



STRENGTHENING CONSUMER PROTECTION IN SERBIA

JAČANJE ZAŠTITE POTROŠAČA U SRBIJI

Liber Amicorum Svetislav Taboroši

EDITORS/UREDNICI
THIERRY BOURGOIGNIE, TATJANA JOVANIĆ

BEOGRAD
2013



ЈАЧАЊЕ
ЗАШТИТЕ
ПОТРОШАЧА
У СРБИЈИ

euromanifest
europeanprofiles^{sa}

Пројекат спроводи
Еуропан Профилс С.А. и консорцијум

PRAVNI FAKULTET
UNIVERZITETA U BEOGRADU

Biblioteka

ZBORNICI

Prof. dr Thierry Bourgoignie
Doc. dr Tatjana Jovanić
Editors/ urednici

**STRENGTHENING CONSUMER PROTECTION IN SERBIA
JAČANJE ZAŠTITE POTROŠAČA U SRBIJI**

Izdavač

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
Centar za izdavaštvo i informisanje

Za izdavača

Prof. dr Sima Avramović, dekan

Urednik

Prof. dr Dragan Mitrović
Upravnik Centra za izdavaštvo i informisanje

Recenzenti:

Akademik Prof. dr Slobodan Perović
Prof. dr Chris Willett

© Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013

Sva prava zadržana. Nije dozvoljeno da bilo koji deo ove knjige bude snimljen, emitovan ili reprodukovano na bilo koji način, uključujući, ali ne ograničavajući se na fotokopiranje, fotografiju, magnetni upis ili bilo koji drugi vid zapisa, bez prethodne dozvole izdavača.

www.ius.bg.ac.rs

Editors/ urednici
Thierry Bourgoignie
Tatjana Jovanić

STRENGTHENING CONSUMER PROTECTION IN SERBIA

JAČANJE ZAŠTITE POTROŠAČA U SRBIJI

Liber Amicorum Svetislav Taboroši



Beograd
2013

Excerpt from the Review

“This is an important collection addressing fundamental questions about consumer protection law in a local Serbian context and across Europe. What are the fundamental values of consumer law and how do these reflect and construct societal values in a rapidly changing world? Who exactly is a consumer? What substantive and procedural standards of protection are set and how are these standards best enforced individually, collectively, locally and transnationally? The book should be an important contribution to the ongoing debates on these questions.”

Professor Chris Willett

Director of the Centre for Commercial law
University of Essex School of Law

SADRŽAJ / CONTENTS

- Preface (Thierry Bourgoignie)	7
- Predgovor (Thierry Bourgoignie)	9
- Foreword (Tatjana Jovanić)	11
- Predgovor (Tatjana Jovanić)	13
- Svetislav Taboroši's biography	15
- Biografija Svetislava Taborošija	16
- About the authors	17
- O autorima	21
1. SVETISLAV TABOROŠI - REPRINT: O potrebi donošenja Zakona o zaštiti potrošača / <i>On the need to adopt the Law on Consumer Protection</i>	25
2. THIERRY BOURGOIGNIE - Consumer protection policy and Consumer law: the real challenges / <i>Politika zaštite potrošača i potrošačko pravo: stvarni izazovi</i>	36
3. MARKO BARETIĆ - Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj nakon ulaska u Europsku uniju – jesmo li implementacijom europskog prava izgradili sustav zaštite potrošača? / <i>Consumer Protection in the Republic of Croatia after joining the European Union – have we built the system of consumer protection by implementing the European law?</i>	65
4. NEVENKO MISITA - Defining a consumer and the EU financial market / <i>Definisanje potrošača i finansijsko tržište EU</i>	114
5. VUK RADOVIĆ - Pojam potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja / <i>The notion of consumer in organized travel contract</i>	124
6. MIODRAG MIĆOVIĆ - Protection rules in the function of extended formation of consumer contracts / <i>Zaštitna pravila u funkciji produženog formiranja potrošačkih ugovora</i>	140
7. MARIJANA LONČAR VELKOVA, JADRANKA DABOVIĆ ANASTASOVSKA - Nepoštena poslovna praksa: Iskustva EU u primeni Direktive 2005/29/EC / <i>The unfair business practice: EU Experiences in the application of Directive 2005/29/EC</i>	154
8. MATEJA ĐUROVIĆ - Opšta zabrana nepravičnog poslovanja u srpskom pravu / <i>General prohibition of unfair business practices under Serbian law</i>	169
9. ANDREA FEJŐŠ - Fairness of Contract Terms in European and Serbian Law / <i>Pravičnost ugovornih odredbi u engleskom i srpskom pravu</i>	186

10. VLADIMIR ANTONIJEVIĆ - Uticaj nepravičnih ugovornih odredbi u potrošačkim ugovorima na politiku konkurencije / <i>The impact of unfair terms in consumer contracts on competition policy</i>	202
11. MAJA STANIVUKOVIĆ - Arbitration - is it a viable option for resolution of consumer disputes in Serbia? / <i>Arbitraža – da li je to održiv način rešavanja potrošačkih sporova u Srbiji?</i>	227
12. KATARINA IVANČEVIĆ - Rešavanje potrošačkog spora pred arbitražom / <i>Resolution of consumer disputes through arbitration</i>	248
13. ELISABETTA BERGAMINI - Evolution of Consumers role in International Private Law: the Brussels and Rome Regimes / <i>Razvoj uloge potrošača u međunarodnom privatnom pravu: briselski i rimski režimi</i>	277
14. VERONIKA EFREMOVA - Towards introduction of collective redress mechanism in the European Union: pros and cons / <i>Ka uvođenju mehanizama kolektivne zaštite potrošača u Evropskoj uniji: za i protiv</i>	298
15. TATJANA JOVANIĆ - Uloga uprave u zaštiti kolektivnih interesa potrošača / <i>The role of administration in protecting collective interests of consumers</i>	309

Preface

The establishment of an efficient consumer protection system in Serbia, aligned to the standards of the European Union, will play a significant role in the EU's decision on Serbia's prospective integration. Major progress so far has been achieved with the entry into force of the *Law on Consumer Protection* of 2010 and the ongoing public consultations on the proposal for a new framework law on consumer protection. However, the effective implementation of existing laws remains an issue. The institutional framework for consumer policy in Serbia must be strengthened with a special emphasis on coordination among institutions competent on consumer matters and strengthening enforcement procedures. Other key actors are non-governmental consumer organizations, but these are still weak and lack adequate resources. Besides, public awareness about consumer rights and interests on the market place remains low.

Several activities planned under the EU-funded Project '*Strengthening Consumer Protection in Serbia*' are intended to increase awareness on consumer protection among stakeholders. Among these the legal community will play a major role: lawyers will give advice to the consumer and defend his/her rights in front of courts, mediators will try to resolve consumer disputes out-of-court, and judges will interpret and ensure effective enforcement of the provisions of consumer protection related legislation.

Legal scholars can also contribute to the consolidation and further development of consumer law through their research, teaching and publications. This is the main reason for the emergence of this book: to raise awareness about the scope, objectives and tools of consumer law as a new and specific legal discipline and its importance in a modern law school curriculum.

I am extremely happy that selected scholars from Serbian Universities and the region have accepted our invitation to submit contributions and I am very impressed by the high quality of the articles received. Papers collected discuss the rationales for consumer law and policy and its main implementation tools, private, administrative or public. They cover a broad range of consumer issues, i.e. unfair commercial practices, unfair terms in consumer contracts, sector legislation applicable to financial services and to package travel contracts, out-of-court resolution of consumer disputes, market surveillance practices in the area of consumer protection, and collective redress procedures. The potential contribution of EU consumer law to the development of a solid consumer protection system in Serbia is being assessed by reference to the Croatian experience.

Let me express my greatest gratitude to my colleague and friend Svetislav Taborosi, who introduced me to Serbian consumer law already in 2003. His contribution to the development of systemic consumer protection legislative framework in Serbia has been both essential and remarkable.

My warmest thanks go also to Tatjana Jovanić, Assistant Professor at the University of Belgrade Law School, who has accepted to help me in preparing

and editing this book and with whom I had the privilege to work during the Project.

With such personalities and competent scholars, I think that consumer protection law is in good hands in Serbia!

Thierry Bourgoignie, LL.M., J.S.D

Full professor of law

Université du Québec à Montréal, Montreal, Quebec, Canada

Predgovor

Uspostavljanje efikasnog sistema zaštite potrošača u Srbiji, usklađenog sa standardima Evropske unije, imaće značajnu ulogu u odluci EU o integraciji Srbije. Veliki napredak do sada je postignut stupanjem na snagu Zakona o zaštiti potrošača iz 2010 i trenutnim javnim raspravama o predlogu novog sistemskog zakona o zaštiti potrošača. Međutim, efikasna primena postojećih zakona i dalje predstavlja problem. Institucionalni okvir za politiku zaštite potrošača u Srbiji mora da se ojača sa posebnim naglaskom na koordinaciju između institucija nadležnih za pitanja potrošača i jačanjem sprovođenja zaštite potrošača. Ostali ključni akteri su nevladine organizacije potrošača, ali su one i dalje slabe i nemaju adekvatne resurse. Pored toga, svest javnosti o pravima i interesima potrošača na tržištu i dalje je na niskom nivou.

Nekoliko aktivnosti planiranih u okviru projekta koji finansira EU *‘Jačanje zaštite potrošača u Srbiji’* imaju za cilj da se poveća svest o zaštiti potrošača među zainteresovanim stranama. Među njima, pravna zajednica će igrati glavnu ulogu: pravnici će davati savete potrošaču i braniti njegova/njena prava pred sudovima, medijatori će pokušati da reše sporove potrošača van suda, a sudije će tumačiti i obezbeđivati delotvorno sprovođenje odredaba zakona iz oblasti zaštite potrošača.

Stručnjaci iz oblasti prava takođe mogu doprineti konsolidaciji i daljem razvoju potrošačkog prava kroz svoja istraživanja, nastavu i publikacije. To je glavni razlog nastanka ove knjige: da se podigne svest o obuhvatu, ciljevima i instrumentima potrošačkog prava kao nove i posebne pravne discipline i njenom značaju u savremenom kurikulumu pravnog fakulteta.

Izuzetno sam srećan što su odabrani naučnici sa univerziteta Srbije i iz regiona prihvatili naš poziv da daju svoj doprinos i veoma sam impresioniran visokim kvalitetom primljenih radova. Prestigli radovi objašnjavaju racio potrošačkog prava i politike i njenih glavnih implementirajućih instrumenata privatnih, upravnopravnih, javnih. Pokrivaju širok spektar pitanja potrošača, odnosno nepoštene poslovne prakse, nepravične odredbe u potrošačkim ugovorima, zakonodavstvo u oblasti pružanja finansijskih usluga i ugovora o organizovanom putovanju, van sudsko rešavanje potrošačkih sporova, tržišni nadzor u oblasti zaštite potrošača, kao i sistem kolektivne zaštite potrošača. Potencijalni doprinos EU potrošačkog prava na razvoj čvrstog sistema zaštite potrošača u Srbiji se procenjuje i poređenjem sa iskustvima Hrvatske.

Dozvolite mi da izrazim svoju najveću zahvalnost mom kolegi i prijatelju Svetislavu Taborošiju, koji me je upoznao sa srpskim potrošačkim pravom još 2003. godine. Njegov doprinos razvoju sistemskom pravnom okviru o zaštiti potrošača u Srbiji je bio od suštinske važnosti i izuzetan.

Najtoplije se zahvaljujem i Tatjani Jovanić, docentu na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, koja je prihvatila da mi pomogne u pripremi i uređivanju ove knjige, a sa kojom sam imao priliku da saradujem na Projektu.

Sa takvim ličnostima i kompetentnim istraživačima, smatram da je pravo zaštite potrošača u Srbiji u dobrim rukama!

Thierry Bourgoignie, LL.M, J.S.D.

Redovni profesor prava

Univerzitet Kvebeka u Montrealu, Montreal, Kvebek, Kanada

Liber Amicorum Svetislav Taboroši**Foreword**

In the model of social reproduction of an 'etatistic' system, including socialism, the status of a consumer was determined by inferior position of personal consumption relative to the aggregate. Fifty years ago, within the Course 'Yugoslavia's Economic System', developed at the University of Belgrade Faculty of Law, for the first time, at least in theoretical foundations of so called self-managed socialism, consumption was defined as a component of the circular model of reproduction, rather than its final phase and output. The introduction of more and more elements of the market economy and the opening of the Yugoslav society, has made obvious the fact the concerns over private consumption could no longer have been discussed only in terms of technical and occupational characteristics of products that were designed for it, to what the attention has been focused until then almost exclusively, but the need to rehabilitate the whole complex of private consumption, liberate it from the ideological stigma that it was a sphere of private and egoistic interests, where irrationality of individual consumers triumphed. It is interesting that even attempts to reformulate the model of socialist reproduction inspired by Keynes's approach were also rejected. At the Belgrade Law School a process of returning the dignity of personal consumption had begun, to treat it as a central component of the 'demand pull' approach to economic growth. Exactly this was a contribution of the doctoral thesis of Prof. dr. Svetislav Taboroši, defended at the University of Belgrade in 1980. This revolutionary approach, at that time still unthinkable in Central and Eastern Europe, was his ticket to the world of consumer policy and consumer protection.

And just as it was, as a good master of pedagogy, when lecturing he often emphasized Kondratieff economic cycles, it can be said that his academic oeuvre was cyclical. The very nature of the academic disciplines professor Taboroši had been teaching was subject to cyclical changes, changed with the changing role of the state in the economy. Metamorphosis of the discipline Economic System in Economic System Law remained for as long the economic system, supported by this discipline, existed. On the other hand, Professor Taboroši's master thesis, defended in 1972, was entitled '*Regulatory mechanisms of the socialist economy*'. And this certificate of his entry into the world of legal and economic sciences has determined his key contribution: metamorphosis of Economic System Law into Economic Law, which represents a mechanism of social reaction to those market deformations that occur during its development, endangering the primary function of the market mechanism; therefore no longer regulatory mechanisms of a socialist economy, but a modern market-based economy in the era of regulatory capitalism.

Although as a founder of this discipline he realized that it has strong elements of positive law, especially public law, professor Taboroši almost at the same time when Gunther Teubner in Germany formulated his theory of autopoietic legal systems, and when Gérard Farjat in the French legal theory revolutionized systematic approach un-

der ‘Droit Économique’, founded this positive law discipline deeply rooted in socio-legal method, which in the last decade experienced a boom in the study of Market regulation and Governance. Such a systemic approach implies a different relationship between law and norms to ensure market regulation: the state is no longer the only authority in the economy, and therefore the law cannot be the only mean of coordination and control. Lowering the level of regulation from purely normative, legislative, to one in which an essential regulatory role in the economy is exercised by public administration on one hand and social factors that we call stakeholders on the other hand, is reflected in the field of consumer protection. The control system itself is becoming socialized, and it is expected that the consumers themselves will become actors in the process of regulation: the role of consumer organizations should not only be protective, it is necessary to grow into partners, equal with the other participants in the process of creating a functional and efficient markets. As Professor Taboroši often emphasized the necessity of building a *system* of consumer protection, we are glad that this book highlights the issue of strengthening consumer protection from different angles of the elements of consumer protection.

In Belgrade, October 2013.

Tatjana Jovanić, MA, LL.M, PhD
Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law

Liber Amicorum Svetislav Taboroši

Predgovor

U modelu društvene reprodukcije etatičkog sistema, pa i socijalizma, položaj potrošača bio je determinisan inferiornim položajem lične potrošnje u odnosu na zajedničku. Pre pedeset godina je u okviru predmeta Privredni sistem Jugoslavije, koji je nastao na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, prvi put, bar u okviru teorijskih osnova tzv. samoupravnog socijalizma, potrošnja definisana kao deo kružnog modela reprodukcije, a ne kao njena finalna i izlazna faza. Sa uvođenjem sve više elemenata tržišne privrede i otvaranjem jugoslovenskog društva, postalo je očigledno da se o problemima lične potrošnje više ne može raspravljati samo sa stanovišta tehničkih i upotrebnih karakteristika proizvoda koji su njoj namenjeni, na šta je gotovo isključivo do tada bila usmerena pažnja, već da je potrebno rehabilitovati čitav kompleks lične potrošnje, osloboditi ga od ideološke stigme da je to sfera privatnih i egoističnih interesa, u kojoj trijumfuje neracionalnost individualnih potrošača. Zanimljivo je da su čak i pokušaji da se model socijalističke reprodukcije reformuliše inspirisani Kejnsovom pristupom takođe bili odbacivani. Na beogradskom Pravnom fakultetu je počeo proces koji je trebalo da vrati dostojanstvo ličnoj potrošnji, tako što bi se ona tretirala kao centralna komponenta *'demand pull'* pristupa privrednom rastu. Upravo je to suština doprinosa doktorske disertacije prof. dr Svetislava Taborošija, odbranjene na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 1980. godine. Takav revolucionarni stav, u to vreme još nezamisliv u zemljama centralne i istočne Evrope, bio je njegova ulaznica u svet potrošača i politike zaštite potrošača.

Baš kao što je, inače kao vrhunski pedagog, na svojim predavanjima često isticao ekonomske cikluse Kondratieff-a, može se reći da je njegov akademski opus bio cikličan. I sama priroda nastavne discipline kojom se bavio profesor Taboroši bila je subjekat cikličnih promena, menjala se sa promenama uloge države u privredi. Metamorfoza discipline Privredni sistem u Pravo privrednog sistema zadržala se onoliko koliko je i trajao privrednopravni sistem koga je ovaj predmet podržavao. Sa druge strane, magistrska teza profesora Taborošija odbranjena 1972. godine nosila je naziv *'Regulatorni mehanizmi socijalističke privrede'*. I upravo je potvrda njegovog ulaska u svet pravno-ekonomske nauke opredelila njegov ključni doprinos: metamorfozu Prava privrednog sistema u Ekonomsko pravo, koje predstavlja mehanizam društvenog reagovanja na one deformacije tržišta koje nastaju tokom njegovog razvoja, a koje ugrožavaju izvorne funkcije tržišnog mehanizma, dakle regulatorne mehanizme ne više socijalističke privrede, već moderne tržišno zasnovane privrede u doba regulatornog kapitalizma.

Iako je kao utemeljivač ove discipline shvatio da ona ima snažne elemente pozitivnog prava, pre svega javnog prava, profesor Taboroši je gotovo u isto vreme kada je i Gunther Teubner u Nemačkoj formulisao svoju teoriju autopoeitičnih sistema, a Gérard Farjat u francuskoj pravnoj teoriji napravio revoluciju takođe sistemskim pristupom *'Droit Économique'*, zasnovao ovu pozitivnopravnu disciplinu na sistemskom pristupu u čijoj osnovi je duboko utemeljen sociološko-pravni metod, što u poslednjih

deset godina doživljava svoj procvat u okviru studija Tržišne regulacije i upraviteljstva (*Market Regulation and Governance*). Takav sistemski pristup podrazumeva i drugačiji odnos između prava i normi kojima se obezbeđuje tržišna regulacija: država nije više jedini autoritet privredi, pa samim tim ni pravo ne može da bude jedino sredstvo koordinacije, odnosno regulacije. To spuštanje nivoa regulacije sa čisto normativne, zakonske, na onu u kojoj suštinsku regulatornu ulogu u privredi ima javna uprava sa jedne, a društveni činioци koje nazivamo stakeholder-ima sa druge strane, reflektuje se i u oblasti zaštite potrošača. Sistem regulacije se podružtvlja, pa se očekuje i da se sami potrošači jave kao akteri u procesu regulacije: uloga potrošačkih organizacija ne bi trebalo da bude samo zaštitnička, već je potrebno da prerastu u partnere države, ravnopravne sa drugim učesnicima procesa stvaranja funkcionalnog i efikasnog tržišta. Kako je profesor Taboroši često isticao neophodnost izgradnje *sistema* zaštite potrošača, drago nam je što ova knjiga osvetljava pitanje jačanje zaštite potrošača iz različitih uglova elemenata sistema zaštite potrošača.

U Beogradu, oktobra 2013.

Dr Tatjana Jovanić, LL.M.

Docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu

Professor Svetislav Taboroši, PhD

Full professor, University of Belgrade Faculty of Law and member of the National Council for Consumer Protection

BIOGRAPHY

Prof. dr Svetislav Taboroši was born on March 6th, 1946 in Zrenjanin, where he completed the elementary and secondary school. He enrolled at the University of Belgrade's Faculty of Law in 1964, and graduated in 1968. Throughout his studies he was awarded several times for his seminar papers and thematic writing competitions. In parallel with legal studies, he completed the Higher Foreign Trade School (which, at the time, had the status of a first grade of the Faculty of Economics) again as one of the best graduates. Two years after graduation he was elected as assistant researcher in the Institute for Economics of Investments. During academic 1971/1972 he attended postgraduate studies in the Netherlands, at the Institute for Social Sciences in the Hague, where he graduated at the course entitled 'National development and international relations'.

In 1972 he was appointed Teaching Assistant, in 1981 he became Assistant Professor, 1987 Associate Professor, and in 1992 was promoted into full professor at the University of Belgrade Faculty of Law, where he had the function of Vice Dean for finance for some time. Within the Department for Legal and Economic Sciences his core subject was Economic System, thereafter Law of Economic System, which became Economic Law after changes introduced to school syllabus. He is retired as of October 2012.

As a visiting researcher or professor he has visited law schools and business schools throughout the World. Some of the most important lectures, mostly dedicated to specific problems of economies in transition, he delivered at Stern Business School, NY, University of Bridgeport, CEU in Budapest, Legal faculty Safarik in Kosice (Slovakia), UAM Poznań (Poland) etc.

Professor Taboroši has a substantial experience in project management, publishing, as well as university management. He participated at numerous scientific conferences, within ex Yugoslavia and also abroad, and published many monographs and scientific and conference papers. He participated in drafting several laws and strategies, among them the Law on Consumer Protection of 2005 and then applicable Consumer Protection Strategy. He is a member of Serbian Scientific Society as well as the National Council for Consumer Protection.

His most important monographs and coursebooks (in Serbian language): *Consumption relationships in socialism: Consumer in the system of associate work*, Belgrade, 1986; *Economy and Law*, Belgrade, 1992; *Economic System Law*, Belgrade, 1996; *Transition mundi* (co-author M. Pečujlić), Belgrade, 1997; *Economic Law*, Belgrade, 2003, 2006, 2010.

Prof. dr Svetislav Taboroši

Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i član Nacionalnog saveta za zaštitu potrošača

BIOGRAFIJA

Prof. dr Svetislav Taboroši rođen je 6. marta 1946. godine u Zrenjaninu, gde je završio osnovnu i srednju školu. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu upisao je 1964. godine, a diplomirao 1968. godine. Tokom studiranja nekoliko puta je nagrađivan za svoje seminarske radove i nagradne temate. Paralelno sa studijama prava, završio je i Višu školu za spoljnu trgovinu (koja je u to vreme imala status prvog stepena Ekonomskog fakulteta), takođe kao jedan od najboljih diplomaca. Dve godine posle diplomiranja bio je izabran za asistenta istraživača u Institutu za ekonomiku investicija. Tokom akademske 1971/1972 godine bio je na poslediplomskim studijama u Holandiji, na Institutu za društvene nauke u Hagu, gde je diplomirao na kursu pod nazivom 'Nacionalni razvoj i međunarodni odnosi'.

Godine 1972. izabran je za asistenta, 1981. godine za docenta, 1987. vanrednog profesora, a 1992. godine u zvanje redovnog profesora na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, gde je kao redovni profesor jedno vreme bio i prodekan za finansije. U okviru Katedre za pravno-ekonomske nauke njegov matični predmet bio je Privredni sistem, potom Pravo privrednog sistema, koje je promenom nastavnog programa postalo Ekonomsko pravo. U penziji je od oktobra 2012. godine.

Kao gostujući istraživač ili profesor posetio je pravne ili poslovne škole širom sveta. Neka od najvažnijih predavanja, uglavnom posvećenih specifičnim problemima privrede u tranzicijama, održao je na Stern Business School, NY, University of Bridgeport, CEU u Budimpešti, Pravničkom fakultetu Safarik u Košicama (Slovačka), UAM Poznanju (Poljska) i dr.

Profesor Taboroši ima veliko iskustvo u rokovodenju projektima, izdavaštvu, kao i u univerzitetskom menadžmentu. Učestvovao je na mnogim naučnim konferencijama, kako u okvirima bivše Jugoslavije, tako i u inostranstvu i objavio veći broj monografija i naučnih radova i referata. Učestvovao je u izradi nekoliko zakona i strategija, među kojima i Zakona o zaštiti potrošača iz 2005. godine i tada važeće strategije zaštite potrošača. Član je Naučnog društva Srbije kao i Nacionalnog saveta za zaštitu potrošača.

Najznačajnije objavljene monografije i udžbenici (na srpskom jeziku): *Odnosi potrošnje u socijalizmu: Potrošač u sistemu udruženog rada*, Beograd, 1986; *Privreda i pravo*, Beograd, 1992; *Pravo privrednog sistema*, Beograd, 1996; *Tranzicija mundi* (koautor M. Pečujlić), Beograd, 1997; *Ekonomsko pravo*, Beograd, 2003, 2006 i 2010.

ABOUT THE AUTHORS

Antonijević Vladimir has finished his studies at Faculty of Law, University of Belgrade, where he has also earned his LL.M. degree, Master of Laws, Law and the Economy Module. As a short term intern, worked within the IFC (World Bank) on Business Enabling Environment Program (regulatory reform – guillotine). After completing his studies, he continued his work in the European Integration Office (Government of the Republic of Serbia), Group for Internal Market, responsible for control of the level of transposition of the EU Acquis in the area of competition policy (Chapter 8 of the EU Acquis) and consumer protection (Chapter 28 of the EU Acquis). In 2012 worked as an intern in the Office Fair Trading as a part of British Government Fellowship program. He participated in numerous legislative drafting working groups.

Baretić Marko is Associate Professor of civil law and consumer protection law at the Faculty of Law of the University of Zagreb. He studied law at the University of Zagreb (LL.B. LL.M. Ph.D.) and at Asser College Europe, Asser Institute, the Hague. He publishes on various topics relating to civil law, predominantly law of obligations (contract law and tort law) and consumer protection law. He was active in negotiations of the Republic of Croatia for the accession to the EU as the member of the working group 28 (consumer protection and health). As the member of various legislative working groups, he actively participated in drafting Croatian Obligations Act and Consumer Protection Act. He represents the Republic of Croatia in the working group III of UNCITRAL (on-line dispute resolution). He is active in the field of commercial arbitration.

Bergamini Elisabetta is Associate Professor of International Law at the University of Udine, where she has been as Researcher and Adjunct Professor of International Law and European Union Law since 2005. She graduated in Law in the University of Bologna in 1997 where she received her PhD in European Community Law in 2002 with a dissertation on professional services in competition law. She formerly was Adjunct Professor of European Union Law in the Faculty of Political Science of the University of Bologna (Forlì Campus) from 2001 to 2005. Her main fields of research are: EU's competition law and internal market (professional services and services of general interest), international private law and family law.

Bourgoignie Thierry is full professor of law at UQAM (Université du Québec à Montréal). From 2007 to 2009 he was the Dean of the Law School. He obtained a Ph.D. degree from the Catholic University of Louvain in Belgium and a LL.M. degree from the Yale Law School in the United States. He joined UQAM in June 2003 where he teaches *European Law*, *Consumer Law*, *Critical Analysis of Private Law*, and *International Consumer Law*. His publication list comprises more than 20 individual and collective monographs and about 90 published papers. His main research focus is consumer protection law and policy. He was elected Chairman of the *International Association of Consumer Law* (IACL) from 1998 to 2003. He played a major role in the development of consumer action programmes and the adoption of consumer directives by the European Commission in the 1980s and 1990s. He is

also acting as a consultant in consumer protection legislation by several governments in Europe, South America, the Caribbean countries and the Middle-East. In 2004, he founded at UQAM and since is the director of GREDICC (*Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation*), a team of researchers working on consumer subject matters.

Dabović Anastasovska Jadranka, PhD, is full-time professor at the Justinianus Primus Law Faculty of the St. Cyril and Methodius University in Skopje, Republic of Macedonia. She teaches Law on Obligations in the first cycle (undergraduate) law studies, as well as Contract Law, Intellectual Property Law, Tort law, Consumer Law and Competition Law on the second cycle – master studies at the Faculty. She has coauthored a number of University textbooks including: Law on Obligations, in co-authorship with Professor Gale Galev, then Intellectual Property Law, Industrial Property Law, and Copyright Law. She has published a number of monographs, law commentaries as well as more than 120 of scientific and professional papers in the Republic of Macedonia and abroad.

Durović Mateja is a researcher at the European University Institute (EUI) in Florence. He graduated at Law School, University of Belgrade as the first and the best student of his generation with average grade 10,00 out of 10,00. He was awarded the Rector's price "Borko Nikitovic" as the best student of the entire generation 2007 of the University of Belgrade. Mateja obtained his first LLM degree from the University of Cambridge, UK, as recipient of OSI/Chevening Scholarship and second LLM degree from the European University Institute where he is currently finishing his PhD thesis in European Private Law as recipient of the EUI Scholarship of Excellence. A part of research for his PhD thesis, Mateja performed as a Visiting Scholar at Max Planck Institute in Hamburg and Law School of the University of Stanford. Besides Serbian, he speaks English, French and Italian. As an expert in EU Consumer law, Mateja was engaged in the drafting process of the Serbian Law on Consumer Protection of 2010. He published a dozen of articles in the area of consumer law in Serbian and foreign scientific journals.

Efremova Veronika, following graduation at the Law Faculty in Skopje, as of 2000 works as a Senior Legal expert for GIZ. In December 2008 she obtained master degree in economic sciences and in 2011 she defended her doctoral thesis on "Complementarities of Competition and Consumer Law and Policy in the Process of Integration of South Eastern European Countries in the EU." She has a wide scope of expertise in drafting and harmonizing national laws with EU *acquis* in the area of the internal market. In several occasions she attended trainings in Germany, Netherlands, France, Italy and Spain. She is a co-author of 14 books, 3 professional publications and author of many scientific and professional papers. Currently she is a GIZ Project Manager of South East European Law School Network (SEELS).

Fejós Andrea is a PhD candidate in Civil and Commercial Law at the University of Szeged, and an LLM student specialising in Banking and Finance Law at Queen Mary College, University of London. She holds an LLB from the University of Novi Sad (2004), and an LLM in International Business Law from the Central Eu-

ropean University (2006). She taught civil and commercial law courses as a teaching assistant at the Faculty of Legal and Business Studies dr Lazar Vrkić, University of Union (2007-2012), and she was a legal adviser to the Consumer Protection Association of Vojvodina and the National Consumers Association of Serbia (2007-2012). Her research interest is in consumer law, particularly focusing on consumer contracts, financial services and ADR.

Ivančević Katarina is associate professor at the Faculty of Law of Union University, with teaching, practice and research experience in the following areas: Consumer Protection Law, Contract Law, Torts, Insurance Law. Graduated from the Belgrade University Faculty of Law. The topic of her doctoral dissertation thesis is ‘*Consumer Legal Protection, of both Insurance and Bank Service User*’ defended at the Faculty of Law, Union University. Started her carrier in *Beobanka*, engaged in legal affairs and continued as manager in insurance affairs for *Beobanka insurance* and *Triglav Pension Funds* with comparative engagement at the Faculty. Author and co-author of scientific and professional papers about insurance, civil rights, consumer protection and the EU Law, university text books: *The Consumer law* and *The Insurance Law* (co-authored). Participated as expert in the project *Strengthening Consumer Protection in Serbia*. Member of the National Council for Consumer Protection, Administrative Boards of Serbian Insurance Law Association and Association for Damage Law.

Jovanić Tatjana is Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade, where she teaches Economic Law and Market Regulation. She has earned her JD in law, MA and PhD degrees in legal and economic sciences from the Faculty of Law, University of Belgrade. She also holds an LLM from the Institute for Law and Finance of the Johann Wolfgang Goethe University, Frankfurt am Main. She has been a visiting scholar or researcher at several academic institutions in the EU and the United States, and has been teaching at the International Summer School on ‘Users’ Rights and Market Regulation’, hosted by the University of Udine, since 2009. She has presented papers at many conferences, written 2 monographs, the course book, and has published many articles in local and international journals and edited volumes, many of them related to consumer protection.

Lončar Velkova Marijana has a Master degree in public policy and management. She is a founder president of the Consumers’ Organisation of Macedonia (member of Consumers International BEUC and ANEC). She represents the organisation and manages its activities related toward capacity development, and is supporting approximation of the national legislation in the area of consumer protection, policy preparation and implementation, designing and delivering related training programmes, coordinating and communicating with various government bodies and other relevant institutions. She has been considered as expert in many EU funded projects in the region (Montenegro, Serbia, BIH, and Albania) and in other countries, based on her professional experience in the domain of consumer protection.

Mićović Miodrag obtained his PhD degree in Kragujevac and is a Full Professor at the Faculty of Law of Kragujevac University, and Director of the Institute for

Legal and Social Sciences at the same Faculty. He is the founder of May symposium which, under auspices of the Ministry of Science and Technological Development, has been in place as of 2005. Every year he prepares and edits the volume of proceedings. For achieved scientific results he has received the award from the Ministry of Science and Environmental Protection in 2003. He is the manager of the project ‘XXI Century – Century of Services and Services Law’, which is realised in the period 2010 – 2014. He participated at a larger number of projects funded by the ministry in charge of science. As a scholar of a French Government (two times) he spent several months on a professional development in France. Up to now, he has published around 100 works, of which ten represent coursebooks and monographs. He participated at 40 scientific conferences of national and international character.

Misita Nevenko, born in Sarajevo in 1944, currently works at the Faculty of Law of the Sarajevo University as Professor of Civil Law. He has done a relatively extended research in the area of consumer protection and has published several articles in English concerning this issue. He has been Guest Professor at Stockholm University Faculty of Law in a period 1994-2003, where he has lectured on various courses, including the course ‘EC Competition and Commercial Law’. He has co-authored two textbooks on the law of obligations and on law of contracts. He has published several books on the EC/EU law (competition, internal market).

Radović Vuk was born in 1976 in Belgrade. He graduated at the University of Belgrade Faculty of Law in 1999, with the average grade of 9.94, where he has later earned master and PhD degrees. At the same faculty where he was a Teaching Assistant and Assistant Professor he was elected Associate Professor in 2013. In 2003-2004 he defended his LL.M. thesis with honors in the USA, at the Pittsburgh Law School. Some of the most important projects on which Dr. Radović has participated include the work on the Corporate Governance Code of the Serbian Chamber of Commerce in 2012, Draft Law on Insolvency in 2009, Corporate Governance Code of the Serbian Chamber of Commerce in 2006, Draft Law on takeover of stock companies in 2005. Vuk Radović is the editor of *Law and Economics* review, vice-president of the Council of the University of Belgrade Faculty of Law, arbitrator of the Foreign Trade Court of Arbitration and the Standing Elected Court attached to the Serbian Chamber of Commerce. He is the author of several monographs and articles on Company Law, Corporate Governance, Insolvency Law, Law of Takeovers, Commercial law and Tourism Law. He has participated in numerous prestigious international and national conferences and congresses.

Stanivuković Maja is Chair of the Department for International Law and member of the Academic Council of the Novi Sad Faculty of Law. She teaches Private International Law, European Union Law and International Arbitration. She holds an LL.M. degree from the Cornell University, and a Ph.D. degree from the University of Novi Sad. Professor Stanivuković is a member of the Serbian Government’s Council for Private International Law. For years she has been acting as arbitrator under the Rules of the FTCA in Belgrade, as well as the ICC, UNCITRAL and the Swiss rules. She is a member of the Management Board of the Serbian Arbitration Association and a member of the Serbian Branch of the ILA.

O AUTORIMA

Antonijević Vladimir je završio Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, i stekao diploma mastera na posle diplomskim master studijama Pravno-ekonomskog modula na istom fakultetu. Kao stipendista Međunarodne finansijske korporacije (Svetska banka) u toku studija je radio na programu jačanja poslovnog okruženja (regulatorna reforma – giljotina propisa) u istoimenoj instituciji. Nakon završenih studija, rad nastavlja u Kancelariji za evropske integracije (Vlade Republike Srbije) u Grupi za unutrašnje tržište, nadležan za kontrolu stepena usklađenosti domaćeg zakonodavstva sa pravnom tekovinom EU iz oblasti prava konkurencije (Poglavlje 8) i zaštite potrošača (Poglavlje 28). U 2012. godini, kao stipendista Vlade Velike Britanije boravi u Londonu na radu u Office of Fair Trading. Učestovao u velikom broju radnih grupa za izradu zakona.

Baretić Marko vanredni je profesor građanskog prava i prava zaštite potrošača na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Pravo je studirao na Sveučilištu u Zagrebu (dipl. iur., mr.sc., dr.sc.) te na Asser College Europe, Asser Institut u Hagu. Piše o različitim temama građanskog prava, uglavnom na području obveznog prava (ugovornog i odštetnog prava) i prava zaštite potrošača. Sudjelovao je u pregovorima za pridruživanje Republike Hrvatske Europskoj uniji kao član radne skupine 28 (zaštita potrošača i zdravlje). Kao član različitih zakonodavnih radnih skupina, aktivno je sudjelovao u izradi nacrtu hrvatskog Zakona o zaštiti potrošača i Zakona o zaštiti potrošača. Predstavnik je Republike Hrvatske u radnoj skupni III UNCITRAL-a (rješavanje sporova on-line). Aktivno sudjeluje u komercijalnim arbitražama.

Bergamini Elisabetta je vanredni profesor Međunarodnog prava na Univerzitetu Udine, gde je bila istraživač i predavač iz oblasti Međunarodnog prava i Prava EU od 2005. godine. Diplomirala je pravo na Univerzitetu u Bolonji 1997 godine, gde je i stekla titulu doktora prava iz oblasti Prava EU 2002. godine, iz oblasti profesionalnih delatnosti u kontekstu zaštite konkurencije. Bila je predavač iz predmeta Pravo EU na Fakultetu političkih nauka Univerziteta u Bolonji (kampus Forli) od 2001 do 2005 godine. Osnovne oblasti njenog istraživanja su: Pravo konkurencije EU i unutrašnje tržište (profesionalne delatnosti i usluge od opšteg interesa), međunarodno privatno pravo i porodično pravo.

Bourgoignie Thierry je redovni profesor prava na Univerzitetu UQAM (Univerzitet Kvebeka u Montrealu). U periodu između 2007 i 2009 godine bio je dekan Pravnog fakulteta. Doktorsku disertaciju odbranio je na Katoličkom univerzitetu Luven u Belgiji, dok je magistarske (LL.M) studije završio na Pravnom fakultetu Univerziteta Jejl u SAD-u. Od juna 2003 godine predaje na UQAM-u Evropsko pravo, Potrošačko pravo, Kritičku analizu privatnog prava. Njegova bibliografija obuhvata više od 20 individualnih i koautorskih monografija i oko 90 objavljenih radova. Njegova istraživanja su najviše fokusirana na pravo i politiku zaštite potrošača. U periodu 1998 do 2003 godine bio je predsednik Međunarodnog udruženja za prava potrošača (IACL). Imao je važnu ulogu u izradi akcionih

programa u oblasti zaštite potrošača i usvajanju direktiva Evropske komisije u ovoj oblasti 80-ih i 90-ih godina. Takođe je angažovan kao konsultant u vezi sa propisima o zaštiti potrošača od strane nekoliko država u Evropi, Južnoj Americi, Karibima i Africi. U 2004 u okviru UQAM-a je osnovao Istraživačku grupu za međunarodno i uporedno potrošačko pravo – (GREDICC), tim istraživača koji sprovodi istraživanja iz oblasti zaštite potrošača.

Dabović Anastasovska Jadranka je redovni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ pri Univerzitetu „ Sv. Kiril i Metodij“ u Skopju, Republika Makedonija. Predaje obligaciono pravo na prvom ciklusu studija, kao i ugovorno pravo, pravo intelektualne svojine, odštetno pravo, potrošačko pravo i pravo konkurencije na drugom ciklusu - master studije na Pravnom fakultetu. Autor je više univerzitetksih užbenika: Obligaciono pravo, u koautorstvu sa prof. Gale Galevim, kao i Pravo industrijske svojine, Autorsko pravo i Pravo intelektualne svojine. Autor je više monografija, komentara zakona i više od 120 stručnih i naučnih radova objavljenih u Republici Makedoniji i inostranstvu.

Durović Mateja je naučni istraživač na Institutu evropskog univerziteta u Firenci (EUI). Diplomirao je na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu kao prvi i najbolji student u generaciji s prosečnom ocenom 10,00. Nosilac je rektoro-ve nagrade ‘Borko Nikitović’ kao najbolji student Univerziteta u Beogradu generacija 2007. Magistarke (LLM) studije završio je prvo na Univerzitetu Kembridž kao OSI/Chevening stipendista, pa na Institutu Evropskog Univerziteta u Firenci, gde trenutno završava izradu doktorske disertacije iz Evropskog građanskog prava kao nosilac EUI Scholarship of Excellence. Deo doktorske disertacije je izradio na Max Planck Institutu u Hamburgu i Pravnom fakultetu Univerziteta Stenford u SAD-u. Govori engleski, francuski i italijanski jezik. Bio je uključen kao pravni ekspert na izradi Zakona o zaštiti potrošača. Objavio je više članaka u domaćim i stranim u oblastima prava zaštite potrošača.

Efremova Veronika, po završetku Pravnog fakulteta u Skopju, od 2000. godine zaposlena je kao pravni ekspert GIZ-a. Decembra meseca 2008. godine stekla je diplomu mastera ekonomskih nauka, a 2011. godine odbranila doktorsku disertaciju „Komplementarnost prava i politike zaštite konkurencije i potrošača u procesu integracije zemalja jugoistočne Evrope u EU“. Ima široko iskustvo u oblasti izrade nacrtu propisa i harmonizacije nacionalnog prava sa pravnim tekovinama EU u oblasti unutrašnjeg tržišta. U nekoliko prilika je pohađala treninge u Nemačkoj, Holandiji, Francuskoj, Italiji i Španiji. Koautor je 14 knjiga, 3 profesionalne publikacije i autor mnogih naučnih i stručnih članaka. Trenutno je projektni menadžer GIZ Projekta South East European Law School Network (SEELS).

Fejós Andrea je doktorant građanskog i privrednog prava na Univerzitetu u Segedinu i master student sa specijalizacijom u oblasti bankarskog i finansijskog prava na Queen Mary koledžu Univerziteta u Londonu. Završila je Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu (2004) i stekla zvanje magistra međunarodnog poslovnog prava na Centralnoevropskom univerzitetu (2006). Predavala je građansko- i privrednopravne predmete u zvanju asistenta na Fakultetu za pravne i poslovne

studije dr Lazar Vrkić, Univerziteta Union (2007-2012), i bila je pravni savetnik Udruženja za zaštitu potrošača Vojvodine i Nacionalne organizacije potrošača Srbija (2007-2012). Njeno istraživanje se fokusira na potrošačko pravo, naročito na potrošačke ugovore, finansijske usluge i alternativno rešavanje sporova.

Ivančević Katarina je vanredni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Union, sa iskustvom u praksi i istraživanju u oblasti: prava potrošača, obligacionog prava i prava osiguranja. Diplomirala na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. Doktorsku disertaciju *'Pravna zaštita potrošača usluge osiguranja i bankarske usluge'* odbranila na Pravnom fakultetu Univerziteta Union. Karijeru započetu na pravnim poslovima u Beobanci, nastavila kao menadžer u oblasti osiguranja u *Beobanka osiguranju* i *Triglav penzijski fondovi* uz uporedno angažovanje na fakultetu. Autor stručnih i naučnih radova iz oblasti osiguranja, građanskog prava, zaštite potrošača i prava Evropske unije. Autor skripta *Potrošačko pravo* i koautor udžbenika *Pravo osiguranja*. Angažovana kao ekspert na Projektu *Jačanje zaštite potrošača u Srbiji*. Član Nacionalnog saveta za zaštitu potrošača, upravnih odbora Udruženja za pravo osiguranja Srbije i Udruženja za odštetno pravo.

Jovanić Tatjana je docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, gde predaje Ekonomsko pravo i Regulaciju tržišta. Završila je osnovne studije prava, kao i magistarske i doktorske studije iz oblasti pravno-ekonomskih nauka na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. Takođe je završila master (LL.M.) studije na Institutu za pravo i finansije Johan Wolfgang Gete Univerziteta u Frankfurtu na Majni. Bila je na studijskim boravcima i usavršavanjima na nekoliko univerziteta u EU i SAD, a na međunarodnoj letnjoj školi 'Users' Rights and Market Regulation', čiji je domaćin Univerzitet Udine predaje od 2009. godine. Učestvovala je sa referatima na većem broju konferencija, objavila dve monografije, udžbenik i veći broj radova u domaćim i međunarodnim stručnim časopisima i zbornicima, od kojih se mnogi odnose na zaštitu potrošača.

Lončar Velkova Marijana je magistar javne politike i menaždmenta. Osnivač je i predsednik Organizacije potrošača Makedonije - članice Međunarodne potrošačke organizacije, *Consumers International*, Evropskog glasa za standardizaciju – ANEC i Evropske potrošačke organizacije – BEUC. Predstavlja organizaciju i upravlja njenim aktivnostima u smislu razvoja kapaciteta, unapređenja pravne regulative u oblasti zaštite potrošača, učestvuje u pripremi i implementaciji politike zaštite potrošača, pripremi i sprovođenju trening programa, koordinira komunikaciju sa različitim upravnim i državnim organima kao i relevantnim institucijama. Radi kao ekspert u projekima koje finansira EU u regionu (Crna Gora, Srbija, BIH i Albanija) ali i u drugim drugim zemljama, na osnovu njenog profesionalnog iskustva u domenu zaštite potrošača.

Mićović Miodrag je doktorirao u Kragujevcu i redovni je profesor Pravnog fakulteta u Kragujevcu, kao i direktor Instituta za pravne i društvene nauke istog Fakulteta. Osnivač je Majskog savetovanja koje se, uz pomoć Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj, održava od 2005. godine. Svake godine priprema i uređuje

zbornik radova. Za postignute naučne rezultate nagrađen je od strane Ministarstva za nauku i zaštitu životne sredine u 2003. godini. Rukovodilac je projekta „XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava“, koji se realizuje u periodu 2010 – 2014. godina. Učestvovao na većem broju projekata MNTR Republike Srbije. Kao stipendista francuske vlade (dva puta) proveo je više meseci na stručnom usavršavanju u Francuskoj. Do sada je objavio oko 100 radova, od čega deset udžbenika i monografija. Učestvovao na 40 naučnih skupova nacionalnog i međunarodnog karaktera.

Misita Nevenko, rođen u Sarajevu 1944, zaposlen je na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu kao profesor Građanskog prava. Oblast prava zaštite potrošača je relativno široko izučavao, i objavio nekoliko članaka na engleskom jeziku iz ove oblasti. Bio je gostujući profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Štokholmu u periodu 1994-2003, gde je držao predavanja na raznim kursovima, uključujući i kurs „Pravo konkurencije i trgovinsko pravo EU“. Koautor je dva udžbenika iz oblasti obligacionog prava i ugovora. Objavio je nekoliko knjiga iz oblasti prava EZ/EU (konkurencija, unutrašnje tržište).

Radović Vuk je rođen 1976. godine u Beogradu. Diplomirao je na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 1999. godine sa prosečnom ocenom 9,94, gde je kasnije magistrirao i doktorirao. Na istom fakultetu, gde je bio asistent i docent, izabran je za vanrednog profesora 2013. godine. U školskoj 2003-2004 godini je magistrirao sa pohvalom u Sjedinjenim Američkim Državama, na Pravnom fakultetu Univerziteta u Pittsburgu. Najvažniji projekti u kojima je učestvovao prof. Radović su: izrada Nacrta Kodeksa korporativnog upravljanja Privredne komore Srbije iz 2012. godine, Zakona o stečaju iz 2009. godine, Kodeksa korporativnog upravljanja Privredne komore Srbije iz 2006. godine i Zakona o preuzimanju akcionarskih društava iz 2005. godine. Vuk Radović je urednik časopisa Pravo i privreda, zamenik predsednika Saveta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, arbitar Spoljnotrgovinske arbitraže i Stalnog izbranog suda pri Privrednoj komori Srbije. Napisao je i objavio više monografija i članaka iz oblasti Kompanijskog prava, Korporativnog upravljanja, Stečajnog prava, Prava preuzimanja, Trgovinskog prava i Turističkog prava, i učestvovao je na brojnim prestižnim domaćim i međunarodnim pravnim savetovanjima.

Stanivuković Maja je šef Katedre za međunarodno pravo i član Akademskog Saveta Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Predaje Međunarodno privatno pravo, Pravo EU i Međunarodno arbitražno pravo. Titulu magistra (LL.M.) stekla je na Univerzitetu Kornel, SAD, a doktorsku disertaciju odbranila na Univerzitetu u Novom Sadu. Prof. Stanivuković je član Saveta za međunarodno privatno pravo Vlade Republike Srbije. Godinama je angažovana kao arbitar prema pravilima Spoljnotrgovinske arbitraže (FTCA) u Beogradu, kao i ICC, Unicital i švajcarskom pravu. Član je Upravnog odbora Udruženja za arbitražu Srbije (Serbian Arbitration Association) i član srpskog ogranka ILA.

Reprint:
Svetislav Taboroši, "O potrebi donošenja zakona o zaštiti potrošača",
Pravo i privreda 5-8/2001, 490-501.

Prof. dr Svetislav Taboroši
Pravni fakultet, Beograd

O POTREBI DONOŠENJA ZAKONA O ZAŠTITI POTROŠAČA

Kriza pravne države ima mnogo lica. Već prema mestu koje pojedinac ima u društvenoj organizaciji rada, on sreće korupciju, nemogućnost realizacije ugovora, ubistva i svakovrsni kriminal na ulicama, pravnu nesigurnost i disfunkciju društvenih službi. Sve to osećamo u različitim oblicima, odnosno sa različitim intenzitetom. No, ipak postoji jedan aspekt pravnih sloboda koji nam je svima zajednički, a koji je tokom poslednje dekade svima, na isti način (mada ne i u istoj meri), bio ugrožen: naš potrošački identitet.

A. Za razliku od drugih sfera, u kojima se kriza prava manifestovala samo kroz faktičko napuštanje određenih jurističkih standarda koji su već postojali u pravnom sistemu, a vrlo retko donošenjem novih, nesporno civilizacijski inferiornijih propisa (poput zakona o informisanju i univerzitetu), u oblasti na koju skrećemo pažnju nije došlo čak ni do zamenjivanja jednih propisa drugim. Nastupila je specifična deregulativa jedne od oblasti koja je od presudnog značaja za svest o postojanju i primeni prava kod svakog pojedinca, deregulativa koja se može uporediti sa derelikcijom kod stvarnih prava. Mada je deregulisanje privredne sfere načelno poželjan koncept razvoja prava u tranziciji, u ovom kontekstu je došlo do deregulisanja u oblasti u kojoj do toga nije smelo da dođe, a u drugim je, naprotiv, ekspandirao etatizam. Država je svoje građane kao potrošače ostavila potpuno nezaštićenim, ukidajući i ono malo javnopravne zaštite koja je postojala u nekadašnjem Zakonu o prometu robe iz 1987. g., a koji je prestao da važi 1996. g.¹

¹ Valja istaći da su rešenja iz tog zakona imala čvrst oslonac i u ranije važećem Zakonu o udruženom radu.

Verujemo da razlozi ovakvog trenda nisu u sferi prava, nego da objašnjenja leže u oblasti političke sociologije. Takva promena stava očigledno nije bila ni samo izraz brige zakonodavca da hitnije rešava neka druga pitanja, nego jasna, mada neeksplicitna podrška ekspanziji tzv. sive ekonomije, kao vrlo efikasnog kanala za ostvarivanje protivpravne preraspodele društvenog bogatstva. Budući da je nesporno da je zakonodavstvo funkcija stepena političke i pravne svesti elite, ali i demokratskih institucija političkog sistema, a da je interes vladajuće elite tokom poslednjih godina u većoj meri korelirao sa kratkoročnim obzirima i ličnim motivima pojedinaca na vlasti, nije nelogično što je upravo samo zakonodavstvo faktički kreiralo sivu ekonomiju. Mada nemamo na ovom mestu potrebu da iznosimo dokaze o personalnoj povezanosti najvažnijih korisnika podnormiranosti određenih područja, nameće nam se kao logičan zaključak da je podnormiranost služila kao izgovor za jačanje neposredne državne intervencije, odnosno prostor za voluntarizam u kojem su partijski i lični interesi bili usko povezani. Ne bismo mogli da idemo dotle da tvrdimo da je širenje sive ekonomije svesno podržavano, ali nam uporedno iskustvo iz drugih zemalja tranzicije u kojima su kriminal, korupcija i najrazličitije zloupotrebe državne vlasti takođe evidentne, daje osnova da formulišemo stav o napuštanju vladavine prava kao opštoj tendenciji društava u početnim fazama tranzicije.

Siva ekonomija ne samo što nije generalno suzbijana prevencijom, nego čak ni stav državnog aparata prema toj pojavi nije bio jednoobrazan: mnoga preduzeća su se pod reketom političkih partija ponašala kao da su van sistema, čak su i javno tužilaštvo i finansijska policija – čija je upravo glavna funkcija borba protiv nelegalne, odnosno sive ekonomije - izbegavali da se njima pozabave. Privredni sudovi takođe nisu izuzetak u lavini napuštanja zakonitosti.

Među drugim elementima pravnog sistema u degradaciji, ističe se i poreski. Uprkos minimalnim promenama (uvođenju poreza na dobit korporacija i poreza na ukupni prihod građana još 1989. g.), osnovu našeg poreskog sistema činili su drevni instrumenti koji su izrasli u privrednoj strukturi koju je karakterisalo postojanje malog broja velikih preduzeća i dobro regulisano, od inostrane konkurencije zaštićeno, nacionalno tržište. Pošto se tokom poslednjih deset godina poreski sistem nije promenio, očigledno je da je značaj gotovo isto tako važnog fiskalnog instrumenta kao što je porez, dobila carina, budući elastičnija i bliža promenjenoj strukturi realne privrede.

Pored subjektivnih razloga, na koje smo upravo ukazali, na suspendovanje principa vladavine prava i fer pleja u privredi su uticale i izvesne objektivne okolnosti. To su, pre svega, prekid ranijih tehnoloških veza, koji je doveo do raskida ugovornih odnosa koji su pre već svojim dugim trajanjem među stalnim partnerima obezbeđivali neophodnan nivo društvene normiranosti. Nestanak dotadašnjih tržišta je većinu preduzeća gurnuo u potpuno neregularne, a često i pravom neregulisane situacije, što je, kombinovano sa sankcijama, inflacijom i drugim, za preduzeće eksternim ograničenjima, u poslovnu politiku preduzeća unelo elemente liberalističke, devetnaestovekovne provenijencije. Prostorno udaljavanje od Evrope je u isto vreme bilo i vremensko udaljavanje od njene sadašnjosti.

Napuštanje pravnih standarda tržišne strukture je, takođe, i posledica promene odnosa ekonomske snage partnera tržišnog povezivanja. Beskrajno slabljenje strane ponude (roba, kapitala i usluga) je ustvari bilo manje od slabljenja strane tražnje, tako da se na svim tržištima javljaju najpre viškovi na strani ponude (takva analiza je bila osnova čuvenog Avramovićevog programa za 1993. g.), ali je tražnja bila toliko slaba da nije mogla da izvrši uticaj na ponudu, da je prestrukturira ili drugačije prilagodi, već je skrenula ka drugim, nelegalnim segmentima. Organizaciona nepripremljenost naše privrede na drugačiju tržišnu strukturu, uz nestašicu kapitala (umesto produktivnih namena, iskorišćen je za socijalno političke ciljeve), nije dovela samo do toga da se pravo napušta unutar društvenog preduzeća i položaj radnika drastično pogoršava u odnosu na direktora i upravljačku elitu, nego i u odnosima između preduzeća, naročito u odnosima između društvenih i privatnih. Najzad, i to je glavni interes ovog rada, degradacija pravnih standarda kojima se obezbeđuje formalnopravna ravnopravnost prodavaca i kupaca na tržištu roba široke potrošnje, kulminira u sada potpunoj obespravljenoj ovih potonjih.

Čak je i elementarna ekonomska analiza dovoljna da pokaže zašto se baš u sferi tržišnih odnosa napuštaju standardi modernog trgovačkog prava. To je zato što u ovoj oblasti i imamo najmanje moderne ekonomije. Naime, ključni problem za svakog preduzetnika je pribavljanje kapitala. Pošto je pristup društveno značajnijim fondovima usled karaktera političkog sistema rezervisan samo za političku elitu, sitni preduzetnik je mogao da obezbedi sopstvenu akumulaciju samo za započinjanje najjeftinijih poduhvata – onih u ugostiteljstvu i trgovini. Ukoliko se trgovina još poveže sa mogućnostima preliivanja vrednosne supstance iz društvenog sektora u privatna preduzeća (često istih lica koja su i odgovorni rukovodioci u društvenom sektoru, i vlasnici privatnih preduzeća, što je takođe svojevrstan pravni anahronizam), onda trgovina postaje i nužna i željena opcija. Za većinu nužna, za privilegisanu manjinu poželjna. Sfera trgovine prividno ekspandira daleko brže nego što se smanjuju svi ostali sektori privrede, ali valja imati na umu da je najčešće reč o minornim subjektima, radnjama, registrovanim ili ne. U ekonomskom haosu koji se zove tržišna struktura pravo više nije sredstvo kojim se brani ravnopravnost strana. Potiskivanje prava je ustupak uspostavljanju dominacije prava jačeg, a upravo je takva želja bila vrlo prisutna među mnogim akterima javnog života. Zar nam izjave današnjih novokomponovanih bogataša ne liče na onu čuvenu Vanderbiltovu izjavu iz prošlog veka (koja je ušla u sve uoebenike kao ilustracija za bogataški prezir prava), kada on kaže svom protivniku da ga neće tužiti i neće se suditi sa njim, već će ga jednostavno uništiti. Prezir prava bi, dakle, bila sledeća faza u razvojnom putu nove ekonomske elite.

B. Hitna akcija na spašavanju potrošača je u suštini akcija za spasavanje dostojanstva prava. Prirodno je što se zakonodavac poslednjih meseci bavi prvenstveno problemom privatizacije, i uređivanjem odnosa na tržištima novca I onima na kojima postoji monopolska struktura, jer je to urgentni interes, ali se ekonomska demokratija ne može zamisliti bez odgovarajućih savremenih rešenja na tržištima roba i rada.

Suštinu takve ekonomske demokratije u sferi tržišnih odnosa predstavlja sistem javnopravne zaštite čovekovih prava kada se on pojavljuje kao potrošač. Pod javnopravnom zaštitom podrazumevamo sve one propise koji su obuhvaćeni trgovačkim odnosno privrednim pravom i deluju zato *ex ante*, za razliku od obligacionopravnih jer ovi drugi, po pravilu, deluju *ex post*. Za jasno shvatanje ovog razlikovanja je u našoj literaturi najzaslužnija J. Vilus².

Nedovoljnost privatnopravne zaštite potrošača je evidentna sama po sebi: ekonomska snaga visoko organizovanog proizvodno-prometnog kompleksa, često dostižući nadnacionalne dimenzije, ne ostavlja nimalo prostora čak ni za tragove pravne fikcije o ravnopravnosti ugovornih strana. Znači, osnovnu pretpostavku o slobodi izbora ugovarača, koju doduše, pothranjuju antimonopolški propisi, demantuje faktički odnos snaga u pregovaranju³. Sa druge strane, šteta kao osnov nastanka obligacionopravnog odnosa, ukoliko je prouzrokuju velike kompanije u odnosu na pojedince, teško se dokazuje a još teže se oštećenom obezbeđuje odgovarajuća naknada. Isti slučaj je i sa drugim prezumpcijama na kojima počiva koncept slobode ugovaranja, poput informisanosti, stvarnog poznavanja sopstvenog interesa, sposobnosti racionalnog izbora, koje realno sagledavamo u uslovima agresivnog marketinga velikih kompanija.

Mogući prigovor da u našim uslovima stepen koncentracije ponude nije takav da bi zahtevao javnopravnu zaštitu kakva postoji u pravnim sistemima razvijenih tržišnih privreda, smatramo, takođe nije validan, jer je netransparentnost svojinskih odnosa i ogroman broj subjekata u sferi sive ekonomije potpuno blokirao i privatnopravne mehanizme zaštite.

Drugi, perspektivno daleko značajniji argument u prilog izgradnje sistema javnopravne zaštite potrošača je činjenica da pred našim očima vrlo brzo izrasta razvijena tržišna struktura, u kojoj će se odmah pojaviti i to neprikriveno, u čistom vidu, sva ona ponašanja velikih kompanija protiv kojih su se potrošači u matičnim zemljama borili tokom čitave druge polovine prošlog veka. Ako se, dakle, institucionalno ne pripremimo za ono što nas čeka, bićemo nerezistentni na viruse društva masovne potrošnje. Ruska iskustva u tom pogledu su sasvim jasna.

Naredni argument u prilog konsekventnog razvoja javnopravne zaštite potrošača proističe iz potrebe harmonizacije našeg pravnog sistema sa pravnim sistemima zemalja EU. Još se u »Beloj knjizi« ukazuje na to da i bez eksplicitnog osnova za uspostavljanje jedinstvene politike zaštite potrošača u Ugovoru o osnivanju EEZ, značaj ove oblasti za funkcionisanje jedinstvenog tržišta nameće potrebu stvaranja jedinstvenog sistema zaštite potrošača za celokupnu EU. U procesu razvoja evropskog prava, jasno je istaknuto da dva procesa koja su suština ekonomske integracije Evrope, a to je podsticanje konkurencije između proizvođača (što vodi ukрупnjavanju preduzeća, a time i remećenju odnosa ravnoteže snaga između subjekata ponude i tražnje), i ujednačavanja nacionalnih sistema zaštite potrošača

2 Posebno njena knjiga *Pravna zaštita potrošača – I*, Beograd 1996.

3 I ovaj, ekonomski aspekt položaja potrošača je u našoj literaturi imao svoje istaknute predstavnike: pomenuli bismo radove S. Vračara i E. Berković.

(kako bi se homogenizovala poslovna politika preduzeća), zahtevaju da se problemi zaštite potrošača obrade u nacionalnim zakonodavstvima na bazi jedinstvenih principa. Važnost ovog pitanja je čak tolika, da je usvajanjem Jedinstvenog evropskog akta iz 1986. g. u njegovom čl. 100a. čak izmenjena procedura za usaglašavanje nacionalnih propisa u pogledu zaštite potrošača, jer se više ne traži konsenzus, već samo kvalifikovana većina. Drugim rečima, sa stanovišta prava EU, jasno je da je harmonizacija propisa o zaštiti potrošača uslov postojanja jedinstvenog tržišta. No, EU je Ugovorom iz Maastrichta već i ovako jasno definisanu obavezu još više istakla, uvodeći eksplicitno (čl. 129a.) obavezu nacionalnih prava da pristupe harmonizaciji propisa koji se odnose na zaštitu zdravlja, sigurnost, ekonomske interese potrošača i njihovu informisanost). Na osnovu svega iznetog, jasno sledi da institucionalne promene naše tržišne strukture koje su u toku ne mogu da se ogлуše o grupu obaveznih repera prema kojima je već izvršena harmonizacija javnopravne zaštite potrošača na evropskom privrednom prostoru. Mi imamo, dakle, ne samo ekonomske interese da identične standarde uvedemo u naš pravni sistem (tj. da obezbedimo mogućnost našim firmama da posluju na evropskom tržištu, odnosno domaćim potrošačima istu zaštitu koju obezbeđuju i druga demokratska društva), nego i normativno – tehnički interes da sopstvene propise na najracionalniji način, efikasno, učinimo transparentnim za strane privredne subjekte. Jednom rečju, nužnost hitnih promena regulative u oblasti tržišta nije samo izraz unutrašnjih potreba razvoja koji u demokratskom duhu treba da obezbedi principe ravnopravnosti strana tržišnog ugovaranja i slobode njihovog izbora, nego je i eksterno nametnut bezuslovni zahtevom za harmonizacijom kao jednim od uslova uspešne tranzicije.

C. Već smo istakli da je nivo javnopravne zaštite potrošača u našoj privredi drastično opao zbog objektivnih tendencija (pad društvenog proizvoda, nezaposlenost, prekid tradicionalnih tržišnih orijentacija), a da je, sa druge strane koja nas u ovom momentu više interesuje, došlo do podnormiranosti ove oblasti. Mada se ne može reći da je u Jugoslaviji ikada i postojao moderni propis, usklađen sa standardima zapadnoevropskih pravnih sistema, izvesno je da smo u periodu važenja Zakona o udruženom radu imali specifične institucije koje bi se mogle smatrati analognim. Sa napuštanjem tog sistema, zajedno sa napuštanjem onih njegovih bitnih (tržišnoj privredi neprimerenih) sadržaja, praktično su nestali i propisi o zaštiti potrošača. Danas je ova materija regulisana u dve grupe propisa: različitim propisima o inspekcijским i kontrolnim poslovima koji se tiču zdravstvene ispravnosti lekova i hrane, propisima iz bezbednosti saobraćaja, pravilima komunalnih službi, dakle masom podzakonskih akata od kojih se mnogi uopšte i ne primenjuju. Primer za ovo poslednje je kontrola izduvnih gasova iz automobila i dozvoljene količine olova u benzinu ili katrana u duvanskom dimu. Neki drugi se, pak, i ne mogu primenjivati, kao što su standardi o rokovima upotrebe i o količini konzervanasa i aditiva u hrani, naročito čokoladi, ispravnosti lekova i raznih drugih proizvoda koji u zemlju ulaze putem humanitarne pomoći ili privatnim, švajcarskim kanalima, a ne nalaze se u onim tržišnim tokovima koji su podobni za kontrolu. Siva ekonomija tako postaje mnogonijansna siva: ne samo zato što podrazumeva odnose koji nisu u saglasnosti sa propisima o obavljanju delatnosti, nego i zbog

toga što je predmet razmene neupodobljen pravno definisanim standardima. Pošto je reč o mnoštvu podzakonskih akata, potrošači, kao nedovoljno informisana i nespecijalizovana kategorija tržišnih subjekata, uopšte nisu u stanju da odbrane svoje legitimne interese, prosto već i zbog toga što i ne znaju standarde ili su svesno dovedeni u zabludu da odgovarajućih propisa koji bi ih štitili i nema. Vrlo često za te propise i ne zna niko osim onih organa koji bi trebalo da ih primenjuju.

Rešenje koje bi bilo daleko praktičnije je donošenje posebnog zakona koji bi dao neposredni osnov za iniciranje bilo kakvog postupka zaštite potrošačkih prava. U našem pravnom sistemu takav zakon ne postoji, već funkciju najvažnijeg pravnog osnova zaštite potrošača ima odeljak IV (sa čak tri člana!) Zakona o uslovima za obaljanje prometa robe, vršenje usluga u prometu robe i inspekcijском nadzoru⁴.

U ovom, krajnje skromnom okviru regulisanja zaštite potrošača, srećemo, ustvari, samo dva elementa, i to u čl. 35. se definišu okolnosti koje treba da obezbede nediskriminaciju potrošača prilikom kupoprodaje i onemogućće grubu prevaru (nepružanjem podataka o robi ili nanošenje štete pri merenju upotrebom nesrazmerne ambalaže). Svih 13 tačaka ovog člana se, dakle, bave samo činom kupoprodaje, a ne onim što prethodi ili dolazi posle. Jedini izuzetak predstavlja t. 7. koja predviđa obavezu prodavca u pogledu rezervnih delova u takozvanom životnom veku proizvoda.⁵

U narednom članu se definišu obaveze prodavca povodom reklamacija. Uprkos prilično jasnoj verbalnoj interpretaciji ovog prava potrošača, systemsko tumačenje ovog teksta će pravo na reklamaciju pretvoriti u »golo pravo«, budući da sve radnje prodavca i odgovarajuća ponašanja treba da uslede prema pravilima za rešavanje reklamacija, koja je prodavac na malo dužan da formuliše (st. 1.). Dakle, ako to nije učinio, primenjuje se direktno izreka iz Zakona, a ona je dozvoljena (čl. 53. t. 13 – kaznene odredbe), samo kod opravdane reklamacije potrošača. Dakle, potrošač prvo mora da dokaže opravdanost svoje reklamacije, pa tek onda da započene postupak za primenu Zakona pred nadležnim privrednim ili parničnim sudom, a sve to uz pretnju nesavesnom prodavcu simboličnom novčanom kaznom. To sve praktično znači da je kupac prepušten volji prodavca da li će i kako ceniti njegovu reklamaciju. Za razliku od proizvođača, koji ima trajni interes da čuva svoj marketinški identitet, trgovačku marku i ime, prodavac na malo svakodnevno menja svoj asortiman i stoga će njegov trgovački interes da neguje odnose sa potrošačima biti jedini činilac zaštite potrošača.

Prodajom robe sa nedostacima se bavi naredni, poslednji od tri pomenuta člana. On predviđa obavezu prodavca da vidno obeleži robu sa nedostatkom i snizi joj cenu. Pretpostavljamo da nema naročitog spora u pogledu fizički oštećene robe, ali kod robe sa skrivenim manama se teško može dokazati da je prodavac

4 Službeni glasnik R Srbije, 39/96.

5 No, uprkos prividu proširivanja zaštite potrošača, ova obaveza je predviđena samo za "preduzeća i preduzetnike koji obavljaju promet robom na malo", dok se ovakav asortiman nalazi u servisnoj mreži. Stoga bi, da se Zakon zaista poštuje, svako trgovinsko preduzeće moralo da veliki deo kapitala zamrzne u asortimanu koji će, eventualno, biti tržišno atraktivan tek u nekom budućem trenutku. Stoga ova odredba u stvarnosti uopšte i nema nikakvog efekta, niti nam je poznato da je u našoj zemlji ikada vođen bilo kakav postupak iz ovog osnova.

znao za postojanje nedostatka, ukoliko nije, konkretna jedinica robe, već bila predmet postupka po reklamaciji i kao takva je jasno identifikovana. Primetimo, usput, da ova obaveza u nekim vrlo razvijenim tržišnim privredama, poput američke, uopšte i ne postoji, jer je tamo gde je očigledna nepotrebno njeno zakonsko regulisanje, a tamo gde je skrivena, propis se faktički ne može sprovesti.

Da ovaj Zakon psihološki pripada nekom drugom, prošlom, vremenu, najbolje se vidi iz dikcije čl. 8. istog Zakona, čiji st. 2 glasi: »Preduzeća⁶... dužna su da blagovremeno preduzmu potrebne mere da obezbede snabdevanje potrošača osnovnim proizvodima«. Takvu odredbu, koja podseća na raspodelu, administrativnu distribuciju, a ne tržišne motive, po pravilu ne srećemo u modernom zakonodavstvu.

Pa da zaključimo listu glavnih slabosti postojećeg, ekstremno šturog regulisanja materije zaštite potrošača u našem pravu. Postojeća zakonska rešenja iz 1996. g. imaju nekoliko načelnih nedostataka, odnosno praznina: pretpostavljaju da se kupoprodaja vrši prvenstveno na legalnom tržištu, pa postavljaju principe zaštite koji odgovaraju samo potrošačima koji posluju sa velikim prometnim organizacijama, odnosno zaista pružaju izvesan stepen zaštite potrošačima prilikom kupovine u njima. Obična je iluzija pretpostavka da će se i sitni prodavci (na tezgama, po pijacama i slično, koje Zakon izjednačava sa trgovinskim preduzećima) ovako ponašati.

- a) Bavi se samo činom kupoprodaje i okolnostima pod kojima se ovaj odvija, proširujući sferu interesovanja samo na skrivene mane stvari. Potpuno je nezainteresovan za veoma bitna pitanja koja se tiču identiteta proizvoda (lažne oznake proizvođača ili porekla), saglasnost sastava ili osobina proizvoda sa standardima kvaliteta koji su na snazi u zemlji, pa čak ni staranje o zdravstvenoj ispravnosti nije zahtev iz Zakona, ukoliko posledice neispravnosti nisu odmah vidljive, poput trovanja, na primer. Setimo se masovnih trovanja falsifikovanim alkoholnim pićima, kod kojih prodavci uopšte nisu bili odgovorni za posledice.
- b) Ni na koji način se ne bavi fazama pre ili posle kupoprodaje, a baš se pre samog čina uspostavljaju elementi potrošačeve odluke. Njena racionalnost može da bude dovedena u pitanje obmanjujućom reklamom, agresivnom reklamom, legalnom, ali nelojalnom trgovinskom praksom, a pre svega eksploatacijom potrošačevog neznanja. Za zakonodavca je potrošač isključivo izolovani pojedinac, odnosno amorfna masa sastavljena od nepovezanih jedinki.
- c) Jedno od pravnotehnički najtežih pitanja u vezi sa slobodom ugovaranja, pitanje nekorektnih klauzula⁷, ne samo u ovom propisu, nego u čitavom našem pravnom sistemu, nije regulisano, a reč je o situacijama u kojima je potrošač primoran da prihvati unapred formulisane odredbe kojima se stavlja u neravnotežan položaj prema drugom saugovaraču⁸

⁶ Koja obavljaju promet osnovnih proizvoda (hleb, brašno, mleko, meso, šećer, jestivo ulje i mast, so, krompir, luk, kupus i sl.).

⁷ Kojima je posvećena čak jedna posebna direktiva Saveta EEZ.

⁸ Direktiva 93/13, u svom dodatku daje samo exempli causa čak 18 tipičnih primera.

- d) Zakon skoro⁹ ništa da ne govori o uslugama, mada je vrlo česta pojava da se sfera robnog prometa i prometa usluga toliko približavaju da se preklapaju. To važi naročito za telekomunikacije. Tako, na primer, nema nikoga od nas ko nije bio zaprepašćen ogromnim telefonskim računom, a kasnije još više svojom potpunom pravnom nemoći da odbrani sopstvene interese. Od novih formi kupoprodaje eksplicitno je pomenuo samo kupovinu preko kataloga, dakle nema ni reči o internet kupoprodaji, mada je ona danas u svetu daleko najobimniji pojedinačni vid kupoprodaje. Sa druge strane, očigledno plaćajući dug vremenu prošlom, zato automobile i ogrev tretira kao trajno deficitarna dobra za koja se, valjda normalno i nužno, prave spisakovi i cena unapred plaća. Još jedan vid zloupotreba prava potrošača, koji je u vezi sa uslugama, mada ne isključivo sa njima, su i različiti šikanozni postupci pred šalterima različitih ustanova, odnosno u javnom sektoru.
- e) Potrošača u njegovoj slobodi izbora, odnosno u njegovom ekonomskom interesu, ne ugrožava samo neposredni partner, dakle prodavac na malo, nego i indirektni, prodavac na veliko, odnosno proizvođač. Javnopravna zaštita u ovom pogledu izostaje. Naravno, kupac može privatnopravnom tužbom da obuhvati i prodavca i proizvođača, čak je i uputno da to učini, ali se postavlja pitanje cene takve zaštite i faktičke mogućnosti izolovanog pojedinca da se u takvu parnicu upusti. Potpuno odsustvo integralne regulative, odnosno opcija da se zaštita potrošača za sada definiše samo u zakonu o prometu robe na malo, ostavlja ogromnu pravnu prazninu u oblastima koje nisu sfera prometa na malo, gde se stvarno radi o interesima potrošača, a formalno su suverene treće strane (prodavac na veliko i malo).

D. Smernice EU jasno definišu već pomenuta tri područja u kojima valja parcijalno regulisati materiju zaštite potrošača¹⁰, i mada to izričito ne navode, logično se može očekivati da se njihovi zajednički principi integralno izlože u posebnom zakonskom tekstu. Struktura javnopravne zaštite potrošača bi zato mogla da se uporedi sa piramidom, čiju osnovu čine tri složena kompleksa podzakonskih akata, pokrivenih zajedničkom »kapom«, jedinstvenim zakonom o zaštiti potrošača. Takva rešenja poznaje većina modernih evropskih nacionalnih zakonodavstava.

Prvi krug direktiva se tiče neposredne fizičke zaštite potrošača, zaštite njihovog zdravlja i sigurnosti. Pomenućemo samo najvažnije grupe proizvoda: tekstilni proizvodi, kozmetika, mineralne vode, prehranbeni proizvodi, dečije igračke, opasne imitacije različitih standardnih proizvoda. Čak i oni proizvodi kod kojih ne postoji eksplicitna norma o standardu kvaliteta (u funkciji bezbednosti, naravno), podložni su generalnoj direktivi¹¹ koja načelno zabranjuje stavljanje u slobodan promet bilo kakvog proizvoda koji bi mogao da ugrozi bezbednost ili zdravlje potrošača, odnosno predviđa obavezu države da obavesti sve druge članice o potrebi da se proizvod stavi u posebne tokove razmene.

⁹ Sem u čl. 14. i 15. ali u marginalnom smislu.

¹⁰ O ovome potpunije B. Rakić: *Harmonizacija jugoslovenskog prava sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet, Beograd 1997., 297-301.

¹¹ 92/59/EEZ

Grupa propisa kojima se obezbeđuje zaštita ekonomskih i pravnih interesa potrošača se odnosi na standardizaciju reklama, tj. na poštovanje jasne granice između dozvoljenog i nedozvoljenog u ekonomskoj propagandi, zatim mnogobrojne situacije u vezi sa putovanjima, turizmom, time-share, kupoprodajom posredstvom trgovačkih putnika po kućama i sličnim.

Direktive o podizanju nivoa zaštite potrošača u pitanjima u kojima dolazi do izražaja rizik zbog njihove neinformisanosti, tiču se pre svega cena, potpunih i tačnih deklaracija, izvesnih pravila o načinima upotrebe različitih proizvoda i sličnom.

Pomenuti dijapazon smernica EU svakako nije zatvoren, a relativno su jasne i tendencije u kojima će se zaštita potrošača dalje proširivati. S obzirom na ovu činjenicu, tzv. Belu knjigu EU valja shvatiti ne samo kao pregled razlika između nacionalnog zakonodavstva i prosečnih standarda zakonodavstava zemalja EU, nego i kao inspiraciju za drugačija, još šira rešenja koja su zasnovana na identičnom vrednosnom konceptu. Zemlje u tranziciji u tom pogledu objektivno čak imaju i izvesne prednosti, jer unošenje najnovijih standarda zaštite teče bez rizika unutrašnjih sukoba interesa kakvi objektivno postoje u razvijenim tržišnim privredama. Mada se o ovome malo govori, budući da se dovode u pitanje interesi najmoćnijih kompanija, izvesno je da takav otpor postoji¹², a budući da nijedna od tih zemalja još nema stabilizovanu tržišnu strukturu u kojoj je već postignuta apsolutna dominacija oligopola, moguće je da zakonodavnu procedure »prođu« rešenja koja bi u zakonodavstvima razvijenih privreda bila osporavana.

Naš stav da zemlja u tranziciji ne samo što objektivno ima potrebu, nego I može da donese potpuno savremen zakon o zaštiti potrošača, potvrđuju propisi Rusije i Češke. U obe pomenute zemlje su 1992. g. doneti zakoni o zaštiti prava potrošača koji su potpuno komplementarni sa zakonodavstvom članica EU, I predstavljaju bitan segment institucionalnog okvira u kojem se obezbeđuje efikasno delovanje tržišnog mehanizma na međunarodnom nivou. Ako je za Češku republiku donošenje takvog propisa i imalo značaj priprema za širenje jedinstvenog evropskog tržišta na istok, ka novim članicama, izvesno je da ruski zakon nije bio inspirisan tim teleološkim elementom, već isključivo zasnovan na objektivnoj proceni potreba zemlje da zaštiti svoje stanovništvo i privredu protiv nesavesnih i agresivnih ponašanja subjekata ponude, kako stranih, tako i domaćih.

Naredni izvor zakonodavne prakse je naša sopstvena, domaća tradicija u vezi sa zaštitom potrošača, koja je, kao što smo već na početku rekli, imala donekle i pravno uporište u ranije važećim propisima SFRJ. Mnogobrojne organizacije potrošača su, poput demokratski organizovanih društvenih grupa za pritisak, različitim akcijama i formiranjem odgovarajućih institucija, razvile svest o mogućnosti kvalitetnije zaštite potrošača od one koju daju pozitivna zakonska rešenja i dozvoljava trenutna privredna situacija. Ta svest nije nestala, a isto tako nisu zaboravljeni ni rezultati potrošačkog organizovanja koji su vrlo jasno definisali izve-

12 Možda je najbolja ilustracija ovog čuveni "rat" R. Nadera i američke automobilske industrije: Na njegovu knjigu *Unsafe at any speed* (Pocket book, N. Y. 1966) monopoli su žestoko reagovali (R. de Toledano, *Hit and run*, New Rochelle, N. Y. 1977). Reč je o klasičnim delima konzumerističke literature.

sne prioritete. To su bile gradske konferencije potrošača, od kojih su neke, poput beogradske, uživale veliki ugled čak i inostranstvu, a njene liste kvaliteta različitih proizvoda, koje je pripremala sa Centrom za zaštitu potrošača, su početkom osamdesetih godina bile neprikosnoveni autoritet i za trgovce. Glavni interesi, koji su se već tada izdiferencirali, su zdrava hrana, zaštita od opasnih proizvoda, lažna odnosno neistinita reklama, pravo na uticaj potrošača na cene, pravo na potrošačko organizovanje i potrošačko obrazovanje, standardizacija postupka za obeštećenje i pravo građana na bezbednu životnu sredinu¹³.

Upoređivanjem propisa iz referentnih zemalja EU i zemalja u tranziciji, lako se može zaključiti da celokupna materija koja je od interesa za potrošače ipak nije nigde obuhvaćena jednim jedinstvenim propisom. Tako je, na primer, izvesno da se pitanja vezana za zdravu životnu sredinu, mada se njima bave i potrošačke organizacije, nije specifični interes građana kao potrošača, nego građana uopšte. Ova pitanja su osnov jednog drugog, paralelnog interesnog okupljanja u različite ekološke, zelene i slične pokrete, a pravna regulativa koja nastaje u toj oblasti daleko prevazilazi onaj segment ekološke zaštite koji se može sagledati iz perspektive potrošača.

Što se tiče ciljeva »zdrava hrana« i »zaštita od opasnih proizvoda«, po logici načina izgradnje sistema pravnih propisa, izvesno je da se odgovarajuća regulative mora razviti bar u dve ravni, ravni opštih principa koji su definisani zakonom (ili čak ustavom), i niza specifičnih propisa za različite oblasti, u kojima ima dosta tehničkih elemenata. Mada neki od njih mogu da imaju i karakter zakona (na primer, zakon o standardima), verovatnije je da se odgovarajuća pitanja regulišu podzakonskim aktima, ali uz vrlo snažan oslonac na zakonske principe. Izvesnu pravnotehničku specifičnost bi predstavljao zahtev da se zakon o zaštiti potrošača neposredno primenjuje, odnosno utvrđuje odgovornost proizvođača ili prodavca i onda kada nije reč o eksplicitnom kršenju podzakonskog akta.

Pravo na potrošačko organizovanje, vaspitanje potrošača, osudu prakse lažnog reklamiranja i mogućnosti uticaja na cene, kao i ujednačavanje postupka za obeštećenje potrošača, su izvorni zahtevi potrošačkog, ili kako se to još često zove, konzumerističkog pokreta. Zato bi se ova pitanja morala da nađu jasno eksplicirana u odgovarajućem zakonskom tekstu.

Profil osnovne strukture zakona kojeg smo u ovom prilogu skicirali najviše odgovara Zakonu od 12. decembra 1992. g. o zaštiti potrošača, donetom za tada još postojeću Čehoslovačku republiku, koji je dopunjen 1995. g. i ta verzija je na snazi u Češkoj republici¹⁴. Upoređivanjem sa drugim modernim propisom, onim iz Ruske federacije, možemo zaključiti da ovaj ima, uprkos svom obimu, i izvesne parcijalne prednosti nad prvim, naročito kod regulisanja principa zaštite potrošača kroz bolje definisanje postupka za obeštećenje kao i odgovornosti za netačnu reklamu. Valja primetiti da ruski propis reguliše i pitanje kvaliteta usluga, kao i da eksplicitno daje za pravo potrošačkim organizacijama da pokrenu ili

13 Pitanja su navedena redom kojim je to učinila i J. Vilus u svojoj napred pomenutoj knjizi.

14 Isto, prilozi, str. 300.

preuzmu sudske postupke u vezi sa ugrožavanjem prava potrošača, bez obzira da li su inicijatori (tužioc) njihovi članovi ili ne, kao i da su ove parnice oslobođene takse¹⁵.

Što se tiče zakona iz zemalja članica EU, očigledno je da su pravnotehnički oni zamišljeni kao dopuna odgovarajućim građanskim zakonicima, odnosno zakonima o obligacijama, i da u tom cilju proširuju, preciziraju ili donekle menjaju opšta pravila koja važe među bilo kojim drugim učesnicima procesa razmene, s obzirom na potrebu pojačanja zaštite potrošača kao ekonomski slabijeg, manje informisanog i povodljivijeg partnera od onog koji odgovara standardu dobrog privrednika¹⁶.

* *
*

Zaključak koji nam se iz izloženog nameće, a po našem mišljenju nedvosmišleno opravdava inicijativu za donošenje posebnog zakona o zaštiti potrošača, je sledeći:

- objektivne potrebe privredne prakse, dakle preduzeća, da se uspostavi društvena kontrola nad tokovima razmene u kojima se interesi savesnih partnera ugrožavaju ponašanjima onih nesavesnih, nalažu da se u naš pravni sistem što pre uvede moderan propis koji bi ujednačio pravila konkurencije,
- zahtevi za razvojem našeg pravnog sistema u pravcu njegove harmonizacije sa propisima EU, takođe ističu potrebu ugradnje rešenja kojima se podiže nivo zaštite potrošača kao sredstvo kvalitativne homogenizacije našeg nacionalnog tržišta sa tržištima u okruženju,
- izvozna orijentacija naše privrede nije moguća ukoliko standardi zaštite potrošača budu dvostruki (u zemlji jedni, u inostranstvu drugi),
- interes afirmisanja demokratskih prava na interesno okupljanje i organizovanje nije samo ekonomski, nego i politički imperativ za pravno normiranje materije potrošačkog organizovanja,
- efikasna zaštita privatnopravnih interesa građana je daleko lakša ukoliko i u sferi javnopravne zaštite postoji odgovarajuće uporište,
- racionalnost čitavog privrednog sistema zemlje se podiže kroz podizanje nivoa transparentnosti svih privrednih institucija u vezi sa razmenom roba i usluga, a time indirektno i makroekonomska efikasnost privrede.

15 Zakon Ruske federacije o zaštiti prava potrošača, iz 1992. g. J. Vilus, 272.

16 U knjizi J. Vilus u prilogu smo našli tekstove britanskog i švedskog zakona iz 1991. odnosno 1986. g. Primetimo da Švedska ima rešenje koje bi moglo da se iskoristi i u našem zakonodavstvu, a koje podrazumeva postojanje posebnog zakona o prometu robe, potpuno odvojenog od zakona o zaštiti potrošača. To razgraničenje ide, otprilike, na liniji koju bi dozvolilo i naše pravo, jer bi zakon o zaštiti potrošača proširivao standarde iz Zakona o prometu robe RS iz 1996.

Thierry Bourgoignie, PhD

Full professor, Director of the Group of research in international and comparative consumer law (GREDICC), Legal sciences department, Political science and Law Faculty, Université du Québec à Montréal

CONSUMER PROTECTION POLICY AND CONSUMER LAW: THE REAL CHALLENGES

Summary

Consumer law has asserted itself as a new and important legal discipline. Its specificity or autonomy has been confirmed in numerous legal systems throughout the world. In economies in transition, like Serbia, consumer law is yet to be built and it still has to achieve formal recognition.

Whether already confirmed or still in construction, consumer law cannot elude a reflection on its actual goals and values. Should it be seen as providing legal tools to contribute to a consumerist type of society commending the individualism, materialism and hedonism of individual consumers? Or does it put forward socially oriented and collective aspirations of consumers?

New challenges, i.e. the opening of borders or market regionalization and sustainable development policy considerations, have emerged on contemporary consumer markets which force to depart from a much too narrow vision of the goals, scope and nature of consumer protection policy and to revisit the actual challenges of the latter. Changes in paradigms are critical: consumer's free choice or presumed sovereignty, meaning that he/she is entitled to consume what he/she wants when he/she wants is no longer erected as a basic principle of consumer protection policy; and the «contractualist» vision of consumer relationships no longer the core of consumer law. The search for new consumption and production patterns, to which consumer law will contribute, has become the priority.

Keywords: *consumer protection, consumer law, consumer policy, market regionalization, market globalization, sustainable consumption, law approximation, market failures*

1. INTRODUCTION

The political will to promote the interests of consumers in the market has materialized in the last thirty years throughout the world by the passing of specific legislation in favour of consumers, the setting up of an adequate institutional framework in order to ensure the follow-up and the implementation of the measures adopted in favour of consumers and the development of non-governmental organizations setting as their goal the promotion and protection of consumers' interests.

At the international level, the Resolution of the General Assembly of the United Nations on the guidelines of consumer protection policy confirms the existence of some fundamental consumer rights. These make up the structure of numerous national frame-laws on consumer protection. So it is in Serbia where article 2 of the 2010 *Consumer Protection Act* reproduces the list of the fundamental rights stated in the United Nations Resolution.

Whether it is in those countries already having a long experience of consumerism or in those which are opening up to a consumer society, such as Serbia, the question of the status of consumer protection law is raised.

To answer that question, one has to go back over the rationale, the goals and the characteristics of consumer law, thus reminding us of the very essence of the reflections and initiatives having led, in the context of the 1960s, to the emergence of a new legal discipline named consumer law (Title 2).

In view of the position occupied by the consumer on contemporary economic markets, one concludes that there is an absolute necessity to proceed with the development of consumer law (Title 3).

It is therefore important to pursue the actions aimed at promoting and protecting the interests of consumers within the economic system. A coherent and ambitious strategy will draw the major trends of the action to be taken and will define its priorities (Title 4).

Such a strategy will imperatively take into account the new stakes with which consumer markets are confronted. Consumer markets are by their very essence markets in constant evolution. New forms of contract, new forms of advertisement, new trading practices, new forms of credit and new means of payment, new products and new services are constantly emerging, for which it has to be ensured that consumer protection is properly guaranteed. Beyond these temporary adjustments, consumer markets may happen to be faced with evolutions of a structural type, and this is currently the case. Two fundamental challenges, which by the way are intrinsically linked, are putting consumer markets upside down: on one hand, the regionalization and internationalization of markets and, on the other hand, the recent appearance in the debate on consumption of imperatives and constraints linked with sustainable development (Title 5).

2. RATIONALES AND GOALS OF CONSUMER LAW

To understand the *raison d'être* and the goals of consumer law, one has to think about the circumstances and aspirations of which this law is the expression. Like other similar disciplines, such as labour law and environmental law, consumer law is the tool of a policy, itself the expression of a current of moving ideas, reflections or initiatives. Consumer law takes fully part in this vision of the role of law as a channel for social change. When it emerged in the 1960s, it looked like the legal manifestation of a powerful trend of ideas condemning the imbalances bred by the development of the society of mass consumption¹.

¹ On the origin of consumer law and its legal foundations, see T. Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruylant, Bruxelles 1988, 564, and the abundant quoted bibliography. Also : T. Bourgoignie, G. Delvax, "La fonction de consommation et le droit de la consommation : l'enjeu réel", *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 1981/7, 3 – 75. Among the works published back then or before: M. Aglietta, *Régulation et crises du capitalisme*, Calmann-Lévy, Paris 1976; D. Aaker, G. Day (eds), *Consumerism: search for the consumer interest*, The Free Press, New York 1978; M. Baker, D. Tixier (eds), *Consumerism, public policy and consumer protection*, ESSEC, Cergy 1981; J. Baudrillard, *La société de consommation*, Denoël, Paris 1970; J. Baudrillard, *Le système des objets: la consommation des signes*, Gallimard, Paris 1963; L. Bihl, *Consommateur, défends-toi*, Denoël, Paris 1976 ; G. Borrie, A. Diamond, *The society and the law*, Harmondsworth, Penguin 1973; D. Caplovitz, *The poor pay more*, The Free Press, New York 1967; J. Carper, W. Magnuson, *The dark side of the marketplace*, Prentice Hall, Englewood Cliffs 1968; G. Cas, *La défense du consommateur*, PUF, Paris 1975; J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris 1981; S. Chase, F. Schlink, *Your Money's Worth*, MacMilan, New York 1927; R. Cranston, *Regulating business law and consumer agencies*, Macmillan Press, London 1979; J. Doyère, *Le combat des consommateurs*, du Cerf, Paris 1975 ; C. Masse (dir.), *Droit et consommation*, Groupe de recherche en jurimétrie, Faculté de droit, Université de Montréal 1975; L. Filler, *The Muckrackers: crusaders for American Liberalism*, Antioch Press, Yellow Springs 1939; J. K. Galbraith, *American capitalism : the concept of countervailing power*, Houghton Mifflin, Boston 1956; J. K. Galbraith, *L'ère de l'opulence*, Calmann-Lévy, Paris 1961; G. Ghidini, *Per i consumatori*, Zanichelli, Bologna 1977; A. Granou, *Capitalisme et mode de vie*, du Cerf, Paris 1974; Ch. Joerges, *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1981; A. Kallett, F. Schlink, *100.000.000 Guinea Pigs*, Grosset and Dnlop, New York 1933; G. Katona, *La société de consommation de masse*, Hommes et Techniques, Paris 1969; R. Katz (ed), *Protecting the consumer interest. Private initiatives and public response*, Ballinger, Cambridge (Mass.) 1976; A. Leff, *Swindling and selling. The story of legal and illegal congames*, The Free Press, New York 1976; H. Marcuse, *L'homme unidimensionnel*, Éditions de Minuit, Paris 1968; J. Meynaud, *Les consommateurs et le pouvoir*, Étude de science politique, Mornex, Lausanne 1964; J. Mitchell, *Marketing and the consumer movement*, Mc Graw-Hill, London 1978; D. Mooris (ed.), *Economics of consumer protection*, Heinemann, London 1980; M. Nadel, *The politics of consumer protection*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1971; R. Nader (ed.), *The consumer and corporate accountability*, Harcourt Brace Jovanovich, New York 1973; V. Packard, *The hidden persuaders*, D. McKay, New York 1957; I. Ramsay, *Rationales for intervention in the consumer marketplace*, Office of fair Trading, London 1984 ; J. Rawls, *A theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1971; C. Regier, *The era of Muckrackers*, University of North Carolina Press, Chapel Hill 1932; N. Reich, *Markt und Recht*, Luchterhand, Neuwied 1977; N. Reich, K. Tonner, H. Wegener, *Verbraucher und Recht*, Otto Schwartz, Göttingen 1976; U. Reifner, *Alternatives Wirtschaftsrecht am beispiel der Verbraucherschuldung*, Luchterhand, Neuwied 1979; U. Ruffolo, *La tutela individuale e collective del consumatore*, Giuffrè, Milano 1979; G. Scherhorn, *Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik*, Otto Schwartz, Göttingen 1975; U. Sinclair, *The Jungle*, Doubleday Page, New York 1906; J. Stuyck, *Agressieve Verkoopmethoden*, Acco, Leuven 1975; H. Thorelli, S. Thorelli, *Consumer information systems and consumer policy*, Ballinger, Cambridge (Mass.) 1977; E. Von Hippel, *Verbraucherschutz*, J.C.B. Mohr, Tübingen 1974; M. Wiewiorka, *L'État, le patronat et les consommateurs*, PUF, Paris 1977.

According to a commonly accepted definition, consumer law refers to the ensemble of the norms, rules, instruments and procedures tending to ensure the promotion and protection of citizens in the exercise of the function of consumption.

This starting point underlines three fundamental aspects of our approach:

- The importance of civil society, and particularly of consumer organizations, as a relay of popular expression and lever for consumer law: consumer law provides the movement of consumer protection with the means, both material and institutional, of its expression and development;
- The diffuse nature of the interests which consumer law means to promote, to protect and to represent: it is certainly about protecting the individual consumer in their relationships with the economic operators, but it is also about promoting the interests of the whole of consumers, or even of the collective interest of consumers;
- The socio-economic background of which consumer law is part: the economic literature dedicated in a specific way to the issue of consumption remains rare in the 1960s, thus revealing the lesser attention attributed by doctrine to the function of consumption among the various economic functions. The works devoted to consumers mostly endeavour to study their behaviour, for obvious marketing purposes. Within the market, consumers are identified as targets, an audience, a «dark object of desire» more than a subject or an operator.

The prevailing theoretical view back then is the one known as the theory of the individual customer. According to it:

- the consumer is the one who poses an act of consumption (as the trader is the one who poses an act of trade), presented as an act of physical destruction of a good; he is the one who puts an end to the life of the product and his field of action and interest is located at this one level of the economic activity;
- the act of consumption is perceived as an individual act, bared of any societal or collective context; the consumer, when he consumes, acts in isolation and according to his personal choices;
- the request of the consumer represents the free, accepted and rational expression of his needs. The theory of the individual consumer isolates the individual to give of him « the reassuring picture of a being able to self-determine and enjoying the broadest possibilities of choice »². The theory therefore reasons in a « contractualist » perspective of society, based on the assertion both of the consumer's freedom – freedom to satisfy his needs or not and freedom to choose – and of the equality of the economic partners being present;
- the needs thus expressed will naturally guide the activities of production and of distribution on the market, the final purpose of which is seen as to satisfy a consumer who is presented as being « sovereign ».

2 M. Wiewiorka, 14.

A second approach to the phenomenon of consumption locates the latter more rightly within an overall economic cycle, production – distribution – consumption, and stresses the relation of dependence existing between the function of consumption and the two other functions. The empirical examination of the conditions in which the exchanges are carried out in the market system leads to reverse the parameters: from *sovereign*, the consumer finds himself more the *victim* of a process over which he has no control. «Social standards of consumption»³, defined by the producers and distributors, determine his choices. In this respect a «detour of consumption»⁴ has been evoked, namely the appropriation of the process of consumption by the force of production.

Several techniques enable economic operators to ensure the support of demands on the market: advertising messages, selling methods and aggressive trading practices, techniques of incitement to credit, artificial differentiation of the products proposed for consumption, planned obsolescence of the products put on the market, etc. Standards of behaviour are thus dictated, the effect of which is to integrate the modes of consumption in the conditions of production and distribution. The consumer therefore loses control over the function of consumption, and the «contractualist» vision of the relationships of consumption is deprived of its foundation. The spontaneity of the customer's choices, the freedom and rationality of these prove very theoretical indeed. On the market, the consumer does therefore not play the decisive part that the economic theory attributes to him.

In front of this situation of widely unbalanced powers, the movement in favour of consumer protection appeals to the creation of organizations setting as their statutory purpose to represent the interests of consumers and to form a «consumer countervailing power». The collective dimension of the relationships of consumption is highlighted: the detrimental situation in which a consumer happens to be is indeed shared by masses of other consumers; the harm done to a consumer will most probably be done to all those who, placed in the same conditions of dependence, will have posed the same act; consumption is perceived as a mass of individually posed acts and repeated by a mass of individuals. An author speaks of «consommariat», thus referring to the group of consumers, which, though diffuse, is bound together by the common character of an unavoidable relationship with commodity consumption as a means of existence⁵.

Hence a «collective interest of consumers» emerges, which is specific and distinct from the general public interest and will have to be recognized and promoted in the same way as the social order has recognized and tried to protect other collective interests, such as those of workers organized in trade unions or those of professionals gathered in associations, federations, chambers of commerce, professional orders or other representative groups.

³ This concept is developed by M. Aglietta about the conditions of wage-earners, quoted in footnote 2, 131.

⁴ A. Granou, 68.

⁵ G. Delvax, *Mode de production et mode de consommation capitalistes*, Document non publié/document not published, Bruxelles, 1983. Also T. Bourgoignie, G. Delvax, 15 - 16.

The assessment thus made of the position of consumers in the market explains that two types of considerations are put forward to justify the definition of a policy aimed at promoting consumer interests.

First of all, the imbalances which characterize the functioning of the market have to be corrected.

In a perspective of keeping on trusting market mechanisms, the performance of the latter has to be improved by making the necessary corrections on the observed market failures or deficits.

In order to do so, the favoured measures are:

- the fight against practices restraining competition: competition law comes across consumer law especially in supervising monopoly situations and dominant positions, speculation on prices, company mergers, agreements on integrated distribution and situations of exclusivity linked with the ownership of intellectual rights⁶;
- and the improvement of consumer information: the labelling of products, indication of prices, the pre-contractual information obligations, the provision for compulsory statements in contracts will compel the truth to be spoken, whereas the regulations of misleading advertising will see to it that speaking in a deceptive way or creating confusion is prohibited; neutral information sources are promoted, such as comparative testing, information campaigns and advice services provided by consumer organizations or State bodies in charge of consumer protection; the quality of the consumer's consent is ensured by granting to the consumer, in certain contracts or when certain selling methods are used, the possibility to withdraw from his commitments without justification or any penalty (*cooling-off period*), and by further regulating the trading practices considered to be too insistent.

The logic of these interventions remains that of a liberal rhetoric: the primary goal is to have the economic market function better by guaranteeing its competition structure and by providing the consumer with the conditions for exercising his free choice.

According to the same line of logic, the State interventions going beyond competition law and measures intended to improve consumer information will remain an exception and be only justified by the concern to reduce, in proportions more acceptable for the state budget, the external costs linked with certain modes of consumption. It is the case for instance with the cost of the accidents caused by the use of products or of services intended for the consumer (law on the general safety of products, sectorial legislations applicable to drugs, tobacco products, foodstuffs, toys, automobile vehicles, electrical appliances, chemical substances, etc.), and with the social costs linked with consumer over-indebtedness or a credit offer exceeding the capacities for repayment of the borrower.

6 D. Swann, *Competition and consumer protection*, Penguin, Harmondsworth 1979.

Secondly, considerations with a social resonance going beyond the objective of performance of the market place are being put forward. Equal importance was given to such rationales in the policies defined by the States which are regarded as pioneers in consumer law, such as Sweden⁷, France⁸ and Quebec⁹. They are also deemed essential in the *Consumer Protection Charter* passed by Resolution 543 (1973) of 17 May 1973 of the Consultative Assembly of the Council of Europe¹⁰ as well as the first action programme in favour of consumers passed in 1975 by the instances of the European Community¹¹. Later they will represent the very basis of the consumer protection policy passed in Brazil¹².

Within such a social-oriented approach, the following concerns are highlighted:

- the egalitarian ideal or the concern for distributive justice which drives consumer law: the search for a greater diffusion of resources and power in society, notably through mechanisms of solidarity in the sharing and the compensation of some of the risks brought about by consumer society (responsibility because of defective products, sharing of risks linked with consumer over-indebtedness, etc.);
- the proclamation of fundamental or basic consumer rights in national consumer legislation or even the Constitution Acts of several States¹³;

7 U. Bernitz, J. Draper, *Consumer protection in Sweden: legislation, institutions and practice*, Institute of intellectual property and market law, Stockholm University, Stockholm 1981.

8 If one leaves out the law of 1 August 1905 on frauds and falsifications, the most important texts date from the 1970s: see J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris 2003, 29 – 30. Also L. Bihl, *Une histoire du mouvement consommateur, mille ans de luttes*, Aubier, Paris 1984.

9 Quebec is the first country in the world to adopt a specific framework legislation in the area of consumer protection, with the passing, in 1971 of the *Consumer Protection Act* (L.R.Q., c.P-40.1). See C. Masse, “Fondement historique de l’évolution du droit québécois de la consommation” in: *Mélanges en l’honneur de Claude Masse. En quête de justice et d’équité*, (ed. P. C. Lafond) Yvon Blais, Cowansville 2003, 37 - 118. Also, C. Masse, *Loi sur la protection du consommateur. Analyse et commentaires*, Yvon Blais, Cowansville 1999.

10 On the preparation of the Charter and its contents, see J. E. Frey, F. J. Warin, “European consumer protection: the Council of Europe Charter initiative”, *Law and Policy in Int. Business*, 1974, 1107 – 1131.

11 Resolution of the Council of 14 April 1975 concerning a preliminary programme of the European Economic Community for a policy of protection and information of consumers, *Official Journal of the European Community*, 25 April 1975, C 92/1. On this programme and its orientations, see T. Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, p.115 to 121 and 235 to 242. Also: T. Bourgoignie, “Droit et politique communautaires de la consommation : une évaluation des acquis” in: *Mélanges en l’honneur de Claude Masse. En quête de justice et d’équité* (ed. P. Lafond) Yvon Blais, Cowansville 2003, 276-281; T. Bourgoignie, “Consumer law and the European Community: issues and prospects”, in: T. Bourgoignie, D. Trubek, *Consumer Law, Common Markets and Federalism*, Walter de Gruyter, Berlin, New York 1987, 102 – 109.

12 At the end of a vast social movement and of a deep reflection in the academic, social and legal circles, Brazil adopted, in 1990, a *Consumption Code* by the Act 8.078/90. This Code represents to this day the most elaborate normative set-up for the protection of consumer interests. On the Code and its coming into force, see the references quoted *infra* under footnote 38.

13 The pioneering States have been Spain, Portugal, the Philippines and Brazil.

- the obligation for States to guarantee consumers a minimum level of protection, not only speaking of their physical integrity, but also of their economic interests and their purchasing power;
- the demand for equity in consumption transactions, justifying the prohibition of unfair terms in contracts or trading practices deemed too aggressive;
- the democratic ideal or the need to ensure the participation of consumers, by means of representative organizations, in the various places where the decisions concerning them are taken;
- the necessity to ensure representation of the consumer collective interest before courts;
- the need to develop the education of citizens concerning consumption problems;
- the requirement to ensure an effective access of consumers to law and justice;
- the need to be concerned with the lot of the most vulnerable citizens, who, not belonging to the class of « *information seekers* »¹⁴, do not have either the education level or the necessary resources to take advantage of the efforts made with a view to protecting consumers¹⁵.

The framework thus mapped out is moving away from the vision held by the theory of the individual consumer. The intervention of public authorities is deemed a priority and their responsibility acknowledged in the formulation and implementation of an integrated, active and social policy of consumer protection. In this perspective, the regulation tool is favoured. Authors' works on the theory of consumer law stress the so-called « adaptative » (in the Anglo-American sense of « *responsive law* »¹⁶), participative, « reflexive »¹⁷ and collective characters of this discipline.

The real challenges of consumer law and policy are thus identified and its interdisciplinary and transversal vocation confirmed.

Beyond law, the policy of consumer protection, intrinsically linked with its socio-economic environment, concerns the economy, management sciences, psy-

14 H. Thorelli, H. Becker, J. Engledow, *The information seekers. An international study of consumer information and advertising image*, Ballinger, Cambridge (Mass.) 1975.

15 See T. Bourgoignie, "La protection des consommateurs économiquement faibles ou le consommateur oublié", in: *Droits des pauvres. Pauvre droit ?*, Editions du Jeune Barreau, Cabay, Louvain-la-Neuve 1984, 149 – 162.

16 P. Nonet, P. Selznick, *Law and society in transition: towards responsive law*, Harper, New-York 1978.

17 T. Bourgoignie, *quoted* in footnote 2, 155 – 184. The essay applies to the sector of consumption the concepts emitted by Gunther Teubner and François Ost in the following publications: G. Teubner, "Substantive and reflexive elements in modern law", *Law and Society Review* 17(2)/1983, 239 – 285; F. Ost, "Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice", in: F. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1983, 1 – 70.

chology and sociology. Several of these aspects imply the knowledge of applied sciences, such as the regulation of the composition and the evaluation of the dangerous character of foodstuffs, drugs or chemical products.

Within the legal order itself, consumer law resists the application of the traditional criteria of classification of legal disciplines according to the nature of the rules studied. It rather pertains, as labour law, environmental law or competition law, to a classification based on the function of the legal rule. This functional classification crosses the various disciplines of the traditional legal categories¹⁸.

Consumer law calls out to the majority of the other legal disciplines. We are thinking mostly about contract law¹⁹, torts²⁰, civil procedure law and disputes resolution in general²¹, unfair competition²², administrative law²³ and human rights²⁴. But its sphere of intervention is not limited to any of them. Any attempt to lock up consumer law in one discipline or another, such as the law of obligations or competition law, would undermine in a direct way the very nature, the objectives and the scope of this discipline.

Likewise, it would be much too reductive to make of the policy of consumer protection the by-product of the competition policy or, at the regional and international levels, of the free trade or internal market policy. To limit the interventions in favour of consumers to the sole initiatives having a direct effect on the good functioning of the market and to favour to that end the tools of intervention of the informational and/or competitive type would result in limiting the benefit of the initiatives taken in favour of consumers to the only consumers able to make real use of the instruments of choice

18 T. Bourgoignie, quoted in footnote 2, 186.

19 See, for example, the concepts of unfair terms, cooling-off periods, and conformity guarantee. D. Mazeaud, "Droit commun des contrats et droit de la consommation. Nouvelles frontières?", in : *Études de droit de la consommation. Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz 2004, 697 – 723; J. Calais –Auloy, « Le nouveau droit de la garantie » in: *La protection du consommateur sur la scène internationale: regards croisés* (ed. T. Bourgoignie), Yvon Blais, Cowansville 2006.

20 See the particular regimes of liability and of sharing of the risks drawn up at the expense of the producers of defective products, of the producers and distributors of unsafe consumer products, of tour operators, of healthcare providers, and of credit providers. These developments have led to a debate on the relevance of acknowledging a new fact generating responsibility in the field of consumer relationships around the concept of the «legitimate expectations of the consumers»: T. Bourgoignie, "A la recherche d'un fait générateur de responsabilité unique et autonome dans les rapports de consommation: le défaut de conformité à l'attente légitime du consommateur", in: *Law and diffuse interests in the European legal order* (eds. L. Krämer, H. W. Micklitz, K. Tonner), Nomos, Baden-Baden 1998, 221 – 243.

21 Especially when advocating for collective redress procedures and simplified mechanisms for consumers to have access to the courts system.

22 By the control that it exercises over unfair commercial practices, including misleading and unfair forms of advertising.

23 Illustrations thereof are the measures taken in order to protect the users of services of general economic interest, the emergence of new principles of administrative action such as the precautionary principle or participatory governance, and the building up of an adequate institutional framework for monitoring the market.

24 The consumer's fundamental rights recognized in the Resolution 39/248 of the United Nations are used as a framework for multiple consumer protection laws, and are even taken up in the constitutions of several States throughout the world.

and decision put at their disposal. Consumer law itself would then become a factor of social divide in contributing to the emergence of a dual society in which the « average » consumers would become more and more protected and the more vulnerable consumers would find themselves excluded from the protection modes put into place.

The chance of having the emerging consumer society contribute to such a social fracture is even more real in transitional economies like Serbia.

The transversality of consumer law does not at all prevent it from having been built over the years as a specific and distinct discipline. Its specificity comes from the particular function which characterizes it, namely to promote and protect the interests of the citizen acting in his function of consumer. Consumer law is being built around a single connecting thread, i.e. the interest of the consumer.

«The autonomy (of consumer law) stems from the specific reading that this law means to make of the existing legal phenomena. Consumer law stands out in that it sheds on trading relationships a different light than that usually shed by the other legal disciplines. It tackles legal situations in which the citizen finds himself from the angle of a newly acknowledged subject: the consumer (...); it is animated by an underlying and homogeneous idea which leads the whole of its manifestations: the necessity to promote the interests of consumers in front of the power of their economic partners, producers, distributors and service providers. (...) To assert the specificity of consumer law amounts to reveal the new point of view that this law means to serve and promote»²⁵.

This specificity causes consumer law to occupy, in a more or less complete way, depending on the country, an autonomous position within the legal system²⁶.

3. THE CONSUMER IN THE CONTEMPORARY ECONOMIC ORDER

The considerations which have justified the emergence and development of consumer protection in the last decades in European countries, as elsewhere, remain fully valid in 2013. The economic model dominating nowadays remains a model of a «contractualist» and individualist type (3.1.). The commonly denounced flaws of the market remain present, new products and services are offered to the consumer, new trading practices are introduced (3.2.). The need to protect the consumer is even more obvious in economies in transition, such as in Serbia (3.3.).

3.1. A mainly «contractualist» and individual approach

The application in numerous countries of more liberal economic policies has brought into focus again the principles of the theory of the individual consumer. In

²⁵ T. Bourgoignie, quoted in footnote 2, 203.

²⁶ On the autonomy of consumer law, see P. Galindo de Fonseca, *L'émergence d'un droit autonome de la consommation au Brésil et au Québec*, PhD thesis in law (director: T. Bourgoignie), UQAM (Montréal, Canada), 520 pages, to be published in 2014.

spite of obvious achievements in the fields of the recognition and of the protection of the collective interests of consumers, the achieved benefits of consumer law mainly reflect the rationales linked to the good functioning or performance of the market.

- 1) Most of the achieved benefits relate to consumer information and concern price transparency, informative labelling, pre-contractual disclosure requirements, the granting to the consumer of a cooling-off period in certain circumstances, more formalism in the formation of contracts, the prohibition of misleading advertising, the admission of comparative advertising, the regulation of commercial practices deemed too aggressive for the consumer and warnings about product-related risks.

Even in the presence of products whose lack of safety is proven, information is often preferred to prohibition or to restrictions of commercialization. The debates surrounding the commercialization of tobacco and of genetically modified organisms or the use of fat contents in foodstuffs are an illustration of this.

- 2) The dominant model keeps on trusting the faculty of action and of choice of the individual consumer: the models of the north-American *class action* and of the collective action of Quebec are accepted with difficulty in a majority of countries, including European countries; the reinforcement of the control of unfair terms in contracts does not go as far as proposing an alternative to the individual process of negotiation of the contract, such as the conclusion of «collective consumer agreements».

Social deregulation has reached consumer law like other disciplines: the voluntary standard prevails over regulation or tries to impose itself in subjects as sensitive for the consumer as the labelling of consumer goods (voluntary certifications, quality labels and markings, etc.), the standardization of products intended for the consumer and the definition of their criteria of quality, of safety, of performance, of composition and of presentation (voluntary standards defined by the standardization agencies), the regulation of advertising or trading practices (definition of codes of good behaviour) and the settlement of disputes opposing consumers and professionals (laying down of alternative modes of dispute settlement appealing to mediation).

On top of their voluntary nature, these forms of social deregulation are generally characterized also by their unilateral nature, rather than participative, the representation of consumer interests remaining either nonexistent, or in serious deficit, in the process of elaboration of the defined instruments as well as in the monitoring of their actual application.

3.2. Market imbalances and failures have not disappeared

Contemporary consumer markets remain penetrated by numerous imbalances to the detriment of the consumer.

1) Informational failure

Among the observations allowing confirmation of this market failure or deficit, one especially notes:

- The insufficient transparency of prices in numerous sectors of the economy, including economic services of general interest;
- The lack of effectiveness of the pre-contractual information obligation since it materializes most of the time at the very moment of the signing of the contract and not in a prior period enabling the consumer to acquaint himself with the information data which are communicated to him and to compare various offers on the market;
- The impossibility for a potential buyer to have communicated to him in advance the text of the general terms of contract applicable;
- The predominance and omnipresence of advertising, whose goal is not to inform the consumer but to promote the commercialization of a good or service, in comparison to neutral or objective sources of information, such as comparative tests and public information campaigns;
- The difficulty of reconciling the demands of an increased formalism in the conclusion of contracts with the reality of new technologies of communication, of transaction and of payment;
- The diversification of the profile of the population in a multicultural society of consumers, calling for new needs and modes of information;
- The growing technicality and complexity of products and services put on the market, making the communication of pertinent, complete and intelligible information more difficult;
- The new expectations of consumers regarding information, for instance concerning the environmental behaviour of the product, its mode of production and the respect of social or ethical standards in the process of production.
- In a society which is more and more dual, the divide is deepening between consumers who have the means, through their education or income, to gain access to available information and the consumers excluded from the benefits of consumer society.

The reference consumer remains the «average» consumer, who is expected to have the ability to consent, in a rational and enlightened manner, to the enticements of the market. This perception of the consumer appears as a fiction which the analysis of consumer behaviour also questions. Several recent studies on « behavioural economics »²⁷ do indeed reveal:

²⁷ For instance, P. Diamond, H. Vartianen (eds.) *Behavioral Economics and Its Applications*, Princeton, Princeton University Press 2007.

- the rarity of the use made by the consumer of the cooling-off period or right of unilateral withdrawal from the contract which he is being granted in some contracts²⁸ ;
- the counterproductive effect of a surplus of information, the consumer having a tendency, in front of voluminous and non-selective information, to give up his wish to seek for more information;
- the «limited rationality» with which consumer's decisions are made.

These above observations lead us to strongly question the approach commonly put forward by the tenants of law and economics, according to whom State intervention in favour of consumers should « bank as much as possible on the light intervention represented by information measures»²⁹. Such an approach will not be more successful in the future than it was in the past.

