, uveo pojam dobre vjere. Problem je u tome što je prijašnji Zakon iz 1977., (Unfair Contract Terms Act) ostao i dalje na snazi. Po mišljenju doktrine to nije pridonjelo pravnoj sigurnosti, već suprotno, stvorilo je poteškoće u razumijevanju i primjeni.

Pretpostavljalo se da će pojam dobre vjere stvoriti poteškoće engleskim pravnicima, te je zbog toga Uredbi dodan Anex s ciljem pomoći u tumačenju pojma dobre vjere. Anex propisuje da će se u ispitivanju pojma dobre vjere uzeti u obzir: stupanj ravnoteže u pregovaračkim položajima, je li se potrošača poticalo na zaključenje ugovora, je li potrošač izričito tražio određena dobra ili usluge, kao i u kojoj mjeri su prodavatelj ili dobavljač postupali pravično u odnosu na potrošača čije legitimne interese je potrebno uzeti u obzir.

Međutim, kad se bude raspravljalo o funkciji koju načelo savjesnosti i poštenja zauzima u *common law* doktrini, raspravljat će se o pojmu razumnosti jer, kako će se i vidjeti, kriteriji za procjenjivanje pojma dobre vjere i razumnosti su vrlo slični, odnosno kako doktrina navodi primjena oba testa dovodi do istih rezultata. O tome vidjeti, Bradgate, R., op. cit., str. 26.-38.

⁶⁴ O tome Misita, N., Uz desetogodišnjicu, op. cit., str. 32., i Busnelli, Francesco Donato, Note in tema di buona fede e equità, Rivista di diritto civile, br. 5/01.

⁶⁵ Beale, Hugh G., Bishop, William D., Furmston, Michael P., Contracts, Cases and Materials, Butterworths, London, 1985., str. 601.

⁶⁶ Treitel, G. H., The Law of Contract, Sweet and Maxwell, 1995., str. 237.

⁶⁷ Lowe, R., Woodroffe, G., op. cit., str. 147.

⁶⁸ Doslovan prijevod termina bi bio nesvjesnost, neznanje. Međutim, termin ima u našem pravnom jeziku i druga značenja, te će se u tekstu koristiti engleski termin, *unconscionability*.

činjenicu kako je pregovaranje protivno principu *unconscionability*, no nedostatak je što ne postoji jedinstveno tumačenje pojma. *Unconscionability* može biti proceduralna i materijalna,⁶⁹ gdje se proceduralna odnosi na postupak pregovaranja, a materijalna na sadržaj ugovornih odredbi.⁷⁰ Proceduralna *unconscionability* obuhvaća sve okolnosti koje čine sastavni dio pregovaranja. Pri čemu se osobito uzima u obzir činjenica kako potrošač sklapa tipski ugovor, je li bio upoznat sa svim ugovornim odredbama i je li ih razumio u potpunosti.⁷¹ Pored, proceduralne, uvijek će biti nužno utvrditi materijalnu *unconscionability* koja se tiče supstancijalnih odredbi ugovora. Što postoji više dokaza za proceduralnu *unconscionability* koja se u načelu lakše dokazuje, bit će potrebno manje dokaza za materijalnu *unconscionability*.

Zanimljivo je vidjeti kako načelo definira hrvatska doktrina. Tako po Vizneru pojam **savjesnosti** se odnosi “*na pouzdanost, otvorenost i iskrenost jedne ugovorne strane da prilikom pristupanja sklapanju određenog obveznog ugovora i njenu spremnost da ugovorom preuzete obveze ispuni u potpunosti i na valjan način, uz istovremeno očekivanje takvog ponašanja i od strane sukontraenata. S druge strane, pojam poštenja ogledao bi se u spremnosti suugovarača da sa svoje strane opravda poklonjeno mu povjerenje sukontrahenata kroz uzvratnu pripravnost pridržavanja svega onog što od njega zahtijeva konkretni obveznopravni odnos...*”⁷² Dakle, to je blanketna norma, odnosno kako Vizner kaže kriterij ili direktiva.⁷³ Ponašaju li se stranke u skladu s načelom savjesnosti i poštenja procjenjuje se na temelju objektivnih kriterija.⁷⁴ Ne uzima se u obzir subjektivni kriterij, odnosno shvaćanje pojedinca, tj. “*... kakve su ga pretpostavke i motivi rukovodili, niti da li je postupak protivan tom načelu proizašao iz namjere da se to načelo povrijedi, već je mjerodavno ono kako se određeni postupak shvaća općenito.*”⁷⁵ Držati se načela savjesnosti i poštenja znači postupati na način na koji sudionici pravnog prometa očekuju.⁷⁶

Iz prethodno navedenog, može se zaključiti kako se u kontinentalnoj i *common law* doktrini svi instituti u kojim se manifestira načelo savjesnosti i poštenja primjenjuju s obzirom na činjenice konkretnog slučaja. Uvijek će sudovi morati sami vagati i *ad hoc* procjenjivati slučajeve pri čemu će uzeti u obzir položaj potrošača, njegovo razumijevanje transakcije u pitanju, kao i ima li mogućnost izbora želi li se ugovorno obvezati. Budući da postoje različita gledišta, razmišljanja i pravna shvaćanja koncepta savjesnosti i poštenja, kroz sudsku praksu će se prikazati koju funkciju načelo zauzima u različitim pravnim porecima.

