

**NEPOŠTENI UVJETI**

**U POTROŠAČKIM UGOVORIMA**

**Priručnik za polaznike/ice**

**Izrada obrazovnog materijala:**

Goranka Barać-Ručević,

Vrhovni sud Republike Hrvatske

Ivana Zorić,

Općinski građanski sud u Zagrebu

(privremeno na Vrhovnom sudu Republike Hrvatske)

Zagreb, kolovoz 2020.

Copyright 2020.

Pravosudna akademija

Ulica grada Vukovara 49, 10 000 Zagreb, Hrvatska

TEL 00385(0)1 371 4540 FAKS 00385(0)1 371 4549 WEB www.pak.hr

**Sadržaj**

[Pravni okvir - zaštita potrošača, čija je to stvar? 4](#_Toc50384579)

[Primjena i ciljevi Direktive 93/13 6](#_Toc50384580)

[Područje primjene 7](#_Toc50384581)

[Vremenska primjena Direktive 93/13 u Hrvatskoj 8](#_Toc50384582)

[Ugovori izuzeti iz područja primjene Direktive 93/13 – nulta iznimka 9](#_Toc50384583)

[Potrošač i prodavatelj/pružatelj usluga (trgovci) 10](#_Toc50384584)

[Predmet kontrole - ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo 13](#_Toc50384585)

[Ugovorne odredbe koje su izuzete iz područja primjene Direktive 93/13 – prva iznimka 14](#_Toc50384586)

[Nepoštene ugovorne odredbe – test poštenosti i test transparentnosti 19](#_Toc50384587)

[Nepoštene ugovorne odredbe – test poštenosti 19](#_Toc50384588)

[Zahtjev dobre vjere 20](#_Toc50384589)

[Zahtjev ravnoteže 20](#_Toc50384590)

[Trenutak u odnosu na koji se određuje nepoštenost 23](#_Toc50384591)

[„Sivi popis“ – pomoć kod procjene nepoštenosti 24](#_Toc50384592)

[Ugovorne odredbe koje ne podliježu testu poštenosti – druga iznimka 25](#_Toc50384593)

[Odredbe o glavnom predmetu ugovora 25](#_Toc50384594)

[Primjerenost cijene 27](#_Toc50384595)

[Test transparentnosti 28](#_Toc50384596)

[Zahtjev formalne transparentnosti 30](#_Toc50384597)

[Zahtjev materijalne transparentnosti 30](#_Toc50384598)

[Nepoštenost ugovornih odredbi kredita denominiranih u kunama s valutnom klauzulom u CHF u praksi hrvatskih sudova 34](#_Toc50384599)

[Materijalnopravne posljedice nepoštenosti 36](#_Toc50384600)

[ugovornih odredbi 36](#_Toc50384601)

[Nepoštene ugovorne odredbe ne obvezuju potrošača 38](#_Toc50384602)

[Pravo na restituciju 39](#_Toc50384603)

[Nakon uklanjanja nepoštenih odredbi ugovor i dalje obvezuje stranke – zabrana sudske revizije ugovora 41](#_Toc50384604)

[Iznimke od zabrane sudske revizije 48](#_Toc50384605)

[Izmjena ili zamjena nepoštene odredbe voljom stranaka 54](#_Toc50384606)

[Izmjena nepoštenih ugovornih odredbi zakonodavnom intervencijom 56](#_Toc50384607)

[Postupovne posljedice nepoštenosti ugovorne odredbe 64](#_Toc50384608)

[Djelotvornost pravnih lijekova 66](#_Toc50384609)

[Rokovi 66](#_Toc50384610)

[Suspenzivnost pravnih lijekova, privremene mjere i odgode ovrhe 68](#_Toc50384611)

[Kontrola po službenoj dužnosti 70](#_Toc50384612)

[Sadržaj i granice kontrole po službenoj dužnosti – Jesu li postupci postali inkvizitorni? 74](#_Toc50384613)

[Kontrola po službenoj dužnosti u postupcima izdavanja platnog naloga i u ovršnim postupcima 77](#_Toc50384614)

[Postupovne odredbe o nadležnosti 79](#_Toc50384615)

[Sporazum o nadležnosti - Potrošač u poziciji tuženika 81](#_Toc50384616)

[Sporazum o nadležnosti - Potrošač u poziciji tužitelja 82](#_Toc50384617)

[Troškovi parničnog postupka 83](#_Toc50384618)

[Hodogram postupanja kod ispitivanja nepoštenosti ugovorne odredbe 85](#_Toc50384619)

[Literatura i izvori 86](#_Toc50384620)

[Hipotetski primjeri za vježbu 90](#_Toc50384621)

# Pravni okvir - zaštita potrošača, čija je to stvar?

Zaštita potrošača pripada području podijeljene nadležnosti između Europske unije (dalje: Unija, EU) i država članica. To znači da pravno obvezujuće akte u tom području mogu donositi i usvajati i Unija i države članice. Države članice svoju nadležnost izvršavaju u onoj mjeri u kojoj Unija ne izvršava svoju nadležnost.