2) Normative failure or deficit

There continue to be multiple holes in the protection net put into place in favour of consumers on the market place. The following factors are among the causes:

- Disruptions to the competitive structure of the market of the competition market, as a result of abuses of dominant position and of practices restrictive of competition.
- The increased vulnerability of the consumer in certain economic sectors, such as credit and financial services in particular, telecommunications and economic services of general interest.
- The confusion which still exists in practice between what falls within the minimum level of protection guaranteed by law and other protective measures offered to the consumer as the result of a voluntary marketing practice: the matter of legal and commercial guarantees applicable in sales contracts illustrates this confusion perfectly.
- The multiplication and diversification of selling methods and of promotion practices.
- The introduction of new modes of communication, transaction and payment whose access or comprehension by the consumer can prove to be difficult.
- The obstacles put in the way of the application of the provisions of the general law on consumer protection to the products or services being subject to particular laws or vertical rules; such a conflict of laws is common

28 P. Rekaiti, R. van den Bergh, "Cooling-off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States: a Comparative Law and Economics Approach", *Journal of Consumer Policy*, 23(4)/2000, 371 – 408.

29 E. Mackaay, "L'analyse économique du droit de la consommation", in Th. Bourgoignie (ed.), *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais 2008, 237; E. Mackaay, St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris/Montréal, Dalloz/Thémis 2008.

in the sectors of financial services and insurance, economic services of general interest and telecommunications.

- The abstract character of several provisions introduced in consumer: to precise rules are often favoured general dispositions introducing abstract standards of behaviour, whose indicative effect for the parties remains weak and the preventive impact limited. Examples thereof are the concepts of « unfair » terms in consumer contracts, the guarantee of «conformity of the product with the contract», «the legitimate expectations of the consumer», the obligation to put only « safe » products on the market, the obligation to guarantee the «normal» use of a consumer good during a «reasonable» period, and the «unfair» or «improper» character of a commercial practice or of a selling method. Such abstract standards, though they present the advantage of giving to the concerned provisions the vocation to apply in a broad manner, hinder legal certainty and introduce a flexibility that is often used to the detriment of the consumer. Their interpretation in favour of the consumer will depend on the own judgment and interpretation of the judge of his sensitivity concerning the aspirations or needs of the consumer.
- The lack of effectiveness which characterizes too often the system of protection put into place in favour of consumers because of the absence of an adequate and coordinated system of market surveillance, of insufficiently deterrent sanctions and of obstacles to access to courts by consumers³⁰.

3) Safety failure or deficit

The reports published each year by the European Commission on the functioning of the System for the Rapid Exchange of Information on Dangerous Products (RAPEX) operating between the 28 member countries of the European Union³¹ clearly reveal the unsafe environment in which consumers remain when using products placed on the market.

The reasons for this are multiple:

- National legal and institutional frameworks for consumer safety policy often remains sectoral or dispersed.
- The absence of general safety obligations applicable to the field of services.
- A reductive vision of product safety, the latter being defined as the conformity of the product to the standards, compulsory or voluntary, in force. Yet, these reference standards, elaborated with the active par-

³⁰ T. Bourgoignie, *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, Éditions Yvon Blais, Cowansville 2008, 265; P. C. Lafond, *L'accès des consommateurs à la justice*, Éditions Yvon Blais, Cowansville 2010, 180.

³¹ The last report on the European RAPEX was published in 2013 by the European Commission: *Keeping European consumers safe. RAPEX Report 2012*, 68.

ticipation of the economic operators themselves, can prove to be insufficiently protective or not to correspond to the expectations of consumers on the safety level that products should meet.

- The absence of independent and systematized sources enabling responsible public authorities to be informed of the risks linked with the use of consumer products and services or to detect them in due time.
- The difficulties of assessing the real and potential risks, in the short and the long term, of many products and services put on the market.
- The flaws in the market surveillance system, which may be remain mostly reactive, punctual, not efficient enough and lack coordination.

4) Democracy deficit

The participation of consumers in committees taking decisions which concern consumer interests remains, in numerous countries, limited because of poor participatory governance from State authorities or the lack of capacity of consumer organizations themselves. These may not have the human and financial resources or the expertise required to voice their concerns and opinions on all consumer-related subject matters, or to participate in all consultation procedures and decision-making bodies, public or private.

Besides, still a majority of countries hesitate to admit that consumer organizations are declared eligible to represent individual consumers or, in a more general manner the collective interest of consumers in front of the courts.

3.3. Aggravated market failures in transitional economies

In transitional economies, such as Serbia, consumer markets suffer from aggravated failures. The reasons for such increased imbalances between economic operators and consumers especially stem from the following factors:

- The low awareness of the public in general about consumer rights and obligations.
- The limited purchasing power of consumers, prone to getting into debt in an excessive way to profit from the advantages of consumer society, and little prone to consider criteria of choice other than the price of the products put on the market.
- The marginal position and lack of resources of the administrative unit established by the public authorities to specifically deal with consumer protection policy.
- The absence of training of judges on consumer law issues.
- The same lack of training of market surveillance authorities in new areas such as consumer protection.

- Consumer protection organizations remain weak and not coordinated.
- The hesitations of the legal doctrine to admit consumer law as a new and specific branch of the legal system.

4. STRATEGY OF ACTION IN FAVOUR OF CONSUMERS

Three priorities are set with the purpose of consolidating and/or strengthening the contribution of consumer law to the implementation of an active consumer protection policy:

- To consolidate the legislation applicable to the promotion and protection of consumer interests (4.1.).
- To reinforce the institutional framework put in place for the definition and implementation of consumer protection policy (4.2.).
- To broaden the field of application of consumer protection policy, especially by application of the «principle of integration» (4.3.).

It is interesting to note that the *National Strategy on Consumer Protection for the Period 2013 to 2018* recently adopted by the Serbian government includes in an explicit way the three priorities suggested³².

4.1. To consolidate the consumer law *Acquis*

Such a consolidation shall be achieved through a constant reassessment and update of the provisions in force (1), the reinforcement of the coherence of the normative framework defined in favour of consumers (2), the confirmation of the specificity or autonomy of this new discipline (3), and the increase of its visibility (4).

1) To assess and update the *Acquis*

Consumer law is part of markets which are in constant and rapid evolution. The legal provisions in force must therefore be subject to a regular revision process with a view to ensuring that they continue to provide consumers with a high level of protection.

In Serbia, concerns for more clarification and update of several of the provisions of the *Consumer Protection Act* explain why a proposal for a new law bound to replace the one of 2010 has been prepared and is being currently discussed.

2) To reinforce the internal and external coherence of existing law

Even if consumer protection is usually the object of a framework-law or general law, such as in Serbia with the *Consumer Protection Act* of 2010, a significant

³² *Nacrt strategije zaštite potrošača za period 2013-2018*, juli 2013, 46.

number of other legislations also concern, entirely or partially, the protection of consumer interests. Such are general legislations as those relating to contracts and obligations, civil procedure, product safety, competition, the protection of privacy and of personal data, etc. Such are also multiple vertical laws, which apply to the sectors of pharmaceuticals, foodstuffs, chemical products and substances, cosmetic products, toys, electrical appliances, financial products and services, telecommunication services, transport services, travels, healthcare provision, etc.

The goal is to ensure global coherence of the normative system which is applicable to the protection of consumer interests.

Several initiatives will contribute to this:

- The definition of guiding principles having to lead the action of authorities and of the legislator in the field of consumer protection: following the example of what was done many years ago in the area of environment protection, guiding principles in the area of consumer protection policy should be identified and defined. The experience and achievements made in recent years in the field of consumer protection, and also the analogy with the guiding principles retained in the environmental field, enable these principles to be defined rather easily.

Namely the principles of integration - the taking into account of considerations concerning consumer protection in the other public policies³³-, the precautionary rule, preventive action, correction at the source, and the equation «risk creator = payer».³⁴

It is interesting to note that the drafters of the National Strategy on Consumer Protection recently adopted in Serbia have actually stated to state such guiding principles in the introductory part of the strategy³⁵.

- The clarification of the relation between the provisions of the general law on consumer protection and these of the civil code or law on obligations.
- The confirmation of the imperative character of the provisions of the general law on consumer protection.
- The confirmation of the complementarity between the general law on consumer protection and vertical or sectoral legislations, the vertical law provisions pre-empting these of the general law only if they offer the consumer a higher level of protection.

The currently discussed proposal for a new law on consumer protection in Serbia includes, in its Article 3, a provision similar to such a rule of complementarity.

- The harmonization of the concepts being used, such as the notions of consumer, producer or defective product, and of some protection rules, such as the duration of the withdrawal periods granted to the consumer in the

³³ On the principle of integration, see below.

³⁴ On the definition of guiding principles in the field of environment, their scope and their application, see L. Kraemer, *EC Environmental Law*, Sweet & Maxwell, London 2003, 13 - 26.

³⁵ *Nacrt strategije zaštite potrošača za period 2013-2018*, juli 2013.

framework of certain contracts or of certain selling methods, remedies made available to the consumer and the amount of criminal penalties applicable in case of infringements to the law.

We are also of the opinion that a codification process of consumer law would help to bring structure and coherence to this legal discipline³⁶. Pioneers in this have been Brazil with the adoption of the Consumer Code in 1990³⁷ and France, which adopted a *Code de la consommation* in 1993³⁸. In Europe, proposals of codification have been drawn in numerous countries, such as Belgium³⁹, Portugal⁴⁰ and Italy⁴¹, of which several have actually come into force. The tendency towards codification of consumer law is also observed in the Americas. The Brazilian code is spreading in South America; in Quebec, an important project of codification of consumer law has been drawn in 2010 by legal scholars and submitted to the governmental *Office de la protection du consommateur* for adoption⁴².

3) To confirm the specificity or autonomy of consumer law

Consumer law, as we have seen, has a transversal or horizontal vocation. Besides, some of the legal solutions that it adopts contribute to the evolution of the law in other legal disciplines, such as contracts in general⁴³. This inter-disciplinarity of consumer law does not however deprive it of its specificity.

³⁶ On the process of codification of consumer law, its advantages and dangers, see T. Bourgoignie, “Lois générales sur la protection du consommateur et codes de la consommation en Europe”, in: F. Maniet (ed.), 227 – 239.

³⁷ Law 8.078/90. On the Brazilian legislation, its background history and its current provisions, one will especially refer to C. Lima – Marques, V. Herman, A. Benjamin, B. Miragem, “*Comentários no código de defesa do consumidor*”, Ed. Revista dos tribunais, Sao Paulo 2004, and the abundant bibliography in appendix. For a recent description, see C. Lima-Marques, “L’expérience de codification et de réforme du droit de la consommation au Brésil”, in: F. Maniet (ed.), 187 - 215.

³⁸ Law n° 93-949 of 26 July 1993 relating to the consumption code (legislative part); decree n° 97-298 of 27 March 1997 relating to the consumption code (regulation part). For an evaluation of the Code, one will read J. Calais-Auloy, *L’expérience de la réforme du droit de la consommation en France*, in: F. Maniet, p. 217 – 226.

³⁹ T. Bourgoignie, *Propositions pour une Loi générale sur la protection du consommateur: Rapport final de la Commission d’Étude pour la Réforme du Droit de la Consommation*, Bruxelles, Ministry for Economic Affairs, 1995. For a comment, T. Bourgoignie, “Propositions pour une nouvelle loi sur la protection du consommateur en Belgique”, in: *Le droit des affaires en évolution. L’entreprise et son client*, Association des Juristes d’Entreprise, Bruylant, Bruxelles 1997, 3 – 29.

⁴⁰ Our colleague Antonio Pinto Monteiro (Faculty of law, University of Coimbra) presides over the works of the Commission responsible for the codification of consumer law in Portugal.

⁴¹ Legislative decree 206 of 6 September 2005.

⁴² T. Bourgoignie, P. C. Lafond, L. Rouillard, *Propositions pour une codification du droit de la consommation au Québec*, 2010, GREDICC Montréal, 320 pages. Also: P. C. Lafond, “Pour un code québécois de la consommation”, in: F. Maniet, 169 – 185; P. C. Lafond, “Plaidoyer pour un code de la consommation au Québec”, in: *Mélanges Jean Pineau*, B. Moore (ed.), Thémis, Montreal 2003, 87 – 104.

⁴³ N. Sauphanor – Brouillard, *L’influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, Paris 2000; also T. Bourgoignie, “L’impact du droit communautaire de la consommation sur le droit privé des États membres”, in: *L’harmonisation du droit des contrats en Europe*, C. Jamin, D. Mazeaud (eds), Paris, Economica 2001, 59 - 81.

Hence the specific and distinct place occupied by consumer law among other legal disciplines should be confirmed or advocated for.

The specificity of consumer law justifies that a separate legal framework be set up in favour of consumers and that the standards of protection applicable in this legal discipline be drifting away from the ordinary law of obligations. It also calls for specific institutions to be put in place within the governmental and administrative structures in order to decide on the orientations of consumer protection policy and to ensure effective implementation of the provisions in force.

Legal scholars also has an important role to play in this respect by developing research and publishing works dealing specifically with consumer law and by introducing consumer law as a separate course in law schools curricula.

4) To increase the visibility of the normative arsenal put in place

Making the legal framework set up in the area of consumer protection visible and known will make compliance to the new rules by economic operators more likely, such as reference to them by judges and knowledge or awareness by consumers themselves. The very effectiveness of consumer legislations is at stake.

4.2. To reinforce the existing institutional framework for consumer protection

This reinforcement will be achieved through the consolidation (in the countries where an adequate system is already in place) or the introduction (in other countries) of a public institutional system that is clearly designated, specific, endowed with sufficient and coordinated resources, and coordinated. The institutional framework should also leave ample room for the participation of the directly interested stakeholders, meaning that the development of non-governmental organizations of consumer protection should be encouraged where such organizations remain weak.

To which especially contribute:

- The attribution to a clearly designated governmental or administrative authority of the main responsibility for taking initiatives and supervising public activities in the field of consumer protection.
- The prevention of conflicts of interests between the scope of activities of the consumer protection authority with interests such as trade, industry and competition.
- The design of a system of market surveillance that is efficient, coordinated and endowed with broad investigation and direct decision-making powers in case of infringements.

- The attribution to the competent institutions of the human, financial and technical resources required to exercise their missions.
- The setting up of mechanisms ensuring effective coordination with the other institutions whose field of competences cover, directly or not, matters relating to the interests of consumers.
- The definition of proceedings or the setting up of bodies ensuring the participation of representatives of consumers and of economic operators in the decision-making processes.
- Support given to the development of representative consumer organizations.
- The definition of a broad range of tools, both public and private, for the enforcement of existing consumer protection provisions.

4.3. To favour the extension and integration of consumer protection policy

Nothing justifies the limitation of the protection recognized for the citizen in his function of consumption to certain products or certain services. If the rules of protection may vary according to the nature of products and services, the vocation of consumer protection rules is to apply to all products and all services placed on the market: tangible movable property, finished products or raw materials, perishable or sustainable products, natural or industrial products, real estate, services of repair, maintenance and cleaning, activities of manufacture or renovation, banking and financial services, practice of the professions, healthcare provision, insurance and transport services, provision of meals and accommodation, tour operating and provision of tourism services, postal services and telecommunications, energy distribution and drinking water supply, etc.

Experience in the field reveals that some sectors, although consumers are directly interested in them, succeed in escaping the application of the provisions of the general legislation on consumer protection. This is often the case with real estate operations, professional services (healthcare provision, architects, notaries, and lawyers), financial services (insurance, credit, savings, investments, methods of payment) and the public utilities or economic services of general interest. Special attention should from now on be paid to these sectors.

The integration of consumer law and policy into other national policies should also be promoted, forcing the decision-makers, particularly in the fields of competition, public health, agriculture, food safety, trade, financial services, transports, tourism and research, to take into account considerations linked to consumer protection.

This approach will be in line with the principle of integration which is now enshrined in EU treaties. Introduced for the first time in 1997 in paragraph 2 of Article 153 of the Treaty, the principle of integration was confirmed by Article 38 of the Charter of fundamental rights of the European Union and finds itself given the force

of a «provision of general application» by Article 12 of the Treaty on the functioning of the European Union such as consolidated by the Treaty of Lisbon of 2010.

The currently discussed proposal for a new general law on consumer protection in Serbia includes, in Article 3, last paragraph, an explicit reference to the integration principle.

5. FACING STRUCTURAL CHALLENGES

To assess the objectives, scope and legal instruments of consumer protection policy today implies that an evaluation be made of whether this policy is able or not to cope with two structural of fundamental shifts in contemporary consumer markets: on one hand, the opening of markets in the context of market regionalization and globalization (5.1.) and, on the other hand, sustainable development policy goals and constraints (5.2.).

5.1. Regionalization and globalization of consumer markets

Consumption patterns must henceforth be considered in the context of an open economy within economically integrated regional markets⁴⁴ and even within a globalised economy⁴⁵.

At the international level, trade agreements are concluded and institutions put in place, which are intended to work for the construction of an enlarged or single market through the liberalisation of product and service flows and the gradual disappearance of tariff and non-tariff obstacles to free-trade. Economically integrated regional zones emerge across the world⁴⁶. As far as Serbia is concerned, the most relevant on-going regional integration process is that of the European Union, which Serbia is expected to get accession to.

Evaluating the effects of market regionalization or globalization on the position of consumers in the markets leads to formulate the five following considerations:

- The internationalization of markets reinforces the imbalances, both individual and collective, which already affect the position of consumers on national markets (1).

44 T. Bourgoignie, J. St-Pierre, “Le statut de la politique de protection du consommateur dans les systèmes régionaux économiquement intégrés. Une première évaluation comparative”, *Revue Québécoise de Droit International*, March 2009; T. Bourgoignie, “Les nouveaux enjeux nés du contexte international” in: F. Maniet, 71 – 80.

45 Marrakech agreement establishing the World Trade Organization, 15 April 1994.

46 For example: the European Union (presently comprising 28 European countries), the NAFTA (North American Free Trade Agreement between the government of Canada, the government of the United-States and the government of Mexico), the MERCOSUR (Common market of South American countries), the CARICOM (Caribbean Community, 17 member countries), the Gulf Cooperation Council (comprising 7 countries from the Arab Gulf).

- Even within such an internationalization process, the implementation of the consumer protection law remains mostly the responsibility of the national authorities (2).
- However, decision as to the legitimacy of national consumer protection measures is being placed under the control of regional and international institutions, who are given the authority to call for the abolition of a measure held as an unjustified obstacle or barrier to trade (3).
- Growing awareness of the globalisation of consumption patterns progressively leads to new consumer behaviour, likely to have a decisive impact on consumption and production patterns world-wide (4).
- Legal responses to the challenges raised by the opening of consumer markets must be sought for at the regional and international levels; this goes further than merely promoting the use of comparative law and calls for the construction of a genuine international consumer law which indeed does not exist yet (5).

1) The internationalization of exchanges reinforces imbalances which already afflict the position of the consumer in the market

If one refers to the market deficits enumerated above, international or regional markets present additional imbalances at the expense of the consumer:

- Increased difficulties to access information relating to imported products and services: problems of labelling (especially linked with the language used), placing on the market products and services of which the consumer does not know all the characteristics and features, confrontation to new kinds of advertising messages and commercial practices, etc.;
- The greater distance between the actors in the chain of commercialisation of the product and the absence of traceability, aggravating the anonymous nature of consumer relationships and making even more fictitious the negotiation or actual bargaining of the terms of contracts;
- The increase of risks of accidents linked with the use of consumer products: easier circulation of dangerous products across borders, lesser familiarity of the consumer with imported products, dumping of dangerous products withdrawn from high-regulated national markets to less regulated ones, etc.;
- Additional obstacles to the settlement of cross-border consumer disputes: lack of legal certainty as to the designation of the court which will be declared and the applicable law, costs and duration of international legal proceedings, problems of knowledge of and access to foreign laws;
- The greater difficulty to organize the collective interest of consumers and to ensure its representation in regional and international institutions;

- The lack of obligatory effect of several international law instruments and the transfer by the regional authorities of normative powers to private players whose action will be more a matter of self-discipline: adoption of voluntary standards relating to the quality, safety and performance of products, drafting of codes of good conduct or business ethics, etc.

2) The response given by national authorities to the risks resulting from the expansion of markets remains national

In order not to harm the confidence that consumers will have in the conclusion of international transactions, namely through e-commerce, the national legislator will guarantee the consumer who gets involved on the international market the protection which the national law in force actually grants him. National provisions of consumer protection are declared imperative and contractual terms having the effect of depriving the consumer of the protection which he can claim at the national level find themselves prohibited as being unfair terms. The *Consumer Protection Act* of Serbia confirms these same solutions⁴⁷.

In the event of disputes arising from cross-border consumer contracts, international conventions on private international law designate the place of residence of the consumer as the criterion applicable to select both the competent court and the applicable law.

Besides, while markets are opening, market surveillance systems remain mainly national. Consumer remedies, judicial procedures, enforcement tools, penalties, are mainly the responsibility of the national authorities. Exceptions remain few⁴⁸.

Market surveillance measures with a cross-border effect remain rare. Thus, voluntary or compulsory product recalls or withdrawals taking place in one country generally stop short of preventing the export of this same product to markets abroad; the prohibition of a misleading advertisement, a commercial practice or an unfair term in consumer contracts in one country does not prevent that this same advertisement, practice or term is used in neighbouring countries. At most, national authorities from countries belonging to regionally integrated markets are encouraged to intensify the cooperation between their administrative and judicial authorities⁴⁹.

47 Article 3.

48 Such an exceptional measure is provided for by the European directive of 23 April 2009 on actions for an injunction (*OJ* of 1st May 2009, L110, p. 30). The directive introduces a system of mutual recognition of the admissibility to act of entities qualified at the national level to bring proceedings for injunction.

49 In the European Union, see the Rules of procedure (CE) 2006/2004 of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 relating to the cooperation between the national authorities responsible for attending to the application of the legislation in the field of consumer protection, *OJ* L 364, 09.12.2004, p. 1 to 11 and the recent proposal for Rules of procedure on market surveillance (March 2013). This cooperation can take the form of systems of information exchange administered by regional authorities: the RAPEX or system for the rapid exchange of information on dangerous products is a convincing illustration of this.

And rare are the situations in which regional authorities find themselves bestowed with powers of direct intervention in national consumer markets.⁵⁰

3) In an economic context dominated by the growing concern for the liberalisation of exchanges, the national legislator loses the exclusive control on the legitimacy of the measure adopted in favour of consumers

Market globalization and regionalization place national authorities under the supervision of a regional or international institution whose powers are recognized to define the exceptions admitted to the principle of free trade, to set the criteria of such an admissibility and therefore, to question the validity of a national consumer protection measure.

Fortunately consumer protection and health protection are commonly recognized in the regional integration⁵¹ and international trade⁵² agreements as legitimate exceptions to the application of the rules relating to free trade. Some conditions are nevertheless set to the admissibility of such exceptions, such as the absence of discrimination between national and imported products, the proportionality of the national measure and the least hindering effect possible of the considered measure. Besides, the proof of the combination of these conditions is the responsibility of the State which intends to maintain a protection measure.

Any country subject to the regulations of the World Trade Organization or member of an economically integrated region can thus find itself bound to justify the legitimate character of a measure adopted in the name of consumer protection:

- Is the concerned measure truly justified by consumer protection or should it be viewed as a disguised protectionist measure?
- Does the measure create any discrimination towards imported products?
- Is the measure necessary in order to ensure the protection of the consumer or health?
- Do the imposed prescriptions remain proportional in relation to the objective sought or could they be replaced by a provision less hindering trade?

The risk therefore exists of seeing the regional or international authority call for the abolition of the measure, its non-application to imported products or still its replacement by a measure deemed less hindering. As for example, a rule requiring the adequate labelling of the product or more complete information of the consumer could be seen as a valid substitute for a measure prohibiting or restricting the circulation of the product.

⁵⁰ Even in the event of serious risks linked with the presence of dangerous products on the territory of the European Union, the European Commission has quite limited powers at its disposal.

⁵¹ Alena agreement, article 904; treaty establishing the European Community, article 30

⁵² Gatt agreement, article 20; Agreement on the technical obstacles to free trade, preamble; Agreement on the application of sanitary and phytosanitary measures, article 5.

To shift from a national protective order to an international one requires that the decision-making processes at the regional or international level be clearly defined, transparent and balanced, thus ensuring proper representation of consumer interests. With this regard, one has to conclude to the deficit which characterizes consumer representation in regional and international bodies.

4) Economic globalization is at the origin of a deeper overall fracture, fed especially by consumption and production patterns in countries with most developed economies⁵³

There is a greater awareness by consumers that consumption and production patterns must be revaluated on a global scale. Social, environmental and ethical concerns accompany the emergence of new consumer societies (in India, Brazil, China, in central and eastern European countries) and market globalization.

By revealing to the consumer the interdependence between consumption in one and another part of the world and by stressing the social and environmental stakes set by the development of the world economy, market globalisation has the effect of making consumers aware of the necessity to define production and consumption patterns integrating considerations other than strictly economic ones.

In consumer markets, market globalisation and the search for sustainable and responsible modes of production and consumption therefore represent intrinsically linked stakes⁵⁴.

5) Opening borders calls for the approximation of national laws

Economic considerations obviously require that the opening of borders between countries be accompanied by legal approximation measures. The desire to open borders more widely to commercial flows leads the national legislator to bring his laws closer to those in force in neighbouring countries. Both imports and exports will be all the more facilitated by such a legal approximation process.

If and when limited to these sole commercial considerations, law approximation entails the risk of becoming the tool of a downward levelling of consumer rights in the countries member of the economically integrated region. Indeed, in order not to harm trade, the alignment of consumer protection rules according to the smallest common denominator is likely. This would result in the progressive dismantling of the arsenal of consumer protection rules in force in member States.

To maintain the achievements made at national level in favour of consumers therefore requires working on the progressive approximation of the consumer pro-

⁵³ B. Halweil, L. Mastny (eds.), *The Consumer Society. State of the World 2004*, Worldwatch Institute, Norton and Company, New York 2004.

⁵⁴ E. Mestiri, *Le nouveau consommateur : dimensions éthiques et enjeux planétaires*, L'Harmattan, Paris 2003.

tection measures adopted by the different States member of the same region and also to admit that the common denominator applicable at the regional level will be such as providing consumers throughout the region with a high level of protection.

In searching for this regional common denominator, comparative law certainly has an important role to play. But it goes far beyond the mere transfer of solutions from one country to another. Member countries commit themselves to enter into an in-depth process of law harmonisation, forcing them to reassess existing national laws from the angle of its compatibility with the regional or international normative order.

It must be admitted that international consumer law, unlike international environmental law, remains yet to be built up. International sources of legal protection of consumers are rare. On the other hand, the initiatives aiming at approximating national consumer laws between countries that are members of economically integrated regions represent an exciting laboratory⁵⁵. Among such experiences, the most advanced and most complete is without a doubt the process of harmonisation of the legislative, regulatory and administrative provisions of the member states of the European Union, including the candidate countries⁵⁶.

5.2. The integration into consumer protection policy of considerations linked to sustainable development

The principle of integration as discussed above is also valid the other way round, meaning that the authorities responsible for consumer policy-making have to take into account relevant policy considerations coming from other national policies.

The emergence of the concepts of «sustainable» consumption» and of «responsible consumption» represents the clearest illustration of such an integration model. «Sustainable» consumption compels to integrate into production and consumption patterns the constraints arising from sustainable development and the protection of the environment, whereas «responsible» consumption encourages the consumer to adjust his behaviour according to ethical considerations, such as the prohibition of child labour or promotion of fair trade..

Building bridges between sustainable development policy and consumer protection policy is the bearer of an extremely important potential. Indeed, the fields of interaction between the legal instruments of consumer protection and those aiming at ensuring sustainable development are numerous⁵⁷.

55 See the contributions to the collective book directed by T. Bourgoignie, *L'intégration économique régionale et la protection du consommateur*, Éditions Yvon Blais, Cowansville 2009.

56 For an evaluation of the process of integration of consumer law in the European Union, one will read T. Bourgoignie, "Vers un droit européen de la consommation: unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté ?", *Les Cahiers de Droit*, 2005, 153 – 174.

57 One will read the excellent contributions to the collective book directed by G. Parent (ed.), *Production et consommation durables: de la gouvernance au consommateur-citoyen*, Éditions Yvon Blais, Cowansville 2008, in which mostly M. Friant-Perrot, "La consommation durable et la protection des consommateurs : réflexions sur les nouveaux rapports entre le droit de la consommation et le

Let us name, for example:

- The recognition of the right to a healthy environment has been confirmed as one of the basic rights of the consumer: this is confirmed by the Guidelines on consumer protection adopted by the UN General Assembly in 1985 and amended in 1999; this is also confirmed by Article 2 of the Serbian *Consumer Protection Act* of 2010.
- Measures aimed at improving consumer information on the environmental impact of products placed on the market: eco-labelling, indication of energy consumption of domestic appliances, green advertising, controls on environmental claims, etc.
- Measures aimed at protecting the economic interests of consumers in regard to the sustainability or life expectancy of products placed on the market: mechanisms for sharing the costs relating to the recycling of motor vehicles and other consumer products at the end of their lives, fiscal incentives or disincentives for the use of certain products, supervision of commercial practices encouraging the consumer to behaviours getting him to over-consume or to get into debt in an impulsive and excessive way, revision of the traditional provisions relating to the warranty obligations associated to sale contracts with a view to reinforce the obligations relating to the sustainability of the product, duration of the legal guarantees and the availability of after-sale services and of spare parts, etc.
- Broadening the concept of safety as defined under product safety and product liability legislation in order to cover not only damage caused to the physical integrity of consumers, but also damage to the environment, which could prove especially relevant with regard to chemical products, foodstuffs, genetically modified organisms or nanoparticles, etc.
- The integration of considerations relating to sustainable development and to the protection of the environment in the notion of collective interest of consumers.
- Enhancing joint activities between consumer organizations and associations for the protection of the environment or the promotion of sustainable development.

concept de développement durable”, 567 to 588. Also : T. Bourgoignie, “Du développement durable à la consommation durable: la rencontre entre la politique communautaire de l’environnement et la politique communautaire de protection du consommateur”, in: S. Gerotto (ed.), *Questions choisies de droit comparé de l’environnement*, Cahiers du Département de Droit Comparé, no. 5, Padoue, Coop Libraria Editrice Univerità di Padova (CLEUP), 2002, 129 - 135; M. Renner, “Moving Toward a Less Consumptive Economy”, in: B. Halweil, L. Mastny (eds.) *State of the World 2004 – A Worldwatch Institute Report on Progress Toward a Sustainable Society*, Worldwatch Institute, Washington D.C 2004, 96-119; K. Tonner, “Consumer protection and environmental protection: contradictions and suggested steps towards integration”, *Journal of Consumer Policy* 23(1)/2000, 63 - 78; C. Kye (ed.) *Les politiques communautaires de protection du consommateur et de l’environnement : convergences et divergences*, Collection Droit de la consommation 39, Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve 1999; L. Kraemer, *Consommation durable, Union européenne et consommateurs*, in this same work.

The confluence between consumer protection and considerations linked with sustainable development and the protection of the environment represents a very positive development. Indeed, it compels departing from a much too narrow vision of the goals, scope and nature of consumer protection policy and forces to come back to the actual challenges of the latter.

« Promoting an approach which is critical of the consumption model, and not captive of the latter, consumer protection policy must (...) consider the long term and collective interests of consumers, as well as their short term and individual interests; in case of conflicts, it will try to ensure the prevailing of long term values, such as the quality of the environment, over the immediate quantitative interests, such as the advantage of a lesser price. Consumer's free choice is no longer erected as a fundamental principle, as environmental concerns and sustainable development considerations demand, in certain matters, to depart from it. This questioning goes to the very heart of the consumer protection movement or "consumerism"»⁵⁸.

This debate is also fundamental in that it closely links consumption patterns to production ones. It confirms the statement previously made in this study that consumers find themselves in a situation not of sovereignty but of dependence in relation to the functions of production and of distribution on the markets. To adjust consumption patterns requires changes to the production patterns.

How to request from consumers to behave in a responsible manner if producers go on proving irresponsible?

⁵⁸ T. Bourgoignie, "Droit et politique communautaires de la consommation. Une évaluation des acquis", in: *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris 2002, 123.

Dr Thierry Bourgoignie

Redovni profesor, Direktor Grupe za istraživanje međunarodnog i uporednog potrošačkog prava (GREDICC), Odeljenje za pravne i političke nauke i Pravni fakultet, Univerzitet Kvebek, Montreal

**POLITIKA ZAŠTITE POTROŠAČA I
POTROŠAČKO PRAVO: STVARNI IZAZOVI**

Rezime

Potrošačko pravo se potvrdilo kao nova i važna pravna disciplina. Njegova specifičnost ili autonomija je potvrđena u brojnim pravnim sistemima u svetu. U privredama u tranziciji, kao što je Srbija, potrošačko pravo još treba da se izgrađuje i dostigne formalno utemeljenje.

Bilo da je već izgrađeno ili u fazi razvoja, ne mogu se izbeći razmišljanja o stvarnim ciljevima i vrednostima potrošačkog prava. Da li bi trebalo posmatrati ga kroz pružanje pravnih instrumenata koji bi doprineli konzumerističkom tipu društva zasnovanog na individualizmu, materijalizmu i hedonizmu individualnih potrošača? Ili, da li bi trebalo da se istaknu socijalno orijentisane i zajedničke težnje potrošača?

Novi izazovi, kao što su otvaranje granica ili regionalizacija tržišta, kao i razmatranja održivosti razvojne politike, pojavili su se na savremenim potrošačkim tržištima i primorali da se odstupi od preuskog poimanja ciljeva, obima i prirode politike zaštite potrošača i da se preispitaju njeni aktuelni izazovi. Promene paradigmi su kritične: potrošačev slobodni izbor ili pretpostavljeni suverenitet, što znači da on/ona može da troši ono što on/ona želi kada on/ona to želi nije više izdignuto na nivo osnovnog principa politike zaštite potrošača; a "ugovorna" vizija potrošačkih odnosa nije više u osnovi potrošačkog prava. Traganje za novim modelima potrošnje i proizvodnje, kome bi potrošačko pravo trebalo da doprinese, postaje prioritet.

Ključne reči: zaštita potrošača, potrošačko pravo, potrošačka politika, regionalizacija tržišta, globalizacija tržišta, održiva potrošnja, harmonizacija propisa, tržišni nedostaci

Dr Marko Baretić

Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Zagrebu

ZAŠTITA POTROŠAČA U REPUBLICI HRVATSKOJ NAKON ULASKA U EUROPSKU UNIJU – JESMO LI IMPLEMENTACIJOM EUROPSKOG PRAVA IZGRADILI SUSTAV ZAŠTITE POTROŠAČA?

Rezime

Radom autor analizira trenutno stanje pravnog uređenja zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj s ciljem ocjene da li je i u kojoj mjeri to uređenje moguće kvalificirati sustavom prava. Nakon prikaza recentnog pravnog okvira zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, autor definira kriterije po kojima treba ocijeniti sustavnost, odnosno nesustavnost trenutnog pravnog uređenja zaštite potrošača. Analizirajući pravni okvir recentnog pravnog uređenja zaštite potrošača, unutrašnju strukturu i sadržaj pravila zaštite potrošača, autor zaključuje da je trenutno pravno uređenje zaštite potrošača u Hrvatskoj nedovršeno, dijelom nekonzistentno i nekoherentno te da ga zbog tih razloga u ovom trenutku nije moguće kvalificirati sustavom prava. Zaključno, autor nastoji ponuditi određene mjere koje bi bilo potrebno provesti kako bi se pospješila sistematičnost hrvatskog prava zaštite potrošača.

Ključne riječi: zaštita potrošača, potrošački acquis, hrvatsko pravo, implementacija europskog prava, sustav prava

1. UVOD

Period od početka 21. stoljeća do danas bez ikakve je sumnje predstavljao jedan od najdinamičnijih perioda razvoja hrvatskoga pravnog poretka. Sklapanjem Ugovora o stabilizaciji i pridruživanju s Europskim zajednicama i njihovim državama članicama (dalje u tekstu: SSP)¹ otpočeo je postupak pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji, a time i postupak usklađivanja našeg pravnog poretka s pravnom stečevinom Europske unije (*acquis communautaire*). Nakon negativnih iskustava s državama srednje i istočne Europe koje su postale članicama EU u petom valu proširenja, a koje do njihova ulaska u tu organizaciju mahom nisu uskladile svoje pravo s pravnom stečevinom EU, odlučeno je da će Republika Hrvatska, zajedno s Turskom, otpočeti pregovore o pristupanju EU na temelju nove generacije pristupnih ugovora. Tako se SSP-om Republika Hrvatska obvezala ne samo na to da će nastojati do ulaska u Europsku uniju uskladiti svoje pravo s pravnom stečevinom, već da će do trenutka njezina pristupanja EU u potpunosti implementirati pravnu stečevinu u svoj pravni poredak.² To je iziskivalo od Republike Hrvatske da do ulaska u Europsku uniju, do kojeg je došlo 1. srpnja 2013. godine, zatvori sva pregovaračka poglavlja, što se moglo dogoditi tek kada su Europska unija i njezine države članice potvrdili da su svi elementi pravne stečevine Europske unije u okviru određenog pregovaračkog poglavlja uspješno implementirani u hrvatski pravni poredak.

Zbog toga je period od 2001. godine do 2013. godine obilježila iznimna zakonodavna aktivnost. Kako bi se plastično dočarale proporcije zakonodavne aktivnosti tog perioda, u pravničkoj su se struci spominjali termini poput „zakonodavne historije“, „zakonodavnog stampeđa“ ili „zakonodavnog tsunamija“. I doista, tempo i lakoća donošenja novih propisa, ali isto tako izmjene tek donesenih propisa u tom periodu ponekad su nalikovali stanju historije. Objektivna nemogućnost da pravnička struka i društvo općenito apsorbiraju taj plimni val zakonskih i društvenih promjena, opravdavao je da se to stanje uspoređi sa stampeđom ili posljedicama tsunamija. Naravno, iako načelno simpatične, a u nekim slučajevima i opravdane, takve atribucije onovremenog stanja stvari ipak se čine pretjeranima i u osnovi suviše pojednostavljenima. S jedne strane, iako tempo i način izmjena postojećeg pravnog sustava i njegova usklađivanja sa zahtjevima *acquis*-a koji su viđeni u to vrijeme nikako ne mogu predstavljati idealan obrazac izgradnje pravnog sustava, takav *modus operandi* imao je svoje logično opravdanje. Suočena s činjenicom da neće moći postati članicom Europske unije sve dok u svoj pravni sustav u potpunosti ne implementira cjelokupni *acquis* te ispravno shvaćajući nespornu ekonomsku, političku i općedruštvenu važnost što bržeg ulaska u Europsku uniju, Republika Hrvatska odlučila je ubrzati tempo usklađivanja svoga prava s europskim, prihvaćajući očito pritom rizik

¹ Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, potpisanog u Luxemburgu 29. listopada 2001. godine (*Narodne novine* (dalje u tekstu: NN) međunarodni ugovori (dalje u tekstu: MU) 14/01).

² Detaljnije v. M. Baretić, „Usklađivanje hrvatskog obveznog prava s pravnom stečevinom Europske zajednice“, *Zbornik radova II. skopsko-zagrebačkog pravnog kolokvija*, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ Sveučilišta „Sv. Kiril i Metodij“, Skopje 2009, 55-56.

da bi takav način izgradnje pravnog poretka ponekad možda mogao ići nauštrb njegove kvalitete. S druge strane, unatoč svim manjkavostima takvog načina izgradnje pravnog poretka, mora se priznati da je nakon njegova usklađivanja s *acquis*-om, u pravnom poretku Republike Hrvatske došlo do značajnih kvalitativnih pomaka. Takvo stanje stvari prvenstveno je rezultat činjenice da su implementacijom *acquis*-a u naš pravni poredak ugrađena mnoga kvalitetna rješenja, ali isto tako i činjenice da se unatoč neuobičajeno brzom tempu, prilikom usklađivanja našeg pravnog poretka s pravnom stečevinom ipak vodilo računa o nekim temeljnim pravno-političkim i nomotehničkim postulatima.

Ilustrativan primjer svega onoga što je naprijed rečeno upravo je područje zaštite potrošača. Iako su neki elementi zaštite potrošača u našem pravu bili prisutni od ranije,³ općenito se može reći da pravi razvoj zaštite potrošača u Hrvatskoj vremenski koincidira s pokretanjem postupka pregovora za članstvo u Europskoj uniji pa zaštita potrošača kakvu danas poznajemo u Hrvatskoj uglavnom predstavlja rezultat implementacije *acquis*-a u hrvatski pravni poredak. Pritom, već letimičan pregled zakonodavnih aktivnosti na tom području zorno pokazuje dinamizam razvoja pravnog uređenja zaštite potrošača. Tako je prvi Zakon o zaštiti potrošača donesen 2003. godine,⁴ da bi intenzitet

3 Tako je primjerice, Zakon o obveznim odnosima iz 1991. godine (*Narodne novine*, br. 93/91, 73/91, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99, 88/01 - dalje u tekstu: ZOO 91), koji je u stvarnosti predstavljao preuzeti Zakon o obveznim odnosima bivše SFRJ (*Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89, 57/89), u odredbama članka 542-551. ZOO 91, kojima je bio uređen ugovor o kupoprodaji s obročnom otplatom cijene, a koje su se odnosile i na ugovore o financijskom leasingu te ugovore o potrošačkom zajmu (v. čl. 550. ZOO 91), sadržavao posebna pravila zaštite potrošača. Doduše, u tim odredbama nije korišten termin „potrošač“, no budući da su se one odnosile isključivo na ugovore koje sklapaju „kupci pojedinci“ jasno je da je zapravo bila riječ o posebnim pravilima zaštite potrošača. Unatoč činjenici da su ta pravila u naš pravni sustav unesena 1978. godine, ona su već tada sadržavala neke „klasične“ elemente potrošačkog prava kao što su, primjerice, pravo na jednostrani bezrazložni odustanak od ugovora (čl. 544. st. 2. ZOO 91), pravilo o poluprisilnoj naravi tih odredaba, koji su se u europskom *acquis*-u pojavili tek Direktivom 87/102/EEZ o približavanju prava država članica u pogledu potrošačkih zajmova, dakle gotovo deset godina nakon što su ZOO-om uvedena kod nas.

4 *Narodne novine*, br. 96/03. Tim su Zakonom inicijalno bile implementirane: *Direktiva 85/450/EEZ* od 10. rujna 1984. koja se odnosi na približavanje zakona i drugih propisa država članica o zavaravajućem oglašavanju (*Službeni list Europske zajednice* – dalje u tekstu: SL 1984 L 250, dalje u tekstu: *Direktiva 85/450/EEZ*) izmijenjena i dopunjena Direktivom 97/55/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 6. listopada 1997. o izmjeni Direktive 84/450/EEZ o zavaravajućem oglašavanju na način da uključuje i komparativno oglašavanja (SL 1997 L 290 – dalje u tekstu: *Direktiva 97/55/EZ*), *Direktiva 85/577/EEZ* od 20. prosinca 1985 o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija (SL 1985 L 372 – dalje u tekstu: *Direktiva 85/577/EEZ*), *Direktiva Vijeća 87/102/EEZ* od 22. prosinca 1986. za približavanje zakona i drugih propisa država članica u pogledu potrošačkih kredita (SL 1987 L 42 – dalje u tekstu: *Direktiva 87/102/EEZ*), izmijenjena i dopunjena Direktivom 90/88/EEZ od 22. veljače 1990. o izmjeni Direktive 87/102/EEZ za približavanje zakona i drugih propisa država članica u pogledu potrošačkih kredita (SL 1990 L 61) te Direktivom 98/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 1998. o izmjeni Direktive 87/102/EEZ za približavanje zakona i drugih propisa država članica u pogledu potrošačkih kredita (SL 1998 L 101), *Direktiva 93/13/EEZ* od 5. travnja 1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima (SL 1993 L 95 – dalje u tekstu: *Direktiva 93/13/EEZ*), *Direktiva 94/47/EZ* Europskog parlamenta i Vijeća od 26. listopada 1994. o zaštiti stjecatelja u pogledu određenih vidova ugovora koji se odnose na stjecanje prava uporabe nekretnina na temelju *timeshare*-a (SL 1994 L 280 – dalje u tekstu: *Direktiva 94/47/EZ*), *Direktiva 98/6/EZ* Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 1998. o zaštiti potrošača kod isticanja cijena proizvoda koji se nude potrošačima (SL 1998 L 80 – dalje u tekstu: *Direktiva 98/6/EZ*) i *Direktiva 97/7/EZ* Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 1997. o zaštiti potrošača s obzirom na ugovore na daljinu (SL 1997 L 144 – dalje u tekstu: *Direktiva 97/7/EZ*).

promjena koji je u relativno kratkom roku na ovom području bilo potrebno učiniti do-veo do toga da je već 2007. godine stupio na snagu novi Zakon o zaštiti potrošača.⁵ Taj je Zakon također značajno izmijenjen u nekoliko navrata, 2009. godine,⁶ 2012. godine⁷ te 2013. godine.⁸ Pravo zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj usporedo se razvijalo nizom drugih propisa. Tako su pojedini aspekti potrošačkog *acquis*-a implementirani u hrvatski pravni poredak kroz Zakon o obveznim odnosima,⁹ Zakon o potrošačkom kreditiranju,¹⁰ Zakon o općoj sigurnosti proizvoda,¹¹ Zakon o tehničkim zahtjevima za proizvode i ocjenjivanju sukladnosti,¹² Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u

5 *Narodne novine*, br. 79/07, 125/07-isp. Osim onih direktiva koje su već bile implementirane Zakonom iz 2003. godine, ovim su Zakonom nadalje implementirane *Direktiva 2002/65/EZ* Europskog parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2002. o prodaji na daljinu potrošačkih financijskih usluga i o izmjeni Direktive Vijeća 90/619/EEZ i Direktiva 97/7/EZ i 98/27/EZ (SL 2002 L 271 – dalje u tekstu: *Direktiva 2002/65/EZ*), *Direktiva 2005/29/EZ* Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi u odnosima između trgovaca i potrošača na unutrašnjem tržištu i o promjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, *Direktiva 97/7/EZ*, *98/27/EZ* i *2002/65/EZ* Europskog parlamenta i Vijeća te Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog Parlamenta i Vijeća („Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi”) (SL 2005 L 149 – dalje u tekstu: *Direktiva 2005/29/EZ*) te *Direktiva 98/27/EZ* Europskog parlamenta i Vijeća od 19. svibnja 1998. o sudskim i upravnim nalogima zaštitu interesa potrošača (OJ 1998 L 166 – dalje u tekstu: *Direktiva 98/27/EZ*).

6 *Narodne novine*, br. 79/09, 89/09-isp. Ovim izmjenama ZZP-a u značajnoj je mjeri izmijenjen institut zaštite kolektivnih interesa potrošača.

7 *Narodne novine*, br. 78/12. Tim je Zakonom implementirana *Direktiva 2008/122/EZ* Europskog parlamenta i Vijeća od 14. siječnja 2009. godine o zaštiti potrošača u odnosu na određene aspekte ugovora o pravu na vremenski ograničenu uporabu (*timeshare*), o dugotrajnim proizvodima za odmor, ponovnoj prodaji i zamjeni (SL 2010 L 33 – dalje u tekstu: *Direktiva 2008/122*).

8 *Narodne novine*, br. 56/13. Tim su Zakonom pravila zaštite potrošača u Hrvatskoj usklađena s *Direktivom 2009/22/EZ* Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o sudskim i upravnim nalogima za zaštitu interesa potrošača (kodificirana verzija) (SL 2009 L 110).

9 *Narodne novine*, br. 35/05, 41/2008, 125/11. Tim su Zakonom implementirane *Direktiva 85/374/EEZ* o usklađivanju prava Država članica u pogledu neispravnih proizvoda (SL 1985 L 210) izmijenjena *Direktivom 1999/34/EZ* (SL 1999 L 141) (dalje u tekstu: *Direktiva 85/374/EEZ*), *Direktiva 90/314/EEZ* od 13. lipnja 1990. o paket-aranžmanima, paket-putovanjima i paket-turama (SL 1990 L 158, dalje u tekstu: *Direktiva 90/314/EEZ*) i *Direktiva 1999/44/EZ* Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1998. godine o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama (SL 1999 L 171, dalje u tekstu: *Direktiva 1999/44/EZ*).

10 *Narodne novine*, br. 75/09, 112/12. Tim je Zakonom implementirana *Direktiva 2008/48/EZ* Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2008. godine o kreditnim aranžmanima za potrošače i o stavljanju izvan snage Direktive 87/102/EZ (SL 2008 L 133, dalje u tekstu: *Direktiva 2008/48/EZ*).

11 *Narodne novine*, br. 30/09, 139/10. Tim su Zakonom implementirane *Direktiva 2001/95/EZ* Europskog parlamenta i Vijeća od 3. prosinca 2001. godine o općoj sigurnosti proizvoda (SL 2002 L 11, dalje u tekstu: *Direktiva 2001/95*) te *Direktiva Vijeća 87/357/EEZ* o usklađivanju prava Država članica u pogledu proizvoda koji, zbog toga što nisu onakvi kakvima se prikazuju, ugrožavaju zdravlje ili sigurnost potrošača (SL 1987 L 192, dalje u tekstu: *Direktiva 87/357/EEZ*). Prije ovoga Zakona ista je materija bila uređena zakonom istoga naziva iz 2003. godine (*Narodne novine*, br. 158/03, 107/07) kojim je implementirana *Direktiva Vijeća 92/59/EEZ* o općoj sigurnosti proizvoda (SL 1992 L 228).

12 *Narodne novine*, br. 80/13. Ovaj Zakon služi kao pravni temelj provedbe *Uredbe (EZ) br. 765/2008* Europskog parlamenta i Vijeća od 9. srpnja 2008. o utvrđivanju zahtjeva za akreditaciju i nadzor tržišta s obzirom na stavljanje proizvoda na tržište i o stavljanju izvan snage *Uredbe (EEZ) br. 339/93* (SL 2008 L 218) i *Uredbe (EZ) br. 764/2008* Europskog parlamenta i Vijeća od 9. srpnja 2008. o utvrđivanju postupaka koji se odnose na primjenu određenih nacionalnih tehničkih propisa na proizvode koji se zakonito stave na tržište u drugoj državi članici i o stavljanju izvan snage Odluke br. 3052/95/EZ (SL 2008 L 218). Ovom Zakonu prethodili su Zakon o tehničkim zahtjevima za proizvode i ocjeni

zračnom prometu.¹³ Osim navedenih zakona čija pravila o zaštiti potrošača predstavlja-
ju neposredni rezultat implementacije potrošačkog *acquis*-a u hrvatski pravni poredak,
u navedenom periodu donesen je niz drugih, uglavnom sektorskih, zakona u koje su
ugrađena posebna pravila o zaštiti potrošača poput Zakona o kreditnim institucijama,¹⁴
Zakona o *leasingu*,¹⁵ Zakona o pružanju usluga u turizmu,¹⁶ Zakona o elektroničkim
komunikacijama,¹⁷ Zakona o osiguranju,¹⁸ Zakona o arbitraži,¹⁹ Zakona o trgovini,²⁰
Zakona o komunalnom gospodarstvu,²¹ Zakona o normizaciji,²² Zakona o hrani,²³ Za-
kon o informiranju potrošača o hrani,²⁴ Zakona o predmetima opće uporabe,²⁵ Zakona o

sukladnosti iz 2003. godine (*Narodne novine*, br. 158/03, 79/07) i Zakon o tehničkim zahtjevima za
proizvode i ocjenjivanju sukladnosti (*Narodne novine*, br. 20/10).

13 *Narodne novine*, br. 132/98, 63/08, 134/09, 94/13. Ovaj Zakon služi kao pravni temelj provedbe
Uredbe (EZ) 261/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. veljače 2004. o utvrđivanju zajedničkih
pravila u vezi s nadoknadom i pomoći putnicima u slučaju uskraćivanja ukrcaja i otkazivanja
ili dugih kašnjenja letova (SL 2004 L 46), *Uredbe Vijeća 2027/97/EZ* od 9. listopada 1997. o
odgovornosti zračnih prijevoznika u slučaju nesreće, koja je izmijenjena Uredbom 889/2002/EZ
Europskog parlamenta i Vijeća (SL 2002 L 140) te *Uredbe (EZ) 1107/2006* Europskog parlamenta
i Vijeća od 5. srpnja 2006. o pravima osoba s invaliditetom i osoba sa smanjenom pokretljivošću
(SL 2006 L 204).

14 *Narodne novine*, br. 117/08, 74/09, 153/09, 108/12, 54/13.

15 *Narodne novine*, br. 135/06.

16 *Narodne novine*, br. 68/07, 88/10.

17 *Narodne novine*, br. 73/08, 90/11, 133/12, 80/13.

18 *Narodne novine*, br. 151/05, 87/08, 82/09, 54/13.

19 *Narodne novine*, br. 88/01.

20 *Narodne novine*, br. 87/08, 96/08, 116/08, 76/09, 114/11.

21 *Narodne novine*, br. 36/95, 70/97, 128/99, 57/00, 129/00, 59/01, 26/03, 82/04, 110/04, 178/04,
38/09, 79/09, 153/09, 49/11, 84/11, 90/11, 144/12.

22 *Narodne novine*, br. 139/03.

23 *Narodne novine*, br. 81/13.

24 *Narodne novine*, br. 56/13. Ovaj Zakon služi kao pravni temelj provedbe *Uredbe (EU) br.*
1169/2011 Europskoga parlamenta i Vijeća o pružanju informacija o hrani potrošačima, izmjenama
i dopunama uredbi (EZ) br. 1924/2006 i (EZ) br. 1925/2006 Europskoga parlamenta i Vijeća te o
stavljanju izvan snage Direktive Komisije 87/250/EEZ, Direktive Vijeća 90/496/EEZ, Direktive
Komisije 1999/10/EZ, Direktive 2000/13/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća, Direktive Komisije
2002/67/EZ i 2008/5/EZ i Uredbe Komisije (EZ) br. 608/2004 i Uredbe Komisije (EZ) br. 608/2004
koja se odnosi na označavanje hrane i sastojaka hrane s dodanim fitosterolima, fitosterol esterima,
fitostanolima i fitostanol esterima (SL 2011 L 304).

25 *Narodne novine*, br. 39/13. Ovaj Zakon služi kao pravni temelj provedbe *Uredbe (EZ) br. 648/2004*
Europskoga parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o deterdžentima (SL 2004 L 104), *Uredbe (EZ)*
br. 1223/2009 Europskoga parlamenta i Vijeća od 30. studenoga 2009. o kozmetičkim proizvodima
(preinačena verzija) (SL 2009 L 342), *Uredbe (EZ) br. 2023/2006* od 22. prosinca 2006. o dobroj
proizvođačkoj praksi za materijale i predmete namijenjene neposrednom dodiru s hranom (SL
2006 L 384), *Uredbe (EZ) br. 1935/2004* Europskoga parlamenta i Vijeća od 27. listopada 2004.
o materijalima i predmetima u neposrednom dodiru s hranom kojom se ukidaju Direktive 80/590/
EEZ i 89/109/EEZ (SL 2004 L 338), *Uredbe Komisije (EZ) br. 1895/2005* od 18. studenoga 2005. o
zabrani uporabe određenih epoksi derivata u materijalima i predmetima namijenjenim neposrednom
dodiru s hranom (SL 2005 L 302), *Uredbe Komisije (EZ) br. 450/2009* od 29. svibnja 2009. o
aktivnim i inteligentnim materijalima i predmetima namijenjenim neposrednom dodiru s hranom
(SL 2009 L 135), *Uredbe Komisije (EZ) br. 282/2008* od 27. ožujka 2008. o recikliranim plastičnim
materijalima i predmetima namijenjenim neposrednom dodiru s hranom i o izmjenama Uredbe
(EZ) br. 2023/2006 (SL L 2008 86) te *Uredbe Komisije (EU) br. 10/2011* od 14. siječnja 2011. o
plastičnim materijalima i predmetima namijenjenim neposrednom dodiru s hranom (SL 2011 L 12).

energiji,²⁶ Zakona o učinkovitom korištenju energije u neposrednoj potrošnji,²⁷ Zakona o tržištu plina,²⁸ Zakona o regulaciji energetskih djelatnosti,²⁹ Zakona o tržištu električne energije,³⁰ Zakona o proizvodnji, distribuciji i opskrbi toplinskom energijom,³¹ Zakona o poštanskim uslugama.³²

Na temelju nekih od navedenih zakona, donesen je niz podzakonskih akata kojima se također stvaralo pravno uređenje zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj. Primjerice, temeljem Zakona o zaštiti potrošača Vlada Republike Hrvatske donijela je Odluku o osnivanju Nacionalnog vijeća za zaštitu potrošača,³³ Uredbu o određivanju osoba ovlaštenih za pokretanje postupka radi zaštite kolektivnih interesa potrošača³⁴ te Uredbu o određivanju tijela za provedbu Uredbe (EZ) br. 2006/2004 o suradnji nacionalnih tijela, odgovornih za nadzor nad provedbom propisa o zaštiti potrošača.³⁵ Na temelju istoga Zakona ministar gospodarstva donio je Pravilnik o načinu isticanja maloprodajne cijene i cijene za jedinicu mjere proizvoda i usluga.³⁶ Temeljem Zakona o općoj sigurnosti proizvoda Vlada Republike Hrvatske donijela je Uredbu o sustavu razmjene obavijesti u pogledu proizvoda koji predstavljaju rizik za zdravlje i sigurnost potrošača – RAPEX.³⁷ Temeljem istog propisa ministar gospodarstva objavljuje ažurirani Popis hrvatskih normi u području opće sigurnosti proizvoda,³⁸ donosi Pravilnik o obavješćivanju o proizvodu koji je opasan za potrošače³⁹ kao i Naredbu o zabrani stavljanja na tržište proizvoda koji sadrže biocid dimetil fumarat te Naredbu o stavljanju na tržište upaljača sigurnih za djecu i zabrani stavljanja na tržište upaljača „noviteta“.⁴⁰ Temeljem Zakona o hrani donesen je Pravilnik o označavanju, reklamiranju i prezentiranju hrane,⁴¹ Pravilnik o informiranju potrošača o hrani⁴² te Pravilnik o

26 *Narodne novine*, br. 120/12.

27 *Narodne novine*, br. 158/08, 55/12.

28 *Narodne novine*, br. 28/13.

29 *Narodne novine*, br. 120/12.

30 *Narodne novine*, br. 22/13.

31 *Narodne novine*, br. 42/05, 20/10.

32 *Narodne novine*, br. 144/12.

33 *Narodne novine*, br. 21/08, 81/08, 90/08, 92/08, 43/09, 96/09, 150/09, 27/10, 124/10, 88/11, 98/12.

34 *Narodne novine*, br. 124/09.

35 *Narodne novine*, br. 65/10.

36 *Narodne novine*, br. 52/10, 82/10.

37 *Narodne novine*, br. 5/11.

38 *Narodne novine*, br. 110/09, 133/10, 56/12.

39 *Narodne novine*, br. 55/10, 90/10.

40 *Narodne novine*, br. 19/11, 54/11, 40/12, 58/13.

41 *Narodne novine*, br. 63/11, 79/11.

42 *Narodne novine*, br. 8/13, 42/13. Ovim Pravilnikom preuzete su odredbe *Uredbe (EU) br. 1169/2011* Europskoga parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pružanju informacija o hrani potrošačima, izmjenama i dopunama *Uredbi (EZ) br. 1924/2006* i *(EZ) br. 1925/2006* Europskoga parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage *Direktive Komisije 87/250/EEZ*, *Direktive Vijeća 90/496/EEZ*, *Direktive Komisije 1999/10/EZ*, *Direktive 2000/13/EZ* Europskoga parlamenta i Vijeća, *Direktiva Komisije 2002/67/EZ* i *2008/5/EZ* i *Uredbe Komisije (EZ) br. 608/2004* (SL 2011 L 304). Ovaj je Pravilnik stavljen izvan snage ulaskom Republike Hrvatske u Europsku uniju, budući da je od tog trenutka ista materija uređena Zakonom o informiranju potrošača u hrani.

voćnim sokovima i njima sličnim proizvodima.⁴³ Temeljem Zakon o predmetima opće uporabe doneseni su Pravilnik o sigurnosti igračkaka,⁴⁴ Pravilnik o zdravstvenoj ispravnosti predmeta široke potrošnje,⁴⁵ Pravilnik o zdravstvenoj ispravnosti materijala i predmeta koji dolaze u neposredan dodir s hranom,⁴⁶ Pravilnik o deterđentima⁴⁷ te Pravilnik o posebnim uvjetima za proizvodnju i stavljanje na tržište predmeta opće uporabe.⁴⁸

Razvoj zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj ne staje na izgradnji zakonodavnog okvira, već zaštita potrošača postaje jedna od politika u Republici Hrvatskoj, koju se nastoji planski razvijati. Zbog toga je Hrvatski sabor, kao najviše predstavničko tijelo Republike Hrvatske, 2005. godine donio prvi Nacionalni program zaštite potrošača za period 2005.-2006. godine,⁴⁹ nakon kojeg su slijedili Nacionalni program zaštite potrošača za period 2007-2008. godine,⁵⁰ Nacionalni program zaštite potrošača za period 2009.-2012. godine⁵¹ te Nacionalni program zaštite potrošača za period 2013. do 2016. godine,⁵² kojima se nastojalo definirati mjere na području zaštite potrošača koje bi u projiciranom periodu trebalo ostvariti.⁵³

Iz navedenog je prikaza ujedno razvidno da su se novodoneseni propisi na području zaštite potrošača u Hrvatskoj iznimno često mijenjali. Takvo stanje stvari ne treba, međutim, pripisivati isključivo brzopletosti i nedostatku kvalitetne pripreme donesenih propisa (mada je ponekad bilo i toga), već možda prvenstveno specifičnostima potrošačkog *acquis*-a kojeg se nastojalo implementirati u hrvatske propise. Zbog činjenice da se usporedo s našim nastojanjima da uskladimo hrvatsko pravo s pravnom stečevinom EU europsko pravo na području zaštite potrošača iznimno brzo razvijalo, usklađivanje hrvatskog prava s pravom Europske unije na tom području često je nalikovalo gađanju pokretne mete; kako je koja direktiva implementirana u naš pravni sustav, tako je u Europskoj uniji došlo do izmjene postojećih ili donošenja novih direktiva koje je naravno također bilo potrebno implementirati u hrvatski pravni poredak. Tako je, kao što je prikazano, već prilikom donošenja Zakona o zaštiti potrošača iz 2003. godine bilo jasno da će ga u dogledno vrijeme biti potrebno mijenjati, budući da su u stadiju kada se taj Zakon već nalazio u zakonodavnoj proceduri u Europskoj uniji donesene neke nove direktive, poput Direktive 2002/65/EZ. Zbog dinamizma, ali i opsega promjena potrošačkog *acquis*-a 2007. godine bilo je potrebno donijeti novi Zakon o zaštiti

43 *Narodne novine*, br. 48/13.

44 *Narodne novine*, br. 2/11, 85/12.

45 *Narodne novine*, br. 125/09.

46 *Narodne novine*, br. 125/09 i 31/11.

47 *Narodne novine*, br. 1/11.

48 *Narodne novine*, br. 82/10.

49 *Narodne novine*, br. 31/05.

50 *Narodne novine*, br. 84/07.

51 *Narodne novine*, br. 30/10.

52 *Narodne novine*, br. 90/13.

53 Detaljnije o pojedinim stadijima razvoja zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, E. Mišćenić, „Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske* 1/2013, 145-150.

potrošača, kojim se, povrh spomenute Direktive 2002/65/EZ, u hrvatsko pravo implementirala u međuvremenu donesena Direktiva 2005/29/EZ te Direktiva 98/27/EZ. Izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača iz 2009. godine u značajnoj se mjeri reformira procesnopravna zaštita potrošačkih prava, dok se izmjenama i dopunama iz 2012. godine taj Zakon dodatno usklađuje s novodonesenom Direktivom 2008/122/EZ (o *timeshare*-u). Zakonom o potrošačkom kreditiranju hrvatsko se pravo usklađuje s Direktivom 2008/48/EZ (o potrošačkom kreditiranju), čime je ujedno došlo do stavljanja izvan snage odredaba Zakona o zaštiti potrošača koje se odnose na potrošački zajam. Budući da je Zakon o općoj sigurnosti proizvoda iz 2003. godine bio usklađen sa „starom“ Direktivom o općoj sigurnosti proizvoda, donošenjem nove direktive na tom području bilo je potrebno 2009. godine donijeti novi Zakon o općoj sigurnosti proizvoda.

Unatoč činjenici da je trenutkom ulaska u Europsku uniju Republika Hrvatska ispunila sve svoje zadaće u pogledu usklađivanja svojeg prava zaštite potrošača s *acquis*-om, bilo bi pogrešno zaključiti da je time posao usklađivanja našeg prava s europskim na ovom području završen. Naime, pravo zaštite potrošača u Europskoj uniji daleko je od zaokružene cjeline te razvoj toga pravnog područja traje još i danas. Tako je 2011. godine donesena Direktiva 2011/83/EZ o potrošačkim pravima⁵⁴ koju je, naravno, potrebno implementirati u hrvatski pravni poredak. Budući da implementacija te Direktive zahtjeva značajne promjene u arhitektonici postojećeg Zakona o zaštiti potrošača, Republika Hrvatska u ovom je trenutku u postupku izrade novog, trećeg Zakona o zaštiti potrošača kojim će se u naše pravo implementirati i ta Direktiva. No već i sada, prije nego li je novi Zakon o zaštiti potrošača uopće donesen, sasvim je izvjesno da će naše pravo zaštite potrošača u dogledno vrijeme opet biti potrebno mijenjati. Ove je godine, naime, donesena Direktiva 2013/11/EU o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova⁵⁵ koju, zbog poodmaklog stadija donošenja novog Zakona o zaštiti potrošača, neće biti moguće implementirati tim Zakonom. Konačno, nedavno je Komisija Europske unije objavila mogućnost donošenja Preporuke o kolektivnoj zaštiti⁵⁶ koja će, bude li donesena, iziskivati značajne promjene našeg pravnog poretka, uključujući i u segmentu zaštite potrošača.

Jasno je, dakle, da će postupak usklađivanja našeg prava zaštite potrošača s europskim pravom morati biti nastavljen i u budućnosti. No, taj postupak bez ikakve sumnje neće biti niti približno onako dinamičan kao u proteklih desetak godina. Naime, do ulaska u Europsku uniju Republika Hrvatska morala je, u svega desetak godina, prihvatiti i u svoj pravni poredak ugraditi sve one standarde zaštite potrošača koji su se u starim državama članicama implementirali posljednjih četir-

54 SL 2011 L 304.

55 SL 2013 L 165.

56 V. Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress*, (COM (2013) 401/2) i Commission Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (COM (2013) 3539/3).

desetak godina. Ulaskom Republike Hrvatske u Europsku uniju, postupak usklađivanja hrvatskog prava zaštite potrošača s *acquis*-om ulazi u svoj mirmiji stadij u kojem će biti moguće voditi taj postupak promišljenije i temeljitije.

Ulazak Republike Hrvatske u Europsku uniju stoga možda predstavlja dobar trenutak da se podvuče crta ispod onog što se učinilo u zadnjih desetak godina na području zaštite potrošača te da se rezimira i evaluiira sadašnje stanje prava zaštite potrošača. Nema sumnje, u posljednjih desetak godina u Hrvatskoj je stvoren voluminozan korpus pravila zaštite potrošača. No, postavlja se pitanje jesmo li pritom izgradili sustav zaštite potrošača, dakle jesmo li od pravnog uređenja zaštite potrošača stvorili konzistentnu i koherentnu cjelinu koja je skladno uklopljena u naš do tada postojeći pravni poredak ili pravila zaštite potrošača predstavljaju tek skup nasumično nabacanih i slabo povezanih pravila koja u odnosu na postojeće pravno uređenje predstavljaju strano tijelo? Time se, naravno, otvara niz daljnjih pitanja: jesmo li prilikom izgradnje pravnog uređenja zaštite potrošača uopće imali ideju kako od njega stvoriti sustav zaštite potrošača ili smo tek stihijski odrađivali domaću zadaću dobivenu od Bruxelles-a, jesmo li europska pravila prilagodili temeljnim načelima i institutima našeg pravnog poretka, njegovoj arhitektistici i strukturi ili smo, pored niza nepotrebnih neologizama, ujedno stvorili niz nepotrebnih „neolegizama“? Nadalje, imajući na umu temeljne karakteristike politike zaštite potrošača u Europskoj uniji postavlja se pitanje je li uopće bilo opravdano očekivati da ćemo implementacijom potrošačkog *acquis*-a ujedno stvoriti sustav zaštite potrošača ili je naprotiv usustavljanje pravila potrošačkog *acquis*-a bio naš posao, kojeg je trebalo obaviti radi nas samih, a ne radi Europe? Konačno i najvažnije, jesmo li implementacijom potrošačkog *acquis*-a u hrvatsko pravo uopće odgovarali na potrebe hrvatskih potrošača?

Ovaj skup pitanja i problema nije karakterističan samo za Republiku Hrvatsku. S istim pitanjima i problemima susrest će se svaka država koja će u budućnosti pregovarati o članstvu u Europskoj uniji, uključujući naravno i Republiku Srbiju. Čini se, stoga, prigodnim progovoriti o ovim pitanjima upravo u trenutku kada Republika Srbija započinje svoj put pregovora o članstvu u Europskoj uniji. Naime, unatoč činjenici da je Republika Srbija već poduzela niz koraka na putu usklađivanja svojeg prava s potrošačkim *acquis*-om, iskustva Republike Hrvatske u tom segmentu svakako joj mogu pomoći da taj put prijeđe brže i bezbolnije. Konačno, analitičko-kritički diskurs kroz koji će biti obrađena ova pitanja čini se poglavito primjerenim u tekstu koji se objavljuje u zborniku radova koji slavi život i djelo profesora Svetislava Taboršija, jednog od vodećih srpskih i europskih ekonomsko-pravnih analitičara.

2. DEFINIRANJE SUSTAVA PRAVA

Kao što je navedeno u uvodu, Hrvatska je, slijedeći potrošački *acquis*, stvorila voluminozan korpus pravnih pravila usmjerenih na zaštitu potrošača. No, una-

toč množtvu pravila usmjerenih na zaštitu potrošača, u ovom je trenutku teško govoriti o postojanju sustava prava zaštite potrošača, i to ne samo u Republici Hrvatskoj, već i na nivou Europske unije. Naravno, ovdje se postavlja pitanje, što je to sustav prava i po kojim kriterijima razlikovati stanje sustavnosti pravnog poretka od stanja njegove nesustavnosti?

Prije svega, da bi skup određenih pravnih pravila mogao predstavljati sustav, potrebno je da je riječ o pravilima koji predstavljaju zatvorenu normativnu cjelinu, koja u potpunosti uređuju određenu vrstu društvenih odnosa. Nadalje, postojanje sustava pretpostavlja istovrsnost ili barem sličnost pravnog instrumentarija uređenja odnosnih društvenih odnosa, dakle jedinstvenost načina uređenja društvenih odnosa. Sustav nadalje obilježavaju određena načela, dakle temeljna pravila koja predstavljaju vezivno tkivo između pojedinih, kazuistički impostiranih pravila i pojedinih dijelova toga sustava. Konačno, sustav obilježava konzistentnost uređenja, odnosno takvo stanje u kojem su isti odnosi uređeni na identičan ili bitno sličan način. Rječnikom suvremene pravno-filozofske teorije, pravo, promatrano izvana, treba biti dovršeno, sveobuhvatno i potpuno, a promatrano iznutra, sustavan, uredno posložen konstrukt.⁵⁷ Tek tako izgrađeno pravno uređenje može biti kvalificirano sustavom.

Kao što će u nastavku biti detaljnije objašnjeno, po mnogim ovdje naznačenim kriterijima pravno uređenje zaštite potrošača u ovom je trenutku teško kvalificirati sustavom, kako eksterno tako i interno.

Na eksternoj razini, pravila zaštite potrošača na prvi pogled odaju dojam sustava, dakle dovršenog, sveobuhvatnog i potpunog pravnog uređenja. Tako recen-tni hrvatski Zakon o zaštiti potrošača sadrži niz pravila organizacijskog karaktera kojima se definiraju nositelji zaštite potrošača i njihove uloge.⁵⁸ Nadalje, tim je Zakonom predviđen niz pravila uređenja tržišta kojima država intervenira u tržišne odnose namećući pravila igre i ne nužno isključivo radi zaštite potrošača, već radi zaštite svih sudionika tržišnih odnosa, uključujući i potrošača. Pored toga, taj Zakon sadrži niz obveznopravnih pravila kojima se uređuju posebnosti obveznopravnih, poglavito ugovornopravnih odnosa između potrošača i trgovaca. Konačno, taj Zakon sadrži posebna procesnopravna pravila koja potrošaču omogućavaju posebne vidove procesnopravne zaštite.

Nešto dublja analiza pokazati će, međutim, da je trenutni zakonodavni okvir zaštite potrošača u Hrvatskoj teško nazvati dovršenim, sveobuhvatnim i potpunim pravnim uređenjem. Naime, mnogi elementi tog normativnog okvira, poglavito uređenje obveznopravnih potrošačkih odnosa te procesnopravna zaštita potrošača daleko su od stanja dovršenosti i potpunosti. S druge strane, određene elemente tog pravnog uređenja, poglavito organizacijsku strukturu te pravila uređenja tržišta bit će potrebno u budućnosti temeljito preispitati, kako s aspekta njihove učinkovitosti tako i s aspekta njihove opravdanosti. U tom smislu, ono što na eksternoj

57 D. Mitrović, M. Trajković, „The Realistic Concept of Law“, *Synthesis Philosophica* 27(1)/2012, 170.

58 V. čl. 121-128. ZZP-a.

razini na području zaštite potrošača svakako postoji jesu obrisi ili temeljni gabariti sustava zaštite potrošača, ali nikako dovršeni sustav.

Na internoj razini još je manje elemenata koji bi opravdavali da se pravno uređenje zaštite potrošača kvalificira sustavom. Pravo zaštite potrošača u mnogim svojim segmentima funkcionira kao niz kazuističkih pravila koja ne vežu nikakva zajednička načela, već jedino zajednička svrha zaštite određene skupine stanovništva. Nadalje, riječ je o sadržajno iznimno divergentnim pravilima. Tako pravila zaštite potrošača istovremeno obuhvaćaju čitav niz javnopravnih, ali i privatnopravnih pravila, materijalnopravnih i procesnopravnih pravila. Zbog toga Zakon o zaštiti potrošača više djeluje kao svojevrsni amalgam raznorodnih pravnih pravila, nego kao homogena regulacijska cjelina. Osim toga, konzistentnost kao jedan od temeljnih pojava oblika sustavnosti, na području zaštite potrošača u velikoj je mjeri izostala budući da nije rijedak slučaj da se tim Zakonom identične ili bitno slične situacije uređuju na različit način. Konačno, različitost nomotehničkih stilova, ne samo među pojedinim zakonima na području zaštite potrošača već i među pojedinim dijelovima Zakona o zaštiti potrošača ne dozvoljava da se o pravu zaštite potrošača govori kao o sustavu.

Pitanje predstavlja li pravo zaštite potrošača sustav donekle je podudarno, ali ne i identično s pitanjem predstavlja li pravo zaštite potrošača zasebnu pravnu granu. Naime, pojmovi „sustav prava“ i „grana prava“ bez ikakve sumnje imaju neke zajedničke karakteristike, ali s druge strane, između ta dva pojma postoje i neke temeljne razlike. Zahtjev za sveobuhvatnošću uređenja te unutrašnjom konzistentnošću i homogenošću svakako predstavljaju karakteristike kako sustava prava, tako i grane prava. No ono što ova dva pojma razlikuje jest zahtjev za vanjskom homogenošću materije koja se uređuje. Naime, da bi određeno pravno uređenje predstavljalo sustav, nije nužno da je riječ o pravilima koja obuhvaćaju homogenu pravnu materiju. U tom smislu, sustavom pravnog uređenja mogu biti obuhvaćena raznorodna pravna pravila koja služe istom cilju, kao što je to primjerice slučaj kod normativnog okvira zaštite potrošača koji, radi zaštite interesa potrošača, obuhvaća i privatnopravna (obveznopravna) pravila i javnopravna pravila (npr. pravila o sigurnosti proizvoda te pravila o zaštiti zdravlja ljudi), materijalnopravna pravila (poput pravila o nepoštenim ugovornim odredbama) i procesnopravna pravila (poput pravila o kolektivnoj zaštiti interesa potrošača). S druge strane, da bi određeni skup pravnih pravila predstavljao granu prava, potrebno je da je riječ o istorodnim pravnim pravilima.

Naime, u hrvatskom pravnom poretku grane prava formiraju se po načelu *rationae materiae*. Dakle, kriterij objedinjavanja određenih pravnih pravila u pravne grane jest sadržajna identičnost ili barem bliskost materije koja se uređuje pojedinim pravnim pravilima. S druge strane, pravno uređenje zaštite potrošača formirano je po načelu *rationae personae*. Dakle, kriterij objedinjavanja pravnih pravila zaštite potrošača nije proveden po kriteriju sadržajne identičnosti ili bliskosti materije koja je uređena tim pravilima, već po kriteriju služenja tih pravila cilju zaštite potrošača kao posebne skupine stanovništva.⁵⁹

59 Slično, M. Mićović, *Zaštita prava potrošača*, Krugujevac 2009, 9-10.

Upravo zato pravo zaštite potrošača odolijeva svim pokušajima klasifikacije: ono istodobno može biti kvalificirano kao dio građanskog prava, ali i kao dio upravnog prava ili prekršajnog prava, kao dio materijalnog, ali istodobno i procesnog prava. Ono, nadalje, obuhvaća niz specifičnih pravnih pravila, koja je teško klasificirati po nomenklaturi postojećih pravnih grana poput pravila o uređenju tržišnih odnosa (npr. pravila o nepoštenim poslovnim praksama ili pravila o isticanju cijene), pravila o zaštiti zdravlja i sigurnosti potrošača, organizacijskoj strukturi zaštite potrošača te posebnih pravila programatskog karaktera koja su usmjerena ka izgradnji povoljnije društvene klime za zaštitu potrošača, odnosno ka podizanju društvene svijesti o potrebi zaštite potrošača kao što su, primjerice, pravila kojima se uređuje uvođenje sadržaja o zaštiti potrošača u školske programe i kanale masovne komunikacije. Ta heterogenost pravila zaštite potrošača nadalje je potencirana posebnim sektorskim pravilima kojima se potrošačima u posebnim sektorima gospodarske ili društvene aktivnosti pružaju specifični vidovi zaštite, kao što je to slučaj s posebnim pravilima o zaštiti potrošača u sektoru elektroničkih komunikacija, sektoru zračnog prijevoza, sektoru osiguranja, sektoru financijskih usluga ili sektoru zdravstva. Konačno, nemogućnost preciznije klasifikacije pravila o zaštiti potrošača potencirana je činjenicom da čak niti temeljni pojam tih pravila, pojam „potrošač“, nije jedinstveno definiran, čime je omogućeno da se tim pravilima zaštita pruža različitom krugu osoba, ovisno o kontekstu.

Sve to navodi na zaključak da će pravna pravila zaštite potrošača u budućnosti možda biti moguće usustaviti, dakle povezati u homogenu i konzistentnu pravnu cjelinu. No čak i pod pretpostavkom da se uklone postojeća nedovršenost i unutrašnja, odnosno sadržajna nekonzistentnost tih pravila, vanjska heterogenost pravila o zaštiti potrošača ne omogućava da ih se kvalificira jedinstvenom granom prava.⁶⁰

U hrvatskoj pravnoj teoriji postoje, međutim, i suprotna mišljenja. Pojedini autori, naime, smatraju kako pravo zaštite potrošača treba biti kvalificirano kao zasebna grana prava.⁶¹ No, čini se da su takvi stavovi više rezultat razumljive želje za promocijom zaštite potrošača nego nepristrane evaluacije temeljnih karakteristika pravila o zaštiti potrošača. Naime, pravo zaštite potrošača ne zadovoljava kriterije koje sami ti autori navode kao potrebne da bi se određeno pravno uređenje moglo nazvati pravnom granom. Ti autori navode da se o grani prava može govoriti ako je riječ o srodnim pravnim normama koje su izložene na pregledan, sustavan i jasan način.⁶² Dakle, da bi se određeni skup pravnih pravila mogao kvalificirati granom prava po tim je autorima potrebna relativna homogenost, odnosno srodnost tih pravnih pravila te njihova preglednost i unutrašnja sustavnost. No, kao što je to već ranije navedeno te kao što će u nastavku biti detaljnije objašnjeno,

60 M. Baretić, *Zaštita potrošača u Europskoj zajednici*, u: *Europsko privatno pravo*, (ur. N. Gavella et al.), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu 2002, 154-155.

61 D. Ledić D, *Pravo zaštite potrošača – nova grana hrvatskog prava*, u: *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu – Izazovi međunarodnog tržišta roba i kapitala* (ur. V. Tomljenović, E. Čulinović-Herc), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci 2005.

62 D. Ledić, 33.

homogenosti i sustavnosti u pravilima zaštite potrošača jednostavno nema. Stoga, želja za afirmacijom zaštite potrošača ne bi nas smjela navesti na, smatram pogrešan, put stvaranja teoretskog okvira tamo gdje takvog okvira jednostavno nema.⁶³

3. ZAKONSKI OKVIR ZAŠTITE POTROŠAČA

Kao što se može vidjeti iz uvodnog izlaganja, u postupku usklađivanja hrvatskog prava s potrošačkim *acquis*-om donesen je iznimno velik broj zakona koji su u većoj ili manjoj mjeri, izravno ili neizravno, usmjereni na zaštitu potrošača. Odmah se nameće pitanje je li postojeći pravni okvir rezultat nekog osmišljenog koncepta, rezultat slučajnosti ili kombinacije jednog i drugog? Analiza postojećeg zakonskog okvira zaštite potrošača u Hrvatskoj pokazat će kako je potonji odgovor najbliži istini.

Načelno, moguće je zamisliti nekoliko različitih koncepata formiranja zakonskog okvira zaštite potrošača, različite razine integralnosti. Prvo, može se razmišljati o stvaranju jedinstvenog zakona (o zaštiti potrošača) kojim bi se zaštita te skupine pravnih subjekata uredila integralno, a koji bi sadržavao sva pravila koja su usmjerena na zaštitu potrošača, bez obzira je li riječ o privatnopravnim ili javnopravnim pravilima, o materijalnopravnim ili procesnopravnim pravilima, bez obzira na to koja se vrsta potrošačkih interesa štiti te bez obzira na gospodarski ili društveni sektor u kojem dolazi do odnosa između trgovca i potrošača. Bila bi, dakle, riječ o horizontalnom instrumentu, iznimne voluminoznosti i heterogenosti. Drugo, moguće je razmišljati o stvaranju takvog zakonskog okvira zaštite potrošača u kojem bi se pojedina pravila pojedinih direktiva ugradila u već postojeće propise nacionalnog pravnog poretka po kriteriju sadržaja materije koju uređuju. Riječ je, dakle, o zakonskom okviru koji implicira svojevrсну konverziju koncepta *rationae personae*, na kojem počiva potrošački *acquis*, u koncept *rationae personae*, po kojem su uglavnom izgrađeni nacionalni pravni poreci. Treće, moguće je razmišljati o stvaranju takvog zakonskog okvira kojim bi se korpus potrošačkog *acquis*-a ugradio u postojeće ili nove propise nacionalnog pravnog poretka po kriteriju vrste potrošačkih interesa. Tako bi, primjerice, posebno bila uređena zaštita zdravlja i sigurnosti, posebno zaštita ekonomskih interesa potrošača, itd. Četvrto, moguće je razmišljati o takvom zakonskom okviru u kojem bi se svaku direktivu (i u njima sadržana pravila) implementiralo putem novih posebnih propisa, koji bi egzistirali pored postojećih propisa nacionalnog pravnog poretka. U osnovi, riječ je o kazuističkom, neintegralnom konceptu. Naravno, ovo je tek gruba skica mogućih konceptijskih rješenja zakonskog uređenja zaštite potrošača. Detaljnija analiza pravila potrošačkog *acquis*-a sugerirala bi potrebu daljnje diversifikacije tih konceptijskih rješenja, kao i njihovu međusobnu kombinaciju.

Svaki od navedenih koncepta ima svoje prednosti i mane. Stoga bi nacionalni zakonodavac trebao osmisliti ili usvojiti optimalan zakonodavni okvir zaštite potrošača koji će, s jedne strane, maksimizirati prednosti te, s druge

63 Slično, S. Weatherill, *EC Consumer Law and Policy*, Longman 1997, 153.

strane, anulirati ili barem minimizirati mane prihvaćenog rješenja. Pritom je, međutim, potrebno voditi računa o tome da je potreba stvaranja sustava zaštite potrošača, dakle cjelovitog, koherentnog i konzistentnog zakonskog okvira zaštite potrošača, tek jedan od niza ciljeva koje je odabirom koncepta zakonskog okvira zaštite potrošača potrebno ostvariti. Potrebno je, naime, voditi računa i o tome da se zakonskim okvirom zaštite potrošača mora osigurati transparentnost pravnog uređenja zaštite potrošača, kako bi se potrošačima omogućilo relativno jednostavno snalaženje u mnoštvu pravila koja su namijenjena njihovoj zaštiti. Nadalje, potrebno je voditi računa i o tome da velik broj tih pravila predstavlja pravila implementirana iz pojedinih direktiva EU, koja je potrebno i tumačiti u skladu s europskim direktivama iz kojih su preuzeta,⁶⁴ pa se odabirom koncepta zakonskog okvira zaštite potrošača mora osigurati da se ne izgubi ta veza između pravila domaćeg prava i europske direktive iz koje je ono implementirano. Konačno, potrebno je voditi računa i o međusobnom suodnosu pojedinih ciljeva koje je odabirom zakonskog okvira zaštite potrošača potrebno ostvariti, odnosno o tome da li, u kojoj mjeri i kojem od tih ciljeva u konkretnom slučaju dati prednost u odnosu na ostale.

Rukovodeći se ovim kriterijima može se zaključiti da dva krajnja rješenja, dakle koncept jedinstvenog, integralnog zakona o zaštiti potrošača te kazuistički koncept implementacije pojedinih direktiva kroz posebne propise, predstavljaju najmanje poželjne normativne obrasce, ima li se na umu broj pravila o zaštiti potrošača koji danas postoje u *acquis*-u i nacionalnim pravnim porecima država članica EU te heterogenost tih pravila. Naime, heterogenost potrošačkih interesa koje je zakonski potrebno zaštititi te heterogenost pravnog instrumentarija kojim se različiti potrošački interesi uobičajeno štite ne omogućava da se takvim integralnim pristupom osigura niti interna, a kamoli eksterna sustavnost. Osim toga, voluminoznost takvog zakonskog teksta vrlo bi vjerojatno velikoj većini potrošača u značajnoj mjeri onemogućila snalaženje u takvom propisu pa je takav normativni koncept nepoželjan i s aspekta njegove transparentnosti, ali i s aspekta njegove učinkovitosti. Ne treba, stoga, čuditi da ovakav koncept integralnog, jedinstvenog zakona o zaštiti potrošača nije primijenjen niti u jednoj državi članici EU. S druge strane, koncept implementacije pojedinih direktiva kroz posebne propise, iako privlačan s aspekta očuvanja „europske pozadine“ implementiranih pravila, ali i s aspekta jednostavnosti implementacije, dovodi do posvemašnje fragmentacije pravila zaštite potrošača, a time i do njihove netransparentnosti te nesustavnosti pravnog uređenja zaštite potrošača, kako na internoj, tako i na eksternoj razini.⁶⁵ Jasno je, stoga, da bi optimalno rješenje normativnog uređenja zaštite potrošača trebalo tražiti između dvaju središnjih koncepta, odnosno u nekoj od njihovih (pod)varijanti ili u nekoj od njihovih kombinacija.

64 Više o tzv. *favor conventionis* metodi tumačenja prava u: S. Rodin, „Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Europske zajednice i Republike Hrvatske“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3-4/03.

65 Neke države članice EU, poput primjerice Italije, ipak preferiraju ovakav koncept implementacije potrošačkog *acquis*-a.

U izgradnji svog domaćeg pravnog uređenja zaštite potrošača Republika Hrvatska inicijalno je prihvatila koncept implementacije potrošačkog *acquis*-a po kriteriju potrošačkih interesa koji se štite. Tako su direktive Europske unije koje su usmjerene za zaštitu zdravlja i sigurnosti potrošača implementirane u Zakonu o općoj sigurnosti proizvoda te niz posebnih propisa kojima se uređuje zaštita zdravlja i sigurnosti potrošača u pogledu određenih vrsta proizvoda.⁶⁶ Interes, odnosno pravo potrošača na obaviještenost i edukaciju te interes, odnosno pravo potrošača na predstavljenost uređeni su Zakonom o zaštiti potrošača, kojim se ujedno definiraju temelji politike zaštite potrošača kao i organizacijsko-institucionalni okvir zaštite potrošača, čime taj Zakon postaje stožerni, opći propis zaštite potrošača.

U postupku izgradnje domaćeg pravnog uređenja zaštite potrošača javila se dilema na koji način implementirati direktive usmjerene na zaštitu ekonomskih interesa potrošača. Ta je dilema bila rezultat nekoliko faktora. Prvo, direktive usmjerene na zaštitu ekonomskih interesa potrošača ipak predstavljaju najveći dio potrošačkog *acquis*-a. Drugo, tim se direktivama uglavnom uređuju obveznopravni odnosi. Treće, direktive usmjerene na zaštitu ekonomskih interesa potrošača međusobno su vrlo različite po svom predmetnom i personalnom polju primjene.

U pogledu uređenja obveznopravnih odnosa općenito, Republika Hrvatska je, preuzimajući bivši savezni Zakon o obveznim odnosima, ujedno preuzela monistički koncept uređenja te vrste odnosa, što znači da su istim zakonom uređeni kako građanskopravni tako i trgovački ugovori. Razvojem prava zaštite potrošača ova tradicionalna dvodioba obveznopravnih odnosa po kriteriju *rationae personae* postaje trodioba, budući da se pored klasičnih građanskopravnih (netrgovačkih) i trgovačkih ugovora javlja nova vrsta obveznopravnih odnosa – tzv. potrošački ugovorni odnosi koji nastaju između trgovaca i potrošača. Monistička koncepcija na kojoj je izgrađen naš obveznopravni poredak sugerirala bi da je i potrošačke obveznopravne odnose potrebno urediti ZOO-om. Republika Hrvatska pošla je, međutim, drugim putem te je obveznopravne elemente zaštite potrošača implementirala uglavnom kroz Zakon o zaštiti potrošača.⁶⁷ Takvo odstupanje od monističkog koncepta uređenja obveznopravnih odnosa imalo je, međutim, svoje razloge.

Iako bi se na prvi pogled moglo zaključiti da će uređenjem potrošačkih obveznopravnih odnosa putem posebnog zakona, dakle odstupanjem od monističkog koncepta, doći do narušavanja sustavnosti pravnog uređenja obveznopravnih odnosa, u stvarnosti odstupanje od monističkog koncepta poduzeto je upravo kako bi se sačuvala unutrašnja sustavnost i konzistentnost općeg obveznopravnog uređenja.

⁶⁶ Detaljnije v. *supra* 2.

⁶⁷ Zanimljivo je da je istu vrstu nekonzistentnosti, ali s obrnutim predznakom, moguće zamijetiti i u nekim pravnim porecima koji su prihvatili dualistički sustav uređenja obveznopravnih odnosa. Tako su, primjerice, u Njemačkoj obveznopravni odnosi između trgovaca uređeni Trgovačkim zakonikom, a netrgovački odnosi Građanskim zakonikom. To dualističko uređenje sugeriralo bi da bi i treća vrsta obveznih odnosa – potrošački obvezni odnosi - u Njemačkoj trebali biti uređeni posebnim propisom. No, umjesto toga, od reforme njemačkog obveznog prava provedene 2002. godine, uređenje potrošačkih obveznopravnih odnosa provedeno je uglavnom kroz Građanski zakonik.

Prije svega, pravno-filozofska koncepcija na kojoj je utemeljen ZOO sasvim je različita od koncepcije na kojoj je utemeljen obveznopravni okvir zaštite potrošača u europskom pravu. Ravnopravnost stranaka i dispozitivnost, odnosno sloboda uređenja obveznih odnosa predstavljaju temelje našeg općeg obveznopravnog uređenja.⁶⁸ Za razliku od te liberalne, *laissez faire*, koncepcije našeg općeg obveznopravnog uređenja, europsko pravo zaštite potrošača slijedi instrumentalističku koncepciju uređenja obveznopravnih odnosa.⁶⁹ Polazeći od pretpostavke da je u odnosu na trgovca potrošač slabija strana, europsko pravo zaštite potrošača zauzima naglašeno protekcionistički, neki smatraju paternalistički, pristup potrošačkim obveznopravnim odnosima.⁷⁰ Stoga, umjesto autonomije stranaka i dispozitivnosti propisa, koji predstavljaju temelj našeg općeg obveznopravnog sustava, europsko potrošačko pravo obilježavaju minucioznost zakonskog uređenja te kogentnost⁷¹ ili barem polu-kogentnost obveznopravnih pravila.⁷² Jasno je, stoga, da ta krajnja polarizacija koncepcijskih osnova našeg općeg obveznopravnog uređenja i europskog prava zaštite potrošača ne omogućava da se obveznopravni elementi zaštite potrošača ugrade u naš opći obveznopravni sustav, bez da se time ne dovedu u pitanje pravno-filozofski temelji općeg obveznopravnog uređenja.⁷³

Nadalje, direktive EU kojima su uređeni obveznopravni elementi potrošačkih odnosa ne slijede arhitektoniku i nomotehničku matricu klasičnih građanskih, odnosno obveznih zakonika, poput našeg ZOO-a. Po uzoru na ostale građanskopravne kodifikacije, pojedine odredbe ZOO-a pisane su kratko, jasno i precizno te su uglavnom strukturirane na način da je jedna odredba formulirana u jednoj rečenici, dok je unutarnja strukturalna razrađenost norme svedena na svega dva stupnja, članke i stavke. S druge strane, norme direktiva EU vrlo su često iznimno voluminozne te svojim sadržajem ponekad više nalikuju uputama ili objašnjenjima nego preciznim i konciznim pravilima ponašanja. Te su norme strukturalno iznimno složene, ponekad razrađene i do četiri ili pet stupnjeva specijalnosti pa se tako pojedine od njih sastoje od članka, stavka, podstavka, točke, alineje. U tom smislu, implementacija tih direktiva u ZOO zahtijevala bi značajnije zahvate u strukturu toga Zakona, što bi se negativno odrazilo na njegovu preglednost i sistematičnost.

Osim toga, međusobna sadržajna divergentnost tih direktiva, odnosno činjenica da je u pojedinim direktivama ista materija uređena na sadržajno drukčiji način, a za što je ponekad vrlo teško naći racionalno objašnjenje, ne uklapaju se u unutrašnju sistematičnost ZOO-a. Ta sadržajna divergentnost pravila pojedinih

68 V. čl. 2. i 3. Zakona o obveznim odnosima.

69 Detaljnije Ch. Schmid, "The Instrumentalist Conception of the *Acquis Communautaire* in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code", u: *The Architecture of European Codes and Contract Law* (ur. S. Grundmann, M. Schauer), Kluwer Law International 2006, 255-269.

70 N. Reich, "Crisis or Future of European Consumer Law?", u: *The Yearbook of Consumer Law 2009*, (ur. D. Parry et al.) Ashgate 2009, 14-15.

71 N. Reich, 14.

72 M. Baretić, "Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj – trenutno stanje i perspektive" u: *Od caveat emptor do caveat venditor* (ur. M. Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu 2009, 98.

73 Slično u pogledu perspektive prerastanja potrošačkog *acquis*-a u potencijalni europski obveznopravni zakonik v. Ch. Schmid, 267-269.

direktiva, nadalje, ne omogućava da ih se prilikom implementacije sažme u jedinstvena pravila pa u propisima kojima se implementiraju te direktive nužno mora dolaziti do nepotrebnog ponavljanja sličnih odredaba, čime se nepotrebno povećava obujam propisa i negativno utječe na njegovu preglednost. Konačno, činjenica je da se obveznopravno uređenje zaštite potrošača još uvijek razvija i na nivou EU, što iziskuje neprestanu izmjenu nacionalnog zakonodavstva kojim se taj dio *acquis*-a implementira u domaći pravni poredak. Stoga bi implementacija obveznopravnih elemenata potrošačkog *acquis*-a kroz ZOO ujedno negativno utjecala na postojanost toga Zakona.⁷⁴

Osim potrebe očuvanja unutrašnje sustavnosti i konzistentnosti općeg odštetnopravnog uređenja, protiv implementacije direktiva Europske unije kojima se uređuju obveznopravni elementi zaštite potrošača putem ZOO-a govorili su i ostali ciljevi koje je potrebno ostvariti implementacijom potrošačkog *acquis*-a u nacionalno pravo, a to su potreba osiguranja transparentnosti toga uređenja kao i potreba osiguranja prepoznatljivosti „europske pozadine“ tih pravila. Naime, budući da je ZOO iznimno obiman zakon, uvrštavanjem u taj propis velikog broja sadržajno vrlo složenih pravila zaštite potrošača, snalaženje u njemu prosječnom bi potrošaču bilo vrlo otežano, čime bi zapravo bila kompromitirana temeljna svrha pravila zaštite potrošača. Naime, teško je govoriti o učinkovitosti zaštite, ako onaj koga se štiti nije niti svjestan postojanja i sadržaja pravila koja ga štite. Nadalje, ako bi se implementacija direktiva kojima se uređuju obveznopravni elementi zaštite potrošača provela putem ZOO-a, a da se pritom pokuša očuvati postojeću unutrašnju strukturu toga Zakona, pravila pojedinih direktiva trebalo bi rasporediti po različitim dijelovima toga Zakona. Time bi se, međutim, otežalo prepoznavanje „europske pozadine“ tih pravila, što bi moglo negativno utjecati na njegovo tumačenje i praktičnu primjenu. Naime, kao što je već naglašeno, pravila domaćeg prava kojima se implementiraju pravila pojedinih direktiva Europske unije moraju se tumačiti u skladu s tom direktivom. Naravno, takvo što bit će vrlo teško ako u pogledu pojedinog pravila domaćeg prava nije lako uočljivo je li ono preuzeto iz neke direktive.

Unatoč navedenom, određene direktive koje formalno pripadaju korpusu potrošačkog *acquis*-a ipak su implementirane putem ZOO-a, kao što je to slučaj s Direktivom 90/314/EEZ (o turističkim paket aranžmanima), Direktivom 85/374/EEZ (o odgovornosti za neispravan proizvod) te Direktivom 1999/44/EZ (o odgovornosti za materijalne nedostatke). To, međutim, nije rezultat slučajnosti, već promišljene odluke. Direktiva 90/314/EEZ te Direktiva 85/374/EEZ, iako formalno predstavljaju dio potrošačkog *acquis*-a, u stvarnosti imaju šire personalno polje primjene od ostalih direktiva na području zaštite potrošača. Naime, Direktiva 85/374/EEZ ne štiti samo potrošače, već svakog oštećenika, dakle bilo koju osobu koja je oštećena od neispravnog proizvoda, bez obzira je li ta osoba pritom djelovala u privatnom ili profesionalnom svojstvu. Nadalje, Direktiva 90/314/EEZ doduše jest ograničena na zaštitu potrošača, no za razliku od ostalih direktiva usmjerenih ka istom cilju, a u kojima je

⁷⁴ Detaljnije, M. Baretić, „Usklađivanje hrvatskog obveznog prava s pravnom stečevinom Europske zajednice“, *op.cit.*, 56-60.

potrošač definiran kao fizička osoba koja djeluje u privatnom svojstvu, ova direktiva štiti svakog putnika koji sklapa ugovor o paket aranžmanu, bez obzira čini li on to u profesionalnom ili privatnom svojstvu. U smislu navedenog, kad bi se te direktive implementirale u Zakon o zaštiti potrošača, ili bi trebalo predvidjeti nekoliko definicija potrošača koje bi se primjenjivale u pogledu različitih dijelova toga Zakona, što predstavlja nekonzistentnost koju bi svakako trebalo izbjegavati, ili bi došlo do neadekvatne implementacije tih direktiva u nacionalno zakonodavstvo.⁷⁵

S druge strane, iako je polje primjene Direktive 1999/44/EZ ograničeno na potrošače, Republika Hrvatska odlučila je, poput nekih drugih država članica EU,⁷⁶ implementirati tu Direktivu putem ZOO-a, kao opća pravila, kako bi se izbjeglo stvaranje sadržajne nekonzistentnosti između općih pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke i posebnih pravila te odgovornosti koji bi se primjenjivali isključivo na potrošače, budući da bi tu vrstu nekonzistentnosti bilo vrlo teško obraniti racionalnim argumentima.⁷⁷ Ipak, imajući na umu različitost pravno-filozofskih koncepcija na kojima je utemeljeno naše opće obvezno-pravno uređenje i europsko pravo zaštite potrošača, jasno je da preuzimanje pravila Direktive 1999/44/EZ kao općih pravila nije moglo biti potpuno i beziznimno. Naime, polazeći od procjene da su neka pravila

75 Čini se da je taj problem prisutan u srpskom Zakonu o zaštiti potrošača. Naime, taj Zakon sadrži jedinstvenu definiciju potrošača prema kojoj je potrošač „fizičko lice koje na tržištu pribavlja robu ili usluge u svrhe koje nisu namenjene njegovoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj delatnosti“ (čl. 5. toč. 1.), a koja se odnosi na sve dijelove toga Zakona. Budući da je tim Zakonom u srpski pravni poredak ujedno implementirana Direktiva 90/314/EEZ (v. čl. 93-110), za zaključiti je da se taj dio Zakona primjenjuje samo na potrošače, kako su oni definirani u članku 5. toga Zakona. To, s druge strane, upućuje na zaključak da u pogledu turističkog paket aranžmana srpski Zakon o zaštiti potrošača ima uže personalno polje primjene od Direktive 90/314/EEZ što posljedično znači da ta Direktiva nije adekvatno implementirana u srpski pravni poredak. S druge strane, nije sasvim jasno je li srpskim Zakonom o zaštiti potrošača Direktiva 85/374/EEZ implementirana s ispravnim poljem primjene. Naime, u okviru članaka 59.-65., kojima se uređuje odgovornost za neispravan proizvod, srpski Zakon o zaštiti potrošača koristi se terminom „oštećeni“, što jest u skladu s Direktivom 85/374/EEZ. No, budući da taj termin nigdje u Zakonu nije definiran, javlja se dilema odnose li se navedena pravila srpskog Zakona o zaštiti potrošača samo na oštećene potrošače ili na svaku osobu koja je oštećena od neispravnog proizvoda, bez obzira djeluje li u profesionalnom ili privatnom svojstvu. Ako bi se zauzeo stav da se pojam „oštećeni“ odnosi samo na oštećene potrošače, što bi bilo konzistentno s općim poljem primjene toga Zakona, tada bi se moralo zaključiti da niti Direktiva 85/374/EEZ tim Zakonom nije adekvatno implementirana. Ako bi se, s druge strane, zauzeo stav da se pojam „oštećeni“ ne odnosi samo na oštećene potrošače, već na svaku osobu koja je oštećena od neispravnog proizvoda, bila bi riječ o neuobičajenom rješenju budući da bi se Zakonom o zaštiti potrošača zaštita pružala ne samo potrošačima, već širem krugu ljudi, što nastavno otvara pitanje svrhe postojanja takvog posebnog zakona za potrošače.

76 Ch. Twigg-Flesner, „Consumer Sales Directive (99/44)“, u: *EC Consumer Law Compendium, The Consumer Acquis and its transposition in the Member States* (ur. H. Schulte-Nölke et al.), Sellier 2008, 411-413.

77 Primjerice, Direktivom 1999/44/EZ predviđeni su neki novi oblici materijalnih nedostataka, koji nisu predviđeni u ZOO-u, kao što je, na primjer, nedostatak u instalaciji. Kada bi se ta Direktiva implementirala kroz Zakon o zaštiti potrošača stvorila bi se situacija u kojem bi neispravna instalacija bila tretirana kao nedostatak u slučaju potrošačkog ugovora, ali ne i u pogledu nepotrošačkih ugovora. Dakle, ako bi ista osoba istovremeno pribavila dva računala, jedno za privatnu, a drugo za profesionalnu uporabu te ako bi oba računala imala istu vrstu nedostatka koja je prouzročena neadekvatnom instalacijom, prodavatelj bi kupcu odgovarao za materijalne nedostatke u pogledu onog računala koje je pribavljeno za privatnu uporabu, ali ne i u pogledu onog računala koje je pribavljeno za profesionalnu uporabu. Takav ishod, međutim, vrlo je teško racionalno opravdati.

te Direktive naglašeno protekcionistička, čak i preko mjere onoga što je potrebno za učinkovitu zaštitu potrošača, hrvatski se zakonodavac ipak odlučio neka pravila iz te Direktive primijeniti isključivo na potrošačke odnose.⁷⁸

Na žalost, ovo stanje relativne sustavnosti i homogenosti zakonskog okvira zaštite potrošača u značajnoj je mjeri kompromitirano nizom sektorskih zakona koji sadrže posebna pravila o zaštiti potrošača. Pritom, analiza tih propisa pokazuje da ta posebna sektorska uređenja zaštite potrošača nisu rezultat nekog osmišljenog koncepta, već uglavnom rezultat stihije i nedovoljnog poznavanja materije zaštite potrošača. Dapače, temeljem analize postojećeg stanja stvari čini se da nije pretjerano konstatirati kako je zaštita potrošača u zadnje vrijeme postala stvar mode. Naime, stječe se dojam da postoji uvjerenje kako niti jedan zakonski tekst koji uređuje neki vid tržišnih odnosa nije dovršen dok se u njega ne ugrade posebna pravila o zaštiti potrošača. Nažalost, „dodana vrijednost“ većine tih zakonskih intervencija minimalna je, gotovo nepostojeća, a šteta počinjena sustavnosti zakonskog okvira zaštite potrošača velika.

Tako, primjerice, Zakon o osiguranju, osim sporne definicije potrošača,⁷⁹ sadrži relativno rudimentarno pravilo o reklamacijama potrošača te pravilo koje u pogledu zaštite potrošača upućuje na primjenu „posebnog zakona kojim se uređuje zaštita potrošača“,⁸⁰ čime se zapravo upućuje na primjenu Zakona o zaštiti potrošača koji, međutim, u materiji zaštiti potrošača, u odnosu na Zakon o osiguranju nije posebni, već opći propis. Na identičan način uređena je zaštita potrošača Zakonom o *leasingu*.⁸¹ Nešto detaljnije, ali sadržajno na bitno sličan način uređena je zaštita potrošača u Zakonu o kreditnim institucijama koji, osim odredbe o reklamacijama potrošača, sadrži još posebna pravila o obavještavanju potrošača, načinu objavljivanja općih uvjeta poslovanja te obliku ugovora koje potrošači sklapaju s kreditnim institucijama.⁸² Zakon o elektroničkim komunikacijama, s druge strane, sadrži korektnu definiciju potrošača,⁸³ ali ne sadrži nikakva dodatna pravila koja bi bila usmjerena na zaštitu potrošača. No, zato je tim Zakonom iznimno detaljno uređena zaštita krajnjih korisnika usluga elektroničke komunikacije,⁸⁴ što je širi pojam od pojma potrošača.⁸⁵

78 Primjerice, doista je teško pronaći racionalno opravdanje za pravilo Direktive 1999/44/EZ kojim je potrošač oslobođen od obveze da pregleda kupljenu stvar, odnosno za pravilo koje potrošaču ostavlja 2 mjeseca od otkrivanja nedostatka da ga prijavi prodavatelju. Zaštita potrošača trebala bi služiti uspostavljanju narušene ravnoteže u tržišnim odnosima, a ne promociji neodgovornosti. Zbog toga su, kao što je to vidljivo u čl. 402. st. 2. i 3. i čl. 403. st. 4. Zakona o obveznim odnosima, ta pravila Direktive implementirana isključivo kao pravila u potrošačkim odnosima, a ne kao opća pravila.

79 Detaljnije *infra* 5.1.

80 V. čl. 267-269. Zakona o osiguranju.

81 V. čl. 88-90. Zakona o leasingu.

82 V. čl. 304-310. Zakona o kreditnim institucijama.

83 v. čl. 2. st. 1. toč. 42. Zakona o elektroničkim komunikacijama.

84 V. čl. 41-51. Zakona o elektroničkim telekomunikacijama.

85 Temeljem čl. 2. st. 1. toč. 25. Zakona o elektroničkim telekomunikacijama, korisnik usluga je svaka fizička ili pravna osoba koja koristi javno dostupnom elektroničkom uslugom ili zahtjeva tu uslugu, bez obzira djeluje li u osobne ili privatne svrhe.

Većinom ovdje navedenih posebnih propisa potrošačima se ne pružaju nikakva posebna prava, koja oni ne bi imali bilo na temelju Zakona o zaštiti potrošača, bilo na temelju ZOO-a. Prema tome, s aspekta zaštite potrošača, većina tih posebnih pravila sasvim su nepotrebna. No, kao što je već naglašeno, ti su posebni propisi napravili puno nereda na području sustavnosti i transparentnosti zakonskog okvira zaštite potrošača, a nekima od njih ujedno je dovedena u pitanje ispravnost implementacije potrošačkog *acquis*-a u domaće pravo.

Donošenjem navedenih posebnih pravila zaštite potrošača, nepotrebno se usložio zakonski okvir obveznopravne zaštite potrošača, budući da je pored ZOO-a, kao općeg propisa o obveznim odnosima te Zakona o zaštiti potrošača, kao posebnog propisa o obveznim odnosima, tim posebnim propisima uvedena nova, treća, a u određenim slučajevima i četvrta razina specijalnosti propisa kojima se uređuju obvezni odnosi. Tako će se, primjerice, u pogledu zaštite potrošača kod sklapanja ugovora o osiguranju primarno primjenjivati posebna pravila o zaštiti potrošača iz Zakona o osiguranju, podredno će se primjenjivati pravila Zakona o zaštiti potrošača, a potom, ako je to potrebno, i pravila ZOO-a, kao općeg propisa kojim se uređuju obvezni odnosi. Situacija je još složenija u pogledu nekih financijskih usluga, poput primjerice u pogledu ugovora o potrošačkom kreditu, budući da je u pogledu te vrste usluga zaštita potrošača uređena kroz čak četiri razine specijalnosti. Tako će se na zaštitu potrošača prilikom sklapanja ugovora o potrošačkom kreditu primarno primjenjivati pravila Zakona o potrošačkom kreditiranju, zatim pravila Zakona o kreditnim institucijama, potom Zakona o potrošačima te na kraju ZOO-a. Takav zakonski okvir jednostavno ne može biti u funkciji učinkovite zaštite potrošača. Naime, teško je povjerovati da prosječan potrošač može u konkretnom slučaju pouzdano utvrditi kojim je sve zakonima uređen njegov odnos s trgovcem, a kamoli da procijeni sve, ponekad vrlo suptilne, ali i vrlo neizvjesne, odnose koji vladaju među tim propisima te posljedično da pouzdano utvrdi kakav je njegov pravni položaj u konkretnoj situaciji.

Pored nepotrebno usložavanja zakonskog okvira zaštite potrošača, posebna pravila o zaštiti potrošača, predviđena navedenim sektorskim zakonima, unijela su nadalje nepotrebnu konfuziju u primjenu i tumačenje zakona kojima se štite potrošači. Naime, neki od tih posebnih propisa upućuju na podrednu primjenu Zakona o zaštiti potrošača. No, problem je u tome što je većinom tih propisa predviđena šira definicija potrošača u odnosu na Zakon o zaštiti potrošača. Naime, u Zakonu o zaštiti potrošača potrošač je, po uzoru na potrošački *acquis*, definiran kao fizička osoba koja djeluje u privatne svrhe. S druge strane, Zakonom o osiguranju, Zakonu o *leasingu* te inicijalnom verzijom Zakona o kreditnim institucijama, potrošač je definiran kao fizička osoba koja sklapa ugovore uređene tim propisima, bez obzira djeluje li pritom u privatne ili poslovne svrhe. U tom smislu, kada navedeni posebni propisi upućuju na podrednu primjenu Zakona o zaštiti potrošača, postavlja se pitanje na koje bi se potrošače Zakon o zaštiti potrošača trebao podredno primjenjivati; da li na potrošače kako su oni definirani u tim posebnim propisima ili samo na potrošače kako su oni definirani u Zakonu o zaštiti potrošača? Ako bi

se zauzeo stav da se zaštita koju pruža Zakon o zaštiti potrošača proteže na sve potrošače, kako su oni definirani navedenim posebnim propisima, to bi zapravo značilo da je tim posebnim propisima prošireno personalno polje primjene Zakona o zaštiti potrošača, što bi bio vrlo neuobičajen zakonodavni presedan. Ako bi se pak zauzeo stav da se zaštita koju pruža Zakon o zaštiti potrošača odnosi samo na onaj krug osoba koji je obuhvaćen definicijom potrošača iz toga Zakona, mora se postaviti pitanje svrhe postojanja pravila o zaštiti potrošača u navedenim posebnim propisima, a poglavito svrhe širenja definicije potrošača u tim propisima, budući da se tim pravilima potrošačima ne pružaju nikakva posebna prava, koja oni ne bi imali na temelju Zakona o zaštiti potrošača. Kako bilo, ostaje činjenica da ovakav nes(p)retan način zakonskog uređenja unosi sasvim nepotrebnu konfuziju u ionako složenu materiju zaštite potrošača.

Konačno, neki od navedenih posebnih propisa dovode u pitanje ispravnost implementacije potrošačkog *acquis*-a u hrvatski pravni poredak. Naime, svako posebno zakonsko uređenje određene materije nužno derogira općenitije zakonsko uređenje iste materije. U tom smislu, pravilima o zaštiti potrošača iz posebnih, sektorskih propisa ujedno su derogirana pravila Zakona o zaštiti potrošača u pogledu one materije koja je uređena tim posebnim propisima. Pritom, budući da je Zakonom o zaštiti potrošača preuzet čitav niz direktiva Europske unije, donošenjem tih posebnih propisa, čime se ujedno derogiralo Zakon o zaštiti potrošača, mogla bi doći u pitanje ispravnost implementacije onih direktiva Europske unije koje su u naš pravni poredak preuzete Zakonom o zaštiti potrošača. Ovaj problem mogao bi, na primjer, postojati u pogledu Zakona o elektroničkim komunikacijama. Naime, tim je Zakonom, odnosno Pravilnikom o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga (dalje u tekstu: Pravilnik HAKOM-a),⁸⁶ donesenim na temelju toga Zakona, predviđen poseban sustav administrativne kontrole nepoštenih ugovornih odredaba u ugovorima kojima se pružaju usluge elektroničke telekomunikacije. Iako postojanje posebnog sustava kontrole nepoštenih ugovornih odredaba samo po sebi nije sporno s aspekta usklađenosti našeg prava s *acquis*-om, problem ovog konkretnog rješenja leži u činjenici da ono u potpunosti ne slijedi zahtjeve Direktive 93/13/EEZ kojom je uređena materija nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima. Posljedično, to bi moglo značiti da u pogledu usluga elektroničkih komunikacija hrvatski potrošači nemaju onu razinu zaštite koju im jamči ta Direktiva.

Trend disolucije relativne sustavnosti i kompaktnosti zakonskog okvira zaštite potrošača, započet navedenim posebnim propisima, nastavljen je donošenjem Zakona o potrošačkom kreditiranju. Iako se, kao što je gore opisano, inicijalno nastojalo da se dio *acquis*-a kojim se uređuju posebni obveznopravni elementi zaštite potrošača implementiraju u hrvatski pravni poredak putem Zakona o zaštiti potrošača, (zbog čega je inicijalno, do donošenja Zakona o potrošačkom kreditiranju, tim Zakonom bila uređena i materija potrošačkog zajma), donošenjem Zakona o potrošačkom kreditiranju očito se od tog koncepta odustalo. Pritom, čini se da su razlozi za napuštanje tog inicijalnog koncepta

⁸⁶ *Narodne novine*, br. 154/11.

implementacije obveznopравnih elemenata potrošačkog *acquis*-a više administrativno-organizacijske nego supstancijalne naravi. Naime, organizacijska raspodjela poslova među pojedinim ministarstvima Vlade Republike Hrvatske dovodi do toga da ministarstva više djeluju kao samostalni entiteti nego kao dio jedinstvene organizacijske cjeline. U tom smislu, svako ministarstvo ima „svoje“ zakone, koje samostalno priprema i čiju primjenu nadzire. Koordinacija među pojedinim ministarstvima, koja bi vodila do toga da je za izradu i nadzor pojedinog zakona zaduženo više ministarstava, u Hrvatskoj je očito nemoguća. Kako je u jednom trenutku ministarstvo zaduženo za financije očito zaključilo da je uređenje potrošačkog kreditiranja u njegovoj nadležnosti, a ne u nadležnosti ministarstva zaduženog za gospodarstvo, materija potrošačkog kreditiranja izuzeta je iz Zakona o zaštiti potrošača, za čiji je nadzor nadležno ministarstvo zaduženo za gospodarstvo, i uređena Zakonom o potrošačkom kreditiranju, za čiji je nadzor nadležno ministarstvo zaduženo za gospodarstvo. Pritom očito nije napravljena nikakva procjena učinaka takve zakonske promjene na sustavnost i transparentnost pravnog uređenja zaštite potrošača. Na žalost, prilikom ove promjene uopće se nije vodilo računa o činjenici da je zaštita potrošača horizontalna politika, koja se proteže kroz sve sektore gospodarske i društvene djelatnosti u kojima nastupaju potrošači. U tom smislu, kad bi se slijedilo matricu uspostavljenju Zakonom o potrošačkom kreditiranju, svaki element potrošačkog *acquis*-a morao bi opetovano biti uređen u svakom pojedinom sektorskom zakonu. To bi, međutim, dovelo do posvemašnje fragmentacije pravnog uređenja zaštite potrošača i posljedično do njegove netransparentnosti i neučinkovitosti.⁸⁷

Kao što je već rečeno, novine koje se dešavaju na području zaštite potrošača na europskom nivou, poput primjerice Direktive 2013/11/EU (o alternativnom rješavanju sporova), uskoro će aktualizirati potrebu ponovnih promjena pravnog uređenja zaštite potrošača u Hrvatskoj. Naravno, i u pogledu implementacije tih novih elemenata potrošačkog *acquis*-a biti će potrebno donijeti odluku na koji način, odnosno kojim zakonima provesti tu implementaciju. Bilo bi dobro, pritom, zaustaviti započeti trend dezintegracije pravnog uređenja zaštite potrošača i povesti računa o potrebi očuvanja pa i restauracije relativne sustavnosti i kompaktnosti toga uređenja. Ovime se, naravno, ne želi ustvrditi kako bi trebalo izbjegavati uređenje potrošačkih odnosa putem sektorskih zakona, već se tek želi naglasiti da bi za takvim tipom uređenja potrošačkih odnosa trebalo posezati jedino ako specifičnosti pojedinog gospodarskog ili društvenog sektora to opravdavaju. Pritom bi svakako bilo potrebno voditi računa o tome da to posebno uređenje bude usklađeno s temeljnim postulatima općeg uređenja te da bude u skladu s potrošačkim *acquis*-om.