⁶⁹ Bates, L., op. cit., str. 15.

⁷⁰ Prince, Harry G., *Unconscionability in California: A Need for Restraint and Consistency*, Hastings Law Journal, January, 1995., str. 5., <www.westlaw.com>.

⁷¹ Bland, Paul F. i dr., *Consumer Arbitration Agreements: Enforceability and other Topics*, National Consumer Law Center with TLPJ Foundation, Boston, 2003., str. 44.

⁷² Vizner, Boris, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 1978., str. 69.

⁷³ *ibid.*, str. 70. i 71.

⁷⁴ Goldštajn, Aleksandar, *Trgovačko ugovorno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 191.

⁷⁵ *ibid.*, str. 192.

⁷⁶ Stojanović, D., *Savjesnost i op. cit.*, str. 106.

3.3.1. Sudska praksa nacionalnih sudova

Načelo savjesnosti i poštenja kao jedan od kriterija za proglašenje klauzule “nepoštenom” i ništavom, prikazat će se putem slučaja o kojem raspravlja talijanski sudac. Potom će se više pozornosti posvetiti funkciji koju načelo savjesnosti i poštenja zauzima u *common law* doktrini.

Apelacijski sud u Rimu je o primjeni načela dobre vjere kao kriterija raspravljao u prije spomenutom slučaju *Associazione Bancaria Italiana*.⁷⁷ Obratit će se pozornost na koji način je sudac pristupio konceptu dobre vjere.⁷⁸ Sudac se najprije pozvao na Građanski zakonik koji u članku 1469-bis propisuje: “*U ugovorima koje zaključe potrošač i osoba koja djeluje u sklopu svoje profesionalne djelatnosti, a čiji je cilj prijenos dobara ili pružanje usluga, smatrat će se nepoštene one klauzule koje unatoč dobroj vjeri, uzrokuju na štetu potrošača značajnu neravnotežu u pravima i obvezama koje proizlaze iz ugovora.*”⁷⁹

U svojim razmatranjima, a što je i iznimno važno za ovo poglavlje, sudac je najviše pozornosti posvetio formulaciji “unatoč dobroj vjeri”.⁸⁰ Primat daje leksičkom tumačenju ugovorne odredbe kao jedino ispravnom i temeljnom tumačenju. Složenica “unatoč dobroj vjeri” znači usprkos postojanju načela dobre vjere. Iz ovakve formulacije proizlazi kako se klauzula može proglasiti nepoštenom i u situaciji kada je nesporno utvrđeno postojanje dobre vjere.⁸¹ Ovo gledište se može kritizirati s obzirom na to da nije u skladu s pravilima Smjernice jer ona govore o tome da ponašanje mora biti “suprotno savjesnosti i poštenju” (članak 3. st. 1. Smjernice).

Kao što je prethodno istaknuto, načelo savjesnosti i poštenja u engleskoj sudskoj praksi zamijenjeno je s načelom razumnosti (*reasonableness*). Engleski sudovi taj pojam tumače vrlo fleksibilno, što će se iz pojedinih sudskih odluka i vidjeti. Prvo pitanje koje se nameće je kako se procjenjuje test razumnosti? Koncept razumnosti procjenjuje se s obzirom na sve okolnosti koje jesu ili su mogle biti poznate strankama u vrijeme sklapanja ugovora.⁸² Drugo je pitanje tereta dokaza? Osoba koja tvrdi kako je ugovor razuman mora to sama i dokazati.

Jedan od zanimljivih slučajeva u kojima je sud raspravljao o pojmu razumnosti je *St'Alban City protiv International Computers Limited*,⁸³ čije su činjenice sljedeće:

Tužitelj je sklopio ugovor s tuženikom o nabavi računala. Došlo je do pogreške u softwearu. U ugovoru se nalazila klauzula o ograničenju

⁷⁷ Vidjeti poglavlje 3.2.1.

⁷⁸ Corte d'appello di Roma, Sezione civile, Sentenza 24 settembre 2002., <<http://www.lexia.it>>.

⁷⁹ “Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, *malgrado la buona fede*, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.”

⁸⁰ Cian, Giorgio, Trabucchi, Alberto, Commentario breve al Codice Civile, 2004., str. 1426., Cesfro, Ernesto, Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.), Volume I, Cedam, Padova, 2001.

⁸¹ Corte d'appello di Roma, Sezione civile, Sentenza 24 settembre 2002., točka 6 presude.