Pravni okvir zaštite potrošača na području EU određen je odredbama **primarnog prava** – člankom 4. stavkom 2., te člancima 12., 114. i 169. **Ugovora o funkcioniranju Europske unije** (pročišćena verzija, Službeni list Europske unije, 2016/C 202/01, dalje: UFEU) i člankom 38. **Povelje o temeljnim pravima Europske unije** (Službeni list Europske unije, 2016/C 202/01, dalje: Povelja EU).

Članak 114. UFEU-a je pravna osnova za usvajanje mjera za usklađivanje odredaba zakona ili drugih propisa u državama članicama (tzv. harmonizacija zakonodavstva), čiji je cilj uspostava i funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Pritom je naglašen cilj visoke razine zaštite, posebice vodeći računa o svakom novom razvoju utemeljenom na znanstvenim činjenicama.

Učinkovita zaštita potrošača omogućuje učinkovito i pravilno funkcioniranje zajedničkog tržišta. Cilj ove zaštite je jamčiti prava potrošača prema trgovcima, ali i osigurati pravednije i konkurentnije zajedničko tržište. Osnaživanje potrošača i učinkovito osiguranje njihove sigurnosti i gospodarskih interesa postalo je jedno od osnovnih ciljeva politika Unije.

Člankom 169. UFEU-a uvedena je pravna osnova za donošenje široke lepeze mjera na razini EU u području zaštite potrošača - „*Radi promicanja interesa potrošača i osiguranja visokog stupnja zaštite potrošača, Unija doprinosi zaštiti zdravlja, sigurnosti i ekonomskih interesa potrošača, kao i promicanju njihova prava na obaviještenost, obrazovanje i organiziranje u svrhu zaštite njihovih interesa*.“ To znači da je cilj ove zaštite, osim omogućavanja učinkovitog i pravilnog funkcioniranja zajedničkog tržišta, osigurati potrošačima pristup robi i uslugama, pristup sudu, kvalitetnije javne usluge, stanovanje i zaštitu zdravlja. Isto tako, mjere usvojene na EU razini ne sprečavaju ni jednu državu članicu da zadrži ili uvede strože zaštitne mjere (u skladu s Ugovorima).

Posljedično, politika zaštite potrošača dio je strateškog cilja EU koji se odnosi na poboljšanje kvalitete života njezinih građana, a zahtjevi zaštite potrošača uzimaju se u obzir pri utvrđivanju i provedbi ostalih politika i aktivnosti Unije (članak 12. UFEU-a).

Povelja EU dodatno osnažuje zaštitu potrošača utvrđujući kako politike Unije osiguravaju visoku razinu zaštite potrošača (članak 38. Povelje EU).

S obzirom na to Europska unija ima nešto više od pola milijarde potencijalnih potrošača, od sredine 1970-ih godina Unija nastoji uskladiti nacionalne mjere zaštite potrošača kako bi svojim građanima zajamčila istu razinu zaštite na jedinstvenom tržištu. Taj se proces harmonizacije provodi u najvećoj mjeri kroz donošenje **direktiva** čiji se ciljevi prenose u nacionalna zakonodavstva **implementacijskim mjerama**, vodeći računa o **praksi Suda Europske unije** u tumačenju značenja i dosega pojedinih normi europskog zakonodavstva.

 Iako su direktive EU s područja zaštite potrošača mnogobrojne, predmet ovog priručnika je (samo) zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi.

NEPOŠTENI UVJETI U POTROŠAČKIM UGOVORIMA

# Primjena i ciljevi Direktive 93/13

Direktiva 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima[[1]](#footnote-1) (dalje: Direktiva 93/13) je sekundarni izvor prava EU te *„je obvezujuća, u pogledu rezultata koji je potrebno postići, za svaku državu članicu kojoj je upućena, a odabir oblika i metoda postizanja tog rezultata prepušten je nacionalnim tijelima.“[[2]](#footnote-2)*

Rezultat koji se ovom direktivom želi postići je usklađivanje zakonodavstava kako bi svi građani Unije u svim državama članicama imali zajamčen minimum zaštite koju ona pruža (tzv. minimalno usklađenje).

Iako u Republici Hrvatskoj zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi u potrošačkim ugovorima postoji od 2003. kada je stupio na snagu Zakon o zaštiti potrošača („Narodne novine” br. 96/03), Direktiva 93/13 je formalno prenesena u domaće zakonodavstvo Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača („Narodne novine” br. 78/12).