⁸⁷ Republika Srbija očito nema problema s koordinacijom rada pojedinih ministarstava u provedbi i nadzoru pojedinih zakona. Tako je, primjerice, člankom 147. Zakona o zaštiti potrošača, nadležnost za nadzor toga Zakona povjerena nizu ministarstava koji su očito zaduženi da svaki u svojoj oblasti nadzire provođenje toga Zakona. Tim više začuđuje da je i u Srbiji materija potrošačkog kreditiranja uređena posebnim propisom, a ne Zakonom o zaštiti potrošača.

4. PITANJE CJELOVITOSTI PRAVNOG UREĐENJA ZAŠTITE POTROŠAČA

Da bi se određeno pravno uređenje moglo nazvati sustavom potrebno je da je riječ o zaokruženoj normativnoj cjelini, koja određenu materiju, odnosno određeni segment društvenog života uređuje u potpunosti. Pravno uređenje zaštite potrošača to, međutim, nije. Nesporno je da je u posljednjih desetak godina na području zaštite potrošača učinjeno iznimno mnogo; usvojen je voluminozan pravni okvir zaštite potrošača, definirani su nositelji kreiranja i provođenja politike zaštite potrošača, stvoreni su i educirani administrativni kapaciteti potrebni za provođenje politike zaštite potrošača, definirani su programi edukacije potrošača, stvoreni su pravni, financijski i organizacijski preduvjeti za značajniju uključenost subjekata civilnog društva u zaštitu potrošača. No unatoč tim nespornim pozitivnim pomacima, proces izgradnje hrvatskog sustava zaštite potrošača još nije završen.⁸⁸ Mnogi elementi pravnog uređenja zaštite potrošača, poglavito uređenje obveznopравnih potrošačkih odnosa te procesnopravna zaštita potrošača daleko su od stanja dovršenosti i potpunosti. Osim toga, kao što je ranije već naglašeno,⁸⁹ određene elemente toga pravnog uređenja, poglavito organizacijsku strukturu te pravila uređenja tržišta, biti će potrebno temeljito preispitati u budućnosti, kako s aspekta njihove učinkovitosti tako i s aspekta njihove opravdanosti.

4.1. Obveznopravni aspekti

Obveznopravno uređenje zaštite potrošača necjelovito je, fragmentarno i kazuistički strukturirano.⁹⁰ Ono, naime, predstavlja skup pojedinačnih pravila usmjerenih na zaštitu potrošača, a koja pritom nisu povezana zajedničkim načelima kao vezivnim tkivom. Pritom, takvo stanje stvari ne treba čuditi ima li se na umu da je hrvatsko obveznopravno uređenje zaštite potrošača mahom nastalo kao rezultat implementacije potrošačkog *acquis*-a. A upravo je potrošački *acquis* obilježen parcijalnošću ili, kako to neki kažu, pointilističkim pristupom,⁹¹ necjelovitošću, ali i unutrašnjom nekonzistentnošću.⁹²

Naime, zbog određenih specifičnosti potrošačkog *acquis*-a, o kojima će kasnije biti više riječi,⁹³ taj dio europskog prava nikada nije niti bio zamišljen kao

88 Ta je konstatacija, primjerice, iznesena u uvodnim napomenama Nacionalnog programa zaštite potrošača za razdoblje od 2013. do 2016. godine.

89 V. *supra* 2.

90 Slično, T. Josipović, „Das Konsumentenschutzgesetz – Beginn der Europäisierung des Kroatischen Vertragsrechts“, u: *The Architecture of European Codes and Contract Law*, (ur. S. Grundmann, M. Schauer) The Kluwer Law International 2006, 135.

91 N. Gavella, „O europskom privatnom pravu“, u: *Europsko privatno pravo* (ur. N. Gavella et al.), Pravni fakultet sveučilišta u Zagrebu 2002, 20.; E. Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft 1996, 51.

92 H.W. Micklitz, „The Concept of Competitive Contract Law“, *Penn. St. Int'l L. Rev.* 23/2005, 549, 551.

93 V. *infra* 6.

zatvorena i sustavna cjelina, već tek kao nadopuna nacionalnih pravnih poredaka država članica kojom bi trebalo osigurati približno istu razinu zaštite potrošača na cijelom području Europske unije, a s ciljem nesmetanog funkcioniranja unutrašnjeg tržišta. Daljnji razlog fragmentarnosti obveznog pravnog uređenja zaštite potrošača na europskoj razini rezultat je specifičnih okolnosti nastanka toga uređenja. Naime, obveznopravna pravila potrošačkog *acquis*-a nastajala su kao odgovor na pojedinačne probleme na koje su potrošači nailazili, a čiji je različit tretman u pojedinim državama članicama Europske unije mogao ugroziti funkcioniranje unutrašnjeg tržišta. U tom smislu, pojedinim direktivama rješavali su se konkretni problemi, što je rezultiralo kazuistički strukturiranim pravilima potrošačkog *acquis*-a. Pritom, budući da se problemi na koje su potrošači nailazili nisu rješavali sustavno, već incidentalno, kako bi se pojavljivali u praksi, to je i uređenje obveznopravnih aspekata zaštite potrošača nužno (p)ostajalo fragmentarno.

Tako su u ovom trenutku europskim pravom zaštite potrošača uređeni tek neki segmenti obveznog prava, poput nekih oblika trgovanja, kao što je prodaja na daljinu i prodaja izvan poslovnih prostorija te neke vrste ugovora, poput ugovora o potrošačkom kreditu, ugovora o *timeshare*-u, ugovora o organiziranju putovanja kao i pojedini aspekti ugovora o kupoprodaji, poput materijalnih nedostataka ispunjenja. Riječ je, dakle, mahom o vertikalnim intervencijama, koje su ograničene tek na pojedine institute nacionalnih obveznopravnih uređenja. Dapače, čak i na onim područjima obveznog prava na kojima je došlo do ujednačavanja nacionalnih obveznopravnih poredaka putem europskih direktiva, ta su ujednačena rješenja također bila parcijalnog karaktera, budući da ta područja nisu integralno uređena, već su europskim direktivama uređeni samo oni aspekti koji se tiču zaštite potrošača. Tako, primjerice, Direktivom 94/47/EZ i Direktivom 2008/122/EZ uopće nije uređeno pitanje pravne prirode ugovora o *timeshare*-u, prava i obveza ugovornih strana općenito te ostala opća pitanja te vrste ugovora, već isključivo ona pitanja koja se tiču zaštite potrošača pri sklapanju te vrste ugovora.⁹⁴ Jedini horizontalni instrument europskog prava zaštite potrošača, dakle instrument koji se primjenjuje na sve vrste ugovora i koji, kao takav, ispoljava određene naznake sustavnosti, jest Direktiva 93/13/EEZ o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima.

Recentna događanja upućuju na zaključak da značajnije pomake u smjeru usustavljanja obveznopravnih aspekata zaštite potrošača na europskoj razini u dogleđno vrijeme ne treba očekivati. Naime, unatoč vrlo ambicioznim najavama o stvaranju europskog obveznog pa i građanskog prava,⁹⁵ u ovom trenutku države članice Europske unije očito su nesklone daljnjim sustavnijim zahvatima u svoje nacionalne obveznopravne poretke, smatrajući vjerojatno te poretke dijelom

⁹⁴ Slično, T. Josipović, *op. cit.*, 135-136.

⁹⁵ V. primjerice, Rezoluciju Europskog parlamenta A2-157/89 o usklađivanju privatnog prava država članica od 26. lipnja 1989. godine (SL 1989 C 158), Priopćenje Europske komisije o europskom ugovornom pravu (COM (2001) 398, SL 2001 C 255), Priopćenje Europske komisije od 13. ožujka 2003. godine *Koherentnije europsko ugovorno pravo – akcijski plan* (COM (2003) 68 final, SL 2003 C 63), Priopćenje Europske komisije *Europsko ugovorno pravo i revizija pravne stečevine – daljnji koraci* (COM (2004) 651 final).

svojeg kulturnog identiteta⁹⁶ ili jednostavno ne želeći prepustiti Europskoj uniji zakonodavni suverenitet na tom području.

Tako je, primjerice, Direktiva 2011/83/EZ (o potrošačkim pravima) inicijalno bila zamišljena i predstavljena kao instrument kojim bi se sveobuhvatno i sustavno uredilo obveznopravne segmente zaštite potrošača⁹⁷ pa je u tom smislu inicijalno bilo predviđeno da se tom Direktivom uredi materija koja je uređena četirima direktivama: Direktivom 85/577/EEZ (o ugovorima sklopljenim izvan poslovnih prostorija trgovca), Direktivom 93/13/EEZ (o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima), Direktivom 97/7/EZ (o ugovorima sklopljenim na daljinu) i Direktivom 1999/44/EZ (o materijalnim nedostacima).⁹⁸ No, nesklonost država članica da prihvate tako ambiciozan unifikacijski zahvat u svoje nacionalne obveznopravne poretke rezultirao je naknadnim suženjem predmetnog polja primjene navedene Direktive pa je konačnom, puno skromnijom verzijom Direktive 2011/83/EZ došlo tek do unifikacije materije koja je prethodno bila uređena Direktivom 85/577/EEZ i Direktivom 97/7/EZ, dok su Direktiva 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ ostale i dalje na snazi kao samostalni instrumenti. Unatoč relativnom neuspjehu s Direktivom 2011/83/EZ, Europska komisija iste godine predstavlja još ambiciozniji projekt – Prijedlog Uredbe o zajedničkom europskom pravu kupoprodaje,⁹⁹ kojim bi se sustavno i detaljno uredio kupoprodajni ugovor kao jedan od najčešćih potrošačkih ugovora. Iako je predložena Uredba zamišljena tek kao opcijski instrument,¹⁰⁰ koji bi stajao uz bok nacionalnim pravnim porecima, sudeći prema inicijalnim reakcijama država članica, nerealno je očekivati da bi ta Uredba u dogledno vrijeme mogla biti prihvaćena.¹⁰¹

U situaciji u kojoj, dakle, konsolidiranje i usustavljanje obveznopravnih elemenata zaštite potrošača nije izgledno na europskoj razini, potrebno je obveznopravne elemente zaštite potrošača preuzete iz pojedinih direktiva pokušati usustaviti njihovim uklapanjem u domaći obveznopravni sustav, a sve kako bi se osigurala učinkovitost u primjeni tih pravila. Naime, budući da su obveznopravna pravila pojedinih

96 H. Collins, "European Private Law and the Cultural Identity of States", *European Review of Private Law* 3/1995.; G. Betlem, E. Hondius: "European Private Law After the Treaty of Amsterdam", *European Review of Private Law* 1-3/2001,18.; P. Legrand, "European Legal Systems are not Converging", *International and Comparative Law Quarterly*, 45/1996,56.-57.

97 Z. Meškić, „Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača od 25. oktobra 2011. Godine, Sl. list EU 2011, L 304/64“, *Nova pravna revija* 1/12, str. 43.-44.

98 V. Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o potrošačkim pravima, COM (2008) 614 final.

99 COM (2011) 635 final.

100 V. čl. 3. Prijedloga Uredbe.

101 V. primjerice, Reasoned opinion by the Bundesrat of the Republic of Austria on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (notice to members 92/2011), Reasoned opinion by the House of Commons of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (notice to members 100/2011), Reasoned opinion by the Bundestag of the Federal Republic of Germany on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (notice to members 102/2011).

direktiva fragmentarna, njihova učinkovita primjena pretpostavlja njihovu oslonjenost na postojeći instrumentarij općeg obveznog pravnog uređenja. Osim toga, budući da pojedine direktive kojima su uređeni obvezni aspekti zaštite potrošača ne sadrže gotova pravna pravila, već tek definiraju ciljeve koje je potrebno postići, njihova uspješna implementacija zahtijeva da se iz arsenala domaćeg obveznog pravnog poretka odaberu oni instituti kojima se ti ciljevi mogu ostvariti. Upravo je zato od ključne važnosti europska obvezna pravila zaštite potrošača skladno asimilirati u domaći obvezni poredak. Time se, s jedne strane, osigurava konzistentnost domaćeg obveznog pravnog poretka, a s druge strane, stvaraju potrebne pretpostavke za učinkovitu primjenu obveznih pravila zaštite potrošača.

Naravno, ima li se na umu neke temeljne konceptijske razlike između europskog prava zaštite potrošača i našeg općeg obveznog pravnog uređenja,¹⁰² upitno je u kojoj se mjeri obvezni elementi europskog prava zaštite potrošača uopće mogu skladno uklopiti u opći obvezni sustav. Naime, instrumentalističko-protektivni karakter europskog prava zaštite potrošača koji putem kognitivnih normi štiti potrošača, ne samo od trgovca, već u određenim situacijama i od sebe samoga,¹⁰³ u snažnoj je opreci s liberalnim, interesno neutralnim konceptom obveznih odnosa na kojem je izgrađeno naše opće obvezno uređenje. U tom smislu, temeljene elemente europskog prava zaštite potrošača, poput primjerice, prava na jednostrani bezrazložni raskid ugovora, konceptijski je jako teško uklopiti u opće obvezno uređenje. Poglavito je to tako uzme li se u obzir neka prilično radikalna teorijskopravna opravdanja tog prava. Neki autori, primjerice, argumentiraju kako je pravo potrošača da jednostrano raskine ugovor bez obzira na razlog koji ga na to navodi, izvanredno sredstvo učinkovite konkurencije, budući da ono omogućava potrošaču da bezbolno izađe iz ugovora, ako u međuvremenu pronađe povoljniju priliku.¹⁰⁴ Što pritom učiniti pravilom *pacta sunt servanda*, koje još uvijek predstavlja stožerni element ugovornih odnosa, te kako takva koncepcija obveznog prava utječe na pravnu sigurnost, pitanja su koja očito nisu u fokusu interesa pristalice takve koncepcije uređenja obveznih odnosa. Upravo zato još više dobivaju na uvjerenosti stavovi onih koji tvrde da recentno europsko uređenje zaštite potrošača ne može biti uspješno uklopljeno u cjelovit obvezni kodeks prije nego li se napravi značajan odmak od trenutno dominantne instrumentalističko-protjezionističke koncepcije toga uređenja.¹⁰⁵

U mjeri u kojoj je to zbog ovdje navedenih razloga uopće bilo moguće, Republika Hrvatska u je u segmentu asimilacije obveznih elemenata zaštite potrošača u opće obvezno uređenje bila relativno uspješna. Pojedine nepravničke termine kojima se u pojedinim direktivama definiralo ciljeve koji se žele postići, hrvatski je zakonodavac uspješno konvertirao u institute domaćeg pravnog poretka kojima se taj cilj postiže. Tako je, primjerice, Direktivom 93/13/

102 Detaljnije v. *supra* 3.

103 Takvu koncepciju prava zaštite potrošača, primjerice, podržava N. Reich, *op. cit.*, 13.

104 To neobično pravno-teorijsko opravdanje prava na jednostrani raskid ugovora iznosi H. W. Micklitz, *op. cit.*, 574-576.

105 Ch. Schmid, *op. cit.*, 267-269.

EEZ bilo predviđeno da nepoštena odredba potrošačkog ugovora „neće obvezivati“ potrošača“. ¹⁰⁶ Riječ je o terminu koji nije moguće podvesti ni pod koji poznati institut obveznog prava, kako na domaćoj tako i na komparativnoj razini. No, takav je pravno neutralan izričaj upotrijebljen upravo kako bi se omogućilo državama članicama da postignu traženi rezultat, koristeći se pritom instrumentarijem svojih nacionalnih pravnih poredaka. ¹⁰⁷ Implementirajući navedeno pravilo Direktive 93/13/EEZ, hrvatski je zakonodavac upotrijebio institut ništetnosti, ¹⁰⁸ kojim se u hrvatskom pravnom poretku postižu upravo oni učinci koje predviđa navedeno pravilo Direktive 93/13/EEZ, ¹⁰⁹ a ispravnost takvog pristupa naknadno je potvrđena pojedinim presudama Suda EU. ¹¹⁰ Nadalje, umjesto pravno nedefiniranog termina „povlačenja iz ugovora“ ili „odustanka od ugovora“ (*withdrawal*), koji se koristi u nizu direktiva, hrvatski je zakonodavac upotrijebio institut raskida ugovora, ¹¹¹ kojim se u našem pravnom poretku postižu upravo oni učinci koji se predviđeni kao posljedice primjene pravno nedefiniranog termina „odustanka“, odnosno „povlačenja“ iz ugovora. ¹¹² Na taj način očuvana je konzistentnost domaćeg obveznog pravnog poretka, ali je time ujedno osigurana transparentnost obveznog pravnih aspekata zaštite potrošača kao i izvjesnost u njihovoj primjeni. Naime, koristeći se poznatim institutima domaćeg pravnog poretka, nije bilo potrebno posebno propisivati pravne posljedice primjene tih instituta, budući da one proizlaze iz općeg obveznog pravnog uređenja.

Na žalost, ova relativna konzistentnost u asimilaciji instituta pojedinih direktiva domaćem pravnom poretku novijim zakonskim intervencijama povremeno se nagrizala. Tako, primjerice, Zakon o potrošačkom kreditiranju, umjesto da koristi institut raskida ugovora, nepotrebno u naš obvezni pravni poredak unosi institut „odustanka“ od ugovora. ¹¹³ Naravno, uvođenje novoga instituta u domaći obvezni pravni poredak nužno otvara pitanje njegova razlikovanja od sličnih instituta, poput dobro poznatog instituta raskida ugovora. Nešto detaljnija analiza odredbe članka 14. Zakona o potrošačkom kreditiranju i konzultiranje domaće pravne književnosti ¹¹⁴ upućuju na zaključak da nema nikakve supstancijalne razlike između raskida i odustanka od ugovora. U tom smislu, uvođenjem novih termina za već postojeće pravne institute

¹⁰⁶ V. čl. 6. st. 1. Direktive 93/13/EEZ.

¹⁰⁷ M. Tenreiro, „The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems“, *European Review of Private Law* 3/1995, 280-283.

¹⁰⁸ V. čl. 102. Zakona o zaštiti potrošača.

¹⁰⁹ Sudeći prema čl. 46. srpskog Zakona o zaštiti potrošača, identičan pristup očito je primijenio i srpski zakonodavac.

¹¹⁰ V. C-240/98 – C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA v Rocio Murciano Quintero and Salvat Editores SA i Salvat Editores SA v José M. Sánchez Alcón Prades and Others* (European Court Reports – dalje u tekstu: ECR 2000 I-04941) i C-243/08, *Pannon GSM Zrt. v Erzsébet Sustikné Györfi* (ECR 2009 I-04713).

¹¹¹ V. primjerice, čl. 33-35, 45-49, 63-66, 91-92. Zakona o zaštiti potrošača.

¹¹² I u ovom segmentu srpski je zakonodavac očito zauzeo identičan pristup kao i hrvatski (v. primjerice čl. 35-37, 89, 114-117. srpskog Zakona o zaštiti potrošača.).

¹¹³ V. čl. 14. Zakona o potrošačkom kreditiranju.

¹¹⁴ P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne novine 2008, 477.

sasvim se nepotrebno unosi konfuzija i nesigurnost u primjeni prava pa bi eksperimente poput ovog poduzetog Zakonom o potrošačkom kreditiranju u budućnosti svakako valjalo izbjeavati.

4.2. Procesnopravni elementi

Na području procesnopravne zaštite potrošača, u hrvatskom su se pravu u posljednjih desetak godine dogodile značajne promjene. No, isto je tako potrebno naglasiti da je područje procesnopravne zaštite potrošača jedno od onih na kojem je u tom desetogodišnjem periodu bilo ponajviše lutanja. Konačno, isto tako valja naglasiti da, unatoč postignutom, sustav procesnopravne zaštite potrošačkih prava još je daleko od stanja dovršenosti.

Potrošački odnosi specifični su utoliko što ih karakterizira relativno mala vrijednost transakcije te iznimno velik broj tih transakcija.¹¹⁵ Pri takvom stanju stvari, klasični individualistički put građanskopravne zaštite jednostavno ne daje zadovoljavajuće rezultate. Naime, zbog relativno male vrijednosti transakcije potrošač čija su prava povrijeđena neće imati interesa upuštati su u skup i dugotrajan sudski postupak ostvarivanja svojih prava, čime se individualistički put zaštite potrošača pokazuje neadekvatnim s aspekta njegove učinkovitosti. S druge strane, budući da je potrošačkih transakcija iznimno mnogo te da velika većina povrijeđenih potrošača zbog navedenih razloga neće poseći za individualističkim putem zaštite, takav put zaštite u potrošačkim odnosima ne daje zadovoljavajuće rezultate niti s aspekta generalne prevencije. Zbog toga se u potrošačkom zakonodavstvu razvijaju neki alternativni putovi zaštite. Prije svega, to su različiti oblici kolektivističke zaštite, ali i različiti oblici alternativnog, izavansudskog rješavanja potrošačkih sporova.¹¹⁶

Zakon o zaštiti potrošača iz 2003. godine bio je u tom pogledu iznimno inovativan budući da je, po uzoru na pojedine europske direktive,¹¹⁷ po prvi put u hrvatski pravni sustav uveo koncept zaštite kolektivnih interesa. Naime, u taksativno navedenim situacijama osobe ovlaštene za zaštitu potrošača mogle su od nadležnog suda zatražiti da trgovcu naloži prestanak ponašanja kojim se povrjeđuju prava potrošača.¹¹⁸ Koncept zaštite kolektivnih interesa postupno se razvijao na nivou Europske unije. Kako je zaštita kolektivnih interesa potrošača bivala sve značajniji element europske politike zaštite potrošača, tako se od pojedinačnih direktiva kojima se predviđala ta zaštita došlo do Direktive

¹¹⁵ Ta se karakteristika potrošačkih odnosa često označava engleskom sintagmom „*high volume-small value*“.

¹¹⁶ Detaljnije, M. Baretić, „Individualna i kolektivna zaštita potrošača u hrvatskom pravu“, u: *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području – rješavanje trgovačkih i potrošačkih sporova*, (ur. V. Tomljenović, E. Čulinović Herc, V. Butorac Malnar) Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci 2009.

¹¹⁷ Riječ je o Direktivi 97/7/EEZ (o sklapanju ugovora na daljinu), Direktivi 93/13/EEZ (o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima) i Direktivi 85/450/EEZ (o zavaravajućem i komparativnom oglašavanju).

¹¹⁸ V. primjerice, čl. 54, 88. i 93. Zakona o zaštiti potrošača 2003.

98/27EEZ o sudskim i upravnim nalozima za zaštitu potrošača kojom se taj vid zaštite uređuje na općenit način, za sve segmente potrošačkog *acquis*-a.¹¹⁹ Taj je razvoj, naravno, slijedilo i hrvatsko pravo, pritom prilično lutajući. Naime, u pogledu kolektivne zaštite potrošača europsko pravo ostavlja državama članicama slobodu izbora hoće li se ta zaštita pružati u sudskim ili upravnim postupcima. Slijedeći svoju procesnoppravnu tradiciju, Republika Hrvatska inicijalno se odlučila za sudski put zaštite, tako da je Zakonom o zaštiti potrošača iz 2003. godine bilo predviđeno da se zaštita kolektivnih interesa potrošača ostvaruje u sudskom postupku.

Do značajnijih promjena na ovom području trebalo je doći novim Zakonom o zaštiti potrošača iz 2007. godine. Prije svega, tim je Zakonom u hrvatsko pravo implementirana Direktiva 98/27/EEZ. Zbog toga su prilično rudimentarna zakonska rješenja u pogledu zaštite kolektivnih interesa potrošača, predviđena Zakonom o zaštiti potrošača iz 2003. godine, Zakonom o zaštiti potrošača iz 2007. godine ipak u velikoj mjeri razrađena i sistematizirana.¹²⁰ No, ono što je u tom pogledu svakako važno za naglasiti jest da je Zakonom o zaštiti potrošača iz 2007. godine nadležnost za rješavanje većine zahtjeva kolektivne zaštite potrošača prebačena na Državni inspektorat. Prema tome, 2007. godine Republika Hrvatska odlučila je zaštitu kolektivnih interesa potrošača ostvarivati uglavnom kroz upravni put.¹²¹ O razlozima prihvaćanja takvog rješenja može se tek nagađati. Vjerojatno se, temeljem spoznaje da u četiri godine važenja Zakona o zaštiti potrošača iz 2003. godine nije pokrenut niti jedan postupak kolektivne zaštite, smatralo kako će prebacivanje nadležnosti na upravna tijela ubrzati tijek tih postupaka, a time ih i učiniti popularnijima. No, bilo kakva očekivanja vezana uz taj konceptijski zaokret postala su bespredmetna budući da je Zakonom o zaštiti potrošača iz 2007. godine, iz potpuno neshvatljivih razloga, primjena čitavog sustava zaštite kolektivnih interesa potrošača odgođena do ulaska Republike Hrvatske u Europsku uniju.¹²²

Na svu sreću, 2009. godine stupa na snagu Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača kojim se ponovno aktivira sustav zaštite kolektivnih interesa potrošača, ali kojim se ujedno nastavlja konceptijsko lutanje na ovom području. Naime, tim je Zakonom nadležnost za rješavanje postupaka zaštite kolektivnih interesa potrošača ponovno u potpunosti vraćena sudovima.¹²³ No, tim je Zakonom ujedno ta materija uređena cjelovito, detaljno i konzistentno. O kvaliteti tog zakonskog rješenja može posvjedočiti činjenica da su rješenja predviđena Zakonom o zaštiti potrošača poslužila hrvatskom zakonodavcu kao matrica po kojoj su sačinjena opća pravila o zaštiti kolektivnih interesa, ugrađena u Zakon o

119 Budući da se zbog konstantnog širenja potrošačkog *acquis*-a, a time i konstantnog širenja predmetnog polja primjene pravila o zaštiti kolektivnih interesa potrošača, Direktiva 98/27/EZ često mijenjala, 2009. godine donesena je kodificirana (konsolidirana) verzija te Direktive koja od tada nosi oznaku Direktiva 2009/22/EZ.

120 V. čl. 131-141. Zakona o zaštiti potrošača 2007.

121 Jedina iznimka u tom pogledu bili su postupci kolektivne zaštite protiv nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima (v. čl. 103-105. Zakona o zaštiti potrošača 2007.)

122 V. čl. 155. Zakona o zaštiti potrošača 2007.

123 V. čl. 55-66. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača iz 2009. godine.

parničnom postupku 2011. godine.¹²⁴ Unatoč navedenom, trend nekorištenja instrumentarija kolektivne zaštite perzistira i dalje. Naime, u desetgodišnjem razdoblju postojanja nekog oblika zaštite kolektivnih interesa potrošača pokrenut je tek jedan postupak te zaštite, 2011. godine, kada je jedna udruga za zaštitu potrošača podignula kolektivnu tužbu protiv skupine banaka radi ugovaranja valutne klauzule vezane uz švicarski franak. Zbog toga, kao što će u nastavku biti detaljnije argumentirano,¹²⁵ možda dolazi vrijeme da se propitaju neke druge, učinkovitije opcije ostvarivanja tog vida zaštite.

Unatoč postojanju kvalitetnog zakonskog okvira zaštite kolektivnih interesa potrošača, teško je govoriti o zatvorenoj cjelini procesnopravne zaštite potrošača u Hrvatskoj. Naime, postupcima zaštite kolektivnih interesa pruža se tek preventivna zaštita, kojoj je cilj onemogućiti da se u budućnosti pojavljuju određena ponašanja koja općenito povrijeđuju prava potrošača. No, taj tip zaštite ne pomaže onim potrošačima kojima su povrijeđena konkretna prava. Radi ostvarivanja svojih povrijeđenih prava ti su potrošači i dalje upućeni na klasični individualistički tip zaštite koji, zbog već spomenutih razloga, potrošači vrlo rijetko koriste. Zbog toga se u svijetu sve češće razvijaju sustavi kolektivnog ostvarivanja individualnih interesa potrošača,¹²⁶ dakle različiti vidovi klasnih tužbi (*class actions*) te različiti vidovi alternativnog rješavanja potrošačkih sporova, koji nemaju preventivnu, već restitutivnu, odnosno kompenzacijsku svrhu. Ti inovativni vidovi zaštite u Hrvatskoj ili ne postoje ili su u vrlo rudimentarnom stadiju razvoja dok im se, s druge strane, u pravu Europske unije posvećuje sve više pozornosti. Stoga ne treba sumnjati da će se o tim vidovima zaštite u dogledno vrijeme morati početi razmišljati i u Hrvatskoj.

Tako je, primjerice, nedavno Komisija Europske unije obznanila namjeru donošenja preporuke o zajedničkim načelima mehanizama preventivne i kompenzacijske kolektivne zaštite prava zajamčenih pravom Unije.¹²⁷ Kao što se može vidjeti iz navedenih dokumenta Komisije, zajednička načela odnosit će se na sve mehanizme kolektivne zaštite, dakle kako mehanizme zaštite kolektivnih interesa tako i mehanizme kolektivne zaštite individualnih interesa. Isto tako, navedena će se načela odnositi kako na potrošačke, tako i na trgovačke odnose. Konačno, kao što je razvidno iz dokumenta Komisije, preporuka koju bi u tom pogledu donijela Komisija neće sadržavati gotova rješenja, već tek zajednička načela kojima bi se države članice trebale rukovoditi prilikom formiranja svojih nacionalnih sustava kolektivne zaštite. U tom smislu, pred Republikom Hrvatskom stoji zahtjevan po-

124 V. čl. 502.a -502.h Zakona o parničnom postupku (NN 148/11- pročišćeni tekst).

125 V. *infra* 4.3.1.

126 O temeljnim razlikama između sustava zaštite kolektivnih interesa i sustava kolektivne zaštite individualnih interesa, više v. M. Baretić, „Individualna i kolektivna zaštita potrošača u hrvatskom pravu“, *op. cit.*

127 Commission Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (C (2013) 3539/3) te Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress* (COM(2013) 401/2).

sao detaljne analize stvarnih potreba izgradnje sveobuhvatnog sustava kolektivne zaštite te evaluacije mogućih modela te zaštite. Dakle, biti će potrebno donijeti odluku o tome treba li Hrvatskoj uopće sustav kolektivnog ostvarivanja pojedinačnih interesa, tj. određeni vid *class action*-a, treba li taj sustav rezervirati samo za potrošačke odnose, samo za trgovačke odnose ili ga primijeniti na sve vrste odnosa, bez obzira na status subjekata, treba li taj sustav primjenjivati samo u pogledu određene vrste pravnih odnosa (primjerice obveznopravnih odnosa, odnosa na području prava konkurencije) ili na sve vrste privatnopravnih odnosa. Ovisno o smjeru koji će se zauzeti u pogledu ovdje navedenih pitanja, bit će, nadalje, potrebno odlučiti kojim propisom inauguirati taj sustav. Konačno, biti će potrebno osmisliti detaljna pravila toga postupka. Potreba promišljanja stvarnih potreba uvođenja mehanizma kolektivnog ostvarivanja pojedinačnih interesa možda je upravo dobra prilika da se porazmisli i o reformi postojećeg sustava zaštite kolektivnih interesa potrošača.

Osim mehanizmima kolektivne zaštite, ugrožena pojedinačna potrošačka prava iznimno se uspješno štite alternativnim, izvansudskim putovima zaštite, poglavito u brzorastućem svijetu *on-line* trgovanja.¹²⁸ Zbog toga se, kako na globalnoj razini tako i na regionalnoj, europskoj razini ulažu veliki naponi u izgradnji različitih modela alternativnog rješavanja sporova. Primjerice, u okviru UNCITRAL-a oformljena je posebna radna skupina koja se bavi kreiranjem globalnog ODR (*online dispute resolution*) sustava.¹²⁹ U okviru Europske unije nedavno su donesene Direktiva 2013/11/EU o potrošačkom ADR-u (*alternative dispute resolution*)¹³⁰ te Uredba 524/2013 o potrošačkom ODR-u (*on-line dispute resolution*)¹³¹ kojima se nastoji ponuditi zajednički europski okvir ADR-a i ODR-a. U Republici Hrvatskoj, s druge strane, sustav alternativnog rješavanja potrošačkih sporova tek je u povojima, a zakonski okvir *on-line* rješavanja sporova čak i ne postoji. Naime, Zakonom o zaštiti potrošača iz 2007. godine predviđeno je posebno pravilo o alternativnom (izvansudskom) rješavanju sporova,¹³² koje, međutim, ne nudi ništa novo, već tek deklarira postojanje onih sredstava izvansudskog rješavanja sporova koji su već postojali u našem pravnom poretku na temelju drugih propisa. Popis tih sredstava relativno je skroman i svodi se na mogućnost podnošenja prijedloga za mirenje pred nekim od postojećih centara za mirenje te na mogućnost podnošenja prijave sudu časti Hrvatske gospodarske komore ili Hrvatske obrtničke komore, što u svojoj biti čak i nisu postupci alternativnog rješavanja sporova, već specifični autonomni, cehovski disciplinski postupci. Jedini doista

128 Primjerice, samo jedan lanac *on-line* trgovine, američki *eBay*, godišnje riješi preko 60 milijuna sporova kroz svoj ODR (*on-line dispute resolution*) sustav. Detaljnije v. L. Del Duca et al., „Facilitating Expansion of Cross-Border E-Commerce – Developing a Global Online Dispute Resolution System (Lessons Derived from Existing ODR Systems – Work of the United Nations Commission on International Trade Law),“ *Penn. St.J.L. & Int'l Aff.* 59/2012, dostupno na: <http://elibrary.law.psu.edu/jlia/vol11/iss1/4> (stranica posjećena 22.9.2013), 63.

129 Detaljnije o radu radne skupine III UNCITRAL-a posvećene ODR-u, v.: http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html, (stranica posjećena 22.9.2013.).

130 SL 2013 L 165.

131 SL 2013 L 165.

132 V. čl. 130. Zakona o zaštiti potrošača 2007.

učinkovit sustav alternativnog, izvansudskog rješavanja sporova predviđen je Zakonom o elektroničkim komunikacijama.¹³³ Tim sustavom omogućeno je korisnicima usluga elektroničke komunikacije da svoj spor s operatorom sredstva elektroničke komunikacije obvezujuće riješe pred Hrvatskom agencijom za poštu i elektroničke telekomunikacije, a u kojoj je mjeri taj sustav učinkovit pokazuje podatak da je u periodu od 2009. do 2012. godine kroz taj sustav riješeno 5317 sporova.¹³⁴ Jasno je, stoga, da će u periodu koji slijedi u Hrvatskoj biti potrebno posvetiti puno pažnje razvoju učinkovitih sredstava alternativnog rješavanja potrošačkih sporova, a poglavito onih nastalih u *on-line* trgovanju. Pritom, budući da Direktiva o ADR-u i Uredba o ODR ne sadrže gotova rješenja, već tek osnovna načela o kojima države članice moraju voditi računa prilikom izgradnje svojih ADR i ODR sustava, isto je tako jasno da će se u izgradnji nacionalnog sustava ADR-a i ODR-a zakonodavac na te izvore moći osloniti tek djelomično, a da će supstanciranje konkretnih pravnih pravila na temelju tih načela morati biti rezultat naše inventivnosti.

4.3. Potreba reforme postojećeg uređenja

Simultano s dovršetkom izgradnje pravnog sustava zaštite potrošača putem normiranja onih instituta i mehanizama koji u ovom trenutku nedostaju, bilo bi potrebno provesti detaljnu analizu učinkovitosti postojećih zakonskih rješenja te eventualno porazmisliti o mogućnostima njihovih poboljšanja. Svakako postoji nekoliko elemenata postojećeg uređenja o čijoj bi reformi vrijedilo porazmisliti.

4.3.1. Sustav procesnopravne zaštite kolektivnih interesa potrošača

Kao što je ranije navedeno, postojeće uređenje procesnopravne zaštite potrošača sasvim je korektno normativno definirano. No, isto je tako činjenica da je u deset godina postojanja toga uređenja pokrenut tek jedan postupak kolektivne zaštite potrošača, i to sudeći po prvostupanjskoj presudi u tom predmetu, u potpuno krive svrhe.¹³⁵ Dio problema svakako leži u sasvim neadekvatno definiranom krugu osoba koje mogu pokrenuti postupak kolektivne zaštite potrošača. Naime, temeljna ideja na kojima počiva europski koncept kolektivne zaštite jest da te postupke uglavnom pokreću udruženja potrošača, dakle nevladin sektor.¹³⁶ U Hrvatskoj je, međutim, situacija sasvim suprotna. Od sedam subjekata koji su nadležni

133 V. čl. 51. Zakona o elektroničkim komunikacijama.

134 V. poglavlje 7. Nacionalni program za zaštitu potrošača za razdoblje od 2013. do 2016. godine.

135 Naime, postupkom koji je jedna udruga za zaštitu potrošača pokrenula protiv skupine banaka zapravo se zahtijevala kolektivna zaštita povrijeđenih individualnih interesa konkretnih potrošača, a ne kolektivna zaštita svih potrošača. U tom smislu, mehanizam kolektivne zaštite potrošača u tom je slučaju upotrijebljen kao klasični *class action*, što je suprotno postojećem zakonskom uređenju.

136 Upravo zato u našoj se pravnoj terminologiji za tu vrstu zaštite ustalio, ne baš adekvatan, termin „udružna tužba“ (v. S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine 2004, 824). Kritiku tog termina v. M. Baretić, „Individualna i kolektivna zaštita potrošača u hrvatskom pravu“, *op.cit.*

za pokretanje postupka kolektivne zaštite potrošača, pet subjekata su tijela države uprave, a samo dva udruge za zaštitu potrošača.¹³⁷ No, čini se ipak da se puno važniji razlog potpunog izostanka korištenja ovog specifičnog mehanizma zaštite krije u činjenici da se ta zaštita pruža u sudskom postupku, koji je dugotrajan i skup. Zbog toga bi u budućnosti možda bilo vrijedno porazmisliti o nekim alternativnim rješenjima.

Jedno od tih alternativnih rješenja svakako je osnivanje specijalizirane neovisne regulatorne agencije (za zaštitu potrošača) koja bi, među ostalim, mogla biti nadležna za vođenje postupaka kolektivne zaštite. Takvim načinom rješavanja postupaka kolektivne zaštite osigurala bi se brzina zaštite, ali i potrebna razina stručnosti koja je nužno potrebna za rješavanje potrošačkih sporova. Dobri primjeri takvog mehanizma rješavanja potrošačkih sporova u hrvatskom pravu već postoje. Naime, temeljem Zakona o elektroničkim komunikacijama te Pravilnika HAKOM-a,¹³⁸ Hrvatska agencija za poštu i elektroničke komunikacije (HAKOM) ovlaštena je ocjenjivati opće uvjete poslovanja pojedinih operatera te naložiti izmjenu tih uvjeta ako su suprotni zakonu ili podzakonskim propisima, a poglavito ako sadrže nepoštene ugovorne odredbe. Sudeći prema broju intervencija koje je na ovom području ostvario HAKOM,¹³⁹ čini se kako je ovaj mehanizam pružanja kolektivne zaštite puno učinkovitiji od postojećeg sustava kolektivnog rješavanja potrošačkih sporova, predviđenog Zakonom o zaštiti potrošača. Ne treba stoga čuditi što se i Nacionalnim programom za zaštitu potrošača za razdoblje od 2013.-2016. godine predlaže formiranje jednog takvog neovisnog, stručnog tijela za područje zaštite potrošača.¹⁴⁰

4.3.2. Sustav obavještavanja potrošača

Daljnji element pravnog uređenja zaštite potrošača i to ne samo hrvatskog, već i europskog, koji zahtijeva značajniju reformu jest sustav obavještavanja potrošača. Europski koncept zaštite potrošača počiva na tzv. paradigmi obavještavanja, prema kojoj je potrebno osigurati da potrošaču budu dane sve potrebne informacije, čime će potrošač biti u mogućnosti samostalno se zaštititi. No, kao što se to često naglašava, ta europska paradigma obavještavanja ima značajnih nedostataka.¹⁴¹ To su, prije svega, nepotrebna voluminoznost te nesistematičnost i nekonzistentnost pravila o obavještavanju potrošača.

Europskom sustavu obavještavanja često se s pravom prigovara da zahtjeva od trgovaca da potrošaču daju nepotrebno velik broj informacija, koje potrošaču objektivno nisu potrebne. U tom smislu, umjesto da se izvrši racionalna selekcija onih informacija koje su potrošaču doista potrebne za donošenje informirane od-

137 V. Uredbu o određivanju osoba ovlaštenih za pokretanje postupka radi zaštite kolektivnih interesa potrošača.

138 V. čl. 7. i 10. Pravilnika HAKOM-a.

139 V. <http://www.hakom.hr/default.aspx?id=45>, stranica posjećena 22.9.2013.

140 V. poglavlje 8.1.4. Nacionalnog programa.

141 N. Reich, 8.

luke o poslu, europskim se pravom zahtjeva od trgovaca da obavijeste potrošača o svim zamislivim elementima budućega pravnog posla, bez obzira na to koliko su te informacije potrošaču doista potrebne te bez obzira na to koliko je prosječan potrošač doista u stanju procesuirati pruženu mu količinu informacija.¹⁴² Tako je primjerice, Direktivom 2011/83/EU propisano da je prije sklapanja ugovora na daljinu ili izvan poslovnih prostorija trgovac dužan obavijestiti potrošača o 20 različitih elemenata njihovog budućeg ugovora.¹⁴³ Direktiva 2002/65/EZ o prodaji financijskih usluga na daljinu propisuje da je trgovac u svakom slučaju dužan obavijestiti potrošača o 21 element njihovog budućeg odnosa,¹⁴⁴ a ovisno o nekim posebnim okolnostima, predviđena je dužnost davanja nekih dodatnih obavijesti.¹⁴⁵ Direktiva 2008/48/EZ obvezuje trgovca da prije sklapanja ugovora obavijesti potrošača o 19 elemenata njihovog budućeg ugovora.¹⁴⁶ Pri takvom stanju stvari, paradigma obaviještenosti pretvara se u svoju suprotnost. Naime, puno je izglednije da će informacija koja je dana u skladu sa zahtjevima europskog, a time i hrvatskog prava, potrošača više zbuniti, nego što će ga doista kvalitetno informirati.

Nadalje, kao što će to biti detaljnije opisano,¹⁴⁷ europskom, a time i hrvatskom uređenju prava potrošača na obaviještenost opravdano se može prigovoriti nesustavnost i nekonzistentnost.

Jasno je, dakle, da postojeći sustav obavještavanja potrošača zahtjeva temeljitu reformu. Tu reformu, međutim, Republika Hrvatska neće moći sama provesti. Naime, budući da je obveza obavještavanja propisana pojedinim direktivama Europske unije, a da su te direktive mahom izgrađene na konceptu maksimalne harmonizacije, tu vrstu reforme biti će potrebno provesti na europskoj razini.

4.3.3. Pravila uređenja tržišta

Zakon o zaštiti potrošača sadrži specifična pravila koja se odnose na specifične oblike trgovanja, poput pravila o akcijskim prodajama, sniženjima, rasprodaji i prodaji robe s greškom,¹⁴⁸ kao i pravila koja se odnose na opće uvjete prodaje proizvoda i usluga.¹⁴⁹ Nema sumnje, riječ je o iznimno važnim pravilima kojima se nastoji uvesti reda u ponekad nedovoljno transparentna postupanja trgovaca. No, postavlja se temeljno pitanje, trebaju li ta pravila vrijediti samo u odnosima između trgovaca i potrošača ili u svim tržišnim odnosima, bez obzira na status subjekata u tim odnosima? Načelno se može zaključiti kako nema valjanih razloga zašto bi navedena pravila vrijedila jedino u odnosima između trgovaca i potroša-

142 N. Reich, 9.

143 V. čl. 6. Direktive 2011/83/EU.

144 V. čl. 3. Direktive 2002/65/EZ. Usp. čl. 57.-61. Zakona o zaštiti potrošača.

145 V. čl. 4. Direktive 2002/65/EZ.

146 V. čl. 5. Direktive 2008/48/EZ. Usp. čl. 5. Zakona o potrošačkom kreditiranju.

147 V. *infra* 5.3.

148 V. čl. 19.-23. Zakona o zaštiti potrošača.

149 V. čl. 7. Zakona o zaštiti potrošača.

ča. Naime, pitanje definicije akcijske prodaje ili sniženja cijene te pitanje koje su obveze trgovca u slučaju tih specifičnih vidova prodaje, trebali bi biti riješeni jedinstveno. Upravo zato, čini se kako bi te elemente postojećeg Zakona o zaštiti potrošača trebao premjestiti u neki zakon šireg personalnog polja primjene, primjerice u Zakon o trgovini.

4.3.4. Organizacijski okvir zaštite potrošača

Konačno, jedan od elemenata postojećeg uređenja zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj o čijoj bi reformi u narednom periodu bilo vrijedno porazmisliti jest organizacijski, odnosno institucionalni okvir zaštite potrošača. Temeljem Zakona o zaštiti potrošača, nositelji politike zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj su Hrvatski sabor, Vlada Republike Hrvatske, ministarstvo nadležno za poslove zaštite potrošača, Državni inspektorat i druge nadležne inspekcije, Nacionalno vijeće za zaštitu potrošača, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, Hrvatska gospodarska komora, Hrvatska obrtnička komora, Hrvatska udruga poslodavaca te udruge za zaštitu potrošača.¹⁵⁰ Ovaj institucionalni okvir zorno pokazuje temeljnu intenciju hrvatskoga zakonodavca na području zaštite potrošača, a to je osigurati sinergijsko djelovanje javne vlasti - i to kako središnje, tako i lokalne razine, kako zakonodavne, tako i izvršne - nevladinog sektora te gospodarstva, a sve s ciljem osiguranja učinkovite zaštite potrošača.

Potrebno je, međutim, naglasiti da su ipak najveći dio tereta u izgradnji sustava zaštite potrošača u posljednjih desetak godine iznijeli ministarstvo gospodarstva, kao administrativno tijelo nadležno za poslove gospodarstva te udruge za zaštitu potrošača. U 2004. godini u Republici Hrvatskoj je po prvi puta ustrojeno administrativno tijelo zaduženo za kreiranje i provođenje politike zaštite potrošača.¹⁵¹ Jačanjem administrativnih kapaciteta tog ministarstva te konstantnom edukacijom kadrova to je ministarstvo iznijelo najveći dio posla razvoja današnjeg sustava zaštite potrošača te odigralo značajnu ulogu tijekom pregovora Republike Hrvatske za članstvo u Europskoj uniji. S druge strane, udruge za zaštitu potrošača, od svojih relativno skromnih početaka, vremenom su organizacijski i kadrovski ojačale do te mjere da im je povjereno obavljanje iznimno zahtjevnih poslova informiranja i edukacije potrošača kroz savjetovaništa za zaštitu potrošača.¹⁵² Opisani institucionalni okvir zaštite potrošača nastajao je „u hodu“, na temelju postojeće organizacijske strukture državne uprave i gospodarstva. Vremenom su, međutim, obujam poslova vezanih uz zaštitu potrošača te poglavito kompleksnost tih poslova, ukazali na potrebu ozbiljnije reforme postojećeg sustava. Sukladno iskustvima pojedinih država članica Europske unije trebalo bi početi razmišljati o osnivanju samostalne regulatorne agencije za zaštitu potrošača na koju bi se prenijelo dio poslova koje je do sada obavljalo ministarstvo gospodarstva, ali i dio po-

¹⁵⁰ V. čl. 122. Zakona o zaštiti potrošača.

¹⁵¹ V. Uredba o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva gospodarstva, rada i poduzetništva (*Narodne novine*, br. 24/04).

¹⁵² V. čl. 128. Zakona o zaštiti potrošača.

slova koje su do sada obavljale udruge za zaštitu potrošača, poglavito na području edukacije i informiranja potrošača. Kao što je to već naglašeno, ta bi agencija, poput nekih već postojećih sličnih tijela, primjerice, već spomenutog HAKOM-a ili Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, mogla izvansudski rješavati potrošačke sporove pa i sporove kolektivne zaštite potrošača. Ideja o potrebi osnivanja takve specijalizirane agencije u Hrvatskoj je očito sazrijela do te mjere da je i važećim Nacionalnim programom predloženo njezino osnivanje.¹⁵³

5. PITANJE (NE) KONZISTENTNOSTI UREĐENJA ZAŠTITE POTROŠAČA

Nekonzistentnost svakako predstavlja najveći nedostatak recentnog pravnog uređenja zaštite potrošača. Pritom, ona je u podjednakoj mjeri rezultat propusta hrvatskog zakonodavca, ali i očitih nedostataka europskih direktiva koje su implementirane u hrvatski pravni sustav. Nisu, naime, rijetke situacije da hrvatski propisi koji se odnose na zaštitu potrošača, ali i direktive potrošačkog *acquis*-a sadrže različita rješenja za iste probleme za što, kao što to ispravno zaključuju neki autori,¹⁵⁴ ne postoji racionalno objašnjenje. Kao što će u nastavku izlaganja biti detaljnije objašnjeno, implementirajući pojedine direktive hrvatski je zakonodavac nastojao otklanjati nekonzistentnosti koje su proizlazile iz pojedinih direktiva ili njihova međusobnog odnosa. Pritom mu je, međutim, manevarski prostor bio prilično sužen. Naime, prilikom implementacije pojedinih direktiva mora se voditi računa o ispravnosti implementacije. U tom smislu, rješenja predviđena domaćim propisom sadržajno moraju odgovarati rješenjima direktive koja se implementira. Na području zaštite potrošača, direktive starije generacije bile su izgrađene na konceptu minimalne harmonizacije, koji je omogućavao državama članicama da predvide i drukčija rješenja od onih predviđenih direktivom,¹⁵⁵ ako bi se time povećavao stupanj zaštite potrošača predviđen pojedinom direktivom. To je državama članicama davalo nešto veću slobodu u kreiranju sadržaja domaćeg prava, a time ujedno omogućavalo da se saniraju neke nekonzistentnosti koje su proizlazile iz međusobnog odnosa pojedinih direktiva. Direktive nove generacije mahom su izgrađene na konceptu maksimalne harmonizacije,¹⁵⁶ koji državama članicama ostavlja vrlo malo slobode za odstupanje od sadržaja tih direktiva. Posljedično, sloboda država članica da prilikom implementacije pojedinih direktiva pokušaju ujedno sanirati određene nekonzistentnosti koje proizlaze iz potrošačkog *acquis*-a danas je značajno ograničena.¹⁵⁷

Na koji način i u kojoj mjeri nekonzistentnost pravnog uređenja zaštite potrošača negativno utječe na sustavnost toga uređenja prikazat će se na primjerima

153 V. toč. 8.1.4. Nacionalnog programa zaštite potrošača za razdoblje od 2013. do 2016. godine.

154 N. Reich, 10.

155 V. primjerice, čl. 8. Direktive 85/577/EEZ, čl. 14. Direktive 97/7/EZ, čl. 15. Direktive 87/102/EEZ, čl. 11. Direktive 94/47/EZ, čl. 8. Direktive 93/13/EEZ.

156 V. primjerice toč. 3. preambule Direktive 2008/122, čl. 22. st. 1. Direktive 2008/48/EZ, toč. 7. preambule Direktive 2011/83/EU.

157 Slično: N. Reich, 10.

triju vitalnih elemenata pravnog uređenja zaštite potrošača: definiciji potrošača, pravu na jednostrani bezrazložni raskid ugovora te pravu na obaviještenost.

5.1. Definicija potrošača

Iako to na prvi pogled može zvučati neobično, činjenica je da dugo vremena pa čak sve do danas, potrošački *acquis* nije sadržavao jedinstvenu definiciju potrošača. Naime, direktive koje se odnose na zaštitu potrošača sadrže autonomne registre definicija, koji sadržajno i jezično variraju jedan od drugog. Ponekad su razlike u definiciji potrošača između pojedinih direktiva bile namjerne, ponekad pak nisu imale racionalnog objašnjenja. Tako je, na primjer, Direktivom 90/314/EEZ namjerno proširena definicija potrošača u odnosu na ostale direktiva potrošačkog *acquis*-a, tako da pojam potrošača iz te direktive obuhvaća svakoga tko sklapa ugovor o paket aranžmanu, bez obzira čini li to u privatnom ili poslovnom svojstvu.¹⁵⁸ Naime, očito se smatralo da kod ugovora o paket aranžmanu svi putnici moraju uživati isti stupanj zaštite, bez obzira na njihov status. S druge strane, između definicije potrošača u Direktivi 85/577/EEZ i definicije istog pojma u Direktivi 97/7/EZ postoje određene jezične, možda i sadržajne, razlike koje je teško objasniti racionalnim argumentima.¹⁵⁹ Izgleda ipak da su te razlike rezultat prozaične činjenice da su tekstove tih direktiva pripremali različite opće uprave (*directorate general*) Komisije EU.¹⁶⁰ Vremenom, ovo stanje nepoželjne terminološke i sadržajne nekonzistentnosti biva prepoznato i od tijela Europske unije¹⁶¹ pa direktive potrošačkog *acquis*-a nove generacije, barem na terminološkoj razini, nastoje slijediti isti obrazac,¹⁶² mada i među njima još uvijek postoje neka terminološka odstupanja.¹⁶³

Prilikom implementacije potrošačkog *acquis*-a u hrvatski pravni poredak nastojalo se utvrditi jesu li u odstupanja pojma „potrošač“ u pojedinoj direktivi u odnosu na uobičajeno značenje toga pojma sadržajne ili tek terminološke naravi. U onim slučajje-

158 V. čl. 2. toč. 4. Direktive 90/314/EEZ.

159 Direktivom 85/577/EEZ potrošač je definiran kao „*a natural person who, in transactions covered by this Directive, is acting for purposes which can be regarded as outside his trade or profession*“. Direktivom 97/7/EZ isti je pojam definiran kao „*any natural person who, in contract covered by this Directive, is acting for the purposes which are outside his trade, business or profession*“. Jasno je, dakle, da su jezično ove dvije definicije različite. No, pitanje je ukazuje li ta jezična različitost i na sadržajnu različitost? Naime, moglo bi se problematizirati je li termin „*business*“, koji se javlja u definiciji termina „potrošač“ u Direktivi 97/7/EZ, ali ne i u definiciji toga termina u Direktivi 85/577/EEZ, upotrijebljen u svrhu naglašavanja neke sadržajne razlike ili je ta jezična različitost plod slučajnosti? Detaljan pregled definicija pojma „potrošač“ predviđenih u pojedinim direktivama v. M. Ebers „*The notion of ‘consumer’*“ u: *EC Consumer Law Compendium, The Consumer Acquis and its transposition in the Member States* (ur. H. Schulte-Nölke et al.), Sellier 2008, 453-454.

160 Isto mišljenje: N. Reich, 10.

161 V. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – *A More Coherent European Contract Law – An Action Plan*, (COM (2003) 68 final), str. 2.

162 V. definiciju potrošača u Direktivi 2005/29/EZ, Direktivi 2008/122/EZ, Direktivi 2011/83/EU.

163 Usp. definiciju potrošača iz u prethodnoj bilješci navedenih direktiva s definicijom istog pojma u Direktivi 2008/48/EZ.

vima u kojima je utvrđeno da je u pojedinoj direktivi namjerno sadržajno odstupljeno od uobičajenog pojma potrošača i to s ciljem da se zaštita predviđena tom direktivom pruži širem krugu subjekata, takvu direktivu nije se implementiralo putem posebnog propisa o zaštiti potrošača, već putem općeg propisa. To je, kao što je već navedeno u uvodu, bio slučaj s Direktivom 90/314/EEZ i Direktivom 85/374/EEZ koje su implementirane putem Zakona o obveznim odnosima, a ne putem Zakona o zaštiti potrošača.

Nadalje, nastojeći sistematizirati materiju obuhvaćenu Zakonom o zaštiti potrošača, zakonodavac je predvidio jedinstveni registar definicija koje se jedinstveno primjenjuju na sve dijelove toga Zakona. To je, naravno, iziskivalo da se terminološki različite definicije pojma „potrošač“ iz pojedinih direktiva u Zakonu o zaštiti potrošača svedu na jedinstveni nazivnik, pa je Zakonom o zaštiti potrošača iz 2003. godine, kao i Zakonom o zaštiti potrošača iz 2009. godine prihvaćena jedinstvena definicija potrošača kojom su obuhvaćene fizičke osobe koje sklapaju pravni posao ili djeluju na tržištu u privatne svrhe, dakle izvan svoje poslovne djelatnosti, odnosno djelatnosti slobodnog zanimanja.¹⁶⁴ Iako je ova vrsta sistematizacije po kriteriju dedukcije općih pravila iz posebnih bila omogućena činjenicom da je velika većina direktiva koje su se tim zakonima implementirale predstavljala direktive minimalne harmonizacije, tijekom pregovora s Europskom unijom bilo je potrebno uložiti dosta energije i vremena kako bi se uvjerilo Komisiju EU da takvom vrstom sistematizacije nije ujedno došlo do sadržajnog odstupanja domaćeg prava od pravne stečevine EU.¹⁶⁵

Direktive Europske unije, pa čak i one koje su izgrađene na konceptu maksimalne harmonizacije, ne sprječavaju države članice da zaštitu koja je pojedinim direktivama predviđena za potrošače prošire i na osobe koje nisu obuhvaćene uobičajenim pojmom potrošača.¹⁶⁶ Tako pojedine države zaštitu koja je predviđena za potrošače šire i na pravne osobe kada sklapaju ugovore za vlastite potrebe dok druge šire pojam potrošača i na osobe (bez obzira jesu li fizičke ili pravne) koje djeluju u profesionalne svrhe.¹⁶⁷ Pritom se države koriste različitim mehanizmima

¹⁶⁴ V. čl. 3. Zakona o zaštiti potrošača 2003. i čl. 3. Zakona o zaštiti potrošača 2007.

¹⁶⁵ Ista vrsta sistematizacije izvršena je i u srpskom Zakonu o zaštiti potrošača, čijim je člankom 5. točkom 1. predviđena jedinstvena definicija pojma „potrošač“. Pritom se izgleda nije vodilo računa o tome da je pojedinim direktivama EU namjerno predviđena šira definicija potrošača u odnosu na uobičajenu definiciju toga pojma. Tako se jedinstvena definicija potrošača, predviđena člankom 5. toga Zakona, odnosi na sve dijelove toga Zakona pa tako i na dio kojim je uređen ugovor o turističkom putovanju, a kojim je implementirana Direktiva 90/314/EEZ, što dovodi u pitanje ispravnost implementacije te Direktive u srpski pravni poredak.

¹⁶⁶ Dapače, recentnim prijedlozima Komisije EU, poput primjerice Prijedlogom Uredbe o europskom zajedničkom pravu kupoprodaje, predlaže se da se ista vrsta zaštite koja se pruža potrošačima, pruži i malim i srednjim poduzetnicima, pri čemu se taj prijedlog opravdava tvrdnjom da u svakodnevnom poslovanju ti subjekti nailaze na iste probleme kao i potrošači (v. Prijedlog Uredbe o europskom zajedničkom pravu kupoprodaje, COM (2011) 635 final, str. 10.)

¹⁶⁷ Pregled načina na koji su pojedine države članice proširile personalno polje primjene pojma „potrošač“ v. M. Ebers, 457. i bivši srpski Zakon o zaštiti potrošača iz 2005. godine pripadao je krugu propisa koji sadrže iznimno široku definiciju potrošača. Tim je Zakonom pojam potrošača, pored fizičkih osoba koje djeluju u privatne svrhe, obuhvaćao i pravne osobe koje probavljaju proizvode i usluge za vlastite potrebe. Zanimljivo je, međutim, da pojmom potrošača iz toga Zakona nisu bile obuhvaćene fizičke osobe koje djeluju u poslovne svrhe, poput primjerice, obrtnika ili pripadnika slobodnih zanimanja (odvjetnici, umjetnici, itd.).

širenja personalnog polja primjene potrošačkog zakonodavstva; i dok neke to čine širenjem pojma „potrošač“, u drugima se umjesto o zaštiti potrošača, govori o zaštiti korisnika. Dapače, pojedinim direktivama čak se i u okviru prava Europske unije sve češće govori o pravu zaštite korisnika, a ne pravu zaštite potrošača.¹⁶⁸

Širenje personalnog polja primjene potrošačkog prava opravdava se s nekoliko argumenata. Prvo, često se navodi da ona vrsta neravnoteže koja postoji između trgovaca i potrošača i koja opravdava postojanje posebnih zaštitnih pravila u korist potrošača, vrlo često postoji i u odnosima među trgovcima, poglavito ako je riječ o odnosima između velikih poduzetnika s jedne, i malih ili srednjih poduzetnika, s druge strane.¹⁶⁹ Drugo, često se naglašava da su određene usluge po svojoj tehničkoj prirodi ili drugim svojstvima do te mjere složene da su, zbog svojih specifičnih znanja i informacija kojima raspolažu, pružatelji tih usluga neminovno u značajno povoljnijoj pregovaračkoj poziciji od korisnika tih usluga, bez obzira je li riječ o fizičkim ili pravnim osobama.¹⁷⁰ Konačno, u pogledu određenih vrsta usluga te u pogledu određenih načina trgovanja vrlo je teško konkretno utvrditi djeluje li određena osoba u poslovne ili privatne svrhe, odnosno vrlo često osoba određenu uslugu nabavlja u mješovite svrhe. U takvim situacijama, inzistiranje na razlikovanju između potrošačkih i ne-potrošačkih odnosa vjerojatno bi donijelo više štete nego koristi.

Iz prethodno navedenog proizlazi da hrvatski zakonodavac inicijalno nije širio pojam potrošača izvan okvira fizičkih osoba koje djeluju u privatne svrhe i u tome je hrvatsko pravo neko vrijeme bilo prilično konzistentno. Rezultat je to, očito, činjenice da hrvatski zakonodavac nije smatrao opravdanim širiti zaštitu koju pruža potrošačima i na osobe koje djeluju u poslovne svrhe. Dapače, ima li se na umu koliko neka pravila zaštite potrošača mogu negativno utjecati na pravnu sigurnost, kao što je to primjerice slučaj s pravom potrošača na jednostrani raskid ugovora, čini se da je oprez kojim je hrvatski zakonodavac pristupio definiranju pojma potrošač bio sasvim opravdan. Ipak, vremenom pojedini sektorski propisi sve češće šire pojam potrošača, rjeđe iz opravdanih, a češće ih potpuno neopravdanih razloga.

Kao što je već naglašeno, Zakon o elektroničkim komunikacijama sadrži posebna zaštitna pravila kojima se štite svi krajnji korisnici tih usluga, bez obzira je li riječ o fizičkim ili pravnim osobama te bez obzira koriste li se one tim uslugama u privatne ili poslovne svrhe. Ima li se na umu činjenicu da se usluge elektroničke komunikacije često koriste u mješovite svrhe te da je u velikom broju pojedinačnih slučajeva teško unaprijed utvrditi da li korisnik pribavlja i koristi te usluge u privatne ili poslovne svrhe, ova vrsta širenja polja primjene zaštitnih propisa čini se opravdanom.

S druge strane, inicijalnim tekstom Zakona o kreditnim institucijama, Zakonom o *leasingu* te Zakonom o osiguranju pojam potrošača proširen je potpuno neopravdano i nepotrebno. Naime, navedenim propisima potrošač je definiran kao svaka fizička

¹⁶⁸ Detaljnije, N. Reich, 18-21.

¹⁶⁹ V. Prijedlog Uredbe o europskom zajedničkom pravu kupoprodaje, 3.

¹⁷⁰ Slično, N. Reich, 19.; B. Lurger, “Consumer Law – Forerunner for or Part of a European Contract Law Code? The Case of Austrian Consumer Law”, u: *The Architecture of European Codes and Contract Law* (ur. S. Grundmann, M. Schauer), Kluwer Law International 2006., 210-211.

osoba koja pribavlja usluge uređene tim zakonima. Dakle, pojmom potrošača obuhvaćene su ne samo one osobe koje djeluju u privatne svrhe, već i one koje djeluju u profesionalne svrhe. Pritom, niti priroda usluga koje se uređuju tim propisima niti način sklapanja ugovora o tim uslugama ne opravdavaju ovo širenje polja primjene pojma „potrošač“. ¹⁷¹ Dapače, dosta je razloga da se posumnja kako širenje personalnog polja primjene pojma „potrošač“ u navedenim zakonima nije rezultat neke osmišljene politike, već nedovoljnog poznavanja materije zaštite potrošača i nedovoljne preciznosti prilikom definiranja teksta zakona. Osnovanost tih sumnji potkrepljuje činjenica da je definicija potrošača iz Zakona o kreditnim institucijama usklađena s uobičajenim personalnim poljem primjene pojma „potrošač“ samo godinu dana nakon donošenja toga Zakona. ¹⁷² Bilo bi svakako poželjno istu promjenu u dogledno vrijeme izvršiti u Zakonu o *leasingu* te Zakonu o osiguranju.

5.2. Pravo na jednostrani raskid ugovora

Pravo na jednostrani raskid ugovora jedan je od onih instituta u čijem je uređenju potrošački *acquis*-a inicijalno bio neuobičajeno nekonzistentan, kako na terminološkoj, tako i na sadržajnoj razini. Tako, primjerice, uređujući ovaj institut Direktiva 85/577/EEZ koristi različite termine pa se u jednom članku te Direktive govori o „*right of cancelation*“, ¹⁷³ da bi se u drugim člancima govorilo o „*right of renunciation*“. ¹⁷⁴ Uređujući isti institut, Direktiva 97/7/EZ ¹⁷⁵ te Direktiva 2002/65/EZ ¹⁷⁶ govore o „*right of withdrawal*“, dok Direktiva 94/47/EZ pak čini razliku između termina „*right of withdrawal*“ i „*right of cancellation*“. ¹⁷⁷ Još izraženija razina nekonzistentnosti bila je prisutna prilikom definiranja vremenskog okvira za korištenje toga prava. Tako je Direktivom 85/577/EEZ predviđeno da će to pravo trajati 7 dana, ¹⁷⁸ Direktivom 97/7/EZ 7 radnih dana, ¹⁷⁹ Direktivom 97/47/EZ 10 radnih dana, ¹⁸⁰ Direktivom 2002/65/EZ 14 kalendarskih dana, a u pogledu ugovora o životnom osiguranju, 30 kalendarskih dana. ¹⁸¹ Kao i u pogledu pojma „potrošač“ čini se da je razloge ove nekonzistentnosti potrebno prvenstveno tražiti u nedovoljnoj koordinaciji pojedinih općih uprava Komisije koje su bile nadležne

171 Tako bi se, primjerice, sukladno Zakonu o osiguranju potrošačem smatralo i odvjetnika koji sklapa ugovor o osiguranju od svoje profesionalne odgovornosti. U takvoj situaciji niti odvjetnik djeluje u privatne svrhe, niti je riječ o osobi kojoj bi zbog nedovoljno informacija o prirodi usluge osiguranja bila potrebna posebna zaštita.

172 V. čl. 65. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kreditnim institucijama (*Narodne novine*, br. 153/09).

173 V. čl. 4. Direktive 85/577/EEZ.

174 V. čl. 5. i 6. Direktive 85/577/EEZ.

175 V. čl. 6. Direktive 97/7/EZ.

176 V. čl. 6. Direktive 2002/65/EZ.

177 V. čl. 5. Direktive 94/47/EZ.

178 V. čl. 5. Direktive 85/577/EEZ.

179 V. čl. 6. Direktive 97/7/EZ.

180 V. čl. 5. Direktive 94/47/EZ.

181 V. čl. 6. Direktive 2002/65/EZ.

za definiranje teksta pojedinih direktiva, iako čak ni ti razlozi ne mogu objasniti nekonzistentnosti unutar pojedine direktive, kao što je to slučaj s Direktivom 85/577/EEZ i Direktivom 94/47/EZ.

U direktivama nove generacije uočljiv je puno viši stupanj međusobne koordiniranosti u definiranju ovog instituta. Tako sve direktive nove generacije označavaju ovaj institut jedinstvenim nazivom „*right of withdrawal*“ te ga jedinstveno vremenski ograničavaju na 14 radnih dana.¹⁸² Ipak, čak niti direktive nove generacije nisu u potpunosti međusobno usklađene u pogledu uređenja ovog instituta. Tako, primjerice, za razliku od svih ostalih direktiva, Direktiva 2002/65/EZ predviđa poseban 30-dnevni rok za raskid ugovora o životnom osiguranju.¹⁸³ No, ono što je u tom kontekstu puno značajnije jest činjenica da stupanj preciznosti i detaljnosti uređenja ovog instituta u velikoj mjeri varira čak i među pojedinim direktivama nove generacije.

Implementirajući ovaj institut u hrvatski pravni poredak zakonodavac je, oslanjajući se na koncept minimalne harmonizacije na kojem su bile izgrađene direktive starije generacije, nastojao sanirati navedene terminološke i sadržajne nekonzistentnosti direktiva, iskazujući pritom različit stupanj uspješnosti. Isto tako, iz teksta svih dosadašnjih Zakona o zaštiti potrošača jasno se očituje namjera zakonodavca da taj institut ne samo terminološki i sadržajno unificira, već i da ga uklopi u postojeći hrvatski obveznopravni sustav. Tako je, umjesto mnoštva termina koji su se u pojedinim direktivama koristili za označavanje ovog instituta, hrvatski zakonodavac izabrao jedan termin i to dobro poznati termin našeg općeg obveznopravnog uređenja – raskid ugovora. Iako se prilikom implementacije pojedinih direktiva očito nastojalo sanirati i neusklađenost vremenskog okvira važenja prava na jednostrani raskid ugovora, u tom segmentu nije iskazana ista razina dosljednosti. Tako se Zakonom o zaštiti potrošača iz 2003. godine saniralo neusklađenost europskih direktiva u pogledu trajanja prava na jednostrani raskid kod ugovora sklopljenih na daljinu i ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostora, ali ne i u pogledu ugovora o *timeshare*-u.¹⁸⁴ Nešto viši stupanj unificiranosti u tom pogledu prisutan je u Zakonu o zaštiti potrošača iz 2007. godine. Tim je Zakonom u većini situacija u kojima je predviđeno pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora ujedno predviđen jedinstveni rok za raskid – 14 radnih dana.¹⁸⁵ No iz nekog razloga, u pogledu ugovora sklopljenih na daljinu, rok za raskid i dalje je ostao 7 dana.¹⁸⁶ To da tako određeni vremenski okvir prava na raskid nije rezultat slučajnosti, već svjesne odluke zakonodavca, može potvrditi činjenica da je 2009. godine izvršena izmjena te zakonske odredbe,¹⁸⁷ ali ne na način da se rok od 7 dana produži na 14 dana, već na način da se precizira kako je riječ o 7 radnih

182 V. čl. 6. Direktive 2002/65/EZ, čl. 14. Direktive 2008/48/EZ, čl. 6. Direktive 2008/122/EZ, čl. 9. Direktive 2011/83/EU.

183 V. čl. 6. Direktive 2002/65/EZ.

184 Usp. čl. 32., 44. i 77. Zakona o zaštiti potrošača 2003.

185 V. čl. 33., 63. i 92. Zakona o zaštiti potrošača 2009.

186 V. čl. 45. Zakona o zaštiti potrošača 2009.

187 V. čl. 21. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača (NN 79/09).

dana. Pritom, nisu poznati razlozi odstupanja ovog rješenja od rješenja koje je primijenjeno u svim ostalim situacijama u kojima se koristio institut jednostranog raskida ugovora.

Kao što je već ranije navedeno, nekim recentnim zakonskim intervencijama ova terminološka konzistentnost potrošačkog zakonodavstva do određene se mjere nagriža. Tako Zakon o potrošačkom kreditiranju više ne govori o pravu na raskid ugovora, već o pravu na odustanak od ugovora,¹⁸⁸ što, kao što je već navedeno,¹⁸⁹ nije opravdano s aspekta sustavnosti pravnog poretka.

Prilikom usklađivanja hrvatskog pravnog poretka s direktivama Europske unije koje su nedavno donesene, uloga hrvatskog zakonodavca bit će ponešto drukčija u odnosu na ulogu koju je imao prilikom donošenja Zakona o zaštiti potrošača iz 2003. i 2007. godine. Naime, kao što je već navedeno, direktive nove generacije u značajnoj su mjeri međusobno usklađene pa i u pogledu instituta prava na jednostrani raskid ugovora. No, u onim segmentima u kojima te direktive nisu međusobno usklađene, nacionalni zakonodavci gotovo da više nemaju prostora za ispravljanje tih neusklađenosti, budući da su direktive nove generacije mahom izgrađene na konceptu maksimalne harmonizacije. U tom smislu, bilo kakve aktivnosti u smjeru daljnje konsolidacije potrošačkog prava u ovom segmentu više se neće moći poduzimati na nacionalnoj, već isključivo europskoj razini.

5.3. Pravo na obaviještenost

Pravo potrošača na obaviještenost jedan je od temeljnih elemenata europskog prava zaštite potrošača. No, osim što je riječ o jednom od temeljnih elemenata, pravo potrošača na obaviještenost istodobno je jedan od najspornijih elemenata europskog prava zaštite potrošača. Osim već ranije elaboriranog problema upitne učinkovitosti postojećeg europskog uređenja obavještavanja potrošača,¹⁹⁰ to je uređenje sporno i s aspekta njegove konzistentnosti.

Pravo potrošača na obaviještenost, odnosno dužnost trgovca da obavještava potrošača u europskom je pravu kazuistički koncipirana i usko povezana uz materiju koju pojedina direktiva obrađuje. U tom smislu, u europskom potrošačkom pravu ne postoji opća obveza obavještavanja potrošača, već je svakom direktivom posebno regulirana obveza obavještavanja u segmentu tržišnih odnosa koje uređuje ta direktiva.¹⁹¹ Pri takvom stanju stvari dolazi do nepotrebnog preklapanja obveze obavještavanja, a potencijalno i do stvaranja pravnih praznina ili kontradikcija. Sve to naravno rezultira krajnje neselektivnim i nesustavnim uređenjem.¹⁹² Na primjer, pravilima Zakona o zaštiti potrošača propisano je, u skladu s Direktivom 2002/65/EZ, da u slučaju sklapanja na daljinu ugovora o financijskim uslugama

188 V. čl. 14. Zakona o potrošačkom kreditiranju.

189 V. *supra* 4.1.

190 V. *supra* 4.3.2.

191 N. Reich, 9.

192 N. Reich, 9-10.

trgovac mora obavijestiti potrošača o ukupno 17 elemenata njihovog budućeg odnosa.¹⁹³ No, ako je pritom riječ o nuđenju usluge odobravanja potrošačkog kredita, trgovac će ujedno biti dužan obavijestiti potrošača o dodatnih 19 elemenata vezanih uz njihov budući ugovorni odnos, koje, sukladno Direktivi 2008/122/EZ, propisuje Zakon o potrošačkom kreditiranju.¹⁹⁴ Pridodaju li se tome obveze koje je prije sklapanja ugovora trgovac dužan ispuniti prema potrošaču temeljem Zakona o kreditnim institucijama,¹⁹⁵ jasno je da je ovdje riječ o krajnje nesustavnom i netransparentnom uređenju koje ne doprinosi učinkovitoj zaštiti potrošača, a još manje izvjesnosti poslovanja i pravnoj sigurnosti.

Recentna događanja pokazuju kako Europska unija nastoji ublažiti evidentni problem nekonzistentnosti pravila europskog prava o obavještanju potrošača. Tako je Direktivom 2011/22/EU objedinjen popis obavijesti koje je trgovac dužan dostaviti potrošaču prije sklapanja ugovora izvan poslovnih prostorija ili ugovora na daljinu.¹⁹⁶ Povrh toga, tom je Direktivom učinjen dodatni korak ka sistematizaciji potrošačkog *acquis*-a na način da je sačinjen općenit popis obavijesti koje je trgovac dužan dati potrošaču pri sklapanju ugovora o kupoprodaji, a koji će se primjenjivati na sve ugovore o kupoprodaji koji su sklopljeni konvencionalnim sredstvima komunikacije.¹⁹⁷ Iako ti pokušaji nesumnjivo idu u dobrom smjeru, oni nisu niti približno dovoljni da se u dohledno vrijeme dokine trenutno stanje nekonzistentnosti i nesustavnosti europskog prava u pogledu prava potrošača na obavještenost. Naime, naše pravo još uvijek sadrži posebna pravila o obavještanju potrošača kojima se uređuje pravo potrošača na obavještenost prilikom sklapanja pojedinih vrsta ugovora, a koja su usklađena s posebnim direktivama Europske unije, kao što je to slučaj s posebnim pravilima obavještanja prilikom sklapanja ugovora o *timeshare*-u i drugim dugotrajnim turističkim proizvodima, ugovora o turističkom putovanju ili ugovora o potrošačkom kreditu. Takvo stanje u osnovi nepotrebne nesustavnosti potrajat će onoliko dugo koliko će Europska unija inzistirati na usklađivanju potrošačkog prava putem vertikalnih, a ne horizontalnih instrumenata.

6. UTJECAJ PRAVA EU NA RAZVOJ SUSTAVA ZAŠTITE POTROŠAČA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Iz svega što je do sada rečeno jasno proizlazi da je europsko pravo odigralo presudan utjecaj na razvoj prava zaštite potrošača u Hrvatskoj. No, opravdano je upitati se jesmo li implementacijom europskog prava zaštite potrošača ujedno stvorili sustav zaštite potrošača, je li pravo zaštite potrošača koje je nastajalo kroz implementaciju potrošačkog *acquis*-a odgovaralo na stvarne potrebe potrošača u

193 V. čl. 57.-62. Zakona o zaštiti potrošača.

194 V. čl. 5. Zakona o potrošačkom kreditiranju.

195 V. čl. 305. Zakona o kreditnim institucijama.

196 V. čl. 6. Direktive 2011/22/EU.

197 V. čl. 5. Direktive 2011/22/EU.

Hrvatskoj te je li utjecaj europskog prava zaštite potrošača na naše pravo i na naše potrošače bio isključivo pozitivan?

Neke temeljne karakteristike prava zaštite potrošača u Europskoj uniji sugeriraju kako bi bilo naivno vjerovati da ćemo implementacijom potrošačkog *acquis*-a ujedno izgraditi sustav zaštite potrošača, dakle cjelovit, koherentan i konzistentan pravni okvir te zaštite. Naime, od samih početaka razvoja europskog prava zaštite potrošača, to se pravo nije razvijalo samostalno, već kao svojevrsni nusprodukt razvoja zajedničkog tržišta.¹⁹⁸ Čak i danas kada je prepoznata kao jedna od službenih politika Europske unije, zaštita potrošača predstavlja tek neizravnu politiku, što znači da se ne razvija samostalno, već u okviru izgradnje i funkcioniranja zajedničkog tržišta, dakle, u onoj mjeri koliko je to potrebno radi urednog funkcioniranja zajedničkog tržišta.¹⁹⁹ To nadalje znači da je zaštita potrošača područje podijeljene nadležnosti između država članica i Europske unije te da je, sukladno načelu supsidijarnosti, Europska unija na tom području ovlaštena intervenirati jedino u onim situacijama u kojima razlike nacionalnih prava država članica u određenom segmentu zaprijetu urednom funkcioniranju zajedničkog tržišta. Pritom, temeljem načela proporcionalnosti, Europska unija u takvim je situacijama ovlaštena reagirati samo u onoj mjeri u kojoj je to potrebno kako bi se otklonila opasnost za ispravno funkcioniranje zajedničkog tržišta. Takav pravni status zaštite potrošača u Europskoj uniji jasno ukazuje da europsko pravo zaštite potrošača nikada nije bilo zamišljeno kao cjelovito pravno uređenje, već ono predstavlja svojevrsnu fragmentarnu nadopunu nacionalnih pravnih poredaka.²⁰⁰ U tom smislu, izgradnja sustava zaštite potrošača, dakle cjelovitog, koherentnog i konzistentnog pravnog okvira zaštite potrošača u nadležnosti je svake pojedine države članice. Izgleda da se ova iznimno važna karakteristika europskoga prava zaštite potrošača u Hrvatskoj ponekad smeće s uma. Naime, stječe se dojam da se u Hrvatskoj očekuje od Europske unije da izgradi hrvatski sustav zaštite potrošača. No, kao što to proizlazi iz ovdje navedenog, to se jednostavno ne može dogoditi. Izgradnja sustava zaštite potrošača predstavlja naš posao, koji je potrebno dovršiti radi dobrobiti potrošača u Hrvatskoj.

Analizirajući, nadalje, sadržaj pojedinih direktiva Europske unije na području zaštite potrošača te sadržaj domaćih propisa kojima se štite potrošači, opravdano se može postaviti pitanje jesu li pravila kojima su europske direktive implementirane u naš pravni sustav doista odgovarale na stvarne potrebe potrošača u Hrvatskoj? Dosta je pokazatelja koji ukazuju da ponekad to nije bio slučaj. Pritom, dva su temeljna razloga koja na to utječu. Prvo, kao što je već naglašeno, sukladno neizravnom karakteru politike zaštite potrošača, Europska unija na tom području ne reagira kad se utvrdi da su u nekom segmentu tržišta prava potrošača naročito ugrožena, već onda kada se utvrdi da različit položaj

198 Detaljnije o ranoj razvojnoj fazi potrošačkog *acquis*-a v. M. Baretić, *Zaštita potrošača u Europskoj zajednici*, *op. cit.*, 148-152.

199 V. čl. 169. st. 2. Ugovora o funkcioniranju Europske unije – konsolidirana verzija, OJ (2010) C 83. 200 M. Baretić, *supra*, 152-155.

potrošača u državama članicama prijeti urednom funkcioniranju zajedničkog tržišta Europske unije. Drugo, hrvatsko tržište na nižem je stupnju razvoja u odnosu na tržišta starih država članica Europske unije. U tom smislu, problemi koji su se pojavljivali na znatno razvijenijim tržištima, a na koje se reagiralo pojedinim direktivama Europske unije, nisu bili aktualni na hrvatskom tržištu, jednako kao što problemi koji doista tište hrvatske potrošače, na razvijenijim tržištima Europske unije očito više ne postoje.

Primjerice, Direktivom 85/577/EZ i Direktivom 97/7/EZ još su 80-ih i 90-ih godina 20. stoljeća bila predviđena posebna pravila o zaštiti potrošača prilikom specifičnih i tada inovativnih načina poslovanja; kupnje izvan poslovnih prostorija trgovaca i kupnje na daljinu. Navedene direktive implementirane su u hrvatski pravni poredak još Zakonom o zaštiti potrošača iz 2003. godine iako u to vrijeme ti oblici poslovanja na hrvatskom tržištu gotovo da nisu postojali. Dapače, sudeći prema nekim pokazateljima, čak i danas tek 12 % hrvatskih potrošača kupuje na daljinu,²⁰¹ dok je postotak onih koji kupuju izvan poslovnih prostorija trgovaca vjerojatno još i niži. Dakle, zaštita prilikom tih oblika trgovanja očito nije prioritet hrvatskih potrošača. Ista je situacija sa *timeshare*-om. Iako još od 2003. godine hrvatsko pravo sadrži posebna pravila o zaštiti potrošača prilikom sklapanja *timeshare* ugovora, činjenica je da tržište tim proizvodom u Hrvatskoj gotovo da ne postoji. Očito je, dakle, da se implementacijom tih instrumenata u naš pravni poredak nije odgovaralo na stvarne potrebe hrvatskih potrošača. Naime, sudeći prema onim dijelovima Zakona o zaštiti potrošača koji nisu nastali implementacijom europskog prava, problemi koji stvarno tište hrvatske potrošače prilično su rudimentarni. Tako očito hrvatske potrošače još uvijek muči (ne)izdavanje računa, naplata reklamnih ambalažnih vrećica te način obavještavanja potrošača o akcijskim prodajama i sniženjima.^{202, 203}

Naravno, iz ovdje iznijetih primjera bilo bi pogrešno zaključiti kako europsko pravo uopće nije odgovaralo na probleme hrvatskih potrošača. Upravo suprotno. Značajan broj onih elemenata hrvatskog pravnog uređenja zaštite potrošača koji su od vitalnog interesa za hrvatske potrošače nastao je upravo kao rezultat implementacije europskog prava zaštite potrošača. U tom kontekstu dovoljno je spomenuti samo neke, poput primjerice, pravila o zaštiti od nepoštenih ugovornih odredaba, pravila o zaštiti od nepoštenih poslovnih praksi, pravila o zaštiti kod sklapanja ugovora o potrošačkom kreditu.

Sve to upućuje na zaključak kako se isključivo preuzimanjem potrošačkog *acquis*-a, domaćim potrošačima neće pružiti adekvatna zaštita. Povrh preuzimanja pravila potrošačkog *acquis*-a, nacionalni zakonodavac mora oslušivati potrebe

201 V. <http://www.seebiz.eu/u-hrvatskoj-se-znatno-vise-online-istrazuje-nego-kupuje/ar-73260/>, stranica posjećena 22.9.2013.

202 V. čl. 12., 14., 19.-23. Zakona o zaštiti potrošača.

203 Sudeći prema srpskom Zakonu o zaštiti potrošača, ništa bolja situacija nije niti u Srbiji. Naime, izgleda da srpskim potrošačima, pored (ne)izdavanja računa, problem predstavlja isticanje cijene na benzinskim stanicama, parkiralištima i ugostiteljskim objektima. (v. čl. 11., 12., 15. srpskog Zakona o zaštiti potrošača).

domaćih potrošača te adekvatno reagirati na onim područjima u kojima je potrošačima pomoć doista potrebna. Pritom je, međutim, potrebno voditi računa o tome da se specifičnim domaćim pravilima zaštite potrošača ne dovede u pitanje ispravnost implementacije direktiva Europske unije.²⁰⁴

Konačno, potrebno je naglasiti da je, pored općenito pozitivnog utjecaja, europsko pravo zaštite potrošača u nekim segmentima negativno utjecalo na hrvatsko pravo te na položaj potrošača u Hrvatskoj općenito. Kao što je detaljno opisano u ovom radu, svojom fragmentarnošću i nekonzistentnošću potrošački *acquis* u određenoj je mjeri doveo u pitanje sustavnost i transparentnost domaćeg pravnog poretka. Koncept minimalnog usklađenja, na kojemu su bile izgrađene direktive potrošačkog *acquis*-a starije generacije, dopuštao je hrvatskom zakonodavcu da prilikom implementacije tih direktiva u hrvatsko pravo sistematizira pravila tih direktiva te ih uskladi s nacionalnim pravnim poretkom. Osim toga, koncept minimalnog usklađenja omogućavao je hrvatskom zakonodavcu da domaćim potrošačima pruže viši stupanj zaštite od onoga što je bilo predviđeno pojedinom direktivom.

Koncept maksimalnog usklađenja, na kojem su izgrađene direktive potrošačkog *acquis*-a nove generacije, nacionalnim zakonodavcima, na žalost, više ne omogućavaju tu razinu slobode. S jedne strane, potreba da se direktiva implementira upravo onako kako glasi onemogućava nacionalnog zakonodavca da uskladi i sistematizira eventualno nekonzistentna ili parcijalna rješenja pojedinih direktiva te da ih općenito prilagodi nacionalnom pravnom poretku. S druge strane, takav prilično krut sustav implementacije onemogućava države članice da, čak i kada bi to htjele, potrošačima pruže višu razinu zaštite od onoga što predviđa pojedina direktiva.

Ilustrativan primjer ove tvrdnje može se pronaći u načinu na koji su u hrvatsko pravo implementirane direktive kojima se uređuje potrošačko kreditiranje. Direktivom 87/102/EEZ, kojom je inicijalno bilo uređeno potrošačko kreditiranje, sadržavala je odredbu prema kojoj se pravila te Direktive nisu odnosila na zajmove koji su namijenjeni stjecanju nekretnine te na zajmove koji prelaze iznos od 20.000 ECU-a.²⁰⁵ Ispravno cijeneći da najveći broj potrošačkih zajmova u Hrvatskoj predstavljaju upravo zajmovi za kupnju nekretnine, koji su u Hrvatskoj u pravilu vrijedniji od 20.000 ECU-a, hrvatski je zakonodavac iskoristio pravo koje mu je pružio koncept minimalne harmonizacije primijenjen u toj Direktivi te je, implementirajući navedenu Direktivu, ispustio navedeno vrijednosno i predmetno ograničenje, čime je omogućio zaštitu i onim potrošačima koji uzimaju kredite veće vrijednosti radi stjecanja nekretnine.²⁰⁶ Direktivom 2008/48/EZ predviđeno je isto ograničenje polja primjene pravila te Direktive koje je bilo predviđeno i Direktivom 87/102/EEZ.²⁰⁷ Razlika je, međutim, u tome što je, za razliku od Direktive 87/102/EZ, Direktiva 2008/48/EZ izgrađena na konceptu maksimalnog

204 Tako, primjerice, u ovom trenutku Komisija Europske unije propituje dovodi li se pravilima hrvatskog Zakona o zaštiti potrošača koja se odnose na akcijske prodaje i sniženja u pitanje ispravnost implementacije Direktive 2005/29/EZ o nepoštenim poslovnim praksama.

205 V. čl. 2. Direktive 87/102/EEZ.

206 V. čl. 57. Zakona o zaštiti potrošača 2003.

207 V. čl. 2. Direktive 2008/48/EZ.

usklađenja. Posljedično, implementirajući tu Direktivu države članice više nisu ovlaštene pružiti svojim potrošačima veću razinu zaštite od one koju predviđa ta Direktiva. Zbog toga ne treba čuditi što je Zakonom o potrošačkom kreditiranju predviđeno da se pravila tog Zakona ne primjenjuju na ugovore kojima se odobrava kredit u iznosu većem od 1.000.000,00 kuna.²⁰⁸ Takva odredba vjerojatno jest u skladu s Direktivom 2008/48/EZ. No, je li ona ujedno u skladu s interesima hrvatskih potrošača? Na to se pitanje, na žalost, mora odgovoriti negativno. Stoga, koliko god to paradoksalno zvučalo, u nekim situacijama u kojima bi nacionalni zakonodavac bio spreman izaći u susret svojim potrošačima i dodatno ih zaštititi, on to više ne može učiniti jer ga u tome priječe pravila europskog prava zaštite potrošača. Bez ikakve sumnje, to je još jedna od tema o kojoj će se u skoroj budućnosti morati povesti rasprava na nivou Europske unije.

7. ZAKLJUČAK

Nakon perioda rapidnog razvoja pravnog uređenja zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, došlo je vrijeme za njegovu konsolidaciju. Kao što je bilo prikazano, implementacijom potrošačkog *acquis*-a u hrvatski pravni poredak stvoren je voluminozan pravni okvir koji je bez ikakve sumnje u značajnoj mjeri unaprijedio položaj potrošača na hrvatskom tržištu. No, nedovršenost uređenja pravne zaštite potrošača i njegova unutrašnja nekonzistentnost ne dozvoljavaju da se to pravno uređenje nazove sustavom. Ta trenutna nesustavnost i nekonzistentnost pravnog uređenja zaštite potrošača rezultat je raznorodnih faktora; brzine, ponekad i nepromišljenosti, kojom je to uređenje izgrađivano, nedostatka komunikacije između pojedinih tijela državnog aparata koji su pripremali pojedine propise toga uređenja, ali isto tako i fragmentarnosti i nekonzistentnosti pojedinih elemenata potrošačkog *acquis*-a čijom je implementacijom domaće uređenje zaštite potrošača mahom i nastajalo.

Ulaskom Republike Hrvatske u Europsku uniju otvara se prostor za nešto smireniju, a time i temeljitiju evaluaciju postojećeg stanja pravnog uređenja zaštite potrošača. Kao što je prikazano u ovom radu, neke elemente tog pravnog uređenja bilo bi potrebno značajnije reformirati, a s ciljem da šumu pravila kojima danas štitimo potrošače povežemo u cjelovit, konzistentan i koherentan sustav zaštite potrošača. Mnoštvo posebnih pravila o zaštiti potrošača predviđenih nizom sektorskih propisa bilo bi nužno preispitati, kako s aspekta njihove sistematičnosti, tako i s aspekta njihove svrsishodnosti. Naime, analiza provedena u ovom radu podržava zaključak kao bi reduciranje posebnih sektorskih uređenja zaštite potrošača u značajnoj mjeri pozitivno utjecalo na sistematičnost i konzistentnost pravnog uređenja zaštite potrošača, a da pritom ne bi bio umanjen sadašnji stupanj zaštite potrošača. Nadalje, provedena je analiza jasno pokazala da bi radi postizanja unutrašnje konzistentnosti i cjelovitosti pravnog uređenja zaštite potrošača bilo potrebno poduzeti niz zakonskih intervencija. Isto tako, analiza je pokazala

208 V. čl. 3. Zakona o potrošačkom kreditiranju.

nužnost određenih promjena u postojećem uređenju kako bi se pospješila učinkovitost postojećeg uređenja zaštite potrošača. Pritom se posebno misli na postojeći organizacijsko-institucionalni okvir zaštite potrošača, ali i na postojeći sustav procesnopravne zaštite potrošača.

Neke elemente postojećeg pravnog uređenja moći ćemo mijenjati samostalno, na nacionalnom nivou. No, ima li se na umu da je dobar dio našeg pravnog uređenja zaštite potrošača izravno utemeljen na potrošačkom *acquis*-su, neke će promjene biti potrebno inicirati i dogovoriti na nivou Europske unije. To, naravno, neće biti jednostavno. No, samo mjesto za stolom koje omogućava da se doista utječe na pravila koja te se tiču, blagodat je članstva u Europskoj uniji na koju se Republika Hrvatska tek treba naviknuti.

Marko Baretić, PhD

Associate Professor, University of Zagreb Faculty of Law

**CONSUMER PROTECTION IN THE REPUBLIC OF CROATIA
AFTER JOINING THE EUROPEAN UNION – HAVE WE BUILT
THE SYSTEM OF CONSUMER PROTECTION BY
IMPLEMENTING THE EUROPEAN LAW?**

Summary

In the paper author analyses current state of play in the field of consumer protection in the Republic of Croatia with the aim of assessing whether this legal order can be qualified as the system of law. After presentation of current legal framework of consumer protection in the Republic of Croatia, author further defines criteria which should be used in assessing whether this body of law can be qualified as systematic or not. On the basis of the analysis of the current legal framework of consumer protection, its inner structure and its content, author concludes that currently this legal framework is uncompleted, partly inconsistent and incoherent and consequently cannot be qualified as systematic. Finally, author offers certain legislative measures which should enable Croatian law of consumer protection to be designed in a more systematic fashion.

Key words: consumer protection, consumer acquis, Croatian law, implementation of European law, legal system

Nevenko Misita, PhD

Full Professor, Faculty of Law, Sarajevo University

DEFINING A CONSUMER AND THE EU FINANCIAL MARKET

Summary

The present paper deals with the issue of the consumer defining, with the focus being on the EU financial market legislation and the role played on it by the term “consumer”. In doing so, the author provides an analysis of the EU secondary legislation in this area, and in particular the so called defining provisions concerning addresses of the legislation in issue. The author concludes that a precise definition of a consumer is, as a rule, missing in the relevant EU legislation.

The paper has been written in honour to Professor Svetislav Taborosi, professor at the Faculty of Law of the University of Belgrade who has recently retired.

Keywords: *consumer, financial services, EU Law.*

1. INTRODUCTION

Many have argued that there is, and should be, no “uniform”, “universal”, or “abstract” concept of the consumer, in general and in the legal context in particular.

Others are convinced that, to the extent it does exist, the consumer as a discrete legal concept/notion¹ should step aside, making thus room for the concept of personal *consumption*.²

At the same time, focusing a uniform-universal element in the notion of a consumer, and in that sense a picture or image of the consumer founding the Union consumer legal policy,³ some have brought an Orwell-tuned picture to the fore, warning that any “European consumer” concept could easily turn into “European monster”.⁴ An approach which is apparently mirror ring a more subtle policy-or-ideology tuned point made by those who observe that the prevailing discourse on consumption has tended towards transforming the consumer in “the Universal Being, the general, ideal, and final incarnation of the human species”.⁵

Finally, according to some the concept of a consumer is actually an unsolvable and/or ill-conceived issue.⁶

Be it as it may, it seems that the definition of the consumer is a very important one, not only in general but also, if not *in particular*, in the EU law context. As it has been submitted,⁷ precise definition of this term “is essential in order to delimit the circle of persons entitled to extended legal protection in relation with traders”.

1 With all due respect, and in particular for those who are English native speakers, it would seem that most of the authors dealing with the present issue use the mentioned terms incorrectly. It is submitted that the terms “concept” and “notion” are having a different meaning - they are not synonymous! Therefore, a relatively precise distinction is recommended when one is debating a *notion* of a term in a legal context, in this case the term “consumer” in the EU law. As an illustration of the correctness in this regard see, for example, an article titled as “The Notion of Consumer in EU Consumer Acquis and the Consumer Rights Directive – a Significant Change of Paradigm?”, written by M. Kingiseep, A. Värvi, *Juridica International* XVIII/2011, 44-53.

2 U. Reifner, “Der Schutzbereich eines Verbraucherschutzgesetzes und die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers”, *Journal of Consumer Policy* 1978, 203-213. But see U. Bernitz, “On the Consumer Concept and Consumer Protection Priorities, Remarks on the Paper by Reifner”, *Journal of Consumer Policy*, 1978, 214-216.

3 T. Wilhelmsson, “*Twelve Essays on Consumer Law and Policy*”, (ed. J. Tuul), Publications of the Department of Private Law University of Helsinki, No 51, Helsinki, 1996, 103 ff; S. Weatherill, “The role of the informed consumer in European Community law and policy”, *Consumer Law Journal*, 1994, 49-69.

4 P. B. Madsen, “Premium Sales and Prize Competitions – Special Provisions Versus a General Clause”, *Consumer Law Journal* 1993, 69-74.

5 Burdirillard 1988, p. 53, as referred to in R. Sampath, “Time of Consumption and the Consumption of Time”, *Beogradski krug/Belgrade Circle* 1995/96, 216-220, 218.

6 A question “Who is a consumer?” is “... *rechtlich falsch gestellt*” – D. Medicus, “Wer ist ein Verbraucher?”, in: *Wege zum Japanischen Recht, Festschrift für Zentarō Kitagawa* (Hg. H. G. Leser, T. Isomura), Duncker & Humboldt, Berlin 1992, 471-486, 486.

7 M. Kingiseep, A. Värvi, 44.

2. THE CONSUMER – IN GENERAL

Although it could be argued that to be more precise as to the conditions for the proper use of the term consumer would amount to stipulating a definition instead of actually defining the term, it is widely held that the consumer should be perceived as *an individual, a private person, acquiring goods and services for his own private, non professional purposes*.

This “definition”, applies to what has been referred to as sort of a general legal doctrinal understanding, as well as to a significant portion of the statutory solutions in this field.

2.1. EU Law

That the said might well be the case regarding the notion of consumer in the Union law framework could be argued in the light of the heartland of consumer private law harmonisation, and its (prevailing) interpretation by the European Court of Justice.⁸

Namely, in most of the so called consumer-directives from the 80s and 90s, as well as some from the very beginning of the process of integration, the consumer appears as “a natural person ... acting for purposes which are outside his trade, business or profession”. This, for example, applies to Directive 85/577/EEC on door-step selling,⁹ Directive 87/102/EEC on consumer credit,¹⁰ Directive 93/13/EEC on unfair contract terms,¹¹ and Directive 97/7/EC¹² on distance selling.

In essence, the same goes for the so called defining provisions of the relatively recently adopted consumer measures at the EU level. Thus for example in Directive 2000/31/EC on electronic commerce¹³ the consumer is defined as “a natural person ... acting for purposes which are outside of his or her trade, business or profession”, while in Directive 05/29/EC on unfair commerce practices the consumer appears as “any natural person who ... is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession”. Or in the new Directive 2008/48/EC on timeshares

8 After Lisbon the official/formal name of this institution is: The Court of Justice of the European Union. However here it will be referred to in an “old fashion way“, i.e. as the European Court or, only, the Court.

9 OJ L 372/31/85, Art 2. This Directive is to be replaced by so called Consumer Rights Directive (CRD)

10 OJ L 42/48/87, Art 1(2)(a). This Directive has been amended by Council Directive 90/88/EEC, OJ L 61/14/90, and subsequently repealed by the EP and Council Directive 08/48/EC, OJ L 133/66/08. However, the latter defines the term “consumer” in a same way – Art. 3(1)(a). As to the consumer credit see the Commission Directive 11/90/EU amending Part II of Annex I to Directive 08/48/EC, OJ L 296/35/11. Also see Guidelines on the application of the Directive 2008/48/EC, published on 8 May 2012, which the Commission has published in order to help Member States to correctly apply the Consumer Credit Directive in relation to costs and the Annual Percentage Rate of charge – SWD(2012) 128 final.

11 Council Directive 93/13/EEC, OJ L 95/29/93, Art 2(b).

12 OJ L 144/19/97, Art 2(2). This Directive is to be replaced by the CRD.

13 OJ L 178/1/EC.

contracts¹⁴ – which has switched-or-turned to the already mentioned approach, the consumer appears as “a natural person ... acting for purposes which are outside that person’s trade, business, craft or profession.”¹⁵

The above definition essentially mirrors the one to be found in the 1968 Brussels Convention on Jurisdiction¹⁶ and the 1980 Rome Convention on contractual obligations.¹⁷

2.1.1. The Court

The above definition has been argued before the European Court or referred to by it in numerous cases.¹⁸

Accordingly, the consumer concept so defined would appear confined to a private, individual, person as such not covering an entrepreneur or legal person. Or, as some would say,¹⁹ if here there is a common core when it comes to defining the term “consumer” it would be the fact that all definitions refer to

a) natural person and

b) a person acting for purposes which are outside some kind of business, commercial or trade activity.

Discussing the above definition as a foundation of the Court’s approach to the consumer concept, some have generally pointed to its “ambiguity”,²⁰ while others have directly challenged the definition given in the cited consumer protection Directives.

Furthermore, the mentioned definition has also been referred to as being “relatively abstract” and “fairly formal”²¹ to accommodate the consumer concept’s

14 Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, OJ L 33/10/09.

15 Article 2, (1)(f).

16 Art 13. See OJ C 189/1/90.

17 OJ L 266/1/1980, Art 5.

18 See, for example, Case 150/77 (1978) ECR 1431 (often: *Bertrand*); Case C-89/91 (1993) ECR I-139 (often: *Hutton*), concerning Art 13 of the 1968 Convention. See also Case C-361/89 (1991) ECR I-1189 (often: *Di Pinto*), concerning Door-step Directive; Case C-91/92 (1994) ECR I-3325 (often: *Faccini Dori*), concerning the cooling-off period provided for in the Door-step Selling Directive; Case C-269/95 (1997) ECR I-3767 (often: *Benincasa*), where the Court refused the notion that a person entering a (franchising) contract for the purpose of trade or professional activity, “even if that activity is *only* planned for the future” (Para 17) could be treated as a consumer under the Brussels Jurisdiction Convention. Case C-192/94 (1996) ECR I-1281 (often: *El Corte Inglés*); Cases C-178, 179, 188, 189 & 190/94 (1996) ECR I-4845 (often: *Dillenkofer*); Case C-464(2005) I-439 (often: *Gruber*). See Kingiseep/Väriv, 2011.

19 H. Schulte-Nölke, (in co-operation with C. Twigg-Flesner and M. Ebers), *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis* –2008, Universität Bielefeld 2008, 715.

20 R. Brownsword, G. Howells, T. Wilhelmsson (eds.), *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth, Adelrshot 1994, 277.

21 T. Wilhelmsson, *Social Contract Law and European Integration*, Dartmouth 1995, 164; G. Howells, Geraint, T. Wilhelmsson, *EC Consumer Law*, in *European Business Law*, (ed. G. Howells), Dartmouth, 1996, 273-316, 295.

social articulation. And, following certain national law solutions, a wide range of arguments calling for various forms of small and medium sized (SMS) business and legal persons, either in-need or not, to be included under the consumer concept,²² has been offered.

3. FINANCIAL MARKET AND THE CONSUMER

The very first impression one may get after turning to the harmonisation which deals more specifically with the EU financial market is that, generally speaking, that here there is no “consumer” at all!

What one is faced with is a “policy-holder”, “card-holder”, “contracting holder”, “customer”, “investor”, “originator” - a cluster of terms/expressions, suggesting that here both natural and legal persons, as well as “small” businesses, may be understood as covered by the notion “consumer”.

3.1. A “sparking”/“flashing” approach?

From a legal systemic and technical perspective, as far as the concept of a consumer proper is concerned, the Union harmonisation in the field of financial services could also be referred to as a rather vivid illustration of a “sparking” or, of it may sound better, “flashing” approach to the consumer concept. An approach which apparently implies that it would suffice to refer to the term “consumer” once-or-twice in the preamble to a legal act in order to make it a consumer-protection-aimed measure.

Thus, for example, Directive 92/96/EEC²³ on direct life assurance does refer to “consumer”, but in the 23rd Recital only, while its operative part employs an “a policy-holder” notion (Art 30(1)).²⁴ For its part, Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes,²⁵ which refers to “consumer” just once²⁶ in its twenty five “whereas”, is leaving the rest of the preamble and its operative part to rely on the “depositor” notion. The same goes for the recent Recommendation 97/489/EEC²⁷ on payment systems, where the term consumer features as explicitly referred to only once, in the preamble (8th Recital), and Recommendation 88/590/EEC²⁸ on payment systems²⁹, referring to the consumer concept in its “whereas”, while

22 T. Bourgoignie, “Characteristics of Consumer Law”, *Journal of Consumer Protection* 1992, 293-315 (hereafter: T. Bourgoignie, 1992). See also: P. Kaye, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Professional Books Ltd, Abingdon, Kaye 1987.

23 OJ L 360/1/92.

24 Accompanied by a somewhat gloomy phrase “the status of the policy holder or the circumstances in which the contract is concluded” (Art 30(2)).

25 OJ L 135/5/1994. A proposal for a Directive replacing the mentioned one was published in 2010.

26 16th Recital.

27 OJ L 208/52/97.

28 OJ L 317/55/1988.

29 And to a somewhat lesser degree for and for the Commission’s Recommendation 87/598/EEC on a European code of conduct relating to electronic payment.

speaking about “contracting holder” in the operative part. Or the Second Banking Directive,³⁰ which refers to the term consumer just once in its preamble (11th Recital). The rest of its content is about “the public”, a “depositor” and/or “investor”.

At the same time, there is a set of financial services measures containing no reference to the term “consumer” at all. A point applying, for example, to the Investment Services Directive, which refers to various categories of “investors” and provides for taking into account of “their levels of professional experience” (33rd Recital).³¹ Also, except for the reference to “consumer credit” in its Annex I, there is no reference to “consumer” or to “consumer protection” in Directive 06/48/EC. As an additional illustration of an act without a single reference to the term consumer in a narrow sense, although an act of undeniable importance for the protection of consumers, one could mention, for example, the EU Motor Insurance Directive 2000/103/EC.

No doubt, the just mentioned Directives could be treated as a part of the EU harmonizing measures that provide for “indirect protection” of the consumer.

However, the above “sparking” approach may be found in what is widely perceived as a consumer protection harmonisation in a narrow(er) sense³², i.e. in the Cross-border Credit Transfers Directive³³, which refers to “individuals” (2nd Recital), “customers” (8th and 14th Recital) “originator” and/or “a natural person” (12th Recital; Art 2(h)).

Accordingly, if the referential apparatus of the above Union legal framework is to be followed, in order to enjoy the protection provided to him/her in the cited Community instruments the consumer has to be a “policy holder”, “investor”, “customer”, “originator”, “contracting holder” ..., sharing thus his/her status with legal persons, “small” traders, and “middle sized” businesses. And while there is little doubt that each and every element of the cited cluster of terms/notions *could* always be read as “an individual” acting for its private non-professional purposes, as illustrated, for example, in the Explanatory Memorandum accompanying the proposal for the Deposit-guarantee schemes Directive, suggesting that “the small investor” is to be equated with “the consumer”³⁴, or in the *German insurance* case, where the Court demonstrated its willingness to distinguish between classes of recipients of financial services with respect to the degree of protection required, i.e. between “individual” holders of insurance policies as opposed to “corporate” purchasers of coinsurance³⁵, one may still wonder as whether all this will remain subject to what has been referred to as a “reflexive” effect with regard to the threshold of the consumer protection?

30 OJ L 386/1/89.

31 A reference that has only been partly cleared in the Directive’s operative part where the general good concept from Art 19(6), referring to Art 11, is linked to the protection of “clients” and their “professional nature”.

32 See L. Mosca, “Cross-Border Payments”, in: *Enhancing the Legal Position of the European Consumer* (ed. J. Lonbay), European Law Series BIICL, London 1996, 126-145.

33 OJ L 43/25/97.

34 COM(93) 381 final, 8.

35 S. E. Katz, “The Second Banking Directive”, *Yearbook of European Law*, 1992, 245-292, 250.

One has to admit, some recently adopted measures in this field do define the term “consumer”, but do in the already mentioned narrow-negative manner. In this regard one could mention, for example, Directive 02/65/EC on distance marketing of financial services, where the consumer features as a “natural person who is acting for purposes which are outside his trade, business or profession”.³⁶ At the same time, even if seen as an indirect consumer protection measure, a Directive 02/22/EC³⁷ on insurance mediation could be pointed out as an illustration of the mentioned “sparkling” approach. Namely, this Directive refers to consumer protection, and in this sense to the term consumer, but does it only once in its preamble³⁸ and on a few places in its operative part.³⁹

However, if the consumer can be either a natural or a legal person, i.e. “every form of entity known to the law”,⁴⁰ can acquire “anything”,⁴¹ can invest and loose “everything”,⁴² can acquire for any purpose,⁴³ can acquire goods not only from traders and professionals but also from individuals, and in this sense from “anyone”,⁴⁴ or if the implementation of the mentioned definition of a consumer may be extended not only to “persons financing a business” but also to “to all legal persons”,⁴⁵ then one may well be faced by a solution, or better by a legal construct, which can not only “radically alter” the scope of the Union legislation in issue, but also a solution that strikingly resembles an “anything goes” show in terms of radical legal relativism. An approach rejected even by some of the most renowned advocates of legal pluralism and/or policentricity.⁴⁶

36 Art. 2(d).

37 OJ L 9/3/03. On 3 July 2012 the Commission adopted a proposal for a revision of the Insurance Mediation Directive (IMD 2). The goal of the Commission’s proposal is to upgrade consumer protection in the insurance sector by creating common standards across insurance sales and ensuring proper advice – see COM(2012) 360/2.

38 23rd Recital.

39 More precisely, in Art 4(7), Art 10, Art 12(5) and Art 13(3).

40 R. M. Goode, *Consumer Credit Law*, Butterworths, London 1989, 93.

41 For instance, the consumer defining referring to “... acquiring goods, services or anything else of value ...”, U. Bernitz, J. Draper, *Consumer Protection in Sweden Legislation, Institutions and Practice*, Sec. ed., Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Stockholm 1986, p. 11, (hereafter: Bernitz, Draper, 1986).

42 For example: *Koestler*.

43 For instance: 1972 US Consumer Product Safety Act, s 3(a)(1) - law of a country where from all kinds of “going American” are coming.

44 See, for example: T. Bourgoignie, 1992.

45 For instance, the protection is extended to legal persons: in Denmark, France (COM(95) 117 final, points 243 and 249), Spain (J. Lete Achirica, “The Spanish Consumer Credit Act” *Consumer Law Journal* 1995, 22-26, 22). In Germany the term “consumer” expands to include persons who conclude credit agreement with a view to starting out in professional life. In the UK it covers “all natural persons”, in the Netherlands it covers “all natural persons”, except for credits which relate to goods which are used “exclusively” in the course of business (COM(95)117 final, points 244, 258, 253, 108 and 385). Although “not going to this far”, the Commission itself is considering extending the scope of the Directive to “a consumer with a view to launching a business”, COM(95) 117 final, at p 21 and 108.

46 See: S. P. Sinha, “Legal Policentricity”, in: *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (eds. H. Peterson, H. Zahle) Dartmouth, Aldershot 1995, 31-69, 45. See also N. Misita, *Osnove prava zastite potrošača Evropske zajednice*, Pravni centar Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo 1997.

This, of course, does not go to challenge what is obvious, which is that the self-same person may act as a consumer in relation to certain legal transactions and as an economic operator, i.e. an undertaking, in relation to others, or that the role of "primarily" (for private use) in the legal determining of the consumer may be rather problematic.⁴⁷ Nor does it ignore the fact that the Treaty's referential structure itself, as a rule, uses the term consumer in a broader manner.⁴⁸ Or the fact that the latter approach did not prevent the Court to demonstrate, on several occasions, its willingness to accept that the Community (consumer) law is about the consumer "snatcher"⁴⁹ or even about "the consume without choice",⁵⁰ underlying thus the presence of a social-law-oriented element in the Community consumer law.

What it does doubt, however, is whether the said "cohabitation" of the two *under the same legal edifice*, in this case the notion of consumer, is the best way to provide a high level of *consumer protection*.

4. CONCLUSION

Like any other general legal notion, the consumer notion is an accretion of law and policy, which would imply that some degree of "twofoldness" and plurality, in particular in such a functionally-competence-tuned framework,⁵¹ is needed. Indeed, though much of the prevailing consumption-society-tuned discourse appears to suggest that otherwise might be the case, the consumer is not a universal being, but rather a social and political, "contextual", being.

However it is open for debate whether this should have caused the degree of "openness" with regard to the referential apparatus referred to above.

Paradoxically as it may appear, this is not part of the longing for one or a single (Euro-) legal system.⁵² Nor does it challenge the *social* background of

47 Discussing the 1980 Swedish Consumer Insurance Act, B. W. Dufwa, "Consumer Protection and Insurance Contract Law in Sweden", proceedings, International Symposium on European Insurance Law and Consumer Protection, Stockholm, 14-15 January 1999, p. 3, states that it will cover the entire (insured) house, containing several rooms, though its owner, an architect, uses one room as his/her office.

48 A point often referred to in the context of competition law.

49 See Case 286/81 (1982) ECR 4575 (often: *Oosthoek*), a case concerning national rules on the offer of free gifts as marketing devices.

50 See Case 382/87 (1989) ECR 1235 (often: *Buet*), concerning a ban on doorstep-selling education material material, and where the Court referred to the "particularly vulnerable" consumer (para 13).

51 R. Dehousse (ed.), *Europe After Maastricht, An Ever Closer Union?*, Law Books in Europe, Munchen 1994, 204.

52 T. Wilhemsson, "The Principle of Legitimate Expectations as a Basis Principle of Community Private Law", in *Principles of Justice and the Law of the European Union, Proceedings of the COST A7 Seminar Hanasaari*, (eds. E. Paasivirta, K. Rissanen), Helsinki, Finland, October 17-19, 1994, University of Helsinki, Institute of International Economic Law - KATTI, Hakapaino Oy, Helsinki 1995, 325-336, 127-147.

the claim that it would be dogmatic to accept only *one* consumer concept,⁵³ to the extent that it would deny the fact that consumers are a group with rather different characteristics, interests and priorities, i.e. a “diffuse” group.⁵⁴ Furthermore, the present text does not question the existence of, or indeed a need for, “transferring” (socially) progressive developments from the consumer protection law into other spheres of law - allowing thus, for example, small businesses to be protected as well.⁵⁵ However, what it does imply is that inasmuch as consumer law does exist in its own right, be it as part of a system-shaped national legal order or a pluralistic-structured supra/international legal edifice, it needs to have its legal/conceptual *point of departure*. A role which should be played by the consumer concept, which should be given “fixed legal meaning” in order to provide “for the protection of consumers, and only consumers”⁵⁶

Otherwise, i.e. if the legal status of a consumer were too often to be treated in a broad-market law-tuned manner and a person acquiring a product/service for the purposes of his/her business held the consumer proper, a cutting-edge-catalyst nature of consumer law from the perspective of changing legal and social paradigms may well be lessened. Not to mention the possibility that, if the consumer concept broadening-or-widening approach⁵⁷ is followed, the consumer might well be left without one of those against whom a significant segment of his/her rights is, should be, actually exercised. Or, from a more legal dogmatic-and-systemic perspective, that to include “the commercial immediate consumers” into consumer law, and thus large parts of commercial-business-economic law, might well mean to make it “unmanageable”, i.e. too broad for practical, theoretical, and educative purposes.⁵⁸

53 The more so if the notion of small businesses is approached from its “core area” perspective, thus covering, for example, small, “corner”, shops, artisans, (small) farmers, fishermen, repairer, self-employed professional people. In this regard see U. Bernitz, “Consumer Protection: Aims, Methods, and Trends in Swedish Consumer Law”, *Scandinavian Studies in Law* 1976, 13-36, 24. Interestingly enough, an elaborated version of this paper does not include this reservation while still referring to the need to give the term consumer “a fixed legal meaning”, see: Bernitz, Draper, 1986, p. 10 ff.