⁸² Lowe, R., Woodroffe, G., op. cit., str. 146.

⁸³ High Court of Justice – Queen's Bench Division, [1995.] F.S.R. 686.

odgovornosti tuženika. Tužitelj je u tužbenom zahtjevu isticao kako je klauzula nepravična i nerazumna. Tuženik se branio da je klauzula o ograničenju odgovornosti u ovom slučaju razumna.

Sud se pozvao na *Slučaj Smith protiv Eric S. Bush* gdje je lord Griffiths⁸⁴ naveo kako je gotovo nemoguće dati iscrpnu listu čimbenika koji se moraju uzeti u obzir kako bi se utvrdilo što je to pravično i razumno. Međutim, istaknuo je određene situacije koje se uvijek moraju uzeti u obzir. To se posebice, odnosi na odnos pregovaračkih položaja odnosno jesu li stranke ravnopravne, je li potrošač jednostavno mogao dobiti alternativnu informaciju uzimajući u obzir troškove i vrijeme, koliko je težak i opasan posao za koji postoji klauzula o isključenju odgovornosti, koje su posljedice odluke o nerazumnosti odnosno koji su novčani iznosi koji su “na kocki” i koje su mogućnosti da strana snosi gubitke.⁸⁵

Sudac je u ovom slučaju utvrdio kako su stranke bile nejednakih pregovaračkih položaja. Tuženici nisu opravdali iznos na koji su ograničili odgovornost, koji je po mišljenju suda bio nizak, u odnosu na potencijalni rizik i moguće gubitke, te da su tuženici bili osigurani.⁸⁶ Po njegovom mišljenju razumno je da onaj koji želi ostvariti profit snosi rizik. Stoga, tuženici nisu uspjeli dokazati kako je klauzula u ovom slučaju razumna. Posljedično tome nisu se mogli pozvati na klauzulu o ograničenju odgovornosti.

Doktrina ističe i druge dodatne kriterije koji mogu pomoći u ispitivanju razumnosti klauzule. Neki od njih su: ispituje se je li potrošač bio potaknut na zaključenje ugovora, odnosno je li mogao birati i zaključiti drugi ugovor bez te klauzule, je li potrošač znao ili razumno mogao znati za postojanje te odredbe i jesu li dobra bila proizvedena ili prilagođena posebnim potrebama potrošača.⁸⁷ Ako primjerice, potrošač koji je u ravnopravnom položaju, ima mogućnost izbora i ulazi u ugovor vrlo oprezno takva klauzula neće biti proglašena ništavom.⁸⁸ S druge strane, ukoliko potrošač djeluje izvan svoje profesionalne djelatnosti, ukoliko nije razumio klauzulu ili se radilo o tipskom ugovoru, tada će sud uzeti u obzir navedeni kriterij.⁸⁹ Iz svega proizlaze tri temeljna kriterija koja se uzimaju u obzir za ispitivanje testa razumnosti: pregovarački položaj, izbor odnosno, može li sklopiti drugi ugovor bez sporne klauzule, kao i potrošačevo razumijevanje klauzule.⁹⁰

Navodi se još jedan zanimljiv slučaj gdje je sud dodatno pojasnio kriterije za procjenjivanje principa razumnosti. U slučaju *Khatun*⁹¹ činjenice su bile sljedeće:

⁸⁴ točka 710. presude.

⁸⁵ loc. cit.

⁸⁶ loc. cit.

⁸⁷ Lowe, R., Woodroffe, G., op. cit., str. 147.

⁸⁸ loc. cit.

⁸⁹ ibid., str. 148.

⁹⁰ loc. cit.

⁹¹ *Rashida Khatun Gultaj Zeb Neelam Iqbal v. London Borough of Newman*, Office of Fair Trading, Case CO/101/2003, CO/688/2003, CO/841/2003, High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court, 10. 10. 2003.

Tužitelji su bili beskućnici. Tuženik, Ured za beskućnike obvezao se pronaći im odgovarajući smještaj. Za to vrijeme beskućnici su bili smješteni u hotelu. Nakon nekog vremena, primili su obavijest u kojoj ih se obavještava kako im je pronađen odgovarajući smještaj, te da se osobno jave u ured u roku od tri dana. Protekom roka od tri dana izgubili bi pravo na stan. Sporan je bilo način na koji je Ured za beskućnike poslovao. Ured je poslovao na temelju općih uvjeta poslovanja koje su beskućnici morali prihvatiti tamo i tada (*there and then*) bez mogućnosti prijašnjeg razgledavanja i razmišljanja o ponudi. Khatun je potpisao ugovor, dok druga dvojica tužitelja su ga odbila potpisati.