U aktualnom Zakonu o zaštiti potrošača ("Narodne novine" br. 41/14, 110/15 i 14/19, dalje: ZZP), Direktiva je prenesena u odredbama članaka 49. do 55. koje se nalaze u trećem dijelu zakona (Potrošački ugovorni odnosi), glavi drugoj (Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima).

Iako direktive nemaju izravan učinak u horizontalnim odnosima pa se potrošač prema trgovcu koji je fizička osoba ili pravna osoba privatnog prava ne može izravno pozivati na prava koja za njega izviru iz ove direktive, ona ima neizravni učinak jer su domaći sudovi obvezni domaće pravo tumačiti u skladu s njom (tzv. obvezno usklađeno tumačenje nacionalnog prava).

Premda se načelo da se nacionalno pravo mora tumačiti u skladu s pravom Unije u prvom redu tiče upravo domaćih odredbi usvojenih radi implementacije pojedine direktive odnosno u ovom slučaju ZZP-a, ono ne podrazumijeva samo tumačenje tih odredbi, već zahtijeva od nacionalnog suda da uzme u obzir domaće pravo kao cjelinu kako bi procijenio u kojoj mjeri ga se može primijeniti tako da ne dovodi do rezultata koji je suprotan onom koji zadaje direktiva. U tom smislu se u skladu s ciljevima koje određuje Direktiva 93/13 trebaju tumačiti i svi ostali domaći propisi koji se primjenjuju u predmetima koji se odnose na nepoštene ugovorne odredbe i to:

* Zakon o obveznim odnosima („Narodne novine“ br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18, dalje ZOO) - opće odredbe ugovornog prava, sklapanje i valjanost pravnih poslova, opći uvjeti ugovora, pravne posljedice neobvezujuće prirode nepoštenih ugovornih odredba i dr.
* Zakon o parničnom postupku („Narodne novine“ br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 14/11, 25/13, 889/14 i 70/19, dalje ZPP) – obveza nacionalnog suda da u pojedinačnim predmetima ima aktivnu ulogu (kontrola po službenoj dužnosti, izvođenje dokaza po službenoj dužnosti i dr.)
* Ovršni zakon („Narodne novine“ br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 i 73/17, dalje OZ) – pravni lijekovi, odgoda ovrhe, proglašenje ovrhe nedopuštenom i dr.

Prilikom primjene ZZP-a i ostalih zakona koji utječu na odlučivanje u predmetima o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi treba imati na umu cilj koji se ovom direktivom namjerava postići - zaštita potrošačaod nepoštenih ugovornih odredbi o kojima se nisu vodili pojedinačni pregovori. Ona počiva na tezi da se potrošač nalazi u podređenom položaju, kako u pogledu pregovaračke moći (jer nije mogao utjecati na sadržaj ugovornih odredbi koje ga obvezuju), tako i u pogledu razine informiranosti, jer je logika zaštite koju zahtijeva Direktiva 93/13 izbjeći da potrošač preuzme obveze s čijim dosegom nije upoznat, ne može ga sagledati u cjelini ili ga stvarno ne razumije.

Ova se zaštita prema sustavu kojeg postavlja Direktiva 93/13 postiže kroz istovremeno ostvarenje dvaju ciljeva: 1) ponovno uspostavljanje stvarne ravnoteže među ugovarateljima i 2) odvraćanje prodavatelja/pružatelja usluga od korištenja nepoštenih ugovornih odredbi ubuduće – tzv. preventivna funkcija direktive.

## Područje primjene

Područje primjene Direktive 93/13 određeno je odredbom članka 1. stavka 1.

Članak 1. stavak 1.

Svrha ove Direktive je uskladiti zakone i druge propise država članica koji se odnose na nepoštene odredbe u ugovorima koji se sklapaju između prodavatelja robe ili pružatelja usluga i potrošača.

Dakle, u njezino područje primjene ulaze nepoštene ugovorne odredbe u ugovorima koji se sklapaju između prodavatelja robe ili pružatelja usluga i potrošača.

U tom smislu, Direktiva 93/13, kad je riječ o ugovorima koji potpadaju pod njezinu primjenu, upućuje samo na svojstvo ugovornih strana – ugovori sklopljeni između prodavatelja/pružatelja usluga s jedne strane i potrošača s druge strane. Ona štiti potrošača od nepoštenih odredbi u bilo kojem ugovoru koji trgovac sklopi s potrošačem, bez obzira je li predmet ugovora isporuka roba, usluga i/ili digitalnog sadržaja. Tako treba tumačiti i primjenu odredbi ZZP-a o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima. Iako EU pravo ima još instrumenata zaštite prava potrošača, podijeljenih po sektorima, koji dubinski ulaze u pojedine ugovorne odnose, ova direktiva ima vrlo široku, gotovo univerzalnu primjenu na potrošačke ugovore u svim gospodarskim sektorima. Budući da je cilj ove direktive usklađivanje zakonodavstava kako bi svi građani Unije u svim državama članicama imali zajamčen minimum zaštite koju ona pruža, za primjenu ove direktive ne traži se nikakav prekogranični element. Primjenjuje se „kako kod kuće tako i širom unutarnjeg tržišta”[[3]](#footnote-3).