54 See N. Reich, “Protection of consumers’ economic interests by the EC”, *Sydney Law Review* 1992, 23-61; H.W. Micklitz, N. Reich, P. Rott, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, Antwerp at al., 2009, 7.

55 See U. Bernitz, “Unfair Contract Terms: The Small Businessman and Art. 36 of the Swedish Contract Act”, in: *Law and the Weaker Party*, Vol. IV, (ed. A. Victorin), Professional Books Ltd., Abingdon 1989, 169-199, at p. 179, where the author points out that there is no concept of “small businessman” comparable to the concept of “the consumer”, *Ibid.*, 178.

56 U. Bernitz, 1976.

57 In this regard see H.W. Micklitz, N. Reich, P. Rott, 2009, 47.

58 See, for example, K. J. Hopt, “Consumer Protection”, in: *European Company and Financial Law* (eds. K. Hopt, E. Wymeersch), Walter de Gruyter, Berlin 1991, 95-107, 96.

Prof. dr Nevenko Misita

Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta Sarajevo

DEFINISANJE POTROŠAČA I FINANSIJSKO TRŽIŠTE EU

Rezime

U ovom radu se istražuje pitanje definisanja potrošača, sa fokusom na propise iz oblasti finansijskog tržišta EU i ulogu koju ima pojam 'potrošač'. S tim u vezi autor daje analizu sekundarnog zakonodavstva EU u ovoj oblasti, a naročito uvodne odredbe o definisanju onih na koje se propisi odnose. Autor zaključuje da precizna definicija, po pravilu, nedostaje u relevantnim propisima EU.

Ovaj rad je napisan u čast profesora Svetislava Taborošija, profesora na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu koji je odnedavno u penziji.

Ključne reči: potrošač, finansijske usluge, pravo EU.

Dr Vuk Radović, LL.M.

Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

POJAM POTROŠAČA KOD UGOVORA O ORGANIZOVANJU PUTOVANJA

Rezime

Predmet ovog rada predstavlja definisanje pojma potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja. U prvom delu rada se analizira ovaj pojam imajući u vidu rešenja Direktive o paket aranžmanima. Autor je uporedio pojam potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja sa opštim pojmom potrošača. Nakon iznošenja argumenata za i protiv sužavanja ovog pojma, autor se opredelio za zadržavanje postojeće koncepcije. U drugom delu rada je prikazan pojam potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja sadržan u srpskom Zakonu o zaštiti potrošača. Poređenjem sa evropskom regulativom, autor je zaključio da je srpski pojam potrošača neusklađen sa evropskim, zbog čega je predložio određene zakonske izmene postojeće regulative.

Ključne reči: potrošač, ugovor o organizovanju putovanja, Direktiva o paket aranžmanima, Zakon o zaštiti potrošača, Zakon o obligacionim odnosima.

1. ZNAČAJ ODREĐENJA POJMA POTROŠAČA KOD UGOVORA O ORGANIZOVANJU PUTOVANJA

Razvoj potrošačkog prava poslednjih decenija nije zaobišao ni turističko pravo. Štaviše, neki ugovori u turizmu su postali tipični primeri na kojima su primenjivani klasični instituti prava potrošača (na primer, pravo na informisanje i pravo na odustanak od ugovora).¹ U tom pogledu prednjače ugovor o organizovanju putovanja, kao najznačajniji i najrasprostranjeniji turistički ugovor, i ugovor o tajmšeringu. Kod oba ugovora slabija ugovorna strana se naziva potrošač, čime ovi ugovori potpadaju pod kategoriju tzv. potrošačkih ugovora.² Međutim, postoji značajna razlika između pojma potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja i ugovora o tajmšeringu. Naime, kod ugovora o tajmšeringu se potrošač definiše na klasičan način, te se on ni po čemu ne razlikuje od istovetnog pojma razvijenog u opštem potrošačkom pravu.³ Suprotno tome, potrošač kod ugovora o organizovanju putovanja je specifično definisan, čime je ovaj pojam prilagođen posebnoj materiji organizovanja putovanja.⁴

Za Srbiju, proučavanje pojma potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja ima poseban značaj iz najmanje dva razloga. Prvo, imajući u vidu da je ugovor o organizovanju putovanja paralelno uređen u dva zakona (Zakonom o obligacionim odnosima⁵ i Zakonom o zaštiti potrošača⁶), pravilno shvatanje pojma potrošača direktno određuje domen primene Zakona o zaštiti potrošača, a indirektno i Zakona o obligacionim odnosima. Drugo, pojam potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja je u Zakonu o zaštiti potrošača⁷ pisan pod očiglednim uticajem Direktive

1 O osnovnim pravima potrošača više vid.: M. Mićović, „O temeljnim pravilima potrošačkog prava“, u: *Od caveat emptor do caveat venditor* (ur. M. Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2009, 43-54.

2 O pojmu potrošačkih ugovora više vid.: M. Đurđević, „Ugovori u potrošnji“, *Pravo i privreda* 5-8/2007, 669-679.

3 Vid.: Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, *Official Journal of the EU*, L 33/10, 3.2.2009, čl. 2, st. 1, tač. f. Prethodna direktiva koja je uređivala materiju ugovora o tajmšeringu je slabiju ugovornu stranu nazivala kupcem, a sada je taj termin zamenjen izrazom „potrošač“, što očitno pokazuje prodor potrošačkog prava. Vid.: Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, *Official Journal of the EU*, L 280/83, 29.10.1994, čl. 2.

4 Na taj način se „zakonsko proširenje pojma potrošač odnosi samo na jedan od nekoliko zakonom uređenih ugovora u oblasti turizma“. M. Karanikić Mirić, „Šta je novo u srpskom ugovornom (potrošačkom) pravu?“, u: *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije – zbornik radova – knjiga V* (ur. Stevan Lilić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 142.

5 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 i 44/99, čl. 859-879.

6 Zakon o zaštiti potrošača – ZZP, *Službeni glasnik RS*, br. 73/2010, čl. 93-110.

7 Zakon o zaštiti potrošača ovaj ugovor naziva ugovor o turističkom putovanju, što je prema zakonu sinonim sa paket aranžmanom. Vid.: ZZP, čl. 5, st. 1, tač. 29.

o paket putovanjima, paket odmorima i paket turama (dalje u tekstu: Direktiva o paket aranžmanima).⁸ Međutim, upoređivanjem ovih pojmova uočavaju se značajne razlike, zbog kojih se može konstatovati da u ovom domenu srpsko pravo nije usklađeno sa pravom Evropske unije i da je u tom pogledu potrebna dalja harmonizacija.

2. POJAM POTROŠAČA KOD UGOVORA O ORGANIZOVANJU PUTOVANJA U PRAVU EVROPSKE UNIJE – NEUSKLAĐENOST SA OPŠTIM POJMOVIM POTROŠAČA

Pojam potrošača u Evropskoj uniji tradicionalno nije regulisan na jednom mestu. Svaka direktiva koja je uređivala neki segment ove široke oblasti je imala svoj pojam potrošača. Međutim, nejedinstvena regulativa u formalnom smislu te reči nije značila i sadržinsko nepoklapanje pojmovnog određenja potrošača. Naprotiv, jezičkom analizom tih definicija se uočava da je Evropska unija različitim propisima ipak izgradila jedinstven pojam potrošača, prema kome je potrošač svako fizičko lice koje deluje u svrhe koje su van njegove poslovne ili profesionalne delatnosti. Dva su konstitutivna elementa ovako određenog pojma potrošača: prvo, da je reč o fizičkom licu,⁹ i drugo, da potrošački ugovor zaključuje van svoje poslovne ili profesionalne delatnosti.¹⁰ Iz navedenog se može zaključiti da Evropska unija u osnovi prihvata restriktivnu definiciju potrošača,¹¹ koja se zasniva na primeni objektivnog kriterijuma.¹² Takođe, ovaj pojam je rezidualno definisan, jer se odnosi samo na lica koja nisu profesionalci,¹³ tj. na poslove koji nisu obuhvaćeni profesionalnim aktivnostima.

U praksi su se pojavila brojna sporna pitanja u vezi sa ovako određenim pojmom potrošača. Najnovija Direktiva o pravima potrošača iz 2011. godine je na njih odgovorila neznatnom promenom definicije potrošača, tako da se sada potrošačem smatra svako fizičko lice koje deluje van svoje trgovačke, poslovne, zanatske ili profesionalne delatnosti.¹⁴ Međutim, prava promena

8 Council Directive of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours (dalje u fusnotama: Direktiva o paket aranžmanima), *Official Journal of the EU*, L 158/59, 23.6.1990. Više o osnovnim rešenjima ove direktive vid.: M. Dragašević, „Direktiva EZ o organizovanom putovanju, odmoru i kružnom putovanju“, *Pravo i privreda* 5-8/1996, 666-673.

9 Ovaj element je zajednički svim definicijama potrošača. Vid.: M. Đurđević, 672.

10 D. Vujišić, „Potrošač kao subjekt pravne zaštite“, *Pravo i privreda* 4-6/2013, 329; B. Mihajlović, „Kako poboljšati zaštitu potrošača u Republici Srbiji“, *Pravo i privreda* 4-6/2013, 419.

11 B. Mihajlović, 419.

12 Objektivni kriterijum se vezuje za cilj potrošačkog akta. Više o objektivnim i subjektivnim kriterijumima na osnovu kojih se određuje pojam potrošača vid.: M. Mićović, *Zaštita prava potrošača*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu i Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2009, 13-15.

13 B. Pasa, G. Antonio Benacchio, *The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe*, Central European University Press 2005, 18.

14 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council –Direktiva o pravima potrošača, *Official Journal of the EU*, L 304/64, 22.11.2011, čl. 2, st. 1, tač. 1.

se ne krije u definiciji pojma potrošača sadržanoj u tekstu direktive, već u njenoj preambuli, u kojoj stoji da kod mešovitih ugovora (ugovora koji su samo delimično zaključeni u okviru poslovne delatnosti fizičkog lica)¹⁵ treba utvrditi da li je ugovor zaključen dominantno u poslovne ili neposlovne svrhe, te će se fizičko lice smatrati potrošačem samo ako se prema svim okolnostima utvrdi da je ugovor zaključen primarno u vanposlovne svrhe.¹⁶

Nasuprot tradicionalnoj i modernoj definiciji potrošača, koje i danas karakterišu pravo potrošača Evropske unije, stoji pojam potrošača određen Direktivom o paket aranžmanima.¹⁷ Prema njoj:

„potrošač je lice koje uzima ili je saglasno da uzme paket aranžman (primarni ugovarač), ili bilo koje lice u čiju korist primarni ugovarač kupuje paket aranžman (drugi korisnici), ili bilo koje lice na koje primarni ugovarač ili bilo koji od drugih korisnika prenese paket aranžman (prijemnici).“

Odmah treba primetiti da je ovde reč o specijalizovanom pojmu potrošača, prilagođenom turističkoj delatnosti. Kao i u drugim potrošačkim direktivama, i Direktiva o paket aranžmanima koristi termin potrošač. Međutim, iz najmanje dva razloga ovakav pristup se ne može oceniti kao dobro rešenje. Prvo, ovaj pojam potrošača se fundamentalno razlikuje u odnosu na opšti pojam potrošača, bez obzira na to da li govorimo o opštem pojmu potrošača u tradicionalnoj ili modernoj varijanti. Korišćenje istog termina za potpuno različite pojmove nema opravdanja.¹⁸ Drugo, u materiji turističkog prava se već decenijama koriste drugi termini za označavanje ove druge, slabije ugovorne strane, kod ugovora o paket aranžmanu. U tom pogledu je potpuno prihvatljivo korišćenje termina putnik (engl. *traveller*). Štaviše, ovaj pojam koristi i Briselska konvencija, kao prvi međunarodni izvor koji je uređivao ugovor o organizovanju putovanja.¹⁹ Prema njoj, putnik je definisan kao bilo koje lice koje ima koristi od ugovora o organizovanju putovanja, bez obzira da li je ugovor zaključen ili cena plaćena od strane tog lica ili drugog lica za njega. Sadržinski je ova definicija jednim delom slična definiciji iz Direktive o paket aranžmanima, što je još jedan razlog za nastavak njenog korišćenja, a ne prelazak na novi termin. Treće, pojam „potrošač“ u materiji turističkog prava deluje kao strano telo, koji se u praksi nikada nije koristio. Iz svih navedenih razloga, veliki broj država članica je prilikom implementacije Direktive

¹⁵ Više o problematici mešovitih ugovora u kontekstu određenja pojma potrošača vid.: D. Vujisić (2013), 333-336.

¹⁶ Direktiva o pravima potrošača, Preambula, tač. 17.

¹⁷ Direktiva o paket aranžmanima, čl. 2, st. 1, tač. 4.

¹⁸ U teoriji se širi pojam potrošača kod ugovora o turističkom putovanju koristi kako bi se opravdala koncepcija po kojoj ovi ugovori nisu uključeni u zakon koji uređuje potrošače, već u zakon koji uređuje obligacione odnose. Vid.: M. Baretić, „Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj – trenutno stanje i perspektive“, u: *Od caveat emptor do caveat venditor* (ur. M. Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2009, 89.

¹⁹ International Convention on Travel Contracts (CCV) – Briselska konvencija, Brussels, 23.4.1970, čl. 1, st. 1, tač. 7.

o paket aranžmanima izbegao korišćenje termina „potrošač“, kako ne bi bili u konfliktu sa opštim pojmom potrošača.²⁰

Poređenjem specijalizovanog pojma potrošača iz Direktive o paket aranžmanima sa opštim pojmom potrošača, uočavaju se brojne razlike.

Prvo, prema opštem pojmu, potrošač može biti samo fizičko lice. Suprotno tome, pojam potrošača iz Direktive o paket aranžmanima nije ograničen na fizička lica.²¹ Ovde treba napomenuti da nisu istovetni pojmovi putnika i kupca turističkog aranžmana, jer putnik po prirodi stvari može biti samo fizičko lice, dok kupac turističkog aranžmana može biti i pravno lice.²² No, i jedan i drugi su obuhvaćeni pojmom potrošača kod ugovora o paket aranžmanima.

Drugo, za opšti pojam potrošača je relevantna profesionalna delatnost koju on obavlja, tj. da li se ugovor zaključuje (dominantno) u okviru te delatnosti. Pojam potrošača iz Direktive o paket aranžmanima ni na koji način nije determinisan profesionalnim delatnostima koje lice obavlja. To znači da pojam potrošača omogućava da Direktiva obuhvati i dvostrane trgovinske poslove – tzv. B2B (engl. *Business to Business*) poslovne odnose,²³ jer se podjednako primenjuje i na potrošače i na profesionalce.²⁴ Činjenica da jedno lice zaključuje ugovor o turističkom putovanju sa turističkom agencijom u okviru svoje profesionalne delatnosti ne utiče na primenu Direktive o paket aranžmanima.²⁵ Prema tome, razlozi zbog kojih lice zaključuje ugovor o turističkom putovanju su irelevantni.²⁶ To znači da Direktiva nesumnjivo štiti i poslovne paket aranžmane.²⁷ Naslov Direktive na najbolji način potvrđuje želju Evropske komisije da proširi njen personalni domen primene, tako da ne obuhvata samo klasična

20 Working Document on the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours – Working Document 2007, Brussels, 26.07.2007, 8, dostupno na adresi: http://ec.europa.eu/consumers/rights/commission_working_document_final26-07-2007.pdf (3.7.2013). Termini koji se koriste su: putnik (Austrija, Estonija, Nemačka, Holandija i Švedska), kupac (Francuska, Luksemburg i Slovačka), turista (Litvanija), klijent (Letonija, Portugal) i mušterija (Češka Republika, Danska, Poljska). Vid.: H. Schulte-Nlke, L. Meyer-Schwickerath u: *EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis* (eds. H. Schulte-Nlke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers), 2007, 216-217.

21 D. Vujisić, „Implementacija Uputstva EEZ o turističkom putovanju u Zakon o zaštiti potrošača Republike Srbije“, *Pravo i privreda* 4-6/2012, 421.

22 S. Petrović, N. Tepeš, „Materijalnopравни i međunarodnoprivatnopravni aspekti ugovora o organiziranju putovanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 55(6)/2005, 1505.

23 Working Document 2007, 8.

24 Working Document of the Commission – Responses to the consultation on the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours – Summary of responses – Sažetak odgovora, 3, dostupno na adresi: http://ec.europa.eu/consumers/rights/summary_responses_publication_final_30012007.pdf (3.7.2013).

25 Prema nekim autorima je sporno da li se Direktiva o paket aranžmanima primenjuje i na poslovna putovanja. Vid.: E. Führich, *Reiserecht – Handbuch des Reisevertrags-, Reisevermittlungs-, Reiseversicherungs- und Individualreiserechts*, Verlag C. H. Beck, München 2010, 40.

26 Marc McDonald *et al.*, *European Community Tourism Law and Policy*, Blackhall Publishing, Dublin 2003, 291; M. Baretić *et al.*, *Propisi u poslovanju turističkih agencija*, Hrvatska zajednica računovođa i finansijskih djelatnika, Zagreb 2009, 127.

27 M. McDonald *et al.*, 291; D. Vujisić (2012), 422.

putovanja radi odmora (engl. *package holidays*), već sva putovanja kod kojih druga ugovorna strana pruža kombinaciju (paket) turističkih usluga (engl. *package travel*).²⁸ Iz navedenog proizlazi da, za razliku od restriktivnog pojma potrošača u opštem potrošačkom pravu, Direktiva o paket aranžmanima prihvata ekstenzivan pojam potrošača, što znači da se zaštita pruža najširem krugu lica.

Treće, Direktiva o paket aranžmanima razlikuje tri vrste potrošača: glavnog ugovarača, druge korisnike i prijemnika. Ovo je velika razlika u odnosu na klasično potrošačko pravo, gde u svakoj oblasti postoji jedan pojam potrošača. Tro-slojnim definisanjem potrošača, Direktiva o paket aranžmanima želi da obuhvati što je moguće veći broj lica, tj. da im pruži istu zaštitu,²⁹ što znači da je personalni domen primene daleko širi u odnosu na druge potrošačke direktive.³⁰ Za ovu definiciju se može reći da je složena i kompleksna, a u određenim aspektima i nejasna. No, bez obzira na moguća različita tumačenja, osnovna intencija evropskog zakonodavca je bila da se obuhvate sledeća lica:³¹

- lice koje kupuje paket aranžman, bez obzira na to da li ono ide na putovanje;
- lice koje ide na putovanje, u slučaju da je drugo lice kupilo paket aranžman;
- lice koje je paket aranžman steklo indirektno od prethodno navedenih potrošača, a ne direktno od organizatora putovanja.

Svaka sledeća kategorija na prethodnu dodaje nova lica koja se imaju smatrati potrošačima. U daljem tekstu biće reči o tri vrste potrošača obuhvaćenih Direktivom o paket aranžmanima.³²

- 1) Glavni (primarni) ugovarač (engl. *the principal contractor*, nem. *der Hauptkontrahent*, fr. *le contracant principal*). Glavni ugovarač je lice koje „uzima ili je saglasno da uzme paket aranžman“. Već na prvi pogled je jasno da glavni ugovarač, kao prva vrsta potrošača koju štiti Direktiva, nije precizno definisan. Problem u tumačenju ovog pojma postoji zbog korišćenja reči „uzeti“ (engl. *take*), jer pravno posmatrano „uzeti aranžman“ može imati više, a najmanje sledeća dva značenja: prvo, ovaj pojam može označavati lice koje faktički ide na putovanje; i drugo, može označavati lice koje kupuje paket aranžman.³³ Jezički posmatrano, uzeti aranžman uobičajeno znači ići na putovanje, te bi se isprva dalo zaključiti da je prvo tumačenje ispravnije. Međutim, ako bi se ono prihvatilo, onda bi pojmovi drugih korisnika i prijemnika bili

28 Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive on package travel, including package holidays and package tours, COM (88) final, 21.3.1988, 13, dostupno na adresi: <http://aei.pitt.edu/12229/1/12229.pdf> (4.7.2013).

29 M. Baretić *et al.*, 127; M. Dragašević u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima – II knjiga* (ur. S. Perović), Savremena administracija, Beograd 1995, 1414.

30 M. Baretić, 89.

31 D. Grant, S. Mason, *Holiday Law: The Law Relating to Travel and Tourism*, 4th ed., Sweet & Maxwell, London 2007, 56.

32 Najveći broj država članica Evropske unije (čak 15) je uveo tripartitnu definiciju potrošača. Više vid.: H. Schulte-Nilke, L. Meyer-Schwickerath, 216.

33 D. Grant, S. Mason, 56.

obesmišljeni, jer su i to lica koja idu na putovanje. Drugim rečima, ako bi se glavni ugovarač shvatio kao korisnik putovanja, onda bi glavni ugovarač obuhvatao i druge korisnike i sticaoca, što je neprihvatljivo. Direktiva nije slučajno navela tri vrste potrošača. Očigledno je da je ona nastojala da reguliše različite pojmove, pa se prilikom tumačenja ovo mora imati u vidu.

Osim navedenog, u prilog drugog tumačenja treba dodati još jedan razlog. Naime, ako se glavni ugovarač shvati kao korisnik putovanja, onda potpuno van opsega Direktive ostaju lica koja zaključuju ugovore o turističkom putovanju za druga lica (na primer, privredno društvo zaključi ugovor za svoje zaposlene). U tom slučaju bi zaposleni bili obuhvaćeni pojmom drugih korisnika, i njima bi se pružala zaštita, a privredno društvo koje je zaključilo ugovor i platilo cenu, ne bi imalo nikakva prava prema organizatoru putovanja.³⁴

Iz svega navedenog, glavnog ugovarača treba identifikovati sa licem koje je kupilo ili je saglasno da kupi paket aranžman, tj. sa saugovaračem organizatora putovanja.³⁵ Prema tome, bez značaja je činjenica da li je to lice istovremeno korisnik putovanja. Glavni ugovarač zaključuje ugovor o turističkom putovanju i plaća cenu. Uostalom, ovakvo tumačenje proizlazi i iz preambule Direktive, prema kojoj „potrošač treba da ima koristi od zaštite uvedene ovom Direktivom bez obzira na to da li je on direktna ugovorna strana...“³⁶ što odgovara pojmu glavnog ugovarača.

U praksi je čest slučaj da jedno lice zaključuje ugovor o turističkom putovanju u ime grupe lica. Primera radi, lice A zaključi ugovor o turističkom putovanju i plati cenu za sebe, ali i za svog supružnika i dvoje dece. U tom slučaju se postavlja pitanje ko je lice A, a ko članovi njegove porodice, u smislu podele potrošača koju poznaje Direktiva. Na prvi pogled bi se dalo zaključiti da je lice A glavni ugovarač, a članovi njegove porodice drugi korisnici. Međutim, ovakav zaključak ne bi bio ispravan, jer lice A suštinski zastupa svoje članove porodice, te se i lice A, ali i svaki član njegove porodice imaju smatrati glavnim ugovaračima.³⁷

- 2) Drugi korisnici (engl. *the other beneficiaries*, nem. *die übrigen Begünstigten*, fr. *les autres bénéficiaires*). Drugi korisnik je svako lice u čiju korist glavni ugovarač kupuje paket aranžman. Očigledno je da ovaj pojam širi krug lica koja su obuhvaćena zaštitnim odredbama Direktive, jer se pojam potrošača ne vezuje samo za saugovarača organizatora putovanja. Zapravo, korisnik je lice u čiju korist je zaključen ugovor o turističkom putovanju, tj. lice koje faktički koristi usluge organizatora putovanja. U praksi je glavni ugovarač najčešće i korisnik putovanja. Međutim, u tom slučaju on je obuhvaćen pojmom glavnog ugovarača, jer je zaključio ugovor. Termin

34 Više vid.: D. Grant, S. Mason, 56-57.

35 Više vid.: D. Grant, S. Mason, 57.

36 Direktiva o paket aranžmanima, Preambula, tač. 10. Slično: M. Dragašević (1996), 668.

37 Suprotno vid.: M. Dragašević, „Ugovor o organizovanju putovanja i zaštita turista kao potrošača“, u: *Od caveat emptor do caveat venditor* (ur. M. Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2009, 216; M. Dragašević (1996), 668.

drugi korisnik ne obuhvata glavnog ugovarača, već nužno pretpostavlja njegovo postojanje. Drugim rečima, da bi postojao drugi korisnik neophodno je da neko lice zaključi ugovor o turističkom putovanju sa organizatorom putovanja (glavni ugovarač), ali da u isto vreme to lice nije i korisnik putovanja.³⁸ Kao tipičan se može navesti sledeći primer: lice A zaključi ugovor o turističkom putovanju u korist određene grupe lica. Lice A je u ovom primeru glavni ugovarač, dok su članovi grupe u čiju korist je ugovor zaključen drugi korisnici.

Praktičan značaj uvođenja pojma drugih korisnika, tj. širenja pojma potrošača i na druge korisnike, se najbolje može prikazati na sledećem primeru. Pretpostavimo da jedna nemačka turistička agencija nudi nekoliko turističkih aranžmana koji obuhvataju posete više regija u Nemačkoj, i ona je po toj aktivnosti postala poznata u Evropi. Kako bi iskoristio očigledno dobar i profesionalan rad nemačke agencije, belgijska turistička agencija zaključuje ugovor o turističkom putovanju sa nemačkom agencijom, pri čemu će korisnici biti treća lica. Nakon toga, belgijska turistička agencija nudi belgijskim turistima ove aranžmane, s tom razlikom što na aranžman koji izvršava nemačka agencija oni dodaju i prevoz do određenog nemačkog grada. U ovom slučaju imamo tri grupe odnosa. Prvi je odnos između nemačke i belgijske turističke agencije, pri čemu je nemačka agencija organizator putovanja, a belgijska agencija glavni ugovarač. Drugi je odnos između belgijske turističke agencije i belgijskih turista, u kome je belgijska agencija organizator putovanja, a turisti su glavni ugovarači. Treći je odnos između nemačke turističke agencije i belgijskih turista, kod koga je nemačka agencija organizator putovanja, a belgijski turisti su drugi korisnici. Prema tome, belgijski turisti su dvostruko zaštićeni, jer se tretiraju kao potrošači kako prema belgijskoj, tako i prema nemačkoj turističkoj agenciji, s tom razlikom što u prvom slučaju imaju pravnu poziciju glavnih ugovarača, a u drugom – drugih korisnika. Ovo će za potrošače biti veoma značajno, naročito u slučaju kada belgijska turistička agencija postane insolventna, jer oni imaju direktna prava i prema nemačkog agenciji.

3) Prijemnik (*sticalac*, engl. *the transferee*, nem. *der Erwerber*, fr. *le cessionnaire*). Sticalac je bilo koje lice na koje je glavni ugovarač ili bilo koji drugi korisnik preneo paket aranžman. Ugovor o turističkom putovanju tradicionalno poznaje institut zamene potrošača drugim licem, prema kome potrošač može, ako se ispune određeni uslovi, pre otpočinjanja turističkog putovanja da odredi drugo lice koje umesto njega ima pravo da koristi ugovorene usluge.³⁹ Upravo zbog prava na zamenu, pojam potrošača je proširen i na prijemnike, kako bi i oni mogli da imaju koristi od zaštitnih odredaba Direktive.⁴⁰ U svakom slučaju, pojam prijemnika je nesamostalan pojam, jer on ne može postojati a da prethodno ne postoji

38 „...kada nema glavnog ugovarača ne može biti ni drugog korisnika.“ D. Grant, S. Mason, 57.

39 Briselska konvencija, čl. 8; Direktiva o paket aranžmanima, čl. 4, st. 3.

40 Ovaj segment definicije potrošača je nepotreban u onim državama u kojima opšta pravila ugovornog prava stvaraju navedeni efekat (na primer, u Nemačkoj i Slovačkoj). Vid.: H. Schulte-Nlke, L. Meyer-Schwickerath, 220.

glavni ugovarač ili drugi korisnik. Ako lice stekne prava od lica koja se ne uklapaju u pojam glavnog ugovarača ili drugog korisnika, onda to lice nije potrošač u smislu Direktive o paket aranžmanima i ne uživa specifičnu pravnu zaštitu.⁴¹

Evropska komisija je 2007. godine sačinila izveštaj u kome je identifikovala osnovne probleme u vezi sa ugovorom o organizovanju putovanja. Personalni domen primene Direktive o paket aranžmanima je u tom pogledu detektovan kao problematičan. Naime, postavilo se pitanje opravdanosti prihvaćene koncepcije širenja pojma potrošača, tj. da li Direktivu treba promeniti tako da obuhvati samo potrošače u pravom smislu te reči ili je zadržati u postojećoj formi.⁴² Nakon sprovedenih javnih konsultacija, Evropska komisija nije dobila adekvatan odgovor, jer su mišljenja bila podeljena.

Osnovni argumenti koji se mogu navesti u prilog sužavanja pojma potrošača (zaštićenih lica) kod ugovora o organizovanju putovanja su sledeći.

- Prvo, na taj način bi se Direktiva o paket aranžmanima uskladila sa drugim direktivama koje obuhvataju materiju potrošačkog prava.⁴³ Jedinstveni ili makar približno sličan pojam potrošača je nužan za konzistentnost čitave oblasti prava potrošača.⁴⁴ U skladu sa ovim argumentom Direktiva o paket aranžmanima treba da izabere jedan od dva uobičajena pojma potrošača – tradicionalnu ili modernu definiciju potrošača. Ovaj argument je smislen i logičan. Međutim, on previđa da je osnovni razlog loše izabran termin za nezaštićenu ugovoru stranu kod ugovora o organizovanju putovanja. Da je ovo lice nazvano svojim pravim imenom – putnik, ovaj argument bi bio neubedljiv. Ovome treba dodati da ni pojam putnik nije najadekvatniji, jer ne obuhvata glavne ugovarače, koji nisu u isto vreme i korisnici putovanja.
- Drugo, potrošači i profesionalci imaju različite potrebe za zaštitom.⁴⁵ Potrošačko pravo je upravo i nastalo sa idejom da se zaštite interesi slabije ugovorne strane – potrošača. Prema ovom argumentu, ako lice ugovor o organizovanju putovanja zaključuje (primarno) u svrhe koje su van njegove poslovne ili profesionalne delatnosti, onda postoji potreba za pojačanom zaštitom. Za lica koja ugovor zaključuju u okvirima svoje poslovne delatnosti dovoljna je zaštita koju pruža opšta (vanpotrošačka) ugovorna regulativa. Prema navedenom, Direktiva o paket aranžmanima zaštitu pruža čak i licima kojima ta zaštita nije potrebna. Na prvi pogled ovaj argument je logičan i nema mu se šta zameriti. Međutim, poređenjem putnika u profesionalne i turističke svrhe uočava se da razlika nije tako velika kao što se na prvi pogled čini. Pretpostavimo da direktor jednog privrednog društva putuje u Rim na dva dana kako bi učestvovao u pregovorima

41 D. Grant, S. Mason, 58.

42 Pitanje je glasilo: Da li mislite da lica koja putuju isključivo u poslovne svrhe treba da budu isključena iz obuhvata Direktive? Vid.: Working Document 2007, 9.

43 Sažetak odgovora, 3.

44 Slično: E. Führich, 40.

45 Sažetak odgovora, 3.

oko zaključenja nekog ugovora u privredi. Po čemu se to lice razlikuje od turista koji odlazi u Rim na dva dana kako bi razgledao lepote ovoga grada? Svrha putovanja je u svakom slučaju različita, ali da li je ona dovoljna da opravda različit pravni tretman. I jednom i drugom licu je stalo samo do toga da turistička agencija obezbedi prevoz do Rima i smeštaj u nekom hotelu. To što jedno lice u Rimu planira da vodi poslovne pregovore, a drugo da posećuje znamenitosti, ne opravdava da jedno nazovemo profesionalcem i uskratimo mu zaštitu, a drugo lice potrošačem (neprofesionalcem) i pružimo mu zaštitu. Organizacija putovanja je specifična pravna oblast, gde je akcenat na putovanju, a ne na razlozima zbog kojih se ide na putovanje. Jedini izuzetak koji bi se mogao ustanoviti, a koji bi imao opravdanja, su oni ugovori o organizovanju putovanja kod kojih je ugovarač profesionalac u materiji organizovanja putovanja. Primera radi, dve turističke agencije zaključuju ugovor o organizovanju putovanja, gde jedna pruža paket usluga, a druga će te usluge dalje da ustupa trećim licima, uz eventualno dodavanje neke dodatne usluge. I jedna i druga ugovorna strana su profesionalci, jer zaključivanje ugovora o organizovanju putovanja spada u njihovu profesionalnu delatnost. U ovom slučaju se čini da ne postoji potreba za zaštitom turističke agencije kao saugovarača organizatora putovanja.

- Treće, namera je bila da se Direktiva o paket aranžmanima primenjuje samo na turistička putovanja, zbog čega poslovna putovanja treba izostaviti.⁴⁶ Ovaj argument ne stoji, jer je Evropska komisija u obrazloženju Predloga direktive izričito naglasila potrebu za širenjem zaštite u ovoj oblasti. Uostalom, i sam naziv Direktive o paket aranžmanima potvrđuje ovakav zaključak, jer je akcenat na skupu (paketu) usluga, a ne na njihovoj svrsi.

Osim navedenih protivargumenata, u prilog zadržavanja postojećeg rešenja Direktive o paket aranžmanima se mogu navesti još dva argumenta.

- Prvo, kada bi se prihvatio tradicionalan ili moderan pojam potrošača u oblasti organizovanja putovanja, pojavili bi se dodatni, često nerešivi problemi. U konkretnim slučajevima bi bilo veoma teško utvrditi da li je putnik potrošač. Ovo bi posebno dolazilo do izražaja kod putovanja koja imaju više ciljeva (tzv. putovanja sa mešovitim ciljevima). U praksi su danas česti slučajevi da jedno lice odlazi na poslovno putovanje, ali ne sa idejom da samo ostvari određeni profesionalni zadatak, već i da turistički poseti određenu destinaciju (kolokvijalno rečeno, lice „spaja lepo sa korisnim“). U tom slučaju, ovo lice se javlja u isto vreme i kao profesionalac (poslovno lice) i kao potrošač (turista). Pojam potrošača bi u ovoj oblasti bio teško primenljiv, jer će u praksi biti veoma teško da se utvrdi kada dominira njegov profesionalni, a kada turistički aspekt. Štaviše, brojni su slučajevi kada poslovno putovanje predstavlja samo paravan za odmor i turizam.

⁴⁶ Sažetak odgovora, 3.

- Drugo, organizovanje putovanja je tradicionalno najbliže vezano za saobraćajno pravo, jer je prevoz jedna od najznačajnijih usluga koja se pruža u okviru paket aranžmana. Ako se pogleda nacionalna i međunarodna regulativa saobraćajnog prava, tj. pojedinih grana saobraćaja, uočava se da one nikada ne prave razliku između potrošača i profesionalaca, što termin putnik nedvosmisleno pokazuje. Ovo je još jedan od razloga za vraćanje termina putnik u ugovor o organizovanju putovanja.

Evropska komisija je nedavno prezentovala Predlog nove direktive o paket aranžmanima, u kome je značajno promenila koncept potrošača.⁴⁷ Prvo je promenjen termin, tako što se sada slabija ugovorna strana naziva „putnik“. Prema tom rešenju, putnik je „bilo koje lice koje namerava da zaključi ili ima pravo da putuje na osnovu ugovora zaključenog u okviru ove Direktive, uključujući i poslovne putnike ako ne putuju na osnovu okvirnog ugovora za trgovcem specijalizovanim za poslovna putovanja“.⁴⁸ Iz navedenog se vidi da Evropska komisija namerava da pojednostavi pojam putnika, tako da se više ne pravi razlika između glavnog ugovarača, drugih korisnika i prijemnika. Pojam putnika bi trebalo da obuhvati dve kategorije lica: ona koja nameravaju da zaključe ugovor o organizovanju putovanja (potencijalni putnici) i ona koja imaju pravo da putuju na osnovu zaključenog ugovora (korisnici putovanja). Kao i važeća Direktiva o paket aranžmanima, Predlog nove direktive obuhvata i poslovna putovanja, jer je zauzet stav prema kome je teško napraviti razliku između potrošača i zastupnika malih preduzeća ili drugih profesionalaca koji zaključuju ugovore o organizovanju putovanja na iste načine kao i potrošači. Sva ta lica zahtevaju sličan nivo zaštite.⁴⁹ Međutim, Predlog sadrži i jedan izuzetak od široko postavljenog pojma putnika. Uvažavajući činjenicu da velika privredna društva često zaključuju okvirne ugovore sa društvima specijalizovanim za organizaciju poslovnih putovanja, kao i da u ovim slučajevima putnicima nije potreban isti nivo zaštite kao potrošačima, Predlog nove direktive ova lica na smatra putnicima.

3. POJAM POTROŠAČA KOD UGOVORA O ORGANIZOVANJU PUTOVANJA U SRPSKOM PRAVU – PRIVIDNA USKLAĐENOST SA EVROPSKIM REŠENJEM

U srpskom pravu je ugovor o organizovanju putovanja na različite načine uređen u dva pravna izvora: Zakonu o obligacionim odnosima i Zakonu o zaštiti potrošača. Različita regulativa proizlazi iz okolnosti da je Zakon o obligacionim odnosima pisan pod uticajem Briselske konvencije, dok je Zakon o zaštiti potrošača inkorpo-

47 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on package travel and assisted travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004, Directive 2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC (dalje u fusnotama: Predlog direktive), Brussels, 9.7.2013, COM(2013) 512 final, 2013/0246 (COD), dostupno na adresi: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/com_2013_512_en.pdf (8.8.2013).

48 Predlog direktive, čl. 3(1)(6).

49 Predlog direktive, Recital (7).

riao odredbe Direktive o paket aranžmanima. Za Srbiju je praktično najznačajnije pitanje kada se primenjuje jedan, a kada drugi pravni izvor. Odgovor na ovo pitanje je direktno determinisan pojmovnim određenjem potrošača u Zakonu o zaštiti potrošača, jer ovaj zakon kao noviji i poseban ima primat u primeni u odnosu na Zakon o obligacionim odnosima. Praktično posmatrano, Zakon o obligacionim odnosima se primenjuje na one ugovore o organizovanju putovanja koji nisu pokriveni Zakonom o zaštiti potrošača. Zbog toga će prvo biti analiziran pojam potrošača iz Zakona o zaštiti potrošača, jer od njega zavisi domen primene Zakona o obligacionim odnosima.

Srpsko potrošačko pravo prihvata u načelu jedinstven pojam potrošača. Zakon o zaštiti potrošača definiše potrošača kao „fizičko lice koje na tržištu pribavlja robu i usluge koje nisu namenjene njegovoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj delatnosti.“⁵⁰ Kao što se vidi, u srpskom pravu je inkorporiran konzervativan pojam potrošača. Međutim, kada je reč o ugovoru o turističkom putovanju, zakon poznaje i dodatno pravilo prema kome se prava i obaveze potrošača odnose „i na fizičko lice koji koristi turističko putovanje u okviru svoje poslovne delatnosti, profesije ili zanata, odnosno na osnovu ugovora između trgovca i trećeg lica, koji je zaključio taj ugovor u njegovu korist ili je na njega preneo ugovorenu uslugu“.⁵¹ Spajanjem ovih definicija dobija se pojam potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja u srpskom pravu.

Iz navedenog jasno proizlazi da je srpsko pravo pojam potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja pokušalo da modelira po uzoru na Direktivu o paket aranžmanima. Primenjena zakonodavna tehnika je veoma neobična, jer se zakonodavac odlučio da pođe od restriktivnog pojma potrošača, definisanog u opštim odredbama zakona, a da ga nakon toga dopuni (proširi) kod ugovora o turističkom putovanju. Kao i kod Direktive, i Zakon o zaštiti potrošača poznaje tri vrste potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja. Međutim, bližom analizom se uočava da srpsko pravo značajno odstupa od prava Evropske unije u ovoj oblasti.

- 1) Prvu kategoriju čine fizička lica koja koriste turističko putovanje bez obzira na njegovu svrhu. Prema tome, obuhvaćena su i turistička i poslovna putovanja. Ova kategorija je dobijena spajanjem osnovnog pojma potrošača (fizičko lice koje na tržištu pribavlja robu i usluge koje nisu namenjene njegovoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj delatnosti) sa prvim delom dodatne definicije (fizičko lice koji koristi turističko putovanje u okviru svoje poslovne delatnosti, profesije ili zanata). Smisao je najverovatnije bio da se ovim rešenjem obuhvati ono što Direktiva o paket aranžmanu naziva glavni (primarni) ugovarač. Međutim, dve su velike razlike između srpskog i evropskog pojma glavnog ugovarača. Prvo, srpsko pravo glavnog ugovarača vezuje samo za fizička lica. Otuda se može zaključiti da je personalni domen primene srpske regulative organizovanja putovanja daleko uži, jer su pravna lica u celosti isključena. Drugo, već je rečeno da Direktiva glavnog ugovarača definiše kao lice koje uzima ili je sagla-

⁵⁰ ZZP, čl. 5, st. 1, tač. 1.

⁵¹ ZZP, čl. 110.

sno da uzme paket aranžman, pri čemu se ova jezička sintagma tumači tako da to lice kupuje ili je saglasno da kupi paket aranžman. U srpskom pravu je nejasno šta to lice radi, jer jedan deo definicije kaže da fizičko lice pribavlja paket aranžman, što bi jasno asociralo na ugovaranje (kupovinu), dok drugi deo precizira da fizičko lice aranžman koristi, što ne asocira na ugovaranje. Ova dihotomija je nastupila usled nadograđivanja opšteg pojma potrošača, ali uz korišćenje drugih termina („pribavlja“, odnosno „koristi“). Različito tumačenje za fizička lica koja aranžman koriste u vanposlovne i poslovne svrhe nije prihvatljivo, zbog čega je potrebno jedinstveno tumačenje, pa čak i ako ono ne odgovara u celosti zakonskoj terminologiji. Kako je zakonodavac upotrebio reči „koristi turističko putovanje“ u posebnom delu zakona koji uređuje tu materiju, logično je zaključiti da je intencija zakonodavca bila da se ista sintagma upotrebljava i kod opšteg pojma potrošača, a u vezi sa ugovorom o turističkom putovanju. Prema tome, srpska verzija glavnog ugovarača kaže da je to fizičko lice koje koristi paket aranžman. Jasno je da ova definicija ne odgovara pojmu glavnog ugovarača iz Direktive. Naprotiv, ovo lice je korisnik putovanja. Ovakvo tumačenje čini besmislenim drugi deo definicije pojma potrošača, koja se odnosi na korisnike putovanja, kada je neko drugo lice ugovarač. Zbog toga bi bolje bilo da se ovo lice tumači kao ugovorna strana kod ugovora o turističkom putovanju, koja je u isto vreme i korisnik ovog ugovora. Međutim, i ovakvim tumačenjem smo daleko od evropskog rešenja, jer zakon ne štiti ugovarače, već samo korisnike.

- 2) Drugu kategoriju potrošača čine fizička lica koja koriste turističko putovanje, na osnovu ugovora koje je treće lice zaključilo u njihovu korist („na osnovu ugovora između trgovca i trećeg lica, koji je zaključio taj ugovor u njegovu korist“). Ovaj segment definicije pojma potrošača je trebalo da se poklapa sa pojmom drugih korisnika iz Direktive (lica u čiju korist glavni ugovarač kupuje paket aranžman). Ako se zanemari očigledna jezička nepreciznost i nejasnost upotrebljene konstrukcije u Zakonu o zaštiti potrošača, čini se da je moguće njeno tumačenje u skladu sa pojmom drugih korisnika iz Direktive. Prema tome, neko drugo lice je sa turističkom agencijom zaključilo ugovor o turističkom putovanju, pri čemu zakon štiti korisnika tog ugovora.
- 3) Treću kategoriju potrošača čine ona lica na koja je korisnik putovanja pre otpočinjanja turističkog putovanja preneo ugovorenu uslugu. Jasno je da treća kategorija delimično odgovara pojmu prijemnika iz Direktive o paket aranžmanima.

Zakon o obligacionim odnosima umesto potrošača koristi termin „putnik“ za označavanje slabije ugovorne strane kod ugovora o organizovanju putovanja.⁵² Međutim, zakonom ovaj pojam nije definisan. U skladu sa Briselskom konvencijom, ali i uobičajenim značenjem ovog pojma, čini se da bi putnika trebalo shvatiti kao korisnika ugovora o organizovanju putovanja, bez obzira

52 M. Dragašević (2009), 216.

na to ko je zaključio ugovor ili platio cenu.⁵³ Imajući u vidu da su putnici uvek fizička lica,⁵⁴ Zakon o zaštiti potrošača ima širi domen primene u odnosu na Zakon o obligacionim odnosima, jer osim korisnika on obuhvata i prijemnike. Prema tome, odredbe Zakona o obligacionim odnosima o ugovoru o organizovanju putovanja se primenjuju supsidijerno, samo u meri u kojoj nisu derogirane posebnim odredbama Zakona o zaštiti potrošača. Drugim rečima, posmatrano iz ugla jedne ugovorne strane (putnika, potrošača), Zakon o obligacionim odnosima nema samostalan domen primene, jer se u personalnom smislu odnosi na uži krug lica. Prema tome, sve odredbe Zakona o obligacionim odnosima koje su u suprotnosti sa Zakonom o zaštiti potrošača više ne važe. Međutim, ne treba smetnuti sa uma činjenicu da konačan zaključak o personalnom domenu ova dva zakona mora da uzme u obzir i drugu ugovornu stranu – organizatora putovanja. Posmatrano iz tog ugla, personalni domen primene Zakona o obligacionim odnosima je širi, jer on obuhvata svakog organizatora putovanja, bez obzira da li je profesionalac, dok se Zakon o zaštiti potrošača odnosi samo na ugovore zaključene između potrošača i organizatora putovanja koji su trgovci. Otuda se može reći da Zakon o obligacionim odnosima ipak ima i samostalan domen primene, a vezuje se za ugovore o organizovanju putovanja zaključene sa organizatorima putovanja koji nisu u isto vreme i trgovci.⁵⁵

4. POGLED U BUDUĆNOST – SRPSKO PRAVO *DE LEGE FERENDA*

Prikazane analize su pokazale da u domenu pojma potrošača kod ugovora o organizovanju putovanja srpsko pravo nije usklađeno sa Direktivom o paket aranžmanima. Zbog toga se sugerišu sledeće promene zakonskog teksta:

- prvo, umesto termina potrošač, logičnije i preciznije je korišćenje termina putnik;
- drugo, zakon ne treba da se oslanja na klasičnu definiciju potrošača, primenjivu na opšte potrošačko pravo, pa da je nakon toga nadograđuje (dopunjuje) kod ugovora o organizovanju putovanja, već treba potrošača (putnika) da definiše potpuno odvojeno kod ugovora o organizovanju putovanja, bez pravljenja veze sa opštim pojmom;
- treće, treba izbegavati korišćenje reči „odnosno“ u definiciji potrošača, kada se želi preći na sledeću vrstu potrošača, jer ona unosi zabunu prilikom tumačenja;

53 V. Šmid, *Putnička agencija i njeni ugovori s putnicima i davaocima usluga*, Savremena administracija, Beograd 1977, 211.

54 S. Carić u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima – knjiga druga* (ur. S. Perović, D. Stojanović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu i Kulturni centar, Novi Sad 1980, 719.

55 Ako se ova dva zakona pogledaju iz ugla pojmovnog određenja ugovora o organizovanju putovanja, može se zaključiti da Zakon o obligacionim odnosima šire definiše ovaj ugovor, što znači da on ima i samostalan domen primene za neke ugovore o organizovanju putovanja, bez obzira na to ko su ugovorne strane.

- četvrto, pojam potrošača treba proširiti tako da ne obuhvata samo korisnike i prijemnike, već i glavne ugovarače;
- peto, treba jezički preciznije definisati tri vrste potrošača u skladu sa odredbama Direktive o paket aranžmanima;
- šesto, u perspektivi treba razmisliti o tome da se iz kruga glavnih ugovarača isključe lica koja se profesionalno bave organizovanjem putovanja.

Vuk Radović, LL.M., PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law

THE NOTION OF CONSUMER IN ORGANIZED TRAVEL CONTRACT

Summary

The object of this paper is defining consumer as a contracting party in organized travel contract. First part of this paper is dedicated to analyzing this term taking into consideration regulation contained in the Directive on package travel, package holidays and package tours. The author compared the notion of consumer in organized travel contract with the general notion of consumer. After presenting arguments pro et contra narrowing this term, the author advocates for the maintenance of the current conception. Second part of this paper elaborates the definition of consumer in organized travel contract contained in the Serbian Law on consumer protection. After making comparative analysis with European regulation, the author concludes that the Serbian definition of consumer is not in accordance with the European, which is the reason why he suggests certain changes de lege ferenda.

Key words: consumer, organized travel contract, Directive on package travel, package holidays and package tours, law on consumer protection, law on obligations.

Miodrag Mićović, PhD

Full Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

PROTECTION RULES IN THE FUNCTION OF EXTENDED FORMATION OF CONSUMER CONTRACTS*

Summary

The traditional concept of the formation of the contract, based on the offer and acceptance of the offer, and on the mutual consent, in the area of consumer law has been modified by the need to provide consumers with protection, and ensure that they have equal position with traders. Consumer contract can not be formed instantly, i.e., at the same time when mutual consent is reached. It is necessary certain period of time to elapse, which starts before mutual consent is reached, and ends, in certain cases, after the expiry of appropriate time limit. During the first part of this time interval trader makes pre-contractual statement of will, which is a condition for the proper formation of the contract, and refers to the information which the trader is obliged to provide to the consumer. Within the second part of the time interval, withdrawal period, the consumer is entitled to withdraw from the contract (by giving a negative statement) or, by restraining from exercising his right (not giving any statements) during that period, strengthen the contract. At that moment the contract becomes legally perfect. If we take into account all these elements, in addition to the consent of the will, we can talk about a new concept, the concept of the extended formation of the consumer contracts.

Key words: *consumer; trader; right of withdrawal, contract, time limit.*

* This article is written within the Project of the Faculty of Law University of Kragujevac *XXI Century – Century of Services and Service Law*, No. 179012, which is funded by the Ministry of Education, Science and Technological Development.

1. FREEDOM OF CONTRACT AND ITS LIMITATIONS

The one of the basic principles of contract law is the principle of freedom of contract (Article 10 of the Law of Obligations).¹ In accordance with this principle parties to a contract have autonomy to organize their contractual relationship. However, this freedom is not absolute. It is limited in different ways due to the need of society to ensure that the right to freely express individual will is done in compliance with the general rules whose application can not be subdued to individual arbitrariness.²

Since a contractual relationship is formed on the basis of the consent of the parties, it is necessary to ensure equality of the wills, in order to prevent the domination of one party over the other. That could occur when the contractual relationship is established between persons of unequal economic power, knowledge and experience, in terms of goods and services which are a subject of the contract. The inequality of this type is characteristic for the contractual relationship in the sphere of consumer law, in which the consumer has an inferior position in relation to the trader.³ Therefore, it was necessary to limit the freedom of contract in order to protect the weaker party and ensure a balance of interests between the contracting parties. This is achieved in the way that consent of the parties is no longer sole and sufficient element for determining the content and effects of contracts. Along with that, two more elements are introduced: a) mandatory pre-contractual statement of the trader, by which trader meets the statutory obligation to inform the consumer; b) consumer's right of withdrawal, which weakens the role of the individual statements (offer and acceptance of the offer to conclude the contract), in order to ensure the balance between the contracting parties and protect consumers.⁴

As a result of the aforementioned, traditional concept of the contract, which is strictly related to the offer and acceptance of the offer, has been modified, at least when it comes to consumer contracts, into the concept of the extended conclusion of the contract.⁵ That means that for the conclusion of the contract an appropriate time interval is required, even when the contract is concluded between the present parties. Within this time interval, trader's offer must be preceded by a pre-contractual statement, in the form of announcement of certain data (consumer informa-

1 *Official Gazette of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY)*, No. 29/78, 39/85, 57/89, *Official Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia (FRY)*, No. 31/93. Henceforth referred to as LO.

2 *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (Commentary on the Law of Obligations)*, redaktori (editors): S. Perović, D. Stojanović, Gornji Milanovac – Kragujevac, knjiga I (book I), 1980, 99.

3 See S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Paris 2008, 150; J. Calais – Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Paris 2006, 103; D. Ferrier, *La protection des consommateurs*, Paris 1996, 23; S. Amrani Mekki, *La protection du consommateur à distance et en ligne, colloque francophone régional*, Hanoi 2010, 18.

4 See R. Schulze, *Des principes de la conclusion du contrat dans l'acquis communautaire*, *Revue internationale droit comparé* 4/2005, 886.

5 *Ibid*, 888.

tion) which shall form the integral part of the contract in the case of its conclusion. Furthermore, even after an offer was made or acceptance given by the consumer, he is entitled to withdraw from the contract within certain period of time. Thus, the certainty in terms of contract formation occurs only after the passage of time, subsequent to consumer's acceptance of an offer.

Elements which modify the traditional concept of the contract formation are linked by their protective character in relation to the consumer and its position to the trader. However, apart from their protective character which connects them, everything else separates them. On the one hand, in terms of time, pre-contractual statement is made before the relationship between trader and consumer is established, and on the other hand, the statement of withdrawal, after the relationship is defined or actions undertaken in that regard. The pre-contractual statement gives a trader, and a statement of withdrawal consumer. While statement of the trader is a requirement for the proper conclusion of the contract, the statement of the consumer is required for the annulment of the previously given statements, so we can say that the first one has positive and the other one negative effects for the formation of the contract. However, the fundamental difference between the protective rules is reflected in the fact that the rules on withdrawal are specific, with limited effect. The rules on withdrawal are applicable in the sphere of consumer law, but only partially, with regard to certain contracts. In contrast, pre-contractual statement, that needs to be given in order to inform consumers about certain data, has the nature of the principle (the general rule) that applies with regard to conclusion of the consumer contracts. Moreover, the scope of its application is spreading to other areas of contract law. Thus, the EU Directive 2006/123 on services in the internal market, stipulates not only rules in the function of addition to promoting the principle of free movement of services and freedom to provide services, but also rules aiming to ensure a high quality of service, among other things, by imposing the obligation to the service provider to make certain information available to recipient, prior to the conclusion of the contract.⁶ Also, Draft Common Frame of Reference (DCFR) contains general rules applicable to service contracts (fourth book, part C), among which the most important ones are related to mutual obligations of service providers and recipients, including the pre-contractual duty to inform (which is in the function of enabling interested persons to decide whether or not to conclude a contract, and under which conditions to do so).⁷

6 See S. Rodin, Direktiva EU 123/2006 o uslugama – doseg i opravdanje (Directive 123/2006/EC on services - scope and justification), *Zbornik PF Zagreb* (Annals of the Faculty of Law in Zagreb) 1/09, 34; J. Vilus, Direktiva 2006/123 o uslugama na unutrašnjem tržištu (Directive 2006/123/EC on services in the internal market), *Evropsko zakonodavstvo* (European legislation) 23 – 24/08, 21; D. Pavičić, Prikaz Zakona o uslugama (Services Act Review), *Pravo i porezi* (Law and Taxes) 9/11, 31; M. Mićović, Heterogenost usluga i homogenost uslužnih pravila (Heterogeneity of services and homogeneity of legal rules related to services), *Zbornik* (Proceedings): *XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava* (XXI Century – Century of Services and Service Law), Kragujevac 2012, 29.

7 M. Mićović, Zajednička pravila za ugovore o uslugama (The Common Rules for Service Contracts), *Zbornik* (Proceedings): *Uslužno pravo* (Service Law), Kragujevac 2013, 9.

Regarding the trader's pre-contractual statement and consumer's statement of withdrawal, a number of issues can be raised in relation to their legal nature, content and mode of the given statements, the moment in which they should be given, consequences of the acts or omissions of the contracting parties in that respect. These issues will be subject of the legal analysis in this article. For the purpose of this article, author will mainly use the term "statement" (pre-contractual and withdrawal), instead of referring to the trader's duty to inform the consumer and the consumer's right of withdrawal, because article deals with issues regarding the role and significance that specific statements have for the creation and formation of contracts.

2. PRE-CONTRACTUAL STATEMENT OF THE TRADER – DUTY TO INFORM CONSUMER

The previous principle according to which everyone should inform himself about what interests him, gave way to a principle according to which the duty to inform is necessary in order to enable the consumer to make free (reasonable) choice⁸ and make informed decision regarding the offered goods or services.⁹ Consumer will be able to protect himself only if the trader provides complete and accurate information on all elements of the intended legal transaction. In accordance with such approach, Consumer Protection Act (CPA)¹⁰ stipulates that prior to the conclusion of contract, the trader shall provide the consumer in a clear and comprehensible manner with the following information on: the main characteristics of the goods or services; the address and other data relevant for establishing the identity of the trader, such as his trading name or the name of another trader on whose behalf he is acting; the selling price or the manner in which the selling price is calculated if, because of the nature of the product means that the selling price cannot reasonably be calculated, as well as all additional freight, delivery or postal charges; and possibility that such additional charges may be payable; the arrangements for payment, manner and time of delivery, performance of other contractual obligations and the complaint handling policy; the existence of a right of withdrawal, under conditions defined by this law; support that the trader provides to the consumer after the sale, guarantees and conditions under which a consumer is entitled to a guarantee; the duration of the contract where applicable; or, if the contract is open-ended, the conditions for terminating the contract; the minimum duration of the consumer's contract obligations, where applicable; the existence and the conditions any form of financial guarantees to be paid or

8 In this way, consumer's economic interests are better protected, misunderstandings avoided and risk of fraud or mistake reduced. See M. Baretić, *Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj - trenutno stanje i perspektive* (Consumer protection in the Republic of Croatia – Current Situation and Perspectives), *Zbornik* (Proceedings): *Od caveat emptor do caveat venditor* (From *Caveat Emptor* to *Caveat Venditor*), Kragujevac 2009, 93; M. Mićović, *O temeljnim pravilima potrošačkog prava* [On the Fundamental Rules of Consumer Law], *Zbornik* (Proceedings): *Od caveat emptor do caveat venditor* (From *Caveat Emptor* to *Caveat Venditor*), Kragujevac 2009, 46.

9 M. Đurđević, *Obligacija obaveštavanja u ugovorima o potrošnji* (Duty to Inform in Consumer Contracts), *Pravo i privreda* (Law and Economy) 5 – 8/08, 556.

10 *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 73/10.

provided by the consumer at the request of the trader (Art. 16 para. 1, items 1-9). This is the minimum amount of information¹¹ that the trader shall provide the consumer. He will be also obliged to provide the consumer with other information, in case such obligation is stipulated by law.

Given that in some cases the performance of information duties may lead to slowing of traffic flow¹² instead of contributing to better consumer protection, this obligation can be excluded. According to the CPA, the trader is not obliged to inform the consumer on the information, if those details are obvious from the circumstances of conclusion of the contract on the sale of goods or provision of services (Art. 16, para. 2). The EU Directive 2011/83 on consumer rights (CRD) provides that the trader may be released from the obligation to inform, when it comes to contracts which involve day-to-day transactions and which are performed immediately at the time of their conclusion (Art. 5. para. 3).

Except as otherwise provided by the law, the information must be in the Serbian language, written in cyrillic or latin script. The burden of proof concerning the fulfilment of the obligation to inform shall be borne by the trader.

If the trader and a consumer conclude contract, the aforementioned information shall become its integral part. (Art. 16 para. 4 CPA). This means that pre-contractual statement of the trader is binding in terms of defining the content of the contract. Moreover, pre-contractual statement can acquire a binding effect for the content of a contract even if it is not incorporated into trader's offer (or other statement directly addressed to the other party), and it is not even necessary for the other contracting party to be aware of that statement¹³ at the time the contract is concluded.¹⁴ This is one of the cases where the contract is concluded in a way that

11 There are two main approaches in theory on how to regulate the duty to inform. Namely, it should be considered whether it is possible to: a) replace the detailed information lists with more general requirements, b) to establish a list of essential information on which the consumer must be informed, such as: the main characteristics of the goods or services, the prices including delivery charges, taxes and other costs, the rights and obligations of both contracting parties; redress procedures. See H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flessner, M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium: Comparative Analysis*, Sellier, Munich 2008, 787.

12 Scholars expressed doubts about the effectiveness of information regime characterized by hypertrophy of the duty to inform. It is pointed out that information overload decreased clarity of information, thus increasing the risk to achieve its goal, aiming to improve the position of the person who is the weaker contracting party. See Martinek, M, *Unsystematische Überregulierung und kontrainternationale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht oder: Weniger wäre mehr, u ediciji Grundmann S: Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, 514; S, Piedelièvre, 159.

13 R. Schulze, 886.

14 In that sense, Directive 90/314/EEC on package travel, package holidays and package tours and Directive 2008/122/EC on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts provide that information contained in the standard information forms, after signing the contract shall become its integral part, obliging the trader and it shall not be altered unless the parties expressly agree otherwise, or unless the changes are consequence of force majeure. According to the Directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, consumer goods are presumed to be in conformity with the contract if they, among other things, show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect, given the nature of the goods and taking into account any public statements on the specific characteristics of the goods made about them by the seller, the producer or his representative, particularly in advertising or on labeling (Art. 2 para. 2d).

goes beyond the traditional “offer – acceptance” model, on the basis of a unilateral statement of will of the trader. This situation can be subsumed under the rule of The Principles of European Contract Law (PECL) stipulating that a promise which is intended to be legally binding without acceptance is binding for promisor (Art. 2: 107), but also under the provision stipulating that general rules with appropriate adaptations can be applied even when the process of conclusion of a contract cannot be analysed into offer and acceptance (Art. 2: 211).

In the case of failure of the trader to comply with information duties, there is no coherent system of sanctions at the EU level.¹⁵ The position regarding sanctions in the member states is therefore rather diffuse. Thus, regarding the off-premises contract, a failure to provide this information in some countries results in the nullity of the contract (France, Belgium, Luxembourg, Netherlands, Malta, Spain), and in the others results in imposing of criminal penalty/liability (Ireland, Slovenia), or imposing of fine (Bulgaria, Romania).¹⁶

Since the failure to comply with information duties can lead to the defect in consent,¹⁷ CPA contains a provision according to which a consumer may request termination of the contract (this right shall cease with expiry of a one year period from the day of conclusion of the contract), irrespective to whether the trader had an intention to lead him to conclude the contract by omitting to inform him (Art. 16 para. 7). However, termination of the contract cannot be requested if the consumer, in the given circumstances, despite the omissions regarding information duties, could make a reasonable decision, i.e., if those omissions did not have significant influence on the formation of his will.¹⁸ Apart from the right to request the termination, the consumer, as a result of the breach of the information duties, shall be entitled to claim the compensation for damages due to the fact that the trader acted contrary to the principle of good faith in respect of information duties.¹⁹

Certain information in the legislation and jurisprudence stand out, in terms of the specific consequences that arise due to the failure to inform consumer about their content. Thus, if the trader has not informed the consumer on the additional freight, delivery or postal charges or, where these charges cannot reasonably be calculated in advance, if the trader has not informed the consumer on the fact that such additional charges may be payable by them, the consumer shall not be obliged to pay these additional charges (Art. 17 of the CPA and Art. 6. para. 6 of the CRD). Or, if a trader fails to inform the consumer during the pre-contractual stage on the method and the conditions under which the price can be modified, in regular circumstances,

15 See H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flessner, M. Ebers, 788.

16 *Ibid*, 759.

17 M. S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris 2001, 311; A. Weill, F. Terré, *Droit civil*, Paris 1980, 58; S. Piedelièvre, 39.

18 M. S. Payet, 312; Parivodić, M., Dužnost informisanja prilikom zaključenja ugovora o franšizingu (Duty to Inform With Regard to Conclusion of the Franchise Contract), *Pravni život* (Legal life) 11/02, 543.

19 A. Weill, F. Terré, 58; M. S. Payet, 311; S. Amrani Mekki, 30.

the price can not be changed.²⁰ Furthermore, if consumer is not informed on the right of withdrawal, he is entitled to withdraw from the contract within the extended period of the time. Since the Art. 113 of the CPA, among the formal requirements for the conclusion of the timeshare contract, stipulates the obligation of the trader to expressly inform consumers, within a reasonable time prior to the conclusion of the contract, about the right of withdrawal, and to submit the withdrawal form to consumer in order to sign it, it should be considered that the trader can not exercise any requirements towards consumer, if the above conditions are not met.

Breach of the information duty shall be regarded as an unfair commercial practice, especially in respect of: distance contracts; package tour contracts and time-sharing; e-commerce contracts; indication of prices (Art. 20 para. 7 of the CPA).

As a result of the failure to inform the consumer, a fine can be imposed on the trader (Art. 151 of the CPA). Along with that, a legal entity can be imposed a temporary ban of performing certain business activity, as well as a responsible person in a legal entity can be imposed a temporary ban of performing certain activities. (Art. 152 CPA).

3. CONSUMER'S STATEMENT OF WITHDRAWAL

The contract law principle on binding force of contract (regarding intent and consent of the parties), is significantly limited by the set of rules, which are in our legal system transposed from a number of EU directives. On the basis of such rules, the consumer is entitled to request liberation from the contract without giving any reason. Since the violation of this principle could significantly undermine legal certainty, possibility of liberation from the contract is not provided as a general rule that could be applied to all consumer contracts, but is rather reserved for extraordinary situations where the risk of breaching the equality principle exists.²¹ This risk is especially apparent when it comes to off-premises sales, distance sales, providing of financial services at a distance, consumer credit, time-sharing.

The consumer's right to be released from the contract in theory²² and EU directives is indicated by different terms (the right to change the mind, repentance right, the right of withdrawal, the right to terminate the contract, the right of revocation of the contract). There are also examples of inconsistent terminology that was used within the same directive.²³ The CPA from 2002, used the term "right of revocation of the contract", which was not good because, under certain condi-

²⁰ Judgement of the European Court of Justice C – 92/11, published in the Official Journal of the EU, C 156/2013 from 01/06/2013.

²¹ M. Baretić, 94.

²² See M. S. Payet, 299; B. Zabel, *Tržno pravo* (Commercial Law), Ljubljana 1999, 114.

²³ Directive 85/577/EC on contracts negotiated away from business premises contains the terms "right of cancellation" (Art. 4) and "right to renounce" (Art. 5). Former Directive 94/47/EC on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, contained terms "right to withdraw from the contract" and "right to cancel the contract" (Art. 5).

tions, statement of will may be revoked, but not the contract which is result of the consent of the parties.²⁴ Current CPA uses the phrase “the right to unilaterally terminate the contract”. This term is also inappropriate, because the termination can only occur if there is a specific reason for it (behavior that is contrary to the contract provisions, breach of the contractual obligations or other statutory provision), which allows the consumer to request liberation from the contract without giving any reason.

A term that might be the most appropriate to describe this situation, because it is recognized and well known in our legal language, is “the consumer’s right of withdrawal”. This right, according to the LO, has a credit user. He can withdraw from the contract before he starts using the credit, but he is obliged to compensate the damages that creditor suffered (Art. 1068 para. 1 and 3). In addition to that, contractors may agree that one or both parties can cancel the contract. Issues related to the consensual withdrawal are regulated in the General Usages for the Trade if Goods (No. 53 and 54).²⁵ Both consensual right of withdrawal and the consumer’s right of withdrawal can be exercised without giving any explanation. However, there is a difference between these two rights: the exercise of the consensual right of withdrawal is limited because it can not be done in a malicious manner, with the intent to harm the other party.²⁶

The purpose of the right of withdrawal is: to protect consumers from reckless decisions;²⁷ to allow consumer to read the contract, consider the terms of the contract and the need to conclude a contract; to prevent abuses arising out of the unequal status of the contracting parties.²⁸ Since the right of withdrawal is statutory right, in the contract can not be incorporated clause which excludes this right. Otherwise, such a clause would be null and void.²⁹

On the basis of the right of withdrawal, which is discretionary in nature,³⁰ because it can be exercised without giving any explanation,³¹ the consumer has the *ius optionis*. He can either, by exercising his right, unilaterally, within the

24 See M. Draškić, *Zaključenje ugovora o kupoprodaji* (Conclusion of the Sales Contract), Beograd 1972, 81.

25 *Official Gazette of the Federal Peoples Republic of Yugoslavia*, No. 15/54.

26 See Ph. Stoffel-Munck, *L’autonomie du droit contractuel de la consommation*, *Révue trimestrielle de droit commercial* 4/12, 715.

27 This might occur, for example, when a consumer makes an order based on pictures or descriptions of goods or services, which leads to risk of buying something that does not match his expectations. See J. Calais – Auloy, F. Steinmetz, 117; S. Amrani Mekki, 22.

28 See S. Piedelièvre, 160; D. Vujisić, *Pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora* (The Right of Consumer on the Unilateral Termination of the Contract), *Pravni život* (Legal Life) 10/2011, 815.

29 In practice, traders use illegal means (eg, antedating the moment of the contract conclusion), which is difficult to prove to be taken, in order to suspend the consumer’s right of withdrawal. See J. Calais – Auloy, F. Steinmetz, 128.

30 S. Amrani Mekki, 23.

31 Given that for the exercise of this right is not necessary to prove defect in consent at the moment of conclusion of the contract, nor causal relation between the reasons for withdrawal and conclusion of the contract, i.e., that only requirement for exercise of this right is that consumer changed his mind, the theory points out that consumer is overprotected. See D. Vujisić, 815.

cooling-off period, choose to give up on the performance (conclusion) of the contract, or implicitly, by restraining to exercise his right, to strengthen the concluded contract.³² Given that the contract finally gets in force if consumer restrains from using of his right, there is a legal view in theory that the contract, which provides a right of withdrawal, is formed in stages³³ – at the first stage, content of the contract is determined, and at the second one, its importance.³⁴ If the right of withdrawal is exercised, the contract will cease to have legal effect, and contracting parties will be exempted from their obligations. In case this right is not exercised, with the expiration of the cooling-off period, a contract becomes legally perfect and has absolute (complete, full-scale) legal effect.³⁵ Limitations that have existed (in terms of payment, acquisition of ownership or passing of risk for the goods), after the expiration of cooling-off period, have no effect.

Since the right of withdrawal is a new and original mechanism of consumer protection, the question is whether, as long as this right exists, the contract is concluded, and, if so, at what point is concluded? An answer to this question is given in the Article 12 of the CRD. By analysing this article, two situations need to be distinguished in order to determine the moment of the conclusion of the contract: when the offer for the conclusion of contract was made by trader and when the offer was made by the consumer. In the first case, the contract is concluded at the moment when the interested parties have agreed on the essential elements of the legal transaction, and by exercising the right that belongs to the customer, contracting parties are relieved of their obligations (if they performed their contractual obligations, they are entitled to retrieve everything they have given on the basis of fulfillment of the contract). In the second case, the contract will be concluded if the consumer, within the certain period, decide not to exercise his legal right. Otherwise, the consumer would be relieved from the obligation to conclude a contract. This essentially means that the consumer's statement has the nature of conditional offer, which may lead to the conclusion of the contract under condition that the offerer, after receiving the acceptance of the offer, in due course, does not inform offeree on his intention to withdraw from the contract.

The consumer may exercise the right of withdrawal within 14 days (that period is longer when it comes to conclusion of the life insurance contract at a dis-

32 The consumer's right of withdrawal has nothing in common with the general rules of contract law. Hence it is wrong to make analogies between this right and recall of the offer, in order to determine the legal nature of right and the legal effects it has on the fate of the contract. There are different legal opinions in theory regarding the right of withdrawal: that contract, which provides the right of withdrawal, is concluded under the resolutive condition; that it is concluded under the suspensive condition; that it is not a condition, but rather an original mechanism that separates the act of conclusion from performance of the contract; that it is a contractual clause that allows termination of the contract, but which does not affect the binding effect of the contract, since the party which withdraws only uses his/her right under the contract. See R. Schulze, 892; M. S. Payet, 303 – 305; M. Baretic, 94.

33 In the case when right of withdrawal is provided, a contract is not formed simultaneously by achieving compliance of wills, but rather progressive. See M. S. Payet, 299.

34 D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo* (Introduction to Civil Law), Beograd 1999, 293.

35 R. Baillod, *Le droit de repentir*, *Revue trimestrielle de droit civil* 1984, 236.

tance and it lasts 30 days). The withdrawal period starts when two assumptions are cumulatively met: firstly, it is necessary that the consumer is informed about the right of withdrawal; secondly, depending on the type of contract, the contract needs to be concluded,³⁶ or the goods need to be transferred in the consumer's possession.³⁷

If the seller fails to inform the consumer on his right, the deadline for the withdrawal shall be extended. According to the solution, which was accepted in the CPA with regard to withdrawal from the distance or off-premises contract, the period is practically unlimited, as it begins only after consumer is informed about the right of withdrawal (Art. 35 para. 10). This solution, which is defined according to the position of the European Court of Justice in *Heininger*³⁸ case, does not achieve the necessary legal certainty about the effects of the signed contract. Therefore, it should be expected that courts will follow a different approach, which is adopted in the EU directives, about the maximum length of the extended withdrawal period. Thus, the CRD determines that the extended withdrawal period shall expire 12 months from the end of the initial withdrawal period (Art. 10 para. 1). In the case of time-sharing and ancillary contracts, the CPA (pursuant to the rules of the Directive 2008/122/EC), already contains provision that maximizes the length of the extended withdrawal period to one year and 14 days, calculated from the day of reception of the concluded contract, if the trader fails to enclose a withdrawal form to consumer, or in three months and 14 days, if the trader fails to provide the consumer with all the relevant information in writing, prior to conclusion of the contract (Art. 115).

The statement of withdrawal is deemed to be communicated timely if it was enclosed to the trader before expiry of the withdrawal period, or if the consumer returns the goods they received on the basis of the contract (Art. 35 para. 3 of the CPA). The consumer may enclose withdrawal statement to the trader either on his own words, or using the model withdrawal form which trader handed over to him (Art. 36 para. 2 of the CPA). The withdrawal statement has legal effect from the

36 In cases when a consumer makes an offer for the conclusion of a contract, scholars suggest adoption of legal rules, which would stipulate that the withdrawal period may begin even before the contract is concluded or before the offer is accepted. See H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flessner, M. Ebers, 752.

37 The CRD contains several rules which are used for determining when withdrawal period begins. So, in the case of a service contract, withdrawal period is calculated from the day of conclusion of the contract; in the case of a sales contract, it shall be calculated from the day when consumer acquires physical possession of the goods (in the case of multiple goods ordered by consumer, withdrawal period shall begin on the day on which consumer acquires physical possession of the last good; in the case of delivery of the good consisting of multiple lots or pieces, deadline is calculated from the day on which the consumer acquires physical possession of the last lot or piece; in the case of contracts for regular delivery of goods during defined period of time, withdrawal period starts from the day on which the consumer acquires physical possession of the first good); in the case of contracts for the supply of water, gas, or electricity, where they are not put up for sale in a limited volume or set quality, of district heating or of digital content (for example computer software), which is not supplied on a tangible medium, deadline shall be calculated from the day of the conclusion of the contract (Art. 9 para. 2).

38 Judgement of the European Court of Justice, C – 481/99 from 13/12/2001. See also H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flessner, M. Ebers, 755.

day on which it is dispatched to trader (Art. 35 para. 4 of the CPA). This statement will also have legal effects on ancillary contracts, which are reflected in their automatic termination, without an obligation of consumers to bear any additional costs (Art. 35 para. 4 of the CPA).

The burden of proof that the right of withdrawal have been exercised in timely manner shall be borne by the consumer (Art. 11 para. 4 of the CRD). Therefore, the best way for the consumer to exercise his right of withdrawal is by filling out the model withdrawal form, and sending it through registered letter to the trader. This method provides reliable evidence about the time when the statement was enclosed.

The consumer does not bear any responsibility as a result of exercising the right of withdrawal, except he may be required to pay a certain amount of money that is proportional to the scope of services already provided (responsibility exists only if the consumer was duly informed about that, and if the service is being executed with his consent).³⁹ If consumer, however, fails to exercise the right of withdrawal, he still will not lose the possibility to protect his interests by referring to the general rules of contract law (due to the defect in consent, or defective goods).

In the case of unilateral termination of the contract, the obligation for contracting parties to perform the contract or to conclude it, extinguishes. If parties, however, performed some of their duties during the cooling-off period, which are related to the concluded contract, then certain obligations arise for both consumer and trader.

The trader is obliged, without undue delay, to reimburse all payments received from the consumer, in any event not later than 14 days⁴⁰ from the day on which he is informed of the consumer's decision to withdraw from the contract from the date of receipt of the notice of withdrawal from the consumer contract (Art. 13 para. 1 of the CRD). Trader is not obliged to reimburse the supplementary costs, if the consumer has expressly opted for a type of delivery (e.g. express delivery) other than the least expensive type of standard delivery offered by the trader (Art. 13 para. 2 of the CRD). Furthermore, the trader may withhold the reimbursement until he has received the goods back, or until the consumer has supplied evidence of having sent back the goods, whichever is the earliest (Art. 13 para. 3 of the CRD).

On the other side, the consumer is obliged to send back the goods or hand them over to the trader or to a person authorized by the trader to receive them (unless the trader has offered to collect the goods himself), within fourteen days from the day on which he sent his withdrawal statement to the trader (Art. 37 para. 4 of the CPA and Art. 14 para. 1 of the CRD). Besides that, the consumer is only obliged to bear the direct cost of returning the goods unless the trader has agreed to

³⁹ Art. 7 of the Directive 2002/65/EC concerning the distance marketing of consumer financial services.

⁴⁰ According to the art. 37 paras. 2 and 6 of the CPA that period is 30 days.

bear them or the trader failed to inform the consumer that the consumer has to bear them. In the case of off-premises contracts where the goods have been delivered to the consumer's home at the time of the conclusion of the contract, the trader shall at his own expense collect the goods if, by their nature, those goods cannot normally be returned by post.

While the goods are in possession of consumer, he cannot be held liable for its diminished value (art. 14 para. 2 of the CRD). The risk of accidental loss or damage is borne by trader, because the statement of withdrawal from the contract has retroactive, *ex tunc*, effect.⁴¹ However, if the goods lose their value because consumer used them, and the use was not necessary in order to determine its nature, characteristics and functioning, he will be liable for diminished value of the goods. In other words, the customer is obliged to treat the goods with due care in a manner he would behave if he was in a store (e.g. he can try the shoes, but he cannot wear them). Otherwise, he will be liable for its diminished value.

The consumer's right of withdrawal is not absolute. It is not provided in situations in which that is justified by the circumstances of the case. The CPA (art. 39 and 40) and EU directives (97/7, 2002/65, 2011/83) stipulate numerous exceptions from the right of withdrawal due to following circumstances: the need to coordinate the right and intent of consumer (in the case of service contracts after the service has been fully performed if the performance has begun with the consumer's prior express consent, and with the acknowledgement that he will lose his right of withdrawal once the contract has been fully performed by the trader; or in case of the supply of goods made to the consumer's specifications or clearly personalised), the need to prevent speculative actions (in case of financial services where the price is dependant on the fluctuations in the financial market which cannot be controlled by trader and which may occur within the withdrawal period); the impossibility of *restitutio in integrum* (in the case of supply of goods, which are, after delivery, according to their nature, inseparably mixed with other items or in the case of supply of sealed goods which are not suitable for return due to health protection or hygiene reasons and were unsealed after delivery).

4. CONCLUSION

The link that connects the trader's duty to inform and the consumer's right of withdrawal, are the appropriate statements of these parties, which are essential for the formation and binding effect of the contract. While according to the general rules of contract law a contract is formed, simultaneously with achievement of mutual consent (except when for the validity of legal transaction appropriate approval is required), for the formation of the consumer contracts is required, in addition to the mutual consent, that there is a time period which includes certain time before and after the conclusion of the contract. In the pre-contractual period, the trader is obliged to make a statement of will, which is a prerequisite for the

41 S. Piedelièvre, 191.

proper formation of the contract. Along with that, another requirement for some consumer contracts, in order to be legally perfect and have legal effects without restrictions, is passage of an additional period of time, starting from the day on which the contract is concluded, or from the day when consumer acquired possession of the goods. If, however, within this period (cooling-off period), the consumer decide make an additional statement, statement of withdrawal, by using his statutory right, the contract will cease to have any legal effect, i.e., it will not have any binding effect after the statement was made.

The CPA instead of using the term “right of withdrawal”, uses the term “right to unilaterally terminate the contract”. If we bear in mind that the termination is possible if there is a justified reason, and that in this case the consumer is liberated from the contract without giving any reason, it seems to be more appropriate to incorporate the term “right of withdrawal” into the future consumer law legislation.

Dr Miodrag Mićović

Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

ZAŠTITNA PRAVILA U FUNKCIJI PRODUŽENOG FORMIRANJA POTROŠAČKIH UGOVORA

Rezime

Tradicionalni koncept formiranja ugovora, koji se zasniva na ponudi i prihvatu ponude, saglasnosti volja, u sferi potrošačkog prava je modifikovan zbog potrebe da se potrošačima pruži zaštita, osigura da imaju ravnopravan položaj u odnosu sa trgovcima. Potrošački ugovor ne može da se formira trenutno, u momentu postizanja saglasnosti volja. Potrebno je da postoji vremenski interval koji počinje da teče pre nego što ugovarači usaglase svoje volje, a završava, u nekim slučajevima, nakon toga, po proteku određenog roka. U prvom delu ovog intervala trgovac čini predugovornu izjavu volje, koja je uslov za valjanost formiranje ugovora, a odnosi se na podatke o kojima je dužan da obavesti potrošača. U drugom delu vremenskog intervala, roku za razmišljanje, potrošač ima pravo da odustane od ugovora (daje negativnu izjavu) ili da, nevršenjem svog prava (ne daje nikakvu izjavu), sa istekom tog roka osnaži zaključeni ugovor. Tada ugovor postaje u potpunosti pravno perfektan. Ako se imaju u vidu i drugi elementi, pored saglasnosti volja, može se govoriti o novom konceptu, konceptu produženog formiranja potrošačkih ugovora.

Ključne reči: potrošač, trgovac, pravo na odustanak, ugovor, rok.

Mr Marijana Lončar Velkova

Magistar javne politike i menadžmenta, Predsednik Organizacije Potrošača Makedonije

Dr Jadranka Dabović Anastasovska

Redovni profesor, Pravni Fakultet "Justinijan I" Univerziteta „Svetog Kirila i Metodija“ Skopje

NEPOŠTENA POSLOVNA PRAKSA Iskustva EU u primeni Direktive 2005/29/EC

Rezime

Autori ovog rada imaju za svoj cilj da analiziraju određena rešenja i definicije sadržane u Direktivi br.2005/29/ EC od 11 maja 2005 godine¹, da se ukratko osvrnu na praksu primene ove Direktive u zemljama EU u proteklom periodu i da ponude u zaključnom delu određene aktivnosti za jačanje prava potrošača, posebno za zaštitu potrošača od nepoštene poslovne prakse u zemljama u regionu.

Rad je podeljen na deo u kome se najpre govori o teorijskim aspektima načela savernosti i poštenja, drugi deo rada posvećen je opsegu Direktive, zatim su prezentovane definicije nepoštene poslovne prakse, dok je u trećem delu dat je kratak osvrt na očekivane probleme prilikom transponovanja, implementacije Direktive u EU i dat pregled aktivnosti za jačanje primene Direktive, a u petom delu preporuke za jačanje primene Direktive u zemljama u regionu.

Za izradu rada korišćena je studija Evropske komisije za primenu ove Direktive koja ima dva dela i u kojoj su implementirani finalni izveštaji o implementaciji zemalja članica EU iz 2011 godine.

Ključne reči: potrošač, trgovačka praksa, nečasna poslovna praksa, prevarna poslovna praksa, agresivna poslovna praksa.

¹ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (skraceni naziv: Unfair Commercial Practices Directive), koja je objavljena u *Official Journal of the European Union* L 149/22, 11.6.2005.

1. NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA

Moderna Direktiva 2005/29/ EC za zaštitu potrošača od nepoštene poslovne prakse predstavlja nadogradnju u pravcu detaljnijeg i jasnijeg definisanja načela savesnosti i poštenja. Još se iz vremena Rimskog prava zahtevalo da se učesnici u prometu robe i usluga ponašaju u skladu s načelom savesnosti i poštenja.

Pojmovi „savesnost“ i „poštenje,“ postoje još kako smo naglasili iz vremena Rimskog prava. Oni su u stvari izvedeni iz izraza: „Fides“ i „Bona“, za kojih se, u slobodnoj interpretaciji, može reći, da označavaju „vernost“, odnosno „održavanje date reči.“ Suprotan je izraz „*Mala fides*“, shvaćen u smislu „*Dolus*“ („krivica“).

Koliko, u suštini, ovo načelo ima značajno mjestu u pravo, uzeto kao njegov vrednosni odnosno moralni kriterijum potreban za pravilno presuđivanje pri primeni odredbi objektivnog prava, posebno onih iz njegovog prometnog dela, govori i činjenica da ono, još iz davnina do današnjeg dana, nalazi svoj izražaj u pravu. Poseban značaj ovo načelo dobija u pravnim kodeksima iz XIX-tog veka, i njega zadržava do danas. Ali, ne samo to. Ovo načelo, zbog već iznetih razloga, srećemo i u međunarodnim pravnim aktima, ali i u vaninstitucionalnim modelima takvih akata.²

Nepoštena poslovna praksa ne mora da je uvek taksativno uokvirena u određenom pravnom propisu, pošteno i savesno ponašanje trgovca ima i moralnu dimenziju. Kako bi definisali šta je nepoštena poslovna praksa u ovom radu polazimo od opšte obaveze da se subjekti moraju ponašati u saglasnosti s načelom savesnosti i poštenja pre i za vreme trajanja njihovih obligacionih odnosa. Kada je reč o potrošačkom pravu uvek moramo da budemo svesni da su odnosi koji nastaju između potrošača i trgovca obligacionopravne prirode. Zato i u ovom radu najpre polazimo od načela savesnosti i poštenja kao šireg ili *generalis* izvora za uređenje potrošačkih odnosa. Prisustvo moralnosti u okviru ovih principa ukazuje na dve stvari: prvo, na bliskost prava i morala i drugo, da pravo nije uvek pogodan i dovoljan instrument za uređenje svih društvenih

² U tom smislu vidi: član 1134 i 1135 i naročito član 1152. Novele iz 1975 francuskog Gradanskog zakonika; paragraf 914. noveliranog teksta austrijskog Gradanskog zakonika; paragraf 13. srpskog Gradanskog zakonika; član 785. Imovinskog zakonika Crne Gore; paragraf 242. nemačkog Gradanskog zakonika; član 1134-1135, 1337, 1366 i 1375. italijanskog Gradanskog zakonika; član 6, Knjiga 6, holandskog Gradanskog zakonika; tačka 19. iz definicija Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD-a; član 6, stav 2 ruskog Gradanskog zakonika iz 1994-2001; član 12 ZOO-a SFRJ iz 1978 godine; Uzansa 3. iz Opštih uzansi o prometu iz 1954, donete od strane Glavne arbitraže, preimenovane kasnije u Vrhovni privredni sud SFRJ. Od međunarodnih pravnih akata upućujemo na sledeće: član 6. Konvencije ugovora o međunarodnoj prodaji robe iz 1980-te; član 4. stav 1. UNIDROIT Konvencije o trgovačkom zastupanju u međunarodnoj prodaji robe iz 1983; član 4(1) Konvencije o faktoringu; član 1(1) Konvencije o međunarodnom finansijskom lizingu; član 7(1) Konvencije (Ujedinjenih Nacija) za prenos potraživanja u međunarodnoj trgovini iz 2001. U pogledu vaninstitucionalnih pravnih akata izdajamo Principe evropskog ugovornog prava (Lando načela) i iz njih član 1.201, član 1.102, član 4.103, član 4.107, član 4.109, član 4.119, član 4.115, član 4.117, član 4.118 stav 1 i 2, član 5.102 stav 1, tačka g., član 6.102 i dr.

odnosa. Ono što je nemoguće učiniti pravom, postaje moguće pri inkorporiranju u jednu celinu pravnog, moralnog i, rekli bi, psihičkog. Inkorporiranost ovih triju, u osnovi različitih kategorija dovodi nas do jednog od najznačajnijih načela prava ali i šire: načela savesnosti i poštenja.

Ovo načelo, u osnovi, ima funkciju dopune pravnih normi, a po potrebi i korigovanje istih, da bi ih na taj način saobrazilo sa moralnim imperativima društvene zajednice. Pri tom, potrebno je ukazati da se u ovom slučaju susrećemo sa načelom koje nije „gotov šablon koji sudija primenjuje na konkretno datu faktičnu situaciju“. Naprotiv, moglo bi se reći da savesnost i poštenje, „predstavlja blanketnu normu sa čijom pomoći se na konkretnu faktičku situaciju primenjuju drugi društveni principi pravnog poretka i etičkih maksima“³. Pri tom, kada se radi o obligacionom pravu i posebno njegovom ugovornom delu, savesnost i poštenje, u njegovom okviru postoji onda kada određeni učesnik u obligacionom odnosu svojim ponašanjem nije imao nameru da povredi interes drugog učesnika iz tog odnosa, niti je znao ili je mogao znati da se tim ponašanjem vrši povreda datog interesa, odnosno prava. Iz ovog jasno proizlazi da se u ovom slučaju govori o kategoriji koja je po svojoj suštini unutrašnja psihička pojava jednog, drugog ili istovremeno oboje učesnika u obligacionom procesu. Ali, nezavisno od toga, ona se ne ceni pojedinačno, a to znači od konkretnog ponašanja svakog učesnika, nego prema tome da li je učesnik postupao u skladu sa potrebnom pažnjom koja se od njega traži u određenom odnosu ili, drugačije rečeno, da li je postupao shodno određenom standardu. Savesnost i poštenje, utvrđeno na ovaj način, se u velikoj meri objektivizira i kao takvo postaje pogodan kriterijum za uređenje, a u slučaju spora i razrešavanje svih spornih pitanja iz datog obligacionog odnosa. To dalje, sa svoje strane znači i obezbeđenje višeg stepena pravne sigurnosti subjekata iz tog odnosa, a i šire. Ovo poslednje, predstavlja njegovu posebnu vrednost koja, zajedno sa drugim njegovim funkcijama, čini više nego potrebno njegovo postojanje u okviru robne ekonomije.

Republika Srbija i Republika Makedonija imaju veoma sličan istorijski razvoj i veoma ujednačene pravne izvore za uređivanje privatno pravnih, a posebno obligaciono pravnih odnosa. Načelo savesnosti i poštenja uređeno je u Zakonu o obligacionim odnosima Republike Srbije i Zakonu o obligacionim odnosima Republike Makedonije

Zakon o obligacionim odnosima podiže savesnost i poštenje na rang jednog od svojih osnovnih načela. To radi na način što u svom članu 5. ili članu 12. izričito kaže: „U zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa učesnici su dužni da se pridržavaju načela savesnosti i poštenja“. Pored ove načelne odredbe, postoje i druge odredbe u Zakonu o obligacionim odnosima, koje na jedan ili drugi način upućuju na savesnost i poštenje⁴ što sa svoje strane

3 Vid: D. Stojanović, *Savesnost i poštenje*, Savremena administracija, Beograd 1973, 7 – 8.

4 Kao primere za ovo vid. ZOO RM članove: 47, 49, 53, 66/4, 125, 79, 85, 100,107, 112, 211, 213, 212., 203, 215, 228, 253, 431, 508, 577, 584, 636, 718, 739, 770, 779, 807, 832, 853, 874, 882, 888, 924, 988 i član 1088.

govori o tome koliki značaj zakonodavac pridaje ovom načelu i o tome koliki je njegov opseg i dejstvo u pravu.⁵

2. OPSEG DELOVANJA DIREKTIVE

Direktiva br. 2005/29/EC od 11. maja 2005. godine u vezi sa nepoštenom poslovnom praksom trgovaca prema potrošačima daleko je ambicioznija od prethodnih direktiva u vezi sa pojedinim oblicima ispoljavanja nepoštene poslovne prakse⁶. Ona donosi na komunitarnom nivou opšta i posebna jednoobrazna pravila kojima se utvrđuju nekorektni postupci trgovaca prema potrošačima koji mogu imati bitan uticaj na donošenje njihovih odluka u vezi sa kupovinom proizvoda. U Direktivi je normirana opšta klauzula o nepoštenim poslovnim postupcima (čl. 5), pravila o posebnim oblicima nekorektnih poslovnih postupaka kojima se smatraju prevarne poslovne radnje (čl. 6), prevarni poslovni propusti (čl. 7) i agresivni poslovni postupci (čl. 8 i 9), kao i pravila o zaštiti potrošača od nekorektnih poslovnih postupaka (čl. 11-13). Direktivom se za udruženja trgovaca, prema terminologiji Direktive, donosiocima kodeksa poslovne prakse predviđa odgovornost i primena sankcija za slučaj da podstiču Direktivom zabranjenu nepoštenu poslovnu praksu svojih članica. Direktiva je namenila posebnu ulogu poslovnim kodeksima utoliko što je propisala da države članice moraju za poslovne kodekse da propišu odgovarajuću ulogu, odnosno način na koji će oni i donosioci kodeksa imati u doslednoj primeni principa ove Direktive i otklanjanju nekorektnih poslovnih postupaka članica donosioca kodeksa. Direktiva poslovne kodekse posmatra kao sistem etičkih ili drugih posebnih (npr. tehničkih profesionalnih, tj. standardnih) pravila kojima se propisuju očekivani postupci ili zabranjuju određeni postupci, propusti, način poslovanja ili predstavljanja, komunikacija koja obuhvata reklamiranje i marketing trgovca direktno povezan sa promocijom, prodajom ili isporukom proizvoda potrošačima.

Direktiva 2005/29/EC se zasniva na principu potpune ili maksimalne harmonizacije nacionalnog prava sa evropskim, sa ciljem da obezbedi visoki nivo zaštite potrošača u svim sektorima i da deluje kao bezbednosna mreža, koja dopunjuje praznine u pravnoj regulativi u slučajevima kada posebnim propisima nije obuhvaćena nepoštena poslovna praksa. Prema pomenutoj Direktivi, države Evropske unije mogu imati dopunska i restriktivnija pravila koja regulišu nepoštenu poslovnu praksu kada su u pitanju zaštita zdravlja, bezbednost proizvoda i zaštita životne sredine. Takođe, Direktiva ne utiče na pravo države članice da ide dalje u regulisanje oblasti finansijskih usluga i nepokretne imovine, u cilju zaštite ekonomskih interesa potrošača (zato što finansijske usluge i nepokretna imovina zbog svoje složenosti i ozbiljnih rizika, zahtevaju detaljno regulisanje).

⁵ Više o ovom načelu vid.: O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2009, 39-43; J. Salma, *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2007, 152-160; G. Galev, „Načelo savjesnosti i poštenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta sveučilšta u Rijeci* br. 3/2003, 223-236; G. Galev, J. Dabović Anastasovska, *Obligaciono pravo*, Skopje 2009, 73-95; D. Stojanović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga prva, Novi Sad 1980, 107-131.

⁶ D. Zlatović, „Nova Smjernica EU o nepoštenom tržišnom natjecanju“, *Hrvatska pravna revija* br. (3)/2006, 48-59.

Veliki se značaj pridaje ovoj Direktivi u pogledu podizanja nivoa zaštite potrošača, iz razloga što se njenom primenom zabranjuje nepoštena poslovna praksa, uvode se mehanizmi kojima se sprečava obmanjivanje potrošača radnjama ili propuštanjima, kao i agresivne prodaje. Istovremeno, Direktivom se uspostavljaju i obaveze trgovaca u pogledu njihovih tvrdnji koje trebaju biti jasne, pravovremene i sadržajne u cilju da se omogući da potrošači naprave pravilan izbor.

Direktiva ne deluje na pravne propise kojima se povređuju isključivo ekonomski interesi konkurenata, kao i na propise koje se odnose na transakcije između trgovaca. U ovom smislu Direktiva ne uređuje odnose između biznis operatora, odnosno ne odnosi se na B2B (*business to business*) poslovnu praksu.

Isto tako Direktiva se ne odnosi na tržišno ponašanje usmereno na investitore, kao i na na kampanju za kupovinu domaćih proizvoda, niti obuhvata pravne uslove u vezi dobrog ukusa i pristojnosti (koji se mogu prilično razlikovati među državama članica), a ne odnosi se i na trgovinu i otkup zlata.

2.1. Poslovno ponašanje od strane poslovnih subjekata prema potrošačima - poslovna praksa

Poslovno ponašanje je svaka radnja, propuštanje, način ponašanja ili predstavljanja, poslovna komunikacija, uključujući oglašavanje i stavljanje proizvoda na tržište, neposredno povezana sa promocijom, prodajom ili isporukom proizvoda potrošaču od strane trgovca.

Značajno narušavanje poslovnog ponašanja (poslovne prakse) postoji kada se koristi sa ciljem da značajno onemogući sposobnost potrošača da donese odluku zasnovanu na prethodnoj informaciji, te na taj način dijeluje da potrošač donese odluku o pravnom poslu, koju inače ne bi doneo. U saglasnosti sa navedenim, nepoštena poslovna praksa je suprotna zahtevima profesionalne pažnje a istovremeno bitno utiče ili je verovatno da će bitno uticati na ekonomsko ponašanje *prosečnog potrošača* koji je tom delovanju izložen, ili *prosečnog člana grupe potrošača* (kada je poslovna praksa usmerena na posebnu grupu potrošača).

Prema Direktivi postoji *opšta odredba koja zabranjuje nepošteno poslovno ponašanje*, takozvana „*umbrella provision*”, koja ima za cilj da obuhvati sve vidove poslovnog ponašanja koji se smatraju nepoštenim. Prema Direktivi utvrđene su dve osnovne kategorije nepoštenog poslovnog ponašanja:

- *Prevarna-obmanjuća poslovna praksa*
- *Agresivna poslovna praksa*

2.1.1. Prevarna poslovna praksa

Poslovna praksa smatra se obmanjujućom ukoliko *sadrži informacije koje je čine neistinitom*, ili *na drugi način obmanjuje ili je verovatno da će obmanuti prosečnog potrošača*, čime ga navodi ili je verovatno da će da ga navesti da donese

odluku o poslu koju inače ne bi doneo. Brojni se primeri mogu navesti u pogledu poslovne prakse koja *sadrži informacije što je čine neistinitom, kao što su tvrdnje o besplatnim kreditima* (dok potrošači moraju da plate dopunske administrativne troškove koji nisu bili pomenuti), ili ponude sa hotelskim smeštajem sa direktnim pogledom na more, a potrošač dobije sobu sa pogledom na planine, ili primeri gde se nude brend novi modeli, a radi se o starom modelu od prošle godine, i drugi primeri koji su sve češći u svakodnevnoj prodaji proizvoda i usluga⁷.

Slučajevi kada se smatra da poslovna praksa *na drugi način obmanjuje ili je verovatno da će obmanuti prosečnog potrošača*, mogu se sagledati kroz brojne primere, kao na pr. kod ponude IT opreme kada se u ponudi od strane trgovca ističe da potrošači dobijaju poslednju tehnologiju za malu sumu, ali se ne pominje da trebaju zaključiti ugovor na 24 meseca, što im se saopštava tek u momentu potpisivanja ugovora, ili kada se kod tarifa za mobilne telefone ističe jedna neto cena, a nekoliko dopunskih troškova napisano je malim slovima, ili kada su u pitanju izjave kod popusta do 70 ili 80% dok se isti odnosi na samo mali deo proizvoda

a) Obmanjujuće aktivnosti

Pod obmanjujućim aktivnostima podrazumevaju se lažne informacije koje obmanjuju ili je verovatno da će obmanuti prosečnog potrošača u pogledu:

- Postojanja proizvoda, kod npr. kupovine apartmana unapred, a on je još uvek u izgradnji;
- Priroda proizvoda: kao npr. cveće prodato za vrt, a ustvari radi se o sobnom cveću, ili upotrebljen proizvod prodat kao nov;
- Dostupnost, korist od proizvoda, kao npr. kod neverovatnih tvrdnji o gubitku kilograma ili potpunog sprečavanja opadanje kose, ili poboljšanje seksualnih sposobnosti, ili oslobađanje bolova;
- Rizike prilikom korišćenja proizvoda, kao npr. da se radi o proizvodu bez opasnosti a potrebne su striktno instrukcije za upotrebu;
- Način izrade, sastav kao što su tvrdnje da je *“hand made“* a proizvod nije tako proizveden, proizvod bez šećera, konzervansa i sl., a što nije tačno;
- Pomoć koja se pruža potrošačima posle prodaje, kao npr. izjave o 24 časovnoj podršci, a ista ne postoji;
- Postupanje po prigovorima, kao što su izjave o besplatnoj popravci proizvoda, dok treba platiti prevoz;
- Način i datum proizvodnje ili nabavke, kao što su tvrdnje da je proizvod *“bio“*, ili da štiti okolinu, odnosno takozvane *“Healthy / Environment claims“*.

7 J. Riley, “United Kingdom: The Unfair Commercial Practices Directive What Does It All Mean?”, *Lawrence Graham’s Smart Law Newsletter*, March 2007, 2.

- Isporuku, podobnost za ostvarivanje cilja, način korišćenja, količina, specifikacija, geografsko ili tržišno poreklo, rezultati koji se očekuju od njegove upotrebe ili rezultati i bitni pokazatelji ispitivanja ili provera sprovedenih na proizvod, dok te informacije nisu tačne.

Pod obmanjujućim aktivnostima takođe se smatra, bilo koji oblik stavljanja proizvoda na tržište, uključujući i komparativno oglašavanje koje otežava razlikovanje tog proizvoda od drugih proizvoda, žigova, trgovačkih naziva ili drugih znakova za raspoznavanje konkurenata na tržištu. Istovremeno, obmanjujuću aktivnost predstavja i nepoštovanje obaveza, od strane trgovca, koje proizilaze iz kodeksa koji ga obavezuje, pod pretpostavkom da ta obaveza ne predstavlja samo nameru već je reč o čvrstoj obavezi koju je moguće proveriti, a pod pretpostavkom da je trgovac u okviru poslovne prakse naznačio da je vezan tim kodeksom.

b) Prevarna propuštanja

Prevarna propuštanja javljaju se u onim slučajevima kada trgovac propušta da pruži važne informacije (obaveštenja) koja su potrebna prosečnom potrošaču za donošenje odluke o pravnom poslu i time ga navede ili je verovatno da će da ga navesti da donese odluku o pravnom poslu koju inače ne bi doneo. Takođe, obmanjuća propuštanja postoje kada trgovac skriva važne informacije ili pruža nejasna, nerazumljiva, dvosmislena ili neblagovremena obaveštenja.

Smatra se da odluka potrošača treba biti doneta na osnovu verodostojnih informacija i obaveštenja.

Direktiva uređuje koje će se informacije smatrati važnim za potrošače, kao što su:

- osnovna obeležja proizvoda;
- sedište i identitet trgovca;
- cena proizvoda, način na koji će cena biti izračunata, dodatni poštanski troškovi i troškovi prevoza i dostave;
- uslovi plaćanja, dostave, drugi elementi ispunjenja ugovora, kao i sistem rešavanja prigovora potrošača, ako ti elementi odstupaju od zahteva profesionalne pažnje;
- postojanje prava na raskid ili otkaz ugovora.

2.1.2. Agresivna poslovna praksa

Poslovna praksa smatra se agresivnom ukoliko se u određenom slučaju, uzimajući u obzir sva obeležja i okolnosti slučaja, vrši uznemiravanje, prinuda, uključujući fizičku silu ili pretnju kao i nedopušten uticaj, koji u bitnoj meri umanjuju ili je verovatno da će umanjiti slobodu izbora ili postupanja prosečnog potrošača u odnosu na proizvode, čime se potrošač navodi ili je verovatno da će se navesti da

doneše odluku o pravnom poslu koju inače ne bi doneo. Nedopušteni uticaj označava iskorišćavanje položaja jače strane nasuprot potrošača sa primenom pritiska, pa i bez upotrebe fizičke snage, na način kojim se bitno ograničava sposobnost potrošača da donese racionalnu odluku.

Neki od primera iskorišćavanja položaja jače strane su poznata kao kada se deca prinuđuju da kupe određene reklamirane proizvode ili kada se preko reklame proizvoda navode da podstiču roditelje da im kupe taj proizvod; iznenadno zaustavljanje za vreme ekskurzije organizovane za starija lica pred prodavnicama i izlozima sa ciljem da ih navedu da kupe proizvode, što nije u saglasnosti sa ciljem ekskurzije.

Agresivna poslovna praksa koja se kao takva smatra u svim okolnostima, prepoznaje se u sledećim slučajevima:

- oglašavanje kojim se direktno obraća deci da kupuju ili da nagovore svoje roditelje ili druga punoletna lica da im kupe oglašavani proizvod;
- zahtevanje plaćanja proizvoda odmah, plaćanja na rate, vraćanja ili čuvanja proizvoda koji potrošač nije naručio;
- direktno obaveštavanje potrošača da će posao ili opstanak trgovca biti ugroženi ako potrošač ne kupi proizvod;
- lažno predstavljanje da je potrošač osvojio, ili da će osvojiti, bezuslovno ili uz ispunjenje određenog uslova, određenu nagradu ili neku drugu korist, ako ta nagrada ili druga korist nije predviđena, odnosno kada je u stvarnosti preduzimanje bilo kakve radnje usmerene na ostvarivanje te nagrade ili druge koristi uslovljeno određenim plaćanjem od strane potrošača ili potrošaču uzrokuje troškove.

Direktivom su utvrđeni i taksativno nabrojani postupci koji predstavljaju obmanjujuću poslovnu praksu u svim slučajevima, što je poznato kao „crna lista“ nepoštenih poslovnih postupaka.

3. OČEKIVANI PROBLEMI PRILIKOM TRANSPONOVANJA, IMPLEMENTACIJE U EU I DALJE JAČANJE PRIMENE DIREKTIVE

Prilikom transponovanja i primene Direktive od strane stručne i ekspertske javnosti, bili su izneti pretpostavljeni problemi koji će se najvjerojatnije javljati kod tumačenja odredbi koji definišu dobar ukus i pristojnost (a koje se razikuju od zemlje do zemlje), transponovanje takozvane crne liste (*Annex I, Directive 2005/29/EC*), transponovanje odredbi koje se odnose na „profesionalnu pažnju“, očekivani problemi kod tumačenja termina „prosečni potrošač“, kao i odnos ove Direktive sa ugovornim pravom država članica.

Svakako da efikasna primena Direktive može biti postignuta pomoću interpretacije Evropskog suda pravde - ESP⁸, što jeste proces koji može dugo potrajati, zasnovan na saradnji između nacionalnih sudova i ovog suda. Nacionalni se sudo-

⁸ *European Court of Justice (ECJ)*.

vi obraćaju ESP kada donose odluke u određenim slučajevima, za tzv. *preliminary ruling* (što je odluka ESP o interpretaciji prava Evropske unije).

Uloga ESP je da obezbeđuje da se evropska legislativa interpretira i primenjuje na isti način u svim zemljama članicama, što je naročito značajno i za ovu Direktivu. Presude imaju dokazani pozitivni učinak u kvalifikovanju opštih pitanja koja se tiču odnosa ove direktive sa nacionalnom legislativom, kao i po pitanjima interpretacije specifičnih odredbi. Pri tome, ESP ima jurisdikciju da donosi preliminarne odluke u slučajevima kada se interpretiraju a) Ugovori EU; b) akti institucija, tela i sl.

Kada se određeno pitanje postavi pred sud ili tribunal zemlje članice, onda se sud ili tribunal mogu obratiti ESP i tražiti da se izjasni po konkretnom pitanju.⁹

3.1. Izjašnjavanje u pogledu primene ove Direktive od strane Evropske organizacije za zaštitu potrošača – BEUC

U odnosu na očekivane probleme prilikom primene Direktive, može se reći da su isti detektirani od strane *Evropske organizacije za zaštitu potrošača – BEUC*¹⁰, koja navodi da:

- Prethodne nepoštene poslovne prakse koje su bile zabranjene na nacionalnom nivou nisu uključene u Aneks direktive - Crna lista (kao npr. na polju promotivnih prodaja);
- Postoji problem kod definisanja prosečnog potrošača. Saglasno Direktivi “prosečni potrošač je neko ko je dobro obavešten, dovoljno pažljiv i brižan” što uvek ne korespondira sa realnoću i ponašanjem većine potrošača.
- Postoji problem potrošača koji se tretiraju kao ugroženi, pri čemu BEUC ističe potrebu da se prilikom definisanja koncepta ugroženosti uzme u obzir socijalna i ekonomska realnost kao i način na koji potrošači prave izbor prilikom kupovine. Izbor potrošača definisan je kroz ličnu (emotivnu), ekonomsku (prihodi, nasleđe i sl.), i socijalnu (kulturnu, edukativnu) pozadinu ili je uslovljen različitim nivoom ugroženosti.
- Još uvek postoji *problematičan odnos Direktive sa ugovornim pravom*, naročito u odnosu na mogućnosti da se dobije obeštećenje u slučajevima kada je ugovor zaključen kao posledica nepoštene poslovne prakse.

U svakom slučaju specifična pravila za nepoštenu praksu trebalo bi da se primenjuju kod finansijskih usluga i isti trebaju biti utvrđeni na nacionalnom nivou kao i u okviru evropske legislative (npr. nepoštenu reklamiranje kod Direktive o kreditima za nekretnine, stambene hipotekrane kredite i sl).

⁹ G. Grassie, “EU Directive on unfair commercial practice – a UK perspective”, *Jornal of Intellectual Property Law & Practice*, 1/2006, 108.

¹⁰ BEUC, *BEUC draft position paper on the European Commission’s Communication on the application of the unfair commercial practices directive* (COM(2013) 138 final).

Radi bolje primene Direktive, BEUC ističe da je *potrebno da se potrošačke organizacije uključe u podsticanju i jačanju njene primene preko različitih sredstava, ali najčešće preko iniciranja sudskih postupaka, traženja izricanja mera, ili preko saradnje sa nacionalnim državnim organima*. Primera radi, potrošačke organizacije mogu identifikovati kolektivni problem potrošača usled individualne žalbe (kada potrošač traži savet) i kada treba početi pregovore sa kompanijom (preko dostave dopisa od strane potrošača).

Dalje se navodi da je *potrebno inicirati projekte za jačanje primene zakona o zaštiti potrošača (kao npr. Consumer Law Enforcement Forum (2007 - 2009) ili Consumer Justice Enforcement Forum (2011 - 2013) koji su se etablirane kao platforme sa diskusiju i mogućnosti bolje primene prava EU u delu o zaštiti potrošača*.

U smislu uloge EU, navodi se kao primer korišćenje i koordinacija CPC mreže saglasno Uredbi o saradnji u zaštiti potrošača (*Regulation EC 2006/2004 on Consumer Protection Cooperation*) između nacionalnih tela i preuzimanje zajedničkih kontrolnih akcija po različitim sektorima preko takozvanih "sweeps" – zajedničkih akcija.

U svakom slučaju potreban je integrisani pristup javnih i državnih kao i privatnih tela preko primene različitih mera za jačanje primene Direktive. U takvim slučajevima javna i državna tela takođe mogu učestvovati u rešenju konflikta, ili će konflikt završiti na arbitraži, odnosno ako se ne nađe vansudsko rešenje, na sudu.

3.2. Dva najnovija dokumenta Evropske Komisije su Komunikacija¹¹ i Izveštaj¹² o primeni ove Direktive od 14.3.2013

Komunikacija o primjeni Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi, daje osnovne zaključke donete na osnovu inicijalnog perioda i iskustva kod primene ove Direktive i preporučuje aktivnosti koje su potrebne da bi se maksimizirale koristi od ove direktive u smislu jačanja jedinstvenog tržišta i zaštite potrošača.

Positivni aspekti primene uočeni su u izgradnji većeg poverenja u jedinstveno tržište, a poslednja statistika otkriva da su potrošači u EU sada više zainteresovani za prekograničnu kupovinu nego u 2006. godini, kada ova Direktiva nije bila transponovana u zemljama EU.¹³

Direktiva je bila široko korišćena na prekogranične slučajeve. Skoro u 50% slučajeva ostvarena je zajednička podrška preko CPC mreže u poslednjih 5 godina (traženje informacija, opasnosti i primene).

11 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of the unfair commercial practices Directive.

12 Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee.

13 Eurobarometer 332: *Consumers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection*, May 2012.

Ove akcije za nadzor tržišta “*surveillance actions - sweeps*” koje su preduzete od strane CPC mreže odnosile su se na digitalne proizvode; usluge web strana koje prodaju avio karte; online servisne usluge za mobilne telefone; web strane koje prodaju elektronske proizvode za potrošače, i sl. Akcije su koordinirane od strane Evropske komisije preko nacionalnih organa nadležnih za zaštitu potrošača u zemljama članicama (uključujući Norvešku i Island), a sprovode se koordinirano od strane nadležnih organa za nadzor tržišta, koji proveravaju na stotine sajtova u određenom sektoru u datom vremenskom periodu radi provere kako su prekršena prava potrošača. Posle izvršenih akcija i utvrđenih nepravilnosti, nadležni kontaktiraju operatora i traže da se usaglasi sa zakonom. Oni koji se ne koriguju bivaju kažnjeni ili se njihov web sajt zatvara.

Ključni prioriteti prema ovom dokumentu odnose se na: maloprodaju (uključujući i e-commerce), putovanja i transport, finansijski sektor, digitalnu ekonomiju, energetiku i održivost kao prioritete oblasti. Takođe se navodi i potreba pojačanja primene zakonske regulative na nacionalnom nivou i ponovo intenziviranje kontrole u prekograničnim kupovinama. Efikasna saradnja i koordinacija EK sa nacionalnim telima, potrošačkim organizacijama i biznis operatorima ostaje i dalje prioritet. Prema Evropskoj komisiji, trebalo bi da se obezbedi potpuna usaglašenost nacionalne regulative sa ovom Direktivom, kao i provera stanja u pogledu primene pravila u praksi i definisanje korektivnih akcija tamo gde je potrebno, iz razloga što su postojeće analize utvrdile da još uvek u nekoliko zemalja EU postoje veće razlike između nacionalnih zakona i Direktive. Potrebno je dalje razvijati smernice za podršku i jačanju primene Direktive u nacionalnom zakonodavstvu, uključujući sve zainteresirane strane, unapređivanje postojeće, nadgradnja i stvaranje baze podataka o primeni ove Direktive kao i unapređenje saradnje između administrativnih i drugih tela za zaštitu potrošača u zemljama članicama.

U daljem jačanju primene Direktive, Evropska komisija preduzeće mere koje se odnose na:

- *Uvođenje tematskih radionica između nacionalnih tela i sudskih organa;*
- *Jačanje efikasnosti CPC- mreže i dalja promocija “sweeps” akcija;*
- *Podrška zemljama članicama u obezbeđenju efektivne primene Direktive preko daljeg razvoja Smernica - Guidance document i primjeri najbolje prakse kod zemalja članica;*
- *Razvijanje indikatora za proveru primene i za utvrđivanje saradnje između zemalja članica prilikom primene Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi, radi pravovremenih istraga i korektivnih mera;*
- *Uključivanje drugih ključnih sektora: putovanja i transport; digitalna / on-line prodaja; trvdnje o zaštiti životne sredine; finansijske usluge; nepokretna imovina.*

U svim ovim oblastima uzeće se u obzir interesi ugroženih potrošača (naročito starija lica i deca).

4. ZAKLJUČCI I PREPORUKE

U zemljama u regionu u Republici Srbiji, Republici Makedoniji, Crnoj Gori kao i u novoj članici EU Republici Hrvatskoj primenjuju se još uvek zakoni o obligacionim odnosima koji sadrže načelo o savesnosti i poštenju, kojeg se moraju pridržavati svi učesnici u prometu. U svim zemljama postoje nacionalni zakoni o zaštiti potrošača¹⁴ gde je transponovana i Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi. Ipak, potrošači iz ovog regiona još uvek nisu u potpunosti dovoljno edukovani o svojim pravima i tek će retki podneti prigovor nadležnima, bilo da je reč o prigovoru koji se podnosi unutar samog poduzeća/prodavca proizvoda ili usluge, odnosno o prigovoru koji je upućen uredu državnog inspektorata, ili drugih nadležnih organa. Problem je i u nedovoljnoj informisanosti samih potrošača o njihovim pravima, pa shodno tome vrlo često zbog nepoznavanja prava potrošači poštovanje istih i ne traže. Za razliku od ove situacije, potrošači u EU znaju za svoja prava žele da ih koriste pri kupovini proizvoda i krišćenju usluga, kako u svojoj zemlji tako i kada se radi o prekograničnoj trgovini.