Tužitelji su u tužbenom zahtjevu tražili da se takvo postupanje Ureda proglasi nepoštenim i nerazumnim.⁹² Suprotno, tuženici su se branili time što su isticali kako je smještaj prije provjeren te da im se nikad ne bi ponudilo nešto što je neodgovarajuće. Pitanje je postoji li neki razlog zbog kojeg se osobi koja traži smještaj ne daje mogućnost da ga prije vidi? Tuženik je navodio da je takva praksa nepotrebna, te bi stvorila nepotrebne troškove što ne bi dovelo do brzog i efikasnog rješavanja njihovog problema.

Po mišljenju suda takva pravila nisu predviđala jednakost u postupanju. Posljedično tome sud je proglasio ovu odredbu općih uvjeta nepoštenom i nerazumom.⁹³ Takva praksa sprječava pravilno informiranje beskućnika, u odnosu na obveze koje nastaju potpisivanjem ugovora. Ako se u ovom konkretnom slučaju primijene uvjeti za utvrđivanje nerazumnosti klauzule utvrđene u prijašnjem slučaju, može se lako zapaziti kako su osobe nejednakih pregovaračkih položaja. Nisu u mogućnosti birati, kao i da u potpunosti nisu razumjeli opće uvjete poslovanja. Dakle, iako sud u svakom slučaju posebno utvrđuje koja je to klauzula nepoštena i nerazumna, uvijek se koristi istim kriterijima.

Utvrđeno je da se kao pandan načelu savjesnosti i poštenja u Americi primjenjuje princip *unconscionability* čiji sadržaj uvijek utvrđuje sudac u svakom slučaju zasebno. Jedan od slučajeva za koji američka doktrina smatra kako je preteča principu *unconscionability* je *Steven protiv Fidelity & Casuaity Co.*⁹⁴ Činjenice su sljedeće:

Gospodin Steven je neposredno prije avionskog leta kupio osiguranje od zrakoplovnih nesreća i u skladu s instrukcijama poslao ih poštom supruzi. S obzirom da mu je jedan dio leta otkazan, da bi mogao nastaviti putovanje uzeo je taksu. Taksu je imao tešku nesreću u kojoj je Steven preminuo. Njegova supruga je tražila naknadu štete od osiguratelja. Osiguranje je odbilo nadoknaditi štetu budući da je na samom vrhu police osiguranja pisalo da ona ne pokriva druga prijevozna sredstva.

⁹² točka 2. presude.

⁹³ točka 23. presude.

⁹⁴ *Steven v Fidelity & Casualty Co*, Supreme Court of California, 58 Cal. 2d 862, 37 7 P.2d 284, 27 Cal. Rptr. 172. O tome u Prince, Harry G., *Unconscionability in California: A Need for Restraint and Consistency*, Hastings Law Journal, January, 1995.

Sud je presudio u korist osiguravatelja, nakon čega se tužiteljica žalila. Vrhovni sud Kalifornije je obvezao osiguravatelja na naknadu štete. U odluci se rukovodio dvama razlozima. Jedan je bio da je klauzula nejasna, te da se u sklada načelom in dubio proferentem klauzulu treba tumačiti u korist tužiteljice. Drugi je kriterij bio da osoba koja je potpisala policu osiguranja razumno može očekivati da će ona pokrivati cijelo putovanje. Sud je naveo kako potrošač nije imao vremena pročitati opće uvjete poslovanja, a da je pročitao, vrlo bi teško mogao razumjeti kako taksi nije uključen. Američki sudac poziva se na razumnost odredbe.

U slučaju *Pigman*⁹⁵ sud je raspravljao o isključenju odgovornosti agencije za oglašavanje.

Gospodin *Pigman* je tražio naknadu štete protiv agencije za oglašavanje koja je propustila objaviti njegovu reklamu u imeniku. Agencija se pozvala na ugovor i na klauzulu o isključenju odgovornosti.

Postavilo se pitanje je li odredba o isključenju odgovornosti u ugovoru o oglašavanju protivna principu *unconscionability* i samim time ništava. Sudac se pozvao na slučaj *General Bargain Center*⁹⁶ gdje je opisano na koji način sudovi pristupaju ugovorima koji sadrže klauzule o isključenju odgovornosti. Navodi, kako stranke mogu sklapati ugovore koji sadrže klauzule o isključenju odgovornosti sve dok su takvi ugovori sklopljeni s voljom i u odsutnosti prijevare. Međutim, kada su stranke nejednakih pregovaračkih položaja situacija je drugačija. Tada će klauzula biti proglašena kao ona koja je protivna načelu *unconscionability*. *Ratio* ovih odredbi leži u činjenici da su žute stranice telefonskog imenika jedinstveno sredstvo za oglašavanje koje je neraskidivo povezano s javnom uslugom koju obavlja telefonsko društvo. Nadalje, telefonsko društvo ili izdavač je u jačoj pregovaračkom položaju u odnosu na svoje pretplatnike. U ovom slučaju sud je presudio da pretplatnici nisu imali izbora u pogledu pitanja žele li uključiti klauzulu o isključenju odgovornosti i da je agencija bilo u velikoj prednosti u odnosu na tužitelja u kreiranju ugovornih odredbi. Dakle, odredba je *unconscious* i kao takva ne može se izvršiti.

U slučaju *Knapp*⁹⁷ sud Virginije je dodatno pojasnio koji kriteriji određuju princip *unconscionability*. Činjenice su bile sljedeće:

Bračni par *Knapp* je uzeo zajam od tisuću dolara. Gospođa *Knapp* nije znala pisati i čitati, a gospodin *Knapp* nije vidio bez naočala. U ugovoru o zajmu nalazila se klauzula pisana sitnim slovima, a koja je glasila: “Želim kupiti niže navedeno osiguranje i želim da moja premija osiguranja bude financirana kao dio mog zajma. U potpunosti razumijem da ne moram kupiti niti jedan oblik navedenog osiguranja u cilju dobivanja zajma.”

⁹⁵ *Robert J. Pigman v. Ameritech Publishing, Inc. and Indiana Bell Telephone Company, Incorporated*, Court of Appeals of Indiana, First District, 650 N.E. 2d 67.

⁹⁶ *General Bargain Center v. American Alarm Company, Inc.*, Court of Appeals of Indiana, First District, 430 N.E. 2d 407, 411.-12.

⁹⁷ *James P. Knapp and Pamela K. Knapp v. American General Finance NC, and American General Home Equity, Inc.*, United States District Court, S. D. West Virginia, 111 F. Supp. 2d 758.

Sud Virginie se pozvao na načelo da u nedostatku prijave ili nekog drugog prijevernog ponašanja osoba koja potpiše ili prihvati pisani ugovor bit će njime vezana. Stoga ne može smatrati kako ugovor nije nastao samo na temelju činjenice nepročitanog ugovora ili razumijevanja njegovog sadržaja.⁹⁸ Osoba koja je potpisala ugovor njime je vezana iako ne zna čitati, budući da takav pojedinac mora tražiti čitanje ugovora. Princip *unconscionability* je načelo koje želi zaštititi potrošača od iznenadnih situacija, a ne načelo koje narušava alokaciju rizika zbog superiornog položaja jedne strane.⁹⁹ Po pravu Virginie mora postojati veliki nerazmjer u pregovaračkim položajima kako bi se klauzula proglasila kao ona koja je suprotna načelu savjesnosti. Posebice u situaciji kada su potrošači neobrazovane osobe, ne znaju koje su pravne posljedice sklopljenog ugovora ili kada ugovor zaključuju s jedne strane profesionalni zajmodavci, a s druge strane nesofisticirani i neobrazovani potrošači.¹⁰⁰ Sud se pozvao na Restatement of Contrates (Second)¹⁰¹ prema kojem se načelo *unconscionability* ne manifestira samo u pregovaranju i u ugovorima. Pregovori ne moraju kršiti načelo *unconscionability* samo zato što su stranke u nejednakim položajima. Kriterij koji se mora uzeti u obzir za utvrđivanje principa *unconscionability* jest svijest jače strane kako slabija strana nije sposobna razumno štiti svoje interese zbog mentalnih poteškoća, neznanja ili nerazumijevanja ugovornog jezika.¹⁰²

Vidljivo je u američkoj doktrini postojanje četiri elementa koji se moraju uzeti u obzir za utvrđenje principa *unconscionability*.¹⁰³ Najprije treba utvrditi je li jedna strana bila lišena izbora. Potrebno je vidjeti je li ugovorna odredba stavlja ugovornu stranu u povoljniji položaj. Treći element traži nesklad u pregovaračkim položajima ugovornih strana i konačno nužno je vidjeti radi li se o jednostranoj, otežavajućoj i očito nepoštenoj ugovornoj odredbi (*Layne protiv Gardner test*).¹⁰⁴ Najvažnije je dokazati nadmoćnost u pregovarajućim položajima te da je klauzula iznimno povoljna za jednu ugovornu stranu.

4. PRAVNE POSLJEDICE NEPOŠTENE ODREDBE

U ovom poglavlju vidjet će se što se događa u situaciji kada sud ustvrdi radi li se o nepoštenoj klauzuli odnosno, koje su pravne posljedice nepoštene klauzule.

U članku 6. stavku 1. Smjernice, određeno je kako će države članice predvidjeti da nepoštene odredbe u ugovorima koje zaključuju potrošač i dobavljač ili

⁹⁸ B, točka 1., 2., 3 presude.

⁹⁹ *Orlando v. Finance One West Virginia, Inc.*, 179 W. Va 447, 369 S. E. 2d 882, 885 (1988.).

¹⁰⁰ loc. cit.

¹⁰¹ <http://www.okcu.edu/law/academics/syllabi/excerpts_restatements_use.pdf>.

¹⁰² Tužitelji su također tvrdili da je ugovor prekršio načelo savjesnosti i poštenja i pravičnog postupanja, za što sud kaže da u svakom ugovoru postoji prešutna obveza poštivanja načela savjesnosti i poštenja i pravičnog postupanja.