Finalni izveštaj projekta koji se sprovodio pod Specifičnim programom¹⁵ gde se obrađuju praktični slučajevi nepoštene poslovne prakse, ali i koordinirane akcije u drugim oblastima potrošačkog prava ukazuje na brojne akcije gde su se u prepoznavanju kršenja potrošačkih prava uključivali ne samo državni organi nego i organizacije potrošača. Jedan od takvih primera koordinirane akcije je slučaj kada je kod reklamne prodaje kompanija *Apple* prekršila odredbe evropskog potrošačkog prava na nacionalnom nivou zemalja članica, osobito odredbe Direktive 2005/29/EC o nepoštenoj poslovnoj praksi, Direktive 99/44/EC o prodaji robe potrošačima i Direktive 1993/13/EEC o nepoštenim ugovornim odredbama. *Apple* je reklamirao jednogodišnju limitiranu garanciju od strane proizvođača, koja je u suštini obmanjivala potrošače u odnosu na njihovo pravo na dvogodišnju garanciju kao minimum. Istovremeno je *Apple* promovisao mogućnost produženja garancije, preko prodaje plana za zaštitu (*Apple Care Protection Plan*) za šta su potrošači trebali da plate izvesni deo novca za zaštitu koja im svakako pripada na osnovu zakona (pravo da se proizvod popravi ili zameni u slučaju nepravnosti za vreme od dve godine perioda garancije).

Proučavanje ovog i drugih slučajeva obrađenih u pomenutom projektom dokumentu navodi nas na konstataciju da su potrošačke organizacije i nadležni organi zemalja u našem regionu koje nisu članice EU ostale po strani, a da su akcije koje su se preuzimale na nivou organa EU zaštitile potrošače ovih zemalja, ali ne i potrošače u zemljama koje nisu članice EU.

14 Službeno glasilo u Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 79/07, Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača, *Narodne novine*, br. 79/09; Zakon o zaštiti potrošača (Crne Gore) "Službeni list RCG", br. 26/2007; Zakon o zaštiti potrošača (RS), *Službeni glasnik RS*, br. 73/2010; Zakon o zaštiti potrošača (RM), *Sl. Vesnik na RM*, br. 38/04, 77/07, 103/08, 24/11.

15 Consumer Justice Inforcement Forum (CoJEF) Project., *Guidelines for enforcement on consumer rights*, May 2013, vid. str. 12,13,14, http://cojef-project.eu/IMG/pdf/Conclusions_document_cases_FINAL_8_May.pdf

U ovom smislu potrebna je saradnja državnih organa za nadzor tržišta zemalja u regionu kao i organizacija potrošača, kako bi se prateći akcije na nivou EU na ovom području, uključivale u te akcije i ujedno međusobno bolje sarađivali u zaštiti interesa potrošača.

Zemlje u Regionu na zakonodavnom planu takođe moraju uskladiti svoje zakone o zaštiti potrošača sa rešenjima sadržanim u najnovijoj Direktivi o zaštiti potrošača iz 2011¹⁶ godine, gde su ponovo definisane obaveze trgovca u predugovornoj ugovornoj i postugovornoj fazi, i posebno obaveze trgovca pri elektronskoj trgovini ili kod ugovora na daljinu. I pravni propisi EU za alternativno rešavanje potrošačkih sporova isto tako moraju da se nađu na zakonodavnoj agendi kako bi se omogućilo da potrošači zaštite svoja prava uvek kad to žele vansudskim putem¹⁷.

Zemlje u regionu bi trebalo da rade na podizanju svesti potrošača o njihovim pravima. Isto tako treba pojačati znanje tržišnih i drugih inspekcijских organa, kao i agencija ili drugih nezavisnih tela radi preventivnog delovanja u sprečavanju nepoštenih poslovnih praksi, međutim i o kažnjavanju trgovaca koji vrše ovakvu praksu. Privredne komore i sudovi časti isto tako imaju značajnu ulogu u sprečavanju nepoštenih poslovnih praksi.

U zemljama u regionu postoje mišljenja da bi moglo da se donese, usklađen sa ovom Direktivom, poseban zakon o nepoštenoj poslovnoj praksi koji će na opšti način regulisati sve privredne delatnosti, nepoštenih poslovnih postupke trgovaca prema potrošačima koji mogu uticati na njihove odluke o kupovini proizvoda, uključujući i nekorektno reklamiranje i marketing, s obzirom da postoji fragmentarno normiranje ovih pitanja u nacionalnim zakonima o zaštiti potrošača. Boljom implementacijom Direktive obezbediće se visok stepen zaštite potrošača od nepoštenih poslovnih postupaka tako što će zabraniti postupke trgovaca koji direktno povređuju ekonomske interese potrošača u pogledu donošenja informisanih i efikasnih odluka o kupovini proizvoda i na taj način posredno zaštiti ekonomske interese legitimnih konkurenata na tržištu.

Zemlje u regionu shvataju značaj prava potrošača: tako je na primer u u Republici Srbiji u toku projekt „Jačanje zaštite potrošača u Srbiji”. Projekat finansira Evropska unija sa 2,5 miliona evra, a preko ovog projekta sprovode se brojne aktivnosti u oblasti zaštite potrošača do februara meseca 2014. godine. Opšti cilj projekta je unapređenje zaštite prava i interesa potrošača u Srbiji u skladu s pravnim tekovinama Evropske unije.

U drugim zemljama u regionu takođe je prisutna podrška EU preko IPA projekata, ili druge pomoći od strane zemalja EU, sa ciljem da se pre svega uskladi pravna regulativa i unaprede kapaciteti institucija, a ponekad da se podrže i organizacije potrošača u svojim aktivnostima. Međutim, potrebno je posebnim

¹⁶ Direktiva 2011/83/EC, koja će se pimenjivati na ugovore zaključene posle 13 juna 2014 godine.

¹⁷ Vlada Republike Makedonije, s ciljem da se promoviše medijacija kao način za rešavanje sporova, donela je zaključak da se izmeni Zakon o zaštiti potrošača u pravcu da ukoliko potrošač želi da reši svoj spor s trgovcem pred medijatorom trgovac to mora da prihvati!

projektima jačati institucionalnu saradnju na nivou regionalnog povezivanja nadležnih institucija za politiku zaštite potrošača i organizacije potrošača, podržati razmenu iskustva i koordinirane akcije po ugledu na zemalje EU radi suzbijanja pojave nepoštena poslovne prakse i bolje zaštite potrošača. Posebno je potrebno naglasiti da je u regionu potrebno inicirati projekte za jačanje primjene zakona o zaštiti potrošača (kao npr. *Consumer Law Enforcement Forum* (2007 - 2009) ili *Consumer Justice Enforcement Forum* (2011 - 2013) čime bi se potrošačima ovih zemalja omogućilo i praktično ostvarivanje svojih prava po ugledu na potrošače zemalja EU.

Marijana Lončar Velkova, MA

Master of Public Policy and Management, President of Consumers Organisation of Macedonia

Jadranka Dabović Anastasovska, PhD

Full professor, University „St. Cyril and Methodius“ Skopje, Faculty of Law „Justinian I“

**UNFAIR BUSINESS PRACTICE
EU Experiences in the application of the Directive 2005/29/EC**

Summary

The Author's aim in this study, through analysing particular solutions and definitions of the Directive 2005/29/EC from 11th of May 2005, is to make an overview practices in implementation of this Directive in EU countries in the past period, and to propose some activities for strengthening consumer rights in the area of unfair commercial practices in countries of this region, that is addressed in the conclusion.

The study is divided into the part that first introduces the theoretical aspects of the principle of conscientiousness and honesty, the second part reflects the scope of the Directive and then presents a definitions of unfair business practices, the third part provides a brief overview of the expected problems during transposition and implementation of the Directive in EU countries and provides an overview of activities to strengthen the implementation of the Directive, whereas the fifth part gives recommendations for strengthening implementation of the Directive in the region.

For the preparation of a study, the European Commission Study of 2011 is used, consisted of two parts related on implementation of this Directive in the EU member states.

Keywords: consumer, commercial practices, unfair business practices, deceptive business practices, aggressive business practices

Mateja Đurović, LLM (Cantab.), LLM (EUI)

*Naučni istraživač i doktorant prava na Institutu Evropskog Univerziteta (EUI),
Firenca, Italija*

OPŠTA ZABRANA NEPOŠTENOG POSLOVANJA U SRPSKOM PRAVU

Rezime

Ovaj članak analizira odredbe o nepoštenom poslovanju u srpskom pravu koje predstavljaju transponovane odredbe evropske Direktive 2005/29/EC o nepoštenom poslovanju u skladu s kojima je svaki oblik nepoštenog poslovanja trgovca u odnosu prema potrošačima zabranjen. Za utvrđivanje da li je određeno poslovanje trgovca nepošteno, predviđen je trostepeni mehanizam za ispitivanje (ne)poštenosti koji nadležni organ uvek mora da primeni po strogo uređenom hijerarhijskom principu. Ispitivanje nepoštenosti poslovanja vrši se u odnosu na prosečnog potrošača kojeg evropsko pravo definiše kao očekivani standard ponašanja na tržištu koji se od potrošača može osnovano očekivati.

Odredbe o nepoštenom poslovanju pružaju jedan veoma visok nivo pravne zaštite potrošača štiteći ga od svih oblika nepoštenog poslovanja. Ipak, u srpskom pravu njihov potencijal nije uopšte iskorišćen usled neprimenljivosti Zakona o zaštiti potrošača od 2010. godine. Načrt zakona o zaštiti potrošača od 2013. godine postavlja osnove za jedno potpuno novi institucionalni okvir za sprovođenje potrošačkog prava u Srbiji i ovakva nova rešenja bi trebalo da omoguće najzad primenu i odredbi o nepoštenom poslovanju u Srbiji, kao verovatno najvažnijeg i najmoćnijeg segmenta potrošačkog prava što bi za posledicu zasigurno imalo značajno poboljšanje položaja srpskog potrošača.

Ključne reči: potrošač, prosečni potrošač, pravna zaštita potrošača, nepošteno poslovanje.

1. ODREDBE O NEPOŠTENOM POSLOVANJU U SRPSKOM PRAVU

Evropska unija je još u periodu svoga osnivanja i najranijeg razvoja posvetila naročitu pažnju zaštiti potrošača kao ključnim učesnicima na tržištu koji zaslužuju jedan poseban režim pravne zaštite.¹ Osnovna argumentacija u prilog uspostavljanja posebnog pravnog režima za zaštitu potrošača se zasniva na činjenici da na tržištu postoji jedan izražen odnos nejednakosti između učesnika na tržištu: trgovaca s jedne strane, kao ekonomski i iskustveno značajno moćnije strane, i potrošača s druge strane, kao ekonomski slabije i neiskusnije strane koji, stoga, zaslužuju dodatnu zaštitu. Iz tog razloga evropsko pravo posvećuje naročito pažnju zaštiti potrošača u cilju delimičnog ublažavanja neravnopravnosti u međusobnom odnosu ove dve kategorije učesnika na tržištu i sprečavanja moguće zloupotrebe nadmoći trgovca u njegovom odnosu prema potrošačima.²

U slučaju srpskog pravnog sistema, pravo zaštite potrošača predstavlja jednu prilično inovativnu i mladu granu prava koja je počela da se razvija tek u prvoj deceniji dvadesetprvog veka, pre svega kao posledica procesa evropskih integracija Srbije i potrebe da se srpski pravni sistem u potpunosti uskladi s pravom Evropske unije, u kome bitnu ulogu ima pravo zaštite potrošača. Do 2002. godine,³ u Srbiji nije postojao poseban pravni režim za potrošače, već se na njih primenjivao opšti pravni režim, prevashodno zasnovan na Zakonu o obligacionim odnosima⁴. Zakon o zaštiti potrošača od 2002. godine je bio zamenjen novi zakonom 2005. godine, da bi najzad 2010. godine bio usvojen trenutno važeći Zakon o zaštiti potrošača.⁵ Ipak, usled postojanja određenih nedostataka koje je ovaj Zakon pokazao prilikom svoje primene u praksi, tačnije nemogućnosti primene u praksi, kao i usled razvoja Evropskog prava o zaštiti potrošača, 2013. godine se pristupilo izradi novog, četvrtog po redu, Zakona o zaštiti potrošača čiji je osnovni cilj postizanje potpune usaglašenosti srpskog prava o zaštiti potrošača s evropskim pravom, kao i uspostavljanje potpunog novog institucionalnog mehanizma koji će omogućiti efikasniju primenu potrošačkog prava u praksi.⁶

1 O tome videti detaljnije u: M. Djurović, „Istorijat i novine u pravu zaštite potrošača Evropske Unije“, *Pravo i Društvo* 3/2010.

2 Detaljnije o razvitku i ideologiji Evropskog koncepta prava zaštite potrošača, vid.: S. Weatherill, *EU Consumer law and policy*, Elgar European Law 2005; H.W. Micklitz, N. Reich and P. Rott, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia 2009.

3 Prvi zakonski akt koji je predvideo poseban pravni režim za zaštitu potrošača je nekadašnji Savezni Zakon o zaštiti potrošača koji je Skupština Savezne Republike Jugoslavije usvojila 2002. godine (*Službeni list SRJ*, br. 37/02). Nakon transformacije SRJ u Državnu zajednicu Srbija i Crna Gora, Srbija je usvojila svoj Zakon o zaštiti potrošača (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05) koji je prestao da važi s usvajanjem novog Zakona o zaštiti potrošača u oktobru 2010. godine.

4 *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i “*Službeni list SRJ*”, broj 31/93.

5 „*Službeni glasnik RS*“, br. 73/10; o procesu usvajanja Zakon o zaštiti potrošača, vid. M. Karanikić, H.W.Micklitz i N. Reich under collaboration of R.A. Buttner, M. Djurović, T. Roethe i D. Trbojević, *Modernising Consumer Law: The experience of the Western Balkans*, Nomos 2012.

6 Usvajanje novog Zakona o zaštiti potrošača očekuje se krajem 2013. ili početkom 2014. godine. Nacrt tekta novog Zakona o zaštiti potrošača je dostupan na: <http://mtt.gov.rs/vesti/javna-rasprava-o-nacrtu-zakona-o-zastiti-potrosaca/>

Predmet ovog rada jeste analiza jedna od najvažnijih delova evropskog potrošačkog prava, tačnije odredaba o nepoštenom poslovanju koje predstavljaju jednu od najvažnijih novina koje je Zakon o zaštiti potrošača 2010. godine doneo u srpski pravni sistem.⁷ Ove odredbe su sadržane u njegovoj trećoj glavi i njima se zabranjuje svaki oblik nepoštenog poslovanja trgovca prema potrošaču.⁸ Odredbe ove glave Zakona predstavljaju u potpunosti transponovane odredbe evropske Direktive o nepoštenom poslovanju (*Directive on Unfair Commercial Practices*), usvojene 2005. godine, koja postavlja temelje jednog novoj evropskoj politici zaštite potrošača, sa značajnom agresivnijim pristupom harmonizaciji nacionalnih zakonodavstava.⁹ Evropski sud u Luksemburgu je razvio veoma bogatu sudsku praksu po osnovu tumačenja odredaba ove direktive, potvrdivši njen ogroman značaj, širok dijapazon primene, kao i potencijal pravne zaštite koji ona nudi potrošačima. Nacrt novog Zakona o zaštiti potrošača zadržava ove odredbe u nepromenjenom obliku, samo s malim lingističkim izmenama pojedinih odredaba, ali bez ikakve suštinske promene.

Uprkos svom velikom potencijalu, odredbe o nepoštenom poslovanju proivzele su, kao i ostale odredbe Zakona o zaštiti potrošača od 2010. godine neznatne rezultate u praksi prevashodno usled nemogućnosti sprovođenja ovog zakona u praksi.¹⁰ Novi institucionalni mehanizam predviđen Nacrtom novog zakona bi trebalo da omogući njihovu značajniju primenu od nadležnih organa. Svrha ovog rada jeste da objasni značaj koji odredbe o nepoštenom poslovanju mogu i treba da imaju u praksi jednom kada efikasni institucionalni mehanizam za sprovođenje potrošačkog prava bude ustanovljen, kao i da pojasni njegove odredbe i komplikovani, hijerarhijsko ustrojeni, mehanizam koji nadležni organ mora da ispoštuje prilikom utvrđivanja da li je određeno poslovanje trgovca nepošteno, i kao takvo, zabranjeno.

2. EVROPSKA DIREKTIVA O NEPOŠTENOM POSLOVANJU

Direktiva o nepoštenom poslovanju¹¹ (u daljem tekstu „Direktiva“) je usvojena 2005. godine, nakon dugotrajnih i teških pregovora vođenih između Evropske Komisije i predstavnika država članica koje su se protivile pojedinim predviđenim

7 Pravni eksperti koji su radili na izradi Zakona o zaštiti potrošača 2010. godine, odlučili su se za izraz *nepošteno poslovanje* kao najpodobniji za srpsko pravnički jezik prevod pojma *unfair commercial practices* koji adekvatno objašnjava njegovo suštinu.

8 Čl. 19-27 Zakona o zaštiti potrošača.

9 H. Collins, „Harmonisation by example: European laws against Unfair Commercial Practices“, *Modern Law Review* 73(1)/2010, 89-118, 118.

10 M. Karanikić, „Understanding the Enforcement Malfunction of Consumer Legislation in Serbia“, *Journal of Consumer Policy* 36(3)/2013, 231-246.

11 Pun, originalni, naziv Direktive na engleskom jeziku je: Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (‘Unfair Commercial Practices Directive’).

rešenjima i veoma širokom obimu primene odredaba direktive koje je prvobitni nacrt predviđao. Konsenzus se uspeo postići tek nakon što je Evropska Komisija prihvatila da se polje primene odredbi direktive suzi na isključivo odnose koji postoje između trgovca na jednoj strani, i potrošača na drugoj strani, odnosno slučajeve kada se nepoštenim poslovanjem trgovca ugrožava ili povređuje ekonomski interes potrošača. Nepošteno poslovanje trgovca kojim se povređuje ili ugrožava ekonomski interes drugog trgovca nije sankcionisano odredbama ove direktive.

Evropska Komisija je kao najvažniji razlog za usvajanje jedne ovakve direktive navodila potrebu za uspostavljanje visokog stepena zaštite od nepoštenog poslovanja na teritoriji cele Evropske unije, kao i postojanje velikih razlika u regulisanju ove oblasti koje su postojale među pravnim sistemima država članica što je za posledicu imalo značajno otežavanje prekogranične trgovine i uspostavljanja jedinstvenog tržišta.¹² Tako je, na primer, pravna zaštita od nepoštenog poslovanja bila u priličnoj meri ukorenjena i razvijena u Nemačkoj i Austriji gde je štitila od nepoštenog poslovanja trgovca ne samo potrošače, već i ostale trgovce, dok, s druge strane, sam koncept jedne posebne zaštite od nepoštenog poslovanja je predstavljao jednu potpunu nepoznanicu za englesko pravo.¹³

Postojanje jedne takve fragmentacije činilo je da se trgovci s jedne strane teže odlučuju na prekograničnu trgovinu jer nemaju saznanja da li je njihovo poslovanje koje je dozvoljeno po pravu države članice u kojoj posluju, dozvoljne i po pravu neke od drugih država članica. Postojanje fragmentacije se odražavalo i na ekonomsko ponašanje potrošača u slučaju prekogranične prodaje robe, odnosno pružanja usluga, jer nisu sa izvesnošću mogli da znaju u kolikoj su meri i na koji način zaštićeni od nepoštenog poslovanja trgovca.

Na svom samom početku Direktiva o nepoštenom poslovanju naglašava svoja osnovna dva cilja: prvi je dostizanje visokog stepena zaštite potrošača u Evropskoj uniji, dakle pružanje jednog opšteg, unificiranog visokog nivoa zaštite potrošača u svih dvadesetosam država članica, a drugi je jačanje zajedničkog tržišta putem stvaranja jedinstvenog pravnog okvira za sankcionisanje nepoštenog poslovanja koji zamenjuje prethodno postojeću fragmentacija i neujednačenost među pravnim sistemima.¹⁴ Stoga, kako je Evropski sud u Luksemburgu potvrdio u svojim odlukama, odredbe ove direktive uvek se moraju tumačiti u skladu s ova dva osnovna cilja direktive.¹⁵

12 Vid. Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European and Economic Social Committee, COM (2013) 139 final, 4.

13 Evropska komisija je naruila tri različite studije koje pokazuju visok stepen različitosti u pristupu i načina regulisanja poslovanja trgovaca u odnosu prema potrošačima, vid.: H. Micklitz *et al.*, V.I.E.W. *Study on the feasibility of a general legislative framework on fair trading*, 1999, available at <http://europa.eu.int/comm/consumers>; R. Schulze and H. Schulte-Nölke, *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers*, 2003; C. Van Dam, *An analysis of the existing national laws on unfair commercial practices between business and consumers in the new Member States with regard to the Directive on Unfair Commercial Practices*, BIICL, 2006.

14 Čl 1. Direktive o nepoštenom poslovanju.

15 Zajednički predmet C-261/07 i C-299/07 *VTB-VAB and Galatea* [2009] ECR I-2949, par. [51]; Predmet 428/11 *Purely Creative Ltd et al. v Office of Fair Trading*, [2013] ECR I-0000, par. [44]

2.1. Zahtev maksimalne (potpune) harmonizacije direktive

Jedna od veoma značajnih novina Direktive o nepoštenom poslovanju jeste obaveza maksimalne, odnosno potpune harmonizacije nacionalnih zakonodavstava država članica sa odredbama direktive. Istorijski posmatrano, u evropskoj politici zaštite potrošača, minimalna harmonizacija je predstavljala tradicionalno najzastupljeniji pristup, te maksimalna harmonizacija koju direktiva nalaže predstavlja jedan od znakova promene zajedničke evropske potrošačke politike.¹⁶ Ovakvo stanovište potvrđuje i činjenica da su sve evropske direktive u oblasti prava zaštite potrošača usvojene nakon Direktive o nepoštenom poslovanju takođe zasnovane na principu maksimalne harmonizacije.¹⁷

Maksimalna harmonizacija podrazumeva da države članice moraju u potpunosti da usaglase svoje nacionalne propise sa odredbama direktive. Dakle, postavlja se ne samo donja granica nivoa pravne zaštite koju države članice moraju da pruže kao u slučaju minimalne harmonizacije, već i gornja granica, što podrazumeva da državama članicama nije dozvoljeno da uspostave sistem koji bi pružio veći stepen zaštite od onog koji je propisan direktivom. Ovim se regulatorna sloboda država članica značajno sužava i u tom smilu se direktiva suštinski značajno približava uredbi, s tim da za razliku od direktive nema direktno dejstvo *ipso facto*, već se mora transponovati u nacionalni pravni sistem. Osnovna ideja na kojoj se zasniva zahtev maksimalne harmonizacije jeste uspostavljanje višeg stepena usaglašenosti zakonodavstava država članica Evropske unije u oblasti prava zaštite potrošača.

Postojanje zahteva maksimalne harmonizacije je veoma značajno i za srpsko pravo jer takođe onemogućava uspostavljanje bilo kakvog većeg nivoa zaštite potrošača od onog predviđenog samom direktivom, kako putem zakonskih odredaba, tako i putem tumačenje odredaba o nepoštenom poslovanju prilikom njihove primene u praksi. Zahtevi maksimalne harmonizacije se naročito uočavaju u slučaju tridesetjednog konkretnog oblika poslovanja koji su propisani Aneksom I direktive o nepoštenom poslovanju i koji su uvek imaju smatrati za nepoštene. Naime, kako je to Evropski sud u Luksemburgu već nekoliko puta potvrdio u svojim odlukama, države članice ne smeju da predvide nijedan dodatni konkretni oblik nepoštenog poslovanja u svojim zakonodavstvima od onih koji su predviđeni direktivom, već se ispitivanje dozvoljenosti takvih vrsta poslovanja uvek mora vršiti na osnovu neke od apstraktnijih klauzula za ispitivanje (ne)poštenosti poslovanja trgovca koje direktiva predviđa.¹⁸

16 G. Howells, *European Consumer Law – The Minimal and Maximal Harmonisation Debate and Pro Independent Consumer Law Competence, Consumer Law*, in: *An Academic Green Paper on European Contract Law*, (ur. S. Grundmann and J. Stuyck), Kluwer Law International 2002, 75.

17 Direktiva 2008/48/EC o potrošačkom kreditu; Direktiva 2008/122/EC o ugovorima o vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti; Direktiva 2011/83/EU o potrošačkim pravima.

18 Zajednički predmet C-261/07 and C-299/07 *VTB-VAB and Galatea* [2009] ECR I-2949, para 58; Predmet C-304/08 *Plus Warenhandels-gesellschaft* [2010] ECR I-217, para 45, Predmet C-540/08 *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* [2010] ECR I-0000, para 34, *Wamo*, para 37.

Takođe, zahtev maksimalne harmonizacije nalaže da se i u Srbiji prosečni potrošač, kao direktivom definisani standard ponašanja koji se osnovano može očekivati od potrošača na tržištu, uzima kao model u odnosu na koji nadležni organ utvrđuje da li se određeno poslovanje ima smatrati za nepošteno i da je kao takvo zabranjeno. Ovo podrazumeva da prilikom primene mehanizma za ispitivanje (ne) poštenosti poslovanje uvek se kao standard očekivane reakcije potrošača mora uzeti standard koji je definisan evropskim pravom, a ne nekakav drugi standard čak i ako bi on pružao veći stepen zaštite srpskim potrošačima.

Maksimalna harmonizacija takođe zahteva veći stepen uniformnosti između organa svih država članica prilikom tumačenja odredaba Direktive o nepoštenom poslovanju, gde ključnu ulogu ima Evropski sud u Luksemburgu koji putem svoje sudske prakse pojašnjava jedinstvena evropska značenja pojedinih odredaba iz Direktive.¹⁹ U tom smislu, i srpski organi nadležni za primenu odredaba o nepoštenom poslovanju su u obavezi da redovno prate sudsku praksu u ovoj oblasti, kao što je slučaj sa odlukom Evropskom suda u predmetu *Ving Sverige*²⁰, gde je pojašnjeno značenje pojma poziv na ponudu u kontekstu potrošačkog prava, kako bi se dobila prava značenja pojedinih odredaba ove direktive koji su transponovani u srpsko pravo i kako bi se srpsko pravo suštinski i u potpunosti harmonizovalo sa evropskim potrošačkim pravom.

Takođe, u predmetu *Purely Creative*, Sud je istakao da će trgovčevo poslovanje biti nepošteno po osnovu tačke 31 Aneksa I Direktive o nepoštenom poslovanju,²¹ koji predviđa da je poštovanje nepošteno ukoliko trgovac obavesti potrošača da je dobio nagradu, a pri tome se od potrošača zahteva da snosi određene troškove, čak i slučajevima kada su ti troškovi minimalni, odnosno iznose svega nekoliko britanskih funti.²²

2.2. Pojam nepoštenog poslovanja

Zakon o zaštiti potrošača, u skladu s Direktivom o nepoštenom poslovanju, definiše poslovanje kao svako činjenje ili nečinjenje trgovca, način njegovog poslovanja ili predstavljanja i poslovnu komunikaciju, uključujući oglašavanje koje je neposredno povezano sa promocijom, prodajom ili isporukom proizvoda potrošačima.²³ Dakle, sam pojam poslovanje je definisan veoma široko tako da pokriva u potpunosti celokupni odnos trgovca i potrošača. Odredbe o nepoštenom poslovanju se primenjuju ne samo na period pre komercijalne transakcije, prevashodno zaključenja ugovora, već i na period zaključenja ugovora, kao i period nakon zaključenja ugovora.

19 J. Stuyck, E. Terryn i T. Van Dyck, „Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market“, *Common Market Law Review* 34(1)/2006, 107-152, 138.

20 Predmet C-122/10 *Konsumentombudsmann (Ko) v Ving Sverige AB*, [2011] ECR I-0000.

21 Čl. 25., tačka 8. Zakona o zaštiti potrošača.

22 Predmet 428/11 *Purely Creative Ltd et al. v Office of Fair Trading*, [2013] ECR I -0000.

23 Čl. 5, tačka 23.

Imajući u vidu da je nepošteno poslovanje u tesnoj vezi s ugovorom u smislu da je cilj nepoštenog poslovanja da potrošač zaključi određeni ugovor s trgovcem, bitno je naglasiti da za postojanje nepoštenog poslovanja nije neophodno da postoji ugovor, jer nepošteno poslovanje obuhvata i slučajeve kad ugovor nije nastao, na primer, u slučaj oglašavanja određenog proizvoda koje dovodi potrošača u zabludu ili trgovčevog neispoštovanog obećanja da će potrošaču pružiti određene usluge, na primer besplatne usluge kol centra, nakon zaključenja ugovora. Sankcijama za nepošteno poslovanje, potrošaču se pre svega pruža još jedan dodatni stepen zaštite koji mu je već zagarantovan po pravilima opšteg i potrošačkog ugovornog prava.

Tako odredbe o nepoštenom poslovanju štite potrošača kod ugovora o prodaji robe u slučaju kada trgovac propusti da obavesti potrošača o postojanju dvogodišnje zakonske obaveze o saobraznosti proizvoda, da bi na taj način promovisao komercijalnu garanciju koju trgovac nudi uz proizvod, čime se potrošač dodatno osigurava da će biti propisno obavešten o svojim zakonskim pravima.²⁴ Takođe, odredbe o nepoštenom poslovanju osiguravaju da će potrošač biti propisno obavešten o svom pravu na jednostrani odustanak od ugovora koji mu potrošačko pravo garantuje kod nekoliko vrsta potrošačkih ugovora.²⁵

Osnovni princip direktive, koji je prenesen i u srpsko pravo, jeste da je svaki oblik nepoštenog poslovanja trgovca u odnosu prema potrošačima zabranjen.²⁶ Na taj način prevashodno se štiti ekonomska odluka potrošača, kao i potrošačeve odluke o tome da li, na koji način i pod kojim uslovima da kupi proizvod, da cenu plati u celosti ili delimično, da li da zadrži ili da vrati proizvod, ili da iskoristi neko drugo pravo u vezi s proizvodom koje ima po osnovu ugovora, da li da nešto učini ili da se uzdrži od kakvog postupka. Ovim se uspostavlja pravna podloga za jedan pošten, uređen i transparentan odnos između potrošača i trgovca na tržištu.

2.3. Piramidalna struktura mehanizma za ispitivanje (ne)poštenosti poslovanja trgovca

Direktiva predviđa složeni, trostepeni mehanizam za utvrđivanje da li se određeno poslovanje trgovca ima smatrati za nepošteno. U svojoj sudskoj praksi, Sud je potvrdio imperativni karakter ovog trostepenog, piramidalnog mehanizma, odnosno obavezu da nadležni organ za primenu odredaba o nepoštenom poslovanju mora da ispita (ne)poštenost poslovanja u potpunosti poštujući trostepeni imperativni i hijerarhijski karakter ovog mehanizma. Ovaj mehanizam je u potpunosti prihvaćen i u srpskom pravu i nadležni srpski organ za sprovođenje odredbi

²⁴ Ovaj konkretan primer je bio predmet spora protiv kompanije Apple koji su evropska udruženja za zaštitu potrošača pokrenula širom Evrope i koji se okončao prilično uspešno po potrošače, gde se pokazao ogroman potencijal koji odredbe o nepoštenom poslovanju imaju, vid. o tome detaljnije u: M. Djurović, „The Apple case: The Commencement of Pan European Battle Against Unfair commercial Practices“, *European Review of Contract Law* 9(3)/2013, 253-266.

²⁵ Npr. Ugovor zaključen van poslovnih prostorija, ugovor o potrošačkom kreditu, ugovor o vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti, ugovor na daljinu, i sl.

²⁶ Čl. 5(1) Direktive o nepoštenom poslovanju; čl. 19 Zakona o zaštiti potrošača.

o nepoštovanom poslovanju ga mora u potpunosti ispoštovati prilikom utvrđivanja da li je određeno poslovanje trgovca nepošteno.

Naime, prilikom određivanja da li je određeno poslovanje (ne)pošteno, nadležni organ je dužan da prvo utvrdi da li se određeno poslovanje može podvesti pod jedan od tridesetjednog oblika poslovanja koji se imaju uvek smatrati za nepoštenim. Oni su navedeni u Aneksu I Direktive o nepoštenom poslovanju i s obzirom na maksimalni karakter harmonizacije koji ova direktiva predviđa, državama članice Evropske unije nije dozvoljeno da u svoje nacionalne propise dodaju još bilo koji konkretni oblik poslovanja što je Evropski Sud potvrdio u svojoj najranijoj sudskoj praksi u ovoj oblasti.

Ovi oblici poslovanja obuvataju, na primer, slučajeve kada trgovac potrošaču predstavlja određena prava koja su već zakonski zagarantovana kao posebnu pogodnost koju potrošač koju trgovac nudi što je slučaj sa zakonskom dvogodišnjom obavezom o saobraznosti robe, kao i tvrdnja trgovca da se njegova radnja zatvara kada to nije istina, ili, slučaj trgovčeve posete potrošačevom stambenom prostoru bez potrošačeve prethodne saglasnost.

Ukoliko se određeno poslovanje ne može kao nepošteno podvesti ni pod jedan od ovih tridesetjedan oblik nepoštenog poslovanja, nadležni organ je dužan da ispita poštenost poslovanja na osnovu tri takozvane «male opšte odredbe» na osnovu kojih će se utvrditi da li određena praksa predstavlja nepošteno poslovanje. Te tri «male opšte odredbe» jesu obmanjujuće poslovanje, propuštanje kojim se obmanjuju potrošači, kao i agresivno poslovanje.

Svrha ovih odredbi jeste obezbeđenje da trgovac u svom poslovanju prema potrošačima uvek predočava istinite podatke, da ne prikriva bitne informacije koje su potrošaču neophodne za donošenje ispravne ekonomske odluke, kao i da spreči bilo kakav nedozvoljeni oblik pritiska ili drugo nasrtljivo poslovanje trgovca koje bi moglo da se odrazi na potrošačevu slobodu odlučivanja.

Najzad, treći i poslednji u hijerarhijskoj lestvici stepen u ocenjivanju poštenosti poslovanju trgovca jeste primena najopštijeg pravila koje je namenjeno da zaštiti trgovca od poslovanja koje je nepošteno, ali koje nije zabranjeno po osnovu neka od dva prethodna koraka. Time se potrošaču garantuje zaštita od svih mogućih i zamislivih i nezamislivih oblika nepoštenog poslovanja. Opšte pravilo glasi da se za nepošteno ima smatrati svako poslovanje koje je ispunjava dva kumulativno postavljena uslova: prvo, da je suprotno zahtevima profesionalne pažnje i drugo, ako bitno narušava ili preti da bitno naruši ekonomsko ponašanje potrošača.

2.4. Tridesetjedan oblik poslovanja koji se uvek ima smatrati za nepošten

Direktiva o nepoštenom poslovanju predviđa tridesetjedan oblik poslovanja koji se uvek imaju smatrati za nepošteni koji su u potpunosti tranposnovani i u srpsko pravo.²⁷ Sud, odnosno drugi nadležni organ, prilikom utvrđivanja da li je određeno poslo-

27 Čl. 23. i 25. Zakona o zaštiti potrošača.

vanja trgovca nepošteno, mora, kao prvi korak, da ispita da li se to poslovanje može podvesti pod neki od ovih izričito navedenih oblika. Da bi se određeno poslovanje smatralo za nepošteno dovoljno je da se utvrdi da predstavlja jedan od izričito navedenih oblika, dok, za razliku od opštih klauzula nije potrebno utvrđivati da li takvo poslovanje utiče na ekonomsku odluku potrošača, odnosno da li je protivno zahtevima profesionalne pažnje, pošto se to neoborivo pretpostavlja.

Maksimalna harmonizacija koju direktiva nalaže ne dozvoljava državama članicama da izričito predvide kao nepošten bilo koji oblik poslovanja koji ne spada među poslovanja sadržane u ovoj listi. Evropski sud u Luksemburgu je ovakvo stanovište već više puta potvrdio u slučaju više Evropskih zemalja (Belgija, Nemačka, Austrija, Poljska). Srbija je, u tom pogledu, u potpunosti usklađena s evropskim pravom. Tridesetijedan oblik nepoštenog poslovanja je sadržan u dva člana Zakona, članu 23. u kome se navodi dvadesettri oblika obmanjujućeg, odnosno propuštanja kojima se obmanjuju potrošači, dok se u članu 25. nalazi osam oblik nasrtljivog poslovanja.

Ovi izričito navedeni oblici, kao konkretni primeri, omogućavaju da se preciznije razume kakvo se poslovanje smatra za nepošteno i osnovna ideja na kojoj počiva opšta zabrana nepoštenog poslovanja. Analiza ovih primera pokazuje da su mnoga od tih poslovanja svakodnevno prisutna na srpskom tržištu. Naime, neki od oblika jesu neistinita tvrdnja trgovca da proizvod leči određenu bolest, poremećaj funkcije ili malformaciju, kao reklamna poruka sa kojom se srpski potrošač svakodnevno susreće. Zatim, takozvano ‘navaljivanje’ trgovca, odnosno višestruko obraćanje potrošaču protivno negovoj volji putem telefona, elektronske pošte ili na drugi nači, takođe je izričito zabranjeno. Ovim se pokazuje koliki potencijal za primenu na srpskom tržištu imaju ovih tridesetijedan oblik nepoštenog poslovanja koji nažalost nije, još uvek, iskorišćen usled nedostataka mehanizma za sprovođenje odredaba o nepoštenom poslovanju.

2.5. „Male“ opšte klauzule

2.5.1. Obmanjujuće poslovanje

Ova ‘mala opšta klauzula’ zabranjuje trgovcu da putem davanja netačnih informacija ili na drugi način dovede potrošača u zabludu i na taj način ga navede da donese ekonomsku odluku koju inače ne bi doneo.²⁸ Dakle ova odredba štiti potrošača prevashodno od prevarnog postupanja trgovca i u priličnoj meri podseća na opšteprihvaćeni građanskopravni institut prevare.

Zakon navodi sedam tačaka koja otkrivaju u odnosu na šta tačno trgovcu se ne dozvoljava da potrošača da dovede u zabludu i tiču se zapravo svih segmenata u vezi sa proizvodomz koju trgovac nudi potrošaču. To su, između ostalog, cena proizvoda, odnosno način na koji se cena obračunava ili posto-

²⁸ Čl. 21. Zakona o zaštiti potrošača.

janje određenih pogodnosti u vezi sa cenom, što obuhvata učestale pojave na srpskom tržištu da se proizvod reklamira po jednoj ceni ili mogućnošću da bude otplaćen u više mesečnih rata, a kada potrošač ode u radnju kod trgovca, ispostavlja se da je prava cena viša ili da ne postoji mogućnost višemesečne otplate proizvoda. Takođe, ovom odredbom je obuhvaćen slučaj kada trgovac, kao deo svoje poslovne strategije i kada ne postoji zakonska obaveza da isto učini, nudi proizvode na prodaju uz tvrdnju da potrošač ako mu se proizvod ne sviđa može u nekom vremenskom periodu da vrati proizvod i dobije potpuni povraćaj novca, a kada potrošač zaista pokuša da ostvari to svoje pravo koje mu je trgovac ponudio, biva sprečen od strane trgovca. Ovo su neki od oblika obmanjujućeg postupanja trgovca.

Bitno je naglasiti da Zakon o zaštiti potrošača naglašava da na trgovcu leži teret dokazivanja tačnosti svih podataka koje je potrošaču dao u vezi s proizvodom kako pre, tako i za vreme i nakon zaključenja ugovora.²⁹ Ovim pravilom se znatno olakšava procesni položaj potrošača kao slabijoj ugovornoj strani i ovo pravilo je u potpunosti u skladu s evropskim pravom.

Pored netačnog prikazivanja određenih činjenica i prava u vezi s proizvodom, ova odredba Zakona predviđa, u skladu s Direktivom o nepoštenom poslovanju, da se za nepošteno poslovanje ima smatrati i stvaranje opšteg utiska kojim se potrošač navodi da donese ekonomsku odluku koju inače ne bi doneo. Dakle u ovom slučaju, trgovac ne pruža netačne informacije, već trgovac oglašava proizvod na zbunjujući način u odnosu na proizvode, žig, poslovno ime ili kakvog drugog znaka raspoznavanja drugog trgovca. To je, na primer, slučaj kada trgovac započne prodaju proizvoda u ambalaži koja značajno podseća na istu vrstu već poznatog proizvoda drugog proizvođača i tako navodi potrošača da kupi taj proizvod misleći da kupuje proizvod konkurenta. Ovaj primer pokazuje da odredbe o nepoštenom poslovanju, posredno, štite i konkurente, odnosno druge trgovce.

Takođe zakon predviđa da ovaj oblik obmanjujućeg ponašanja obuhvata i trgovčevu povredu obaveza trgovca koje proizilaze iz kodeksa ponašanja kome je trgovac pristupio i koje obavezuju više trgovaca koje su povezane zajedničkom vrstom delatnosti kojom se bave ili na drugi način. Na ovaj način, direktiva omogućava javnopravno sankcionisanje jednog oblika automne regulacije, stvarajući na taj način bolje opšte uslove za pošteno delanje na tržištu.

2.5.2. Propuštanje kojim se obmanjuju potrošači

Ova klauzula sankcioniše onaj oblik nepoštenog poslovanja kod koga trgovac propusti da obavesti potrošača o svim značajnim podacima koji su potrošača neophodni za donošenje pravilne ekonomske odluke.³⁰ Ovom klauzulom uvedena je u evropsko pravo po prvi put opšta dužnost obaveštavanja potrošača. Naime, od svog najranijeg početka, evropsko pravo o zaštiti potrošača je zasnovano na pretpostavci

²⁹ Čl. 19. Zakona o zaštiti potrošača.

³⁰ Čl. 22. Zakona o zaštiti potrošača.

da samo dobro obavešten potrošač, kome je trgovac na odgovarajući način pružio sva neophodna obaveštenja, može da donosi ispravne ekonomske odluke.³¹

Bitno je naglasiti da trgovac nije u obavezi da potrošaču dostavi svaku informaciju, već samo onu koja mu je bitna za donošenje razumne ekonomske odluke. U tom smislu, Zakon predviđa da će se za propuštanje kojim se obmanjuju potrošači smatrati slučaj kada trgovac uskrati potrošaču bitna obaveštenja koja su potrošaču neophodna za razumno odlučivanje i na taj način ga navedu da donese ekonomsku odluku koju inače ne bi doneo. Ova odredba osigurava, takođe, da sva bitna obaveštenja potrošaču moraju da budu predočena na način koji omogućavaju potrošaču da primi i razume pružena obaveštenja, a ne putem korišćenja sitnog fonta koji potrošač ne može s lakoćom da pročita. Stoga pružanje obaveštenja na nejasan, nerazumljiv i dvosmislen način navede potrošača da donese ekonomsku odluku koju inače ne bi doneo smatra se za oblik propuštanja kojima se obmanjuju potrošači. Ovim se potrošaču u slučaju postojanja ugovora pruža još jedan dodatni nivo zaštite već zagarantovan pravilima o transparentnosti ugovornih odredbi iz člana 44. Zakona o zaštiti potrošača.³²

Direktiva pravi distinkciju između dva nivoa obaveze obaveštavanja potrošača, po osnovu potrošačeve potrebe za informacijom u zavisnosti od potencijalnog uticaja poslovanja trgovca na ekonomsko ponašanje potrošača. Tako su zahtevi dužnosti obaveštavanja stroži u slučaju poziva na ponudu kada je veći potencijalni uticaj trgovčevog poslovanja na potrošača, odnosno kada je potrošač bliži donošenju ekonomske odluke da, na primer, kupi određeni proizvod koji trgovac oglašava.

Šta se u praksi podrazumeva pod propuštanjem kojim se obmanjuju potrošači, kao i značenje samog pojma *poziv na ponudu* u kontekstu evropskog prava, pružio je Evropski sud u Luksemburgu u svojoj odluci u slučaju Ving Sverige.³³ U ovom slučaju, Sud je odlučivao o tome da li je reklamna poruka Švedske turističke agencije Ving Sverige objavljena u švedskim dnevnim novinama predstavljala oblik nepoštenog poslovanja pošto nije pružala sve ključne informacije o ponudnom paket aranžmanu, je upućivala na veb stranicu agencije za sva dalja pojašnjenja. Evropski sud je utvrdio da, nasuprot stanovištu švedskog ombudsmana za zaštitu potrošača, takva oglasna poruka nije oblik nepoštenog poslovanja.

U skladu s ovom odlukom Suda, trgovcu je dozvoljeno da uputi potrošača na jasan način na sve dodatne bitne informacije koje su mu potrebne za razumno odlučivanje, a koje su izostavljene iz reklamne poruke kao posledica sredstava u kome se vrši oglašavanje, što je u ovom slučaju bio oglasni prostor dnevnih novina koji može fizički da sadrži samo neke od bitnih obaveštenja. Pored ovog, Sud je u svoj presudi pružio jedno vrlo široko tumačenje poziva na ponudu, istakavši da poziv na ponudu postoji i kada oglasna poruka ne pruža neposrednu mogućnost potrošaču da kupi proizvod.

31 S. Weatherill, „Justifying the limits to party autonomy in the internal market“, in: *Party autonomy and the role of information in the internal market*, (ur. S. Grundmann, W. Kerber, S. Weatherill), Walter de Gruyter 2001, 180.

32 S. Orlando, „The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice“, *European Review of Contract Law* 7(1)/2011, 25-56.

33 Predmet C-122/10 *Konsumentombudsmann (Ko) v Ving Sverige AB*, [2011] ECR I-0000.

Zakon predviđa koja su bitna obaveštenja koja trgovac mora da pruži potrošaču u slučaju poziva na ponudu.³⁴ Ta obaveštenja obuhvataju podatke o najvažnijim karakteristikama proizvoda, njegovoj ceni i načinu plaćanja, izvršenju ugovornih obaveza, podatke o trgovcu, kao i postojanja prava na odustanak od ugovora. Posebno je značajna ovom odredbom istaknuta odredba trgovca da obavesti potrošača o postojanju prava na odustanak kod pojedinačnih vrsta potrošačkih ugovora koja su mu već zagantovana, prevashodno kod ugovora zaključenih van poslovnih prostorija i ugovora na daljinu, čime se pruža još jedan dodatni stepen obezbeđenja ovog veoma značajnog prava potrošača kojim mu se ostavlja dodatni vremenski period da detaljno razmisli da li želi da ostane pri ekonomskoj odluci koju je napravio.

2.5.3. Nasrtljivo poslovanje

Dok su klauzule o obmanjujućem poslovanju i propuštanju kojima se obmanjuju potrošači namenjene da obezbede da potrošač dobije sve tačne i potpune informacije koje su mu neophodne za donošenje ispravne ekonomske odluke, klauzula o nasrtljivom poslovanju štiti potrošača od svakog pritiska trgovca kojim trgovac na nedozvoljen način utiče na slobodu izbora potrošača i time ga onemogućava da donese ispravnu ekonomsku odluku. Ovaj institut podseća na građanskopravni institut prinude, predviđen u klasičnom građanskopravnom zakonodavstvu.

Nasrtljivo poslovanje postoji kada trgovac uznemiravanjem, prinudom ili nedozvoljenim uticajem utiče na ponašanje potrošača da donese ekonomsku odluku koju inače ne bi doneo.³⁵ Jedan klasični svakodnevni primer nasrtljivog poslovanja je trgovac koji dolaze u potrošačev stan i nudi mu određeni proizvod, odbijajući da napusti potrošačev stan ukoliko potrošač ne kupi određeni proizvod.

U slučaju nedozvoljenog uticaja, čije je postojanje neophodno da bi se određeno poslovanje moglo da smatra za nasrtljivo, Zakon o zaštiti potrošača ne zahteva nužno postojanje fizičke sile trgovca prema potrošaču, već je dovoljna svaka zloupotreba pozicije moći trgovca kojom se bitno ograničava sposobnost potrošača da razumno odlučuje.

2.6. Opšta klauzula o nepoštenom poslovanju

Opšta klauzula predviđa da je poslovanje nepošteno ako je, prvo, suprotno zahtevima profesionalne pažnje, i, drugo, ako bitno narušava ili preti da bitno naruši ekonomsko ponašanje u vezi s proizvodom.³⁶ U praksi, većina oblika nepoštenog poslovanja biće zabranjena po osnovu jednog od tridesetijednog izričito navedenih oblika nepoštovanog poslovanja ili po osnovu mehanizma predviđenih jednim od tri male opšte klauzule.

³⁴ Čl. 22(2) Zakona o zaštiti potrošača.

³⁵ Čl. 24. Zakona o zaštiti potrošača

³⁶ Čl. 20. Zakona o zaštiti potrošača

Opšta klauzula predstavlja jednu univerzalnu, poslednju prepreku koja je namenjena da zabrani one oblike nepoštenog poslovanja koji uspeju da izbegnu zabranu po nekom od prethodna dva osnova, omogućavajući usled opštosti svoga karaktera jednu potpunu i kompletnu zaštitu potrošača od nepoštenog poslovanja. Apstraktnost opšte klauzule osigurava dugoročnu primenu direktivu jer omogućava sankcionisanje svih oblika nepoštenog poslovanja koje trgovci mogu da razviju, posebno u nameri da izbegnu primenu odredaba o zaštiti potrošača sadržanih u prilično fragmentovanim evropskim direktivama u oblasti potrošačkog ugovornog prava. To je na primer bio slučaj s prethodnom Direktivom o ugovoru o vremenski podeljenom korišćenju nepokretnosti (Direktiva 94/47/EC) gde su trgovci počeli da koriste novi proizvod «holidej klabs» kako bi izbegli primenu odredaba Direktive. Takođe, u slučaju stare Direktive 85/577/EEC o ugovorima zaključenim izvan poslovnih prostorija, trgovci su razvili novi način nedozvoljenog pristupa potrošačima na koji se nije mogao primenjivati pravni režim ove direktive.³⁷ Upravo apstraktnost opšte klauzule osigurava sankcionisanje svakog oblika nepoštenog poslovanja, omogućavajući je da potpuno prati razvoj tržišta i poslovanja trgovca i da se adekvatno prilagodi tom razvoju.³⁸

Opšta klauzula predviđa dva osnovna uslova za utvrđivanje nepoštenosti poslovanja. Prvo, mora se utvrditi da li je određeno poslovanje trgovca suprotno zahtevima profesionalne pažnje, što predstavlja ponašanje trgovca suprotno zahtevanom standardu ponašanja na tržištu u odnosima prema potrošačima, i, drugo, da takvo ponašanje narušava ili preti da bitno naruši ekonomsko ponašanje prosečnog potrošača, što podrazumeva neophodnost postojanja određenih posledica koje mora poslovanje da prouzrokuje.

Profesionalna pažnja je definisana kao *povećana pažnja i veština koja se u pravnom prometu osnovano očekuje od trgovca u poslovanju s potrošačima, u skladu sa dobrim običajima i načelom savesnosti i poštenja*.³⁹ Dakle, od trgovca se zahteva veći stepen pažnje od onog koji se zahteva od običnog čoveka ili ne-profesionalca.⁴⁰ Ovo je u skladu sa sudskom praksom Evropskog suda u Luksemburgu u kojoj je naglašena obaveza posebne pažnje trgovca u njihovim odnosima prema potrošačima kao značajno slabijoj strani *kako po osnovu pregovaračke moći, tako i nivoa znanja*.⁴¹

3. ZNAČAJ POJMA PROSEČNI POTROŠAČ

Prosečan potrošač predstavlja osnovni standard u odnosu na koji se primenjuje ceo prethodni opisani piramidalni, trostepeni mehanizam direktive za ispitivanje po-

37 H. Collins, „*EC Regulation on Unfair commercial practices*“, u: *The Forthcoming Directive on Unfair Commercial Practices*, (ur. H. Collins), Kluwer Law International 2004, 25-26.

38 G. Anagnostaras, „*The Unfair Commercial Practices Directive in context: From legal disparity to legal complexity?*“, *Common Market Law Review* 47/2010, 147-171, 152.

39 Čl. tačka 14. Zakona o zaštiti potrošača

40 U. Bernitz, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Hart publishing 2007, 22.

41 Case C-168/05 *Mostaza Claro* [2006] ECR I-10421, paragraph 25; Case C-243/08 *Pannon GSM* [2009] ECR I-4713, paragraph 22; and Case C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones* [2009] ECR I-9579, para 29.

štenosti određenog poslovanja. Naime, nadležni državni organ je uvek u obavezi da prilikom ispitivanja o (ne)poštenosti poslovanja trgovca ispitivanje vrši u odnosu na efekat koji takvo poslovanje ima u odnosu na prosečnog potrošača. Prosečan potrošač jeste standard ponašanja koji evropsko pravo očekuje od potrošača prilikom obavljanja njegovih ekonomskih aktivnosti na tržištu. Ovaj standard predstavlja proizvod dugogodišnje i bogate prakse Suda, prevashodno razvijene u kontekstu slobodnog protoka robe, u kojima je Sud pojasnio kakav se standard ponašanja može osnovano očekivati od prosečnog potrošača kao učesnika na tržištu.⁴²

Prosečni potrošač je u Direktivi o nepoštenom poslovanju definisan kao razumno dobro obavešteni, pažljivi i obazrivi potrošač, što podrazumeva potrošača koji vodi računa o svim bitnim činjenicama i uvek dobro promisli pre nego što donese ekonomsku odluku. Dakle, direktiva ne štiti potrošača koji se na tržištu ponaša nemarno i nepažljivo, na primer potrošača koji ne vodi računa o obaveštenjima koju mu trgovac pruža, već samo potrošača koji ispoljava određeni stepen obazrivosti kada donosi svoje ekonomske odluke. Bez obzira što srpski Zakon o zaštiti potrošača je propustio da propiše ovakvu definiciju potrošača, u skladu s zahtevom maksimalne harmonizacije, i nadležni srpski državni organ mora uvek da, prilikom utvrđivanja da li je određeno poslovanje trgovca nepošteno, uzme ovako definisanog prosečnog potrošača kao standard u odnosu koji će ispitati dozvoljenost poslovanja trgovca.

Pored standarda prosečnog potrošača kao opšte predviđenog standarda, direktiva navodi i ranjivog potrošača kao dodatni, subsidijarni standard koji se ima primeniti kada određeno poslovanje trgovca ugrožava ili povređuje ekonomski interes potrošača koji su naročito ranjivi usled svojih fizičkih ili mentalnih slabosti, godina starosti ili naivnosti kao karakteristika koje je trgovac osnovano mogao da pretpostavi kod ove grupe potrošača. Dakle, ovaj subsidijarni standard ranjivog potrošača pruža posebnu zaštitu određenoj, ranjivoj kategoriji potrošača. Kao konkretni primer ranjivog potrošača, direktiva navodi decu koja usled svoje nezrelosti predstavljaju posebno ranjivu kategoriju.

U slučaju nepoštenog poslovanja koja ugrožava ili povređuje ekonomski interes ranjivog potrošača, dozvoljenost poslovanja se ima ceniti ne odnosu na ponašanje prosečnog „običnog“ potrošača, već na osnovu ponašanja prosečnog ranjivog potrošača. Tako će se, na primer, (ne)poštenost određene reklamne poruke namenjene deci ceniti u odnosu na prosečno dete uzrasta deteta kome je upućena određena reklamna poruka.

4. PREDVIĐENE SANKCIJE ZA KRŠENJE ODREĐABA O NEPOŠTENOM POSLOVANJU

Osnovno pravilo odredaba o nepoštenom poslovanju jeste da je svako takvo poslovanje zabranjeno. Evropsko pravo putem Direktive 2009/22/EC o postupku

⁴² Predmet C-373/90 Criminal proceedings against X, [1992] ECR I-131; Predmet 470/93 *Verein Gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v. Mars GmbH*, [1995] ECR I-1923; Predmet C-313/94 *F.lli Graffione SNC v Ditta Fransa* [1996] ECR I-6039.

za izricanje mere zabrane uspostavlja pravni osnov za efikasni mehanizam kojim se udruženjima za zaštitu potrošača i drugim licima koja su aktivno legitimisana omogućava da započnu postupak pred sudom ili drugim nadležnim državnim organom postupak za zabranu nepoštenog poslovanja trgovca. Pored toga što su odredbe i ove direktive, delimično, transponovane i u srpsko pravo, one nisu bile primenjivane u praksi što je omogućavalo trgovcima da nesmetano nastave da nepošteno posluju. Nacrt novog zakona o zaštiti potrošača predviđa mnogo efikasniji mehanizam koji će omogućiti jednu efikasnu zaštitu potrošača putem hitnog postupka za zabranu nepoštenog poslovanja.

Pored zabrane poslovanja koje je nepošteno, u skladu s evropskim pravom, trgovcu se izriču određene sankcije u slučaju kršenja odredaba o nepoštenom poslovanju. Sama Direktiva o nepoštenom poslovanju, kao i većina ostalih evropskih direktiva iz oblasti prava zaštite potrošača, ne predviđa konkretne sankcije u slučaju kršenja njenih odredbi, već to ostavlja državama članicama da to one same utvrde, u skladu sa svojim potrebama i karakteristikama pravnog sistema. Pojedine države članice predviđaju čak krivičnopravne sankcije u slučaju nepoštenog poslovanja, što je slučaj u engleskom pravu.

Ipak, većina evropskih pravnih sistema se odlučila za novčanu kaznu kao osnovnu sankciju za nepošteno poslovanje. Takvo je rešenje prihvaćeno i u srpskom pravu gde se za nepošteno poslovanje predviđa kazna u rasponu od tristo hiljada do dva miliona dinara za pravna lica, odnosno od pedeset do stotinpedeset hiljada za fizičko lice ili odgovorno lice u pravnom licu, kao i od pedeset hiljada do petsto hiljada dinara za preduzetnika.⁴³ Pored novčane kazne, može se izreći i mera privremene zabrane da vrši određene delatnosti, kao i zaštitna mera javnog objavljivanja rešenja.⁴⁴ Usled neuspele primene Zakona u praksi, nije zabeležen do sada nijedan slučaj da je trgovcu izrečena kazna za nepošteno poslovanje.

U slučaju nepoštenog poslovanja, posebno se postavlja pitanje posledica po ugovore koji su zaključeni kao rezultat nepoštenog poslovanja, odnosno da li su takvi ugovori ništavi. U tom smislu, Direktiva izričito naglašava da je bez uticaja na ugovorno pravo.⁴⁵ Ovo kao posledicu ima da ugovori koji su zaključeni kao rezultat nepoštenog poslovanja nisu automatski ništavi, već se na njihovu ništavost primenjuju opšta pravila ugovornog prava o ništavosti ugovori, pre svega kao posledica mana volja (prevare i prinude), kao i povrede načela savesnosti i poštenja.

Ipak, među državama članicama, kao što je slučaj s Belgijom, Francuskom i Luksemburgom moguće je uočiti tendenciju usvajanja rešenja koja predviđaju automatsku ništavost ugovora zaključenih kao posledica ništavog poslovanja. U srpskom pravu, još uvek nije prihvaćena takva mogućnost, mada bi njeno usvajanje *de lege ferenda*, značajno olakšalo položaj potrošača. Trenutno se na ništavost

43 Čl. 151. Zakona o zaštiti potrošača

44 Čl. 152. Zakona

45 O kompleksnom odnosu odredaba o nepoštenom poslovanju i ugovornog prava, vid. S. Whittaker, „The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws“, u: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, (ur. S. Weatherill, U. Bernitz), Hart 2007, 139 et seq.

takvog ugovora primenjuje opšta pravila ugovornog prava predviđena Zakonom o obligacionim odnosima.

5. ZAKLJUČAK

U Evropskom pravu zaštite potrošača, Direktiva o nepoštenom poslovanju predstavlja verovatno najvažniji i najkompletniji instrument za zaštitu potrošača, štiteći potrošača od svih oblika nepoštenog poslovanja trgovca. Svako poslovanje za koje se utvrdi da je nepošteno jeste zabranjeno. Direktiva predviđa trostepeni, hijerarhijsko uređeni mehanizam zaštite potrošača od nepoštenog poslovanja: prvo se ispituje da li se određeno poslovanje može podvesti pod jedan od tridesetijedan izričito navedeni oblik poslovanja koji se uvek smatraju za nepoštene, zatim da li poslovanje nepošteno po osnovu jedne od tri male opšte klauzule kojim se zabranjuje obamanjujuće poslovanje, propuštanje kojim se obmanjuju potrošači, kao i nasrtljivo poslovanje i, najzad, poslovanje se ispituje po osnovu velike opšte klauzule. Takav mehanizam obezbeđuje najširu moguću zaštitu potrošača koji pruža potpuno zaštitu potrošaču od nepoštenog poslovanja.

Srpski Zakon o zaštiti potrošača od 2010. godine u potpunosti transponuje odredbe ove direktive u srpsko pravo. Nažalost, uprkos svom velikom potencijalu i neophodnosti njihove primene u praksi kako bi se srpskom potrošaču pružio evropski nivo zaštite, primena ovih odredaba još uvek nije zaživela u praksi usled nemogućnosti primene zakona u praksi. Nacrt novog zakona o zaštiti potrošača od 2013. godine u potpunosti zadržava u postojećem obliku odredbe o nepoštenom poslovanju, ali predviđa novi institucionalni mehanizam za njihovu efikasnu primenu u praksu koji uliva nadu da će srpski potrošač biti adekvatno, efikasno i na pravi način biti zaštićen od nepoštenog poslovanja koje predstavlja učestalu pojavu na srpskom tržištu.

Cilj ovog rada je bio da pojasni odredbe o nepoštenom poslovanju, polje njihove primene, naglasi njihov značaj, kao i da objasni komplikovani trostepeni mehanizam koji nadležni srpski organ mora uvek da koristi u skladu s utvrđenim redosledom prilikom utvrđivanja da li se određeno poslovanje ima smatrati za (ne) pošteno.

Mateja Đurović, LLM (Cantab.), LLM (EUI)

Researcher and PhD candidate at the European University Institute, Florence, Italy

GENERAL PROHIBITION OF UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES UNDER SERBIAN LAW

Summary

This Paper examines the provisions on unfair commercial practices in Serbian law as transposed from the European Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices according to which any form of unfair commercial practices in business-to-consumer relations shall be prohibited. For assessment whether a particular commercial practice is unfair, a three step mechanism is envisaged that a competent body shall always apply in a strictly defined hierarchical manner. The examination of practice's fairness is assessed in relation to the impact of such practice on an average consumer as a standard of behaviour of consumer that can be reasonably expected from a consumer while acting at the market.

The provisions on unfair commercial practice establish an advanced level of legal protection for consumers by protecting him from all forms of unfair commercial practices. Nevertheless, in case of Serbian law, consumers have not yet profited from high potentiality of these provisions as a consequence of the general inapplicability of the Serbian Law on Consumer Protection of 2010. The draft of the new Law on Consumer Protection of 2013 establishes grounds for one radically innovative institutional framework for enforcement of consumer law in Serbia and such solutions should eventually enable the application of the rules on unfair commercial practices in Serbia which shall lead to the improvement of the position of a Serbian consumer.

Keywords: *consumer, average consumer, consumer protection, unfair commercial practices*

Andrea Fejős

PhD candidate, Faculty of Law and Political Sciences, University of Szeged

FAIRNESS OF CONTRACT TERMS IN EUROPEAN AND SERBIAN LAW

Summary

Pursuant to its 2008 Stabilization and Association Agreement governing the process of EU integration Serbia is obliged to align its consumer protection standards with those of the EU. As part of this process in 2010 it adopted a new Consumer Protection Act that, inter alia, implements the Unfair Contract Terms Directive. This article compares the Serbian and European fairness regimes laid down in the tests of fairness, highlighting the advantages of the Serbian test. It argues that the Serbian test is preferable particularly because it resolves the saga on the relation between substantive and procedural fairness, and it allows the application of the test during performance of the contract. As a final note the paper highlights the potential dangers that may undermine the positive effects of the test and leave consumers unprotected.

Key words: unfair contract terms, consumer protection, European law, Serbian law

1. INTRODUCTION

In 2008 Serbia signed and ratified the Stabilization and Association Agreement (hereinafter: SAA), there by formally commencing the process of European integration. The SAA provides a conditional guarantee of membership of the European Union (hereinafter: EU), subject to fulfilment of a number of conditions, including harmonization of the economic law of Serbia with that of the EU, including consumer protection standards.¹

When the SAA was signed, the then-existing *Consumer protection act of 2005*² that represented the first attempt at harmonization³ was not in line with *EU consumer acquis*.⁴ It left out, *inter alia*, the regulation of unfair contract terms. Protection against unfair terms in consumer contracts was provided for by a set of general clauses protecting the weaker party, and by special provisions on standard contract terms in the *Law of obligations act of 1978* (hereinafter: LOA).⁵⁶

The creation of a legal and institutional framework for consumer protection intensified after signing the SAA and a completely new *Consumer protection act of 2010* (hereinafter: CPA)⁷ was adopted. The CPA is a comprehensive act, containing both substantive and procedural rules. Modeled after France and Italy⁸ it is *lex specialis* for B2C contracts, whereas the LOA continues to apply as *lex generalis*. The CPA is in line with the *EU consumer acquis*.⁹ Among the 15

1 See for more: G. Papović, A. Feješ (Fejős), “The Role of Stabilization and Association Agreement in Consumer Protection” (Uloga Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju u zaštiti potrošača), *Izazovi evropskih integracija*, 1/2008, 45-60.

2 Zakon o zaštiti potrošača, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 79/2005. This act replaced the first “modern” consumer protection act, the Consumer Protection Act of 2002 (Zakon o zaštiti potrošača), *Official Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia*, No. 37/2002.

3 T. Jovanić, “Consumer Protection Law and Policy in Serbia: The Current State and Projections for the Future”, *The Yearbook of Consumer Law* (eds. C. Twigg-Flesner et al), Ashgate, Aldershot 2008, 467.

4 J. Czuczai, *Final Report on Assessment of EU Consistency of Serbia/Montenegro Regulatory Framework for Consumer Protection*, PLAC, Belgrade-Podgorica 2006, 18-21. *Cf Ibid*.

5 Zakon o obligacionim odnosima, *Official Gazette of the Socialist Federative Republic of Yugoslavia*, Nos. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89; *Official Gazette of the Federal Republic of Yugoslavia*, No. 31/93; *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 1/03.

6 For an analysis of the LOA from the angle of consumer protection see: M. Đurđević, Protection of consumers by general rules of contract conclusion (Zaštita potrošača prema opštim pravilima o zaključenju ugovora), *Pravo i privreda*, 1-4/2009, 271-286.

7 Zakon o zaštiti potrošača, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 73/10. The English translation of the CPA is available at: <http://www.zapotrosace.rs/CMS/download/law-on-consumer-protection-republic-of-serbia.pdf>, last visited 27 September 2013.

8 M. Karanikić Mirić, „What is new in Serbian consumer (contract) law?“ (Šta je novo u Srpskom (ugovornom) potrošačkom pravu?), *5 Legal capacities of Serbia for European integrations* (Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije) (ed. S. Lilić), Faculty of Law, Belgrade 2010, 129.

9 See for analysis: A. Feješ, The Reform of Consumer Legislation in Serbia (Reforma potrošačkog zakonodavstva u Srbiji), *Social Challenges of European Integrations: Serbia and Comparative Experiences*, (Društveni izazovi evropskih integracija – Srbija i uporedna iskustva), Faculty of Legal and Business Studies, Novi Sad 2010, 128-147.

EU directives it also implements the *Directive on unfair terms in consumer contracts*¹⁰ (hereinafter: UCTD). Importantly, the CPA for the first time specifically regulates unfair terms in consumer contracts in Serbian law.¹¹

Taking advantage of the minimal character of the UCTD (Article 8 UCTD), the CPA took a wider approach to the regulation of unfair terms than suggested by the UCTD.¹² The objective of the paper is to compare the Serbian and European fairness regimes laid down in the tests of fairness, and particularly to highlight the advantages of the Serbian test in the CPA compared to the European test in the UCTD.

2. THE CONCEPT OF (UN)FAIRNESS IN SERBIAN AND EUROPEAN LAW

The Serbian test of fairness in Article 46(2) CPA, says that: “A contract term is unfair if it: 1) results in a significant imbalance in contractual obligations of the parties to the detriment of the consumer; 2) causes the execution of a contract to be burdensome to the consumer without a justifiable reason; 3) causes the execution of a contract to be substantially different from what the consumer legitimately expected; 4) violates the transparency requirements of the business; 5) violates the principle of good faith.

This provision implements the European test of fairness set out in Art. 3(1) UCTD: “A contractual term which have not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.”

At first sight it can be noticed the test of fairness in the CPA is broader than the test in the UCTD. In both tests contract terms are unfair for being contrary to the principle of good faith, and causing a significant imbalance in the parties’ rights and obligations; although the paper will show that the problem with the UCTD (but not the CPA) is that it is not clear what the relationship is between these two general. Moreover, the CPA goes further than the UCTD and explicitly provides that terms may be unfair for being contrary to what the consumer legitimately expected under the contract; making the performance unjustifiably burdensome for the consumer; or for not being transparent. The paper further analyzes these points separately.

10 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *Official Journal of the European Communities*, No. L 95/29, 21 April 1993, 29–34.

11 It should be noted that in September 2013 the *Ministry of Foreign and Internal Trade and Telecommunications* responsible for consumer protection put forward the draft of the new CPA for public discussion. The test of fairness in the draft remains unchanged. See: <http://mtt.gov.rs/vesti/javna-rasprava-o-nacrtu-zakona-o-zastiti-potrosaca/?lang=lat>, last visited 27 September 2013.

12 The test of fairness in Article 46(2) CPA is modelled after Article 24(1) Consumer Protection Act of the Republic of Slovenia (Zakon o varstvu potrošnikov, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, No. 20/98, 23/99, 110/02, 14/03, 51/04, 98/04, 46/06, 126/07, 86/09, 78/11). Personal conversation with M. Karanikić-Mirić, 12 April 2012.

2.1. Good faith and significant imbalance in the parties' rights and obligations

The basic concept of unfairness in the UCTD is determined by reference to general clauses of good faith and significant imbalance in the parties' rights and obligations. Besides difficulties in determining the precise meaning of the two clauses, the most important question under the UCTD is the relation of the general clauses to each other.

Brownsword et al highlight at least four different interpretations: 1) a term is unfair if it causes i) a significant imbalance ii) to the detriment of the consumer. In this interpretation the significant imbalance defines violation of good faith, so the latter is not a separate requirement; 2) a contract term is unfair if it causes i) a significant imbalance, ii) to the detriment of the consumer; iii) it is contrary to the requirement of good faith. Here, the requirement of good faith is an independent, *procedural* condition; 3) a contract term is unfair if it causes i) a significant imbalance, ii) to the detriment of the consumer; iii) it is contrary to the requirement of good faith. The requirement of good faith is an independent, *substantive* condition; 4) a contract term is unfair if it causes i) a significant imbalance; ii) to the detriment of the consumer; iii) it is contrary to the requirement of good faith. The requirement of good faith is an independent, substantive *and* procedural condition.¹³

The correct answer to the above question is that there is no good answer. As the UCTD is a result of a compromise between Member States with different contract law traditions, the clause leaves room for interpretation. For example one key issue is whether the two criteria are completely separate or whether the "significant imbalance" is part of the general criteria of good faith, and national courts approach this differently. Italian courts are inclined to assimilate good faith into significant imbalance. A common formula used in decision making is that a term is unfair because it creates a significant imbalance in the parties' rights and obligations and which is sufficient to render the term unfair.¹⁴ On the contrary, the House of Lords in *First National Bank v. Director General of Fair Trading* took the view that the two principles are connected but separate requirements.¹⁵

Consensus is also absent among academics. There is a view that good faith is not an independent criterion.¹⁶ Consequently, significant imbalance automatically

13 R. Brownsword, G. Howells, T. Wilhelmsson, "Between Market and Welfare: Some Reflections on Article 3 of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts", *Aspects of Fairness in Contract* (ed. C. Willett), Blackstone, London 1996, 31-32.

14 P. Nebbia, *Unfair Contract Terms in European Law: A Study in Comparative and EC Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon 2007, 151.

15 *First National Bank v. Director General of Fair Trading*, 25 October 2001, [2001] 3 WRL 1297. Lord Bingham at 1307-8. For analysis see: C. Willett, *Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms*, Ashgate, Aldershot 2007, 177-216.

16 M. Teneiro, "The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems", *European Review of Private Law*, 2/1995, 273, 279.

triggers the violation of good faith.¹⁷ This view relies on the idea that the key reason for good faith being part of the test was to reflect those national traditions that were tied to the good faith concept. In this regard good faith can be viewed simply as a label that “explains” to these national traditions what is meant by the significant imbalance.¹⁸ Nevertheless, as Willett points out, this standpoint is difficult to uphold. Recital 16 UCTD contains explicit and separate guidelines on good faith.¹⁹ It follows that the violation of good faith is at least to some extent an independent requirement (whether independent from significant imbalance or, with the same practical result, playing some independent role in determining when an imbalance is “significant”).²⁰ This interpretation seems to be confirmed by the Court of Justice of the European Union (hereinafter: CJEU). In *Aziz v Catalunyaacaixa*²¹ the CJEU ruled that in order to determine if a term causes “significant imbalance” the default rules of the applicable national law should be taken into account.²² However, as derogation from default rules will not in itself automatically make contract terms unfair, according to the CJEU, in order to assess if the *significant imbalance* arises “contrary to the requirement of good faith”, it must be determined whether the business could reasonably assume that the consumer would have agreed to the term if the term would be subject of individual negotiations.²³ In other words, the CJEU confirmed good faith is at least to some extent a separate requirement playing some independent role in determining when an imbalance is “significant.”

The issue on the relation between the two general clauses also raises the question of the relationship between procedural and substantive fairness.

“*Substantive fairness*” relates to fairness of the contract terms themselves, fairness of the substance of the terms.²⁴ One way of starting to analyze substantive fairness of a contract term would be unfair if it deviates from the default rules and from reasonable expectations of the consumer.²⁵

“*Procedural fairness*” means fairness in the process leading up to the agreement.²⁶ It is connected to fair and open dealing, and is in place to prevent unfair surprise and lack of choice.²⁷ The concept of procedural fairness is broader than the legibility and other transparency aspects of the terms of the contract. It encompasses choice between alternative terms offered and bargaining power. Therefore, the assessment of procedural fairness includes an evaluation as to whether a con-

17 C. Willett, “The functions of transparency in regulating contract terms: UK and Australian approaches”, *International and Comparative Law Quarterly* 2/2011, 363.

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*, 364.

20 *Ibid.*

21 C-415/11, *Mohamed Aziz v Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, 11 March 2013, [ECR] I-00000 (not reported)

22 *Ibid.*, 68.

23 *Ibid.*, 69.

24 C. Willett, (2007), 2.

25 *Ibid.*, 49.

26 *Ibid.*, 2.

27 R. Brownsword, G. Howells, T. Wilhelmsson, 33, 40.

sumer had a reasonable opportunity to get acquainted with the contract term, if it was presented in plain and intelligible language, if the consumer understood the term, if the consumer was able to influence it, and if the consumer had a choice between different alternative terms.²⁸

One element of the test, the significant imbalance in the parties' rights and obligations relates to substantive fairness,²⁹ but the other, good faith, can have both procedural and substantive aspects. Namely, according to Recital 16 UCTD the principle criteria for determining the unfairness of a term is the "overall evaluation of the different interests involved" which could imply procedural and substantive fairness. However, while making the assessment of good faith "particular regard shall be had" to different circumstances in relation to the contract conclusion (e.g. strength of bargaining positions). This arguably implies procedural fairness. The provision goes further, saying that the requirement of good faith *may be satisfied* when the business "deals fairly and equitably" with the consumer. This could be said to include transparency (procedural fairness) as a basic requirement.³⁰ However, as transparency is not mentioned in the recital, good faith plausibly also refers to (building on the significant imbalance/detriment question) unfairness in substance.³¹ Hence, Recital 16 UCTD most likely suggests that the good faith is concerned with both procedural and substantive fairness. It is unclear if the CJEU confirms this interpretation. In *Aziz v Catalunya Caixa*, the only case expressly ruling on the meaning of the two general clauses in the test of fairness, the CJEU gave a more substantive meaning to good faith. The fact that the CJEU failed to expressly comment on procedural aspects of good faith can lead to two opposing conclusions. One is that as the CJEU specifically mentions the phrase "dealing fairly and equitably" and the process of contract conclusion, the CJEU impliedly included procedural fairness into the scope of good faith. The other is, failing to expressly point out procedural aspects of good faith, bringing the principle only in connection to significant imbalance, the CJEU sees good faith as a principle contributing only to enquiries into substantive fairness. On this latter reading, as both general clauses aim toward substantive fairness, it could be inferred that the UCTD is primarily concerned with substantive fairness, i.e. the contract term should be fair in its substance.

Therefore, we can see that the issue remains unclear, yet it is an important issue. If significant imbalance was the only requirement (violation of good faith being part of it) it is fairly clear that the contract term would only need to be unfair in its substance in order to be declared unfair, and the issue of the relationship between procedural and substantive fairness would not arise. But, if significant

28 P. Nebbia, 149. On the difference between procedural fairness and *culpa in contrahendo* see: H. Beale *et al*, *Cases, Materials and Texts on Contract Law*, Hart publishing, Oxford-Portland-Oregon 2002, 237-240.

29 H. Collins, „Good Faith in European Contract Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, 249.

30 This is the standpoint of UK courts, but the view is present in other jurisdictions as well, e.g. France. See: C. Willett, (2007), 112-113.

31 C. Willett, (2011), 364.

imbalance and violation of good faith are separate requirements (what seems to be suggested by the CJEU in *Aziz v Catalunya Caixa*), than the questions are: can the lack of procedural fairness make a term unfair where, otherwise, there would be no sufficient unfairness in substance; and can procedural fairness legitimize substantive unfairness. These issues will be further tackled when talking about the role of transparency.

In Serbia, both the “significant imbalance” and “good faith” are present as overarching principles of Serbian contract law. The “predecessor” of “significant imbalance”, the principle of equality of contractual rights and obligations in Article 15 LOA goes into the heart of contracts. It aims to establish the contractual balance between the parties’ rights and obligations, and is concretized by more specific legal institutions like *laesio enormis*, usury and *clausula rebus sic stantibus*.³² The principle therefore without a doubt has a substantive meaning. The equivalent of the principle of good faith is laid in Article 12 LOA, according to which provision, the parties must act respecting the principle of good faith and honesty in concluding and performing contracts. This could imply both procedural and substantive fairness, i.e. acting fairly and honesty in the process of contract conclusions and in the process of its performance, but also incorporating terms into the contract that are substantively fair. Hence, the principle of good faith sets objective standards of ethical behaviour, in accordance with good morals, fairness and justice, which most probably has both substantive and procedural aspects.³³

Contrary to the UCTD, the CPA solves the saga of the relationship between the two general clauses, and sets “good faith” and “significant imbalance” as separate bases for determining the fairness of contract terms, in Articles 46(2)(5) and 46(2)(1) respectively. The potential problem with the CPA may be that the test is not clear as to whether the conditions laid down in Article 46(2) CPA should be read alternatively or cumulatively. Most probably even though cumulation is possible, e.g. terms that cause significant imbalance in the parties’ rights and obligations are also contrary to the principle of good faith, it is not (or it should not be) the correct reading of the test. Cumulative interpretation would significantly narrow down the scope of the test, as in order to find terms to be unfair a number of conditions would have to be satisfied, both substantive and procedural. Moreover, the model of the CPA expressly sets the conditions alternatively.³⁴ Hence, if the test is read alternatively, it is enough if terms are in conflict with one of the princi-

32 For analysis see: J. Szalma „The principle of equivalence and *laesio enormis* in contracts” (Načelo ekvivalentnosti i prekomerno oštećenje u obligacionopravnim ugovorima), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1977, 273-282; J. Szalma, *Law of Obligations – general part, main principles, contracts and delicts* (Obligaciono pravo – opšti deo, osnovna načela, ugovori i prouzrokovanje štete), Faculty of Law, Novi Sad 2009, 367-383.

33 See on meaning of good faith: J. Szalma, „The principle of good faith” (Načelo savesnosti i poštenja), *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, 5/1982, 1-31, 1982, p. 23-29; see also: M. Szűcs, “Eternal values of Roman Law” (Trajne vrednosti rimskog prava), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 3-4/2006, 393-397; Commentary on Article 12, *Commentary on Law of obligations act, Book 2* (Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga 2) (ed. S. Perović), Savremena administracija, Belgrade 1995.

34 Article 24 Consumer Protection Act of the Republic of Slovenia

ples, i.e. if they cause significant imbalance in the parties' rights and obligations *or* are contrary to the principle of good faith. Having the principles as separate basis shows the probable intention of the drafters that no matter how the principle of good faith is interpreted, i.e. if it is given a more procedural or a more substantive meaning, procedural fairness is not capable of legitimizing substantive fairness, and procedural unfairness alone is capable of making the contract term unfair.

2.2. Performance substantially different from legitimately expected

Closely linked to the principles of good faith and significant imbalance is the concept of legitimate expectations of a consumer regarding the performance of the contract (Article 46(2)(3) CPA). This concept is not expressly present in the UCTD, although it was incorporated in its earlier drafts.³⁵ Hence, as Willett points out, it must have been anticipated by the drafters of the current version of the UCTD that the concept of legitimate expectations would be relevant.³⁶

Legitimate expectations, as an English law concept, arose from administrative law where it applies the principles of fairness and reasonableness to the situation where a person has an expectation or interest in a public body retaining a long-standing practice or keeping a promise.³⁷ Similarly, in private law, Micklitz and Wilhelmsson developed a "right to the protection of legitimate expectations" that should be implemented by mandatory contract or tort law rules.³⁸

The concept of legitimate expectations is based on mutual rights of contracting parties, and their optimal balance. On one hand, businesses have a right to access to free trade, the right to use freedom of contract to shape their position in contractual relations, on the other hand, consumers have a right to be fully informed of their rights, to be able to withdraw from the contract, and to have the necessary remedies to secure the enforcement of their rights.³⁹

As Willett points out⁴⁰ legitimate or reasonable expectations might relate to the content and aim of the contract, in cases where consumers have certain expectation regarding performance. This might be relevant where terms allow, e.g. variation of price or performance, i.e. variations from what the consumer reasonably expected.

35 Article 3(1) Amended Proposal for a Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, COM (1992) 66 final SYN 285.

36 C. Willett, (2007), 269.

37 P. P. Craig, "Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law", *Cambridge Law Journal*, 1996, 290.

38 N. Reich, "The Consumer as Citizen – the Citizen as Consumer – Reflections on the Present State of the Theory of Consumer Law in the EU", 10, http://www.iaclaw.org/Research_papers/melangescalais20k.pdf, last visited 29 June 2013. As the *Treaty on the Functioning of the European Union* does not expressly provide this right, consumers right to legitimate expectations is provided by reading together secondary and primary law, by interpretation. H.-W. Micklitz, N. Reich, P. Rott, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland 2009, 27-28.

39 H.-W. Micklitz, "Social Justice in European Private Law", *Yearbook of European Law*, 1/1999, 178.
40 *Ibid.*

Hence, the concept of legitimate expectations has both substantive and procedural dimensions. On one hand, it encompasses a right to have information on rights and remedies (procedural dimension); on the other, in performance of contracts consumers should be guaranteed the “headline” performance that they reasonably expect, and not receive a varied performance allowed for by standard terms (substantive dimension).

Explicitly incorporating legitimate expectations into the test of fairness raises the level of protection. As the concept was unknown to Serbian contract law until the CPA it is essential to determine the necessary preconditions for the operation of this concept.

First, it is important that that performance is substantially different from what is expected. What “substantially” means is a practical question, but minor discrepancies would not be sufficient.

Second, it is important that the expectation of the consumer is based on the default rules of the law, or the “headline” performance that they reasonably expect.

Third, the limits of the consumer’s expectations are set by reasonableness. What is reasonable will be determined by the help of the two closely linked principles, the principle of contractual balance in the parties’ rights and obligations and the principle of good faith.

2.3. Performance burdensome without justifiable reason

Closely linked to the above forms of unfairness, there is a ground for unfairness in Article 46(2)(2) CPA stipulating that a contract term will be unfair if it causes the *execution* of the contract to be burdensome to the consumer without a justifiable reason. This base for finding terms unfair is not present in the UCTD. Moreover, the UCTD is limited in its application at the time of contract conclusion (Article 4(1) UCTD). If circumstances change after the contract is concluded, they will be irrelevant to the test of fairness. Therefore, the UCTD is not flexible to accommodate the new concept in contract law, the concept of “*social force majeure*”, as emerged in some Nordic countries.⁴¹ *Social force majeure* means “social obstacles to performance” obstacles emerging due to changed circumstances like unemployment or illness, which are although not completely unforeseeable, are not attributable to the consumer’s fault. The following cumulative conditions have to be fulfilled for the operation of this concept:

- 1) the consumer is affected by some special occurrence affecting its family life, health, employment or anything else;
- 2) there is a causal connection between the occurrence of a special event and the consumers payment difficulties (problems in performance of the contract);

41 T. Wilhelmsson, „‘Social Force Majeure’: A New Concept in Nordic Consumer Law”, *Journal of Consumer Policy*, 1990, 3-7.

- 3) the consumer was not in a position to foresee the occurrence of the event;
- 4) the occurrence of the event cannot be attributed to the consumer's fault.⁴²

Although the concept was developed primarily in the context of financial services and overindebtedness, according to Wilhelmsson it might lead in the future to a more open-ended interpretation of the test of fairness, allowing an additional reassessment of the fairness of the contract term at a later point, during performance of the contract, taking into account social values and general consumer welfare.⁴³

The CPA does not mention the moment for assessing fairness within the test of fairness, despite being familiar with it.⁴⁴ Moreover, Article 46(3) CPA took the circumstances to be taken into account when interpreting the test of fairness from Article 4(1) UCTD, although not following the UCTD in insisting on focusing on the moment of contract conclusion. Therefore, the conclusion would be that the moment of contract conclusion is not a decisive for applying the test of fairness in Serbian law. Nevertheless, Karanikić-Mirić asserts, taking into account the UCTD and the internal logic of absolute nullity in the LOA, the time for determining fairness should be the moment of contract conclusion.⁴⁵ However, even if this view is accepted, there are exemptions from the rule.

The wording of Article 46(2)(2) CPA exactly suggests the provision relates to terms which do not look unfair on their face, or were not unfair at the moment of contract conclusion, but become such during their application. Therefore, this ground for determining the fairness of contract terms comes into play *during the performance*. Additionally, traditional contract law tools of *force majeure*⁴⁶ and *clausula rebus sic stantibus*⁴⁷ could be of help in accommodating *social force majeure*.

42 *Ibid.*, 7-8.

43 This is already the case in Nordic Countries. T. Wilhelmsson, Control of Unfair Contract Terms and Social Value: EC and Nordic Approaches, *Journal of Consumer Policy*, 3-4/1993, 450.

44 Conformity of goods (Article 51 CPA); package travel (Article 99 CPA).

45 M. Karanikić-Mirić, (2010), 144.

46 The LOA does not incorporate the *force majeure* as a separate legal principle, but at certain instances it does refer to special circumstances that could not have been foreseen, avoided or eliminated (e.g. Article 684 LOA). In legal theory *force majeure* is considered different from *casus* (circumstances that could not have been foreseen, and therefore avoided). It is a qualified *casus*, the emphasis being on extraordinary character of circumstances, and not so much on their foreseeability. The important is that the circumstances could not have been objectively and absolutely avoided, even if foreseeable. *Force majeure* makes the performance of the contract impossible or extremely difficult, and frustrates the contract. See for more: J. Radišić, *Law of Obligations – general part* (Obligaciono pravo-opšti deo), Nomos, Belgrade, 2006, 230-232; S. Jakšić, *Law of Obligations – general part* (Obligaciono pravo, opšti deo), Veselin Masleša, Sarajevo 1953, 242; I. Babić, *Fundamentals of civil law – introduction to civil law and property law* (Osnovi imovinskog prava – uvod u građansko pravo i stvarno pravo), Službeni glasnik, Belgrade, 2008, p. 110; Commentary on Article 137, *Commentary on Law of obligations act, Book 2* (Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga 2) (ed. S. Perović), Savremena administracija, Belgrade 1995.

47 *Clausula rebus sic stantibus* is laid down in Article 133 LOA. It allows for a rescission of the contract or exceptionally the modification of a contract term if after the conclusion of the contract circumstances occur (unforeseeable at the time of contract conclusion) that make difficult the execution of the contract for one party, or make the contractual aim unrealizable, to an extent that it ceases to be in line with what the parties expected under the contract and it would generally be unfair to uphold the contract. See for

2.4. The role of transparency

When talking about the role of transparency, the first question is what transparency means, the second, can transparency or procedural fairness legitimise substantive unfairness, and the third, can the breach of transparency rules alone make the contract term unfair.

Regarding the meaning of transparency, Willett summarizes, that “terms are transparent when they are available at the point of contract; there is a reasonable opportunity to become acquainted with them; they are in clear, jargon free language and decent sized print; the sentences, paragraphs and overall contract are well structured; and appropriate prominence is given to particularly important terms”.⁴⁸ As the ultimate aim of transparency is to enable the consumer to make an informed decision on entering into the contract and choosing the right product, Willett asserts that transparency has to ensure for consumers a *real chance to understand* the content of the terms.⁴⁹ Since understanding depends on a number of additional factors like education and intelligence,⁵⁰ transparency means terms should be formulated and explained in such matter that provide an *opportunity* for understanding of particular terms, and to allow the overall estimation of a contractual position of the consumer (regardless whether actual understanding is achieved). In this sense it is clear that businesses are obliged to disclose some information and actually other matters. Sometimes general presentation of the terms might not be enough, but businesses have to take additional steps, and specifically draw the attention of the *particular consumer* to a *particular term*.

The principle of transparency is laid down in Article 5 UCTD, according to which: “In the case of contracts where all or certain terms offered to the consumer are in writing, these terms must always be drafted in plain, intelligible language.” Due to the formulation of the provision, the reach of the principle and its content is uncertain. At first sight it suggests a purely formal control i.e. clear and comprehensible language of contract terms, without any further obligation of the business towards a consumer in order to ensure the consumer had real opportunity to understand the terms. However, if Article 5 UCTD is read together

more: Commentary on Article 133, *Commentary on Law of obligations act, Book 2* (Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga 2) (ed. S. Perović), Savremena administracija, Belgrade 1995; M. Mićović, „Clausula rebus sic stantibus: De lege lata and de lege ferenda” (Kluzula rebus sic stantibus: de lege lata i de lege ferenda), *Pravni život*, 11/2008, 445-455; O. Antić, *Law of obligations* (Obligaciono pravo), Službeni glasnik, Belgrade 2009, 416. *Force majeure* and *clausula rebus sic stantibus* can be applied interchangeably. For example economic circumstances that make the performance extremely expensive, but not impossible, are not a sufficient reason for declaring performance impossible, they may be enough to modify or rescind the contract due to changed circumstances. See: Commentary on Article 137, *Ibid.*

48 C. Willett, (2011), 357.

49 *Ibid.*, 384.

50 Experience shows that information is more utilized by “affluent, well-educated, middle-class consumers.” G. Howells, “The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information”, *Journal of Law and Society*, 3/2005, 356.

with Article 3(1) UCTD, where transparency relates to procedural fairness as part of the general requirement of good faith and the test of fairness, this would mean more than clear and comprehensible language. Talking about the function of transparency, the European Commission (hereinafter: Commission) seems to confirm this position. First, by reading Article 5 UCTD together with Recital 20 UCTD, according to which, the consumer should have “actually be given an opportunity to examine all the terms” of the contract, transparency is seen as a way of vetting contractual terms at the time of contract conclusion.⁵¹ Terms that are not transparent, will not even become part of the contract. Second, reading together Article 5 UCTD and Article 3(1) UCTD the principle of transparency relates to the control of the content of the contract.⁵² The Commission further emphasizes transparency also means consumers should be able to obtain the necessary pre-contractual information to make an informed decision.⁵³ The CJEU seems to largely confirm the Commission’s interpretation. Going above plain and intelligible language, the CJEU interpreted Article 5 UCTD in connection with Recital 20 UCTD as relating to pre-contractual information on the terms of the contract and on the consequences of concluding the contract.⁵⁴ Therefore, although the final reach of transparency remains undetermined, both the Commission and the CJEU seem to be inclined towards giving a wider meaning to transparency than plain and intelligible language. However, any wider meaning can only be achieved by interpretation.

The principle of transparency is given large significance in the CPA where it is implemented in a much wider manner. Transparency is part of the test of fairness (Article 46 (2)(4) CPA), it is listed as a circumstance that should be taken into account in interpreting the test (Article 46(3)(4) CPA), and is a vetting rule (Article 44(3) CPA). Regarding the meaning of transparency Article 44(1) CPA asserts: “A contract term is binding for a consumer if it is laid down in a simple, clear and understandable language and if it would be understandable for a reasonable man of the consumers’ knowledge and experience.” Hence, the CPA expressly insists on a real opportunity of a consumer to understand the terms of the contract. Since understanding depends on factors like education and intelligence, the threshold of clarity and simplicity of language is determined compared to a benchmark consumer. The benchmark consumer in the CPA is such that there is a higher level of protection than the general European benchmark. Namely, in the absence of a specific reference in the UCTD the general benchmark established by the CJEU in *Gut Springenheide* as “an average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect”⁵⁵ applies. This objective standard however fails to take into ac-

51 *Report on the Implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts*, COM (2000) 248 final, 27 April 2000, 17.

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*

54 C-92/11, *RWE Vertrieb AG v Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*, 21 March 2013, [ECR] I-00000 (not reported), 44.

55 C-210/96, *Gut Springenheide GmbH and Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, 16 July 1998, [ECR] 1998, I-04657, 37.

count the needs of vulnerable consumers.⁵⁶ Moreover, the standard may not even work with “average” consumers as it was established in relation to commercial communication and achieving understanding of contract terms require deeper information seeking and a certain level of knowledge for an informed decision.⁵⁷ In contrast, the CPA does take into account special vulnerability of certain group of consumers. Whether the terms communicated to the consumer were transparent will be determined taking into account the group of consumers, the “class” to which a particular consumer belongs. Hence, instead of an “absolutely objective” standard it relies on a “relatively objective” standard that might be above or below the “average”. This “relatively objective” standard is an exception in Serbian contract law, where the obligations of the parties are traditionally measured against an objective standard, standard of a reasonable man, or standard of reasonable businessmen.⁵⁸ The fact that the standard of the reasonable man as a standard of behaviour for consumers is not mentioned, might suggest, that the intention of the drafters was exactly to prevent any attempt to make an objective estimation (as much as possible) of how the consumer was suppose to understand the communication of the business, fearing that courts would be too harsh in ruling on transparency, and aiming to develop a special sensitivity of courts towards consumers and their protection.

Article 44(2) CPA further provides the business is obliged to provide a real opportunity for the consumer to get acquainted with the terms of the contract, with due regard to the means of communication used. This provision also seems wider than Article 5 UCTD. It insists on the result to be achieved, rather than the means used. A real opportunity to get acquainted with the terms of the contract is probably wider than plain and understandable language of the contract. This provision most probably obliges the business to make further steps in drawing the attention of consumers to the terms of the contract than just laying them down in plain and simple language. Indeed, it may well oblige the business to draw the attention of a particular consumer to a particular term.

The second issue related to transparency is whether it can legitimize substantive unfairness. If the answer is yes, this means, substantively unfair terms are considered fair just because they are communicated in a transparent, i.e. procedurally fair, manner. However, procedural fairness should not be capable of legitimizing substantive unfairness. First, consumers often choose not to read the contract.⁵⁹

⁵⁶ On the contrary, the Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, *Official Journal of the European Communities*, No. L 149, 11 June 2005, 22–39, implements the standard developed in *Gut Springenheide* in Article 5(2) but is also familiar with the notion of a vulnerable consumer in Article 5(3). In case of vulnerable consumers the benchmark is an average consumer from the vulnerable consumers’ group (Recital 19). The UCTD does not allow for such distinctions, but the differentiation should be extended to it. See: S. Whittaker, “Language or Languages of Consumer Contracts?”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2005-2006, 244.

⁵⁷ Cf C. Willett, (2007), 113-115.

⁵⁸ These standards are specifically referred to in the LOA (Articles 581, 662, 714, 751).

⁵⁹ O. Ben-Shahar, “The Myth of the ‘Opportunity to Read’ in Contract Law”, *European Review of Contract Law*, 1/2009, 7-9; for possible reasons for not reading the contract see also: Willett, (2011), 359.

Second, even if they read the contract they cannot process the information adequately to make an informed decision.⁶⁰ Third, even if they read and understand the terms of the contract, the research of behavioural economics has shown that an informed decision is not guaranteed as consumers are not rational in making choices.⁶¹ Therefore, transparency as an overriding, legitimizing factor leaves the door wide open for businesses to include substantively unfair terms, especially among standard terms and conditions. It is not clear how the UCTD solved the issue. The more protective reading of the test of fairness is that it primarily intends to regulate substantive unfairness, which consequently, cannot be legitimized by procedural fairness, but this is not the only reading of the UCTD. If violation of good faith is a separate requirement under UCTD (see debate above), then it might be argued that, if there is transparency, there is good faith, and therefore no unfairness, no matter the degree of substantive unfairness.⁶² Although the CPA does not deal specifically with the issue, a transparent term self-evidently does not violate the “lack of transparency” unfairness section, if such a term is substantively unfair it clearly violates other sections such as “significant imbalance” or “unjustifiably burdensome”, which are focussed on substantive (un)fairness.

Finally, the third issue is whether transparency alone is capable of making a contract term unfair. Under the UCTD there is no explicit sanction for breach of transparency. According to the Commission, the infringement of the principle of transparency is not penalised in the strict sense of the word. The intention of the UCTD is to maintain the contract with the help of the *contra proferentem* rule, i.e. the interpretation most favourable for the consumer.⁶³ However, taking the wider meaning of transparency, a contract term that is not communicated in a transparent manner will not become part of the contract (Article 5 UCTD read with Recital 20 UCTD), or it will make the term unfair and therefore null and void (Article 5 UCTD read together with Article 3(1) UCTD). This is however subject to interpretation, and the only explicit sanction is the *contra proferentem* interpretation. On the contrary, in Article 46(2)(4) CPA transparency is part of the test of fairness; hence, a non transparent term alone is capable to make the contract term unfair. It follows, under the CPA procedural fairness is a valid ground for making contract terms unfair.

3. CONCLUSION

The CPA for the first time introduced the notion of unfair contract terms in consumer contracts into Serbian contract law, and provides reasonably compre-

60 S. Grundmann, “Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law”, *Common Market Law Review*, 2002, 269-270; G. Howells, (2005), 350.

61 M. G. Faure, H. A. Luth, “Behavioural Economics in Unfair Contract Terms, Cautions and Considerations,” *Journal of Consumer Policy* 2011, 337, 343-345, 348-349.

62 C. Willett, (2011), 372.

63 *Report on the Implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts*, COM (2000) 248 final, 27 April 2000, 19.

hensive regulation. The paper compared the Serbian and European tests of fairness, and highlighted the advantages of the Serbian test. Based on the analysis it can be concluded the Serbian test in the CPA is much more protective than the European test in the UCTD.

First, it is much clearer in Serbia than under the European test that (a) terms can be unfair purely on the basis of procedural unfairness, including a lack of transparency and (b) terms can be unfair purely on the basis of substantive unfairness, i.e. that procedural fairness is not capable of legitimizing substantive unfairness.

Further, it is possible in Serbian law, but not European law, for a term that is fair based on circumstances existing at the time of contract conclusion, to be found to be unfair based on (changes to) circumstances during performance. This means that there is great potential to accommodate the newly emerged concept of *social force majeure*.

Finally, the Serbian regime is clearly more protective in not containing important exemptions from the test of unfairness, such as terms defining the price or main subject matter.⁶⁴

Therefore, it can be said, the test of fairness in CPA is an almost perfect legislative solution. It is very much fairness oriented, providing both for substantive fairness and procedural fairness apparently leaving very little room for the businesses' freedom of contract and provides for a very high level of protection for consumers. However, there remain key questions as to how the test will be applied in practice. First, all of the above described potential for independent regulation of substantive, procedural and post contractual (or performance oriented) fairness can all be undermined by judges setting low levels of (substantive, procedural or post-contractual) fairness.⁶⁵ Finally and vitally, without adequate enforcement mechanisms and tools good substantive law rules stay "letters on the paper," and consumers remain unprotected.⁶⁶

64 See Article 4(2) UCTD and the significant reduction in protection that can be caused if, as in the UK, the price exclusion is interpreted to include virtually all charges under the contract no matter how peripheral (*Office of Fair Trading v Abbey National Plc.* [2009] UKSC 6, [2010] 1 AC 696).

65 See C. Willett, "General Clauses and the Competing Ethics of European Consumer Law in the UK", *Cambridge Law Journal*, 2/2012, 419-422 on the *First National Bank* case where the House of Lords decided that there would be "significant imbalance" against a bank if it could not continue to add contractual interest to a judgement debt awarded against a consumer (despite the argument that most consumers would reasonably believe that they would be clear of responsibility, as long as they paid the full amount ordered by the court over the required period, only to discover that a large amount of interest was still owed on top of this).

66 See for problems with enforcement in Serbia: A. Fejös, "The Impact of EU Norms and Policies on Consumer Protection Enforcement in Serbia", *Journal of Consumer Policy*, 2013, 250-263.

Andrea Fejős

Doktorant, Fakultet pravnih i političkih nauka Univerziteta u Segedinu

PRAVIČNOST UGOVORNIH ODREDBI U ENGLESKOM I SRPSKOM PRAVU

Rezime

Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju 2008. godine Srbija je preuzela obavezu da uskladi svoje standarde zaštite potrošača sa standardima EU. U skladu sa ovom obavezom, Srbija je usvojila nov Zakon o zaštiti potrošača 2010. godine, koji između ostalog, implementira Direktivu o nepoštenim ugovornim odredbama. Rad daje upređan prikaz evropskog i srpskog režima pravičnosti, sadržanog u testu pravičnosti, naglašavajući prednosti srpskog testa. Rad tvrdi da je srpski test bolji, posebno, jer rešava problem odnosa između materijalne i procesne pravičnosti, i omogućava primenu testa tokom izvršenja ugovora. Na kraju rad ukazuje na potencijalne opasnosti koje mogu ugroziti pozitivne efekte testa i ostaviti potrošače bez zaštite.

Ključne reči: nepravične ugovorne odredbe, zaštita potrošača, evropsko pravo, srpsko pravo

Vladimir Antonijević

Master pravno-ekonomskih nauka, Mlađi savetnik, Grupa za unutrašnje tržište, Kancelarija za evropske integracije, Vlada Republike Srbije

UTICAJ NEPRAVIČNIH ODREDBI U POTROŠAČKIM UGOVORIMA NA POLITIKU KONKURENCIJE

Rezime

Kao osnovni preduslov za normalno funkcionisanje tržišta predstavlja savršenstvo circulus vitiosus-a između konkurencije i potrošača, prema kome potrošači diktiraju tempo razvoja konkurencije, tako što nagrađuju najbolje a kažnjavaju najlošije privredne subjekte, dok se privredni subjekti međusobno takmiče u cilju osvajanja tržišta i njegovih krajnjih korisnika. Imajući u vidu, da veliki broj studija ukazuje na to da potrošači površno ili uopšte ne čitaju ugovorne obaveze, a u situacijama kada ih čitaju često ih ne razumeju ili shvataju na drugačiji način, takav pristup potrošača ugovorima otvara prostor prodavcima da iskoriste potrošačevu naivnost, predrasude i druge sklonosti kako bi ostvarili dodatnu zaradu. Problem nastaje kada proizvođački apetiti počinju da rastu i takav pristup zloupotrebe kolektivnih potrošačkih sklonosti počne da proizvodi eksterne efekte i direktni uticaj na tržišno pozicioniranje proizvođača, odnosno dobavljača proizvoda i usluga.

S tim u vezi u radu će biti obuhvaćene isključivo one nepravilne odredbe u potrošačkim ugovorima čije postojanje dovodi do tzv. zaključavanja potrošača i kao takve mogu da izazovu posledičnu povredu konkurencije. Takođe u radu će se ukazati na problematiku zaštite potrošača i politike konkurencije na naknadnom, sekundarnom tržištu u situacijama kada postoje povezane ugovorne transakcije odnosno kada se efekti primarnog ugovora prelivaju na ostala tržišta. Zbog različitog pristupa u uporednom pravu institucionalnom okviru prilikom regulisanja navedene materije, predmet analize će biti jasna distinkcija nadležnosti relevantnih institucija.

Ključne reči: zaključavanje potrošača, otkazivanje ugovorne obaveze, automatsko obnavljanje/produženje, naknadno tržište, institucionalna nadležnost

1. UVOD

Iako se do sada fenomenu nepravičnih odredbi u potrošačkim ugovorima pristupalo sa stanovišta zaštite potrošača, novije tendencije ukazuju da takva praksa donosi posledice i na teren funkcionisanja tržišta odnosno konkurencije kao osnovnog preduslova. Naime, dobro informisan potrošač podstiče i doprinosi daljem jačanju konkurencije, u suprotnom loše informisan potrošač postaje povod za zloupotrebe njegovih sklonosti od strane proizvođača. Primera radi prema Varijanovom¹ modelu prodaje, ako se broj dobavljača povećava, kao preduslov pozitivnog trenda konkurencije, prosečna cena koju plaća informisan potrošač ide naniže, dok se prosečna cena koju plaća neinformisan potrošač povećava čak i do granice monopolske cene. U skladu sa navedenim, nedovoljno informisan potrošač ne oseća koristi od postojanja konkurencije.

Imajući u vidu da ne utiču podjednako sve nepravične odredbe u potrošačkim ugovorima na politiku konkurencije, u radu će biti analizirane samo one koje vode do zaključavanja potrošača u ugovornu obavezu, a koje posledično mogu uzrokovati povredu konkurencije. Pod zaključavanjem potrošača se može smatrati svako umanjivanje potrošačkog izbora u pogledu daljeg optiranja iz ugovorne obaveze, odnosno mogućnost promene dotadašnjeg dobavljača/proizvođača proizvoda ili usluge, a koje može biti podložno daljoj eksploataciji od strane proizvođača odnosno dobavljača. Privredni subjekti će nastojati da i sa malim postojanjem mogućnosti manevrisanja nepravičnim odredbama, tu mogućnost iskoriste radi održavanja odnosno uvećanja tržišnog udela.

Najčešće nepravične odredbe u potrošačkim ugovorima koje kao posledicu mogu nositi zaključavanje su: automatsko produženje ili automatsko obnavljanje ugovorne obaveze, izlazne klauzule i otkazivanje ugovorne obaveze, prisustvo modeliranih ugovora, ugovorom povezane različite transakcije kroz prisustvo naknadnog tržišta.

2. OPTIRANJE - PRAVO NA POTROŠAČKI IZBOR KAO PREDUSLOV KONKURENCIJE

Terminološki, reč optiranje (switching eng.) opisuje više situacija u kojima se potrošač nalazi. Odnosi se prevashodno na mogućnosti odabira između više proizvođača odnosno ponuđača odgovarajućeg proizvoda ili usluge, kao i na situacije koje ukazuju na mogućnost promene već postojećeg, ugovorom utvrđenog stanja. Naime, svest o mogućnosti odabira između više proizvođača odnosno ponuđača često ne postoji kod potrošača ali u situacijama kada je ona razvijena, uskraćena je ipak zbog određenih nepravičnih praksi koje se unose kroz ugovorne odredbe.

Povezanost sa politikom konkurencije, između ostalog, se ogleda u tome da u zavisnosti koliko je razvijeno relevantno tržište², zavisi pre svega i mogućnost

¹ H. R. Varian, "A Model of Sales", *The American Economic Review* 70(4)/1980, 651-659.

² Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law *OJ C* 372, 9.12.1997, 5-13.

da potrošač ima izbor. Takođe, optiranje predstavlja važan sastojak prilikom definisanja relevantnog tržišta odnosno tržišne moći³ privrednog subjekta kao i kod testiranja koncentracija sa stanovišta analize kritičkog gubitka. U situaciji kada postoji dominantan položaj, sklonosti potrošača mogu poslužiti kao dobar osnov za održavanje postojećeg odnosno uvećanje tržišnog udela i na takav način okarakterisati takvo ponašanje kao vid zloupotrebe. Stepenn tržišne moći potreban za pronalazak povreda konkurencije prema članu 81 (1) Ugovora o EZ za slučaj postojanja restriktivnih sporazuma prema efektu koji proizvodi je niži od potrebnog stepena tržišne moći koji se zahteva za zloupotrebu dominantnog položaja prema članu 102 UFEU, gde se zahteva značajniji procenat.

Nemogućnost optiranja, odnosno promene dobavljača ili čak samog proizvoda/usluge se svodi na tzv. *potrošačko zaključavanje* koje posredno utiče na politiku konkurencije, iz razloga što potrošač nije u mogućnosti da uporedi ostale ponude ili kada je svestan drugih ponuda, a nije u mogućnosti da izvrši navedenu promenu. Zaključavanje potrošača se najčešće ogleda kroz automatsko obnavljanje ili automatsko produžavanje ugovornih obaveza, postojanje nepravičnih klauzula o otkazivanju, dok se u praksi sve više pojavljuje fenomen sekundarnog, naknadnog tržišta u ugovorom povezanim transakcijama.

Sa druge strane, optiranje i mogućnost promene se može doživeti i kao bihevioralni fenomen, imajući u vidu da i kada nije postojala ugovorna opstrukcija nepravičnom odredbom koja se odnosi na otkazivanje ugovornih obaveza, potrošači ne koriste ovu opciju.

Sklonosti potrošača kao i okolnosti pod kojima rasuđuje u trenutku percipiranja ili zaključenja ugovora (npr. stres, vremenski pritisak – nedostatak vremena za razmišljanje), direktno utiču na proces donošenja odluke, pogotovo u postupku razumevanja ugovornih odredbi. Takođe, u ovakvim situacijama okolina kao i povod za zaključenje ugovora, odnosno nepravična poslovna praksa proizvođača ili dobavljača, igraju važnu ulogu.

U zavisnosti od težine situacije u kojoj se potrošač nalazi, zavisi i njegova sposobnost da dalje ispregovara bolju poziciju u ugovoru. Sistemom opozitne gradacije, što se u težoj situaciji (materijalnoj, hitnost kupovine itd.) potrošač nalazi u boljoj se pregovaračkoj poziciji nalazi trgovac. U takvim situacijama trgovci često imaju indirektnu kontrolu nad ugovorom, koju mogu zloupotrebiti koristeći određene ugovorne institute koji ograničavaju slobodu jednostranog raskida, kao što je to kod otkazivanja kroz uspostavljanje automatske obnove ili produžavanje ugovora⁴.

Iskustvo⁵, kao veoma bitan faktor prilikom donošenja odluke, drugačije utiče na percipiranje potrošača određenog proizvoda ili usluge, u zavisnosti da li je

3 Commission Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements *OJC II*, 14.1.2011, 1–72.

4 S. Della Vigna and U. Malmendier, “Contract design and self control: Theory and evidence”, *The Quarterly Journal of Economics* 119(2)/2004, 353–402, 357.

5 Iskustvo u smislu odgovarajućeg stepena znanja, vreme učenja, obrazovanja, prethodnog poznavanja činjeničnog stanja, kvalitet proizvoda i reputacija proizvođača.

prethodno iskustvo ili saznanje afirmativnog ili negativnog karaktera. U svakoj od navedenih situacija, potrošač uči, i u skladu sa novim znanjem nastupa prilikom nekog narednog zaključivanja ugovora, te u skladu sa tim donosi odluke o kvalitetu i reputaciji samog proizvoda odnosno proizvođača.

Do koje granice prodavac može da eksploatiše potrošačke sklonosti zavisi od same svesti potrošača o sopstvenim sklonostima odnosno spoznaje da ih uopšte i poseduje!

Da bismo preciznije definisali koji su sve direktni uticaji, pored sklonosti potrošača i trgovačkog dizajna ugovora skrojenog ka maksimizaciji profita, potrebno je uvrstiti još jednu stavku koja ima jednako odlučujući uticaj na optiranje i mogućost izbora a to je trošak optiranja. Trošak, iako prva asocijacija aludira na materijalni⁶ deo koji potrošač snosi prilikom optiranja, svakako možemo doneti zaključak da nije jedina pretpostavka na koju se proizvođač oslanja prilikom namere da se potrošač zadrži. Naime, vreme u smislu utroška vremenskih jedinica, predstavlja značajan faktor pri donošenju odluke, kao i jednu od osnovnih barijera ka mogućnosti odabira drugog ponuđača robe i usluga. Vremenski interval koji je potrebno izdvojiti za optiranje odnosno izbor, često vodi ka potrošačevoj inerciji da izvrši radnju (npr. papirologija, formularno ispisivanje, dobijanje zvaničnog obaveštenja itd.).

Sa stanovišta politike konkurencije, takva inercija se može direktno povezati sa zloupotrebom potrošačevih sklonosti od strane proizvođača, koja dalje, sukcesivno vodi i ka povećanju odnosno održavanju tržišnog udela.

Zloupotreba dominantnog položaja od strane Majkrosofta kroz vezanu prodaju Windows media player⁷, svodila na nemogućnost pružanja startne opcije potrošaču da izabere program koji reprodukuje video i audio materijal. Po prvi put, može se sa osnovom smatrati da je inertnost potrošača bila preduslov za donošenje ovakve presude. Iako je odbrana ukazivala na mogućnost besplatnog skidanja sa interenta ostalih (konkurentih) programa za reprodukciju medijskih sadržaja, kao i mogućnost uklanjanja programa Windows media player sa računara, inertnost i nezainteresovanost potrošača da u eri brzog interneta skine (download eng.), instalira drugi program, ukazala je na uticaj potrošačkih sklonosti pri donošenju određenih odluka. Skidanje i instaliranje drugog programa bi iziskivalo svega nekoliko minuta.

Iz istih raloga, Evropska komisija je pokrenula istragu o zloupotrebi dominantne pozicije protiv kompanije Google, kao proizvođača softverske platforme Android za mobilne telefone. Iako je Android softverska platforma besplatna za sve proizvođače prenosivih uređaja, takva platforma automatski sa sobom je uključivala aplikaciju Gmail i internet pretraživač Chrome koji su u vlasništvu Google-a.

⁶ Ukupan trošak prelaska sa korišćenja dobara ili usluga sa jednog dobavljača na drugog (bez obzira da li postoji izlazna novčana naknada ili ne).

⁷ T-201/04 *Microsoft v Commission*, Decision and fine imposed by the EU Commission on Microsoft for abuse of a dominant position in relation to the refusal to supply the interoperability information for operating PC Windows with other systems and the tied sale of Windows Media Player.

Na osnovu navedenog, možemo izneti zaključak da čak i mali troškovi promene dobavljača usluga ili opredeljenja za drugi proizvod kao što je vreme, može ostaviti pečat na potrošačevu sklonost i inerciju ka traženju odgovarajućeg supsituta, što dalje vodi ka zaključavanju potrošača i promeni tržišne utakmice kao i same strukture relevantnog tržišta u korist nelojalne konkurencije.

Administrativna procedura⁸, koja za posledicu ima dugački vremenski interval, iako besplatna, može dodatno da utiče na buduće ponašanje korisnika, tako da pasivnost u optiranju može da preovlada prilikom izbora. U takvim situacijama, vidljivo je da se potrošač više vodi relativnim troškovima potrage⁹ nego apsolutnim troškovima, iz razloga što je apsolutne troškove teže sabrati¹⁰. Potrošači moraju biti informisani unapred za slučaj da otkazivanje nosi dugačku administrativnu proceduru.

Negativna iskustva mogu dodatno da utiču na potrošačevo samopouzdanje, naročito kada se odnosi na poznavanje određene oblasti kojoj pripadaju proizvod ili usluge koje koristi, pri čemu i opredeljenje ka optiranju prilikom kupovine izostaje, shvatajući da je stepen korisnosti minimalan u odnosu na rizik koji nosi. Takve situacije su česte i prilikom ulaska novog proizvođača, već standardizovane usluge ili proizvoda, na tržište, pri čemu riskiranje nije svojstveno potrošaču zbog čega se opredeljuje za već postojeće stanje (proizvod ili uslugu).

Postoji nekoliko načina koji mogu da utiču na promenu potrošačeve svesti kao što su učenje na osnovu iskustva ili saveta drugih (potrošača, porodice, prijatelja ili posrednika). Prilikom procene predstojeće informacije, potrošač mora voditi računa o solventosti prethodnog iskustva. Iskustva prodavca se uvek po prirodi stvari prihvata sa rezervom iz razloga što se po automatizmu takva vrsta iskustva shvata kao reklamiranje proizvoda.

Čak i stečeno pozitivno solventno iskustvo, može za posledicu imati potrošačevu inertnost prilikom mogućnosti optiranja jer se potrošači često vode pouzdanošću nekog proizvoda, čak kada je cena po kvalitetu istog proizvoda, niža ili

8 Administrativna procedura u smislu dugačkog formularnog postupka za raskidanje ugovorne obaveze, iako besplatna, potrošač često odustaje od svoje namere. Primer, zvaničan upit banci za raskid ugovora, na koji ona odgovara zvaničnim obaveštenjem koje se šalje na adresu korisnika, koji popunjeno mora da vrati nazad u banku, što može da traje i nekoliko dana, a ukupan period i po nekoliko sedmica. Takvi postupci su bili česti početkom 90-tih godina u Evropi, kako bi u naletu jače konkurencije i pristupanju bankarskog sektora zajedničkom tržištu Evropske zajednice, zadržali postojeće korisnike. Takva procedura ne sadrži izlaznu naknadu (exit fee eng.). Takođe, poznati su slučajevi u praksi da se prekid saradnje sa bankom vrši isključivo u filijali u kojoj je otvoren račun, što u slučaju promene prebivališta može da ima značajan uticaj na inertnost potrošača da odustane ako se ta filijala nalazi u drugom, udaljenijem mestu imajući u vidu troškove promene.