¹⁰³ *Vann v. First Community Credit Coop.*, 834 So. 2d 751, 753 (Ala. 2002.)

¹⁰⁴ *Delbert W. Layne and Charlotte Layne v. Robert M. Gardner*, Supreme Court of Alabama, 612 So. 2d 404.

prodavatelj neće obvezivati potrošača. Prvi Nacrt smjernice izričito je predviđao kako je u tom slučaju nepoštena ugovorna odredba ništava. Međutim, konačni tekst navodi samo da takve odredbe neće obvezivati potrošača.¹⁰⁵ Iako se to izričito ne navodi, smatra se da je ovdje ipak riječ o ništavoj odredbi koja neće stvoriti tzv., namjeravane pravne učinke.¹⁰⁶ Ipak, konačne pravne posljedice će ovisiti o načinu na koji nacionalni sudovi uređuju pitanja nevaljanosti ugovora.

U Hrvatskoj ZZP određuje da će odredba u tom slučaju biti ništava. Na taj način neće doći do problema u tumačenju odredbe. Time se povećava pravna sigurnost.

Ukoliko ugovor može opstati bez te odredbe, on će dalje obvezivati stranke samo u onim odredbama koje su pravovaljane. Ovdje je primijenjeno načelo *utile per inutile non vitiatur*.¹⁰⁷

Zaključno, važno je upozoriti na još jednu zanimljivu situaciju. Nužno je napraviti razliku između odredbe koja kumulativno ispuni kriterije “nepoštenosti” i klauzule koja nije jasna i transparentna. Kako bi bilo razumljivije važno je podsjetiti na članak 5., Smjernice i članak 86. ZZP-a, koji propisuju kako dvojbene i nerazumljive odredbe se tumače u smislu koji je povoljniji za potrošača. Dakle, razlikuje se situacija kada postoji odredba o kojoj se nije individualno pregovaralo, uzrokuje neravnotežu u pravima i obvezama i suprotna je načelu savjesnosti i poštenja i s druge strane odredba koja je netransparentna. U prvom slučaju pravna posljedica će biti ništavost odredbe, dok u drugom slučaju uzet će se u obzir tumačenje koje je povoljnije za potrošača. Po gledištu doktrine¹⁰⁸ ovdje je napravljen veliki propust. Za potrošača bi bilo mnogo bolje kada bi i u slučaju kada odredba nije transparentna, predviđena sankcija bila ništavost.

5. PREVENCIJA

Postoji li određeno sredstvo koje je potrošačima i njihovim udrugama na raspolaganju u sprječavanju upotrebe “nepoštenih” klauzula?

Smjernica propisuje kako države članice moraju osigurati adekvatna i učinkovita sredstva koja će spriječiti upotrebu nepoštenih odredbi u ugovorima koje zaključuju potrošač s prodavateljem ili dobavljačem (članak 7. stavak 1.). Radi se o tužbi koja bi se mogla podizati protiv pojedinog prodavatelja ili dobavljača ili više njih (članak

¹⁰⁵ Razlog zbog kojeg je odredba neodređena je u tome što se željelo ostaviti nacionalnim porecima sloboda da odrede pravne posljedice nepoštenih ugovornih odredbi.

¹⁰⁶ Za razliku od njih u pravnoj teoriji postoji shvaćanje da osim namjeravanih učinaka postoje i nenamjeravani učinci (restitucija, naknada štete ili davanje primljenog u korist općine).

¹⁰⁷ Ova odredba se može povezati s člankom 324. ZOO koji određuje kako ništavost neke odredbe ugovora ne povlači ništavost i samog ugovora ako on može opstati bez ništave odredbe, i ako ona nije bila ni uvjet ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor sklopljen. Radi se o djelomičnoj ništavosti. Dalje je navedeno da će ugovor ostati na snazi čak i ako je ništava odredba bila uvjet ili odlučujuća pobuda ugovora u slučaju kad je ništavost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i važio bez nje (članak 324. stavak 2.).

¹⁰⁸ Baretić, M., Nepoštene odredbe....., op. cit., str. 84.

7. stavak 2.).¹⁰⁹ Način na koji će to države ostvariti ne objašnjava se. Smatralo se kako države članice mogu same odabrati s kojim će sredstvima zaštititi potrošače, odnosno kako to područje nije potrebno unificirati. Samo se u stavku 2., predviđa da osobe ili organizacije koje imaju legitimni interes temeljom nacionalnog prava, mogu pokrenuti postupke pred sudovima ili nadležnim administrativnim tijelima protiv onih koji upotrebljavaju nepoštene odredbe.¹¹⁰

ZZP je u članku 88., naveo da svatko tko ima opravdani interes za zaštitu potrošača, posebice udruge za zaštitu potrošača, može zahtijevati od suda zabranu određenom trgovcu korištenja ugovorne odredbe u njegovim standardnim ugovorima ako utvrdi da je ta odredba prema odredbama ove glave nepoštena.¹¹¹ Ovdje se želi ostvariti preventivna svrha odredbe. Tko ima procesnu legitimaciju? Naš zakonodavac u ZZP-u, navodi da *locus standi* mogu imati udruge.¹¹² Takva formulacija ne isključuje druge oblike udruživanja. Tužbu bi po mojem mišljenju mogao podignuti potrošač, udruga, ali i drugi oblici udruživanja ukoliko zadovolje uvjetima iz članka 77. Zakona o parničnom postupku.¹¹³

O problemu procesne legitimacije odlučivao je ESP u postupku koji je Europska komisija pokrenula protiv Italije.¹¹⁴ Činjenice slučaja su sljedeće:

Europska komisija je tvrdila kako Italija nije pravilno implementirala tu odredbu, odnosno da time nije ispunila svoje obveze. Italija je Smjernicu implementirala u građanski zakonik u koji je unijela nove odredbe. Unijeti su članci 1469. a do 1469.e. U članku 1469.e navedeno je da udruženja koja predstavljaju potrošače, prodavatelje i dobavljače, kao i trgovačke, industrijske, poljoprivredne komore mogu pokrenuti postupak protiv udruženja dobavljača ili prodavatelja koji sklapaju ugovore na temelju općih uvjeta poslovanja te mogu od nadležnog suda tražiti zabranu upotrebe odredbi kada je utvrđena njihova nepoštenost.¹¹⁵ Europska komisija je navodila kako ta odredba dopušta pokretanje postupak pokrene protiv prodavatelja, dobavljača ili njihovih udruženja samo kada stvarno upotrebljavaju nepoštene odredbe. Smatrala je da

¹⁰⁹ Baretić, M., Zaštita potrošača op. cit., str. 173.

¹¹⁰ Lawson, R., op. cit., str. 229.

¹¹¹ U ZZP-u je izričito propisano da Udruge za zaštitu potrošača pokreću pred nadležnim sudom, postupke kojima od suda traže da određenom trgovcu, skupini trgovca, zabrani korištenje nepoštenih ugovornih odredbi u standardnim ugovorima (članak 102.).

¹¹² O problemu udružne tužbe kao apstraktne i posredne zaštite potrošača vidjeti Dika, Mihajlo, Udružna tužba kao instrument apstraktne zaštite potrošača, rad izložen na međunarodnom znanstvenom skupu "Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu, Izazovi međunarodnog tržišta roba i kapitala", Opatija, 2 i 3. veljače 2005.

¹¹³ Članak 77. propisuje kako stranka u postupku može biti svaka fizička i pravna osoba. Posebnim propisima određuje se tko može biti stranka u postupku osim fizičkih i pravnih osoba s time da parnični sud može, iznimno, s pravnim učinkom u određenoj parnici, priznati svojstvo stranke i onim oblicima udruživanja koji nemaju stranačku sposobnost ukoliko utvrdi da, s obzirom na predmet spora, u suštini udovoljavaju bitnim uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti, a osobito ako raspolazu imovinom na kojoj se može provesti ovrha., Zakon o parničnom postupku, SL SFRJ 4/77., 36/77., 36/80., 69/82., 58/84., 74/87., 57/89., 27/90., NN 26/91., 34/91., 53/91., 91/92., 58/93., 112/99., 88/01., 117/03.

¹¹⁴ *Commission of the European Communities v Italian Republic*, ESP, Case C-372/99. od 24 siječnja 2002., ECR 2002., str. I-819.

¹¹⁵ točka 6. presude.

se tako ograničava primjena članka 7. Smjernice i njegove preventivne svrhe.¹¹⁶ ESP je potvrdio da ova odredba ne pridonosi pravnoj sigurnosti, te da Italija nije pravilno implementirala Smjernicu.¹¹⁷

Sud će morati *ad hoc* ispitivati tko ima *jus standi in iudicio*. Temeljom toga i određena udruženja građana, određene nezavisne inicijative bi mogle pokrenuti postupak donošenja presude kojom će se trgovcu zabraniti korištenje nepoštenih klauzula.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Usvajanjem Smjernice o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima ostvarena je okvirna zaštita potrošača prilikom zaključenja ugovora koji sadrže nepoštene klauzule. Definicija Smjernice i ZZP-a propisuju kako će se klauzula klasificirati kao nepoštena kada se o njoj nije pojedinačno pregovaralo te ukoliko suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje značajnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača. Time su određeni uvjeti za proglašenje klauzule nepoštenom bez preciziranja i definiranja kriterija. Putokaz predstavlja indikativna lista klauzula koje se mogu determinirati kao nepoštene, te je na nacionalnim sudovima zadatak ispitivanja pojedinih kriterija čime se ne ostvaruje ujednačenost zaštite. Zbog toga se željelo analizom sudske prakse europskih i američkih sudova pronaći zajedničke elemente za procjenjivanje kriterija nepoštenosti.