9 Kao čest primer u praksi se navodi iskazana volja potrošača u nameri da putuje 40 minuta kroz grad kako bi iskoristio popust od 50% za olovku kojoj je tržišna cena u njegovoj blizini 3000 dinara, ali ne bi putovao isto ili znatno kraće vreme za popust od 1500 dinara na televizor čija je vrednost 60.000 dinara. Takođe, problem kompleksnih cena (3 za 2 ili 5 za 1300) vodi ka potrošačevoj sklonosti težeg sabiranja apsolutne vrednosti određene povoljnosti.

10 Office of Fair Trading, *What Does Behavioural Economics mean for Competition Policy*, Office of Fair Trading research paper, London 2010.

jednaka ceni proizvoda odnosno usluge za koju je potrošač vezan. Slično je i sa reputacijom¹¹ proizvođača, kao i same zemlje u kojoj se proizvodi određena roba.

Tako, prema dosadašnjim propisima Evropske unije o načinu označavanja porekla robe, ne postoje značajnija ograničenja kada je u pitanju stavljanje oznake „Made in...“ i kad se većinski deo samog proizvoda ne pravi u državi koja nosi oznaku porekla. Naime, oznaku „Made in Germany“¹² mogu da nose proizvodi kod kojih je završna, suštinska, sa privrednog stanovišta opravdana prerada ili dorada, bila u Nemačkoj, iz čega proizlazi činjenica da čak preko 90% proizvoda ne mora da bude proizvedeno u njoj. Nova odluka Evropske komisije da otvori raspravu prema kojoj bi minimum od 45% određenog proizvoda moralo da bude proizvedeno u zemlji koja nosi oznaku porekla, izazvalo je velike polemike u nemačkoj stručnoj javnosti i privredi, gde se grubim procenama došlo do podatka da bi gubitak koji bi taj uslov doneo, iznosio oko 100 milijardi evra. Kroz navedeni primer dolazimo do zaključka da i nosilac zemlje porekla predstavlja automatski brend.

Nedostatak odgovarajuće¹³ informacije o proizvodu odnosno o sadržini usluge, kao sve više prisutan problem, postavlja se kao nova barijera za optiranje odnosno mogućnost izbora. Najveća evropska organizacija za zaštitu potrošača, britanski ‘Which?’ je objavio analizu¹⁴ u okviru koje je izneo informaciju da se skoro 10 miliona korisnika u Britaniji nalazi na pogrešnoj mobilnoj tarifi, kao rezultat isključivo loše informisanosti. Ova analiza prilikom procene nije utvrđivala da li su potrošači mogli novčano da kvantifikuju troškove koju nosi odabir određene tarife, čime su potcenili ili precenili svoje mogućnosti i potrebe.

Sa današnjim stepenom razvijenosti tehnologije i sveopšteg pristupa informacionim tehnologijama, potrošač ne dolazi u direktan, neposredan kontakt sa dobavljačem odnosno proizvođačem određene usluge ili proizvoda. Takav pristup za svrhu ima skraćivanje odnosno eliminaciju nepotrebnih troškova kako prilikom korišćenja usluge i proizvoda tako i mogućnosti optiranja, omogućavajući na takav način pristup većem izboru roba i usluga. Imajući u vidu da se veliki broj transakcija karticom danas odvija preko interneta odnosno novac podiže sa bankomata, potrebno je voditi računa sa posebnom pažnjom o načinu prihvatanja opštih uslova predviđenih ugovorom¹⁵.

11 J.Farrell, C.Shapiro, “Dynamic Competition with Switching Costs”, *RAND Journal of Economics* 19/1988, 123-137.

12 Nastala kao rezultat britanskog diskriminatornog propisa koji se odnosio na označavanje proizvoda iz 1887. godine, kako bi se sprečilo kopiranje britanskih proizvoda od strane Nemačke.

13 Nedostatak odnosno nepostojanje bilo kakve informacije treba razlikovati od nedostatka adekvatne informacije jer dovođenje u zabludu potrošača je često rezultat plasiranja informacije koja nije odgovarajuća.

14 <http://blogs.which.co.uk/technology/mobile-phone-tariffs/millions-of-mobile-users-overpay-on-their-monthly-contracts/>

15 „Prošle godine, kao prvoaprilsku šalu, prodavac video igrice Gamestation je u okviru svojih uslova poslovanja na internet stranici navukao korisnike da prodaju svoju dušu. „Ukoliko želite da aktivirate ovu opciju, prihvatate da predate vašu besmrtnu dušu kao i svako postojeće pravo koje posedujete nad njom u roku od 5 radnih dana od trenutka prijema pisanog obaveštenja od gamestation.co.uk ili ovlašćenog predstavništva.“ Tog dana 7, 500 korisnika je izvršilo kupovinu sa navedene internet stranice. Svi do jednog su štiklirali kvadratić prihvatajući uslove, i niko nije primetio ništa.“ - Lucy Kellaway, *Financial Times*, 23 January 2011.

U Srbiji, kao problem sa bankomatima, javlja se u vidu preliminarne ponude za podizanje novca. Bankomat kao elektronska ispostava banke, vam nudi da obavite ugovornu transakciju isplate sa računa, tako što vam daje nekoliko opcija novčanih iznosa da podignete (npr. 800, 2000, 7000, 12000)¹⁶ uz opciju „drugi iznos“. Imajući u vidu sklonosti potrošača, ovakva ponuda bi se mogla smatrati nepravičnom, jer dovodi u zabludu potrošača da nije moguće podići i manji iznos (npr. 600 ili 400)¹⁷. Kao ispravan način i jedino rešenje jeste ukazivanje na dostupne apoene tog bankomata, odnosno apoene koji su u opticaju u državi (npr. 200, 500, 1000, 2000, 5000). Takođe u ovakvim situacijama usaglašena praksa među bankama ili postojanje odgovarajućeg propisa bi mogao da poboljša fluktuaciju potrošača.

I poslednje, reklamiranje proizvoda odnosno reklama kao takva, predstavlja čest oblik skraćivanja troškova prilikom optiranja odnosno odabira adekvatnog proizvodnog supstituta, omogućavajući informaciju i izbor potrošaču bez dopunskog napora odnosno troška prilikom potrage. Ali i u takvim situacijama dovođenje u zabludu potrošača oko tehničkih karakteristika i cene određenog proizvoda ili usluge su česti, što predmet regulacije drugih pravnih akata Evropske unije koji nisu predmet ovog rada.

3. AUTOMATSKO OBNAVLJANJE I AUTOMATSKO PRODUŽAVANJE POSTOJEĆEG UGOVORA

Potrošači su često nesvesni eventualnih implikacija direktno vezanih za trajanje ugovora koje mogu da proizađu nakon što je ugovor završen i obaveze izvršene. U zavisnosti od predmeta ugovora i vrste obaveze koja prozlaži iz njega, potrošačka iščekivanja su različita. Od stava da bi obnavljanje ugovorne obaveze trebalo da bude predmet novog pregovaranja ako je svrha ugovora ispunjena na odgovarajući način, do toga da bi u svakom slučaju potrebno ispregovarati nove odredbe imajući u vidu da određene okolnosti nisu bile srazmerne.

Situacija se dodatno komplikuje ako se obnavljanjem predviđa uvođenje dodatnih odredbi kojima se dopunski uređuju određene situacije kojima se prvobitni položaj potrošača pogoršava. Najčešće to su odredbe kojima se menja sistem¹⁸ plaćanja odnosno cena određene usluge koja je prvobitno bila niža, u nekim slučajevima i odredbe kojima se vrši distribucija usluge. Ovu situaciju je potrebno razlikovati od takozvane probne upotrebe (free trial eng.) nakon čega bi po pravilu potrošač trebalo da odluči da li je zadovoljan uslugom ili proizvodom. Potencijalni

16 Primer je uzet sa bankomata jedne banke, dok ostale banke na različite načine vrše ponudu sredstava čime se dodatno potrošač zbunjuje, što kao posledicu može dovesti i do problema sa optiranjem. Takođe, primećena je različitost ponude bankomata u zavisnosti od raspoloživih sredstava na računu.

17 Ne ulazeći u analizu trenutnog novčanog stanja na računu potrošača (da li potrošač ima samo 400 dinara, ili pak ima na raspolaganju kreditnu karticu), njegovu procenu potreba itd.

18 Obračunski period, način obračunavanja itd.

problem sa pobijanjem klauzule koja se odnosi na obnavljanje ugovorne obaveze može biti ako je proizvod specijalno adaptiran za potrebe potrošača ili ako je potrošaču ponuđena određena povoljnost u ugovoru.

Specijalno adaptirani (custom made eng.) proizvodi su oni koji prilikom izrade uzimaju u obzir određene preferencije potrošača, i u skladu sa adaptacijom, potrošač postaje zaključan imajući u vidu da su troškovi promene odnosno mogućnosti izbora suženi. Kod specijalno adaptiranih proizvoda i njegovog uticaja na politiku konkurencije kao proizvoda, nailazimo na problem prilikom definisanja relevantnog tržišta. U takvoj situaciji, zbog nepostojanja „adekvatnog“ supstituta, nije moguće sa tačnošću odrediti relevantno tržište, ali kroz trošak prelaska kod drugog dobavljača se može izvesti suspsstitut ponude. Problem sa politikom konkurencije sa tog stanovišta se ne može gledati iz ugla primarnog tržišta, na kome je moguća teoretski i savršena konkurencija, već sa eksploatacijom naknadnog tržišta¹⁹ o čemu će kasnije biti reči.

Drugačija situacija postoji kada je ugovorom ponuđena određena pogodnost, koja prestaje istekom određenog vremenskog perioda a nastavlja automatskim pod uslovima sa nepovoljnijim sadržajem po potrošača, koji ima identičan efekat kao dopunska odredba kojom se menja sistem plaćanja ili cena. Česte su situacije kada je ugovorom u određenom trajanju predviđen popust na korišćenje određene usluge, čijim prestankom automatski se nastavlja kroz redovne okvire ugovorne obaveze, pri čemu potrošači precenivši svoje mogućnosti, ostaju zaključani u ostatku ugovorne obaveze²⁰.

Takođe, u praksi su poznate da i pored isteka ugovorne obaveze, određene odredbe će i dalje obavezivati potrošača, zbog vezanosti samog proizvoda za odgovarajući zakonski propis ili ugovornu odredbu a i time vlasnika samog proizvoda. Takvi propisi su često podzakonski akti kojim država uvodi obavezu uspostave određenih standarda, koje dobavljači usluga mogu da zloupotrebe i posredno zaključaju korisnika²¹.

Često viđen primer u praksi predstavlja i situacija sa tzv. kodiranim telefonima, čija upotreba se vezuje za korišćenje mreže određenog mobilnog operatera. Prilikom kupovine mobilnog telefona uz odgovarajuću ugovornu obavezu koja se odnosi na korišćenje određenog vremensko ograničenog paketa usluga, mobilni telefon je moguće isključivo koristiti uz karticu koja omogućava pristup mreži sa kojom je potrošač zaključio ugovor²². Problem nastaje kada je ugovor zaključen na godinu dana a garancija na mobilni uređaj iznosi 2 godine. Nakon isteka ugovorne obaveze, preostala garancija (u ovom slučaju 1 godina) na tehničku i softversku ispravnost tehničkog uređaja će važiti samo ako se telefon ne dekodira, odnosno ne izbriše softver koji omogućava korišćenje telefona kod isključivo jednog

19 Garancija, zamena delova, servisiranje, obuka radnika itd.

20 Više o prećenjivanju odnosno potćenjivanju svojih sposobnosti vid. S. Della Vigna and U. Malmendier, "Paying Not To Go To The Gym", *The American economic review* 96(3)/2006, 694-719.

21 Npr. 1) sistem atestiranja plinskih uređaja na automobilima 2) garancija na tehničke uređaje.

22 Postojanje odgovarajućeg softvera onemogućuje da se telefon koristi uz karticu drugog mobilnog operatera – kodiranje.

mobilnog operatera. Takva situacija se može smatrati produžavanjem ugovorne obaveze sa dobavljačem usluga prilikom čega potrošač biva zaključan u ugovornu obavezu. Iako će potrošač imati mogućnost da bira različit paket usluga (drugu tarifu), ovaj eksterni efekat dovodi do povećavanja odnosno održavanja postojećeg tržišnog udela dobavljača. Naravno, potrošač uz malu sumu novca može izvršiti dekodiranje navedenog softvera i koristiti usluge drugih operatera ali tada ostaje bez mogućnosti zaštite od eventualnih kvarova koju pruža garancija.

Veliki problem u stručnoj javnosti je izazvalo obračunavanje neiskorišćenosti paketa usluga predviđenih određenom mobilnom tarifom.²³

U situacijama kada potrošač ima mogućnost da izađe uvek iz ugovorne obaveze, slanje akontacionih računa²⁴ bi se moglo smatrati nepravičnom ugovornom praksom, jer se svaki akontacioni račun može shvatiti kao ugovorna ponuda koja na kraju vremenskog perioda predviđenog u računu prelazi u ugovornu obavezu.

Prihvatanje produžavanja odnosno obnavljanja ugovorne obaveze je često zbog nedostatka interesovanja potrošača da istražuje dalje, odnosno nedostatka želje za optiranjem čak i informacijom da je moguće optirati.

Automatsko obnavljanje odnosno produžavanje ugovorne obaveze može da utiče direktno na uspostavljanje barijere ka efikasnoj konkurenciji na tržištu, zaključavajući potrošače dugoročnim ugovorima sa malo koristi prema potrošaču. Razvikanje takvih ugovornih odredbi, bez pravovremene reakcije određenog organa vlasti ili organizacije koja zastupa interese potrošača, u skladu sa definicijom i analizom relevantnog tržišta, može se povući paralela sa uspostavljanjem dominantne pozicije, a naročito prilikom analize efekata koje nosi eventualna koncentracija dva privredna subjekta koja obavljaju istu delatnost, imajući u vidu da odobravanje nosi umanjenje optiranja (geografski aspekt relevantnog tržišta).

Da li potrošač mora da iskaže aktivnost (aktivnu reakciju) prilikom optiranja da izađe iz ponovne ugovorne obaveze? Da li je to njegova prirodna obaveza ili se pak smatra obavezom prodavca da predloži novi ugovor?

Imajući u vidu potrošačke sklonosti kao olakšavajuću okolnost koja vodi ka njegovoj inertnosti, i mogućnost zloupotrebe potrošačke ranjivosti od strane dobavljača odnosno proizvođača usluge, smatramo da je obaveza da predloži novi ugovorni ciklus na strani proizvođača odnosno dobavljača kao i obaveza da prilikom završetka ugovorne obaveze na jasan način obavesti potrošača o njegovim daljim opcijama. U suprotnom takve situacije mogu biti osnov za iskorišćavanje potrošača u beskonačnom krugu automatizma, što posledično može da vodi ka održavanju tržišnog udela privrednog subjekta. Takođe, po ovom osnovu mora da se na jasan način i izjasni zakonodavac, jer svaka nedefinisanaost u smislu neodređenosti rokova izjašnjavanja može biti osnov za različito tumačenje odredbi.

Činjenica je da automatsko produžavanje odnosno obnavljanje ugovorne obaveze nosi posledice koje se direktno manifestuju na tržište u vidu ulaznih barijera

²³ Vid. str. 11.

²⁴ Kablovski operater koji istovremeno šalje tri pojedinačna računa za naredna tri meseca.

prema drugim privrednim subjektima. S tim u vezi, svako umanjeno mogućnosti optiranja kao posledice automatskog produžavanja, dovodi do toga da nepravična ugovorna obaveza služi za održavanje postojećeg odnosno povećanje tržišnog udela. Bez obzira da li je obnovljenim/produženim ugovorom i dalje predviđena povoljnost iz originarnog ugovora, prilikom eventualne koncentracije dva konkurenta, na postojanje takvih barijera bi se moralo reagovati sa stanovišta ekonomske snage privrednog subjekta. Za slučaj da novi (produženi, obnovljeni) ugovor predviđa nepovoljnije okolnosti po potrošača, u zavisnosti od tržišnog udela i uz ograničenje daljeg optiranja, takva praksa bi se mogla podvesti pod zloupotrebu dominantne pozicije.

4. OTKAZIVANJE I IZLAZNE KLAUZULE

Imajući u vidu da se prema vremenskom intervalu trajanja odnosno dužine ugovorne obaveze, potrošački ugovori mogu podeliti na kratkoročne i dugoročne, jedna od osnovnih pretpostavki o „otkazivanju“ kao posledično neprihvatanje ugovorom nastalim obavezama, jeste njena povezanost sa dugoročnim ugovorima. Retkost je da se na ovaj problem nailazi u kratkim i frekventnim²⁵ kupovinama. Otkazivanje kao problem se svodi na indirektnu odnosno posrednu zabranu otkazivanja ugovora. Najčešće se manifestuje kroz postojanje određenih izlaznih klauzula. Izlazne klauzule se u ovakvim slučajevima manifestuju kroz postojanje plaćanja određene izlazne naknade (naknada za otkazivanje ugovorne obaveze) ili kroz obavezivanje otkaznih rokova. U oba slučaja potrošač postaje zaključan bez mogućnosti brzog i efikasnog otkazivanja ugovora, pri čemu se često opredeljuje da do kraja ispuni ugovornu obavezivanje.

U skladu sa odredbama Direktive koje opisuju dozvoljenost jednostranog raskida ugovora, postojanje prolongiranja otkazivanja kroz oblik skrivenih odredbi može imati direktni uticaj na konačni obračun troškova otkazivanja.

Iako su na prvi pogled slični, potrebno je napraviti razliku između otkazivanja i raskidanja ugovorne obaveze. Otkazivanje ugovorne obaveze se može smatrati prvim početnim korakom koji vodi ka raskidu ugovora. Ono predstavlja postupak kojim se inicira raskid ugovorne obaveze, što na kraju ne mora uvek i da bude (u daljem tekstu će biti pojašnjeno).

Kao jedan od osnovnih razloga za otkazivanje, čija posledica jeste saznanje potrošača da mu određena usluga ili proizvod više nisu potrebni, jeste sklonost potrošača da često preceni svoje mogućnosti i potrebe prilikom zaključivanja dugoročnih ugovora. Kao uzrok, često se navodi kratak period za odlučivanje (nekad i kao posledica nasrtljivog reklamiranja) ili prevelika želja za posedovanjem određenog proizvoda ili usluge, potcenjivajući posledice koju ugovor nosi.

Kako bismo napravili jasniju razliku u otkazivanju, na temelju transparentnosti ugovornih odredbi odnosno pozicioniranju odredbi u ugovoru, izvršićemo podelu na odredbe koje se nalaze u srži ugovora i na skrivene odredbe.

²⁵ Frekventne ili česte kupovine su one kupovine koje se vrše u kratkom vremenskom intervalu i najčešće se odnose na transakcije koje ne zahtevaju detaljniju razradu ugovornim odredbama.

Ako su odredbe koje se odnose na otkazivanje ugovornih obaveza nalaze u okviru glavnog dela (srži²⁶) ugovora, njihovo poštovanje će se očekivati od strane potrošača pod uslovom da su pisane na jasan i razumljiv način. Iako postoji u teoriji problem da li i takve ugovorne odredbe treba da budu predmet ispitivanja pravičnosti, imajući u vidu sklonosti potrošača, praksa u zemljama članicama je ukazala da su takve ugovorne odredbe ipak obavezne.

Za razliku od transparentnih, izričitih odredbi ugovora, skrivene su one odredbe koje ne predstavljaju srž ili se ne nalaze u srži ugovora već se nalaze u delovima ugovora koji se ne odnose na navedenu materiju ili su ispisani malim slovima (petitom). Često se mogu naći u drugim aktima²⁷ prodavca na koje se poziva ugovorna obaveza (dugačak administrativni proces).

Odredbe koje se odnose na otkazivanje a koje su pisane malim slovima potrošač često nije u mogućnosti da najbolje razume, jer ako se uzmu u obzir okolnosti kojima se vodi prilikom potpisivanja pod kojima potpisuje njegova pažnja je usmerena na srž ugovora. U drugim situacijama kada nisu ispisane malim fontom, potrošač teško može da shvati svoje potrebe (pogotovo za proizvode i usluge za koje postoji preduslov koji se odnosi na pretplatu ili članstvo, gde potrošač ne može unapred da shvati vrednost proizvoda) te u skladu sa tim i ne obraća pažnju na odredbe kojima se propisuje otkazivanje.

Na samom početku smo objasnili da su moguća dva načina otkazivanja, jedan, koji se sprovodi kroz naplatu troškova otkazivanja, i drugi koji zahteva dugačke otkazne rokove. Međutim, kao sve češći način prolongiranja otkazivanja ugovornih obaveza, primećuje se dugačak administrativni proces koje nosi otkazivanje o kojem će kasnije biti reči.

4.1. Naknada za slučaj otkazivanja ugovorne obaveze

U slučaju kada naplata troškova zbog otkazivanja ne predstavlja sastavni deo srži ugovora, u skladu sa opštim očekivanjima da trgovac ne bi trebalo da profitira iz malih slova²⁸, naknada zbog otkazivanja ne bi trebalo da bude postavljena više od realnog troška koji prodavac ima prilikom otkazivanja. Naknada bi trebalo da se sastoji od administrativnog troška koji ima prodavac prilikom izdavanja otkazivanja ugovora uvećanu za naknadu za gubitak poslovnog prihoda usled otkazivanja.

Početa tačka za obračun uvećanja naknade za gubitak bi trebalo da bude vrednost preostale ugovorne obaveze koja će zbog otkazivanja biti neispunjena. Vrednost preostale ugovorne obaveze bi trebalo takođe da bude umanjena za dobitak u slučaju da se preostala kapaciteti neispunjene obaveze može preprodati ili umanjena

²⁶ *Core term of the contract/Core of the contract/Main subject* (eng.).

²⁷ Praksa bankarskog sektora u Srbiji je bila da se obračun kamata na određenu vrstu kredita vrši u skladu sa „poslovnim politikom banke“, dok u mobilnoj telefoniji u skladu sa „opštim uslovima mobilnog operatera“ koji su podložni relativno često izmeni bez direktnog obaveštavanja potrošača (kućna adresa), već u vidu prezetacije na internet stranici, koja često nije u prvom planu.

²⁸ Ako je petitom (malim slovima) predviđen dodatni trošak.

za troškove održavanja preostale ugovorne obaveze. U svim slučajevima, trgovac ne bi smeo da profitira više nego da je ugovorna obaveza ispunjena. Takođe, u zavisnosti da li je ugovor sa fiksnim rokom završetka ugovorne obaveze odnosno poseduje automatsko produžavanje, zavisi i eventualni prihod na koji je računao prodavac.

4.2. Obračun naknade za prevremeno isplaćenu ugovornu obavezu

Stručna javnost je i dalje podeljena zbog problema sa prevremenom otplatom novčanog dela ugovorne obaveze²⁹ u sektoru mobilne telefonije i interneta. Pitanje je prosto: Šta se dešava sa preostalim neiskorišćenim povoljnostima u skladu sa mobilnom tarifom/internetom, u slučaju prevremene otplate ugovorne obaveze? Uzmimo za primer situaciju gde je raskid ugovorne obaveze od 24 meseca, izvršena nakon svega nekoliko meseci. Praksa je pokazala da se obračun naknade za terminaciju prevremene ugovorne obaveze vrši prostim sabiranjem preostale ugovorne obaveze u novčanom smislu, uz dodatak eventualne izlazne naknade. Iako deluje najracionalnije na prvi pogled, nejasno ostaje šta je urađeno sa preostalim minutima, porukama, megabajtima. Da li su dati na raspolaganje potrošaču i ako nisu da li ih dobavljač usluga može preprodati? Takođe, sa stanovišta mogućnosti dalje preprodaje, problem se može javiti i prilikom računovodstvenog knjiženja jer se postavlja pitanje koliko košta proizvodna jedinica jednog minuta, poruke, megabajta. Dobavljač usluge knjiži prihod od celokupnog ispunjenja ugovorne obaveze tj. kao da ostatak nije stavljen na raspolaganje potrošaču, ali i tada, u zavisnosti od koštanja proizvodne jedinice, ostaje mogućnost da preostale usluge preproda i na taj način ostvari određenu vrstu ekstra dobiti. Iz navedenog možemo zaključiti da se dobavljač nalazi u povoljnijem položaju, kao i da nije u potpunosti ispunio ugovornu obavezu, te u skladu sa tim, ovakvu nesrazmeru između obaveza potrošača i dobavljača ugovora treba tumačiti kao nepravičnom, a obračun izvršiti kao kod gore pomenute naknade za slučaj otkazivanja ugovorne obaveze.

4.3. Otkazni rokovi

Postojanje otkaznih rokova³⁰ uz novčane izlazne klauzule predstavljaju jedan od najčešćih vidova ograničavanja potrošačkog prava izbora u smislu promene prethodno izabranog dobavljača usluga. Činjenica je da svaki otkazni rok sam po sebi predstavlja određeno ograničavanje, ali postavljanje dugačkog ili nesrazmernog otkaznog roka od strane prodavca se smatra nepravičnim postupkom koji bi trebalo da vodi ka ništavosti navedene odredbe. Praksa je ukazala da prodavci/dobavljači usluga mogu predvideti i minimalni³¹ period korišćenja određene usluge.

29 Prevremena otplata se neće odnositi na sektor finansijskih usluga imajući u vidu da direktiva o nepravičnim ugovornim odredbama ne pokriva taj segment zaštite.

30 Vremenski period koji se odnosi na obavezu najavu otkazivanja ugovorne obaveze, odnosno period koji označava minimalni period poštovanja ugovorne obaveze.

31 Prema ugovoru o pretplatničkom i korisničkom odnosu mobilne telekomunikacione mreže VIP MOBILE doo, „*Pretplatnik ne može da raskine pretplatnički odnos u roku od 90 dana.*“

Prodavac je prilikom „izračunavanja“ otkaznog roka, morao voditi računa o eventualnim posledicama koje nosi otkazivanje. Tumačenje nesrazmernosti otkaznog roka se može sagledati kroz prizmu namere prodavca da zaključa i eksploatiše potrošača, ne uzimajući u obzir eventualne gubitke zbog odlaska potrošača, jer bismo u takvoj situaciji morali da uzmemo u obzir i ukupne troškove koje potrošač ima prilikom prelaska³².

Prodavci bi trebalo da ugovorom predvide „razumnu“ klauzulu koja pokriva izlaznu naknadu kao i otkazne rokove koji su prethodno ispregovarani na bazi od slučaja do slučaja osim ako takav ugovor pripada određenoj grupi ugovora.

U zavisnosti da li postoje standardizovani otkazni rokovi, tj. ako postoji propis koju ukazuje na maksimalan broj dana ili u skladu sa tipskim/modeliranim ugovorima prema kojima je unapred ustanovljena praksa da se propiše određeni broj dana, takvi rokovi se ne mogu smatrati nepravičnim osim u nekoliko situacija: 1) ako organizacije potrošača odnosno nadležno telo nije bilo uključeno ili obavješteno pri donošenju takve odluke 2) u slučaju da postoji restriktivni sporazum ili praksa između više učesnika na tržištu.

U drugoj situaciji, kroz tumačenje ujednačenih ugovornih obaveza koje nisu nastale kao posledica državne intervencije i uz saglasnost predstavnika potrošača, može predstavljati osnov za analizu postojanja restriktivnog sporazuma u vidu dogovorne prakse, sa aspekta cilja ugovora koji bi u ovom slučaju bio podela odnosno održavanje postojećeg nivoa tržišnih udela kompanija, i uz posledično onemogućavanje potrošačima pravovremeni izlazak iz ugovorne obaveze i promenu. Postojanje takvih odredbi bi se sagledavao kroz prizmu vremenskog intervala postojanja takvih odredbi odnosno vremenskog perioda korišćenja istih od strane privrednih subjekata u srazmeri sa vremenskim periodom stagnacije tržišnih udela konkurenata. Dok bi značajan parametar predstavljao uslov nemogućnosti optiranja.

5. FORMULARNI UGOVORI

Upoređujući različite modele ugovora, moguće je identifikovati postojanje određenih izraza i odredbi koji se često koriste i ponavljaju u ugovorima koji pripadaju određenoj grupi ugovora ili sektoru industrije, odnosno moguće je identifikovati ugovore čija je sadržina unapred pripremljena.

Pod sektorskim ugovorima se podrazumevaju ugovori koji sadrže odredbe koje su svojevrsne određenom obliku prodaje robe odnosno pružanja usluga, kao i pripadnost određenom sektoru industrije. Takvi su npr. ugovori koji pokrivaju

³² Razlog za prelazak kod drugog dobavljača usluga često nije materijalne prirode već nemogućnost dobavljača da profesionalno vrši svoju ugovornu obavezu, pri čemu je potrošač sreman da plati više ako bi se ista usluga obavljala profesionalnije. Na tržištima u razvoju prilikom prelaska sa jednog kod drugog mobilnog operatera, pored povoljnosti koje pruža drugi operater, ako ih ima uopšte, kao drugi razlog se često navodi neprofesionalizam predašnjeg operatera. Slična situacija je i u bankarskom sektoru.

oblast usluga u telekomunikaciji, ugovori sa kablovskim operaterima ili ugovori koji se odnose na usluge od opšteg ekonomskog interesa. Međutim takve ugovore je potrebno razdvojiti od formularnih ugovora (tipskih ugovora)³³, prema kojima sektorski mogu samo predstavljati oblast primene formularnih, kao što je to slučaj sa telekomunikacionim uslugama i ugovora iz oblasti mobilne telefonije. Formularni ugovor sadrži osnovne elemente jednog ugovora a služe za pospešivanje i ubrzavanje administrativnih i tokova transakcije. Primera radi, u domaćoj praksi na takve ugovore se najčešće nailazi prilikom kupoprodaje nepokretnosti i automobila³⁴.

Modelirane ugovore, direktiva o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima prepoznaje kao formularne ugovore, odnosno ugovore pri čijem sastavljanju je postojao izostanak aktivnosti potrošača i koji se smatra da nije individualno ispregovaran. Najšćeci primer u praksi predstavlja postojanje generalne ponude odnosno postojanje opštih uslova pod kojima ponudilac nudi zaključenje ugovora. U suprotnom činjenica je da izrada standarda za modelirane i sektorske ugovore mogu biti od velikog značaja za ovu oblast jer se mogu izbeći nepravične odredbe, kroz identifikaciju čestih slučajeva zloupotrebe određenih termina, dok se sa druge strane i sam proces zaključivanja ugovora ubrzava kroz dodatno smanjenje troškova³⁵.

Identifikacija određenih nepravičnih odredbi može i izvršiti ujednačavanje sudske prakse, čime bi se dodatno kreirali kriterijumi za korpus ugovora. Kao što je i ranije navedeno kroz primer postojanja ujednačenog otkaznog roka, u situacijama kada se u velikoj meri preklapaju opšti načini regulisanja obaveznih elemenata ugovora odnosno ostalih odredbi koji ne predstavljaju uslov obavezne inkorporisanosti (bez učešća relevantnih tela za zaštitu potrošača), iako su u pitanju konkurenti, mogu se podvesti pod predmet istrage povrede konkurencije, kao posledice eventualnog postojanja restriktivnog sporazuma i drugih oblika povreda.

6. UGOVORNI ODNOS SA POVEZANIM TRANSAKCIJAMA, DEFINICIJA NAKNADNOG TRŽIŠTA

U engleskoj i američkoj literaturi reč „*aftermarket*“ ima svoje mesto, međutim prevod navedene reči u kontekstu sekundarnog tržišta odnosno naknadnog tržišta koje nastupa kao posledica ugovorne obaveze iz primarnog, u domaćoj literaturi ne postoji. Prvi put u pravnoj tekovini EU predmet zaštite konkurencije je identifikovan na naknadnom tržištu kroz slučaj Tetra Pak³⁶.

33 Adhezioni ili formularni ugovori predstavljaju ugovore po pristupu odnosno prihvatu, čija se sadržina unapred poznaje odnosno predstavlja.

34 Ugovor o kupoprodaji motornog vozila se može skinuti sa interneta ili kupiti u knjižarama blizu opština gde se vrši overa. Sadrži sve potrebne elemente, a upisuju se samo imena i mesto prebivališta ugovornih strana kao i broj šasije.

35 U ovakvim situacijama nije potrebno angažovati advokata odnosno odgovarajućeg posrednika čije usluge se naplaćuju.

36 Case T-83/91 *Tetra Pak v European Commission* [1994] ECR II-755

Sama definicija bi trebalo da bude dovoljno fleksibilna kako bi dopustila da se izvrši analiza efekata ugovora i njegovog uticaja na ostala tržišta prilikom vršenja primarne transakcije. U većini slučajeva primarna transakcija se vezuje za primarno tržište dok se efekti koje ugovor nosi ogledaju na sekundarnom odnosno posledičnom tržištu.³⁷ Razlog za ovakvu konstataciju predstavlja činjenično stanje koje ukazuje da se svaka primarna transakcija logički uvek dešava na primarnom tržištu.

Naravno, sekundarno tržište može stvoriti efekte i na tercijalnom³⁸ tržištu, te u skladu sa navedenim, korišćenje termina naknadnog tržišta je prihvatljivije ali radi lakšeg razumevanja materije koristimo oba.

6.1. Zaštita potrošača od nepravinih odredbi u ugovorom povezanim transakcijama i naknadnom tržištu

Potrošači, vodeći se vidljivim i razumljivim delovima ugovora, često nesvesni posledica i budućih implikacija koje nosi, voljno prihvataju ugovorne obaveze na primarnom, ugovorom obuhvaćenom tržištu, kako bi ostvarili određene povoljnosti ili korist na sekundarnom, naknadnom tržištu. Tim povodom Direktiva o nepravinih odredbama u potrošačkim ugovorima prema članu 4 daje prostora za procenu nepravinih karaktera ugovornih odredbi u skladu sa prirodom dobara ili usluga koji su predmet ugovorne obaveze, uzimajući u obzir sve okolnosti pod kojima je zaključen, kao i sve druge odredbe tog ili nekog drugog ugovora od kog prvi ugovorni odnos zavisi³⁹.

U idealnoj situaciji, potrošači bi trebalo da budu svesni svih dodatnih informacija prilikom ulaženja u ugovorne obaveze (o predmetu ugovora), kao i o eventualnim sekundarnim posledicama koje nastaju na naknadnom tržištu, dok bi prodavci odnosno pružaoci usluga trebalo da ih saopšte. Zbog ograničenosti potrošačeve sposobnosti o poimanju celokupne informacije, kao i nemogućnosti objektivnog analitičkog pristupa, često nesvesno ulaze u ugovorne obaveze čije efekte je tek moguće sabrati na naknadnom tržištu.

Informacije bi trebalo da omogući prodavac pre potpisivanja ugovora, kako kroz razjašnjenje određene terminologije ili isticanjem važnih odredbi kao i posledica koje nose. Ne sme se očekivati da trgovac može predvideti sve posledice⁴⁰, ali se mora oče-

37 Prvi slučaj u američkoj istoriji koji je značajno uticao na definiciju naknadnog tržišta, detaljnije vid. C. Shapiro, "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", *Antitrust Law Journal* 63/1995, 483-511.

38 Kupovina mobilnog uređaja kao sekundarnu posledicu zaključivanja primarnog ugovora sa mobilnim operatorom o korišćenju određenog paketa usluga, u slučaju kvara mobilnog uređaja, servisiranje navedenog uređaja se može podvesti pod tercijalnim posledičnim tržištem.

39 Član 4 stav 1 Direktive 93/13/EEZ o nepravinih odredbama u potrošačkim ugovorima „nepravinih ugovorne obaveze će se ceniti uzimajući u obzir prirodu proizvoda i usluga zbog kojih je ugovor zaključen, sagledavajući sve okolnosti koje su pratile zaključivanje ugovora ili ostalih odredbi ugovora odnosno drugog ugovora o kojem je zavisian“

40 Rentiranje automobila, ne znajući da će zbog problema sa upravljačkim sistemom biti povučen sa tržišta od strane proizvođača.

kivati da obezbedi odnosno pruži dovoljno⁴¹ informacija o karakteristikama određenog proizvoda i na takav način pomogne potrošaču da bolje razume ugovornu obavezu.

Zaključivanjem kupoprodajnog ugovora koji se odnosi na primarno tržište, i čime se ostvaruje određena korist i na ugovorom povezanom naknadnom tržištu, teško je odrediti potrošačev stepen iščekivanja korisnosti na sekundarnom tržištu. Razlog se nalazi u činjenično nedovoljnom posedovanju informacija o koristi (proizvodu) koju potrošač iščekuje te i sa minimalnim iščekivanjem korisnosti na naknadnom tržištu, eventualno razočarenje se manifestuje u većem stepenu. Uzrok tome jeste to što se iščekivanje potrošača u ovom slučaju svodi na zbir eventualne korisnosti od oba tržišta (i primarno i sekundarnom), i skladu sa tim razočarenje na jednom posledično vuče sa sobom i drugo⁴².

Reklamni prostor⁴³ koji se posvećuje proizvodu odnosno korisnosti na sekundarnom tržištu je često povod za zaključivanje primarne ugovorne obaveze.

Ovaj pristup je čest u reklamama za besplatnu upotrebu određenog proizvoda ili paketa usluga, takođe nekad se ogleda u vidu poklona ili proizvoda po nižoj ceni ali samo pod uslovom da se ostvari ugovorno obavezivanje za drugačiji povod u okviru primarnog tržišta. Sekundarni proizvod ne mora da bude besplatan, dovoljno je da njegova cena može da bude niža nego u tržišnim uslovima.

Iako postoje različiti načini da se utvrdi postojanje veze između dva ugovora odnosno dve kupovine, u zavisnosti da li je eksplicitno naveden uslov kada ugovorna odredba prvog ugovora upućuje na postojanje ugovorne obaveze na naknadnom tržištu, u situacijama kada ne postoji izričito navođenje veze između transakcija, određivane intenziteta veze može poslužiti kao parametar.

Sekundarno, naknadno tržište često ne podrazumeva postojanje drugog ugovora. U takvim situacijama je još lakše naći vezu između prvog i drugog proizvoda (situacija u kojoj je moguće dobiti dodatni proizvod ili mogućnost korišćenja određene usluge besplatno kao posledica obavljanja određene ugovorne transakcije koja za predmet ima drugačiju vrstu usluga). Problem nastaje onog momenta kada je povod za obavljanje prve transakcije korist koju potrošač ostvaruje na naknadnom tržištu, a ta korist ne ispunjava određena iščekivanja potrošača⁴⁴ i osnovne predušlove saobraznosti⁴⁵.

41 Stavljanje u ponudu rentiranje automobila znajući da postoji mogućnost da će automobil biti povučen, jer je povlačenje već započeto u Americi a postoje najave i za druge zemlje, bi se moglo shvatiti kao neprihvatljivo sa više aspekata (ovde se dovodi u pitanje zaštita potrošačevih bezbednosnih i ekonomskih interesa istovremeno). Takođe, promocija rentiranja automobila sa povećanom potrošnjom goriva, ne ukazujući na to potrošaču, može se smatrati nepravičnim zbog potrošačevih sklonosti ka nemogućnosti sabiranja apsolutnih troškova.

42 U zavisnosti od predmeta ugovorne obaveze na sekundarnom tržištu. Primera radi, sekundarne ugovorne obaveze se mogu odnositi na servisiranje, kao i na dobra podložna frekventnoj kupovini.

43 Telefon kao oblik iščekivanja korisnosti, čija je tržišna vrednost 500 eura, u reklamnoj ponudi se predstavlja za 1 evro.

44 Dobijanje besplatnog bežičnog internet rutera kao posledica potpisivanja određene ugovorne obaveze, koji ne radi kao što je očekivano (stepen pokrivenosti kvadrature je manji od očekivanog).

45 Saobraznost se sastoji iz identičnosti opisa i svojstva robe i usluga usklađenih sa osnovanim očekivanjima potrošača prema ugovornoj obavezi (npr. sezonske karte za fudbalske utakmice prema kojima nije zagarantovano mesto sedenja).

Drugačija situacija, koja zahteva postojanje drugog ugovora, jeste kada povoljnost koju donosi zaključenje sekundarnog ugovora, čiji je predmet određeni proizvod ili usluga, uz uslove i po ceni nižoj nego u tržišnim okolnostima, uslovljena postojanjem primarnog ugovora sa određenom sadržinom.

Kada je sekundarni proizvod dobijen besplatno ili po značajno nižoj ceni a kao rezultat primarne kupovine, pretpostavka je da takav proizvod mora da ispunjava iste tehničke karakteristike kao da je kupljen u tržišnim uslovima. U skladu sa tim, potrošačeva iščekivanja o stepenu korisnosti su uvećana jer se iščekivanja, u smislu da je proizvod ili usluga pribavljena u tržišnim uslovima, sabiraju sa iznosom povoljnosti koju je potrošač iskoristio prilikom kupovine u netržišnim okolnostima.

Nameće se pitanje da li postoji mogućnost da se otkáže ugovor sa primarnog tržišta usled nezadovoljstva odnosno zbog postojanja nepravičnih klauzula koje su korišćene prilikom sekundarne transakcije (u situacijama da postoje dva odvojena ugovora koji su uzročno posledično vezani), kao i u situacijama iščekivanja od sekundarnog proizvoda. Takve situacije se takođe podložne testu transparentnosti i pravičnosti kojima se teleološki utvrđuje odnos ugovornih strana.

Kako bismo odgovorili na navedeno pitanje, potrebno je odrediti 1) intenzitet veze između primarne i sekundarne transakcije, tačnije između primarnog ugovora i proizvoda koji je dobijen kao posledica (povoljnost) sekundarne obaveze, 2) i definisati na odgovarajući način sekundarno/naknadno tržište. Postavljanje ovakvih definicija je značajno i sa stanovišta politike konkurencije imajući u vidu targetiranje relevantnog tržišta kao preduslova za analizu povrede konkurencije.

Najlakši način da se odredi veza između dva tržišta jeste postavljanje srazmere vrednosti pribavljenih proizvoda ili usluga po tržišnim uslovima (kao da su nabavljeni u odvojenim transakcijama) sa vrednosti proizvoda ili usluga dobijenih pod uslovima pretpostavljene povezane transakcije.

Intezitet se odnosi na jačinu povezanosti između primarne ugovorne obaveze i sekundarnog proizvoda. U slučaju da je zbir vrednosti oba proizvoda ili usluga (sabiranje predmeta ugovornih obaveza primarne i sekundarne transakcije) niži od vrednosti zbira istih proizvoda pod tržišnim uslovima, smatraće se da postoji određena veza između transakcija.

Primarna kupovina (a) vodi ka sekundarnoj transakciji čija je posledica proizvod (b)

Proizvod, usluga (a) = tržišna vrednost

Proizvod, usluga (b) ≠ tržišna vrednost (popust ili besplatno)

Zbir (v) = proizvod, usluga (a) + proizvod, usluga (b)

U odvojenim kupovinama, pod tržišnim uslovima $a+b=v$, dok je u povezanoj transakciji $a+b<v$

U slučaju dokazanog inteziteta veze, a u skladu sa članom 4 Direktive, smatramo da je i posledično tržište podložno konceptu saobraznosti kao preduslovu valjane transakcije.

6.2. Zaštita konkurencije u ugovorom povezanim transakcijama i naknadnom tržištu

U skladu sa navedenim u prethodnom poglavlju, potrošačka korist na sekundarnom/naknadnom tržištu je često uslovljena ugovornom obaveznošću, pri čemu potrošač postaje zaključan.

Sa aspekta namere, u ugovorom povezanim transakcijama, uočljivo je da na različite načine ovakva politika proizvođača odnosno dobavljača usluga može uticati na konkurenciju. Naime, sagledavajući kroz prizmu vertikalnih sporazuma i zloupotrebe dominantnog položaja, nameće se pitanje da li naknadno tržište može biti predmet politike zaštite konkurencije i u skladu sa tim isto podložno i definiciji relevantnog tržišta.

Mogućnost proizvođača da naplati višu cenu od konkurentne za pružanje određene usluge ili proizvod na sekundarnom, naknadnom tržištu, uveliko zavisi i od postojanja odgovarajućeg robnog ili uslužnog supstituta na naknadnom tržištu kao i njegove dostupnosti za potrošača⁴⁶.

Potrošač uvek⁴⁷ može prodati proizvod i uzeti od drugog proizvođača istu robu ili uslugu,⁴⁸ u situacijama kada prvobitni proizvođač podigne cenu proizvoda/usluge na sekundarnom tržištu. Jasno je da u takvoj situaciji potrošač poseduje mogućnost izbora ili promene, međutim problem može da nastane kada potrošač kupi kompleksniji trajniji proizvod, pri čemu prelazak kod drugog proizvođača supstituta može zahtevati određene troškove (preobučavanja osoblja, konvertovanje fajlova, nabavku dodatnog softvera).

Što su veći troškovi prelaska iako postoji mogućnost izbora, potrošač postaje sve više zaključan, te u skladu sa tim proizvođač može iskoristiti trenutnu poziciju i podizati cene do određenog nivoa, bez bojazni da će doći do mogućnosti promene (prebega)⁴⁹.

Potrebno je napraviti razliku između 2 vrste situacija kada zaključavanje potrošača dovodi do jačanja tržišne snage određenog proizvođača: 1) kada je potrošač zaključan na jednom tržištu kao posledica jedine ugovorne obaveze odnosno jednog proizvoda/usluge 2) i kada na primarnom tržištu postoji konkurencija, a da se zaključani potrošač eksploatiše na sekundarnom, naknadnom tržištu⁵⁰.

46 S. Borenstein, J. K. MacKie-Mason, J. S. Netz, "Exercising market power in proprietary aftermarket", *Journal of Economics & Management Strategy* 9(2)/2000, 157-188, 162.

47 Pod uslovom neograničavanja nepravičnom ugovornom odredbom, odnosno ako bi takav proizvod doneo manja prava sledećem korisniku nego da je proizvod ostao kod prvobitnog korisnika, bez obzira da li se radi o besteretnom ugovoru (npr. trgovina garancijom).

48 U stručnoj teoriji postoji neusaglašenost da li je za postojanje sekundarnog tržišta potreban zaseban ugovor odnosno ugovorna odredba koja upućuje (kod servisiranja isključivost važenja garancije) ili je dovoljno postojanje prirodnog posledičnog proizvoda.

49 Kodak, S. Ct. 90-1029 u pasusu 23; "Ako su troškovi prelaska visoki, potrošači koji su već kupili opremu i koji su ujedno zaključani, će tolerisati određeni nivo povećanja cene servisiranja pre nego što promene dobavljača opreme."

50 Ovaj deo se isključivo odnosi na potrošačko-proizvođački odnos, stoga je potrebno napraviti razliku od vezane prodaje između kompanija i rabatnim odnosom koji može da bude predmet druge povrede konkurencije.

U drugoj situaciji, kada postoji konkurencija na primarnom, proizvođač može iznositi tvrdnju da se eksploatacija zaključanog potrošača ne isplati, jer će se informacija o takvom postupku raširiti i na taj način odvratiti potencijalne kupce nateravši ih da koriste usluge drugog dobavljača, a što će dalje prouzrokovati direktan pad prihoda i udar na reputaciju proizvođača.

Nije neophodno da se naplaćuje puna monopolska cena⁵¹ za usluge kako bi se iskoristila ekonomska snaga proizvođača, odnosno gubitak određenog broja korisnika ili potencijalnih kupaca nove opreme ne mora da utiče značajno na pad profita. U slučaju Kodak, Vrhovni sud je stavio do znanja da se čak i monopolisti moraju odreći određenog procenta prodaje u slučaju povećanja cena, dokle god se taj potez smatra profitabilnim⁵².

Imajući u vidu sveobuhvatni odnos prema naknadnom tržištu, može se konstatovati da primarna transakcija predstavlja ulaznu barijeru za sekundarno tržište. Takođe, kod servisiranja kao posledice naknadnog tržišta, problem rezervnih delova i njihova dostupnost može imati drugačije implikacije ako se razmatra sa stanovišta prava intelektualne svojine (npr. patent) gde se to pravo postavlja kao svojevrsna barijera. Ali i takvim situacijama ne mogu svi delovi biti predmet intelektualne svojine⁵³.

U skladu sa navedenim, potrebno je postaviti do koje razmere monopolističko ponašanje na sekundarnom tržištu smanjuje profit na primarnom tržištu.

6.3. Efekat 'vodenog kreveta'

Sa stanovišta normalnog funkcionisanja konkurencije, potrošači moraju da razumeju ugovorne odnose, razmisle o saobraznosti roba i usluga, očekivanjima u suprotnom njihove sklonosti se mogu zloupotrebiti. Efekat vodenog kreveta⁵⁴ predstavlja situaciju kada se eventualni gubitak profita na primarnom tržištu nadoknađuje visokim profitima na sekundarnom tržištu u povezanim transakcijama.

Naime, veliki broj svakodnevnih transakcija potrošačkih dobara, iako na prvi pogled ne izgleda, se mogu podvesti pod robe sa posledičnim efektom. Toneri, ketridži, brijači i baterije su samo neki od posledičnih efekata. Potrošač prilikom kupovine ne obraća pažnju na eventualne eksterne efekte koje mogu kao predmet primarne transakcije proizvesti na naknadnom tržištu. Ako kupite štampač ili brijač, kasnije ste prinuđeni da kupujete ketridže ili oštrice koje su kompatibilne sa njima. Problem se javlja kada je cena predmeta primarne transakcije niska, dok cena sekundarnog (jedinog kompatibilnog) proizvoda značajno visoka.

51 *Virtual*, 957 F.2d 1318 at 1328; "teorija zaključavanja je održiva samo kada proizvođač može da naplati korisniku monopolsku cenu bez straha da će biti zamenjen drugim konkurentom, a kada je korisnik već značajno uložio".

52 *Kodak*, S. Ct. 90-1029 17 "Kodak nije mogao da postavi cene servisiranja ili delova, ne uzimajući u obzir prethodno uticaj takvog poteza na tržište opreme".

53 Npr. gume na automobilu koji izlazi iz fabrike ili jedinstven proizvođač čipova.

54 Prvi put termin efekat "waterbed effect" je korišćen od strane Pola Gerovskog, predsednika Konkurencijske komisije u Velikoj Britaniji.

Kompanije mogu naplaćivati visoke cene potrošačima na sekundarnom tržištu pod uslovom da su oni zaključani za pojedinčanog proizvođača odnosno dobavljača usluga, koji u takvoj poziciji uživa dominantnu poziciju. Kao konačni ishod takve relacije predstavlja ekstremno visok profit na sekundarnom tržištu. Definiciju kompletnog efekta vodenog kreveta možemo sagledati kroz nultu dodatnu zaradu sa oba tržišta, tačnije kada sva zarada sa jednog tržišta potire gubitke na drugom.

Ako primarno tržište „proguta“ celokupan profit sa sekundarnog (a ne samo dodatni profit kao posledica zaključavanja), može se postaviti pitanje, koja je namera privrednog subjekta u takvoj situaciji. Iako je prevashodno namera privrednog subjekta da održi postojeći odnosno da poveća tržišni udeo kroz zaključavanje na sekundarnom tržištu, i funkcionisanjem na nultoj zaradi, takva strategija može dovesti i do obrnutog efekta odnosno do propadanja privrednog subjekta. Takav paradoks se u ekonomskoj literaturi naziva paradoks „izgladnelog monopoliste“⁵⁵. Takođe jačina ekonomske snage na naknadnom tržištu se može odrediti i preko analize kritičkog gubitka kao dopunskog testa za određivanje tržišne moći a koja se svodi na prosto pitanje: Koliki obim prodaje će biti izgubljen za dato hipotetičko povećanje cena i tako dovesti do pada profita preduzeća?⁵⁶

Efekat vodenog kreveta je moguće povezati i sa tzv. „basket buying“, tj. kada određeni trgovinski lanci koji poseduju dominantnu poziciju prema određenim proizvodima, moraju u odnosu na ostale proizvode da se takmiče sa manjim prodavnicama. Proizvod nad kojim imaju dominantnu poziciju se može ponuditi po znatno nižoj ceni (sa niskom ili bez marže, čak i gubicima), očekujući dobitak od marže na drugim, usputnim proizvodima koje bi potrošač kupio, stavio u korpu.

Upoređivanjem stvarnog profita kompanije (sa efektom vodenog kreveta) sa profitom bez efekta, ćemo uvideti da li i u kojoj meri takav efekat zapravo donosi odgovarajuću dobit. Efekat je identičan bez obzira da li postoje ili ne postoje troškovi optiranja, odnosno kada je potrošač zaključan i kada nije. U situaciji da ne postoje troškovi optiranja (kada nije zaključan), savršena konkurencija na primarnom se prelijeva i na naknadno tržište gde je takođe savršena konkurencija, a efekat je da ekonomskog profita nema.

Sa stanovišta politike konkurencije, visina stečenog profita od efekta vodenog kreveta je značajna tako što govori o namerama privrednih subjekata da se uključe u takvu politiku zbog stepena korisnosti koja ona donosi, dok se sagledavanjem naknadnog tržišta kroz prizmu relevantnog tržišta dolazi do nove relacije na kojoj je moguće ispitati sve mogućnosti nastanka eventualne povrede konkurencije od problema sa zloupotrebom dominantne pozicije, restriktivnih sporazuma, dozvole koncentracija.

55 S. Borenstein, J.K. MacKie-Mason and J.Netz. “The Economics of Customer Lock-in and Market Power in services”, *Oslo University*, Oslo 1993.

56 Daniel P. O'Brien and Abraham L. Wickelgren, *A Critical Analysis of Critical Loss Analysis* - Federal Trade Commission research report, 2003.

7. INSTITUCIONALNA ZAŠTITA PREMA NAVEDENOJ PROBLEMATICI*

Imajući u vidu sve prethodno navedeno, dolazimo do zaključka da određene nepravične odredbe u potrošačkim ugovorima, direktno ili indirektno utiču na politiku konkurencije. Iako se domen nepravičnih odredbi u potrošačkim ugovorima kao i efekte koje proizvodi takva odredba isključivo tumače sa staništa zaštite potrošača, eventualni efekat preliivanja na polje konkurencije zahteva reakciju tela nadležnog za zaštitu konkurencije. Tako, u slučaju kada određena nepravična odredba, umanjuje mogućnost optiranja zaključavajući potrošača, efekat koji proizvodi na relevantnom tržištu u vidu održavanja ili povećavanja istog, nadležnim bi trebalo da se oglasi telo za zaštitu konkurencije. U skladu sa navedenim se mora istaći da se reakcija drugog tela očekuje samo kada se povrede nepravičnom odredbom odnose na veći broj potrošača u smislu kolektivne zaštite interesa istih, a ne u pojedinačnim slučajevima ili slučajevima kada efekti takvih povreda ne mogu znatno uticati na tržišno pozicioniranje.

Međutim problem nastaje prilikom definisanja trenutka reakcije nadležnog tela za konkurenciju, u situaciji kada se telo nadležno za zaštitu potrošača oglasi da su određene odredbe u potrošačkim ugovorima nepravične odnosno pravične.

U prvoj situaciji, u zavisnosti načina regulisanosti postupka pred telom nadležnim za zaštitu potrošača, i eventualnog pozitivnog naknadnog sudskog postupka u smislu potvrde prethodne odluke, telo nadležno za zaštitu konkurencije bi trebalo da reaguje u vidu preliminarne istrage ili analize o efektima takvog ponašanja i uticaja na tržište, kao i eventualnim posledicama u slučaju nastavljanja takve prakse. Naravno u takvoj situaciji, telo nadležno za zaštitu konkurencije bi moralo da vodi računa o toku i konačnom ishodu postupka, vodeći se presumpcijom eventualnog prejudiciranja odluke.

U drugoj situaciji, za slučaj kada se nadležno telo za zaštitu potrošača odnosno sudska instances oglasi da se odredbe ne mogu okarakterisati kao nepravične, prema logici stvari telo za zaštitu konkurencije ne bi trebalo da se oglašava. Međutim, ranije smo objasnili pravnu tekovinu EU iz navedene oblasti, koja insistira na određivanju zasebnog stepena⁵⁷ ekonomske snage i tržišne moći određenog privrednog subjekta, te bi se ipak trebalo držati stava da i u takvim situacijama nadležno telo za zaštitu konkurencije ipak reaguje. Ekonomska snaga u tom smislu, održavanja čak i niskog nivoa profita može služiti za postavljanje barijera u ulasku

* Prilikom obrade navedene teme, neće se uzimati u obzir regulisanost institucionalnog i procesnog okvira zbog raznolikosti pristupa u uporednom pravu jer je u nekim državama domen zaštite ekonomskih interesa potrošača i zaštite konkurencije obuhvaćen u nadležnosti jednog tela (*Office of Fair Trading UK*), dok druge države poznaju institut ombudsmana ili drugog oblika institucionalnog organizovanja, odvojenih od tela nadležnih za konkurenciju. Za odgovarajući parametar je uzet trenutak otpočinanja nadležnosti relevantnog tela za zaštitu konkurencije za slučaj postojanja nepravične/pravične odredbe u potrošačkom ugovoru.

⁵⁷ Vid. str. 2.

na određeno tržište, čime bi se takvom politikom privrednog subjekta održavalo postojeće stanje na tržištu.

Zaključak je da bi telo nadležno za zaštitu konkurencije, tek nakon donošenja odluke tela nadležnog za zaštitu potrošača ili po okončanju sudskog epiloga, moglo reagovati na eventualnu povredu. Takođe, moralo bi se voditi računa stepenu jačine uticaja takve povrede na tržište, i na osnovu toga od slučaja do slučaja vršiti ocenu da li takva povreda značajnije utiče na tržišne tokove i u skladu sa tim i pokretati istražne radnje. Takođe, potrebno je napomenuti da ni jedan od navedenih postupaka privrednih subjekata u smislu zaključavanja potrošača, pomenutih u radu, ne potpada pod princip neloyalne konkurencije odnosno nepravičnu poslovnu praksu prema pravnoj tekovini EU, te u skladu sa navedenim *a contrario* se podvodi pod dvostruki princip zaštite. Ovakvim shvatanjem dolazimo do uspostavljanja zaštitnog *circulus vitiosus-a* tj. dvostruke zaštite tržišta sa stanovišta potrošača i sa stanovišta konkurencije.

8. ZAKLJUČAK

Postojanje određenih nepravičnih odredbi u potrošačkim ugovorima, dovodi do posredne ili direktne namere da se potrošač zadrži u ugovornom odnosu bez njegove volje. Stepem potrošačkog zaključavanja u ugovornoj obavezi postaje merilo za mogućnost iskorišćavanja takve pozicije od strane privrednog subjekta, posledično ostavljajući potrošaču minimalan deo koristi neusklađenih sa njegovim iščekivanjima.

Tim povodom, eksploatacija nemogućnosti upoređivanja ostalih ponuda ili nemogućnost optiranja, postaje svojevrsna trgovinska barijera pri ulasku novih konkurentnih privrednih subjekata. Takva praksa ujedno vodi ka izbegavanju pritiska koji tera na inovacije, u smislu razvoja proizvoda ili uvođenja efikasnijih metoda proizvodnje što posledično može da vodi ka povećanju cena sirovina i osnovnih komponenti kod drugih privrednih subjekata a kao krajnji rezultat formiranje veštačkih cena i sveukupnog smanjenog izbora za potrošače. Kroz primere smo uvideli da su čak i mali troškovi optiranja dobavljača usluga ili opredeljenja za drugi proizvod kao što je vreme, osnov za ispitivanje povrede konkurencije.

Ustanovljeno je da postojanje klauzula ili drugih akata koji upućuju na automatsko obnavljanje odnosno produžavanje ugovorne obaveze, u skladu sa definicijom i analizom relevantnog tržišta i tržišne moći, može izazvati problem prilikom analize efekata koje nosi eventualna koncentracija dva privredna subjekta. U slučaju da pravna lica koja su predmet ispitavanja dozvoljenosti koncentracije obavljaju istu delatnost čiji obim poslovanja uveliko zavisi od postojanja dugoročnih ugovora, odobrenje koncentracije može dovesti do dodatnog smanjenja optiranja.

Ujednačavanje sudske prakse, pospešivanje i ubrzavanje administrativnih i tokova transakcija, se može postići kroz postojanje formularnih ugovora urađenih uz učešće relevantnih tela i organizacija za zaštitu potrošača. Ali do po-

stizanja pune usaglašenosti takvih ugovora sa interesima potrošača, privredni subjekti će nastojati da iskoriste sve mogućnosti koje im se pružaju a koje vode maksimizaciji profita. Postojanje ujednačenosti prakse u određenim sektorima, u smislu upotrebe nepravičnih odredi, mogu se podvesti pod predmet istrage povrede konkurencije, kao posledice eventualnog postojanja restriktivnog sporazuma. Međutim, razmena potrošačkih podataka između kompanija na tržištima sa asimetričnim informacijama o potrošačima može da utiče na podsticaj efikasnosti⁵⁸.

Postojnje nepravičnih izlaznih klauzula kojima se određuju određene naknade za napuštanje ugovorne obaveze odnosno određuje obaveza otkaznih rokova, postaju sve češći pravci zloupotrebe na koje se oslanjaju privredni subjekti u nameri da održe odnosno povećaju svoje tržišne udele. Zanimljivo je da se prilikom preuzimanja jednog privrednog subjekta od strane drugog, u velikoj meri analizira poslovna zavisnost od određenog proizvoda ili usluge. Privredni subjekt analizira poslovanje drugog kroz aspekt zavisnosti datog subjekta o određenoj poslovnoj praksi odnosno proizvoda kao i njegovom udelu u poslovanju privrednog subjekta. U zavisnosti od regulative i iskorišćenosti trenutnog pravnog vakuma u regulisanosti ili primeni određenih propisa, proizvođač koji se oslanja na uslovnu zloupotrebu ekonomskih interesa potrošača vrlo lako može izgubiti postojeći udeo nastupanjem izmenjenih okolnosti. U suprotnom, proizvođač može uživati u blagodatima deregulisanosti kroz nastavak zloupotrebe ekonomskih interesa potrošača.

Iako pravna tekovina EU nije dovoljno posvetila pažnje naknadnom tržištu, nove tendencije u prihvatanju teorije vodenog kreveta i naknadnog tržišta ukazuju na značaj svobuhvatnog pristupa politike konkurencije čak i kad na primarnom tržištu postoji zavidan stepen razvijenosti konkurencije. Sa stanovišta potrošača, zloupotreba njegovih sklonosti i eksploatacija dominantnog položaja na sekundarnom tržištu nas navodi da su povezane transakcije podložne ispitivanju pravičnosti pri čemu i Direktiva 93/13/EEZ eksplicitno to navodi.

Imajući u vidu da nisu sve odredbe nepravičnog karaktera u potrošačkim ugovorima podložne oceni povrede konkurencije, one koje su podložne da bi bile razmotrene od strane tela nadležnog za zaštitu konkurencije, moraju u značajnijoj meri da utiču na odnos snaga u tržišnoj utakmici. Na takav način selektivnost pristupa u regulaciji tržišta po ovom osnovu, se sagledava kroz racionalnost aktera zaštite konkurencije i potrošača, da je potrebno samo grube povrede kolektivnih interesa potrošača i drugih privrednih subjekata inkriminisati.

Prenošenje tržišne utakmice između privrednih subjekata na teren zloupotrebe ekonomskih interesa potrošača postaje dovoljan razlog da se nadležna tela za zaštitu konkurencije posvete ovoj problematici. Uporednopravna praksa unutar EU je ukazala na različitost pristupa, ali je svakako prepoznala značaj uključivanja u ovu oblast sa stanovišta tržišnog regulatora.

⁵⁸ U bankarskom i sektoru osiguranja, razmena informacija je normalna sa stanovišta određivanja rizika, kreditne sposobnosti.

S obzirom na problem regulisanosti navedene materije u Srbiji, posebna pažnja bi se trebala posvetiti izradi i daljem jačanju postojećih institucionalnih kapaciteta tržišnog nadzora i zaštite ekonomskih interesa potrošača kao osnovnog preduslova zaštite konkurencije. Puna i pravilna harmonizacija sa pravnom tekovinom EU je preduslov za aktivniji pristup po ovom pitanju. Potrošačka dobrobit predstavlja krajnji cilj u politici konkurencije, pa se sa takvog stanovišta nadležna tela i moraju postaviti prilikom regulacije i ocene eventualne povrede.

Vladimir Antonijević, LL.M.

Advisor at the Group for Internal Market, European Integration Office, Government of the Republic of Serbia

THE IMPACT OF UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACT ON COMPETITION POLICY

Summary

*Basic principle and precondition for market functioning represents perfection of *circulus vitiosus* between competition and consumers, from which consumers set the pace for competition development awarding the best and punishing non compatible undertakings, while the undertakings are competing among themselves for market share and final consumers. Bearing in mind, that large number of analysis indicates consumers' superficial approach in contract assessment, and even when they read the terms carefully they don't comprehend them in appropriate manner; such consumer's approach to contractual obligations opens the door for seller or supplier to take advantage of consumers being naiveté, it's prejudice and other consumer biases, in sense of maximizing profit. Problem starts when seller's appetite is rising and such approach of abusing collective consumer's biases is producing external effect and direct influence on market power of undertaking as such.*

Regarding the above mentioned, this Paper will consider only those unfair terms in consumer contract, whose existence leads to consumer lock-in and consequently to competition infringement as well. Furthermore, problem of consumer and competition protection in aftermarket will be pointed out, as a result of contractual relation with linked transaction and the spillover effects from the primary market. Because of the diversity of institutional approach regulating this matter in comparative law, author will indicate clear distinction of competence and enforcement powers of the relevant authority.

Key words: consumer lock-in, cancellation, automatic renewal/rollover, aftermarket, institutional authority

MAJA STANIVUKOVIĆ, LL.M, PhD

Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

ARBITRATION – IS IT A VIABLE OPTION FOR RESOLUTION OF CONSUMER DISPUTES IN SERBIA?¹

Summary

The issue discussed in this article is the potential for arbitration to become a viable option for resolution of consumer disputes in Serbia, and the suitability of the existing legislative and institutional framework to serve as a platform for development of this particular branch of dispute resolution. The policies to be pursued to develop arbitration services for this specific kind of disputes and the lessons to be learned from other jurisdictions are also considered. The text is written on the presumption that consumer arbitration is not developed in Serbia at the current moment. Section 2 discusses the general suitability of arbitration as a mechanism for resolution of domestic and cross-border consumer disputes, section 3 gives an outline of the legislative framework for arbitration of consumer disputes in Serbia, and section 4 briefly mentions the absence of an institutional framework.

The article concludes with section 5 finding that there is a good potential for arbitration to become a viable option for resolution of consumer disputes in Serbia. The existing legal framework provided in the Consumer Protection Act and the Arbitration Act is suitable and may serve as a sound platform for development of this particular branch of dispute resolution. No statutory gaps, bans or other obstacles were found except Article 135 of the Consumer Protection Act guaranteeing the right to judicial protection. This article needs to be redrafted in order to clearly reflect the legislative purpose of allowing the consumer to renounce the arbitration clause that was agreed prior to dispute, but of supporting the binding character of a post-dispute arbitration agreement. The institutional framework still needs to be developed, but there are no legislative obstacles to its development. Such framework could be established by learning from the experience of other jurisdictions, and keeping constantly in touch with the progress of the initiative for a global consumer ODR system.

Keywords: *B2C disputes, cross-border consumer disputes, arbitration, Serbia*

¹ This article has been written as a result of research in the framework of the project *Pravo o rešavanju međunarodnih sporova u Evropskoj uniji i Srbiji* within the broader project *“Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo”* no. 179079 financed by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

1. INTRODUCTION

Professor Svetislav Taborosi has been one of the early proponents of the idea of consumer protection in Serbia. In an article published in the journal *Pravo i privreda* (Law and Economy) in 2001, realizing that consumers have been left legally unprotected after the former Yugoslav laws ceased to be in effect,² he advocated the enactment of a new statutory instrument, which would incorporate various EC directives passed in this field. As a result of this type of advocacy, which was in line with the contemporary developments in the law of the neighboring countries,³ the first Consumer Protection Act was enacted in 2002⁴, to be fairly soon replaced by the statutory enactment of the same name in 2005.⁵ The policy of consumer protection in Serbia was further boosted by replacement of the 2005 Consumer Protection Act with a new statutory act in 2010 (hereinafter: the CPA).⁶ This relatively new piece of legislation, regulating various issues of interest to consumers, is three times more comprehensive than the original act, and twice as long as the previous act which it replaces.⁷ The 2010 CPA includes mostly substantive rules, governing fundamental rights of consumer, information that needs to be provided, unfair trading practices, distance contracts and contracts concluded away from business premises, unfair contract terms, etc. For the first time,⁸ one chapter (Chapter XII, Articles 132-136) treats out-of-court settlement of consumer claims, drawing very broad guidelines, but still failing to address all pertinent issues. In particular, special rules for resolution of international (cross-border) consumer disputes are not to be found in the 2010 CPA, although this problem has raised great concern in international community, in view of the rapid increase of cross-border online commerce. This new phenomenon, often involving consumers and traders originating from different countries has created an essentially new problem of private international law, because consumer (B2C) disputes were previously mostly confined to national borders. New solutions are required for this problem as the traditional mechanism of judicial protection cannot function satisfactorily for various reasons that shall be indicated. Since web-shopping

2 S. Taboroši, O potrebi donošenja zakona o zaštiti potrošača (On the Need for a Consumer Protection Statute) *Pravo i privreda* 5-8/2001, 490-501, 490.

3 Most of the countries in the region enacted general framework laws on consumer protection, or had legislative proposals of a similar nature pending in their legislatures at that time: Romania, 1992 Consumer Protection Act, Albania, 1997 Consumer Protection Act, Slovenia, 1998 Consumer Protection Act, Bulgaria 1999 Consumer Protection Act, Macedonia, 2000 Consumer Protection Act, Bosnia and Herzegovina, 2002 Consumer Protection Act, Croatia, 2003 Consumer Protection Act.

4 *Official Journal of the Federal Republic of Yugoslavia*, no. 37/2002.

5 *Official Journal of the Republic of Serbia*, no. 79/2005.

6 *Official Journal of the Republic of Serbia*, no. 73/2010. Amendments to this act have already been proposed. See: http://mtt.gov.rs/download/za_clanke/03%2007%20%20NACRT%20ZZP.pdf

7 The first Act contained 58 Articles, the second had 81 Articles, while the present Act contains 155 Articles.

8 The Consumer Protection Act of 2002 and the Consumer Protection Act of 2005 each contained a single one-sentence provision on out-of-court settlement of consumer disputes (Article 51 and Article 61 respectively).

is in its infancy in Serbia,⁹ the problem has not reached domestic shores in all of its magnitude.¹⁰ Nevertheless, the law should always anticipate the developments and forge adequate solutions for the predictable future. In that vein, the EU has passed a new ADR Directive and an ODR Regulation on March 12, 2013.¹¹ The latter requires a creation of an EU-wide ODR platform for all contract disputes by March 2015.

The issue to be discussed in this article is the potential for arbitration to become a viable option for resolution of consumer disputes in Serbia, and the suitability of the existing legislative and institutional framework to serve as a platform for development of this particular branch of dispute resolution. Are there statutory prerequisites for this, or there are some statutory gaps, bans or other obstacles? What kind of policies would need to be pursued to develop arbitration services for this specific kind of disputes? What are the lessons that may be learned from other jurisdictions? This article is written on the presumption that consumer arbitration is not very developed in Serbia at the current moment.¹² Section 2 of this article discusses the suitability of arbitration as a mechanism for resolution of domestic and cross-border consumer disputes, section 3 gives an outline of the legislative framework for arbitration of consumer disputes in Serbia, and section 4 briefly mentions the absence of an institutional framework. The final section 5 concludes with a call to the government, the domestic community of arbitrators and to judges to support development of consumer arbitration.

2. SUITABILITY OF ARBITRATION FOR CONSUMER DISPUTES

It may be asked whether arbitration is desirable at all in consumer disputes. Why not simply relay on the courts? This question may be legitimately posed since arbitration is private adjudication that has established itself as reliable mechanism for the resolution of controversies between equal parties, such as states

⁹ According to statistical data, 98% of Serbian companies have internet connection, but only 20.7% received internet orders of goods or services in 2011. At the same time 47,5% households has an internet connection. While most of private internet users use internet to search for information on goods and services (72.5%) and to send and receive emails (71.6%), only 16.6% regularly order goods and services through internet. This are some 600,000 persons that have ordered goods and services through internet during 2011, which is an increase by 220,000 compared to 2010. Republic of Serbia, Republic Statistics Office, *Use of Information-Communication Technologies in the Republic of Serbia*, 2012 (Republika Srbija, Republički zavod za statistiku, *Upotreba informaciono-komunikacionih tehnologija u Republici Srbiji*, 2012).

¹⁰ Pay-pal was introduced in Serbia on 9 April 2013, which may have impact on the increase of cross-border online commerce.

¹¹ Regulation (EU) No 524/2013 of 21 May 2013 (Regulation on consumer ODR), OJ L165/1, 18.6.2013; Directive 2013/11/EU of 21 May 2013 (Directive on consumer ADR).

¹² The National Association of Tourist Agencies, YUTA operates an arbitral institution, and provides some data on the number of disputes conferred to this institution for the previous eight years. The number of claims is small, and ranges from 14 in 2005 to 68 in 2008. <http://www.yuta.rs/sr/yuta/arbitraza.asp>

(state-to-state arbitration) and businesses (international commercial arbitration, or B2B arbitration). It is doubtful whether it may be as successful between unequal parties, such as the trader and consumer.

A consumer dispute is generally defined by the following features:

- one party is an individual, while the other party is a business – therefore the abbreviation B2C (business to consumer) disputes;¹³
- there is considerable imbalance in the parties capacity to conduct a legal proceeding;¹⁴
- the amount in dispute is small – small-claim disputes;
- the relationship between the parties is subject to mandatory legislation protecting public policy;
- the subject matter of the dispute is identical with or very similar to the subject matter of disputes between other claimants and the same defendant
 - high-volume disputes;
- the dispute is based on contract or tort.

All of these features do not have to be present in every single consumer dispute, but they help to define this type of dispute and to distinguish it from other types of disputes, for the purposes of inquiry. For example, the amount of dispute in an action filed by a purchaser of a yacht may be substantial, but it still remains a consumer dispute if the yacht was bought for personal or family use.

In addition to the above, a cross-border consumer dispute is characterized by the following features:

- parties are resident in different countries, possibly far away from each other;
- parties speak different languages;
- parties are subject to different legal systems, including different mandatory legislation protecting public policy;

Courts are not the best option for settlement of this type of dispute because of high costs they entail, not just for the litigants, but also for the society in general. The amount in dispute which may be very small – e.g. 50 euros – makes it unlikely that the consumer would go to court, especially not in a cross-border transaction. The costs of hiring a lawyer and paying a judicial fee would surpass the amount that can be gained by conducting the procedure.

There would be significant benefits for the society if arbitration could be adapted to consumer disputes. Massive reference of consumer claims to arbitration would significantly alleviate the courts of the burden of small claims. It would also be in line with outsourcing of traditional governmental functions that has recently taken place

13 But see section 90 of the English Arbitration Act (1996): The Regulations apply where the consumer is a legal person as they apply where the consumer is a natural person.

14 By this we refer to the ability of the party to finance the lawsuit, and to defend its rights in a lawsuit, by engaging professional lawyers, experts and witnesses, that will help it win the case in one or more jurisdictions.

on a wide scale.¹⁵ If arbitration proved to be effective in resolving consumer disputes, that would have positive effects on consumer confidence, trade in goods and services and on the general standard of living and quality of life.

Lastly, arbitrators could profit from the opening of a new market for their services, with a considerable potential for growth. It is difficult to predict how many consumer disputes would be referred to arbitration if the conditions were created for its full development in Serbia. Bělohlávek gives an estimate that there are 150,000 arbitral awards handed down every year in the Czech Republic, most of them in consumer disputes.¹⁶ As for international cross-border commerce, there are estimates (which are qualified as “conservative”) that there would be hundreds of millions of cases per year.¹⁷

2.1. Suitability of arbitration for domestic¹⁸ consumer disputes

From the perspective of the consumer the method for resolution of his/her disputes with the trader needs to be simple, expedient, inexpensive and accessible.¹⁹ In Serbia, this means that the consumer may be reluctant to go to state court, which has a reputation for being slow and expensive. The proceedings are formal, and the consumer may need a lawyer to represent him. Even though a special procedure with simplified rules and reduced costs is available,²⁰ some consumers will still be apprehensive of courts.

These considerations are relevant from the trader’s point of view, as well, since the trader may also be a claimant (e.g. where the consumer has failed to pay for the ordered goods or services). But even if he is a respondent, which is more often the case, the trader will usually be the party who prefers arbitration, and who

15 E.g. registration of companies (by an independent Agency), certification of documents (by notaries public), and enforcement (by private enforcement officers).

16 A. J. Bělohlávek, “Class Actions & Arbitration Procedures – Czech Republic”, in: *Class Actions & Arbitration in the European Union* (eds. P. Billiet, D. Hensler, I. Tzankova), Maklu 2013, 64. However, this is contradicted by the report of two authors on a pilot project administered by the Czech Ministry of Industry and Trade according to which: “Among 2370 filed complaints only one case was resolved in arbitration proceedings.” J. Kolačková, P. Simon, “At the Edge of Justice: Arbitration in Unequal Relationships, The Constitutional Limits of Arbitration”, *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration* 2011, 189. Whichever of these estimates is correct, the sheer volume of complaints shows that there is a genuine need for dispute resolution services in this sector.

17 C. Rule, V. Rogers, and L. Del Duca, “Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross-Border Small Value-High Volume Claims—OAS* Developments”, *Uniform Commercial Code Law Journal*, 42/2010, 221, 228. Also available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1635463

18 By “domestic” we here mean disputes that are connected only to Serbia, i.e. disputes without a cross-border element.

19 See recitals of the Regulation on ODR.

20 Code of Civil Procedure (2011) provides a special procedure for Consumer Disputes in Articles 488-493 that is almost identical to the small claims procedure governed by Arts. 467-479. However, in contrast to small claims procedure there is no cap on the amount in dispute. Article 468 provides that a small claim is the one not exceeding the equivalent of 3000 euros in value.

inserts an arbitration clause into the contract, because it is going to be easier to settle with the consumer in a less formal setting. Confidentiality and privacy of arbitration might be further features that may attract the trader. In United States, special advantage of arbitration over litigation lies in the trader's ability to exclude class action by means of inserting an arbitration clause, although this has not always proven to be effective.²¹

Theoretically, arbitration can offer simplicity and expediency, without compromising the quality of decision-making, but there are certain prerequisites. It may be slower to set the arbitral process into motion than to initiate a court proceeding, because one always needs to go through the phase of constitution of the arbitral tribunal. This loss of time has to be compensated by gains at further stages of the proceeding if the arbitration is to compete successfully with the small claims procedure before the court. When the tribunal is constituted it should render a decision quickly.²² This can be ensured by arbitral institutions drafting special rules applicable only to consumer arbitration.²³ For example, such rules of arbitration would provide that there can be only one hearing (in person or telephone), or that the hearing can be dispensed with altogether. Further, they would provide for a limited number of submissions and for a time limit for rendering the award. The requirement to provide the reasons for the award could also be dispensed with, or relaxed.²⁴

Once the award is rendered, the time is on its side. There is no appeal from an arbitral award unless expressly agreed otherwise. The possibility of challenging the award before the state court is limited. The enforcement is automatic: domestic arbitral awards have the same effect as and are enforceable like domestic judgments.

There is also the lack of formality – the consumer need not have knowledge of complicated procedural rules in order to participate in arbitration. The arbitrators have a duty to protect his or her right to be heard, and to treat it equally with the other party – these are fundamental principles of arbitration.²⁵ However, there are some special concerns raised by consumer arbitration that also need to be taken into account.

Arbitration is by no means a cheap way to resolve a dispute. The whole point of private justice is that the parties pay the full price in order to get a better and more efficient dispute resolution service. Arbitrators will not work for free, not even on small consumer claims. Consequently, one of the obstacles to surmount if arbitration is to become a real and accessible alternative for resolution of consumer disputes are

21 The Supreme Court of the United States has permitted contracts that exclude class action arbitration in *AT&T MOBILITY v. CONCEPCION* 131 S.Ct. 1740, 2011 WL 1561956 (U.S.), April 27, 2011.

22 For example, the average duration of the Foreign Trade Court of Arbitration (Spoljnotrgovinska arbitraža) proceedings is one and a half years, with one or two hearings held per case. This is a fairly good record when compared to litigation in commercial court. However, this would be much too long for consumer disputes.

23 This has actually happened in the United States where consumer arbitration is the most developed.

24 See for example provisions of the AAA Consumer-Related Disputes Supplementary Procedures at adr.org/consumer.

25 These principles are provided in the Serbian Arbitration Act, Article 33.

the costs of arbitration. If those costs are prohibitive for the consumer, the arbitration clause may be stricken as unfair.²⁶ The issue is then whether these costs can be reduced, and if not, how to finance them. American practice offers some models on how this issue can be resolved, and how arbitration can be made suitable for needs of consumer disputes. Essentially the solution is that the trader bears majority or all of the costs²⁷ even if he or she is the respondent, while the costs to be borne by the consumer are capped. This may be provided in arbitration rules that the parties refer to or spelled out in their arbitration agreement.²⁸ Traders are willing to accept to bear the costs as a trade-in for obtaining arbitration rather than litigation.

Furthermore, arbitration rules that are designed to ensure that the amount of time spent in a consumer arbitration is limited, also ensure that the costs of arbitration are reduced, because less time means lower costs (no hearings, limited submissions, summary reasoning of the award, very short time limits for rendering the award, etc.). In fact, when speaking of arbitration intended for consumer disputes, one should refrain from thinking in standard categories. This is not a classic, but a new model of arbitration.

Another concern expressed by many is that the aims of public policy embodied in the protective legislation may be compromised by allowing arbitration. The whole ratio of developing a special branch of consumer protection law in modern legal systems is to protect the weaker party in the legal relationship from abuse and overreaching of its counterpart. However, if the weaker party is allowed to freely enter into an arbitration agreement, it may be deprived of all the benefits and protections provided to it in the substantive rules of national legislation. If its access to state courts is restricted or denied, who is going to monitor that its interests are protected? There is a strong disbelief that arbitrators can be entrusted with that task.²⁹

Connected to this is the question of consumer's consent. There is the assumption that the parties consented to arbitration voluntarily, but most consumer

26 US courts have held that excessive arbitration costs may render an agreement unenforceable. However, the burden of proving prohibitive costs is on the consumer. D.M. Bates, "A Consumer's Dream or Pandora's Box: Is Arbitration a Viable Option for Cross-Border Consumer Disputes?", *Fordham International Law Journal* 27(2) /2003, 860. The English Arbitration Act (1996) provides in section 91, that an arbitration agreement is considered unfair where modest amount sought. Modest amount is currently fixed by order to be below GBP 5,000.

27 The global ODR services will be available to the consumer at no cost. C. Rule, V. Rogers, L. Del Duca, *op.cit.*, 238.

28 Thus, according to AAA Consumer Costs of Arbitration (Including AAA Administrative Fees) (2013), the consumer bears a filing fee of maximum \$200 in all three envisaged situations (desk arbitration, in-person or telephonic hearing - single arbitrator, and in-person or telephonic hearing – three or more arbitrators), while the remaining costs and fees are born by the business. In addition, the parties can agree that all costs including the filing fee are paid by the business. Thus, in the Supreme Court case *AT&T Mobility v. Conception*, "in the event the parties proceed to arbitration, the agreement specifies that AT & T must pay all costs for nonfrivolous claims". *AT&T MOBILITY v. CONCEPCION* see supra note 21.

29 In US the arbitration of consumer claims is allowed under the Federal Arbitration Act, as long as the consumer can vindicate his statutory rights. D.M. Bates, *op.cit.*, 828. Section 25(3) of the amended Czech legislation provides that In disputes arising from consumer contracts the arbitrators shall always apply the rules on consumer protection.

contracts are contracts of adhesion, so the assumption may not be always correct.³⁰ Therefore, it must be ensured that the consumer has consciously and willingly renounced his right to judicial protection.

It is due to these concerns that one often sees various restrictions on arbitrability of consumer disputes. These range from disallowing pre-dispute arbitration clauses to prescribing stricter requirements of form that will ensure that the consumer has truly consented to arbitration. On the basis of surveys of comparative law³¹ two main approaches have been discerned – one is decisively pro-arbitration oriented, as exemplified by the US courts.³² The other is much more reserved to arbitration of consumer disputes and is manifested in the legislation and practice of the European Union and its member countries.

Thus, in the EU, an exclusive arbitration clause is considered to be an unfair contract term.³³ This means that arbitration clauses contained in consumer contracts will probably not be enforced by courts. After the dispute arises, the consumer may opt for the court, notwithstanding the clause. The Recitals of the Commission's Recommendation on the Out-of-court Settlement of Consumer Disputes confirm this.³⁴ The reluctance to enforce pre-dispute arbitration clauses in consumer contracts in the EU is in line with the treatment of pre-dispute jurisdiction clauses in the Brussels I Regulation. They are invalid, unless they provide an option for the consumer to sue in additional fora besides the courts of its domicile.

In Germany, the legislature has provided that arbitration agreements to which a consumer is a party must be contained in a document which has been personally signed by the parties. Such form may be substituted by an electronic

30 D.M. Bates, *op.cit.*, 854.

31 A. J. Shmitz, "American Exceptionalism in Consumer Arbitration", *Loyola University Chicago International Law Review* 10(1)/2013, 83, also available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2265556

32 A 2011 survey of practice of US companies (Fortune 1000) shows that in contrast to other fields, usage of binding arbitration is on the rise in consumer and product liability cases. T. J. Stipanowich, "What Does the Fortune 1,000 Survey on Mediation, Arbitration and Conflict Management Portend for International Arbitration?" Kluwer Arbitration Blog, 14 March 2013.

33 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *Official Journal L 095, 21/04/1993, Annex, item q*: "excluding or hindering the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, particularly by requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by legal provisions,...."

34 98/257/EC: Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes *OJ L 115, 17.4.1998, p. 31–34*: "Whereas in accordance with Article 6 of the European Human Rights Convention, access to the courts is a fundamental right that knows no exceptions; whereas consumers, must be able, in order to resolve any disputes arising from their economic activities, to bring actions in the courts of a Member State in the same way as nationals of that State; whereas out-of-court procedures cannot be designed to replace court procedures; whereas, therefore, use of the out-of-court alternative may not deprive consumers of their right to bring the matter before the courts unless they expressly agree to do so, in full awareness of the facts and only after the dispute has materialised;"

form regulated by law, but no agreements other than those referring to the arbitral proceedings may be contained in such a written or electronic document.³⁵ In the Czech Republic, absence of special rules resulted in disputes over arbitrability of those disputes, and fairness of arbitration clauses contained in consumer contracts.³⁶ A recent statutory change introduces detailed rules on the form of arbitration agreements. Like in Germany, arbitration agreement must be drawn up as a separate arbitration agreement, in which all relevant information must be specified.³⁷

In United States, this concern is taken into account by judicial control of consent through the institute of unconscionability. Striving to avoid the arbitration clause being stricken businesses have drafted clauses that give consumers the right to bring a claim in small claims court in lieu of arbitration³⁸. Sometimes, arbitration rules take heed of this by giving the consumer the right to renounce arbitration within a certain time limit upon commencement of the arbitration proceedings.

It seems certain from this overview, that some restrictions on the freedom of contract are necessary when conclusion of an arbitration agreement by the consumer is in question. If not well balanced, however, those restrictions may hinder the development of arbitration in this field.

A third concern is how to ensure impartiality and independence of arbitrators. Arbitrators, and arbitral institutions, may be prone to pro-trader bias, because their repeated appointment, and thus regular earnings, may depend on the traders who are repeat-players in contrast to consumers, who are usually one-off-players.³⁹ This is a concern that needs to be addressed if arbitration is to function successfully in the consumer-trader setting. Some countries, e.g. Czech Republic, require that arbitrators that are entitled to resolve consumer disputes be university graduates registered on special lists kept by the state authorities.⁴⁰ It is doubtful whether arbitrator impartiality and independence may be kept in check in this manner. However, the general duty to

35 ZPO, section 1031(5). The restrictions do not apply in the case of a notarial certification.

36 A. J. Bělohávek, *op.cit.*, 63.

37 Such as: information on the arbitrator, the method of commencement and form of management of the arbitration proceedings, the remuneration of the arbitrator and the other expected expenses that may arise for the consumer during arbitration proceedings, the place of the arbitration proceedings, the method of delivery of the arbitral award to the consumer and the fact that the final arbitral award is enforceable. See Sections 3(3) and 3(5) of the amended Arbitration Act. Note General Editor Czech Republic (2013) in Jan Paulsson (ed), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 1984, Supplement No. 73, i.

38 Pursuant to the arbitration clause contained in the contract that was the subject matter of dispute in the Supreme Court Case *AT&T Mobility v. Conception*: “either party may bring a claim in small claims court in lieu of arbitration.” *AT&T MOBILITY v. CONCEPCION*, *supra* note 21.

39 “Repeat-Players Fare Better in Arbitration” D.M. Bates, *op.cit.*, 855.

40 The Czech Arbitration Act, section 4(4): An arbitrator appointed by the arbitration clause for the settlement of disputes arising from consumer contracts, can only be a person who has been registered in the list of arbitrators maintained by the Ministry of Justice.

disclose conflicting interests can be strengthened in consumer disputes, as also shown by the new Czech legislation.⁴¹

Finally, it may be asked whether arbitration, with its pronounced *inter partes* effect, can accommodate cases in which there is a need to extend the effects of a single decision to a number of identical or similar cases. The answer to that question was provided in American practice, where class action has occasionally been allowed and administered in arbitration.

2.2. Suitability of arbitration for cross-border consumer disputes

In a judicial proceeding on an international dispute, there may be a question of jurisdiction. In case the consumer's local court does not have jurisdiction, there is an insurmountable problem of reaching a distant judicial forum operating in a foreign language. If the consumer's domestic court does have jurisdiction, the same problem may occur at the stage of enforcement of the resulting judgment abroad, in the trader's country. Taking into account the modest amount in dispute, it simply does not pay to conduct such a proceeding. This is why the genuine cross-border consumer cases are not so often encountered in judicial practice.⁴²

A reason why arbitration is preferred to adjudication in the international B2B context is its neutrality. The same reason counts in B2C context. Place of arbitration can be in a third country and arbitrators can be third country nationals. In that manner, the risk of judicial bias in favor of the local party is significantly reduced. However, due to imbalance in the parties' capacity to conduct a legal proceeding, the choice of a remote place of arbitration may prove to be an effective bar against consumer bringing his or her claim. For example, a German court has struck down an arbitration clause calling for arbitration in the United States, between a German and a US party.⁴³ For that reason, it might be necessary to impose certain restrictions on the consumer's ability to freely agree upon the place of arbitration. If no such restrictions are imposed, there will be legal uncertainty as to validity of the clause. Businesses can avoid such uncertainty by providing for arbitration in the consumers place of residence⁴⁴ or for online arbitration.

41 The Czech Arbitration Act, section 8(3) provides: "When deciding disputes on consumer contracts, before the commencement of the hearing the arbitrator is obliged to inform the parties whether he has issued over the last three years, or has participated in issuing an arbitral award or whether he is an arbitrator in the pending proceedings in a dispute, to which one of the parties was or is a participant. The deadline according to the sentence above starts from the date of the conclusion of the arbitration proceedings to which the duty to inform applies, to the date of the commencement of the arbitration proceedings, in which the duty to inform arises for the arbitrator."

42 The situation within EU may be different, because the Brussels regulation ensures automatic recognition and almost automatic enforcement of member state judgments.

43 A. J. Shmitz, *op.cit.* 97.

44 For example, AT&T arbitration clause provided that arbitration must take place in the county in which the customer is billed. *AT&T MOBILITY v. CONCEPCION* 131 S.Ct. 1740, 2011 WL 1561956 (U.S.), April 27, 2011.

More than in domestic disputes, the costs may become an issue in international arbitration. Due to differences in the standard of living, the cost of obtaining professional arbitral services abroad may be prohibitively expensive even for domestic businesses, not to speak of consumers. Some well known arbitral institutions, such as the International Chamber of Commerce, do not offer their services for consumer disputes, precisely because the consumer would not be able to afford them. For that reason, inserting a clause in a contract with a consumer providing for that type of arbitration could be considered as unfair and abusive.

In most countries, foreign arbitral awards in consumer disputes are recognized as enforceable under more flexible conditions than foreign judgments, thanks to the influence of the New York Convention and the UNCTRAL Model Law upon domestic legislation. This will not change in the proximate future, even with potential entry into force of the Hague Convention on the Choice of Court Agreements, as the Convention expressly excludes consumer contracts from its scope of application.⁴⁵ For Serbian consumers, this means that judgment of domestic courts rendered in their favor will probably not be recognized abroad, while the awards of domestic arbitral tribunals probably will.

The enforcement of domestic public policy in the field of consumer protection can also be threatened in international arbitration. Arbitral awards are subject to limited control, and may be enforced in other countries even if they are set aside in their country of origin. Thus, even if the place of arbitration in a consumer arbitration was mandatorily determined to be in the consumer's domicile, it is not excluded that an award disregarding the domestic public policy would be enforced against the consumer.

Notwithstanding these concerns arbitration of cross-border disputes seems to be an option that is counted on. In fact, it is expressly mentioned by the new projects for a global system of online resolution of consumer disputes (Consumer ODR system).⁴⁶ Being more flexible and untied to the governmental structures, the arbitrators are more apt to satisfy the requirements of accessibility of international small claims justice than the courts. It has been suggested that arbitrators can provide most or all of their services online without encountering any formal difficulties. If this can be ensured, consumers would not have to travel or leave their forum in order to pursue their claim. With online arbitration (ODR), the dispute resolution services would become cheaper, because the arbitrators would not have to travel either, and the time required for various steps in the procedure would be shorter.

45 The Hague Convention on the Choice of Court Agreements, Article 2(1)(a). http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98

46 See Draft Model Rules for Electronic Resolution of Cross-Border E-Commerce Consumer Disputes, 5: 5. Online Arbitration Phase. C. Rule, V. Rogers, L. Del Duca, "Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross-Border Small Value-High Volume Claims—OAS* Developments", 257.

3. LEGISLATIVE FRAMEWORK IN SERBIA

There are two statutes that principally govern consumer arbitration in Serbia: the Consumer Protection Act (2010)⁴⁷ and the Arbitration Act (2006). A close look at their provisions will establish how they treat consumer arbitration and whether they provide a workable platform for the development of consumer arbitration in the future.

3.1. Arbitrability

In the CPA Article 5, the out-of-court settlement of consumer disputes is defined as “a procedure of resolving disputes between the consumer and the trader through arbitration, mediation or some other dispute resolution process, in accordance with the statute which regulates arbitration, the statute which regulates mediation and other enactments regulating out-of-court settlement.” Article 134(2) provides that “parties in the consumer dispute may entrust resolving of a consumer dispute by mutual agreement to the arbitrators of their choice in accordance with the statute regulating arbitration.” A consumer dispute, pursuant to Article 132, is any dispute arising from contractual relations between a consumer and a trader if its value is below 1 million dinars (8757 euros). Certain categories of disputes are excluded from the definition, such as disputes resulting from death or personal injury, or impaired health, disputes resulting from provision of medical or legal services, and disputes arising from transfer of rights on real estate.⁴⁸ Provisions of the statute regulating arbitration, apply accordingly to the conduct and completion of procedure leading to the out-of-court settlement of consumer disputes (Article 136).

All cited provisions indicate that arbitration is embraced as a legitimate dispute resolution mechanism in the sphere of contractual consumer disputes. In other words, disputes arising from BtC contracts are arbitrable.

The only dissonant tone comes from Article 47 which provides that an arbitration clause shall be considered an unfair contract term, “notwithstanding the individual circumstances of the case”, if it excludes or hinders the consumer’s right to take legal action or exercise any other legal remedy for protection of his rights, particularly by requiring the consumer to take disputes to arbitration contrary to the legal provisions of the CPA. This provision originates from the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive,⁴⁹ although it is slightly different, since it avoids the ambiguous formula “requiring the consumer to take disputes *exclusively* to

47 The proposed amendments to the Act do not concern provisions on out-of-court settlement of disputes, and have not been discussed in this paper.

48 The same exclusion is copied in the Code of Civil Procedure, Article 488(2), a provision that defines consumer disputes for the purposes of a special (small claims) judicial procedure for consumer disputes.

49 Pursuant to the Stabilization and Association Agreement with the European Community and its member countries, Serbia has undertaken an obligation to harmonize its law with the law of the European Community (now European Union).

arbitration *not covered by legal provisions*⁵⁰ [emphasis added]. Here it is clearly set out that the legal provisions of the CPA are the legal provisions that may not be derogated from. Even though the word “exclusive” has also been omitted from the formula, the restriction from Article 47 could still be understood as a barrier to “exclusive” arbitration clauses. That is confirmed by Article 135 CPA which guarantees that the consumer’s fundamental right to judicial protection remains intact. We will discuss the implications of such a rule further down, when discussing the binding character of an arbitration agreement for consumer disputes in Serbia.

The Serbian Arbitration Act (hereinafter: SAA)⁵¹ passed in 2006 is an important step in the development of Serbian law, and takes a central place in a wider framework of Serbian arbitration law consisting of international treaties, such as the New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958), the European Convention on International Commercial Arbitration (1961), and several bilateral agreements. The Act contains no special rules for arbitration of BtC disputes, but its scope of application⁵² and rules on arbitrability are wide. Although it is based on the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration,⁵³ it was intended for all kinds of international and domestic arbitration, including sports, labor, and consumer arbitration.⁵⁴ The basis of arbitration is found in the parties’ agreement. When the parties have agreed to an arbitration of a dispute, their dispute shall be resolved by an arbitral tribunal, which is composed of arbitrators.⁵⁵ A dispute capable of arbitration is the one concerning rights the parties can freely dispose of, except for disputes that are reserved to the exclusive jurisdiction of courts.⁵⁶ Since consumer and the trader may settle their claims, i.e. those are the rights of which they can indeed freely dispose of, the first condition of arbitrability is deemed fulfilled. The second condition, the absence of exclusive jurisdiction of courts, is also confirmed by the Consumer Protection Act, which expressly allows arbitration without mentioning any exclusive jurisdiction of courts.

3.2. Binding character of arbitration agreement

The arbitrability of consumer disputes has been confirmed implicitly by the SAA, and expressly by the CPA. Although this means that arbitration clauses in consumer contracts will be valid, it does not necessarily mean that they will be ef-

50 See J. F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, London 2007, who criticize this formula as ambiguous. p. 314.

51 We use this abbreviation for the sake of convenience, being aware that the formal name of the legislative instrument is Arbitration Act (therefore, without the qualification Serbian).

52 Article 2, para. 1: “Provisions of this Act apply to arbitration and arbitral proceedings if the place of arbitration is in the territory of the Republic of Serbia (hereinafter: the Republic).”

53 M. Stanivuković, “Serbia”, in: *International Handbook on Commercial Arbitration*, (ed. J. Paulsson), supplement 64, May 2011, 2.

54 D. Mitrović, “Zakon o arbitraži Republike Srbije”, *Arbitraža* 4/2006, 79-84, 80.

55 SAA, Article 4. Basis of Arbitration.

56 SAA, Article 5(1). Dispute Capable of Arbitration (Arbitrability).

fective. The CPA guarantees the consumer a right to judicial protection in Article 135 in the following terms: “the initiation and conduct of an out-of-court settlement procedure [including arbitration] of a consumer dispute do not exclude or affect the right to judicial protection in accordance with the statute.” This provision opens a query and may impair the effectiveness of arbitration clauses. Contrary to the general principle of arbitration law that the arbitral tribunal has jurisdiction to resolve the dispute conferred to it by parties’ agreement, to the exclusion of state courts, the arbitration clause in this case does not exclude jurisdiction of state courts. Although this was probably not intended, it seems that “the right to judicial protection” exists in parallel with the right to conduct arbitration.

Thus, if the consumer brings an action before the court in a consumer dispute that is the subject of an arbitration agreement, and in which arbitration proceedings have already been initiated, the court seems not to be bound by Article 14 of the Arbitration Act to “dismiss the action for lack of jurisdiction, unless it finds that the agreement is manifestly null and void, inoperative or incapable of being performed.”⁵⁷ Pursuant to Article 135, the court can continue the procedure notwithstanding the initiation and conduct of the arbitral procedure. Since the arbitral tribunal is also allowed to continue the proceedings if it finds it has jurisdiction,⁵⁸ Article 135 could result in parallel conduct of arbitration and litigation. That would be a most unfortunate result – to have two competing proceedings, and eventually two competing decisions regulating the same dispute within the same legal system.

A further inference that one could make from Article 135 is that a consumer who has opted for arbitration and participated in arbitral proceedings may subsequently seek redress on the merits before the court if dissatisfied with the award. Such interpretation would seriously undermine the final and binding character of the arbitral awards in consumer disputes.⁵⁹ However, in the case *Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium* the EU Court held just that. The Court held that⁶⁰ a consumer who was summoned to arbitration by the mobile telephone provider pursuant to an arbitration clause contained in her contract, and who was offered a period of 10 days to refuse arbitration proceedings, but nevertheless participated in the arbitration and presented arguments on the merits of the dispute, could subsequently, after the arbitrator found against her, claim before the state court that the arbitral agreement included an unfair contractual term and was therefore null and void. Even though Ms Mostaza Claro had not pleaded before the arbitrator that the arbitration agreement was null and void, she could nevertheless contest it before the national court seized of an action for annulment of the arbitration

⁵⁷ The dismissal does not come *sua sponte*, but only upon “a motion of a party submitted prior to engagement in the discussion of the subject matter of the dispute.”

⁵⁸ Arbitration Act, Article 30(4).

⁵⁹ SAA, Article 64. Effects of the Award: “A domestic arbitral award shall have the effect of a final judgement of the domestic court and shall be enforced in accordance with provisions of the statute regulating enforcement procedure.”

⁶⁰ Case C-168/05 *Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium SL*.

award, on the ground that it contained an unfair term. The judgment seems to go further than necessary to protect the consumer, and does poor service to arbitration of consumer disputes.

Evidently, the right of access to courts should be preserved even if the consumer has entered into an arbitration clause. However, it should not be preserved if the consumer has agreed to arbitration, or confirmed his or her consent, after the dispute has materialized, as in the *Mostaza Claro* case.⁶¹ While the pre-dispute referral to arbitration need not be binding, the outcome (i.e. the award) should be binding if the consumer initiated and/or participated in the proceedings.

When guaranteeing the right to judicial protection, the Serbian legislator probably intended to follow the Commission's recommendation on non-enforcement of pre-dispute arbitration clauses.⁶² Probably, the purpose was simply to allow the consumer who has entered into an arbitration clause, to change his or her mind and to opt for litigation after the dispute has arisen but before the arbitral proceedings are initiated. However, inadvertently of not, a much broader wording was chosen.

The provision on the right to judicial protection from Article 135 of the Consumer Protection Act is therefore in contradiction with other provisions of the Act that expressly encourage arbitration. It annuls the purpose of those provisions as it deprives the arbitration agreement, and the arbitration award, as well, of their binding effect. Why would a business insert an arbitration clause in a contracts with a consumer if it knows that such clause may not be enforced, and will depend entirely upon the consumers' will even after the arbitration proceedings have been initiated, conducted, and arbitral award rendered?

It is not stated in this provision whether both parties, the consumer and the trader, retain the right to initiate judicial procedure despite pending arbitration. Such equality of treatment would follow from Article 132(7) that provides: "The parties involved in an out-of-court settlement procedure for consumer disputes are considered to be equal."

A final remark is due concerning the effect of Article 135 on the obligation of the Serbian court to refer the parties to arbitration pursuant to Article II (3) of the New York Convention,⁶³ and Article VI(3) of the European Convention.⁶⁴ If

61 Since in that case the consumer had an option to refuse arbitration after the claim was brought against her.

62 See *infra*.

63 The New York Convention, Article II(3): "The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed."

64 The European Convention, Article VI(3): "Where either party to an arbitration agreement has initiated arbitration proceedings before any resort is had to a court, courts of Contracting States subsequently asked to deal with the same subject-matter between the same parties or with the question whether the arbitration agreement was non-existent or null and void or had lapsed, shall stay their ruling on the arbitrator's jurisdiction until the arbitral award is made, unless they have good and substantial reasons to the contrary."

the arbitration clause provides for arbitration abroad, the court is bound to follow these provisions contained in international treaties. As a general matter, courts give priority to provisions contained in international treaties ratified by the Parliament over conflicting provisions of statutory law. However, it is doubtful whether those provisions would apply to consumer disputes because of non-commercial character of the dispute. The New York Convention has been ratified by Serbia with express declaration that it will be applied to commercial matters only, and the same limitation exists in the scope of application of the European Convention.

3.3. Form of arbitration agreement

The arbitration agreement is the basis of arbitration, as expressly stated in Article 4(1) of the Arbitration Act. Serbian law does not require any special form for an arbitration agreement contained in a consumer contract. The general rule contained in Article 12 applies. According to Article 12 the arbitration agreement must be concluded in writing. An arbitration agreement shall be deemed to be in writing if concluded by an exchange of messages through means of communication which provide a written record of the parties' agreement, regardless of whether the messages were signed by the parties or not (Art. 12(3)). A reference in a written contract to a document containing an arbitration agreement (such as general conditions) also constitutes a valid arbitration agreement provided that the aim of the reference is to make this agreement part of the contract (Art. 12(4)).

3.4. Content of arbitration agreement

In order to be valid, an arbitration agreement must refer to a type of dispute that is capable of settlement by arbitration (Article 10 SAA). A dispute arising from or related to a consumer contract is capable of settlement by arbitration.

The number of arbitrators must be odd. The Serbian Arbitration Act does not provide a presumed number. In the absence of parties' agreement on this issue, the number of arbitrators shall be determined by the appointing authority, the court or the arbitral institution, as the case may be (article 16).

The parties may agree to refer their dispute to a permanent arbitral institution. To express such intention it suffices to mention the name of an arbitral institution (The SAA, Article 34(3)). However, for the moment there is no institution to which the parties could turn to in Serbia.⁶⁵

The place of arbitration is also the matter of unlimited parties' choice (the SAA, Article 34(1)). Thus, a place in a foreign city may be chosen, provided that it is not too distant from or inconvenient to the consumer, because otherwise the clause could be struck down as unfair (the CPA, Article 47). Even if arbitration is

⁶⁵ See *infra*: Absence of an institutional framework.

taking place on the internet (ODR), the parties should specify a place of arbitration to anchor it in some country that has arbitration friendly legislation. This is important both for enforcement and for possible setting aside of the award.⁶⁶

The language of arbitration may be Serbian, or English, or any other language that was agreed between the parties, even in domestic arbitration. If the parties have not chosen the language, the arbitral tribunal shall decide upon it, taking into account the place of arbitration and the language used by the parties in their legal relationship.

Although confidentiality is not necessarily guaranteed in every arbitration (the SAA does not mention it as a fundamental principles of arbitration), it is guaranteed in this type of arbitration by the provisions of the CPA (Article 132).

3.5. Submissions and Hearings

If arbitration is to take root in consumer disputes, it needs to be at least as expedient and informal as the special procedure before the courts provided by the new Code of Civil Procedure. The Arbitration Act envisages an exchange of statement of claim and statement of defense before the hearing (Art. 36). Although it is not expressly stated that these are written pleadings, any other interpretation would run contrary to the intended meaning. Statement of claim may be replaced by a request for arbitration. The written request or statement of claim is not indispensable, however, if the arbitration agreement concluded for an existing dispute defines the terms of reference of the arbitral tribunal in a sufficiently clear and precise manner.

Parties can agree either before or after the proceedings have commenced to exclude the hearing (Art. 39(1)). If no agreement is reached, an oral hearing is required if one of the parties requests it. The arbitrators' discretion in that regard, although proclaimed in the Act, is in fact restricted by the obligation to provide both parties with the opportunity to present their case. Since the law does not regulate the manner of conducting the hearing, a telephone conference with the parties might be considered a hearing, which might be convenient and time-saving in online and cross-border consumer arbitrations. The possibility to conduct a hearing in this way is also confirmed by Article 34(4) that provides that the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for the deliberation of arbitrators or for hearing of the parties.

3.6. Arbitration Costs

The parties jointly bear the costs of arbitration (Article 18(1)). However, in consumer arbitration they can provide in their arbitration that the costs shall be borne by the trader exclusively or in greater part. Although both the CPA (132(7)) and the

⁶⁶ G. Kaufman Kohler, T. Schultz, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International 2004, 167.

SAA (Article 33) provide that the parties [in a consumer dispute] are equal, this type of clause would surely not be struck down as contrary to that guarantee, due to the fact that it actually removes imbalance that exists between parties of unequal litigational capacity. In contrast, if the clause in a consumer contract provided for a costly arbitration, such as ICC, without providing for the trader to bear the costs, it would be struck down as unfair (CPA, Article 47), or null and void (the SAA, Art. 10).

3.7. Class Actions

Serbian procedural law currently contains no comprehensive rules to address the concept of class action. The Arbitration Act does not even provide for consolidation of related arbitral proceedings. However, the CPA introduces a collective/representational action in Chapter XIII entitled: The Procedure for Banning Unfair Contract Terms and Unfair Trading Practices. In some respects this procedure resembles a class action (there are notice requirements, there is a ban on initiating other identical actions, the judgment has certain effects towards third parties). This procedure may be initiated by a consumer whose right or interest has been hurt or by an organization defending the collective interests of consumers (the CPA, Article 137). It is conducted before the state court (the CPA, Article 139), but before filing the application, the applicant must invite the other party to settle the dispute out-of-court (the CPA, Article 144(1)). The provisions of the Act that apply to out-of-court settlement of disputes are applicable to these procedures (the CPA, Article 144(2)). Arbitration is one of those mechanisms of out-of-court dispute settlement (the CPA, Article 134(2)). However, since the applicant has a duty to offer out-of-court settlement, it is questionable whether this procedure could be considered as consensual arbitration, and governed by the provisions of the Arbitration Act. The rules of the CPA in this respect are too summary and do not give sufficient guidance on how to organize such out-of-court settlement procedure.

3.8. Arbitral Award

The requirements for the award in Serbian law are not very demanding. The award must state the date and place of its making, and contain an introduction, a decision on the substance of the dispute, a decision on the costs of arbitration, and a statement of reason (the SAA, Article 53). The parties may agree to waive the last requirement. The arbitrator can also make an arbitral award on agreed terms, unless the effects of the settlement are contrary to public policy (the SAA, Article 54).

3.9. Enforcement of Foreign Awards

Enforcement and recognition of foreign awards is guaranteed by the provisions of the New York Convention (1958). However, since this convention was

ratified by Serbia with the declaration that it will be applied to differences arising out of legal relationships that are considered commercial under its national law, the foreign awards in consumer matters will have to be recognized and enforced pursuant to the provisions of the SAA. The SAA enables recognition of any kind of arbitral award, notwithstanding the type of dispute. Enforcement proceedings may be initiated directly on the basis of a foreign award, without previously seeking its recognition. The court from which enforcement order is sought must decide on the recognition of the foreign arbitral award as a preliminary matter. The court must reach both decisions within thirty days.⁶⁷

4. ABSENCE OF AN INSTITUTIONAL FRAMEWORK

After reviewing the legislative framework which seems to be flexible and conducive to arbitration (except for Article 135 that guarantees access to court at any time), it may be surprising that there are not more arbitration clauses inserted in contracts concluded between Serbian businessmen and their customers. Perhaps this is because adequate institutional mechanisms for resolution of this kind of disputes are lacking. The existing arbitration institutions have not made an effort to adapt their rules to the needs of consumer disputes. Thus, for example, the Foreign Trade Court of Arbitration (Spoljnotrgovinska arbitraža) and the Permanent Court of Arbitration (Stalni izabrani sud) Rules of Arbitration provide for payment of the full advance on costs of arbitration by the claimant party, which would usually be the consumer, and have no provisions enabling an expedited procedure in small claims. These rules alone make their proceedings unsuitable for consumer arbitrations. An arbitration agreement providing for jurisdiction of these institutions might be considered as unfair. As mentioned before, there are some arbitration bodies functioning within trader associations, such as YUTA, but they seem not to be very effective as the number of claims is relatively small,⁶⁸ although tourist services are among those that are most often cited in the media as problematic as far as consumer rights are concerned.

Nevertheless, the Arbitration Act provides a sound basis for development of the institutional network, because: “[p]ermanent arbitral institutions may be established by chambers of commerce, or by professional, vocational or civic associations, in accordance with their articles of association and with this Act, provided that is in compliance with their activities.” (Article 6(2)). There are no restrictions for establishing and operation of institutions that would be tailored to the needs of the special category of consumer disputes. Neutral associations would be more promising as founders of impartial arbitration institutions than the professional organizations of traders, such as Chamber of Economy or YUTA. Arbitrators in these disputes could be young lawyers skilled in use

67 The Enforcement Procedure Act, Articles 5(2) and 25(3).

68 See the website of YUTA. <http://www.yuta.rs/sr/yuta/arbitraza.asp>

of modern ITT technologies, wishing to establish themselves in the world of arbitration. The government and consumer organizations should encourage and support initiatives for establishment of institutions of this kind. The courts could also help in developing consumer arbitration by enforcing arbitration agreements in consumer contracts, always taking care that arbitration is not used as a means to deprive the consumer of his rights.

5. CONCLUSION

On the basis of what was said there seems to be a good potential for arbitration to become a viable option for resolution of consumer disputes in Serbia. The existing legal framework provided in the Consumer Protection Act and the Arbitration Act is suitable and may serve as a platform for development of this particular branch of dispute resolution, except Article 135 of the Consumer Protection Act which needs to be redrafted. The institutional framework still needs to be developed, but there are no legislative obstacles to this. Such framework could be developed by learning from the experience of other jurisdictions, and keeping constantly in touch with the progress of the initiative for a global consumer ODR system.

Dr Maja Stanivuković, LL. M.

Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

ARBITRAŽA – DA LI JE TO ODRŽIVI NAČIN REŠAVANJA POTROŠAČKIH SPOROVA U SRBIJI?

Rezime

U radu je reč o mogućnosti da arbitraža postane jedna od opcija za rešavanje potrošačkih sporova u Srbiji i o pogodnosti postojećih izvora prava i arbitražnih institucija da posluže kao platforma za razvoj ovog načina rešavanja potrošačkih sporova. U njemu se takođe razmatra politika koju treba slediti da bi se razvile arbitražne usluge za ovu vrstu sporova, kao i uporednopravna iskustva. Polazna pretpostavka je da arbitraža u potrošačkim sporovima trenutno nije razvijena. U drugom poglavlju razmatra se opšta pogodnost arbitraže kao mehanizma za rešavanje unutrašnjih i međunarodnih potrošačkih sporova. U trećem poglavlju dat je pregled izvora prava koji uređuju arbitražu u potrošačkim sporovima u Srbiji, a u četvrtom je ukratko objašnjeno zašto se smatra da u Srbiji ne postoji institucionalni okvir za razvoj arbitraže u ovoj vrsti sporova.

Poslednje, peto poglavlje sadrži zaključke u kojima se tvrdi da postoji potencijal za razvoj arbitraže i da ona može postati prihvatljiva opcija za rešavanje potrošačkih sporova u Srbiji. Zaključuje se da postojeći izvori prava, Zakon o zaštiti potrošača i Zakon o arbitraži jesu adekvatni i da mogu da posluže kao solidna platforma za dalji razvoj. Nisu ustanovljene pravne praznine, zabrane niti druge prepreke za razvoj, osim u članu 135 Zakona o zaštiti potrošača koji garantuje potrošačima pravo na sudsku zaštitu. Ovaj član bi trebalo izmeniti kako bi se omogućilo ostvarivanje cilja zakonodavca, da se potrošaču omogući da odustane od arbitražne klauzule koju je ugovorio pre izbijanja spora, ali da se istovremeno obezbedi i obavezujući karakter arbitražnog sporazuma koji je postignut po izbijanju spora. Pored toga, potrebno je stvoriti odgovarajuću arbitražnu instituciju, ali ne postoje zakonske prepreke za ostvarivanje tog cilja. Takva institucija mogla bi se uspostaviti tako što bi se sledila iskustva drugih zemalja i što bi se kontinuirano pratio napredak inicijative za stvaranje globalnog sistema rešavanja potrošačkih sporova na internetu.

Ključne reči: sporovi između trgovca i potrošača, prekogranični potrošački sporovi, arbitraža, Srbija

Dr Katarina Ivančević

Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta Union

REŠAVANJE POTROŠAČKOG SPORA PRED ARBITRAŽOM

*Planinu će pomeriti samo onaj koji je u
početku pomicao kamenčiće.*

Kineska poslovice

Rezime

Alternativno rešavanje sporova se koristiti kao pojam koji obuhvata veliki broj mehanizama za rešavanje sporova, koji predstavljaju alternativu klasičnom sudskom postupku. Modeli ARS su od posebnog interesa za potrošače jer obezbeđuju brz i efikasan postupak rešavanja potrošačkog spora koji je najčešće za potrošače besplatan ili jeftin. U pojedinim zemljama su se kao efikasne u rešavanju potrošačkih sporova pokazale specijalizovane arbitraže. U radu se razmatra sadašnje stanje propisa i prakse u rešavanja potrošačkih sporova u Republici Srbiji i prikazuje način i rezultati rada arbitraža koje rešavaju potrošačke sporove u zemljama EU i zemljama u našem okruženju. Na kraju se razmatraju pitanja koja su značajna za rešavanje potrošačkih sporova pred arbitražom, kao i preduslovi za napredak u rešavanju potrošačkih sporova u vansudskom postupku u Republici Srbiji.

Ključne reči: potrošački spor, potrošač, arbitraža

1. UVOD

Počastvovana sam pozivom da priložim svoj rad za *Librer Amicorum* po-svećenoj profesoru Svetislavu Taboroši koji je autoritet u oblasti zaštite potroša-ča. Profesor Taboroši pripada malobrojnoj grupi naučnih radnika koja se svojim radovima, stavovima i inicijativama¹ kontinuirano zalagala za promene u našem pravnom sistemu u oblasti zaštite potrošača. Naučnim radovima o značaju, mestu i ulozi zaštite potrošača,² kao i neposrednim angažovanjem na izradi propisa i formiranju nacionalne strategije zaštite potrošača, pružio je značajan doprinos u dostizanju sadašnjeg nivoa usklađenosti srpskih propisa sa tekovinama Evropske unije što je dovelo do poboljšanje položaja potrošača u Srbiji.

Opredelila sam se da moju pažnju u ovom radu usmerim na vrlo aktuelno pitanje rešavanja potrošačkih sporova. Danas se u svetu prednost daje rešava-nju spora³ putem vansudskog Alternativnog rešavanja sporova - ARS.⁴ Rešava-nje sporova u postupku ARS doprinosi rasterećenosti sudova koji su najčešće u nemogućnosti da u razumnom roku donesu odluku. Istovremeno zbog svoje fleksibilnosti i tajnosti kao i mogućnosti da se prilagode zahtevima stranaka, koji su uslovljeni njihovim potrebama i interesima, doprinose humanizaciji re-šavanja konflikta.⁵ Cilj je da obe strane iz konflikta izađu zadovoljne ili bar poučene a ne poražene i osujećene. U pogledu rešavanja potrošačkih sporova postojanje različitih modela ARS je od posebnog značaja. Odsustvo modela ARS se od strane pojedinih autora posmatra kao onemogućavanje pravne zašti-te za potrošače.⁶ Zadatak države je da potrošaču omogući efikasan, brz i jeftin pristup pravdi kroz odgovarajuće mehanizme za rešavanje spora sa trgovcem.

1.1. Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova u Evropskoj uniji

Evropska unija (EU) je značajnu pažnju posvetila podsticanju primene modela ARS u zemljama članicama, posebno u rešavanju potrošačkih sporova. Uspostavljanje modela ARS se zahteva odredbama pojedinih direktiva dok su kroz preporuke ustanovljena načela koja se odnose na tela za vansudsko reša-

1 S. Taboroši, "O potrebi donošenja zakona o zaštiti potrošača", *Pravo i privreda*, 5-8/2001, 490-501.

2 S. Taboroši, "O pravnoj prirodi prava potrošača", *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, Prilozi projektu 2007, (priredio prof. dr Svetislav Taboroši), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008, 37-50.

3 Pod sporom „...treba razumeti životnu situaciju u kojoj jedan pravni subjekt ističe svoje pravo prema drugom, a ovaj osporava da ono uopšte postoji, ili tvrdi da ne postoji prema njemu.“ *Pravna enciklopedija, odrednica PARNICA, Savremena administracija*, Beograd 1979, 936.

4 „Pod alternativnim rešavanjem sporova (kratice: ARS, ADR) podrazumeva se svaki postupak koji je usmeren na rešavanje konflikta između grupa ili pojedinaca postizanjem sporazuma (ugovora), samostalno, ili uz pomoć treće, neutralne osobe.“ G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 188.

5 L. Karamarković, *Posredovanje pred arbitražom*, Pravni fakultet Univerziteta Union i JP „Službeni glasnik“, Beograd 2007, 10.

6 Kao npr. G. Howells, S. Weatherhill, *Consumer Protection Law*, Ashgate Publishing Limited, Burlington 1997, 528 i dalje.

vanje sporova potrošača.⁷ Evropski savet je svojevremeno Rezolucijom⁸ pozvao države članice da omoguće osnivanje tela za vansudsko rešavanje sporova i da podstiču njihov rad, kao i da podstiču saradnju između privrednika, organizacija za zaštitu potrošača i stručnih tela radi formiranja tela za vansudsko rešavanje sporova. Zelena knjiga iz 2002. godine⁹ je bila osnovni pravni izvor za medijaciju u okviru EU. Uredba 2006/2004¹⁰ je obavezala države članice da inoviraju svoje propise o zaštiti potrošača sa namerom da se ostvari međusobna saradnja radi sprovođenja propisa o zaštiti potrošača. Direktiva o medijaciji 2008/52/EC¹¹ je obezbedila da države članice u svoj sistem uvedu standarde u primeni medijacije.¹² Cilj svih donetih akata nije bio da se uvede jedan obavezujući model koji bi zamenio sada postojeće modele ARS u državama članicama, već da se usaglase načela po kojima ovi organi rade. Sa ciljem da se potrošačima olakša pristup modelima ARS pri rešavanju prekograničnih sporova Evropska komisija je uspostavila dve evropske mreže koje imaju isti cilj ali deluju na različit način.¹³ Nedavno je doneta Direktiva 2013/11/EU o alternativnom rešavanju potrošačkih sporova kojom je izmenjena Uredba 2006/2004 i Direktiva 2009/22/EC- Direktiva ADR¹⁴ Prema novodonetim propisima države članice imaju obavezu da osnuju tela za rešavanje sporova između potrošača i trgovaca u svim sektorima.¹⁵

7 Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998. koja se odnosi na postupke u kojima treća strana rešava spor na način, koji je obavezujući ili neobavezujući za obe strane.

Commission Recommendation 2001/310/EC of 4 April 2001 koja se odnosi na postupke u kojima treća lica ne daje mišljenje o rešenju spora, već samo pomaže strankama u sporu da same dođu do najboljeg rešenja uvodi osnovna načela ovih postupaka.

8 Council Resolution 2000/C/155/01 of 25 May on a Community-wide network of national bodies for the extra-judicial settlement of consumer disputes, OJ C 155, 6. 6. 2000.

9 Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, COM (2002), 196 final, www.eurocivil.info

10 The EC Regulations No 2006/2004, OJ L 364, 9.12.2004.

11 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008. on certain aspects of mediation in civil and commercial matters the European Parliament, OJ L 136, 24.05.2008.

12 U Sloveniji su osnovna pravila postupka medijacije utvrđeni zakonom kojim su propisi usaglašeni sa ovom direktivom. Od juna 2010. godine pri prvostepenim i drugostepenim sudovima se sprovodi medijacija u građanskim i trgovačkim sporovima i sudovi su u obavezi da obezbede i sprovode sistem alternativnog rešavanja sporova. Zakon o medijaciji v civilnih in gospodarskih zadevah, *Uradni list, br. 56/2008*. Zakon o alternativnem reševanju sodnih sporov (ZARSS), *Uradni list, br. 56/2008*.

13 Jedna mreža je *The European Consumer Centres Network* - ECC-Net koja pruža podatke i pomoć potrošačima koje prikupljaju i pružaju lica koja su kontaktne osobe u državama članicama. Druga mreža je FIN-NET koja omogućava neposredan pristup do sredstava za vansudsko rešavanje sporova potrošačima koji imaju problema sa pružiocima finansijskih usluga.

14 Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013. on alternative dispute resolution for consumers disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, (Directive on consumer ADR), O.J. L 165/63- 18.06.2013.

15 U pojedinim zemljama, kao što je Slovačka, nema evidentiranog tela koje je zaduženo za vansudsko rešavanje potrošačkih sporova. Trgovački inspektorat sprovodi nadzor tržišta sa dobrim efektima. U nekim zemljama, kao što je Bugarska gde je formiran Odbor za mirenje, organi ARS ne funkcionišu na zadovoljavajući način. Study(2010), 12

Komisija je kroz projekat *ECODIR (Electronic CONsumer Dispute Resolution Platform)*¹⁶ želela da unapredi mogućnosti potrošača da ostvare svoja prava. Osnovni cilj ovog projekta je bio da se putem određenih alatki, kojima se lako može pristupiti preko Interneta, potrošačima omogućí *online* elektronsko rešavanje potrošačkih sporova koji nastanu sa prodavcem (*on-line dispute resolution-ODR*).¹⁷ Rešavanje spora ovim putem je besplatno i dobrovoljno tako da stranke mogu u svakom momentu da odustanu od ovog načina rešavanja spora. Na ovaj način se mogu rešavati sve vrste malih sporova u istom okruženju u kom su nastali na brz i ekonomičan način. Sistem omogućava potrošačima i prodavcima da spor rešavaju kroz tri faze – pregovaranje, posredovanje i preporuku. Nedavno je doneta Uredba o rešavanju sporova putem Interneta kojom se usklađuju propisi u ovoj oblasti.¹⁸ Očekuje se da će primena ove uredbe i Direktive ADR doprineti oživljavanju jedinstvenog tržišta i efikasnom rešavanju prekograničnih sporova. Cilj je da se obezbedi da svi evropski potrošači mogu, bez obzira na vrstu spora, državu porekla potrošača i mesto gde je došlo do sporne situacije, da se obrate kompetentnim telima ARS.

Studije koje su urađene za potrebe Evropske komisije¹⁹ su pokazale da je u zemljama članicama prisutno 750 raznovrsnih organa ARS od kojih je 60% evidentirano kod Evropske Komisije.²⁰ Ocenjeno je da je postignut određen napredak posebno u novim zemljama članicama (na pr. Bugarska, Mađarska, Malta, Slovenija, Poljska) kao i u starim članicama (na pr. Nemačka, Austrija, Švedska, Irska, Italija).

Prisutne su značajne razlike u stepenu razvitka modela ARS tako da je skoro svaki model jedinstven po svojim karakteristikama.²¹ U većini država je pokrivenost ARS obezbeđena na nacionalnom nivou a u pojedinim je prisutna decentralizacija na lokalnom ili regionalnom nivou.²² Razlike se ogledaju u tome ko ih osniva (državni organi, industrija samostalno ili u saradnji sa potrošačkim organizacijama) kao i u načinu finansiranja (od strane industrije, iz budžeta ili kombinovano). Rešavanje

16 ECODIR projekat je zajednički poduhvat: The *Centre de Recherches Informatique et Droit* (CRID) at the University of Namur, the *Centre National de la Recherche Scientifique* (CNRS), the University of Montreal's *Centre de Recherche en Droit Public* (CRDP), and the University College Dublin Faculty of Law. Prema Karim Benyekhlef and Fabien Gélinas, *Online Dispute Resolution*, January 2005. <http://www.mediate.com/Integrating/docs/karim%20ODR%20book.pdf>,

17 Više o projektu www.ecodir.org.

18 Regulation (EU) No 524/2013 of 21 May 2013. (Regulation on consumer ODR), OJ L165/1, 18.6.2013.

19 DG Sanco *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union - Study*(2010), http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf, 10. jul 2013.

20 Države članice mogu da obaveste Evropsku komisiju o telima čiji rad smatraju potpuno usklađenim sa Preporukom 98/257/EZ i Preporukom 2001/310/EZ. Baza podataka je dostupna na: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm#coop

Najveći broj ADR tela je prisutan u Nemačkoj njih 247 od kojih je 223 evidentirano kod Evropske komisije. Study (2010), 12.

21 O ARS modelima potrošačkih sporova: K. Ivančević, *Pravna zaštita potrošača korisnika usluge osiguranja i bankarske usluge*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2010, 349-378

22 To je slučaj u Italiji, Nemačkoj, Španiji i Portugaliji.

zahteva u većini organa ADR (75%), traje između 31 do 90 dana.²³ Većina modela ARS su za potrošače besplatni dok su pojedini jeftini tako da koštaju do 50 eura.²⁴ Odluke se donose od strane kolektivnog organa ili od strane pojedinca i razlikuju se u pogledu oblika i obaveznosti. U praksi funkcionišu brojni modeli ARS: medijacija, specijalizovani ombudsman za zaštitu potrošača, arbitraže specijalizovane za rešavanje potrošačkih sporova, odbori za rešavanje potrošačkih žalbi i dr.²⁵

1.2. Arbitraža kao model ARS

Klasična arbitraža predstavlja proces u kome se spor rešava pred nezavisnim privatnim sudom koji donosi odluku na osnovu predloženih relevantnih dokaza i izjava stranaka u toku postupka. Postupak pred arbitražom je sličan sudskom postupku s tim da je znatno fleksibilniji i manje formalan od sudskog postupka. Ovaj način rešavanja spora koji je poverljiv, kao i medijacija, može biti povoljan za stranke koje su u sporu a žele da nastave svoju saradnju odnosno ugovorni odnos. Prednost ovog postupka u odnosu na sudski je da je arbitražni postupak brži, jeftiniji i prilagodljiviji prirodi i specifičnostima spora.

Strane koje su u sporu imenuju arbitre koji će doneti odluku o rešenju spora. U slučaju da je ugovoreno rešavanje spora pred arbitražom rešenje spora nije moguće predložiti sudu. U arbitražnom postupku se o predmetu spora odlučuje u jednom stepenu i nema mogućnosti naknadnog preispitivanja meritorne odluke arbitražnog suda. Pravedno odlučivanje se obezbeđuje izborom arbitra a ne naknadnim preispitivanjem odluke. Ugovarajući arbitražu kao način rešavanja spora, stranke prihvataju odluku kao obavezujuću tako da je ona izvršna. Izvršenje arbitražnih odluka je olakšano i na međunarodnom nivou.

Arbitraža ima i negativnih osobina. One se nekad ogledaju u poteškoćama oko izbora arbitra što utiče na formiranje veća i prolongira početak rada arbitraže. Nekada se rešavanje spora može odužiti zbog nedovoljnog poznavanja materije od strane arbitra ili njegove neodlučnosti ili pristrasnosti. Značajno je i to da stranke imaju slobodu samo u izboru arbitra i nemaju uticaja na tok postupka kao ni na odluku arbitra.

Arbitraža se u principu ne smatra oblikom alternativnog rešavanja sporova s obzirom da je to izabrani sud i da rezultat nije postizanje sporazuma strana u sporu

23 Samo u 1% postupaka rešavanje traje duže od 360 dana. Study (2010), 42.

Direktiva ARS obavezuje države članice da obezbede da se spor reši u roku od 90 dana od dana kada je organ ARS primio tužbu. Direktiva ARS čl. 8 st.1 tač. (d).

24 U nekim sistemima je predviđeno da se od potrošača naplaćuje naknada koja se ne vraća i ni u slučaju da uspe u sporu. Takva su pravila Odbora za potrošačke žalbe u Danskoj i Holandiji kao i u Poljskoj u postupku pred Bankarskim ombudsmanom. Study (2010), 42.

25 Najčešće se ARS klasifikuje po kriterijumu umešanosti i autoritetu treće neutralne strane. Kao osnovni modeli ARS se navode medijacija, direktni pregovori i arbitraža. U praksi se razvio veliki broj hibridnih modela koji su nastali usled prilagođavanja potrebama stranaka i lokalnim prilikama. To su: nagodba, evaluacija slučaja, ročište poravnanja. Med-arb, mini parnica, apelacioni ARS, nedelja poravnanja i ombudsman. L. Karamarković, *Poravnanje i medijacija*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd 2004, 312-316.

već donošenje meritorne odluke od strane arbitra. U praksi je kroz specijalizovane oblike u rešavanju potrošačkih sporova arbitraža evdentirana na teritoriji EU što je dovelo do toga da je vremenom prihvaćeno da je i ovo jedan od modela ARS.²⁶ Danas većina pisaca koji shvataju ARS kao skup raznovrsnih metoda koji predstavljaju protivtežu sudskom postupku takođe ubraja arbitražu u ARS.²⁷

U kontekstu neravnopravnog odnosa trgovca i potrošača javlja se dilema da li je arbitraža pogodan način za rešavanja potrošačkih sporova polazeći od njenih karakteristika. Nesumljivo da arbitraža ima određenih prednosti u odnosu na sudski postupak i da one mogu biti kvalitet i u postupku rešavanja potrošačkog spora. Sa druge strane klasična arbitraža može za potrošača u određenim okolnostima biti nepovoljna.

U daljem izlaganju ćemo sagledati vansudsko rešavanje sporova u Srbiji, prikazati funkcionisanje arbitraža pred kojima se rešavaju potrošački sporovi u pojedinim zemljama EU i zemljama u našem okruženju. Potom ćemo razmotriti pitanja koja su značajna za rešavanje potrošačkih sporova pred arbitražom.

2. VANSUDSKO REŠAVANJE SPOROVA U REPUBLICI SRBIJI

Svojevremeno je prof. Svetislav Taboroši apelovao da se preduzme hitna akcija na "spašavanju potrošača" koja je u suštini akcija za spasavanje dostojanstva prava.²⁸ Smatrao je da je nedovoljnost privatnopravne zaštite potrošača u našem pravnom sistemu, između ostalog, prouzrokovala teškoće u obezbeđenju odgovarajuće naknade oštećenom potrošaču od trgovca. Rešenje je video u donošenju posebnog zakona kojim bi se obezbedila zaštita potrošača a koji u to vreme u našem pravnom sistemu nismo imali.

Svaki od zakona koji je donet radi zaštite potrošača je imao u vidu potrebu da se potrošačima omogući pristup pravdi putem vansudskog rešavanja sporova. Prvi Zakon o zaštiti potrošača je veoma skromno propisivao da se mogu obrazovati tela za rešavanje sporova potrošača u skladu sa zakonom, za povrede prava potrošača, odnosno učinjene štete male vrednosti.²⁹ Zakon o zaštiti potrošača iz 2005. je propisivao da se, u skladu sa zakonom, u okviru lokalne samouprave ili komore mogu obrazovati arbitražna tela za rešavanje sporova potrošača čija bi nadležnost bila vezana za povrede prava potrošača odnosno prourokovanu štetu.³⁰ U stručnoj

26 Zeleni papir iz 2002. godine isključuje arbitražu kao vansudski mehanizam za rešavanje sporova. *Commission of the European Communities, Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law*, COM(2002)196 fin, http://www.europa.eu.int/comm/off/green/index_en.htm, str. 16 – 20. (juli 2009.), str. 6

U tekstu Direktiva o ADR navodi se da su vansudski organi za rešavanje sporova sa posredovanjem treće strane arbitraža, posredovanje, medijacija, ombudsman i odbori za pritužbe.

27 Gašo Knežević, „Marginalije o pojmovima privatne pravde i ADR-a s aspekta arbitraže i medijacije“, *Zbornik PFZ*, 62, (1-2) (2012), 430.

28 Svetislav Taboroši, (2001), 493.

29 Zakon o zaštiti potrošača - ZZZP (2002) *Službeni list SRJ* br. 37/2002, čl. 51.

30 Zakon o zaštiti potrošača - ZZZP(2005) *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, čl. 61.

javnosti je ukazivano da potrošači neće imati koristi ako ova odredba ne zaživi u praksi i apelovano je na zainteresovana lica, na državne organe, organizacije za zaštitu potrošača da se angažuju po ovom pitanju.³¹ Fakultativnost ove odredbe je dovela do toga da ona u praksi nije primenjena odnosno da ova tela nikada nisu obrazovana. Prilikom donošenja navedenih zakona nastojalo se da se unapredi položaj potrošača time što će se domaći propisi usaglasiti sa propisima Evropske unije o zaštiti potrošača u meri u kojoj su one usklađene sa važećim srpskim propisima kojima se ta materija na direktan ili indirektan način reguliše.³²

Važeći Zakon o zaštiti potrošača³³ propisuje da se potrošački spor³⁴ može rešiti vansudskim rešavanjem potrošačkih sporova. Potrošački spor se može rešiti arbitražom, medijacijom ili na drugi načinu u postupku koji je uređen zakonom kao vansudski postupak rešavanja sporova.³⁵ Odredbe zakona kojima se uređuje arbitraža, odnosno posredovanje³⁶ kao i drugi propisi kojima se uređuje vansudsko rešavanje sporova se primenjuju na postupak vođenja i okončanja vansudskog rešavanja potrošačkog spora. U odnosu na rešenja iz predhodnih zakona ZZP(2010) je omogućio svojim rešenjima određen pozitivan pomak u pogledu vansudskog rešavanja potrošačkih sporova. Zakonsko rešenje je izloženo kritici u teoriji³⁷ i u praksi kao neadekvatno, nedovoljno usklađeno sa evropskim standardima tako da ne omogućava potrošačima potreban nivo pristupa pravdi kroz modele ARS. U tom smislu su inicirane izmene koje bi postavile pravni osnov za organizovanje tela za vansudsko rešavanje potrošačkih sporova širom Srbije.³⁸

2.1. Rešavanje potrošačkog spora putem medijacije

Rešavanje potrošačkog spora može da se, sporazumom strana u potrošačkom sporu, poveri jednom ili većem broju posrednika u rešavanju sporova (medijatora) koga strane izaberu sa spiska posrednika u skladu sa zakonom kojim se uređuje

31 Jelena Vilus, "Zakon o zaštiti potrošača Srbije i propisi Evropske unije", *Evropsko zakonodavstvo*, januar-jun 2006, 69.

32 J. Vilus(2006), 63.

33 Zakon o zaštiti potrošača- ZZP(2010), "Službeni glasnik RS", br. 73/2010.

ZZP(2010), Glava XII Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova, čl. 132-136.

34 Potrošački spor je svaki spor koji proizilazi iz ugovornog odnosa potrošača i trgovca, izuzev sporova koji su izuzeti iz ovog pojma i čiji nastanak je uzrokovan iz razloga koji su taksativno nabrojani. ZZP(2010) čl. 132 st. 1,2,3

35 Definicija *vansudskog rešavanja potrošačkih sporova*, ZZP(2010) čl. 5, st. 1, tač. 34.

36 Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006; Zakon o medijaciji-posredovanju, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005.

37 Nevena Petrušić, „Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova u pravu Srbije“, *Pravni život* br. 11/2011.

Zoran Vuković, „Metode alternativnog rešavanja potrošačkih sporova“, *Uslužno pravo* (ur. M. Mićović), Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac 2013, str. 979-992.

38 T. Bourgoignie, i T. Jovanić, *Predlozi IPA projekta o alternativnom rešavanju sporova uključujući on-line rešavanje sporova u Srbiji*, Seminar Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova, Beograd 27-28 jun 2013.

posredovanje. Prednosti medijacije su da ona dovodi do zadovoljenja interesa obe strane kao i da nije zamena za sudski postupak. Ukoliko medijacija ne dovede do pozitivnog rezultata strane se mogu obratiti sudu radi rešenja spora. Smatra se da su potrošački sporovi posebno podobni za rešavanje u postupku medijacije.³⁹ Medijacija je primenjena kao model ARS u velikom broju zemalja.⁴⁰ Opšti trend primene medijacije u Srbiji je doveo do toga da potrošači imaju najviše mogućnosti da spor sa trgovcem reše u postupku medijacije.

Postupak medijacije se sprovodi u *Centru za zaštitu i edukaciju korisnika finansijskih usluga* koji je osnovan pri Narodnoj banci Srbije⁴¹ Centar je osnovan 2007. godine sa ciljem pružanja zaštite korisnicima finansijskih usluga koje pružaju finansijske institucije koje supervizira Narodna banka Srbije kao i sprovođenje postupka posredovanja- medijacije i edukacije korisnika finansijskih usluga. Postupak medijacije je besplatan.

Centar za medijaciju je razvio mrežu odeljenja širom Srbije pri sudovima i privrednim komorama.⁴² Učešće potrošačkih medijacija koje su obavljene pred *Centrom za medijaciju* u toku 2011. je bilo 57% dok se u 2012. procenat povećao na 73%. Na ovo povećanje je, između ostalog, uticalo to što je ovaj centar ponudio potrošačima besplatnu medijaciju za rešavanje potrošačkog spora i bio aktivan u promovisanju postupka medijacije u potrošačkim sporovima.

Besplatno posredovanje u potrošačkim sporovima na svom sajtu nudi i *Centar za konstruktivno rešavanje sukoba Srbije* koji je osnovan kao udruženje građana.⁴³

Rešenje spora mirnim putem moguće je da se postigne i pred *Sudom časti pri Privrednoj komori Beograda*. Naime, predsednik veća pre otvaranja pretresa poziva okrivljenog i privatnog tužioca, odnosno oštećenog da sporni odnos reše mirnim pu-

39 M. Milošević, *Uvod u medijaciju*, Pravni fakultet Univerziteta Union i JP Službeni glasnik, Beograd 2011, 22, 23

40 O primeni medijacije u pojedinim zemljama: L. Karamarković (2004).

41 Od početka rada do 31.maja 2013. je sprovedeno 712 postupaka posredovanja. U periodu od 1 januara do 30 juna 2013. godine je zakazano 59 postupaka medijacije što je povećanje za 28,3% u odnosu na predhodnu godinu. Postupak je okončan u 35 slučajeva uz 37% postignutih sporazuma između finansijske institucije i klijenta. Najveći broj postupaka se odnosio na sporni odnos banke i klijenta. Izveštaj o radu Centra za zaštitu i edukaciju korisnika finansijskih usluga, januar-jun 2013, http://www.nbs.rs/internet/latinica/63/63_8/izvestaj_januar_jun_2013.pdf, 25.08.2013.

42 Centar su osnovali Republika Srbija, Advokatska komora Beograda, Narodna banka Srbije i Centar za prava deteta iz Beograda. <http://www.medijacija.rs>, 26.08.2013.

U toku 2011. godine je Centru podneto 197 zahteva za medijaciju i od tog broja 95 je okončano sporazumom. U toku 2012. godine je broj podnetih zahteva uvećan na 536 i od tog broja sporazumom je okončano 227 medijacija. Za prva tri meseca je primljeno 109 zahteva od kojih je 35 okončano sporazumom do kraja juna meseca 2013. Prema podacima iznetim na Seminaru *Vansudsko rešavanje potrošačkih sporova* koji je organizovan u Beogradu 27-28 juna 2013., <http://www.zapotrosace.rs>, 26.08.2013.

43 Centar za konstruktivno rešavanje sukoba Srbije je osnovan 2006. godine. Ovaj centar nudi i neformalne edukacije. Nisu dostupni podaci o rezultatima rada ovog centra. <http://www.konstruktivni.ls.rs/rs/kontakt.html>, 10.08.2013.

tem.⁴⁴ U slučaju da se postigne poravnanje postupak pred Sudom časti se obustavlja.⁴⁵ Sam čin pokretanja postupka pred Sudom časti privredni subjekti shvataju veoma ozbiljno i imaju interes da se ovaj postupak obustavi, odnosno da postignu poravnanje. Po pravilu više strepe od mera koje izriče sud časti nego od presuda državnih sudova je mere koje izriče sud časti pored moralnih posledica često mogu imati i materijalne posledice.⁴⁶ Postupci pred *Sudom časti pri Privrednoj komori Beograda* su pokretani na osnovu prijave za pokretanje postupaka zbog povrede dobrih poslovnih običaja i poslovnog morala,⁴⁷ podnetih od strane pravnih i fizičkih lica, saobraćajne inspekcije, turističke i tržišne inspekcije. U izveštaju o radu ovog suda za 2012. godinu se navodi da je do donošenja Zakona o zaštiti potrošača tržišna inspekcija prednjačila po broju prijava čime je doprinosila uspostavljanju poslovne etike i dobre poslovne prakse u privredi Beograda. U predhodnim godinama je značajan broj prijava stizao i od samih potrošača i Pokreta potrošača "Beograd". U našoj zemlji sudovi časti imaju dugu tradiciju i značajnu ulogu u suzbijanju postupaka koji su protivni načelima dobrih poslovnih običaja i poslovnog morala.⁴⁸

2.2. Rešavanje potrošačkog spora putem arbitraže

Saglasno odredbama ZZP(2010) rešavanje potrošačkog spora se može poveriti arbitru koga strane izaberu u skladu sa zakonom kojim se uređuje arbitraža. Pri Privrednoj komori Srbije funkcioniše *Stalni izabrani sud (arbitraža)* pred kojim se ne mogu rešavati potrošački sporovi s obzirom da je opredeljeno da rešava sporove između privrednih subjekata i drugih pravnih lica kada je ugovorena njena nadležnost.⁴⁹

Rešavanje potrošačkih sporova kroz arbitražu je u Srbiji realizovano pred Arbitražnim sudom koji je ustanovilo udruženje turističkih organizacija YUTA.⁵⁰

44 Pravilnik o organizaciji, sastavu i radu Suda časti pri Privrednoj komori Beograda, *Službeni list grada Beograda*, br. 16/2003, 6/2009, čl. 49 st. 2.

45 Sud časti pri Privrednoj komori Beograda je u 2012. godini imao u radu 193 predmeta uz ostvareni priliv u toku godine od 109 novih predmeta. Ukupno je rešen 101 predmet po kojima su izrečene mere u 42 predmeta, postupak je obustavljen zbog zaključenog poravnjanja u 5 predmeta a iz drugih razloga u 21 predmetu; Odbačeno je 11 prijava od strane tužioca Suda časti, u 3 predmeta je podnosilac odustao od prijave i donete su 2 oslobađajuće odluke. U drugostepenom postupku je potvrđeno 29 odluka, 3 žalbe su odbačene kao nedozvoljene, 20 odluka je ukinuto i vraćeno na ponovno odlučivanje dok je jedna prvostepena odluka u celosti ukinuta i odbačen je optužni predlog. <http://www.kombeg.org.rs/Slike/SudCasti/Izvestaj%20o%20radu.pdf>, 10.06.2013.

46 M. Bodrožić, „Zaštita prava potrošača pred sudom časti“, *Pravni putokazi*, br. 1/2011, 131.

47 Pri tom se imaju u vidu povrede odredaba Kodeksa poslovne etike, *Službeni glasnik RS*, br. 2/2006.

48 O radu sudova časti kod nas 60-tih godina 20 veka: O. Stanojević, „O sudovima časti privrednih komora“, *Analitičnog fakulteta*, br. 3-4/1965.

49 Pravilnik o Stalnom izbranom sudu (arbitraža) pri Privrednoj komori Srbije *Službeni glasnik RS*, br. 28/2011, čl. 1

50 Prema pregledu tužbi u periodu od 2005. do 2012. godine broj tužbi se povećavao sve do 2008. godine kada ih je bilo 68 i od tog broja je po 61 delimično usvojena tužba, 1 tužba je povučena i sklopljeno je 5 poravnjanja. U 2012. godini su podnete 34 tužbe od kojih je zahtev usvojen delimično u 22 predmeta, odbijena je tužba u 7, povučena jedna i zaključeno poravnanje u 3 slučaja. Uočljivo je da je veoma mali broj tužbi usvojen u celosti (2009.- pet, 2010.-tri 2011.-dve). <http://www.yuta.rs/sr/yuta/arbitraza.asp>, 13.08.2013.

Arbitraža je nezavisni organ i postupak pred njom nije besplatan za potrošača. U Opštim uslovima poslovanja je sadržana arbitražna klauzula⁵¹ kojom se ugovara nadležnost Arbitražnog suda YUTA u rešavanju sporova putnika i organizatora. Svake godine se sve manji broj predmeta raspravlja pred ovim sudom. Smatra se da članice YUTE sve korektnije posluju što utiče na smanjenje spornih odnosa sa klijentima.

3. ARBITRAŽE PRED KOJIMA SE REŠAVAJU POTROŠAČKI SPOROVI

U pojedinim zemljama su organizovane specijalizovane arbitraže za rešavanje potrošačkih sporova. To je slučaj u Portugaliji, Mađarskoj, Španiji.⁵² Portugalska arbitraža je ocenjena kao veoma uspešan model ARS. Iskustva zemalja koje primenjuju specijalizovane arbitraže za rešavanje potrošačkih sporova mogu poslužiti kao dobar putokaz u kom pravcu bi trebalo ovaj model regulisati u Srbiji. U daljem izlaganju ćemo prikazati rad arbitraža pred kojima se rešavaju potrošački sporovi i koje funkcionišu u Portugaliji, Mađarskoj, Sloveniji, kao i mogućnosti koje postoje u Hrvatskoj, Crnoj Gori i Republici Srpskoj.

3.1. Portugalija

Portugalski model ARS⁵³ je posebna stalna arbitraža za rešavanje potrošačkih sporova. Ovaj model predstavlja jedan od prvih pokušaja prilagođavanja klasične arbitraže na području potrošačkih sporova. Arbitražni centri su autonomni, osnivaju se sporazumom lokalne zajednice, potrošačkih organizacija i komora i nisu državne institucije. Lisabonski arbitražni centar (*Centro de arbitragem de conflitos de consumo - The Lisbon Arbitration Centre*) je nastao kao pilot projekat podržan od strane Evropske komisije 1989. godine i započeo je sa radom 1993. godine. Osnivači partneri ovog centra su grad Lisabon, portugalsko Udruženje za zaštitu potrošača i Komora trgovaca u Distriktu Lisabon. Centar se finansira od strane Ministarstva pravde, Ministarstva ekonomije (Nacionalni institut za zaštitu potro-

51 „Putnik i Organizator saglasno ugovaraju nadležnost Arbitražnog suda YUTA-e, Beograd, Kondina 14 za rešavanje međusobnih sporova, a u slučaju zakonom predviđene stvarne nadležnosti redovnog suda Putnik i Organizator ugovaraju mesnu nadležnost suda prema sedištu Organizatora, uz primenu ovih Opštih uslova, kao i Opštih uslova putovanja YUTE i propisa R. Srbije.“ Opšti uslovi putovanja, tač. 17.

<http://www.yuta.rs/sr/yuta/uslovi.asp>, 25.07.2013.

52 U Španiji funkcionišu 74 arbitražna odbora koji sud rđavna tela i specijalizovana za rešavanje potrošačkih sporova u svim sektorima. U toku 2007. godine razmatrali su ukupno 67.686 tužbi. U proseku se žalbe rešavaju u roku od 30-180 dana. Study (2010), 92.

53 Izvor podataka je Study(2010), 498-505.

Relevantni propisi su: Legislação do Consumidor, *Lei 23/96, de 26 de Julho, Lei 24/96, de 31 de Julho, Decreto-Lei 67/03, de 8 de Abril; Arbitragem Voluntária Lei 31/86, de 29 de Agosto, Decreto-Lei 425/86, de 27 de Dezembro, Cláusulas Contratuais Gerais Decreto-Lei 220/95, de 31 de Agosto, Decreto-Lei 249/99, de 7 de Julho*, www.centroarbitragemlisboa.pt, 23 avgust.2013.

šača) i Opštine Lisabon.⁵⁴ Izveštaj o svom radu ovaj centar dostavlja Ministarstvu pravde. Postupak je za potrošače i za trgovce besplatan osim troškova veštačenja ako ih je bilo. Nadležnost je ograničena na sporove čija vrednost ne prelazi 5000 eura, uz uslov da je spor nastao u gradskom području Lisabona i nije relevantno prebivalište potrošača. Ceo postupak je besplatan za obe strane. Stranke imaju obavezu da pokriju troškova veštačenja ako se ono sprovede.

Potrošači se informišu o arbitražnom centru kroz informativne kampanje putem časopisa, web sajta⁵⁵ i medija. Arbitraža je dobrovoljna tako da trgovci odlučuju da li će da prihvate nadležnost ovog organa za rešavanje sporova. Ministarstvo pravde upoznaje nove trgovce prilikom registracije o centrima za rešavanje sporova i mogućnosti da odluče da li će se priključiti ovom sistemu. Izjava trgovca o priključivanju znači prihvatanje nadležnosti arbitraže u slučaju da nastane spor sa potrošačem. Trgovci posebnim oznakama daju do znanja potrošačima u kom su modelu ARS rešavanja sporova što im pruža određenu prednost u odnosu na one koji nisu uključeni u sistem.

Lisabonski arbitražni centar se sastoji od Službe pravne pomoći i Arbitražnog suda.⁵⁶ Služba pravne pomoći pruža podršku i informacije potrošačima i trgovcima i nastoji da spor reši posredovanjem. Potrošači mogu da podnesu tužbe elektronskim putem i pruža im se pomoć u popunjavanju obrazaca. Imaju mogućnost da to urade lično i tada pravnik popunjava i registruje zahtev u bazi podataka Centra,⁵⁷ ili mogu kontaktirati udruženje potrošače koje podnosi tužbu u njihovo ime. Kada potrošač podnese tužbu Centar obaveštava trgovca o tužbi. Bez odlaganja se trgovcu dostavlja kopija tužbe i on može da osporava tužbeni zahtev pismeno ili usmeno pred arbitrom. Nakon što primi obaveštenje o zahtevu trgovac ima nekoliko dana da predloži rešenje spora. Služba pravne pomoći pruža podršku i informacije i potrošaču i trgovcu i nastoji da se spor reši putem sporazuma. Sporazum se sačinjava u pisanom obliku i prosleđuje se arbitru da ga ratifikuje. Ratifikovani sporazum ima istu pravnu snagu kao i odluka suda.⁵⁸

U slučaju da postupak posredovanje ne uspe tužba se prosleđuje Arbitražnom sudu. Služba pravne pomoći pruža trgovcima dodatna objašnjenja o prednostima arbitražnog postupka i usluga koje se u Centru pružaju. Strane se obavezno informišu da je prihvatanje arbitražnog postupka dobrovoljno, i da je u slučaju prihvatanja nadležnosti odluka obavezujuća. Obe strane mogu ovlastiti nekog da ih zastupa na Arbitražnom sudu. Ukoliko to želi potrošač može da ovlasti pravniku iz udruženja za zaštitu potrošača ili advokata da ga zastupa.

Zakazuje se rasprava na kojoj prisustvuju obe strane. Raspravu vodi arbitar kao pojedinac i u postupku mu pomaže pravna služba Arbitražnog centra. Na zahtev arbitra, moraju se obezbediti dodatne informacije i stručno mišljenje. Odluka

54 Godišnji budžet se kreće oko 400.000 eura. Study(2010), 498.

55 www.centroarbitragemlisboa.pt

56 Arbitar Centra je sudija višeg suda i njegova stručnost i skustvo osiguravaju nepristrasnost i doprinose poverenju stranaka. Imenovao ga je Visoki savet pravosuda.

57 Tužbe se registruju elektronski i prilažu se skenirani pisani dokumenti.

58 Između 70-75% slučajeva se reši pre nego što stigne do arbitra.

se objavljuje javno usmeno pred strankama. Nedelju dana kasnije stranke dobijaju formalno pismo od centra i potpisanu odluku. Postupak traje od 30 do 40 dana.

Sprovođenje odluke arbitraže je obavezujuće. Trgovac ima rok od 10 dana da postupi po odluci (rok je isti kao i za izvršenje sudske odluke). Ako trgovac to ne učini potrošač može da traži sudsko izvršenje. Veoma je nizak procenat odluka koje nisu dobrovoljno izvršene.⁵⁹

3.2. Mađarska

U Mađarskoj postoji klasična arbitraža ali se ona retko koristi u rešavanju potrošačkih sporova jer je veoma skupa za potrošača. Specifičan vid vansudske zaštite uveden je osnivanjem posebnih tela za rešavanje potrošačkih sporova-Potrošačka mirovna tela (PMT).⁶⁰ Ovaj model je po svojim karakteristikama najbliži modelu specijalizovane arbitraže. Ova tela su osnovana pri regionalnim privrednim komorama kao nezavisna tela. Komore su u obavezi da im obezbede prostor i uslove za rad za šta dobijaju sredstva iz budžeta. Predsednika PMT imenuje nadležno ministarstvo dok arbitre imenuju organizacije za zaštitu potrošača i privredne komore. Nadležnost PMT se odnosi na vansudsko rešavanje potrošačkih sporova koji su u vezi sa kvalitetom i bezbednosti proizvoda i sa zaključenjem i izvršenjem ugovora.⁶¹ Mesna nadležnost se određuje prema prebivalištu ili boravištu podnosioca zahteva – potrošača odnosno potrošačke organizacije.

Potrošač mora prvo da pokuša da reši spor u mirnom postupku kroz mehanizme za pritužbe koji postoje kod trgovca. Trgovac je u obavezi da na svaku pritužbu potrošača odgovori u pisanom obliku. Odgovor trgovca potrošač prilaže uz tužbu kojom započinje postupak pred PMT. Tužbu može da podnese i potrošačka organizacija⁶² uz saglasnost zainteresovanog potrošača. Trgovac je u obavezi da učestvuje u postupku pred PMT. Postupak za potrošače je u startu besplatan. Od ishoda spora zavisi ko će snositi troškove postupka.

Po prijemu tužbe se nastoji da se postigne sporazum ukoliko je to moguće. U slučaju da se u tome ne uspe sprovodi se postupak i donosi se meritorna od-

⁵⁹ U toku 2008. godine Arbitražni centar je postupao u 1151 slučaju, od kojih je 7 bilo po kolektivnim tužbama.

⁶⁰ Ova tela su osnovana Zakonom o zaštiti potrošača iz 1997. godine. Zakon je stupio na snagu 1. marta 1998., a 1. januara 1999. su počeli sa radom PMT. Zakon je značajno menjan 2004. godine u pogledu PMT. Trenutno ima 20 PMT u Mađarskoj. Podaci o mreži PMT su dostupni na <http://www.ofe.hu/inet/ofe/hu/menu/bekeltetes.html>, 21.06.2013.

⁶¹ U toku 2007 godine rešavano je 3844 tužbi potrošača dok je taj broj u 2008. bio 4540. Study(2010), str. 77

⁶² U Mađarskoj su potrošačka udruženja veoma efikasna i raspolazu sa tri moguća izvora finansiranja iz nacionalnog podračuna. Mogu koristiti sredstva iz opšteg programa za finansijsku podršku svim nevladinim udruženjima, godišnim subvencijama za potrošačka udruženja i fondom Opšteg inspektorata. Uredbom o radu opšteg inspektorata je određeno da 30% ukupnog iznosa svih naplaćenih kazni od trgovaca treba da se uloži u fond za istraživanje, usavršavanje i ostale projekte potrošačkih organizacija.

luka.⁶³ Postupak se vodi pred većem koje čine tri arbitra odnosno pred jednim arbitrom ako je jednostavniji spor i ako stranke to prihvate. Rok za rešavanje je 60 dana od dana podnošenja tužbe s tim da se rok može produžiti za još 30 dana u složenijim slučajevima. Odluka PMT je obavezujuća u slučaju da se privrednik složi sa tim ako ne, odluka ima karakter neobavezujuće preporuke. Kada se trgovac ne ponaša u skladu sa preporukom ona se objavljuje. U objavi se navodi tekst preporuke sa svim detaljima o sporu i zaključkom o kršenju prava potrošača. Protiv odluke PMT nije dozvoljena žalba.

3.3. Slovenija

Pri *Zavarovalnici Triglav* od 1982. godine deluje *Arbitraža* kao oblik fakultativnog načina rešenja spora između osiguravača i osiguranika. Stranke mogu da menuju za arbitra stručnjaka za određenu oblast, same utiču na tok postupka, postupak je manje formalan od sudskog što sve predstavlja prednost ovog postupka.⁶⁴ Postupak pred arbitražom je jednostepen i odluka je konačna. Za potrošača je postupak besplatan sa tim da sam pokriva troškove svoga advokata i moguće troškove veštačenja. Prosečno trajanje postupka je oko 8 meseci.

Analize su pokazale da visine naknade štete nisu manje od onih koje se dobijaju na sudu. Sve veći broj osiguranika se obraća Arbitraži radi rešenja spora s obzirom da je to efikasan, najbrži i troškovno najprijatljiviji način rešavanja nastalog spora sa osiguravačem. U toku godine se obradi oko 200 zahteva.⁶⁵

Ulagачi-fizička lica, potrošači koji nisu zadovoljni rešenjem prigovora u internom postupku društva za upravljanje investicionim fondovima, ili nisu dobili odgovor u roku od 30 dana, mogu se radi rešenja spora obratiti *Arbitraži pri Udruženju društava za upravljanje investicionim fondovima- GIZ*. Arbitraža je stalni nezavisni organ pred kojim se postupak vodi u klasičnom arbitražnom postupku. Zainteresovana stranka može da uloži predlog za postupak posredovanja pred arbitražom radi postizanja sporazuma o kome suprotna strana treba da se izjasni u roku od 15 dana. U slučaju da druga strana prihvati posredovanje za posrednika može biti imenovan arbitar.⁶⁶ Ako stranke to žele poravnanje

63 O načinu funkcionisanja Potrošačkih mirovnih tela u Mađarskoj detaljnije u radu A. Feješ, *Potrošačka mirovna tela u Mađarskoj*, Pravni život br. 13/2008.

64 Prema D. Komar, *Mediacije v gospodarskih združenjih finančnih organizacij*, Bela knjiga Slovenija.

65 U toku 2008. je arbitraža rešavala 290 zahteva od kojih je 129 preneto iz predhodne godine i 161 novih zahteva je primljeno. U toku 2008. je od navedenog broja rešeno 169 zahteva, od kojih 17 iz 2007. i 104 iz 2008. Sa poravnanjem je okončano 45 zahteva, kod 18 je postupak obustavljen i kod 54 nije postignut dogovor. Donete su 52 odluke arbitraže od kojih je sa 5 udovoljeno u celosti zahtevu (10%), delimično je udovoljeno kod 20 zahteva (20%), dok je 27 zahteva bilo odbijeno(52%). Najviše zahteva se odnosilo na osiguranje civilne odgovornosti 63, na auto osiguranje su se odnosila 33 zahteva, 12 na osiguranje nezgode, 6 na osiguranje domaćinstva i 1 na osiguranje života. Prema podacima iz *Izveštaja o radu Arbitraže pri Zavarovalnici Triglav, d.d., za 2008. godinu*.

66 U teoriji i praksi se različito posmatra uloga arbitra kao posrednika. Neki autori i sistemi podržavaju imenovanje istog lica i za posrednika i za arbitra dok su drugi protiv toga. L. Karamarković (2007), 72-73.

može biti u obliku arbitražne odluke. Arbitražni postupak se pokreće tužbom koja se dostavlja na odgovor tuženom sa rokom od 15 dana za odgovor na tužbu. Rok za izradu odluke je 30 dana od dana okončanja glavne rasprave. Stranke po pravilu imaju obavezu da polože unapred iznos troškova arbitraže po pola. Tarifa koja se primenjuje je ista za sve arbitražne postupke i nije pristupačna prosečnom potrošaču.⁶⁷

3.4. Hrvatska

U Hrvatskoj je prednost data medijaciji u vansudskom rešavanju sporova. Potrošač može da podnese prijavu Sudu časti Hrvatske gospodarske komore, Sudu časti Hrvatske obrtničke komore ili da podnese predlog za mirenje centru za mirenje.⁶⁸ Članovi veća u ovim sudovima su i predstavnici potrošača. Sporovi koji se pokrenu po zahtevu potrošača se sufinansiraju iz državnog proračuna Republike Hrvatske.⁶⁹

Nema dostupnih podataka da li se potrošački sporovi rešavaju pred arbitražom u Hrvatskoj ali takva mogućnost postoji. *Stalno arbitražno sudište pri Hrvatskoj gospodarskoj komori* je nezavisna i samostalna arbitražna institucija koja domaćim i stranim fizičkim i pravnim licima pruža uslugu organizacije arbitražnog rešavanja sporova. Samo sudište ne sudi već organizuje postupak, pomažući strankama u osnivanju arbitražnog suda. Zadatak je da osigura delovanje arbitražnih sudova koji se osnivaju arbitražnim postupcima pred sudištem i da pruži administrativnu podršku arbitraži. Postupak se pokreće tužbom koju stranka podnosi Sudištu. Tužilac je dužan da uplati upisnu taksu (200eura) koja je nepovratna svota, i predujam troškova arbitražnog postupka koji zavisi od vrednosti predmeta i sastava arbitražnog veća.

Arbitražno sudište Pravdonoša je stalni izabrani sud je osnovan u Zadru⁷⁰ i okuplja arbitre iz čitave Hrvatske. Ovo je klasična arbitraža pred kojom je moguće rešavanje i potrošačkih sporova. Troškovi postupka za spor vrednosti do 5000 eura su visoki za potrošače.⁷¹

67 Pristupna taksa je 250 eura. Za sporove do vrednosti od 5000 eura visina naknade za arbitra je 300 eura, a administrativni troškovi 200 eura. http://www.zdu-giz.si/uploads/clanki/Pravila_arbitraze_ZDU.pdf

68 Zakon o zaštiti potrošača-ZPP HR, NN 79/2007, 125/07, 75/09, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12, čl. 130. Ovo rešenje je kritikovano od strane pojedinih autora. Nina Tepeš, „Izvansudsko rešavanje potrošačkih sporova u Hrvatskoj“, *Republika Hrvatska na putu prema Evropskom pravosudnom području*, (ur. V. Tomljenović, E. Čulinović Herc, V. Butorac Malnar), Pravni fakultet u Rijeci 2009, str. 171-200.

69 U periodu od 1999. do 15.10.2007. Sud časti je primio 1178 prijava od kojih je 583 slučaja rešeno mirnim putem. Najveći broj prijava je bio podnesen od strane potrošača. U periodu od 2003. do 2007. godine Sud je primio 582 prijave od kojih su 461 podneli potrošači. Zdravka Kezele Kokorić, Djelovanje suda časti pri Hrvatskoj gospodarskoj komori, <http://www.agenti.hr/sadrzaj/info-agent/strukovni-forumi/forum-12/12-forum-Djelovanje-suda-casti-pri-HGK.pdf>, 25.09.2013.

70 Ova arbitraža je osnovana pri Pravdonoša d.o.o. Zadar 1. oktobra 2012. godine. www.pravdonosa.hr, 25.08.2013.

71 Osnovni deo naknade je 200 eura na koji se dodaje nagrada za arbitra u iznosu od 300 eura.

Rešavanje potrošačkog spora je moguće i pred privatnim Arbitražnom institucijom *Rexlegis*, Rijeka⁷² koja je osnovana u skladu sa odredbama Zakona o arbitraži.⁷³ Predmeti se rešavaju u roku od 30 dana od dana predaje tužbe sudu. Komunikacija se vrši elektronskim putem i nije potrebno fizičko prisustvo stranaka. Svi dokazi se moraju dostaviti uz tužbu odnosno odgovor na tužbu i ne uvažava se naknadno dostavljanje dokaza.

Tužba i dokazi se podnose u elektronskom obliku uz dokaz o uplati troškova koji iznose 299 eura po predmetu nezavisno od vrednosti spora. Usmena rasprava se ne održava. Iskazi svedoka i veštaka koje angažuju stranke se daju u obliku izjava pred javnim beležnikom i prilažu se uz tužbu odnosno odgovor na tužbu skenirane u elektronskom obliku. Sudište određuje nezavisnog i nepristrasnog arbitra koji dostavlja tužbu sa priložima na odgovor tuženom i obaveštava obe strane o prihvatanju dužnosti arbitra. Rok za odgovor na tužbu je 8 dana od dana prijema. Odgovor na tužbu se dostavlja tužiocu koji u roku od 8 dana treba da se izjasni na činjenične tvrdnje i dokaze koje je priložio tuženi. Odgovor tužioca arbiter dostavlja tuženom koji se u roku od 8 dana izjašnjava na činjenične tvrdnje koje je izneo tužilac u svom odgovoru. Nakon što dobije odgovor tuženog arbiter završava postupak i donosi odluku. U slučaju da neka od stranaka propusti da u roku pošalje odgovor arbiter će odlučiti na osnovu rezultata postupka i dokaza kojima raspolaže. U odluci arbiter po slobodnoj oceni, uzimajući u obzir ishod postupka, odlučuje i o tome da li će tuženi biti u obavezi da tužiocu nadoknadi troškove postupka.

3.5. Crna Gora

Arbitražni odbor za rešavanje sporova potrošača-Odbor, predstavlja alternativni vid rešavanja sporova potrošača i trgovaca, u Crnoj Gori. Arbitražni odbor je osnovan pri Privrednoj komori Crne Gore na osnovu odredaba zakona o zaštiti potrošača⁷⁴. Tehničke uslove za rad Odbora obezbeđuje komora pri kojoj se osniva. Komora vrši stručne i administrativne poslove neophodne za rad Odbora.

Zakonom su propisani uslovi za rad odbora, sastav, uslovi za članstvo i prestanak članstva u Odboru.⁷⁵ Propisan je i postupak rešavanja spora, sastav veća, razlozi za isključenje.

Postupak može tužbom da pokrene potrošač odnosno organizacija potrošača. Lokalna samouprava može dobrovoljno i na osnovu sporazuma sa komorom da učestvuje u radu Odbora. Tužbu može podneti potrošač ili organizacija potrošača (za zaštitu pojedinačnog interesa uz saglasnost

72 Ovo je neprofitna organizacija. <http://www.rexlegis.com/o-sudistu/>, 25.07.2013.

73 Zakon o arbitraži, *Narodne novine*, br. 88/2001.

74 Zakon o zaštiti potrošača-ZZP CG, *Službeni list RCG* br. 26/2007, čl. 97-111. Arbitražni odbor u Crnoj Gori je osnovan sredinom novembra 2009. godine.

75 Na osnovu čl. 111 ZZP CG Ministarstvo za ekonomski razvoj donelo je Pravilnik o Arbitražnom odboru za rješavanje sporova potrošača, *Sl. list Crne Gore*, br. 28/08.

potrošača ako im potrošač da punomoćje) u roku od 30 dana od kada je dobijen odgovor trgovca da ne prihvata reklamaciju ili računajući od dana kada je trgovac najkasnije trebao da odgovori ali to nije učinio. Organizacije potrošača u istim rokovima mogu podneti tužbu za zaštitu kolektivnog interesa potrošača. Stranke u sporu mogu da preduzimaju radnje samostalno ili preko punomoćnika.

Veće ima zadatak da pokuša da se postupak reši sporazumno s tim da ne sme da dozvoli da se zaključi sporazum kojim bi se potrošač odrekao prava kojih se po zakonu ne može odreći. Ukoliko stranke potpišu zapisnik o sporazumnom rešenju spora on je obavezujući za njih.

Postupak se u principu sprovodi kroz usmenu raspravu s tim da Vieće može i bez zakazivanja usmene rasprave da donese odluku ukoliko po prijemu odgovora na tužbu utvrdi da nije sporno činjenično stanje i da ne postoje druge procesne smetnje za donošenje odluke. Postupak pred većem je javan ako se stranke ne dogovore drugačije. Moguće je i spajanje postupaka koji se vode protiv istog trgovca. Veštačenje se vrši samo ako su stranke prihvatile obavezu kao obavezujuću i kada su troškovi veštačenja srazmerni sporu. Potrošač može ako insistira da sam snosi troškove veštačenja bez obzira na ishod spora, ako veće odbije da ga odredi. Veće može da odbaci tužbu ako tužilac bez opravdanog razloga ne dođe na ročište.

Odluka se donosi u roku od 30 dana od dana podnošenja tužbe s tim što se ovaj rok izuzetno može produžiti za još 30 dana. Institut vansudske zaštite potrošača je uređen u skladu sa načelom dobrovoljnosti. Ako je trgovac pre, u toku postupka ili nakon objavljivanja izjavio da prihvata odluku Odbora kao obavezujuću, ista ima snagu pravosnažne sudske presude i izvršna je. Ukoliko se trgovac nije izjasnio ili je izjavio da ne prihvata odluku odluka ima svojstvo preporuke. Veće će doneti odluku u vidu preporuke i u slučaju da trgovac ne odgovori na tužbu ili odgovori da neće da učestvuje u postupku. U odluci kojom se tužbeni zahtev odbija i odluci koja ima svojstvo preporuke se navodi da ta odluka ne utiče na pravo potrošača da pokrene postupak pred sudom. Odluka se dostavlja strankama i nadležnoj inspekciji radi informisanja. Rok za izvršenje odluke je 8 dana od dana dostave tuženoj strani. U skladu sa ZZP CG odluka koja je doneta na teret trgovca se objavljuje u roku od 15 dana od dana donošenja.

U toku postupka svaka strana snosi svoje troškove kao i troškove izvođenja dokaza koje predloži. Ako trgovac ne prihvati odluku kao obavezujuću svaka strana snosi svoje troškove bez obzira na uspeh u parnici. Ako potrošač delimično uspe u parnici gde je doneta neobavezujuća odluka vraća mu se taksa od 20 evra. Strana koja je izgubila spor donošenjem obavezujuće odluke ima obavezu da drugoj strani nadoknadi troškove. Potrošač ima pravo na naknadu troškova advokata samo ako je spor bio složen i Veće oceni da je bilo neophodno njegovo angažovanje. Trgovac i ako uspe u parnici nema pravo na naknadu troškova.

Za sada se mali broj potrošača obratio ovom odboru radi zaštite svojih prava.⁷⁶ Potrošači za postojanje ovog odbora dobijaju saznanja iz TV emisija ili se obraćaju po instrukcijama tržišnog inspektora.

3.6. Republika Srpska

Arbitražni odbor za rešavanje sporova potrošača-Odbor, predstavlja alternativni vid rešavanja sporova potrošača i trgovaca u Republici Srpskoj. Arbitražni odbor je osnovan pri Pri privrednoj komori Republike Srpske, na osnovu odredaba Zakona o zaštiti potrošača.⁷⁷ Predviđeno je da se isti odbor osnuje pri Znanstveno preduzetničkoj komori Republike Srpske, ali nema podataka da li je i osnovan. Tehničke uslove za rad Odbora obezbeđuje komora pri kojoj se osniva. Komora vrši stručne i administrativne poslove neophodne za rad Odbora.

Zakonom su propisani osnovni uslovi za rad Odbora u Republici Srpskoj. Donet je Pravilnik o Arbitražnom odboru za potrošačke sporove i Odluka o visini i načinu plaćanja troškova.⁷⁸ Pravilnikom je propisano koje sporove AO neće rešavati⁷⁹ sastav Odbora, postupak za izbor članova i prestanak članstva u Odboru, načinu formiranja veća i postupak rešavanja spora.

Tužbu može podneti potrošač ili organizacija potrošača (za zaštitu pojedinačnog interesa uz saglasnost potrošača ako im potrošač da punomoćje) u roku od 30 dana od kada je dobijen odgovor trgovca da ne prihvata reklamaciju ili računajući od dana kada je trgovac najkasnije trebao da odgovori ali to nije učinio. Organizacije potrošača u istim rokovima mogu podneti tužbu za zaštitu kolektivnog interesa potrošača. Stranke u sporu mogu da preduzimaju radnje samostalno ili preko punomoćnika.

Propisan je sadržaj tužbe, predhodno preispitivanje tužbe, pod kojim uslovima se održava javna rasprava, kada se postupak obustavlja i druga procesna pravila. Tužba se dostavlja na odgovor u roku od osam dana od dana prijema. Rok za odgovor na tužbu je 8 dana od dana prijema.

Odbor donosi odluku, u roku od 30 dana od dana okončanja usmene rasprave. Ako utvrdi da postoji odgovornost tuženog odlukom će izreći jednu od sankcija propisanih Kodeksom poslovne etike Komore. Odluka se dostavlja u pisanoj formi. Odbor prati izvršenje odluka. Odluka odbora ne utiče na pravo potrošača da svoja prava ostvaruje u sudskom postupku.

76 U toku 2009. godine su rešavana četiri spora. Dva su spora rešena sporazumno a jedna tužba je odbijena zbog nenadležnosti. Prema Godišnjem izveštaju o radu Odbora za 2009. godinu. <http://www.privrednakomora.me/arbitrazni-odbor-za-rjesavanje-sporova-potrosaca>, 30.08.2013.

77 Zakon o zaštiti potrošača u Republici Srpskoj - ZZR RS, *Službeni glasnik RS* br. 6/2012, čl. 129-134. Arbitražni odbor u Republici Srpskoj je osnovan 30 januara 2013.

78 Pravilnik je na osnovu čl. 129 ZZR RS i Zakona o privrednoj komori Republike Srpske, doneo Upravni odbor Privredne komore Republike Srpske 30.01.20013. godine. Odluka je doneta na osnovu čl. 13 i 51 Pravilnika o Arbitražnom odboru za potrošačke sporove Privredne komore Republike Srpske.

79 To su sporovi nastali usled a) smrti, telesne povrede ili narušenog zdravlja potrošača; b) pružanja zdravstvenih i pravnih usluga potrošaču; v) prenosa prava na nepokretnostima. Odbor ne rešava ni sporove čija je vrednost veća od 10.000 KM. Pravilnik AO čl. 3.

Postupak nije besplatan i visina takse zavisi od vrednosti spora. Stranka koja izgubi spor je dužna da suprotnoj stranci nadoknadi troškove srazmerno uspehu u sporu.

Nisu dostupni podaci o radu ovog odbora.

4. PITANJA OD ZNAČAJA ZA REŠAVANJE POTROŠAČKIH SPOROVA PRED ARBITRAŽOM

“Pred arbitra se izlazi sa nadom da se sve neće izgubiti, ali uz spremnost na to da se sve neće dobiti”

Cicero

U nastavku ćemo razmotrićemo neka pitanja koja mogu biti od uticaja na opredeljenje da li rešavanje potrošačkog spora treba poveriti arbitraži i pod kojim uslovima.

4.1. Osnivanje arbitraže

Krug lica koja mogu po srpskom pravu osnovati stalne arbitražne institucije je proširen u odnosu na prethodna zakonodavna rešenja. Pored privrednih komora osnivači mogu biti i profesionalna i strukovna udruženja, udruženja građana u skladu sa njihovim osnivačkim aktom i ovim zakonom, pod uslovom da je to u saglasnosti sa njihovom delatnošću. Arbitraže se najčešće formiraju kao *ad hoc* ili kao stalna tela ustanovljena pri nekoj instituciji čija je namena rešavanje sporova koje im povere njihove članice. Potrošačke sporove u Srbiji je trenutno moguće rešavati pred stalnim arbitražama koje su ustanovljene pri nekoj instituciji, strukovnom udruženju trgovaca ili sl. ili pred *ad hoc* arbitražama.⁸⁰ Za sada su ove mogućnosti nedovoljno korišćene.

Može se izraziti u određenim situacijama sumnja da li postoji nezavisnost i neutralnost arbitraže u odnosu na potrošača posebno ako je ona organizovana od strane trgovačkih udruženja.⁸¹ Arbitri u principu imaju lični interes da se postupak odvija pred njima jer su zainteresovani za nagradu tako da, na primer, nemaju interes da se arbitražna klauzula poništi.

Stranke sporazumom mogu ugovoriti organizovanje *ad hoc* arbitraže koja se onda organizuje u skladu sa sporazumom stranaka i odredbama ovog zakona. Problem kod *ad hoc* arbitraže je što stranke treba da ustanove pravila postupka po kojima će ova arbitraža sprovesti postupak što za potrošača može biti nepovoljno jer ne poseduje dovoljno stručnog znanja. Stranke imaju mogućnost da dogovore

⁸⁰ Upor. N. Petrušić, 764.

⁸¹ Identična primedba se upućuje i sistemu sektorskih ombudsmana zbog finansijske povezanosti i zavisnosti od privrednika. K. Ivančević, „Specijalizovani ombudsman za zaštitu potrošača“, *Pravo i privreda* 4-6/2013, 350.

primenu pravila neke institucijalizovane arbitraže što takođe iziskuje da dobro poznaju i razumeju ta pravila da bi ih mogli izabrati. U nekim zemljama trgovci u opšte uslove poslovanja unose klauzulu koja predviđa nadležnost za rešavanje spora *ad hoc* arbitraže čijeg arbitra će imenovati trgovac. U Češkoj je sud ovakvu klauzulu proglasio nevažećom uz obrazloženje da nije pravedno da se omogući trgovcu da on odlučuje o sudbini spora i da se za rešavanje potrošačkog spora može ugovoriti samo nadležnost redovnog arbitražnog suda.⁸² Iz ovoga možemo zaključiti da *ad hoc* arbitraže nisu najpogodniji način za rešavanje potrošačkog spora. U aktima EU se pod postupkom ARS ne podrazumeva arbitraža *ad hoc* formirana izvan organa ARS za pojedinačni spor između trgovca i potrošača. Definisano je da je organ ARS stalno oformljen organ koji na bilo koji način nudi rešavanje spora u postupku ARS.⁸³

4.2. Nadležnost arbitraže

Pred arbitražom nije moguće rešavanje imovinskih sporova o pravima kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati, odnosno sporovi za koje je određena isključiva nadležnost suda. Srpski zakonodavac nije propisao posebna pravila za postupak rešavanja potrošačkog spora u postupku arbitraže tako da se primenjuju opšta pravila o nadležnosti arbitraže.

Definisano je koji se sporovi ne smatraju potrošačkim.⁸⁴ Definicija potrošačkog spora je uvedena jer je intencija zakonodavca da se obezbedi potrošačima viši i specifičan vid zaštite pri rešavanju potrošačkog spora. Ovo je od uticaja za primenu posebnih odredaba zakona o parničnom postupku kojima se propisuju posebna pravila za potrošačke sporove.⁸⁵ Za postupak pred arbitražom definicija potrošačkog spora nema poseban značaj jer nije predviđen poseban postupak za rešavanje ove vrste postupaka pred arbitražom. Ako spor nema status potrošačkog, a ispunjen je uslov da stranke mogu sa tim pravom slobodno raspolagati slobodne su i da izaberu pred kim će ga rešavati. Stoga smatramo da se sporovi u kojima je jedno lice potrošač a drugo trgovac, a koji nemaju status potrošačkog spora prema odredbama ZZP(2010), mogu rešavati i pred nadležnim sudom i pred modelima ARS (arbitraža, medijacija).⁸⁶

U različitim modelima ARS pred kojima se rešavaju potrošački sporovi su predviđena ograničenja u pogledu nadležnosti. Ograničenje se odnosi na vrednost spora ili na uzroke nastanka spora. Neki modeli ARS su specijalizovani samo za

82 Odluku je doneo početkom 2010. godine Viši sud u Pragu. V. Nyc, "Recent developments in regulation of arbitration clauses in consumer contracts in Czech Republic". <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=86aa6709-a79f-4de6-bdac-3a8b2a2ff6de>, 30.07.2013.

83 Direktiva ARS čl. 4 st. 1 tač. (e) i preambula tač. (11).

84 To su sporovi koji nastanu usled smrti, telesne ozlede ili narušenog zdravlja, pružanja zdravstvenih ili pravnih usluga i prenosa prava na nepokretnostima, kao i spor čija vrednost premašuje 1.000.000 dinara. ZZP čl. 132 st. 2, 3

85 Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, Glava XXXV Postupak u potrošačkim sporovima, čl. 488-493.

86 Upor. N. Petrušić, 762-763.

određene vrste sporova (za finansijske usluge, bankarske, osiguranje i sl.). Postavlja se donja i gornja granica vrednosti spora. Smatra se da je donja granica vrednosti spora poželjna kako bi se eliminisali bagatelni sporovi.⁸⁷

4.3. Arbitražni sporazum

U Srbiji arbitražu mogu ugovoriti sva pravna i fizička lica ali i država, njeni organi, ustanove i preduzeća u kojima država ima svojinsko učešće.⁸⁸ Osnovni uslov da se rešavanje spora iznese pred arbitražu je sporazum stranaka. Pri tom je bitno da postoji dobrovoljnost i saglasnost volja da se spor iznese pred arbitražu i da se sačini sporazum o arbitraži u pisanoj formi. Sloboda subjekata da odluče na koji način će ostvariti pravnu zaštitu je u neposrednoj vezi sa njihovom širokom autonomijom u uređivanju materijalnopravnih odnosa. Sud kome je podneta tužba u stvari koja je predmet arbitraže oglašava se nenadležnim i odbacuje tužbu po prigovoru stranke koji mora da bude podnet pre upuštanja u raspravljanje o predmetu spora.⁸⁹

Za primenu arbitražne klauzule je interesantna odluka koju je nedavno doneo sud u Sjedinjenim Američkim Državama. Sud je doneo presudu u korist trgovca u sporu koji je pokrenuo potrošač pred sudom usvajajući prigovor druge strane da je sud nenadležan da odlučuje jer je ugovorena arbitraža. U suštini sud je smatrao da nije imao drugog izbora. Potrošač je na sudu potvrdio da su navodi prigovora tačni ali da zbog toga što je socijalni slučaj ne može da pristupi arbitraži koja je veoma udaljena i za njega preskupa⁹⁰ i da smatra da zbog navedenog ne treba primeniti arbitražnu klauzulu. U obrazloženju presude, koja je potvrđena na višim instancama, sud je izrazio žaljenje zbog socijalnog statusa potrošača, ukazujući da je odlučujuće u odlučivanju bilo to da je potrošač svojom izjavom datom u sudskom postupku potvrdio da je prihvatio nadležnost arbitraže za rešavanje spora. Na ovaj način je potrošač sudu praktično “vezao ruke” tako da sud, koji u obrazloženju odluke priznaje da postoji nelogičnost

87 U Predlogu zakona o alternativnom rešavanju potrošačkih sporova –ZARPS, koji je pripremljen u Sloveniji 2008. godine, je predviđeno da se raspravljaju sporovi u vrednosti od 40 do 5000 eura. Udruženja potrošača i Tržišni inspektorat su predložili da se ova ograničenja ukinu sa obrazloženjem da bi sporovi ispod 40 eura ostali bez zaštite a ovi sporovi su brojni i za potrošače značajni. Za ukidanje gornje granice se navodi da su sporovi više od 5000 eura vezani za bankarske ugovore, popravke automobila i al. Tako da i njih treba zaštititi. K. Ivančević (2010), str. 353

88 Arbitražu može da ugovori svako ko, u skladu sa odredbama zakona koji uređuje parnični postupak, ima sposobnost da bude stranka u postupku. Zakon o arbitraži, čl. 5.

89 Zakon o arbitraži, čl. 14.

90 Potrošač je invalid, siromašan, živi u Njujorku i ugovorena je arbitraža u Arizoni. Razlog za pokretanje spora je bio taj što je firma, koja pruža usluge podrške u kreditnom oporavku dužnika, (prema posebnom zakonu *Credit Repair Organizations Act*), uzela od potrošača skoro 4000 USD i nije ispunila svoju ugovornu obavezu da izmiri dug koji je potrošač imao po kreditnim karticama od 30.000 USD. Firma je postupala protivno zakonu a potrošač je zbog toga došao u dodatne finansijske teškoće. United States Court of Appeals for the Second Circuit Spor Duran v. The J. Hass Group, L.L.C., 12-3568-cv (2d Cir.2013), <https://www.courtlistener.com/ca2/6k5C/duran-v-the-j-hass-group-llc/>, 20.09.2013.

ovakve odluke, nije imao mogućnosti da razmatra da li je arbitražna klauzula kojom je ugovorena nadležnost arbitraže koja se nalazi na velikoj udaljenosti od mesta prebivališta potrošača nepravedna.

Da bi arbitražni sporazum proizvodio dejstvo mora ispunjavati zakonom propisane uslove u pogledu forme, sadržine i sposobnosti stranaka da zaključe sporazum. Smatra se da je sporazum zaključen u propisanoj formi ako su stranke pismeno potpisale, ili su sporazum postigle razmenom poruka putem sredstava komunikacije koji omogućava dokazivanje u pismenom obliku, ili ako se u pismenom ugovoru pozovu na drugo pismeno koje sadrži sporazum o arbitraži (opšti uslovi za zaključenje pravnog posla, tekst drugog ugovora i sl.) ako je cilj tog pozivanja da sporazum o arbitraži postane sastavni deo ugovora. Sporazum o arbitraži postoji i onda kada tužilac pokrene spor pred arbitražom a tuženi se tome izričito ne protivi i upusti se u raspravljanje. Sporazum o arbitraži je autonoman tako da se sudbina glavnog ugovora i arbitražne klauzule razmatraju nezavisno jedna od druge.⁹¹

Kada se sporazum o arbitraži odnosi na buduće sporove može biti sadržan u odredbi ugovora (arbitražna klauzula) ili u posebnom ugovoru. Stranke mogu poveriti arbitraži i rešavanje spora nastalog iz određenog pravnog odnosa i u slučaju kada se spor već rešava na sudu. Zakonom je propisano kada će sporazum o arbitraži biti ništav. Jedan od razloga je da je zaključen pod uticajem prinude, pretnje, prevare ili zablude.⁹²

Za arbitražni sporazum sa potrošačem u Srbiji nije propisana posebna forma. Pri zaključenju ovog sporazuma mora se voditi računa da klauzula ne bude suprotna odredbama ZZP(2010) naročito da se njome ne nametne potrošaču obaveza da sporove rešava pred arbitražom na način koji je u suprotnosti sa pravom potrošača da ostvari pravo na sudsku zaštitu iako je pokrenut i vodi se postupak vansudskog rešavanja potrošačkog spora.⁹³ Arbitražni sporazum ne sme isključiti ili ograničiti pravo potrošača da izabere koji će postupak da pokrene i mora da glasi tako da omogući potrošaču pravo izbora i ako je postupak već pokrenut da može da odustane od njega i zatraži zaštitu svojih prava pred sudom.

Opasnost za potrošača predstavlja sklapanje arbitražnog sporazuma putem klauzule u opštim uslovima poslovanja. Opšti uslovi se potrošaču najčešće ne uručuju a i kada se to učini potrošači ih čitaju tek kada dođe do spora. Potrošač mora biti na jasan način upozoren na pravne posledice sklapanja ugovora o arbitraži-odricanje od jurisdikcije državnog suda. Potrošač može kao neuka stranka da se upusti u raspravljanje pred arbitražom u postupku koji pokrene trgovac i da ne ospori postojanje pisanog sporazuma o arbitraži.⁹⁴ Smatramo da je dobro rešenje propisivanje posebne forme za potrošački sporazum kao i propisivanje obaveze za

91 G. Knežević, V. Pavić, (2013), str. 52-54.

92 Zakon o arbitraži, čl. 10.

93 ZZP(2010), čl. 47 st.1 tač. 3) i čl. 135.

94 Smatra se da odredbu čl. 12 st. 5 Zakona o arbitraži treba vrlo restriktivno tumačiti. Nije dopušteno prečutno prihvatanje arbitraže već se upuštanje u raspravljanje može smatrati samo kao nepostojanje sporazuma o arbitraži. L. Karamarković (2007), 109-110.

trgovca da upoznai potrošača sa posledicama arbitražnog sporazuma. Sporazum o arbitraži zaključen sa potrošačem u Hrvatskoj mora biti sačinjen u posebnoj ispravi koju su potpisale obe strane. Isprava ne sme da sadrži druge dogovore osim onih koja se odnose na arbitražni postupak, osim ako je sačinjena kod javnog beležnika.⁹⁵ Na ovaj način je izbegnuta mogućnost da se arbitražna klauzula unese u opšte uslove poslovanja.

4.3.1. Nepravičnost arbitražne klauzule

U srpskom pravu se nepravičnom ugovornom odredbom bez obzira na okolnosti slučaja, smatra odredba čiji predmet ili posledica je isključenje ili ograničenje prava potrošača da pokrene određeni postupak ili da upotrebi određeno pravno sredstvo za zaštitu svojih prava, a naročito nametanje obaveze potrošaču da sporove rešava pred arbitražom na način koji je u suprotnosti sa odredbama ZZP(2010).⁹⁶ Suprotno odredbama ZZP(2010) bi bilo ako bi pokretanje i vođenje postupka vansudskog rešavanja potrošačkog spora isključilo ili uticalo na ostvarivanje prava na sudsku zaštitu u skladu sa zakonom.⁹⁷ U skladu sa navedenim bi oceni pravičnosti mogla biti podvrgnuta arbitražna klauzula (ugovora, opštih uslova poslovanja ili posebno ugovorena) koja uskraćuje pravo potrošaču na sudsku zaštitu s obzirom da je po našim propisima odluka izabrane arbitraže za potrošača konačna.

U potrošačkim sporovima se često ocenjuje pravičnost arbitražne klauzule. U uporednom pravu su različita rešenja u pogledu ocene pravičnosti arbitražne klauzule sadržane u standardnim uslovima poslovanja. U pojedinim pravima, na primer u nemačkom, na ocenu pravičnosti utiče procena svih okolnosti slučaja. Od uticaja je udaljenost arbitraže od boravišta potrošača kao i visina troškova postupka. U pojedinim državama, kao što je Estonija, klauzule o nadležnosti koje su sadržane u standardnim opštim uslovima su po pravilu za potrošačke ugovore nevažeće zato što su ugovorene pre nego što je spor nastao.⁹⁸ U Španiji je jedino dozvoljeno, pre nego što je spor nastao, ugovaranje nadležnosti potrošačke arbitraže ili sektorske arbitraže koja je osnovana zakonom. Klauzula kojom se ugovara nadležnost drugih arbitraža smatra se nepravičnom. U nekim zemljama, kao što je slučaj u Hrvatskoj smatra se nepoštenom odredba o arbitražnoj klauzuli ako je unapred formulisao trgovac ili se o njoj nije pregovaralo a posebno ako je sadržana u tipskom ugovoru.⁹⁹

95 Dopusšteno je da sadrži dogovor oko broja arbitara, postupak imenovanja i izuzeća arbitara, mesto arbitraže, jezik, veštačenje i sl. Zakon o arbitraži –Hr, NN 88/01 čl. 6 st. 6.

96 ZZP(2010), čl. 47 st. 1 tač. 3).

97 ZZP(2010), čl. 135.

98 Više o zakonskim rešenjima u Estoniji: Karin Sein, „Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice“, *JURIDICA INTERNACIONAL* XVIII/2011, 54-62, http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2011_1_54.pdf, 24.06.2013.

99 ZZP HR, čl. 97.

Evropski sud pravde-ECJ je svojim odlukama,¹⁰⁰ kojima je tumačio primenu odredaba Direktive 93/13/EEC, narušio autonomiju procesnih pravila država članica.¹⁰¹ Naime, ECJ je više puta naglasio da nacionalni sud mora da odustane od pasivne uloge u sporu i da ispita određene okolnosti na sopstvenu inicijativu. Praktično je ECJ ovlastio i obavezao nacionalne sudove da po službenoj dužnosti moraju da provere da li su uslovi potrošačkog ugovora standardni uslovi ugovora i ako to jesu da ih podvrgnu oceni pravičnosti. Ova obaveza postoji u svim postupcima. U slučaju kada se vodi postupak za poništaj arbitražne klauzule (*Mostaza Claro*) kao i kada je traženo izvršenje pravosnažne arbitražne odluke (*Asturcom Telecomunicaciones*). Sud je dužan da poništi arbitražnu odluku koja je doneta u postupku koji je vođen primenom klauzule o arbitraži koja je ocenjena od strane suda kao nepravdna i u slučaju da potrošač to ne zahteva. Ista obaveza za sud postoji i kada potrošač ne ospori nadležnost arbitražnog postupka dok on traje. Na taj način je ECJ ustanovio sistem koji štiti potrošače od nepoštenih odredaba i sprečava i odvraća trgovce od ugovaranja takvih klauzula. U nekim zemljama članicama se pojavio problem vezan za ocenu pravičnosti arbitražne odluke u skladu sa odlukama ECJ.¹⁰²

4.4. Stručna pomoć u toku spora

Zbog formalnosti i složenosti postupka pred arbitražom potrošaču je potrebna stručna pomoć. Angažovanje advokata zahteva dodatna ulaganja i nekada zbog vrednosti spora to nije isplativo. U Srbiji besplatnu pomoć potrošaču pružaju udruženja potrošača čija nadležnost obuhvata informisanje, obrazovanje, savetovanje i pomoć potrošačima u rešavanju problema. Organizovanje stručne pomoći potrošačima u okviru organa ARS, kao što je slučaj u Portugaliji, ima određenih prednosti. Potrošač tada dobija kvalitetnu, jasnu informaciju od stručnog i neutralnog lica koje nastoji da se spor reši dogovorom.

U EU se potrošačima ubuduće mora obezbediti da imaju slobodan pristup organima ARS bez obaveze da angažuju zastupnika ako to ne žele. Sa druge strane

100 Case 27.6.2000, joined cases C-240/98–C-244/98, *Océano Grupo Editorial and Salvat Editores*. – ECR 2000, p. I-4941.; Case 4.6.2009, C-243/08, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Győrfi*. – ECR 2009, p. I-4713; Case 9.11.2010, C-137/08, *Pénzügyi Lízing Zrt v. Ferenc Schneider*. – OJ C 13, 15.1.2011, p. 2.; Case 26.10.2006, C-168/05, *Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*. – ECR 2006, p. I-10421.; Case 6.10.2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira*. – ECR 2009, p. I-9579. O uticaju ovih presuda na nacionalne postupke videti: Karin Sein, *op. cit.*

101 Maud Piers, “Consumer Arbitration in the EU: A Forced Marriage with Incompatible Expectations”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011), pp. 209–230 doi: 10.1093/jnlids/idq017 Published Advance Access December 9, 2010, <http://jids.oxfordjournals.org/content/2/1/209.full.pdf+html>, 26.07.2013. O ulozi Evropskog suda pravde i njegovom diskrecionom pravu na određene specifičnosti u odlučivanju prilikom tumačenja propisa zajednice: Takis Tridimas, “Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction”, *1 CON* (2011). Vol.9 No 3-4, 737-756, <http://icon.oxfordjournals.org>, 29.07.2013.

102 O problemima u Češkoj Zdeněk Nový, “Arbitration Clause as Unfair Contract Term: some Observations on the ECJ’s Claro Case” http://www.law.muni.cz/sboorniky/cofola2008/files/pdf/mps/novy_zdenek.pdf, 25.07.2013.

se očekuje od država članica da obezbede potrošačima stručnu pomoć pri rešavanju prekograničnih sporova.¹⁰³

4.5. Obaveznost odluke za strane u postupku

U srpskom pravu domaća arbitražna odluka ima snagu domaće pravnosnažne sudske odluke i izvršava se u skladu sa odredbama zakona koji uređuje izvršni postupak.¹⁰⁴ U slučaju kada se potrošač i trgovac sporazumeju da spor reše pred arbitražom sudska zaštita se može tražiti u postupku za poništaj arbitražne odluke s obzirom da sud nema pravo da odlučuje ukoliko je ugovorena nadležnost arbitraže.¹⁰⁵

Dodatna zaštita potrošačima je obezbeđena na taj način što je omogućeno da potrošač može da odluči da zatraži sudsku zaštitu i ako je već pokrenut ili se vodi postupak vansudskog rešavanja potrošačkog spora.¹⁰⁶ Međutim, zakonodavac nije propisao posebna pravila ako se potrošački spor reši u vansudskom postupku pred arbitražom. Saglasno tome smatramo da će arbitražna odluka obavezivati potrošača isto kao i trgovca ako on u toku trajanja arbitražnog postupka ne odluči da od njega odustane i pokrene postupak pred sudom radi zaštite svoga prava.¹⁰⁷

U uporednom pravu su prisutna i drugačija rešenja koja su vezana za propisivanje posebnih pravila za specijalizovane arbitraže za rešavanje potrošačkih sporova. U Mađarskoj odluka PMT ne onemogućava potrošača da traži sudsku zaštitu. U Crnoj Gori odluka Arbitražnog veća potrošača ne obavezuje i on ima mogućnost da svoja prava ostvaruje u sudskom postupku.

4.6. Troškovi arbitraže

U klasičnoj arbitraži stranke snose troškove arbitraže i u obavezi su da ih unapred plate. Stalna arbitražna institucija sama uređuje troškove arbitraže i tarifu tih troškova. Arbitraža je po pravilu povoljnija u pogledu troškova u odnosu na sudski postupak na šta utiče brzina rešavanja zahteva. Međutim, za prosečnog potrošača arbitraža je skupa. Za potrošača je najveći problem što treba unapred da obezbedi sredstva za troškove ako želi da se spor rešava pri arbitraži. Od krajnjeg ishoda spora zavisi da li će mu ih druga strana kasnije naknaditi. U Srbiji nisu propisana posebna pravila o troškovima koje potrošač snosi u toku postupka vansudskog rešavanja potrošačkog spora. To može odvratiti potrošače od pokretanja postupka rešavanja spora pred arbitražom.

U uporednom pravu se propisuju posebna pravila u pogledu visine troškova koje treba da snosi potrošač ako se spor rešava pred arbitražom. U državama čla-

103 Direktiva ARS čl. 8 st.1 tač. (b), čl. 11 st. 1.

104 Zakon o arbitraži čl. 64.

105 Upor. N. Petrušić, 767.

106 ZZP(2010) čl. 135.

107 Upor. N. Petrušić, 767.

nicama su prisutna različita rešenja. U pojedinim državama, kao što je Portugali-ja, postupak pred arbitražom je besplatan. U nekim državama, kao na primer na Kipru, u Italiji, Danskoj, plaća se simboličan iznos naknade. U EU je predviđeno da ubuduće sve zemlje članice obezbede da postupak pred organom ARS odnosno arbitražom bude besplatan za potrošača ili da minimalno košta.¹⁰⁸

Smatra se da plaćanje simbolične takse od strane potrošača predstavlja vid zaštite od mogućih zloupotreba i neozbiljno postavljenih zahtjeva od strane potrošača na uštrb onih trgovaca koji posluju sa pažnjom dobrog privrednika. Ovo rešenje je prihvaćeno i u Crnoj Gori gde potrošač plaća taksu od 20 eura. Naknada za rad članova Veća se obezbeđuje iz budžeta i sredstava kojima Odbor raspolaže od prikupljenih taksi.

U slučajevima, kada potrošač nema materijalnih mogućnosti za pristup arbitraži spor bi mogao da se reši arbitražom koja se sprovodi korišćenjem Interneta. Kompletan postupak i posredovanja i arbitraže vodi se na mreži najčešće bez potrebe za ročištem. U situaciji kada za tim ipak ima potrebe ročište se može održati putem telefonske ili videokonferencijske veze. i ovaj način rešavanja spora ima svoje prednosti i mane kao i klasična arbitraža.¹⁰⁹

5. ZAKLJUČAK

*Unapređenje vladavine prava podrazumeva koliko
menjanje kulture toliko i stvaranje novih institucija.*

Razvoj zaštite potrošača predstavlja kontinuiran i dinamičan proces. Danas je situacija u Srbiji u ovoj oblasti znatno povoljnija nego što je bila pre donošenja ZZP(2010). Dalji rad na unapređenju položaja potrošača u Srbiji podrazumeva da se nastavi rad na usklađivanju prava sa tekovinama EU u ovoj oblasti što predstavlja trajni zadatak. Pri tom treba imati u vidu da uspešnost primene preuzetih odredaba EU prava zavisi od usklađenosti sa postojećim pravnim sistemom. Teži deo posla predstavlja adekvatna i efikasna primena propisa. Donošenjem zakona se stvaraju preduslovi za promenu društvenih uslova u praksi. Da li će i u kom obimu doći do određenih promena zavisi od niza faktora. Za postizanje efikasnosti propisa potrebno je da se ispune određeni preduslovi kao što su ekonomska razvijenost, demokratska politička klima, dostizanje sličnog sistema vrednosti sa standardima koji se primenjuju u EU i organizovanje institucija, posebno državnih koje bi trebale da primenjuju propise.¹¹⁰

Danas se u oblasti zaštite potrošača u Srbiji susrećemo sa problemima koji su prisutni i u drugim zemljama, posebno zemljama u tranziciji. Za efikasno sprovo-

108 Direktiva ARS čl. 8 st.1 tač. (c).

109 Više o mogućnostima Online arbitraže: Vanja Bajović, „Rešavanje sporova putem Interneta“, *Pravni život*, br. 11/2004.

110 D. Dubović, „Primena preuzetog prava“, *Pravni život* br. 14/2009.

denje rešenja iz zakona koje će dovesti do poboljšanje položaja potrošača potrebne su kompetentne i dobro opremljene državne institucije i agencije, postojanje većeg broja raznovrsnih tela za vansudsko rešavanje potrošačkih sporova i nezavisne ekonomski jake potrošačke organizacije. Svaki oblik institucionalne zaštite potrošača koji efikasno deluje doprinosi poboljšanju položaja potrošača. Pri tom posebnu pažnju treba posvetiti inspekcijском nadzoru i njegovom unapređenju s obzirom da on predstavlja poseban oblik institucionalizovane zaštite potrošača.¹¹¹

U Srbiji nije uspostavljen celovit sistem alternativnog rešavanja potrošačkih sporova. Postojeće mogućnosti, kao što je prijava Sudu časti pri Privrednoj komori i postupak medijacije se nedovoljno koriste. Afirmacija vansudskog rešavanja potrošačkih sporova predstavlja dugotrajan proces i podrazumeva organizovanje neophodnih organa, edukaciju i širenje saznanja potrošača i trgovaca o prednostima ovakvog načina rešavanja sporova. Formiranje tela koje će biti zaduženo za pružanje informacija, saveta i praktične pomoći potrošačima kada se odluče za vansudsko rešavanje sporova i koje će ih uputiti na mesta gde će dobiti konkretnije informacije bi bilo od velike pomoći popularizaciji modela ARS. Rad na osnivanju tela koja će omogućiti potrošačima da na brz, jeftin i efikasan način razreše sporne situacije sa trgovcima je izazovan zadatak. Osnovno je da se definiše model rešavanja potrošačkih sporova kome će se obezbediti institucionalna i ekonomska podrška od strane države kako bi mogao da zaživi i u potpunosti ispuni svoju namenu. Prema iskustvu drugih zemalja moguće je da se uporedno razvija i primenjuje više modela ARS što za potrošače, trgovce i državu predstavlja dobru opciju. Rešavanje potrošačkih sporova u Srbiji pred arbitražom je moguće ali bi trebalo da se normativno doradi. Nedostaju pravila koja bi omogućila dodatnu zaštitu potrošača prilikom zaključenja arbitražnog sporazuma i u toku postupka arbitraže. Analiza iz ovog rada pokazuje da su iskustva u primeni specijalizovanih arbitraža za rešavanje potrošačkih sporova pokazala da ovaj sistem ima odedenih prednosti. Ova posebna pravila je moguće uneti u postojeći Zakon o arbitraži ili u Zakon o zaštiti potrošača. Jedno od rešenja može biti i donošenje zakona kojim bi se na sveobuhvatan način regulisala ova oblast i propisala posebna pravila za rešavanje potrošačkih sporova pred organima ARS.

Ukoliko svi zainteresovani za zaštitu potrošača u Srbiji udruže svoje znanje, umeće i kapacitete bićemo na dobrom putu da realizujemo zadatke planirane Strategijom zaštite potrošača.¹¹² Trgovci imaju nesumljiv ekonomski interes da se uključe u razvijanje modela ARS u Srbiji. Osnovni cilj aktivnosti kompanije koja želi da obezbedi povećanje profita na dugi rok je da se kroz marketinške aktivnosti zadovolje potrebe i želje potrošača. Nesumljivo je da poslovni rezultati kompanije zavise od stepena zadovoljstva potrošača.¹¹³ Zbog toga se uspešne marketinške tehnike zasnivaju i na poznavanju potrošačkih potreba, želja i ponašanja. U situaciji kada se ne ostvare ciljevi potrošač može biti frustriran i tada najčešće

111 T. Jovanić, „Zaštita potrošača kao rezultat tržišnog nadzora“, *Pravo i privreda* br. 4-6/2012, 460.

112 Strategija zaštite potrošača za period 2013-2018 godine, *Službeni glasnik RS*, br 71/2013.

113 Nova oblast menadžmenta je upravljanje odnosima sa potrošačima (CRM) koja se fokusira na kreiranje i održavanje trajnih odnosa sa potrošačima.

pribegava agresivnom ponašanju (kritika, prigovaranje) ili racionalizaciji (eliminiranje proizvod ili uslugu iz sistema potrošnje). Trgovci imaju interes da potrošača tretiraju sa poštovanjem.¹¹⁴ Osnovni preduslov za rešenje konflikta je da se sagleda problem i sa aspekta potrošača, da se identifikuje sa potrošačem i da se iskaže empatija. Rešenju konflikta doprinosi kada je komunikacija iskrena i jasna. U tom smislu trgovci imaju ekonomski interes da sami formiraju organe ARS ili da učestvuju partnerski u njihovom formiranju.

Vlada Republike Srbije je usvojila dokument koji bi trebao da doprinese usvajanju nove društvene kulture.¹¹⁵ Društveno odgovorno poslovanje-DOP¹¹⁶ podrazumeva odgovornost kompanija prema svim zainteresovanim stranama¹¹⁷ u koje se ubrajaju i potrošači. Ovaj koncept upravljanja kompanijom ima za cilj bolju konkurentnost kompanije i njegova primena je, između ostalog, potrebna kako bi se izbegli konflikti sa korisnicima-potrošačima. Kompanije u Srbiji treba da se upoznaju sa pravilima društveno odgovornog poslovanja i da ih primene. Na osnovu sprovedenog istraživanja u Republici Srbiji konstatovano je da kompanije još uvek ne razlikuju u potpunosti DOP od korporativne filantropije i povernjenja zakonu.¹¹⁸ Vlada naglašava u ovom dokumentu posvećenost promociji DOP-a kompanija, naročito kroz zaštitu potrošača.¹¹⁹

I trgovci i potrošači kao pojedinci moraju biti bolje obavešteni o mogućnostima koje im sistem stavlja na raspolaganje što predstavlja trajan zadatak državnih

114 Prema nekim istraživanjima mnogo više košta pridobijanje novih kupaca od troškova satisfakcije i zadržavanja postojećih. U tom smislu se ukazuje da dobri odnosi sa kupcima predstavljaju značajan intelektualni kapital kompanije i da značajno utiču na poslovni rezultat. Mašić B.(2010) *Menadžment*, Univerzitet Singidunum, Beograd, str. 503.

115 Republika Srbija je usvojila Strategiju razvoja promocije društveno odgovornog poslovanja u Republici Srbiji za period od 2010. do 2015. godine. "Razlozi za donošenje Strategije sadržani su u politikama Republike Srbije u kojima je jasno naglašena odlučnost u preuzimanju odgovornosti za društvo i životnu sredinu, odnosno, svesno prihvatanje i upravljanje implikacijama svih korporativnih odluka koje utiču na interesne činioce – zaposlene, potrošače, dobavljače, a ne samo tradicionalno, na vlasnike i akcionare."

Institut za standardizaciju je proglasio standard koji se odnosi na društvenu odgovornost SRPS-ISO 26000 "Službeni glasnik RS", br. 30/11.

116 Društveno odgovorno poslovanje je koncept putem koga kompanije integrišu društvene obzire i obzire za životnu sredinu u svoje poslovne aktivnosti, kao i u interakciji sa svojim akterima, i to na dobrovoljnoj osnovi.

COM(2001) 366 final, GREEN PAPER: Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0366en01.pdf, 10. 08. 2013.

117 "Zainteresovane strane: Sve strane koje mogu da utiču na ili na koje utiču aktivnosti kompanije, proizvođači, usluge i performansa - zaposleni, investitori, korisnici, poslovni partneri, NVO-e, lokalne zajednice, vlada, poslovna ili profesionalna udruženja, industrijske grupe, obrazovne institucije, međunarodne organizacije, kao i javnost u celini." Strategiju razvoja promocije društveno odgovornog poslovanja u Republici Srbiji za period od 2010. do 2015. godine. *Službeni glasnik RS*, br. 30/11.

118 Strategija DOP, 1. Stanje DOP-a u Republici Srbiji-razumevanje i obim, 1.6. Tržišne prakse.

119 "Ono na čemu treba intenzivnije raditi je stvaranje opsežnih pravila, propisa i podsticajnih mehanizama za DOP (kao što je opsežan sistem zaštite potrošača – uključujući zaštitu privatnosti potrošača, sprečavanje obmanljivog reklamiranja – naročito u sektoru bankarstva)."

institucija, potrošačkih udruženja, privrednih komora i drugih oblika udruživanja trgovaca. Razvijanje društvene kulture kroz sistem obrazovanja i vaspitanja je segment kome treba posvetiti više pažnje. Pri tom se ne treba zadržati na uobičajenim okvirima obrazovanja već ih treba širiti. Podsticanje razvoja emocionalne inteligencije¹²⁰ doprinosi boljim odnosima među pojedincima zbog posedovanja društvene veštine komunikacije a samim tim i boljoj društvenoj klimi. Zbog toga bi sticanje ovih veština trebao da bude stalni cilj vaspitanja dece kao i ličnog razvoja odraslih.¹²¹ Posedovanje odgovarajućeg stepena emocionalne inteligencije pojedinca posredno je od značaja i za sistem zaštite potrošača. Potrošač koji poseduje emocionalnu inteligenciju ima potrebu da živi u fer odnosima i preduzeće adekvatne aktivnosti da ostvari svoja prava u situaciji kada su ona ugrožena. Zaposleni kod trgovca koji komunicira sa potrošačem će ostavriti bolji kontakt sa potrošačem, kvalitetnije i uspešnije pristupiti rešavanju nastalog problema.

120 Emocionalna inteligencija je drugačiji način da se bude pametan. Ona uključuje i socijalne veštine-dobro slaganje sa drugima, upravljanje emocijama u odnosima, sposobnost uveravanja i vođenja drugih. Prema Golemanu povećanjem određenih sposobnosti, među kojima su i socijalne veštine ophođenja sa ljudima, možemo povećati svoju emocionalnu inteligenciju. D. Goleman, *Emocionalna inteligencija*, Geopoetika, Beograd 2009.

121 Moguće je popraviti greške u emocionalnim veštinama. Naše ponašanje je u velikoj meri odraz navika i reakcije i naše socijalne veštine uz određen napor mogu biti usavršene. *Ibid.*, 41.

Katarina Ivančević, PhD

Associate Professor, Faculty of Law University Union

RESOLUTION OF THE CONSUMER DISPUTE THROUGH ARBITRATION

Summary

Alternative Dispute Resolution is a term used to encompass a number of mechanisms used for resolving disputes, which represents an alternative to conventional court proceedings. ARS models are of particular interest to consumers because they provide quick and efficient way of resolving consumer disputes, and are usually free or inexpensive for consumers. In some countries the specialized arbitration is an effective forum for consumer dispute resolution. The paper discusses the current state of regulations and practices in resolving consumer disputes in the Republic of Serbia, and points to the effects of the resolution of consumer disputes by special arbitration in EU, and in the neighbouring countries. Finally, the issues relevant for the resolution of consumer disputes by arbitration are discussed, as well as the prerequisites necessary for the progress to be made in resolving consumer disputes in the extra-judicial proceedings in the Republic of Serbia.

Keywords: consumer disputes, consumer, arbitration

Elisabetta Bergamini, PhD

Associate Professor, University of Udine Faculty of Law

**EVOLUTION OF CONSUMER'S ROLE IN
INTERNATIONAL PRIVATE LAW:
THE BRUSSELS AND ROME REGIMES**

Summary

Consumers are considered weak parties in need of protection when buying goods or services, especially in a cross-border context, and this is one of the reasons why the Brussels Regime (Convention and Regulations 44/01 and 1215/2012) and the Rome Regime (Convention and Regulation 593/08) devote to them special rules on conflict of jurisdiction and of laws.

In this paper I analyse the evolution of consumer protection from an international standpoint, trying to understand whether the Brussels and Rome Regimes can be considered successful. Special attention is paid to the evolution of the legal framework and to the case law of the European Court of Justice, so as to underline the important role of the case law in defining and clarifying the protection accorded to consumers.

Keywords: *consumer protection, cross-border transactions, conflict of laws*

1.

The role of consumers has undergone major changes in the evolution of EU law related to sales of goods or services to consumer.

On the one hand, harmonization has been (and still is) used to raise the level of protection; on the other hand, rules on the conflict of jurisdictions (Brussels Convention,¹ with the subsequent regulations) and of laws (Rome Convention,² with the subsequent regulation) have been used to make sure that the extant differences between national legislations will not harm consumers purchasing goods or services in a cross-border context.

In this analysis I will not dwell on the way the effort to harmonise the rules on consumer sales has evolved in Europe Union Law:³ this effort has played a major role in enhancing consumer protection, to be sure, but I will instead focus on analysing the evolution of consumer protection from the standpoint of international private law.

The main question I set out to answer is twofold, since I will be considering, on the one hand, whether these two instruments—the Brussels and Rome Regimes—can be considered to have been a success, and on the other whether the evolution we are looking at in this area will eventually make for more robust consumer protection.

The first question is easily answered: as most commentators will acknowledge,⁴ the provisions the Rome and Brussels Convention have on contracts cannot be considered fully successful instruments of consumer protection, even though

1 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels Convention), *Official Journal of European Communities*, 98/C 27/01 (consolidated version).

2 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome Convention), *Official Journal of European Communities*, 98/C 27/34 (consolidated version).

3 On this topic, see J. Stuyck, “Patterns of justice in the European Constitutional charter: Minimum harmonization in the field of consumer law”, in: *Law and diffuse interests in the European Legal Order: Liber Amicorum Norbert Reich* (eds. N. Reich et al.), Nomos, Baden 1997, 279–289; G. Alpa, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Laterza Edizione, Bari 2007, 19–112; and E. Jayme, *L’armonizzazione del diritto privato in Europa: la tutela del consumatore e i conflitti di legge*, Giuffrè, Milan 2000, 111–117.

4 On the Brussels Convention see, among others, A.M. De Matos, *Les contrats transfrontières conclus per les consommateurs au sein de l’Union Européenne*, Aix-en-Provence, Bouches-du-Rhône 2001, 43ff. On the inadequacy of the Rome Convention with respect to consumer protection, see F. Rigaux, *Quelques problèmes d’interprétation de la Convention de Rome*, in *L’eupéanisation du droit international privé, Actes de la Réunion: Le droit européen et le droit international privé*, (eds. P. Lagarde and B. Von Hoffman), Trèves, 11–12 novembre 1993, Köln 1996, 33–42; B. Ubertazzi, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milan 2008, 10–12; P. Lagarde, “Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I),” *Revue critique de droit international privé* 2/2006, 331 ff.; G. Rühl, “Choice of Law and Choice of Forum in the European Union: Recent Developments”, in *Civil Justice System in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contractual Law*, (eds. C. Hodges and S. Vogenauer), Hart Publishing, Oxford 2010, 20.

they try to give consumers greater choice of jurisdiction and to apply to them the rules existing in the in place where they habitually reside, on the reasoning that these rules ought to be more familiar to them. It is interesting to investigate at this point whether, and if so how, this degree of protection has evolved in recent years through the changes Council Regulation 44/01,⁵ as well as by Council Regulation 1215/12,⁶ and through the case-law of the European Court of Justice (ECJ).

At the same time, it is interesting to consider whether, and if so how, the changes brought to the Rome Convention under Council Regulation 593/08⁷ have influenced consumer protection in light of the way national courts have been interpreting the Rome Convention provisions on consumer contracts.

My effort here will be to evaluate the possible solutions for dealing with this lack of protection ascribable to conflicts of laws on the sale of consumer goods and services to consumers.

2.

The first version of the Brussels Convention of 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters provided for specific rules to protect consumers only in relation to contracts for the sale of goods and for the financial instruments related to these contracts.⁸ By 1978, it seemed necessary to extend protection to *all* consumer contracts, at least by modifying the title of the relative section. But many limits remained in place, constraining the possible application of this derogation from the normal jurisdiction criteria set forth in the Brussels Convention.

Specifically, under the Brussels Convention, Article 13 still required two conditions to be met: The first one was that the contract had to be preceded by a specific proposal or advertising made in the country where the consumer is domiciled; the second one was that the contract had to have been concluded in the country of the consumer's domicile.

5 Regulation (EC) No. 44/2001 of the European Parliament and of the Council of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (regulation 44/01), *Official Journal of European Communities*, 01/ L 12/1.

6 Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (regulation 1215/12), *Official Journal of European Union*, 12/ L 351/1. See also the Green Paper on the review of Council Regulation (EC) No. 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Brussels 21 April 2009, COM (2009)175 final and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Brussels, 14 December 2010, COM (2010) 748 final. Regulation 1215/12 shall apply from 10 January 2015, therefore, I will only make limited reference to it and will mainly focus on Regulation 44/01, which will continue to apply until that date.

7 Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Regulation 593/08), *Official Journal of European Union*, 08/L 177/6.

8 The first title of section four was "Jurisdiction in matters relating to instalment sales and loans": it was later changed in "Jurisdiction over consumer contracts."

It should also be stressed that the consumer is a quite strict notion in the Brussels Convention. And since the rules provided for this category derogated from the general provisions, it has also been interpreted from the Court of justice in a restrictive way.

In the *Dentalkit* case,⁹ for example, a private contractor in a franchising contract was deemed not to be a consumer even though he hadn't yet started his commercial activity. In the *Gabriel* case,¹⁰ the Court of Justice sought to extend the notion of a consumer so as to cover situations not involving a proper contract: the person concerned received no more than a letter claiming that he had been selected for a "prize" that would be sent to him only if he placed an order for some goods.¹¹ Under Austrian law, this person could claim the prize he had allegedly been awarded, and the Court of Justice found that he was to be deemed a consumer: It accordingly did not apply the general rules on jurisdiction or the ones on delict or quasi-delict. He was a consumer because the selling of goods followed a proposal sent at the consumer's domicile by mail.¹²

The ECJ's case law required on the term *consumer* to be interpreted in connection with the substantive consumer law adopted at the EU (EC at the time) level, but this trend has recently been abandoned in *Gruber*,¹³ where the ECJ inter-

9 ECJ 3 July 1997, case C-269/95, *Francesco Benincasa v Dentalkit Srl*, ECR 1997, I-3767: "Only contracts concluded for the purpose of satisfying an individual's own needs in terms of private consumption come under the provisions designed to protect the consumer as the party deemed to be the weaker party economically. The specific protection sought to be afforded by those provisions is unwarranted in the case of contracts for the purpose of trade or professional activity, even if that activity is only planned for the future, since the fact that an activity is in the nature of a future activity does not divest it in any way of its trade or professional character."

10 ECJ 11 July 2002, case C-96/00, *Rudolf Gabriel*, ECR 2002, I-6367: "Judicial proceedings by which a consumer seeks an order, in the Contracting State in which he is domiciled, requiring a mail-order company established in another Contracting State to send to him a prize which he has apparently won must be capable of being brought before the same court as that which has jurisdiction to deal with the contract concluded by that consumer."

11 For an overview of this problem, see G. De Cristofaro, "'Promesse di vincite' transfrontaliere e Convenzione di Bruxelles dal 'contratto' ai 'contratti con i consumatori'?" *Int'l Lis* 2/2003, 70; Id., "Ancora sulle promesse di vincite transfrontaliere: dalla discutibile oscillazione tra 'materia contrattuale' e 'materia dei contratti dei consumatori,'" *Int'l Lis* 2/2006, 81–86; and U. Magnus and P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, Sellier, Munich 2011.

12 On the question of letters claiming that the addressee has been awarded a prize, see also the following cases: ECJ 20 January 2005, case C-27/02, *Petra Engler v Janus Versand GmbH*, ECR 2005, I-481; ECJ 16 March 2006, case C-234/04, *Rosmarie Kapferer v Schlank & Schick GmbH*, ECR 2006, I-2585; and ECJ 14 May 2009, case C-180/06, *Renate Iltinger v Martin Dreschers*, ECR 2009, I-3961. The main issue discussed in these cases is whether these letters are contractual under Articles 5(1) or 13(1) of Regulation 44/01 or whether they can form the basis of a claim that a tort, delict, or quasi-delict has been committed under Article 5(3).

13 ECJ 20 January 2005, case C-464/01, *Johann Gruber v Bay Wa AG*, ECR 2005, I-439: "A person who concludes a contract for goods intended for purposes which are in part within and in part outside his trade or profession may not rely on the special rules of jurisdiction laid down in Articles 13 to 15 of the Convention, unless the trade or professional purpose is so limited as to be negligible in the overall context of the supply, the fact that the private element is predominant being irrelevant in that respect."

preted the term *consumer* in the Brussels Convention in a way that has been criticized as failing to take into account the framework of substantive consumer-law directives adopted in the recent years.¹⁴ Clearly, it is not possible to pretend that directives do not exist and to use a different interpretation.¹⁵

As we will see in the second part of this paper, the same reasoning also applies to the notion of a consumer under the Rome Regime.

Under these rules, protection was extended only to “passive” consumers,¹⁶ meaning consumers who stay in their own country waiting for the seller to make a proposal. By contrast, neither an “active” consumer (one who travels abroad to buy something) nor an online consumer (one who concludes a contract on the World Wide Web) were afforded any protection under the Brussels Convention.¹⁷

3.

The special-jurisdiction rules (derogating from the general principle on the domicile of the person being sued) apply only to consumers (in the restrictive sense just explained) and only if the two aforementioned conditions are met.

Under the Brussels Convention

- a professional may sue a consumer only in the country of his or her domicile; and
- a consumer may take a professional to court both in either country (either the one where the consumer is domiciled or the one where the professional is domiciled).

These two derogations from the usual criteria were admittedly not enough to protect a consumer, but they were still helpful, since they prevented sellers from making it more difficult for consumers to initiate proceedings against them.

In order to give consumers greater protection, the Brussels Convention also limited to certain cases the ability to choose a different jurisdiction, stating that

14 On this question, see H. Schulte-Nölke, “Perspectives for Development of European Consumer Law,” *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 4/2004, 137ff.

15 For the most recent case where the Court of Justice has been asked to interpret the notion of consumer, see ECJ 14 March 2013, case C-419/11, *Česká spořitelna, a.s. v Gerald Feichter*, not yet published in ECR.

16 See P. Cachia, “Consumer contracts in European Private international law: The sphere of operation of the consumer contract rules in the Brussels I and Rome I Regulations,” *European Law Review* 2009, 481. For De Matos, *Les contrats transfrontières*, pp. 43ff., static consumers and dynamic consumers must be granted the same protection, since the reason justifying the special rules the Brussels Convention applies to consumers lies in their position of comparative economic disadvantage. The author claims that since static and dynamic consumers are equally vulnerable, they must accordingly be granted equal protection. On this question see Queen’s Bench Division, 19 March 2002, *Rayner v Davies*, *Common Law Cases* 2002, 952.

17 On “active” and “passive” consumer in the Rome Convention, see N. Houx, “La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980: pour une interprétation cohérente des dispositions applicables,” *Petites affiches* 43/2001, 6.

this choice was limited to certain cases in order to verify that it was not used to harm the consumer¹⁸.

The two conditions—(i) a proposal or an advertisement in the country where the consumer is domiciled, and (ii) forming the contract in the same country (where all the necessary steps necessary to conclude the contract were to be taken)—made it in most cases impossible to give the consumer any meaningful protection.

For example, in a decision issued on 8 October 1998, the Metz Court of Appeal denied a French consumer the ability to choose the court where he was domiciled (Thionville) as the venue in which to initiate an action against a company incorporated in Luxemburg. The appeals court found that neither of the two conditions had been satisfied, for it had not been proven that the delivery of goods had been preceded by a specific proposal or advertisement in the country where the consumer was domiciled or that all the actions necessary to seal the contract had taken place in that country.

On 3 July 2001,¹⁹ the Cour de Cassation reversed that judgment, finding that the Metz Court of Appeal should have looked for evidence of those events: had it done so, it would have found that the two conditions had in fact been satisfied, considering that the company had a subsidiary in France, and that delivery had in fact taken place in the same country at that of the consumer's domicile.

This example clearly illustrates how the two conditions contained in the Brussels Convention can often undermine the (correct) protection of consumers in many cases: this is especially a risk when the conditions are applied in an unreasonable manner.

For that reason, these two requirements were struck from Regulation 44/01. However this change did not solve all problems, since the new language in Article 15 of Regulation 44/01 (now Article 17 of Regulation 1215/12) still leaves some problems unattended, especially when reference is made to electronic commerce.

4.

Council Regulation 44/01 (where the provisions on consumers are spread across three articles)²⁰ also replaces the two previously discussed conditions with the so-called “targeted activities” criterion, so as to make it possible to determine

¹⁸ As the Brussels Convention provided from the outset, the relevant provisions “may be departed from only by an agreement on jurisdiction,” and so long as (a) this agreement “is entered into after the dispute has arisen,” or (b) the agreement allows the consumer to bring proceedings before a court other than the ones indicated in Article 16 of the Convention (now Article 18), or (c) both parties to the agreement were domiciled in the same Member State or habitually resident there when the agreement was concluded, and the agreement “confers jurisdiction on the courts of that Member State, provided that such an agreement is not contrary to the law of that Member State.”

¹⁹ Cour de Cassation, Première Chambre civile, 3 July 2001, No. 1215 (99-21.872), Bulletin civil 2001, No. 202, 128.

²⁰ Namely, Articles 15, 16, and 17—now Articles 17, 18, and 19—under the new Regulation 1215/2012.

whether the special provisions can be applied.²¹ The main issue, as yet unresolved, is how to interpret this term and the general meaning of the new Article 15: broader application of the article would clearly make it possible to protect consumers in many cases, once these cases are excluded from the Brussels Regime. Only recently has the Court of Justice intervened, with a few judgments attempting to solve the doubts raised by the language of the new provision, striking what it deemed to be the right balance between the needs of firms and professionals, on the one hand, and those of consumers, on the other. In joined cases of *Pammer* and *Hotel Alpenhof*,²² the judges, in keeping with what the Commission and the Council had already stated on Article 15,²³ clarified that just because a professional maintains a website that can be accessed from any country in the world does mean that his or her activities can be deemed to have been targeted at all of those countries or at any one of them in particular: there need to also be more elements, showing that the professional intended to establish commercial relations with consumers from one or more other Member States, including the one where the consumer was domiciled. For these reasons the Court of Justice listed some features—not exhaustive ones—that constitute evidence of an activity “directed to” one or more other Member States within the meaning of Article 15 of Regulation 44/01.

In the subsequent *Mühlleitner* case,²⁴ the EU judges also clarified that Article 15 does not presuppose that a contract between a consumer and a person who pursues commercial or professional activities has been concluded at a distance; in fact, neither the history of the provision, nor its purpose, nor the ECJ's decision in *Pammer* and *Alpenhof* requires the contract to be concluded at a distance.

Also needing to be mentioned is the *Lindner* case,²⁵ where the Court of Justice for the first time found that if a consumer fails to notify the counterparty of a change of domicile, or if the customer's domicile is unknown, jurisdiction will go to the courts of the Member State in which the consumer had his or her last-known domicile, in that there is no evidence on which basis those courts can conclude that the

21 The new Article 15 makes consumer-contract rules of jurisdiction applicable in all cases in which a contract has been concluded with a professional whose professional activity is based in the Member State of the consumer's domicile or whose activities are being directed to that Member State.

22 ECJ 7 December 2010, case C-585/08, *Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* and case C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller*, ECR 2010, I-12527.

23 In order for provisions on consumer protection to be applicable, it is not enough for a firm to target its activities to the Member State where the consumer was domiciled—a contract must also have been concluded in the exercise of one's trade or profession: “The mere fact that an Internet site is accessible is not sufficient for Article 15 to be applicable, although a factor will be that this Internet site solicits the conclusion of distance contracts and that a contract has actually been concluded at a distance, by whatever means. In this respect, the language or currency which a website uses does not constitute a relevant factor.”

For the full text of the statement on Articles 15 and 73, see http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_en_declaration.pdf, last visited 3 September 2013.

24 ECJ 6 September 2012, case C-190/11, *Daniela Mühlleitner v Ahmad Yusufi and Wadat Yusufi*, not yet published in ECR.

25 ECJ 17 November 2011, case C-327/10, *Hypoteční banka a.s. v Udo Mike Lindner*, not yet published in ECR.

defendant is in fact domiciled outside the European Union.²⁶ In this way the Court of Justice has set limits to a pro-consumer interpretation of the Regulation's provisions, drawing the line in those specific cases where a consumer's behaviour could be deemed abusive or fraudulent. In such cases, the need to protect consumers seems to weigh less than the need to grant jurisdiction in front of a EU Member State judge.

5.

As we saw, the new Regulation 1215/2012 does not explicitly change the rules on consumer contracts. However, these contracts do seem to stand affected in specific ways by the new general principles under the Brussels Regime.²⁷

This applies to three points in particular:

- The abolition of *exequatur*.²⁸ In order to remove the remaining obstacles to the free movement of justice, the new regulation abolishes the intermediate procedure for recognising and enforcing judgments. Judgments issued in a Member State are recognized in other Member States as a matter of course, without any special procedure and without any possibility of challenging their recognition, but only with the new Regulation will the same judgment also be enforceable in another Member State without the need for a declaration of enforceability. This innovation will make it possible for EU citizens—including consumers—to easily claim their rights in court, and ultimately to fully benefit from the opportunities available under the EU system.²⁹
- Application of the Brussels Regime so as to also cover a defendant not domiciled in a Member State.³⁰ The new Regulation enables consumers to benefit from the Brussels Regime “regardless of the domicile of the

26 On the interpretation of Article 15 and the criteria of “targeted activities,” see the recent opinion of the advocate general delivered on 18 July 2013 in case C-218/12, *Lokman Emrek v Vlado Sabranovic*. The question put to the Court was whether Article 15 requires, as a further unwritten condition, an element of causation linking the targeted activity to the conclusion of the contract. See also the reference for a preliminary ruling in case C-478/12, *Armin Maletic Marianne Maletic v lastminute.com GmbH and TUI Österreich GmbH*, on the interpretation of Articles 15 and 16 of Regulation 44/2001.

27 For a deeper analysis of the innovations brought by the new Regulation 1215/12, see A. Nuyts, “La refonte du règlement Bruxelles I,” *Rev.crit.droit.int.privé* 1/2013, 1ff.

28 The first proposal contained two exceptions to the abolition of *exequatur*. The first one concerned noncontractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation, and the second one regarded collective-redress proceedings. Neither of these two exceptions was included in the final version.

29 On this aspect, see X. Kramer, “Abolition of *exequatur* under the Brussels I Regulation: effecting and protecting rights in the European judicial area,” *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 4/2011, 633–641.