Kriterij individualnog pregovaranja je lako utvrditi. Postoji presumpcija da ukoliko je odredba donesena unaprijed i potrošač nije sudjelovao u pregovaranju smatrat će se kako je riječ o klauzuli o kojoj se nije individualno pregovaralo. Teret dokaza je na trgovcu. Sudovi inzistiraju na "razumnoj obavijesti", odnosno poduzimanju razumnih koraka kako bi se potrošača u cijelosti upoznalo s "potencijalno nepoštenom" odredbom. Talijanska sudska praksa ide korak dalje te smatra kako je jedini ispravan način transparentno opće uvjete poslovanja otisnuti na samom ugovoru. Iako kvalitetna zamisao, zahtjev bi znatno usporio i otežao pravni promet.

Nakon što sudac sa sigurnošću utvrdi kako se o odredbi nije pojedinačno pregovaralo mora ispitati izaziva li odredba izrazitu neravnotežu u stranačkim pravima i obvezama. Kriterij značajne neravnoteže teško je izolirano promatrati, promišljanje je omogućeno u kombinaciji s ostalim kriterijima, a posebno s načelom savjesnosti i poštenja. Uzima se u obzir prekomjerna i znatna neravnoteža pri čemu se utvrđuje međusobni odnos stranaka u vrijeme zaključenja ugovora, pravna priroda ugovora kao i sve popratne okolnosti.

Posljednji kriterij koji je najteže utvrditi protivnost je načelu savjesnosti i poštenja. Pojedini pravni poredci koriste različite termine: dobra vjera, princip razumnosti, neznanje, ali zajedničko im je što primjenjuju objektivne elemente

¹¹⁶ točka 18. presude.

¹¹⁷ točka 27. i 28. presude.

pri čemu uzimaju u obzir uobičajena očekivanja sudionika obveznog odnosa. Kriterij je blanketna norma čiji sadržaj popunjava sudac uzimajući u obzir sve okolnosti i činjenice slučaja. Proučavanjem sudske prakse može se zaključiti kako prilikom procjenjivanja je li klauzula protivna načelu uzima se u obzir odnos pregovaračkih položaja strana. Odgovara se na pitanje je li potrošač prethodno bio potaknut na zaključenje ugovora, kao i je li prethodno tražio određena dobra ili usluge. Ispituje se pravni položaj stranke i je li potrošač imao mogućnost izbora, kao i je li odredba posebno otežavajuća i očito nepoštena na temelju činjenica i posebnosti konkretnog slučaja.

Prethodne kriterije je vrlo teško razlučiti te ih se uvijek mora promatrati kao komplementarnu cjelinu.

Intencija ovog rada pokušaj je ukazivanja na neke okolnosti koje bi mogle biti od interesa za hrvatsko pravosuđe. Iako nas europski propisi i sudska praksa nacionalnih sudova još ne obvezuju, već bi sada bilo poželjno interpretirati odredbe ZZP-a u duhu i cilju europskih propisa i sudske prakse europskih sudova. Ukoliko su hrvatski sudovi u potpunosti upoznati s odredbama ZZP-a i stranom sudskom praksom, te ih dosljedno provode u praksi, postići će se djelotvornost propisa i visoki stupanj zaštite. Pojedine inicijative nacionalnih sudova mogu biti od iznimne koristi kako "praktičarima", tako i znanstvenoj populaciji. Međutim, koliko god se kroz sudsku praksu mogu utvrditi određeni elementi za tumačenje kriterija "nepoštenosti", ipak, svaki je slučaj jedinstven. Sudac je obavezan *ad hoc* procjenjivati klauzulu na temelju činjenica konkretnog slučaja uzimajući u obzir sve okolnosti koje su bile odlučujuće u vrijeme sklapanja ugovora.

UNFAIR CLAUSE IN CONSUMER CONTRACTS

In this paper, Directive 93/13/EEC is discussed regarding the unfair provisions in consumer contracts and related provisions of the Law on Consumer Protection, the basic aim of which is to strengthen the position and protection of consumers upon entering contracts which contain unfair clauses which are not individually negotiated. This Directive and the Law on Consumer Protection cite an abstract and general clause which emphasises three criteria which must be cumulatively fulfilled in order for the regulation to be classified as unfair. They are; a contractual clause which has not been individually negotiated, contrariness to the principle of conscience and fairness and a considerable imbalance in negotiating positions. Its shortcoming is that the individual criteria are not defined, but rather left to national courts to independently assess each clause taking into account the facts of the actual case. Therefore, this paper offers a study of European and American court practice as a possible guide in the interpretation of certain criteria.

Key words: *consumer protection, Directive, Law on Consumer Protection, unfair contractual provisions, principle of conscience and fairness*