30 The first proposal suggested that the entire Brussels Regime be extended to all defendants domiciled in Third States, but Article 6 of Regulation 1215/12 reads: “If the defendant is not domiciled in a Member State, the jurisdiction of the courts of each Member State shall, subject to Article 18 (1), Article 21 (2) and Articles 24 and 25, be determined by the law of that Member State.”

other party.”³¹ If the conditions in new Article 17 are fulfilled, regardless of whether the trader in question has a territorial connection with a Member State, consumers can bring proceedings in a court where they are domiciled. With this innovation, private international law will apply instead of national law,³² thus offering the same protection to all EU consumers. This innovation should solve the problems connected with online transactions in which it may prove impossible to find out whether the undertaking in question is domiciled in a EU country or a third country: this would ensure that the protective regime applies to the consumer in both cases.

- Rules on agreements on the choice of judge and arbitration. The special rules of Section 4 will not change, but it must be mentioned that Article 26(2) of new Regulation 1215/2012 introduces a further rule to protect consumers, providing that when a consumer is the defendant, the court shall, before assuming jurisdiction in case the defendant enters an appearance, ensure that the defendant is informed of (a) his or her right to contest the court's jurisdiction and (b) the consequences of entering or not entering an appearance.

6.

The Rome Regime on the law applicable to contractual obligations contains rules which are analogous to the ones contained in the Brussels Regime, but which have given rise to even more problems as concerns the effectiveness of the protection they grant.

The Rome Convention introduced harmonisation in the choice-of-law rules, stating that the law applicable in the absence of such a choice is the law with which the contract is most closely connected.³³ It also introduced some presumptions about this close connection: contracts were presumed to be connected with the law of habitual residence (or central administration) of the party whose performance is considered to be characteristic.

31 See Articles 6 and 18(1).

32 Some national laws, as in the United Kingdom, Austria, and the Czech Republic, do not allow consumers to turn to the judge of the consumer's domicile in cases involving transnational B2C contracts.

33 On the Rome Convention and its general principles, see R. Baratta, “La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali,” *Il Diritto dell'Unione europea* 4/1997, 633; M. Giuliano and P. Lagarde, “Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations,” *Official Journal of European Communities* 80/C 282/1; M. Magagni, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Giuffrè, Milan 1989; R. Plender and M. Wilderspin, *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, London 2001 (2nd ed.); G. Sacerdoti and M. Frigo (eds.), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè, Milan 1994; T. Treves (ed.), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Cedam, Padua 1983; and U. Villani, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari 2000.

In order to protect the consumer from the consequences of this general presumption, which could lead to the application of the law of the professional counterparty, Article 5 of the Rome Convention set forth special rules for consumers.³⁴

It needs to be stressed here, in the first place, that in this case - similarly to what happens in the context of the Brussels Regime - the consumer is a person who acquires goods, credit, or services for an activity not related to his or her trade or profession. If the professional could not determine whether that was in fact the case, the special provisions could not be applied. The Rome Convention did not define the consumer's counterparty: the Giuliano-Lagarde Report stated that "in the opinion of the majority of the delegations it [the definition of consumer contracts] will, normally, only apply where the person who supplies goods or services or provides credit acts in the course of his trade or profession." The problem seems to have been solved with Regulation 593/08, which clarifies that consumer protection applies only when a consumer concludes a contract with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional).

7.

Where consumers are concerned, the Rome Convention stated that the protective regime was applicable in a given country provided that any one of the three conditions mentioned in Article 5(2) were fulfilled, namely,

- "in that country the conclusion of the contract was preceded by a specific invitation addressed to him or by advertising, and he had taken in that country all steps necessary on his part for the conclusion of the contract, or
- the other party or his agent received the consumer's order in that country, or
- the contract is for the sale of goods and the consumer travelled from that country to another country and there gave his order, provided that the consumer's journey was arranged by the seller for the purpose of inducing the consumer to buy."

Under Article 5, the parties could choose the governing law, but their choice could not deprive a consumer from the protection afforded by the mandatory

³⁴ On Article 5, see F. Pocar, "La legge applicabile ai contratti con i consumatori" in: *Consumatori, contratti, conflittualità* (ed. C. Vaccà), Egea, Milan 2000, 157–167; G. Alpa, "La tutela dei consumatori nella Convenzione europea sulla legge applicabile in materia di obbligazioni contrattuali," in: T. Treves (ed.), 303–317; G. Rühl, 20; and W. Van Boom and M. Loos, "Effective Enforcement of Consumer Law in Europe: Synchronizing Private, Public and Collective Mechanisms," <http://ssrn.com/abstract=1082913>, last accessed on 3 September 2013. On the draft convention, which contained no reference to consumer contracts, see O. Lando, "The EC draft convention on the law applicable to contractual and non-contractual obligations," *Rabels Zeitschrift* (RabelsZ) 1/1974, 14–17 and 32–33.

rules³⁵ of the law of the country in which he or she habitually resides; moreover, absent that choice, the contract had to be governed by the law of the country in which the consumer had his habitual residence.

The aim was to exclude the possibility of limiting the application of “mandatory rules of law.” It was not clear how these mandatory rules could be defined: did they include only the basic-protection rules (the ones set forth in the EC directives on the topic)? Or did they also include the rules in place in countries affording greater protection?

Many problems were left unsolved in the language of the Rome Convention. For example, what happens if a product or service has been advertised in a different country and a consumer has come to know about that by chance (think about an American newspaper sold in Germany)? How can we define the expression “all necessary steps to conclusion”? This may pose a difficulty for mail contracts, and even more so for e-contracts, which clearly were not taken into account in the 1980 Convention.

As Basedow has stated, not all Member States are confronted with the same problems vis-à-vis Article 5, nor do they deal with those problems in the same way, in fact “German judgements appear to account for more than 90% of published decisions across Europe.”³⁶ In light of this fact, it seems necessary to briefly discuss some landmark cases judged in that country.

8.

The most relevant cases are the so-called Grand Canary cases, involving contracts signed by German tourists in Spain.³⁷

35 Regulation 593/08 does not use the term *mandatory rule*, but it does underline that the choice made by the parties “may not [...] have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him” by the law of the consumer’s habitual residence, nor can such protection “be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable.”

36 J. Basedow, Consumer contracts and insurance contracts in a future Rome I-regulation in: *Enforcement of International contracts in the European Union- Convergence and divergence between Brussels I and Rome I* (eds. J. Meeusen, M. Pertegás, and G. Straetmans), Intersentia, Antwerp, Oxford, New York 2004, 269ff. This result seems to be due to multiple factors, like German mass tourism in southern Europe (in countries that have recently signed the Rome Convention) and the transfer of the bulk of consumer litigation from courts of general jurisdiction to specialized, extra-judicial bodies. On these judgments, see also A. Frigessi di Rattalma, *Le prime esperienze giurisprudenziali sulla Convenzione di Roma*, in: G. Sacerdoti and M. Frigo (eds.), 35–75; P. Lagarde, “Le consommateur en droit international privé” in: G. Reichelt (ed.), Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, Vorlesungen und Vorträge, Manz’sche Verlags, Vienna 1999, 12ff; G. Rühl, “Consumer Protection in Choice of Law”, *Cornell International Law Journal* 44/2011, 578.

37 Oberlandesgericht Hamm 1 December 1988, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (IPRax) 1988, 242ff.; Oberlandesgericht Frankfurt am Main 1 June 1989, IPRax 1990, 236; Landgericht Bamberg 17 January 1990, NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (NJW-RR) 1990, 694; Landgericht Hamburg 21 February 1990, NJW-RR 1990, 495; Oberlandesgericht Stuttgart 18 June 1990, NJW-RR 1990, 1081; Oberlandesgericht Celle 28 August 1990, IPRax 1991, 334; Bundesgerichtshof 19 September 1990, IPRax 1991, 329.

In the first series of cases (Grand Canary 1), tourists had travelled to Spain on their own (not through an organized tour), and on a leisure trip to a bird zoo (a trip organized by a Spanish company), they were solicited to buy products produced by a German company. The contracts were based on a template written in German in which the parties to the contract (or rather the Spanish company) agreed that Spanish law would govern. One tourist decided to cancel his order (thereby withdrawing from the contract),³⁸ and so the German company (which stepped into the contract) sued him for the amount of the list price. A consumer association challenged this action, but Article 5 could not be applied, since its conditions had not been satisfied: the valid governing law remained that of Spain (which at that time had no provisions on withdrawal).³⁹

In the second series of cases (Grand Canary 2),⁴⁰ ultimately settled by a final decision of the *Bundesgerichtshof*, the issue was similar but not identical, since it concerned the use of immovable property on a timesharing basis (the Brussels Convention could not be applied at the time, since Spain had not signed it yet).⁴¹

Some tourists on vacation were told by two girls on a beach that they had won a lottery and that, in order to claim the prize, they had to show up at a club and receive the documents. Once there, they were solicited to enter into a timesharing contract expressly regulated by the law of Isle of Mann and of Spain, and with no possibility to withdraw from the contract.

For the German courts, the timesharing contract fell outside the scope of Rome Convention because it was related to the supply and use of immovable property, and not to services, and therefore fell into a specific exclusion.⁴² In view of how timesharing contracts have since evolved, it now seems necessary to extend consumer protection to these cases, even while maintaining the exemption for other real estate contracts.⁴³

It is quite clear from these cases that the strict limits on the scope of the Rome Convention were depriving consumers of an appropriate level of

38 Withdrawal from a contract could be granted in such cases under German law (see Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften, of 16-01-1986, in *Official Gazette of Germany*, BGBl. I S. 122, implementing Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, *Official Journal of European Communities*, 1985/L 372/31), or it could be granted by EC law itself.

39 On the applicability of the aforementioned Directive 85/577/EEC, one cannot ignore the famous *Faccini Dori* case (ECJ 14 July 1994, case C-91/92, *Paola Faccini Dori v Recreb Srl*, ECR 1994, I-3325), in which the Court of Justice found that even though Italy had not implemented the directive, and there was therefore no possibility for a consumer to withdraw from a contract entered into outside the premises of a business establishment, the state was compelled to pay damages to the consumer, since it was the state's own failure to comply with EC law that deprived the consumer of a right she would have been able to assert under the directive.

40 Some of the judgments can be found in *Rev.crit.droit.int.privé* 1998, 87ff.

41 See P. Lagarde (1999), 12ff.

42 *Bundesgerichtshof* 19 March 1997, *Rev.crit.droit.int.privé* 1998, 610, with a comment by P. Lagarde.

43 On the reasons that have led to this exclusion, see the Giuliano Lagarde Report.

protection. As we will see, Regulation 593/08 sought to extend the scope of the Rome Regime to some of the excluded cases, but we still have significant gaps in its application.

9.

Another issue concerning the applicability of the Rome Convention was how to coordinate Article 5, on consumer protection, with Article 7, on mandatory provisions.⁴⁴ The question arose because of the incorrect use of the term “mandatory rules” in Article 7 and the missing definition of that type of rule.⁴⁵ Nor was there agreement among legal scholars on the possibility of applying Articles 7 in cases in which Article 5 cannot be used.

The problem seems to have been solved now, partly owing to the new framing of Article 9 of Regulation 593/08: the article—now entitled “Overriding mandatory provisions”—goes some way toward specifying the meaning of that term and stating how those provisions are to be applied.

The revised Article 9 makes it possible to invoke and apply the mandatory provisions in force in a country with which the contract is linked.

In order for these provisions to be applied, there has to be a material link with that country (such as habitual residence of one of the parties or the place where the contract was executed). In this case, the judge will—*ex officio*—have to balance the different interests at stake and weigh the consequences of not applying these mandatory rules: the judge is therefore given the power to decide whether these rules are relevant and ought to be applied.

The need to apply mandatory rules on consumer protection, when applicable, is stronger and must obviously prevail.

No solution was found, and none has yet been found, in dealing with cases where the chosen law deprives the consumer “of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement” under the law that would govern if no choice has been made. Here, again, the onus falls on the national judges, on whose interpretive skill hinges the ability to properly balance the different interests at stake: freedom of contract on the one hand, consumer protection on the other.

44 On this problem, see B. Ubertazzi (2008), 119–123; T. Treves, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980* in: T. Treves (ed.), 25–45.

45 The misuse of a term led to some problems in the national courts, too. See, for example, Oberstergerichtshof, 29 March 2006, *European legal forum (EuLF)* 2006, 61: here, a mandatory rule protecting consumers was interpreted to fall under Article 7 instead of Article 5. On the same trend, see Tribunale di Rovereto, 15 March, 2007, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale (RDIPP)* 1/2008, 189, and Cour de Cassation 23 May 2006, *Rev.crit.droit.int.privé* 1/2007, 85. For the French Cour de Cassation the national rules on consumer credit are deemed *loi de police* and therefore entail the application of Article 7 of the Rome Convention. But for some commentators this would not be admissible. On the application of Article 5, see also Cour de cassation (Grand-Duché de Luxembourg), 12 May 2005, Jean K. et Marianne H. v Hotel Management and Consulting, *Pasicrisie luxembourgeoise* 1/2005, 5–8.

10.

Another problem came up in connection with independent loans (contracts for the provision of credit unrelated to the supply of goods or services to a person). Under the Rome Convention,⁴⁶ these loans were excluded from the scope of the rules on conflict of laws pertaining to consumer contracts. It has been found necessary to extend protection to these contracts, too, and Basedow was among the first to make that argument.

Whereas Article 5 of the Rome Convention applies only to contracts having for an object the supply of goods or services to a person, as well as to contracts for the provision of credit for that object, Article 6 of Regulation 593/08 applies to all consumer contracts, including independent loans, financial instruments and timesharing agreements,⁴⁷ as well as bank agreements that do not require the bank to perform a service (such as keeping deposit accounts). Furthermore, the fact that the new rule is no longer limited to “movable” and “tangible” goods makes it possible to extend consumer protection to contracts relating to immovables and to goods usually classified as “intangible,” such as software, credit, and securities.⁴⁸

11.

As we have briefly seen, the Rome Convention has harmonized conflict-of-law provisions, and this has made it possible to solve many problems, but it has also led to many doubts about the way to interpret the Convention itself and to questions about what it has accomplished in the field of consumer protection.

The judges’ powers to interpret contractual elements—such as the integration of country-of-residence rules protecting consumers when the law of another country is chosen—have often been considered too far reaching.⁴⁹

46 In the case law, see *Cour de Cassation* 23 May 2006, *Rev.crit.droit.int.privé* 2007, 85–56; *Bundesgerichtshof* 13 December 2005, *IPRax* 2006, 273; and *Tribunal d’arrondissement* (Luxemburg) 27 march 1990, *RDIPP* 1997, 1097.

47 In the case law, see *Bundesgerichtshof* 19 march 1997, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1997, 875–879.

48 See Giuliano-Lagarde, note 27.

49 Article 9 (former Article 7) of the Rome Regulation tries to find a solution by specifying the criteria the courts may use in deciding whether to apply another Member State’s mandatory provisions. This solution was put forward in the Commission proposal, which made the following consideration: “The replies to the Green Paper having enabled decisions referring to the concept of foreign mandatory provisions, including those of the Member States that had entered reservations on Article 7(1) of the Convention, to be identified, the utility of the rule would seem to be confirmed, especially as the Brussels I Regulation sometimes provides for alternative grounds of jurisdiction; it is therefore essential in a genuine European justice area for the courts to be able to have regard to another Member State’s mandatory provisions where there is a close connection with the case and where a court action has already been brought by the claimant.”

For all these reasons, the Commission's Green Paper made the modernisation of rules on consumer contracts a priority in reforming the Rome Convention.

On 15 December 2005,⁵⁰ the Commission put forward a proposal where it tried to find some solutions based on the consultation that had followed the Green Paper.

The biggest change envisaged stemmed from the need to simplify while enhancing consumer protection, without having to split contracts into two parts or having to strike a balance between mandatory provisions on consumer protection and the law of the country where the consumer habitually resides, since this has led to unreasonable results in the case law related to the Convention. But this path was unfortunately not followed in framing the final regulation.

Under the proposed rules, consumer contracts would have been entirely governed by the law of the place where the consumer habitually resides.⁵¹ The Commission felt that only two solutions were possible: "full application of the law applicable to the professional or the law applicable to the consumer—only the latter would be truly compatible with the high level of protection for the consumer demanded by the Treaty."

This change seemed reasonable, as traders who work across borders can "spread the cost of learning about one or more legal systems over a large range of transactions."

50 Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Brussels 15 December 2005 COM(2005) 650 final. For a comment see, Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, "Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization," *RabelsZ* 1/2004, 1–118, and G.P. Calies, "(Conflict) principles of European (Consumer) Contract Law: An Update," *German Law Journal* 8/2004, 957–967. On the subsequent evolution, see P. De Cesari, *Diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Turin 2010, 334; B. Ubertazzi, *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nel Regolamento «Roma I»* in: G. Ajani and G.A. Benacchio (eds.), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile: Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli Turin 2009, 347–348; P. Lagarde, (2006), 331; O. Lando and P.A. Nielsen, "The Rome I Proposal," *Journal of Private International Law* 1/2007, 29ff.; G. Pizzolante, "I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali," *Cuadernos de derecho transnacional* 2009, 221–236; and T. Ballarino, "Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I," *Rivista di diritto internazionale* 1/2009, 40–64.

51 The same rule is applied in Switzerland in Article 120 of the Swiss International Private Law Act (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht), 18 December 1987, *Swiss Official Journal* 1988, 1776. The choice to always apply the law of the consumer's habitual residence has been widely criticized: see A. Briggs, *Agreement on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, 391–392; P. Lagarde (2006), 340–342; and O. Lando and P.A. Nielse (2007), 38–40. A different approach was suggested by the European Group for Private International Law in the "Troisième Commentaire consolidé des propositions de modifications des Articles 3, 5, 6, 7 et 9, 10bis, 12, 13 de la convention de Rome du 1 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et de l'Article 15 du règlement 44/2001/CE (Règlement Bruxelles I)," <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-13cc.html>, last visited 3 September 2013, suggesting that the application of *general* rules is preferable to a reliance on rules specific to consumer contracts.

Obviously, this solution would not have affected the possibility of drafting the contract in full detail, as it dealt only with the applicable law.

In order for the consequences of this new provision to be balanced, a safeguard clause had to be introduced to protect professionals in cases where consumers might misrepresent their habitual residence: in cases of ignorance not attributable to a professional's negligence, the special rule would not be applied. This means that, in these cases, the contract would fall under the scope of the regulation's general rules: the law of seller's or service provider's country would be applied in cases where no choice of law was made.⁵² In this way, the consumer would be "punished" for failing to provide the professional with accurate information.

Such an innovative rule could have made for more-effective consumer protection by offering a solution to the lack of certainty and by avoiding the application of different laws (*depeçage*). However, it could also have led to abuse or misuse by the professional, as it would have left it to the judge to evaluate whether or not ignorance about the consumer's habitual residence was attributable to the professional's negligence, thus leaving much leeway for interpretation (perhaps even too much leeway).⁵³ Moreover, one cannot be sure that the law of the consumer's habitual residence is actually the law most favourable to the consumer (even though, presumably, the consumer would have the advantage of being familiar with that law),⁵⁴ and it looks like the choice-of-law principle was considered the best solution even in the EU directives on consumer protection.⁵⁵

52 Article 4 of Regulation 593/08 sets out some specific cases (i.e., a contract for the sale of goods, a services contract, a contract related to a right *in rem* in immovable property, a contract of lease for temporary personal use of immovable property, a franchise contract, a distribution contract), coupled with a general closing rule requiring of application of either (a) the law of the service provider's habitual residence or (b), in cases where the service forming the purpose of the contract cannot be identified, the law of the country with which the contract is most closely connected. Thus the Rome Convention's system of presumptions has changed, and now instead of dealing with specific provisions it sets out a general closing rule.

53 As stated in the Comments by the Max Plank Institute, there is the risk that this awareness test could "produce much litigation because the criteria are totally unclear."

54 On this opinion, see A. Lopez, T. Martinez, "International consumer contracts in the new Rome I regulation: how much does the regulation change?" *European Journal of Consumer Law* 3/2007–2008, 361, *contra* L.E. Gillies, "Choice-of-law rules for electronic consumer contracts: replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation," *Journal of Private International Law* 1/2007, 89–112.

55 Choice of law is combined with the rules declaring that "Member States shall take the necessary measures to ensure that the consumer does not lose the protection granted by this Directive by virtue of the choice of the law of a non-Member country as the law applicable to the contract if the latter has a close connection with the territory of the Member States" (Article 6, Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *Official Journal of European Communities*, 1993/L 095/29). See also Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *Official Journal of European Communities* 99/L 171/12 and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, *Official Journal of European Communities*, 97/L 144/19. On Directive 93/13 and its implementation in Italy, see P. Mengozzi, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Cedam, Padua 2004. On the consumer as the weaker party to a contract, and on the evolution of the ECJ's case law, see also the more recent Id. *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padua 2010, 59ff.

The key issue seems to be the degree of protection the consumer ought to enjoy, and whether legal certainty is enough to guarantee adequate consumer protection (or whether it represents only a first step on the way to such protection). The Commission's proposal disregarded both the considerations made by the Max Plank Institute—which had argued that “what is needed is not more but less precision in the various bargaining situations: a flexible rule allowing the court to take account of the circumstances of the case”—and most of the other replies, which did not suggest the rigid approach taken by the Commission.⁵⁶

Therefore, the Rome Regulation ultimately took a more “traditional” approach in its final version, retaining the ability of consumers to resort to choice of law as a derogation from their habitual-residence law, which still applies absent any choice.

12.

Regulation 593/08 applies to all consumers,⁵⁷ whether or not they reside in a Member State: it thus avoids the suggestion, considered in the proposal, that habitual residence be also used as a means to define the scope of the regulation and to exclude from special protection those consumers who are not EU residents.⁵⁸ As to the problem that the consumer's counterparty is not defined, Regulation 593/08 offers a solution by expressly stating that the other contracting party must be a professional “acting in the exercise of his trade or profession,” thus excluding all consumer-to-consumer contracts from the special provision of Article 6.

⁵⁶ See, for example, the position paper issued by the European Consumers' Organisation (BEUC), which preferred the solution already found in the Rome Convention: “When the parties have chosen the law applicable to the contract, this choice cannot deprive the consumer from the protection of the mandatory rules of his/her country of residence,” <http://www.beuc.eu/>, last accessed 3 September 2013. Even more-rigid approaches were more flexible than the one ultimately chosen by the Commission: this has been stressed by G.P. Calliess, “Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: A Progress Report—the European Commission's Action Plan COM(2003) 68 final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention COM(2002) 654 final,” *German Law Journal* 4/2003, 370, http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol04No04/PDF_Vol_04_No_04_333-372_Private_Calliess.pdf, last accessed 7 September 2013, proposing a new Article 5 framed as follows: “The parties may choose the application of the law of a Member State of the EC or EEA, with which the contract has a close connection. If the contract is concluded through or the performance is executed by a branch, agency or other establishment of the business located in one of the Member States, there is a close connection to that state. This choice is valid only, if the consumer was clearly informed about it in advance.”

⁵⁷ On what the new Rome Regulation means for consumers, see A. Lopez and T. Martinez, 345ff., P. De Cesari, 380 and F. Ragno, *The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation*, in: F. Ferrari, S. Leible (EDS.) *Rome I - The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Giuffrè editore/Sellier European Law Publishers, 2009, 133 ff.

⁵⁸ See B. Añoveros Terradas, “Consumidor residente en la Unión europea vs. consumidor residente en un Estado tercero: a propósito de la propuesta de reglamento Roma I,” *Anuario español de Derecho internacional privado* 6/2006, 379, and P. Lagarde (2006), 342.

Regulation 593/08 no longer requires that all the steps necessary to conclude a contract be undertaken in the country of the consumer's habitual residence, so the content of that regulation has finally been updated and coordinated with Regulation 44/01, and in particular with its Article 15, so as to take e-commerce into account; in fact, the new version of Article 6 contains the same concept of "targeted activities"⁵⁹ now present in Article 15 of Regulation 44/01.

As was previously remarked, Regulation 593/08 applies to *all* consumer contracts, but Article 6(4) sets out some exclusions: two of them are borrowed from the Rome Convention. The first one—contracts for services to be received by the consumer in a country other than the one where the consumer habitually resides (as in the example of hotel accommodations)⁶⁰—led to discussions on the need to eliminate it, but even though it may seem unreasonable not to protect consumers precisely where they need greater protection (when they are outside their own country), there is also the need to consider the counterparty in these kinds of contracts: this counterparty can be a powerful hotel chain, but it can just as easily be a "mom-and-pop" bed and breakfast, which cannot be expected to know the relevant laws in force in every other country. The second exclusion applies to contracts of carriage, with the exception of the ones related to the Council directive on package travel.⁶¹

As an effect of the previously analyzed case law on timesharing contracts, the exclusion from Article 6 of contracts relating to rights *in rem* or to the rights of an occupant of immovable property has been limited: contracts relating to a right a user enjoys on a timeshare basis within the meaning of Directive 94/47/EC of 26 October 1994⁶² will now fall under the special rules of Article 6. In this way, the abovementioned problems will find a solution in keeping with the aim to guarantee greater protection of consumer rights.⁶³ It is interesting to note that the new, broader scope of the rules on consumer protection have led to an increase in the number of exceptions.⁶⁴

59 L.E. Gillies, 112, criticizes the notion of "targeted activities" as inclusive of "the fact that a consumer has knowledge of a service or possibility of a service or possibility of buying goods via a passive web site accessible in his country or domicile," and this could therefore lead to unfair results. She suggests using the expression "business intentionally targeting" instead.

60 It seems reasonable instead to keep the exception for contracts of carriage.

61 Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, *Official Journal of European Communities*, 90/L 158/59.

62 Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, *Official Journal of European Communities*, 94/L 280/83.

63 This solution was also suggested by the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law.

64 See also the exclusions under letter (d), "rights and obligations which constitute a financial instrument and rights and obligations constituting the terms and conditions governing the issuance or offer to the public and public take-over bids of transferable securities, and the subscription and redemption of units in collective investment undertakings in so far as these activities do not constitute provision of a financial service," and under letter (e), "a contract concluded within the type of system falling within the scope of Article 4(1)(h)." These go in favour of including these contracts within the scope of Article 6. On the fewer exceptions contained in the proposal, see P. Lagarde (2006), 341, and F.J. Garcimartin Alférez, "The Rome I Regulation: much ado about nothing?" *EuLF*, 2008 61–79.

13.

Now that we have looked at the way the Brussels and Rome Regimes have evolved, can we say that the aim of stronger consumer protection has in fact been achieved?

We cannot yet say that all problems have been solved, but it must also be acknowledged that many improvements have been made in this area in recent years.

Regulation 44/01 has been able to find a solution to most of the problems in the Brussels Convention on Jurisdiction in Consumer Contracts; Regulation 593/08 has probably been less innovative, even though its practical application still requires close scrutiny. What is still lacking is a real coordination between the two instruments (despite the fact that many steps have successfully been made, especially in e-commerce) and between these instruments and the material provisions (directives) on consumer contracts, with all related problems owed to the different ways in which directives can be implemented in different Member States.

It is also clear that the new rules do not provide adequate protection for all consumers, as by failing to cover cases involving a consumer travelling abroad without being the target of any "targeted activities." This situation may have its roots in the fact that consumer rules in the EU are still thought of as an instrument by which to achieve the correct functioning of the internal market: it follows that, instead of focusing on protecting the weak party to the contract, these rules wind up prioritizing the need to ensure fair competition between professionals.

The level of protection is still different in different EU countries. It therefore still proves essential to have in place a conflict-of-laws system, all the more so if we bear in mind the possibility of a contract governed under the law of a third country where consumer protection could be weaker, or just different from the one we know.⁶⁵

In a twenty-eight Member-State European Union, globalization fosters cross-border contractual relations (and litigation). This means that the consumer plays an active role in the internal market and should therefore be regarded, not only as the weak and passive party in the contractual relation, but also as a party who knows his/her rights and can demand them be protected. We ought to therefore welcome and appreciate the ability to derogate by agreement from the jurisdiction rules set out in Regulation 44/01 and from the habitual-residence law that would be applied under the general rule in Regulation 593/08 (obviously, with appropriate guarantees to make sure that the choice is not imposed on the consumer, as well as with reasonable limits on choice of law).

⁶⁵ On the protection of the weaker contractual party, see F. Pocar, *La protection de la partie faible en droit international privé*, *Recueil des cours*, Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands 1984, 406; A. Sinay-Cytermann, *La protection de la partie faible en droit international privé: les exemples du salarié et du consommateur* in: A. Bertrand et al., *Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris 2005, 737; M. Mahmoud, *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, *Recueil des cours*, Martinus Nijhoff Publishers, the Netherlands 2005, 141.

Moreover, we have to consider that national judges will have much impact through their application of the existing instruments, since they will have to correctly use the wide interpretive powers the Brussels Regime and especially the Rome Regime still confer on them (even though there is criticism to be devoted to the choice not to extend to consumer contracts the stronger role judges have been accorded with respect to employment contracts, where Article 8 of Regulation 593/08 makes it possible to apply the law of the country most closely connected with the contract when it appears that the contract is more closely connected with a country other than the one specified in the special rules).

In the end, in answer to the main question posed at the beginning of this paper, it must unfortunately be said that the European system of private international law does not always recognise the consumer's needs: further steps still need to be taken to give "active" consumers greater power to enjoy effective protection, that is, the protection they feel they need. Further efforts to reform the existing legal framework will probably be a long ways off, so in the meantime it falls to the European Court of Justice to bear the consumer uppermost in mind in its future interpretation of the Brussels and Rome Regimes.

Dr Elisabetta Bergamini

Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta Udine, Italija

**RAZVOJ ULOGE POTROŠAČA U
MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU:
BRISELSKI I RIMSKI REŽIMI**

Rezime

Potrošač se smatra slabijom stranom kada kupuje dobra ili usluge, naročito ako se ima u vidu prekogranični kontekst, a to je i jedan od razloga zaštite briselski režim (Konvencija i Uredbe 44/01 i 1215/2012) i rimski režim (Konvencija i Uredba 593/08) njemu posvećuju posebna pravila o sukobu nadležnosti i zakona.

U ovom radu autor će analizirati razvoj zaštite potrošača sa stanovišta međunarodnog prava, pokušavajući da objasni da li briselski i rimski režim mogu da se smatraju uspešnim. Posebna pažnja biće na razvoju pravnog okvira i sudskoj praksi Suda pravde EU, kako bi se istakla važna uloga sudske prakse u definisanju i pojašnjavanju zaštite koja je priznata potrošačima.

Ključne reči: zaštita potrošača, prekogranične transakcije, sukob zakona.

Veronika Efremova, PhD

GIZ Project Manager for the South East European Law School Network (SEELS)

TOWARDS INTRODUCTION OF COLLECTIVE REDRESS MECHANISM IN THE EUROPEAN UNION: PROS AND CONS

Summary

In the last decades class actions proved to be efficient litigation instrument in various fields such as consumer protection, product liability, antitrust and securities fraud. The aim of collective redress mechanism of the European consumers is to guarantee their full compensation in cases of suffered damage from illegal commercial practices. The objective of the procedure for European group action is to comprise all national and cross-border cases, enabling many consumers to initiate joint case in front of the court and to acquire compensation caused by the same trader. The text will analyze advantages and disadvantages of implementation of class actions lawsuits for the European consumers and businesses.

Keywords: *collective redress · class action · coherent approach*

1. TOWARDS A COHERENT EUROPEAN APPROACH TO COLLECTIVE REDRESS: PROS AND CONS

1.1. Origin of the class action

The class action lawsuits originate from 1938 and adoption of Rule 23¹ of the Federal Rules of Civil Procedure in the United States. The Rule 23 stipulates the class action as a litigation instrument enabling bringing a claim on behalf of a larger group of individuals in cases seeking compensation of damages. The Rule 23 introduced three types of class action, or the tripartite classification as elaborated by Subrin and Woo. They make difference between the: ‘true’ class action, ‘hybrid’ class action and ‘spurious’ class action. The first one requires a joint or common cause of action, the second requires each member to have interest in specific property or fund and the third one requires the claim to be based upon common legal grounds and facts.² The introduction of the class action was specifically intended for the area of consumer rights and their protection, but in practice it also applies in cases of securities and antitrust, environmental law, mass torts, civil rights.

The Rule 23(a) established four criteria to be fulfilled to certify a class action: 1. to be numerous and many persons to may join as class members; 2. to be based on a common question of law or fact; 3. the persons (one or more) joining the class action as members to have typical claims and may bring a claim as representative of all members of the class action; and 4. adequately to represent the interests of the members of the class.³

Revised Federal Rules of Civil Procedure and amendments to the Rule 23 were adopted in 1966. They broadened the scope of the class action by introducing binding judgment of the courts for all members of the class action no matter they are not named until their interest is adequately represented by the class action. In this way the courts are entitled to certify the class action brought before the court without the consent of the plaintiffs.

¹ The full text of the Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure can be consulted at: <http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/supct1202/CVclean.PDF>.

² S. N. Subrin, M. Y. K. Woo, *Litigating in America: Civil procedure in context*, Aspen Publishers Online 2006, 195; See also L. L. Teply, R. U. Whitten, D. F. McLaughlin, *Cases, text, and problems on civil procedure*, Wm. S. Hein Publishing 2002, 733-741; P. G. Karlsgodt, *World Class Actions: A Guide to Group and Representative Actions around the Globe*, Oxford University Press 2012; R. H. Klonoff, *Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*, West Publishing 2007; American Bar Association, *Practitioner's Guide to Class Actions*, 2010; R. P. Mulheron, *The Class Action In Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Hart Publishing Limited 2004.

³ W. J. Hicks, *Class Actions, in Civil Liabilities: Enforcement and litigation under 1933 Securities Act*, Thomson-West 2005, 97; J. C. Alexander, *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*, p. 4, presented at a Conference “Debates over Group Litigation in Comparative Perspective”, Geneva, Switzerland, July 21-22, 2000; E. B. Taussig, “Prerequisites to Class Action Certification: A Comparison of new Israeli Law and Rule 23(a) of the Federal Rules of Civil Procedure”, *University of Pennsylvania Journal of International Law and Policy* 5/2007.

Related to the benefits the introduction of the class actions in US brought, they “offer several advantages because they aggregate a large number of individualized claims into one representational lawsuit.”⁴ The class action provide for efficient way to conduct litigation under lower costs, aggregate many individual claims into one action thereby avoiding submission of multiple claims, provide for compensation of consumers who suffered damage which otherwise they would not individually bring the case before the court because of the expensive litigation.

Class actions are still a specificity of US law. The country in 2005 carried out significant reform of the existing class action system. In February 2005 the Class Action Fairness Act was adopted with the aim to extend the competencies of the federal jurisdiction on class action claims in United States. But the federal courts did not have jurisdiction over all class actions, but the condition was set of a minimum 100 class members for federal jurisdiction of a case from which at least one member is diverse from at least one defendant and more than five million dollars in total is of exclusive interest and costs.

1.2. Definition of a class action

Class action is a lawsuit brought by one or more plaintiffs on behalf of a large group having common interest to the court. The class action in general is based on common legal grounds and common facts. The aim of a class action is in an effective and efficient manner bring together similar claims by a large number of individual plaintiffs.

2. EVOLUTION OF COLLECTIVE REDRESS MECHANISM IN THE EUROPEAN UNION

Class actions have not been practiced in most of the continental European legal systems. In the area of consumer law, as a result of the Directive on Injunctions⁵ consumer protection authorities and consumer organisations are entitled to act against practices that infringe national and EU consumer protection rules in all Member States. Consumer group class actions are not usually filed seeking monetary damages but rather remedies such as injunctions. Considering introduction of class actions in more EU Member States is mostly referring the areas of consumer protection, product liability, litigation arising from certain capital market transactions and similar.

Upon initiative of the European Consumers’ Organisation (BEUC) numerous consultation on introducing this mechanism in EU legislation were held. In cases when bought products or provided services are with deficiencies or dangerous

4 C. Smithka, “From Budapest to Berlin: How Implementing Class Action Lawsuits in the European Union would Increase Competition and Strengthen Consumer Confidence”, *Wisconsin International Law Journal* 27(1)/2009, 176.

5 OJ, L 166, 11.6.1998, 51.

or the undertakings apply unfair contract terms, the costs for court proceedings are higher than the damage compensation which the consumers may receive. The same is the reason why so many consumers refrain from their legal right to compensation despite they suffered damage from the same trader.⁶

The ground strategic document for planning and developing introduction of a collective redress mechanism in the EU is the Consumer Policy Strategy 2007-2013. In March 2007, the Directorate General for Health and Consumers of the European Commission requested preparation of a Study on consumer collective redress.⁷ The aim was to analyze the problems consumers are facing in EU Member States in applying redress mechanisms, the economic consequences of such problems for consumers, enterprises and the internal market, and to identify the existing obstacles which prevent consumers to bring individual claims or to join collective redress claims for compensation of the damage they suffer. The Final Report of the Study prepared was published in August 2008. As essential parts of the report in analyzing consumers' problems in obtaining redress for infringements of consumer protection legislation, are the twenty five detected obstacles impeding the redress process, the identified specific sectors where consumers face problems in obtaining redress in mass claims and definition of the key conclusions to be considered for planning of the further steps towards developing collective redress system in the EU. Among the crucial problems consumers face in applying redress mechanism, the Report stresses the importance of the lack of awareness of consumers for this right to redress, extreme expenses and costs of the litigation process, length and complex court proceedings and lack of experienced judges to handle these cases, inconsistency between the national legislations of Member States dealing with this issue, language barriers and costs for the cross-border redress. Referring the issue of the most "sensitive" sectors where the consumers face difficulties to apply redress mechanisms and obtain compensation are on the first

6 The latest reaction by BEUC on the urgent need to speed up the actions of the European Commission for introducing collective redress system throughout EU is the case of PIP breast implants and of 100,000 women affected by these implants in EU and in total estimated reaching the number of 400,000 on a global level. All of the women being victims to this case used implants from the same supplier, the French firm Poly Implant Prothèses (PIP) company. PIP is accused for using cheap, industrial silicone instead a medical one for breast implants which at many victims caused rupture and dangerous leakages of the silicone. Around 5,000 French women initiated proceeding in France requesting compensation for the damage suffered and the process just started on 17 April 2013. The rest of the affected women across EU cannot join and bring collective claim despite the fact they all have used breast implants from the same supplier, because of the absence of collective redress instrument. Further reading on the latest developments for this case: European Commission, Medical devices: European Commission asks for further scientific study and draws first lessons from the recent fraud on breast implants, Press Release, 02.02.2012; BEUC, *BEUC Position on the Forthcoming Revision of the EU Legislation on Medical Devices*, 17.07.2012; <http://www.bbc.co.uk/news/health-16391522>; <http://www.euractiv.com/health/victims-breast-implants-scandal-news-519179>.

7 *Study on the Evaluation of the Effectiveness and Efficiency of Collective Redress Mechanisms in the European Union, Civic Consulting and Oxford Economics*, Final Report, August 2008; European Commission, *Report on Consumer Redress in the European Union: Consumer Experiences, Perceptions and Choices*, August 2009, available at http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/cons_redress_EU_qual_study_report_en.pdf.

place the financial services sector, than followed by the telecommunication sector, consumer goods, tourism and transport sectors. As emphasized in the Final Report regarding the importance of the collective redress not only for consumers but for the functioning of the internal market in general, the “consumer law, enforcement of rules and adequate remedies against infringement are crucial to the smooth functioning of consumer markets.”⁸

In March 2007 the Commission adopted the Consumer Policy Strategy 2007-2013 and underlined the importance of effective mechanisms for seeking redress and announced that it would consider introducing collective redress mechanisms for consumers in the EU. A key part of the Consumer Policy Strategy 2007-2013 is to implement a system of collective redress mechanism “for consumers both for infringements of consumer protection rules and for breaches of EU antitrust rules.”⁹ The Commission was actually influenced by the Eurobarometer 2006 survey on consumer protection on the internal market where 74 percent of the European consumers expressed their willingness to defend their rights in court and initiate a procedure if they could join in a group action with other consumers having common interests.¹⁰

The activities of the European Commission towards developing the collective redress mechanism, culminated with the publication of a Green Paper on Consumer Collective Redress in November 2008.¹¹ The Green Paper compiled collected views from the consultation period by industry, consumer associations and other stakeholders on what type of action they consider the EU should carry out in this field in the forthcoming period.

With a tendency to involve various target groups in the process of designing the concept for the collective redress system, the European Commission in the period February – April 2011 launched public consultation “Towards a more coherent European approach to collective redress”¹² inviting citizens, organizations and public authorities to submit their comments, opinions, critics and suggestions. The purpose of the public consultations as determined by the Commission was to identify common legal principles for the collective redress mechanism, whether and how these principles could comply with the actual legal systems of twenty seven Member States, which form of collective redress should be introduced (injunctive and/or compensatory) and how it will contribute to better enforcement of consumer and competition law and protection of consumers’ rights.

8 DG SANCO, *Study regarding the problems faced by consumers in obtaining redress for infringements of consumer protection legislation, and the economic consequences of such problems*, Final Report, 26 August 2008.

9 EU Consumer Policy Strategy 2007-2013 (COM (2007) 99 final).

10 Eurobarometer Special Report 252 ‘*Consumer Protection in the Internal Market*’, European Commission, 2006, p. 100, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs252_en.pdf.

11 European Commission, *Green Paper on Consumer Collective Redress*, COM (2008) 794 final (Nov. 11, 2008), available at http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/greenpaper_en.pdf.

12 European Commission, Staff Working Document Public Consultation: *Towards a Coherent European Approach to Collective Redress*, SEC(2011)173 final (Feb. 4, 2011), http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/cr_consultation_paper_en.pdf.

The results from the public consultations were analysed and processed into a Study¹³ prepared by Prof. Burkhard Hess from the University of Heidelberg. Despite the fact, the Study does not reflect the Commission's position and opinion, it is of tremendous value for the process of elaboration of collected contributions on collective redress and their presentation outlined according to the Questionnaire prepared by the Commission for this purpose. The Study comprises in total 307 submissions representing the contributions given by representatives from the national governments, ministries, national public bodies, sectoral regulators, consumer organisations, academics, businesses, legal experts, lawyers and citizens from 27 EU Member States and 6 other countries (Canada, Switzerland, Israel, Japan, Norway and USA). General support and positive attitude towards introduction of a new collective redress mechanism in the EU is given by the majority of the representatives from almost all target groups. In their arguments in favor for this mechanism they mention the need to increase the consumer confidence in the internal market, to strengthen the enforcement of EU law and to decrease unfair commercial practice by businesses. The European Commission within the Resolution "Towards a Coherent European Approach to Collective Redress"¹⁴ emphasized the diversity of the national systems of Member States which may impede introduction of a coherent approach to collective redress at EU level.¹⁵

The new European Consumer Agenda adopted on 22 May 2012 replaced the Consumer Policy Strategy 2007-2013 and reflects the Commission's strategic vision for the development of the consumer policy in the following years. As one of the aims of the European Consumer Agenda is to increase the level of enforcement and to secure the redress of consumers.

3. OVERVIEW OF COLLECTIVE REDRESS SCHEMES IN EU MEMBER STATES

A significant number of EU Member States have adopted certain type of a class action. Collective redress schemes exist in sixteen EU Member States: Austria, Bulgaria, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Italy, Lithuania, the Netherlands, Poland, Portugal, Spain, Sweden and UK. The overall objectives of this system in the EU "are group actions, representative actions and test cases."¹⁶

13 B. Hess, Evaluation of contributions to the public consultation and hearing: "*Towards a Coherent European Approach to Collective Redress*", University of Heidelberg, 28.10.2011.

14 European Parliament, Resolution of 2 February 2012 on '*Towards a Coherent European Approach to Collective Redress*' (2011/2089(INI)).

15 European Parliament, *Overview of existing collective redress schemes in EU Member States*, IP/A/IMCO/NT/2011-16, July 2011; D. Fairgrieve, G. Howells, "Collective Redress Procedures-European Debates", *International and Comparative Law Quarterly* 58(2)/2009, 379-409; J. H. Beisner, "'Opt-In' vs. 'Opt-Out' Procedures in Collective and Representative Litigation", U.S. Chamber Institute for Legal Reform, July 28, 2010; D. Fairgrieve, E. Lein, *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford University Press 2012, 15-18.

16 A. M. Allison and M. E. Maria, "Is Europe Ready for Class Actions?", *Law Journal Newsletters*, October 2009, 1.

In general, class action provisions in EU Member States distinct four main types of class action applied in these countries which already introduced collective redress mechanism: 1. group actions, 2. representative actions, 3. test case procedures and 4. procedures for skimming off profits.

Referring definitions and making distinction of the four abovementioned most common types of class actions applied in the EU Member States, below brief elaboration of the meaning of each of them and their purpose is given.

Under the **group action**, we understand precisely defined category of persons who brings an action to enforce their individual claims for compensation jointly in one procedure, in accordance with specific rules designed for such purpose. Under the group action, the plaintiffs collectively bring a claim to the court which enables conducting one instead of many parallel individual procedures for all of them, thereby preventing overburden of the courts with numerous cases and extreme litigation costs to be paid individually by each of the members to the group action. The plaintiffs joining the group action face equal or similar problems and one decision brought by the court refers to all of the members of the group action. The only difference related to the consumers joining the group action in EU Member States is whether they established opt-in or opt-out system. In the opt-in group action each of the consumer willing to join the claim must in a written form before the court to express his intention and it has to be confirmed by the court. In the opt-out group actions all consumers suffering the same damage are automatically considered as part of the claim filed to the court unless the expressly declare to opt-out (withdraw) from the claim and the proceeding.

Representative collective action applies when large group of consumers concerned with the same problem and suffering the same damage decide instead of individually filing a claim and initiating proceeding before the court to empower representative who on their behalf will bring the action before the court. The representative depending of the established system in the Member States may be one of the members of the group of consumers, consumer organization or public authority.

Test case is a procedure where the judgment brought in one case serves as a model or test proceeding for future bringing cases by other plaintiffs with the same interest against the same defendant.

The **skimming-off action** apply in cases where the claim is filed on behalf of consumers by consumer organization or public authority. The aim of the skimming-off actions is to skim off (transfer) the profit gained from the trader from incriminated conduct to the victims. The European Commission supported the introduction of the skimming off action arguing that they “can serve to consolidate a large number of smaller claims into one action, thereby saving time and money.”¹⁷

The collective redress mechanism already introduced in EU Member States “differ with respect to universality of instruments, scope of application, right to

¹⁷ European Commission, Green Paper: *Damages actions for breach of the antitrust rules*, COM (2005) 672 final, 19.12.2005, 8.

bring a claim, type of available remedies, competent courts, opt-in versus opt-out mechanism, costs of proceedings, admissibility of contingency fees.”¹⁸ One crucial difference between the national collective redress systems “is whether the consumers must opt-in to the collective action through an affirmative act, or whether the consumers are presumed to be included in the action unless they affirmatively declare a lack of desire to participate (opt-out).”¹⁹

4. PROS AND CONS FOR CLASS ACTIONS IN THE EUROPEAN UNION

Various European measures in the consumer protection field include, as part of their enforcement provisions, an obligation on Member States to provide in their implementing legislation for collective action to be taken by consumer representative bodies to defend the collective rights of consumers in specified circumstances.²⁰

The class actions enable consumers to avoid too expensive proceedings upon their private plaintiff and to bring the case in front of the court jointly with the other concerned and damaged consumers. From theoretical view, “a general consensus exists as to the potential benefits of class action litigation, including deterrence and compensation.”²¹ In comparison to the court proceedings, class action litigation brings benefits for all the members joining the class action lawsuit. It creates lower litigation costs compared to the very expensive court proceedings where each plaintiff individually has to initiate a proceeding for the damage, increased judicial efficiency considering the overburden of the courts with many individual small claims proceedings by now making group action by all having suffered same or similar damage by the same trader, uniformity of compensation for all persons joining the class action, opportunity for all of them to receive compensation for the damage they suffered individually. The class action litigation results with decreased individual costs of consumers and provide their compensation.

Speaking about benefits and advantages of the class action litigation, we should also address disadvantages of the mechanism. In the majority of cases class

18 European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy, *Overview of Existing Collective Redress Schemes in EU Member States*, IP/A/IMCO/NT/2011-16, July 2011, 5.

19 J. Stuyck, E. Terryn, V. Colaert, T. Van Dyck, N. Peretz, N. Hoecx and P. Tereszkievicz, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings*, Final Report, The Study Centre for Consumer Law – Centre for European Economic Law, Katholieke Universiteit Leuven, Belgium, 17 January 2007, 287, 291. For more details of the national set-up of the collective redress system in EU Member States, European Parliament, *Overview of existing collective redress schemes in EU Member States*, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf>.

20 OECD, *Background Report*, OECD Workshop on Consumer Dispute Resolution and Redress in the Global Marketplace, 19-20 April 2005, Washington, DC, Paris, 2005; OECD, *Consumer Dispute Resolution and Redress in the Global Marketplace*, Paris 2006.

21 T. L. Russell, “Exporting Class Actions to the European Union”, *Boston University International Law Journal* 28/2010, 141, 145.

actions are intended to obtain financial compensation for the class members which makes difficult for the plaintiffs to seek for other forms of compensation. If the class action fails to receive compensation for its class members, then it is very difficult or to say impossible for them to afterwards initiate individual proceeding before the court by individual lawsuits. The negative aspects of the class actions and the necessity for certain measures to carry out and improve the actual standing have been addressed in one occasion by the previous EU Consumer Commissioner Meglena Kuneva, as she stated the existence of “a justice gap, a welfare gap and black holes in EU redress system that is leaving consumers with nowhere to go.”²² The main concern and reluctance of the EU while developing the unified collective redress system was towards using the US style class actions as a model and its potential excess in the Union, considering many disadvantages characterising the American class action system such as “excessive litigation, excessive legal transactional costs, blackmail settlements, and punitively high costs for business”.²³

This was the initial step for the European Union to justify the grounds for introduction of class action lawsuits. It was evident that the implementation of class actions lawsuits would bring many benefits to European consumers. In this way they would get greater confidence when shopping across borders.

Overall the European class action shall improve the functioning of the internal market and shall stimulate businesses to adjust to the rules of the market by:

- enabling compensation of consumers
- higher confidence in cross-border shopping
- facilitating access to justice
- decreasing the court costs for the parties
- minimizing courts' overburden with cases
- compliance of the businesses.

By enabling consumers on the internal market to jointly submit a class action, the environment will be created where consumers will enjoy “increased benefits in terms of price, choice, quality, and diversity of products”.²⁴

5. CONCLUSION

In the recent period the EU while designing the model for coherent European approach towards introducing the collective redress system, and having into consideration the existing diversity between the approaches applied in various Member States such as United Kingdom, Sweden, Germany and potentially France,

22 M. Kuneva, *Collective Redress: Commission seeks views on settling large scale consumer complaints*, IP/08/1800, Brussels, 27 November 2008, 1.

23 European Justice Forum, *Lessons from USA, Australia and the UK*, 2006, available at www.europeanjusticeforum.org.

24 M. Kuneva, Speech: *Kuneva launches new Consumer Strategy and backs plans for collective redress*, IP/07/320, Brussels, 13 March 2007, 1.

carried out public consultations and hearings. Their aim was to identify common legal principles for the collective redress system which then could apply by all 27 Member States. During the consultation process, the weaknesses, benefits and adequate forms of collective redress which might apply as the most suitable option were also discussed and analysed.²⁵ As an output of the consultation and hearing process, many documents were produced in a form of reports, studies, evaluations and consultation papers.²⁶

One common feature of the collective redress mechanisms introduced in the EU Member States is “to find a model distinct from that of the United States class action and more founded on the European concepts.”²⁷ The reason behind introducing uniform collective redress mechanism is to provide for better access to justice, to decrease the overburden and redress costs of the courts, which at the end will enable implementing cheaper and faster proceeding.

Today sixteen of the twenty seven EU Member States have introduced collective redress mechanisms, but they are “very different and have diverse results”.²⁸ Considering the constantly expanding number of consumers suffering damages by the same or similar action of a trader, “approaches to class actions differ considerably from one national system to another.”²⁹ Therefore the European Commission taking into account the existing variety of the collective redress systems within the European Union, concluded that all of them “have their strengths and weaknesses and no single mechanism is ideal for all types of claims.”³⁰ In the forthcoming period the Commission will continue to work on implementing its task to introduce a uniform collective redress system throughout the Union.

25 M. Parsons, “European Class Actions”, *South Carolina Journal of International Law and Business* 4(35)/2008, 60.

26 The documents are available at: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/collective_redress_en.htm.

27 D. Fairgrieve and G. Howells, Collective redress procedures-current European debates, *International and Comparative Law Quarterly* 379/ 2009, 7.

28 J. Stuyck et al., *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings*, Final report, The Katholieke Universiteit Leuven 2007.

29 D. Fairgrieve, E. Lein, *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford University Press 2012, 309.

30 European Commission, *Green Paper on Consumer Collective Redress– Questions and Answers*, MEMO/08/741, Brussels, 27 November 2008, p. 3, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-741_en.htm.

Dr Veronika Efremova

GIZ projektni menadžer, South East European Law School Network (SEELS)

KA UVOĐENJU MEHANIZAMA KOLEKTIVNE ZAŠTITE POTROŠAČA U EVROPSKOJ UNIJI: PREDNOSTI I NEDOSTACI

Rezime

Poslednjih decenija kolektivne tužbe su se pokazale efikasnim instrumentom u različitim oblastima kao što su zaštita potrošača, odgovornost za štetu od proizvoda, zaštite konkurencije i zloupotrebama na tržištu hartija od vrednosti. Tužbe za zaštitu kolektivnih interesa su za evropske potrošače garancija da će biti oštećeni u potpunosti u slučaju da pretrpe štetu zbog zabranjenih poslovnih praksi. Cilj postupka evropskih kolektivnih tužbi je da obuhvati sve nacionalne i prekogranične slučajeve, i tako omogućiti potrošačima da pokreću zajedničke slučajeve pred sudom i dobiju oštećenje od istog trgovca. U tekstu se analiziraju prednosti i nedostaci implementacije kolektivnih tužbi za evropske potrošače i trgovce.

Ključne reči: kolektivno oštećenje, kolektivna tužba, koherentni pristup

Dr Tatjana Jovanić, LL.M.

Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

ULOGA UPRAVE U ZAŠTITI KOLEKTIVNIH INTERESA POTROŠAČA

Rezime

Nije samo postojanje jednog odgovornog organa sa opštim i horizontalnim ovlašćenjima o oblasti zaštite interesa potrošača, već i njegov institucionalni okvir i procesni kapacitet, preduslov efikasne uloge uprave u zaštiti kolektivnih interesa potrošača. U procesu harmonizacije prava i pregovora sa EU, Evropska komisija naročito je insistirala na postojanju organa koji bi bio nosilac inicijativa u oblasti zaštite potrošača i koordinirao aktivnosti drugih institucija uključenih u zaštitu potrošača, a u izveštajima o napretku Srbije ističe potrebu za uspostavljanjem adekvatnih procesnih mehanizama zaštite zakonom garantovanih prava potrošača.

Zakon o zaštiti potrošača iz 2010. godine napravio je radikalni zaokret u našoj dugoj istoriji uloge uprave u zaštiti interesa potrošača. Cilj ovog rada je da se ukaže na neophodnost preispitivanja usvojenih rešenja, naročito kada je u pitanju uloga uprave u zaštiti kolektivnih ekonomskih interesa potrošača. No, pre nego što se ukaže na regulatorne opcije i modalitete uloge uprave, neophodno je da se ukaže na specifičnosti kolektivnih interesa potrošača kao oblika kolektivne zaštite potrošača, prednosti upravnopravne zaštite potrošača, a potom ukaže na opcije u izboru institucionalnog oblika organa uprave.

Ključne reči: zaštita potrošača, kolektivni interes potrošača, javna uprava, institucije, institucionalni kapacitet

1. UVOD

U procesu integracija dominantno se ističe potreba za usklađivanjem pravnog sistema zemlje kandidata sa pravnom tekovinom EU (*acquis communautaire*). Međutim, institucije su od ključne važnosti u procesu integracija zemalja centralne i istočne Evrope u EU, a jačanje institucionalnog kapaciteta odnosno 'izgradnja institucija' pokazala se kao neophodan preduslov svih reformi u zemljama u razvoju.¹

Kada je u pitanju oblast zaštite potrošača, iskustvo novih zemalja članica pokazuje da se reforma odvijala prvobitno mehaničkim prenošenjem odnosno 'transponovanjem' pravne tekovine EU, često i bez razumevanja suštine pojedinih odredbi.² Evropska komisija je prateći razvoj zaštite potrošača u zemljama centralne i istočne Evrope uočila da nedostatak u primeni pravnog okvira zaštite potrošača nastaje i zbog neadekvatne koordinacije i nedovoljnog institucionalnog kapaciteta. Imajući to u vidu, Komisija je jasno stavila do znanja novim zemljama članicama, tada zemljama kandidatima, da se od njih očekuje da izgrade adekvatnu institucionalnu strukturu, prenoseći odnosno poveravajući opšte i horizontalne nadležnosti o pitanjima zaštite potrošača jednoj odgovornoj instituciji, od koje se očekuje da bude nosilac inicijativa u oblasti zaštite potrošača i koordinira rad svih institucija koje u svom radu neposredno utiču na politiku i sprovođenje zaštite potrošača.³

Od zemalja zapadnog Balkana ne očekuje se samo usklađivanje zakonodavstva sa propisima EU u oblasti zaštite potrošača, već i jačanje institucionalnog kapaciteta kako bi dokazale da mogu da ispune sve obaveze koje se od njih traže, odnosno da pokažu da je zaštita potrošača delotvorna i da ne postoje samo norme materijalnog prava, već i procesni mehanizmi koji garantuju efikasno sprovođenje zakonom garantovanih prava potrošača. Iskustva sa zemljama centralne i istočne Evrope, u kojima je postupak izgradnje institucija još uvek u toku, svakako će poslužiti institucijama EU da u toku pregovaračkog procesa nastave sa politikom uslovljavanja i prema zemljama zapadnog Balkana.⁴ Politika uslovljavanja i potreba za brzim reagovanjem zemalja kandidata u nekim zemljama uslovlila je prihvatanje rešenja koja su funkcionalna u drugim zemlja-

1 C. Graham, „Strengthening Institutional Capacity in Poor Countries: Shoring Up Institutions, Reducing Global Poverty”, *Brookings Policy Brief Series*, April 2002, 97.

2 A. Bakardijeva Engelbrekt, “Public and Private Enforcement of Consumer Law in Central and Eastern Europe” u: *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Public and Private Enforcement* (eds. F. Cafaggi, H.-W. Micklitz), Intersentia, Antwerp 2009, 91-136. A. Fejős, “The Impact of EU on Consumer Protection Enforcement in Serbia”, *Journal of Consumer Policy* 36/2013, 247-268.

3 European Commission, *White Paper on the Preparation of the Associated Countries of CEE for Integration into the Internal Market of the Union*, COM (1995) 163 final, poglavlje 23.

4 Zadovoljavajući nivo sprovođenja Zakona o zaštiti potrošača Hrvatske od strane organa uprave je, između ostalog, bio preduslov za zatvaranje Poglavlja 28 u pregovorima sa EU. T. Josipović, „Enforcement Activity in Consumer Protection Regulation in Croatia”, *Journal of Consumer Policy* 36(3)/2013, 287-314.

ma, ali se zbog specifičnosti regulatornih sistema pojedinih zemalja nisu mogla u potpunosti primeniti.⁵

Velike novine u normativnoj sferi ugovornog potrošačkog prava koju je doneo sa sobom novi Zakon o zaštiti potrošača iz 2010. godine nažalost nisu značajno poboljšale položaj potrošača. Uzrok neefikasnosti zaštite prava potrošača u Srbiji ne treba prevashodno tražiti u materijalno-pravnim odredbama novog Zakona o zaštiti potrošača, već procesnim odredbama, odnosno nepostojanju integrisanog sistema mehanizama zaštite zakonom priznatih prava potrošača i njihovoj nedovoljnosti,⁶ kao i u činjenici da je u postupku usvajanja ovog zakona zakonodavac odbio važne predloge za jačanje privatno-pravnih mehanizama zaštite prava potrošača, poput onih koji se tiču vansudskog rešavanja sporova, postupka za zaštitu kolektivnih prava i interesa potrošača i dr.⁷

Sa druge strane, sistem zaštite potrošača i sprovođenje mera zaštite prava potrošača u jednoj državi zavisi i od koncepta uloge javne uprave na nacionalnom tržištu, kao što priprema terena za pravne transplante podrazumeva analizu istorijskog nasleđa, sistema, institucija ali i duha domaćeg pravnog sistema.⁸ U tom smislu mogli bismo dodatno tumačiti problem zašto nova zakonska pravila, uvedena Zakonom o zaštiti potrošača iz 2010. godine, kojim je naše pravo u najvećoj meri usklađeno sa odredbama direktiva tzv. potrošačkog *acquis*-a, još nisu zaživela kao oslonac u odlukama domaćih sudova i zašto sudije sporove trgovaca i potrošača još uvek rešavaju po Zakonu o obligacionim odnosima. Jasno je da je intencija idejnih tvoraca nacrtu zakona bila da razvije sistem vansudskog rešavanja sporova i obezbedi da zaštita potrošačkih prava u prvom redu bude sudska.⁹ To nas navodi da postavimo dva centralna pitanja ovog rada: da li je percepcija javnosti, a time i svesti sudova o prirodi Zakona o zaštiti potrošača, zasnovana na dugogodišnjoj ulozi inspekcija, odnosno uprave, u sprovođenju zaštite potrošača, jedan od bitnih razloga slabe primene ovog zakona u praksi? Da li bi trebalo razmišljati u pravcu davanja većih ovlašćenja organima uprave u postupku zaštite kolektivnih interesa potrošača, uključujući i prenos nadležnosti sa sudova na organe uprave za vođenje postupka, utvrđivanje činjeničnog stanja i donošenju odluke kojom se rešava o kolektivnim interesima potrošača?

5 F. Shimmelfennig, U. Sedlemeier, „Governance by Conditionality: EU Rule Transfer to the Candidate countries of Central and Eastern Europe“, *Journal of European Public Policy* 11(4)/2004, 661.

6 M. Karanikić-Mirić, „Zaštita zakonom garantovanih prava potrošača“, u: *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije, Knjiga 3* (ur. S. Lilić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, u štampi.

7 M. Karanikić-Mirić, „Understanding the Enforcement Malfunction of Consumer Legislation in Serbia“, *Journal of Consumer Policy* 3/2013, 231-246.

8 L. A. Mistelis, „Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform - Some Fundamental Observations“, *The International Lawyer* 34/2000, 1055.

9 M. Karanikić-Mirić, H.-W. Micklitz, N. Reich, „Explanatory Memorandum to the Draft Proposal of a Model Consumer Law and the Final Text of the Serbian Consumer Protection Act“ u: *Modernising Consumer Law. The Experience of the Western Balkan* (eds. M. Karanikić-Mirić, H.-W. Micklitz, N. Reich), Nomos, Berlin 2012, 163-220.

2. INDIVIDUALNA I KOLEKTIVNA ZAŠTITA INTERESA POTROŠAČA U SISTEMU ZAŠTITE POTROŠAČA – SUD I/ILI UPRAVA

Sistem zaštite potrošača čine instrumenti i postupci koji se najšire mogu podeliti u dve grupe: javnopravne i privatnopravne. U grupu javnopravnih ubrajaju se zaštita potrošača u upravnom postupku, kao i sudska zaštita pred prekršajnim, krivičnim kao i upravnim sudovima. U privatnopravne se ubrajaju sudska zaštita u parničnom postupku, uključujući tu i parnični postupak za zaštitu kolektivnih potrošačkih prava, kao i različiti oblici vansudskog rešavanja potrošačkih sporova. Van okvira podele na javnopravne i privatnopravne mehanizme je samoregulacija – međutim moderna privreda podrazumeva i podruštvljavanje regulatorne funkcije, odnosno različite regulatorne strategije poput koregulacije i metaregulacije, kojima se nastoje stvoriti podsticaji i izbeći pojedini negativni efekti samoregulacije.¹⁰ S tim u vezi trebalo bi istaći da danas više ne možemo govoriti o čistoti podele na javnopravni i privatnopravni model zaštite potrošača.¹¹ Složenost pitanja uloge države u ispravljanju nedostataka tržišta uslovlila je i dvojnu prirodu prava zaštite potrošača, kao horizontalnog pravnog okvira koji briše tradicionalne granice između javnog i privatnog prava.¹² Čak je i jasna linija između upravne i sudske zaštite potrošača dovedena u pitanje akcesornom ulogom uprave u zaštiti kolektivnih interesa potrošača, na šta ćemo ukazati u radu.

Posmatrano sa vremenskog aspekta, institucionalni okvir zaštite potrošača može se, načelno, podeliti na preventivnu (*ex ante*) i reaktivnu (*ex post*) zaštitu.¹³ Iako je sudska zaštita po pravilu *ex post*, a upravna se (po pravilu) određivala kao *ex ante*, ne može se podvući jasna razlika između ova dva institucionalna oblika. Naime, pokretanje postupka za zaštitu kolektivnih interesa potrošača pred sudom može imati preventivni karakter, a eventualna mera organa uprave da izrekne novčanu kaznu trgovcu za koga je u sudskom postupku utvrđeno da je nekom nepoštenom trgovačkom praksom doveo u pitanje interese potrošača predstavljala bi *ex post* zaštitu. Isto tako, tužba kojom se pokreće postupak pred sudom ukazuje organu uprave na potencijalno kršenje odredbi imperativnih zakona iz korpusa zaštite potrošača, dok izricanje mere u nadzoru od strane organa javne uprave može biti ohrabrenje za pokretanje postupka za obeštećenje potrošača pred sudom opšte nadležnosti. U modernoj privredi gde postoji sve veća potreba za efikasnim reagovanjem organa tržišnog nadzora, upravna zaštita potrošača sve više se uklapa u *ex post* mehanizme zaštite i tako donekle postaje supstitut uloge suda.

10 A. Ogus, „Rethinking Self-Regulation“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 15(1)/1995, 97-108; R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*, 2nd ed, Oxford 2012, 137-164.

11 G. Betlem, „Public and private transnational enforcement of EU consumer law“, *European Business Law Review* 18/ 2007, 683.

12 S. Taboroši, „O pravnoj prirodi prava potrošača“, u: *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, Prilozi projektu 2007, (ur. S. Taboroši), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008, 37-50.

13 Više o tome u: S. Issacharoff, I. Samuel, „The Institutional Dimension of Consumer Protection“, u: F. Cafaggi, H. Micklitz, 48.

U teoriji nailazimo na stavove autora o efikasnosti upravnopravne zaštite potrošača koji jasno idu u prilog jačanja uloge uprave u zaštiti potrošača. Tako se ističe činjenica da je organ uprave, naročito ukoliko je reč o organu koji vrši tržišni nadzor nad pojedinim tržištem,¹⁴ zbog činjenice poznavanja tržišta i poslovnih praksi u prednosti u poređenju sa sudovima. Ističe se da je nadzor nad tržištem od strane uprave, odnosno upravnopravna zaštita potrošača jeftiniji i efikasniji model, koji ima bolju preventivnu ulogu u poređenju sa sudskom zaštitom.¹⁵

Superiorniji položaj organa uprave pravda se činjenicom da je nadležni organ ekspert u datoj oblasti: zbog institucionalnih faktora regulatorna tela čine se bolje pozicioniranim da štite javni interes, uključujući tu i kolektivni interes potrošača, pre svega zbog poznavanja tržišta i mogućnosti brzog reagovanja.¹⁶ Ističe se da organ uprave ima veću slobodu u tumačenju ciljeva zaštite, ali samim tim i veću odgovornost za sprovođenje ciljeva zaštite potrošača. Istom logikom moglo bi se reći da kolektivna zaštita potrošača pokrenuta pred sudom od strane privatnih lica otvara pitanje odgovornosti, legitimiteta, transparentnosti i efekta sankcije, naročito kada se radi o zaštiti kolektivnih interesa potrošača ekonomske prirode.¹⁷ To je navelo neke autore da zaključie da je upravnopravna zaštita potrošača efikasniji model koji ima više distributivnih efekata u poređenju sa sudskom zaštitom.¹⁸

Dakle, sprovođenje zaštite potrošača od strane javnih agencija za zaštitu potrošača, odnosno organa uprave, koji može da neposredno sankcioniše nesavesne trgovce smatra se efikasnijim u poređenju sa modelom u kojem bi ovi organi samo vršili nadzor i pokretali postupak pred sudom; sa druge strane nezavisno sudstvo umanjuje mogućnost pristrasnosti organa uprave, odnosno problema koji se u teoriji često označava pojmom 'zarobljavanje regulatora'.¹⁹ To je jedan od razloga zbog kojih se ističe potreba za 'kooperativnim' sprovođenjem zaštite potrošača i razdvajanju nadležnosti supervizije i sankcionisanja.²⁰ Međutim, ovde se ne postavlja pitanje izbora između javnopravne i privatnopravne zaštite potrošača, već njihovog optimalnog korišćenja u zavisnosti od ciljeva zaštite, konkretnih prava

14 O razlici nadzora nad tržištem kao šireg koncepta, i 'tržišnog nadzora' u smislu Zakona o trgovini i Zakona o tržišnom nadzoru vid. T. Jovanić, „Zaštita potrošača kao rezultat tržišnog nadzora“, *Pravo i privreda* 5-8/2012, 452-477.

15 C. Hodges, *The Reform of class and representative actions in European legal systems. A new framework for collective redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford-Portland 2008, 223.

16 A. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford 1994, poglavlje 12.

17 W. van Boom, M. Loos, „Effective enforcement of consumer law in Europe“, *Collective Enforcement of Consumer Law* (eds. W. van Boom, M. Loos), Europa Law Publishing, Groningen 2007, 250.

18 C. Hodges, 223.

19 Vid. npr. J. J. Lafont, J. Tirole, „The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture“, *The Quarterly Journal of Economics* (106 (4)/1991,1089-112; E. dal Bó, „Regulatory Capture: A Review“, *Oxford Review of Economic Policy* 22(2)/2006, 203-225; P. Spiller, „Politicians, Interest Groups, and Regulators: A Multi Principals Theory of Regulation or 'Let Them Be Bribed'“, *Journal of Law and Economics* 33 (1)/1990, 65-101.

20 F. Caffagi, H.-W. Micklitz, „Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection“, *New Frontiers of Consumer Protection – The Interplay Between Private and Public Enforcement* (eds. F. Caffagi, H.-W. Micklitz), Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland 2009, 406-407.

potrošača, istorijskog nasleđa, postojećih pravila i stepena razvijenosti institucija.²¹ Stepem izgrađenosti i razvijenosti institucija i adekvatne procesne garancije, sa naročitim akcentom na transparentnost regulatornog procesa i uključivanje svih zainteresovanih strana mogu doprineti da se smanji rizik pristrasnosti organa uprave, odnosno ‘zarobljavanja regulatora’ od strane regulisanih subjekata.²²

Na nivou EU u oblasti zaštite ekonomskih interesa potrošača razvijeni su različiti modeli javnopravne i privatnopravne, odnosno upravnopravne i sudske zaštite potrošača.²³ Ne postoji zemlja u kojoj se zaštita potrošača odvija isključivo od strane uprave ili suda, dakle ne postoji isključivi model zaštite potrošača, već se razlike ogledaju u kombinaciji mehanizama, u zavisnosti od obeležja pravnog sistema i uloge koju uprava ima u zaštiti javnog interesa na tržištu. Evropsko pravo prepušta zemljama članicama uređivanja postupka zaštite prava potrošača uz generalan zahtev zemljama članicama da takva zaštita bude delotvorna, proporcionalna svrsi, kao i da sankcija ima preventivno dejstvo.²⁴

I dok se u politici zaštite konkurencije u EU, koja je u početku bila izrazito javnopravna, uočava trend podsticanja inicijative privatnih subjekata,²⁵ uočava se obrnuti trend u oblasti zaštite potrošača, gde se organima uprave daje sve više ovlašćenja da u upravnom postupku ostvaruju zaštitu potrošača. Propisi EU o zaštiti potrošača ostavljaju mogućnost zemljama članicama da odrede način sprovođenja zaštite i pokretanja postupka. Primera radi, Direktiva 2005/29 o nepoštenim trgovačkim praksama u čl. 11. naglašava mogućnost da se postupak protiv takvih praksi pokrene pred nadležnim upravnim organom koji bi ili mogao da izrekne meru u nadzoru ili pokrene odgovarajući postupak. Isto tako, u čl. 2(1) (stare) Direktive o merama zabrane 98/27 zemlje članice su ovlašćene da odrede sud ili organ uprave koji će odlučivati u postupku koji je pokrenut od strane ovlašćenih lica, što je potvrđeno u Direktivi 2009/22 o merama zabrane.²⁶

Organi uprave u većem broju zemalja novih članica EU su ovlašćeni da pokreću postupak za zaštitu kolektivnih interesa potrošača pred sudom, na sop-

21 R. Van den Bergh, „Should consumer protection law be publicly enforced?“, *Collective enforcement of consumer law: Securing Compliance in Europe Through Private Group Action and Public Authority Intervention* (eds. W. Van Boom, M. Loos), European Law Publishing, Groningen 2007, 109.

22 R. Barkow, “Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design”, *Texas Law Review* 89/2010, 15.

23 F. Caffaggi, H.-W. Micklitz, Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in the US and the European Community, *EUI Working Paper No.* 2007/22.

24 Npr. čl. 24. Direktive o pravima potrošača 2011/83 (OJ L 304, 22. 11. 2011).

25 European Commission, *Green Paper: Damages action of the EC Antitrust rules*, COM (2005) 672 final, 19.12.2005.

26 U čl. 2.1. Direktive 2009/22 jasno naglašeno ‘sud ili organ uprave’ – postavlja pitanje da li Direktiva uopšte predviđa paralelne nadležnosti suda i organa uprave da vode postupak pokrenut na zahtev kvalifikovanih tela ili podrazumeva jasnu raspodelu nadležnosti? Međutim, navodeći tela koja mogu biti kvalifikovana za pokretanje postupka pred organom uprave ili podnošenje tužbe su u članu 3. Direktive određena paralelno “and/or”, što znači da legitimacija javnih tela ne isključuje potrošačke organizacije.

stvenu inicijativu ili zahtev ovlašćenih organizacija potrošača, često sa diskrecionim ovlašćenjem da cene postojanje kolektivnog interesa i odlučuju o pokretanju postupka. Ipak, u određenim zemljama organ uprave ima kvazi-sudske nadležnosti. U tom smislu trebalo bi razmotriti jedan potencijalni problem. U situaciji kada organ uprave može da naredi izmenu opštih uslova poslovanja zbog nepravilne ugovorne odredbe, postavlja se pitanje šta bi se desilo ukoliko sud u istom slučaju smatra da nije reč o nepravilnoj odredbi. To ukazuje na činjenicu da bi u sistemu zaštite potrošača trebalo izbegavati situacije da različite institucije imaju paralelna ovlašćenja za izricanje mera u nadzoru i da se za iste činjenične situacije organi različito izjašnjavaju. Zbog toga efikasna zaštita potrošača podrazumeva postojanje jasnih nadležnosti u pogledu sankcija između organa uprave i sudova.²⁷

Ovde bi trebalo naglasiti potrebu da se u pogledu zaštite kolektivnih interesa potrošača (ukoliko bi se pojačala nadležnost inspekcija ili novom organu uprave dala određena nadležnost u upravnom postupku zaštite kolektivnih interesa potrošača) ne samo sudovima već i nadležnom organu uprave dâ mogućnost kažnjavanja zbog nepostupanja po naloženim merama, odnosno obezbedi shodna primena pravila izvršnog postupka i u postupku upravnopravne zaštite potrošača, odnosno prinudnom upravnom izvršenju nenovčanih obaveza koje se sprovodi sudskim putem, ako posebnim propisom nije određeno drugačije.

Čl. 2.1.(c) Direktive 98/27 o merama zabrane naglasio je potrebu da se sudovima i organima uprave ostavi mogućnost da izreknu fiksni iznos kazne za svaki dan nepostupanja po naloženim merama, odnosno mogućnost da novčanim kaznama prinude adresata kako bi se obezbedilo izvršenje određene radnje ili trpljenje. Istovremeno sa izricanjem novčane kazne inspektor, odnosno drugi organ uprave trebalo bi da ostavi novi rok za postupanje po rešenju, koji ne bi trebalo da bude duži od dve nedelje uz upozorenje da će mu ponovo izreći novčanu kaznu, a trebalo bi ostaviti i mogućnost da se zabrani obavljanje delatnosti, na šta to lice treba unapred upozoriti. Jedna od dodatnih mera koje bi učinile efikasnijim sprovođenje upravnopravne zaštite potrošača bilo bi izricanje ove kazne zaključkom na koji nije dozvoljena žalba, ali se time postavlja pitanje prava na sudsku zaštitu.

3. KOLEKTIVNI INTERES POTROŠAČA

Nepostojanje odgovarajućeg preciznijeg definisanja kolektivnog interesa u Zakonu o parničnom postupku u okviru posebnih pravila o postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa građana,²⁸ kao i odsustvo pojašnjenja kolektivnog interesa u Zakonu o zaštiti potrošača, bilo je jedan od ključnih razloga za odluku Ustavnog suda Srbije kojom su ova posebna pravila Zakona o parničnom postupku proglašena

²⁷ Više: OECD, *Best Practices for consumer policy: report on effectiveness of enforcement regimes*, OECD, Paris 2006.

²⁸ *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, čl. 494-505.

neustavnim.²⁹ Odsustvo pojašnjenja predstavljeno je kao nedostatak jasnog određenja kada jedan građanskopravni spor ima karakter spora o kolektivnim pravima, a Sud je istakao da nije regulisan pojam kolektivnih prava i interesa. Međutim, pojašnjenje kolektivnih prava nije neophodno samo radi određenja pod kojim uslovima građanskopravni spor ima karakter spora o kolektivnim potrošačkim pravima, već i eventualne uloge uprave u ostvarivanju kolektivnih prava potrošača. Iz navedenog jasno proizilazi da je definicija kolektivnog interesa ne samo uslov za pokretanje postupka, odnosno podnošenje tužbe, već i aktivnu legitimaciju podnosioca.

Na prvom mestu, rebalo bi napraviti razliku između pojma 'kolektivnog interesa' potrošača i 'kolektivne štete' koju potrošači kao kolektivitet mogu da pretrpe. Postupak za izricanje sudske i upravne mere zabrane nije isto što i 'grupni postupak' odnosno odnosno tužba koju pokreće grupa oštećenih potrošača, već postupak koji, ukoliko je uspešan, prethodi postupku za naknadu štete.

Prema odredbi čl. 3. Direktive 2009/22 'kolektivni interesi su interesi koji ne podrazumevaju kumuliranjem interesa pojedinaca koji su oštećeni kršenjem prava'. Na taj način pravni poredak EU jasno ističe razliku u pogledu jednog posebnog oblika kolektivnog obeštećenja potrošača koji je u SAD poznat kao 'class action' kao oblik kolektivne zaštite individualnih interesa potrošača.³⁰ Sa druge strane, Uredba 2006/2004 o saradnji nacionalnih organa u sprovođenju zaštite potrošača ističe da u čl. 3(k) da „kolektivni interes potrošača predstavlja interes određenog broja potrošača koji su oštećeni ili je verovatno da će biti oštećeni usled povrede propisa“, što znači da odstupa od negativne definicije iz Direktive 2009/22 i pojačava zahtev određenim brojem potrošača. Iako literaturi postoje različita shvatanja odnosa kolektivno interesa i opšteg interesa,³¹ fokus definicije potrošača bez ulaženja u teorijsku raspravu o prirodi kolektivnog interesa morao bi se oslanjati na pozitivnu definiciju. Na ovom mestu bi stoga trebalo izdvojiti jednu definiciju iz literature koja se čini sveobuhvatnom pozitivnom definicijom kolektivnog interesa potrošača, čiji su autori Safjan, Gorywoda i Janczuk:³²

1. Kolektivni interes potrošača nije zbir individualnih interesa.

2.1. Postojanje kolektivnog interesa potrošača se podrazumeva kada: a) je veći broj potrošača tangiran određenim ponašanjem ili se kršenje odvija u kontinuitetu;

²⁹ Odluka Ustavnog suda IUz-51/2012 od 23. maja 2013, *Službeni glasnik RS*, br. 49/2013. Više: N. Bodiroga „Komentar odluke Ustavnog suda IUz51/2012 o neustavnosti Glave 36 Zakona o parničnom postupku, *Pravni instruktor* (ParagrafLex) 45/2013. Interesantna je činjenica da je 2005 godine i Ustavni sud Poljske doneo odluku sličnog obrazloženja usled nedovoljno jasne definicije kolektivnog interesa. Odluka Ustavnog suda Poljske SK 26/02 (2004). M. Safjan et al., „*Taking the Collective Interest of Consumers Seriously: A View from Poland*“, u: F. Cafaggi, H.-W. Micklitz (2009), 171-206, 177.

³⁰ European Commission, *Access of Consumers to Justice and the Settlement of Consumer Disputes in the Single Market – Green Paper*, COM(93) 576 final, 15-16.

³¹ M. Jovanović-Zatilla, „Mere kolektivne zaštite potrošača – pro et contra“, *Pravo i privreda* 7-9/2011, 223-224; G. Howells, R. James, „Litigation in the Consumer Interest“, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 9/2002, 43-44; T. Bourgoignie, „Characteristics of consumer law“, *Journal of Consumer Policy* 14/1992, 293.

³² M. Safjan et al., 187-188.

međutim, mali broj kršenja propisa i prestanak ponašanja ne bi trebalo da dovede u pitanje postojanje kolektivnog interesa potrošača; i/ili b) određena praksa utiče na svakog potencijalnog potrošača u datoj situaciji; i/ili c) određena praksa utiče na interese koji su od izuzetne važnosti za potrošače, a naročito život i zdravlje.

2.2. Ako je bilo koji od gore navedenih uslova zadovoljen, odbijanje zahteva za zaštitu kolektivnih interesa potrošača mora biti praćeno odgovarajućim objašnjenjem.

3. Radi demonstracije postojanja kolektivnog interesa potrošača, primer(i) individualnih interesa potrošača koji su njime obuhvaćeni trebalo bi da budu dostupni kao dokaz.

4. STATUS I OVLAŠĆENJA ORGANA UPRAVE U ZAŠTITI KOLEKTIVNIH INTERESA POTROŠAČA

Cilj zaštite potrošača, odnosno javnog interesa (koji nije u potpunosti identičan kolektivnom interesu potrošača), predstavlja jedan od kriterijuma za ustrojstvo organa državne uprave u čijoj je nadležnosti zaštita potrošača. Tako možemo govoriti o ingerencijama organa u oblasti zaštite života, zdravlja i bezbednosti potrošača, sa jedne strane, i zaštite ekonomskih interesa potrošača sa druge strane, što je uostalom i jedna od osnovnih podela regulative o zaštiti potrošača u EU.³³ Dok se u pogledu prvog cilja dominantno ističu inspekcijiski organi, u drugom slučaju sve je više primera specijalizovanih organa uprave, kao i nezavisnih regulatornih tela. Razlike postoje u pogledu načina njihovog osnivanja, finansiranja, organizovanja, prirode i obima ovlašćenja koja su im poverena.

Dok u razvijenijim zemljama EU jačaju mehanizmi kolektivne privatnopravne zaštite potrošača, u mnogim zemljama centralne i istočne Evrope pre ulaska u EU neadekvatan sistem nadzora, netransparentnost rada državnih organa i nedostatak finansijskih sredstava ukazali su na neadekvatnost kako sudske tako i zaštite potrošača od strane organa uprave.³⁴ Stoga je Evropska komisija kroz programe pretpristupne pomoći u usklađivanju propisa iz oblasti zaštite potrošača naglašavala potrebu za uspostavljanjem državnih organa sa mogućnošću izricanja kazni, naročito imajući u vidu sporost reforme sudova i nedostatak poverenja građana u sudove. Kao što je naglašeno u uvodnom delu, neophodan preduslov je „uspostavljanje adekvatne institucionalne strukture nadležne za pitanja zaštite potrošača, uključujući i alogaciju opštih i horizontalnih nadležnosti za pitanja potrošača jednoj odgovornoj instituciji, koja bi bila odgovorna za preduzimanje inicijativa na polju zaštite potrošača i za koordinaciju aktivnosti koje preduzimaju druge institucije“.³⁵

33 S. Taboroši, T. Jovanić, *Ekonomsko pravo*, Beograd 2010, 432.

34 T. Bourgoignie, A.C. Lacoste, F. Maniet, J. P. Pritchard, *Towards European Harmonisation: Consumer Law and Institutional Structures in Eleven Central and East European Countries*, CICPP, Louvain-la-Neuve 1997, 11-20.

35 Commission of the European Communities, *White Paper: Preparation of the Associated Countries of Central and Eastern Europe for Integration into the Internal Market of the Union*, 1995, COM (95) final, Annex.

Počev od devedesetih godina, u zemljama centralne i istočne Evrope ustanovljeni su organi za zaštitu potrošača sa širokim ovlašćenjima i nadležnostima u oblasti nadzora nad tržištem. Zahtev EU za postojanjem „opštih i horizontalnih nadležnosti“ uslovio je izvesnu sličnost među organima javne vlasti, gde se od sredine devedesetih godina pojavljuje veći broj tela koje bismo mogli nazvati ‘javnim agencijama’ ali koje se po svojoj prirodi razlikuju od ‘američkog’ modela nezavisne regulatorne agencije.³⁶ Obzirom da su ova tela u većini novih zemalja članica vezana za neko od resornih ministarstava, ili predstavljaju samostalne vladine organizacije, moglo bi se reći da se radi o ‘polunezavisnim’ javnim agencijama.³⁷

Zapravo, moglo bi se reći da postoje tri organizaciona modela: nezavisne regulatorne agencije, organizacione jedinice pri nekom ministarstvu, i specijalizovane vladine organizacije. I dok nezavisne javne agencije postoje u oblasti liberalizovanih delatnosti od opšteg ekonomskog interesa, i po pravilu imaju finansijsku samostalnost, druga dva oblika često nemaju sopstvene izvore prihoda i finansiraju se iz državnog budžeta, osim ukoliko nemaju mogućnost da zadrže deo novčanih kazni koje se izriču za povredu propisa iz oblasti zaštite potrošača.

U malom broju ovih zemalja organ za zaštitu potrošača ima i nadležnost zaštite konkurencije. Tako je npr. u Poljskoj sredinom devedesetih godina Antimonopolska agencija dobila nadležnosti u oblasti zaštite potrošača, objedinivši tržišnu inspekciju, te je tako nastala Komisija za zaštitu konkurencije i potrošača preuzela sve nadležnosti u pogledu zaštite kolektivnih interesa potrošača. Komisija ima široke nadležnosti u tumačenju povrede kolektivnih interesa potrošača i sankcionisanju trgovaca, praktično kvazi-sudske nadležnosti. Izmjenama pravnog okvira, Zakona o nepoštenoj konkurenciji, Predsedniku Komisije omogućeno je da umesto potrošačkih organizacija koje su se ranije obraćale sudu kolektivnim tužbama, na osnovu njihove prijave preduzima mere u nadzoru, koje mogu da budu predmet preispitivanja Suda za konkurenciju i zaštitu potrošača u Varšavi.

Imajući u vidu činjenicu da u ovom trenutku nije realno razmišljati u pravcu izdvajanja Tržišne inspekcije iz resornog ministarstva, ali isto tako je očigledno da status Odeljenja za zaštitu potrošača mora da se izdigne iznad sadašnje organizacione jedinice pri postojećem sektoru resornog ministarstva,³⁸ na ovom mestu trebalo bi razmotriti potencijal tzv. skandinavskog modela potrošačkog ombudsmana, koji je prihvaćen u Bosni i Hercegovini gde je pokazao dobre rezultate.³⁹ Na prvom mestu, trebalo bi podvući razliku između različitih speci-

36 Npr. Bugarska, Mađarska, Rumunija, Latvija, Litvanija i dr.

37 Po pravilu u sastavu ministarstva nadležnog za privredu, ređe ministarstvu pravde (npr. Litvanija).

38 Vid. detaljnu studiju o modelima institucionalnog okvira zaštite potrošača: T. Bourgoignie, T. Jovanić, *Gap analysis of state consumer protection system and recommendations for further legal action*, Strengthening Consumer Protection in Serbia EuropeAid/129680/C/SER/RS, 9 July 2012, dostupno na: <http://zapotrosace.rs/en/index.php>.

39 Vid. Zakon o zaštiti potrošača BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 25/06, čl. 100-105.

jalizovanih ombudsmana u posebnim regulisanim sektorima poput finansija, ili ombudsmane u čijem je fokusu zaštita individualnih interesa potrošača, i modela ombudsmana za zaštitu kolektivnih interesa potrošača.⁴⁰ Primera radi, Švedska potrošačka agencija je vladina agencija odgovorna Ministarstvu poljoprivrede, hrane i zaštite potrošača, čiji je generalni direktor istovremeno i Ombudsman za zaštitu potrošača. Ombudsman je najviše usmeren na zaštitu ekonomskih interesa potrošača u domenu fer trgovačke prakse i ima mogućnost davanja preporuka i sugestija trgovcima. Ukoliko po njima ne postupe, ombudsman može pokrenuti postupak u kome zastupa interes potrošača. Norveškog Potrošačkog ombudsmana imenuje vlada i on predstavlja nezavisno telo koje vrši nadzor nad sprovođenjem propisa iz oblasti nadzora nad tržištem, a time i u domenu zaštite ekonomskih interesa potrošača. Ovaj organ ovlašćen je da donosi odluke o zabrani nezakonitog i nepoštenog poslovanja i ima mogućnost da izriče odgovarajuće mere, protiv kojih se Tržišnom savetu može podneti žalba.

Skandinavski model je bio uzor zakonodavcu u BiH, gde je Zakonom o zaštiti potrošača ustanovljen je potrošački ombudsman ovlašćen da štiti interes potrošača donošenjem odluka i drugih mera, izdavanjem smernica, instrukcija za prestanak sprovođenja štetnih praksi, ali je isto tako ovlašćen da pokreće postupak i pred nadležnim sudom. Potrošački ombudsman BiH nije institucija koja rešava pojedinačne žalbe potrošača, već kolektivne interese, te nastoji da svojim aktima po pojedinačnim pritužbama da kolektivni karakter.

Organizacija tipa potrošačkog ombudsmana za zaštitu kolektivnih interesa potrošača, koji su pre svega ekonomske prirode, u ovom trenutku bilo bi jedno rešenje za Srbiju. Pored opšte uloge koordinacije politike zaštite potrošača, takav organ trebalo bi da ima mogućnost izdavanja smernica i preporuka, kao i mogućnost da pokreće postupke za zaštitu kolektivnih interesa potrošača pred sudom. Druga preporučljiva opcija je formiranje organa u sastavu organa uprave, tačnije resornog ministarstva, sa opštim i horizontalnim nadležnostima. To znači jačanje Odeljenja za zaštitu potrošača pri Sektoru za trgovinu, usluge i zaštitu potrošača i to izdvajanjem iz ovog sektora i prerastanjem u poseban organizacioni oblik, poseban sektor, ili kao direkcija odnosno uprava za zaštitu potrošača. Takođe je otvoreno pitanje re-integracije Odeljenja za zaštitu potrošača u okviru Sektora tržišne inspekcije i institucionalno jačanje ovog sektora.⁴¹

Posmatrano na duži rok, moglo bi se razmišljati u pravcu davanja većih ovlašćenja zaštite potrošača u upravnom postupku, dakle mogućnosti za izricanje mera u vršenju nadzora nad tržištem, ali je bitno naglasiti da ovakva aktivna uloga organa uprave podrazumeva iskustvo zaposlenih i finansijski kapacitet. Organizovanje tržišnog nadzora u pogledu kolektivnih interesa potrošača ne bi bilo od interesa samo za potrošače i organizacije za zaštitu potrošača, već i za državu, kroz manje sudske troškove individualnih sporova, kao i privrednike jer bi se kroz zaštitu od nekorektnih poslovnih praksi štitila fer konkurencija.

40 K. Ivančević, „Specijalni ombudsman za zaštitu potrošača“, *Pravo i privreda* 4-6/2013, 342-356.

41 T. Bourgoignie, T. Jovanić.

U korpusu propisa iz oblasti bezbednosti predmeta u opštoj upotrebi i bezbednosti hrane dominiraju procesne odredbe koje organima uprave daju važne nadležnosti u sprovođenju neposredne kontrole, mere u nadzoru kao i ingerencije u pokretanju prekršajnog postupka i postupka privrednih prestupa. Mere u nadzoru u slučajevima povrede ekonomskih interesa potrošača obično nemaju takav element hitnosti kao korektivne mere u slučaju realizacije rizika koji se manifestuje kao ugrožavanje života, zdravlja i bezbednosti potrošača.

Tržišna i ostale inspekcije koje su, eventualno nadležne u širokoj oblasti zaštite ekonomskih interesa potrošača, donose rešenja u skladu sa normama materijalnog prava zakona koji regulišu njihovu nadležnost, eventualnim pravilima postupka koje sadrže ti zakoni, ali u osnovi prema procesnim pravilima Zakona o opštem upravnom postupku.⁴² Upravni postupak nadležni organ pokreće po službenoj dužnosti ili povodom zahteva stranke, a pri pokretanju postupka po službenoj dužnosti organ uzima u obzir i eventualne predstavke građana i organizacija i upozorenje nadležnih organa.⁴³ Međutim, to je relevantno za upravni postupak, ali nije dovoljna garancija za formulisanje tužbenog zahteva organa uprave sudu.

Poseban problem predstavlja zaštita kolektivnih interesa potrošača u domenu nepravilnih uslova ugovora i nepoštene trgovačke prakse, kao oblika kršenja kolektivnih interesa potrošača koje je prepoznao naš zakon. Zakon o zaštiti potrošača, istina, određuje postupak zabrane nepravilnih ugovornih odredbi i nepoštenog poslovanja (čl. 137-146), međutim ne predviđa odgovarajuća inspeksijska ovlašćenja, već potrošačima ostavlja mogućnost da zaštitu potraže na sudu. Zakon o zaštiti potrošača ne daje ovlašćenja inspektorima u pogledu zaštite kolektivnih ekonomskih interesa potrošača u domenu nepravilnih odredbi potrošačkih ugovora i opštih uslova poslovanja, kao i nepoštenog poslovanja, već praktično samo mogućnost zaštite individualnih interesa potrošača *in concreto*, na osnovu čl. 148 ZZP.⁴⁴ U poglavlju XIII Zakona o zaštiti potrošača koje nosi naziv 'Postupak zabrane nepravilnih ugovornih odredaba i nepoštenog poslovanja' navodi se da 'zahtev' za 'pokretanje postupka' može podneti potrošač čije je pravo ili interes povređen, kao i udruženje i savez zbog povrede kolektivnih interesa potrošača. Čini se da se ovim kumulira individualna i kolektivna zaštita, odnosno nisu jasno razdvojene,⁴⁵ ali se organu uprave ne daje ovlašćenje da učestvuje u postupku, od-

42 Zakon o opštem upravnom postupku – ZUP, *Službeni list SRJ*, br. 33/97, 31/2001 i *Službeni glasnik RS*, br. 30 /2010.).

43 ZUP, čl. 114.

44 Interesantno je da u ovom slučaju to podrazumeva pokretanje prekršajnog postupka, obzirom da su neki oblici nepoštenog poslovanja inkriminirani kroz odredbe o prekršajima (vid. čl. 151. ZZP). To, sa druge strane, znači da su neke nepoštene trgovačke prakse inkriminirane i kao prekršaji, ali je i ostavljena mogućnost sudu da u postupku zabrane nepravilnih ugovornih odredbi i nepoštenog poslovanja, dakle u građanskopravnom sporu, oglasi ništavom ugovornu odredbu, naloži trgovcu određeno ponašanje, izrekne privremenu meru i dr.

45 D. Palačković, "O sudskoj građanskopravnoj zaštiti potrošača prema Zakonu o zaštiti potrošača Republike Srbije", *Pravo i privreda* 7-9/2011, 185-197, 194.

nosno organ uprave nema aktivnu legitimaciju kakvu zahteva Zakon o parničnom postupku.

Iako bi i zaštita individualnih interesa predstavljala potrošački spor i nezavisno od toga da li iz primene takvih oredbi nastane šteta, Sud pravde EU pod zaštitom kolektivnih interesa potrošača od strane potrošačkih organizacija podrazumeva tzv. udružne tužbe, nezavisno od toga da li su trgovačkom praksom ili ugovorima tangirana prava pojedinih potrošača: prema vrsti zaštite ovde se najčešće radi o kondemnatornim zahtevima za izricanje naloga ili zabrane.⁴⁶

Sa druge strane, bitno je ukazati na činjenicu da zaštita kolektivnih interesa potrošača u EU podrazumeva i određenje *ratione materiae*. Koji su to kolektivni interesi potrošača, odnosno povodom čega nastaje kršenje kolektivnih interesa, prvobitno je bilo predviđeno je Aneksom I (čija primena inače nije obavezujuća, a države članice primenu mogu proširiti na svaku praksu koja škodi kolektivnim interesima potrošača) stare Direktive 98/27 o sudskim i upravnim merama zabrane.⁴⁷ Usvajanjem nove Direktive 2009/22/EC obuhvat primene je proširen, tako da sada obuhvata trinaest direktiva.⁴⁸ Međutim, implementacija ove direktive u Srbiji podrazumevala je značajno sužavanje polje njene primene na domen koji regulišu Direktiva 93/13 o nepravičnim ugovornim odredbama i Direktiva 2005/29 o nepoštenom poslovanju.⁴⁹

Ovlašćena lica, saglasno Direktivi, mogu da zahtevaju: a) donošenje zabrane kojom se zahteva prestanak ili zabrana kršenja kolektivnog interesa, hitno i po mogućstvu u skraćenom postupku;⁵⁰ b) mere kao što su objavljivanje odluke u celini ili u delu, u obliku koji se smatra adekvatnim, odnosno eliminisanje produženog dejstva prekršaja; c) nalog tuženom koji je izgubio spor da uplati određeni iznos u javne fondove, odnosno korisnicima određenim nacionalnim zakonodavstvom, u slučaju propuštanja da se ispuni nalog iz odluke u roku koji je odredio sud ili organ uprave, u cilju poštovanja odluka.

*

U uporednoj praksi retki su slučajevi organa uprave koji mogu da pokreću postupke za obeštećenje potrošača, kao npr. ombudsmeni u nordijskim zemlja-

46 M. Dika, "Udružna tužba kao instrument apstraktne zaštite potrošača", *Hrvatska pravna revija* 10/2003, 37-39, citirano prema: D. Palačković, 192.

47 U Aneksu je nabrojano devet direktiva kojima se štite kolektivni interesi potrošača u vezi sa prevarnom reklamom, reklamiranjem medicinskih proizvoda, zatim televizije, ugovora koji sadrže nepravične klauzule, ugovore koji se zaključuju van poslovnih prostorija, ugovore na daljinu, turističke usluge na bazi vremenski određenog korišćenja nepokretnosti, paket aranžmane i potrošačke kredite.

48 Dodatno su uključene Direktiva 1999/44/EC o nekim vidovima prodaje roba i garancijama, direktive o elektronskom poslovanju, prodaji finansijskih usluga na daljinu, nepoštenim poslovnim praksama, kao i Direktiva 2006/123 o uslugama.

49 K. Ivančević, "Zaštita interesa potrošača saglasno odredbama Direktive 98/27/EC u Evropskoj uniji i Srpskom pravu", *Pravo i privreda* 7-9/2011, 257-274, 269.

50 Ovde je bitno naglasiti da mera odnosno nalog može biti usmeren ka prekidu prakse (kada je zapravo došlo do kršenja zakona) i zabrane (odnosi se na radnje/propuštanja koja još ne podrazumevaju striktno kršenje zakona, ali su na granici).

ma, gde potrošački ombudsman često ima takva ovlašćenja.⁵¹ Ovo je, po pravilu, isključivi domen nadležnosti potrošačkih organizacija i/ili individualnih potrošača kao ugovorne strane, odnosno subjekta na tržištu (kada npr. nije došlo do zaključenja ugovora, ali je trgovac primenjivao u svom poslovanju neki oblik nepoštene prakse) koji je pretrpeo ili mogao pretrpeti štetu i zaštita prava se ostvaruje u sudskom postupku.

Nadležnost organa uprave u pogledu zaštite kolektivnih interesa potrošača treba posmatrati u odnosu na osporavano ponašanje i posledicu, odnosno mogućnost nastupanja posledice u vidu pretnje kolektivnim interesa potrošača. Pritom treba razlikovati situaciju kada organ uprave ima samo mogućnost da pokrene postupak pred nadležnim sudom (tužba za zaštitu kolektivnih interesa ili ako se proširi obuhvat *ratione materiae* zahtev za pokretanje prekršajnog postupka, odnosno inicijativa odgovarajućem organu, javnom tužiocu, da pokrene postupak za privredni prestup) i situaciju kada organ ima mogućnost da meritorno odlučuje o zaštiti kolektivnih interesa potrošača primenjujući odgovarajuće radnje i mere u nadzoru koje su propisane posebnim propisom čije su norme kogentnog karaktera, uz supsidijarnu primenu pravila o opštem upravnom postupku. Između ove dve mogućnosti: pokretanja postupka pred sudom (tužba) odnosno inicijative i donošenje odluke o rešavanju prava i interesa potrošača (odnosno naloga za prestanak/zabranu određenog ponašanja) u upravnom postupku, organ uprave kao organ koji vrši nadzor nad tržištem može imati i savetodavnu ulogu. Jedan od najboljih primera za ovakvu ulogu organa uprave u zaštiti kolektivnih interesa potrošača je Komisija za nepravilne klauzule (*Commission des clauses abusives*), kao specijalizovani organ ustanovljen članom L. 132-2 Potrošačkog zakonika Francuske pri ministarstvu nadležnom za zaštitu potrošača.⁵² Komisija nadgleda tržište i prati formularne ugovore, daje preporuke u vezi sa pojedinačnim ugovornim odredbama na svoju inicijativu ili zahtev, dok na zahtev suda u postupku ocene pravičnosti ugovornih odredbi daje mišljenje.⁵³

51 K. Viitanen, „Enforcement of consumers' collective interests by regulatory agencies in the Nordic countries“, W. Wan Boom, M. Loos, 83-103.

52 Interesantna je činjenica da u njen sastav, pored profesionalnih državnih službenika, ulaze i predstavnici regulisanih profesija, trgovaca, kao i predstavnici potrošačkih organizacija. <http://www.clauses-abusives.fr/missions/composition.htm>

53 Primera radi, Komisija je 2004. godine donela Preporuku br. 2004-3 (od 27. maja 2004), u kojoj se ističe da je jednostrana izmena kamatnih stopa u ugovorima sa potrošačima nepravilna klauzula. R. Routier, *Obligations et Responsabilités du Banquier*, Dalloz, Paris 2005, 380. Može se reći da je tom logikom bila rukovodena Narodna banka Srbije, donošenjem preporuka *BAN 002/13* i *BAN 001/13* od 31. maja 2013. godine u pogledu kamatnih stopa i kredita indeksiranih u CHF, a u nedostatku takvog horizontalnog organa odnosno liste ovlašćenih tela.

STATUS	Inspekcije, javne agencije/nezavisna regulatorna tela (sektorski regulator) - lica ovlašćena za pokretanje postupka zaštite kolektivnih interesa potrošača	Organ uprave ili samostalna organizacija (uključujući i ombudsman-a) koji ima opštu i horizontalnu nadležnost za zaštitu kolektivnih interesa potrošača	Nezavisno regulatorno telo koje ima opštu i horizontalnu nadležnost za zaštitu kolektivnih interesa potrošača
	Primer: Tržišna inspekcija	Primer: Uprava za zaštitu potrošača pri ministarstvu nadležnom za privredu ili Kancelarija za zaštitu potrošača kao samostalna organizacija Vlade, Ombudsman (<i>vid. primer BiH</i>)	Primer: Komisija za zaštitu konkurencije i potrošača ili nezavisna Trgovinska komisija
OVLAŠĆENJA			
Postupak pred sudom (tužba)	Pokreće postupak za zabranu nepoštenih trgovačkih prakse kao aktivno legitimisani subjekt (<i>ex officio</i> ili na osnovu inicijative ovlašćene potrošačke organizacije)	Organ ima zakonsko ovlašćenje da pokrene postupak zabrane nepoštenih trgovačkih prakse (primer: Britanski ured za pravično trgovanje), samostalno ili na predlog drugih organa uprave/ zainteresovanih strana (ovlašćena lica)	Može biti nadležna za pokretanje postupka zabrane nepoštenih trgovačkih prakse pred sudom, ali bi ovakav organ suštinski pre imao ovlašćenja za rešavanje u posebnom upravnom postupku, uz kontrolu od strane (po pravilu) upravnog suda ili eventualno privrednog suda
Analize tržišta – preporuke i mišljenja (meko pravo)	Primer: kada osnovano smatra da je određena oglasna poruka oblik nasrtljivog poslovanja donosi preporuku u kojoj iskazuje svoj stav o takvoj i porukama slične sadržine	Primer: kada osnovano smatra da je određena oglasna poruka oblik nasrtljivog poslovanja donosi preporuku (<i>ex officio</i> ili na zahtev ovlašćenog lica) u kojoj iskazuje svoj stav o takvoj i porukama slične sadržine	Analiza tržišta i preporuke odnosno 'stavovi' u kojim se iznose stavovi organa o određenim pitanjima iz domena zaštite kolektivnih interesa potrošača, na sopstvenu inicijativu ili zahtev ovlašćenog lica
Analiza činjeničnog stanja i mere u nadzoru u posebnom upravnom postupku	Primer: na osnovu izričitog ovlašćenja iz zakona o zaštiti potrošača može da zabrani oglasnu poruku za koju osnovano smatra da je predstavlja oblik nasrtljivog poslovanja	Primer: ima mogućnost da zabrani praksu za koju osnovano smatra da predstavlja oblik nepoštenog poslovanja trgovaca – mere u nadzoru, eventualno i posebni upravni postupak	Mogućnost izricanja mera u nadzoru i poseban upravni postupak zabrane odnosno mogućnost sankcionisanja – analogija sa postupkom zaštite konkurencije

Prvi slučaj podrazumeva sadejstvo inspeksijskih organa, javnih agencija, eventualno i nezavisnog regulatornog tela (sektorskog regulatora) u ostvarivanju kolektivne zaštite potrošača. Ovde treba napomenuti da Uredba 2006/2004 o saradnji nacionalnih tela nadležnih za sprovođenje prava potrošača zahteva da se odrede pravna lica koja su ovlašćena za podnošenje kolektivnih tužbi, odnosno nadležne organe za vođenje postupka. Isto tako, Direktiva 2009/22 o sudskim i upravnim merama zabrane u čl. 3. određuje krug lica ovlašćenih za pokretanje postupka: a) nezavisna javna tela, i/ili b) organizacije koje imaju za cilj zaštitu kolektivnih interesa potrošača. U nekim državama spisak lica i njihova ovlašćenja precizno su navedeni u zakonu, dok je u drugim (a takav je slučaj i u Hrvatskoj) to učinjeno kroz podzakonske akte.

Iako se materijalno potrošačko pravo u Evropskoj uniji sve više kreće u pravcu maksimalne harmonizacije i smanjivanju razlika u regulatornim režimima među zemljama članica, čini se da po pitanju upravnog postupka još uvek ne možemo da govorimo o sistemu, već tendenciji ka decentralizovanom sprovođenju upravnog nadzora kroz nacionalna regulatorna tela, uz koordinirajuću ulogu Evropske komisije. Dobar primer pokušaja da se reši problem koordinacije, doduše primarno u oblasti zaštite života, zdravlja i bezbednosti potrošača, odnosno tržišnog nadzora na tržištu roba i usluga, u oblasti praćenja stanja na tržištu i reagovanja u kriznim situacijama predstavlja Uredba 765/2008 o zahtevima za akreditaciju.⁵⁴ Odlukom 768/2008 o zajedničkom okviru tržišnog nadzora⁵⁵ stvoren je osnov za nastanak odgovarajuće institucionalne strukture umreženih organa država članica, umesto jednoobraznih pravila upravnog procesnog prava.

U pogledu postojećeg sistema institucionalne organizacije organa u čiji delokrug spada zaštita interesa potrošača, u članu 147. st. 1. Zakona o zaštiti potrošača su precizno utvrđena ministarstva koja vrše nadzor nad primenom ovog zakona. Pomenuti član je sva navedena ministarstva postavio u isti rang, bez izdvajanja resornog ministarstva i tržišne inspekcije kao dominantne, a istovremeno i bez jasnog određivanja nadležnosti, za razliku od starog Zakona o zaštiti potrošača iz 2005. godine, koji je pominjao 'resorno' i ostala ministarstva.⁵⁶

Na listi ovlašćenih subjekata, bilo da je reč o odredbi zakona ili podzakonskom aktu, se navode institucije i organizacije za zaštitu potrošača koje tako dobijaju aktivni procesnopravni status pred sudom, jer im se posebnim zakonom daje mogućnost pokretanja postupka. Međutim, sama činjenica navođenja određenih organa nije sama po sebi garancija da će potrošačima biti pružena zaštita. Organizacije za zaštitu potrošača mogu imati paralelnu, odnosno konkurentnu nadležnost za pokretanje postupka pred sudom, ili su upućene na organ uprave kome mogu uputiti zahtev za pokretanje postupka. U slučaju kada samo organ uprave može pokrenuti postupak, jedan od faktora koji može umanjiti efikasnost zaštite potrošača je sukob nadležnosti, i to po pravilu negativan sukob nadležnosti, kada

⁵⁴ OJ L 218, 13.8.2008, 30.

⁵⁵ OJ L 218, 13.8.2008, 82.

⁵⁶ Čl. 71. ZZP iz 2005. godine.

niti jedna od relevantnih inspekcija ne pokreće postupak. Primera radi, prevarno oglašavanje u oblasti turističkih usluga otvara pitanje da li je nadležna tržišna ili turistička inspekcija, pod pretpostavkom da odredbama o nadzoru nad tržištem nije izvršena jasna raspodela nadležnosti. Stoga ovakvo institucionalno rešenje otvara pitanje institucionalne komplementarnosti i koordinacije na nivou samog organa uprave. Dakle, postizanje institucionalne komplementarnosti i koordinacije u sprovođenju zaštite potrošača ne postavlja se samo u odnosu sudova i organa uprave, već i unutar organa uprave. Ovde bi naročito trebalo istaći činjenicu da je potencijal sektorskih regulatora, javnih agencija poput RATEL-a i Agencije za energetiku u domenu zaštite kolektivnih interesa potrošača praktično neiskorišćen, osim u veoma ograničenom obliku postupanja po prigovoru korisnika, kao što je slučaj sa RATEL-om.⁵⁷

5. UMESTO ZAKLJUČKA

U izveštaju o napretku Srbije za 2012. godinu, Evropska komisija je naglasila «administrativni kapaciteti Odeljenja za zaštitu potrošača u okviru Ministarstva poljoprivrede, trgovine, šumarstva i vodoprivrede i koordinacija sa resornim ministarstvima i zakonodavnim telima su i dalje slabi». ⁵⁸ „Potrebno je ojačati institucionalnu koordinaciju između relevantnih aktera, kao i administrativne kapacitete...» ⁵⁹ Na primeru zemalja centralne i istočne Evrope,⁶⁰ možemo očekivati da će se u toku pregovaračkog procesa Srbija susretati sa teškoćama u prilagođavanju, možda i najviše upravo u domenu uspostavljanja dobre koordinacije i izgradnje sistema nadzora nad tržištem. Zbog toga je nužno da se razmotre status i nadležnosti Odeljenja za zaštitu potrošača i izgradi odgovarajući okvir koji bi najbolje odgovarao postojećem stanju, a u skladu sa iskustvima zemalja nama sličnih društveno-ekonomskih prilika, kako ovlašćenja ovog organa ne bi bila sužena samo na puko nadgledanje, već šire posmatrano koordinaciju sprovođenja horizontalne politike zaštite potrošača. Da zaštita ekonomskih interesa potrošača ne bi postala razučena u sistemu javne uprave, optimalno rešenje bilo bi da ovaj organ dobije određene nadležnosti u zaštiti kolektivnih interesa potrošača, bilo aktivnu legitimaciju za pokretanje postupka pred sudom, bilo određena ovlašćenja javnopravne/ upravopravne zaštite potrošača.

U tom smislu trebalo bi se osloniti na iskustvo iz prošlosti i činjenicu da je Tržišna inspekcija organ koji je najviše doprineo jačanju zaštite potrošača (a naročito) do usvajanja Zakona o zaštiti potrošača 2010. godine. U našem pravnom sistemu organi uprave su uvek imali ključnu ulogu u ostvarivanju i razvoju zaštite potrošača, te bi stoga bilo neprimereno da se postupak kolektivne zaštite ekonomskih prava potrošača sprovodi bez aktivne uloge uprave, bilo izricanjem

⁵⁷ A. Fejős, 257-258.

⁵⁸ *Ibid*, 83.

⁵⁹ *Ibid*, 84.

⁶⁰ Y. Svetiev, „How Consumer Laws Travel“, *Journal of Consumer Policy* 3/2013, 209-230.

mera u nadzoru, bilo pokretanjem postupka pred nadležnim sudom. Iako su javne agencije u zemljama centralne i istočne Evrope izložene političkom i finansijskom riziku, stvaranje takvog organa ili zaokružene organizacione celine pri resornom ministarstvu bio bi jasan signal dugoročnog zalaganja za razvoj politike zaštite potrošača, a istovremeno i odgovor na zahtev institucija EU da se uspostavi jedan opšti i horizontalni organ za zaštitu prava potrošača i tako ojača sistem zaštite potrošača.

Tatjana Jovanić, LL.M., PhD

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law

THE ROLE OF ADMINISTRATION IN PROTECTING COLLECTIVE INTERESTS OF CONSUMERS

Summary

Not solely the existence of one responsible body with general and horizontal competences in the field of consumer protection, but its institutional framework and procedural capacity, is the precondition of an effective role of the administration in protecting collective interests of consumers. In the process of law harmonisation and negotiations with the EU, the European Commission has been insisting, in particular, on the establishment of a body which should be a protagonist of consumer protection and coordinate the activities of other institutions involved in consumer protection, while in its Reports on progress in Serbia the Commission has stressed the setting up of the appropriate procedural mechanisms of protection of consumers' legal interests.

The Law on Consumer Protection of 2010 has made a radical shift in our long history of administration's role in protecting the interests of consumers. The aim of this paper is to highlight the need for review of the design, particularly in relation to the role of administration in protecting the collective economic interests of consumers. But beforehand, it will be pointed to the regulatory options and modalities of administration's role, it is necessary to reveal the specific characteristics of the collective interests of consumers as a form of collective protection of consumers, the benefits of protecting consumers through administrative law and then carve out the options in choosing the institutional form of administrative bodies.

Keywords: *consumer protection, collective interest of consumers, public administration, institutions, institutional capacity*

Tehnički urednik
Marina Lj. Mladenović

Korice
Milan Novičić

Priprema i štampa
Grafik centar

ISBN 978-86-7630-463-9

Tiraž
300

Adresa redakcije
Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo,
Beograd, Bulevar kralja Aleksandra 67
faks/telefon: 3027-725, 3027-776
e-mail: centar@ius.bg.ac.rs
veb-sajt: www.ius.bg.ac.rs

CIP - Каталогизacija у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

366.5/.6(082)

STRENGTHENING Consumer Protection in
Serbia = Jačanje zaštite potrošača u Srbiji :
Liber Amicorum Svetislav Taboroši / editors,
urednici Thierry Bourgoignie, Tatjana
Jovanić. - Beograd : Pravni fakultet
Univerziteta, Centar za izdavaštvo i
informisanje, 2013 (Beograd : Grafik centar).
- 326 str. ; 24 cm

Deo teksta uporedo na engl. i srp. jeziku. -
Tiraž 300. - Str. 7-10: Preface ; Predgovor /
Thierry Bourgoignie. - Str. 11-14: Foreword ;
Predgovor / Tatjana Jovanić. - Svetislav
Taboroši : biography = Svetislav Taboroši :
biografija: str. 15-16. - About the authors =
O autorima: str. 17-24. - Napomene i
bibliografske reference uz tekst.

ISBN 978-86-7630-463-9

a) Потрошачи - Правна заштита - Зборници
COBISS.SR-ID 202587148

The main beneficiary of the EU funded Project 'Strengthening Consumer Protection in Serbia' is the Ministry of Foreign and Internal Trade and Telecommunications of the Republic of Serbia, the Department of Consumer Protection in the Sector of Trade, Services, Prices and Consumer Protection. The Project's main objective is to establish cooperation with all relevant stakeholders in this area, to improve the protection and promotion of the rights and interests of consumers in Serbia, in line with EU legislation and best practices.

One among activities within the Project is the promotion of research in Consumer Law. This collection of essays was created in honour of Professor Svetislav Taboroši, Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law who has retired.

Glavni korisnik EU projekta 'Jačanje zaštite potrošača u Srbiji' je Ministarstvo spoljne i unutrašnje trgovine i telekomunikacija, odnosno Odeljenje za zaštitu potrošača u Sektoru za trgovinu, usluge, cene i zaštitu potrošača. Glavni cilj Projekta je uspostavljanje saradnje sa svim relevantnim akterima u ovoj oblasti, poboljšanje zaštite i promovisanje prava i interesa potrošača u Srbiji, u skladu sa zakonodavstvom EU i najboljim praksama.

Jedna u nizu aktivnosti Projekta je i promovisanje izučavanja Prava zaštite potrošača. Ovaj zbornik radova nastao je u čast prof. dr Svetislava Taborošija, redovnog profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu u penziji.