Drugim riječima, Direktiva 93/13 se primjenjuje i na ugovore koji su sklopljeni između domaćih potrošača i domaćih prodavatelja, neovisno o tome o kojoj vrsti potrošačkog ugovora i kojem gospodarskom području je riječ, je li ugovor usmeni, pisani ili solemnizirani - dok god je jedan ugovaratelj potrošač, a drugi prodavatelj robe/pružatelj usluga, ugovorni odnos podliježe primjeni Direktive 93/13.

Kad je riječ o teritorijalnoj primjeni, Direktiva 93/13 se primjenjuje na području čitave EU, odnosno štiti sve potrošače koji imaju uobičajeno boravište na njenom području. Štoviše, Direktiva štiti potrošače Unije i kad oni sklapaju ugovore s trgovcima koji nemaju uobičajeno boravište ili sjedište na području Unije. Ova zaštita osigurana je Uredbom Rim I o pravu mjerodavnom za ugovore[[4]](#footnote-4). Člankom 6. koji uređuje pravo mjerodavno za potrošačke ugovore, propisano je da je za te ugovore mjerodavno pravo države u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište, pod uvjetom da poduzetnik provodi svoje komercijalne ili stručne djelatnosti u toj državi ili bilo kojim sredstvima usmjerava takve djelatnosti na tu državu, a ugovor je obuhvaćen opsegom tih djelatnosti. To će, primjerice, biti slučaj kad u toj državi prodavatelj/pružatelj usluga ima internetsku stranicu preko koje prodaje svoje proizvode ili usluge. Stranke mogu odabrati drugo prvo mjerodavno za potrošački ugovor (uključivo i pravo treće zemlje), ali takav izbor ne može imati za posljedicu lišavanje potrošača zaštite osigurane pravilima njegove države. To drugim riječima znači da je za zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi ugovora koji sklapa hrvatski potrošač, mjerodavno hrvatsko pravo – ZZP koji se ima primijeniti u skladu s Direktivom 93/13 kako je tumači Sud Europske Unije (dalje ES), i onda kad je ugovor sklopljen s trgovcem treće države, ako je djelatnost trgovca usmjerena na hrvatsko tržište. Ako su stranke ugovorile pravo treće zemlje, to ne može imati za posljedicu da potrošač gubi prava na zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi koja mu jamči hrvatsko pravo. Dapače sama Direktiva 93/13 u svojoj odredbi članka 6. stavka 2. propisuje dužnost država članica da poduzimaju potrebne mjere kako bi onemogućile da potrošač izgubi zaštitu koju mu se pruža ovom Direktivom, na temelju odabira prava države koja nije članica kao prava primjenjivog na taj ugovor ako je taj ugovor usko povezan s državnim područjem države članice.[[5]](#footnote-5)

## Vremenska primjena Direktive 93/13 u Hrvatskoj

Direktiva 93/13 primjenjuje se samo na potrošačke ugovore sklopljene u Hrvatskoj nakon 1. srpnja 2013. Naime, prema praksi ES (rješenje od 3. srpnja 2014. u predmetu C-92/14 u predmetu *Tudoran*, t. 26. – 29. i presuda od 9. srpnja 2020. u spojenim predmetima C-698/19 i C-699/18 u predmetu *Raiffeisen Bank* , t. 41. – 48.) prijelazne i završne odredbe koje uređuju primjenu ove direktive *ratione temporis* treba tumačiti na način da je za njezinu primjenu odlučan datum sklapanja potrošačkog ugovora pri čemu razdoblje tijekom kojeg on proizvode učinke nije relevantno. S obzirom na to da je Direktiva 93/13 u Hrvatskoj stupila na snagu danom pristupanja Hrvatske Europskoj uniji, potrošački ugovori sklopljeni prije tog dana ne podliježu primjeni ove Direktive.

Kad je riječ o nacionalnim propisima koji su doneseni nakon pristupanja Hrvatske Europskoj uniji i koji se, s jedne strane, na temelju svojeg retroaktivnog učinka primjenjuju na interese potrošača iz ugovora koji su sklopljeni prije tog datuma i, s druge strane, proizvode pravne učinke u pogledu tih ugovora nakon pristupanja Uniji - takvi propisi moraju biti usklađeni s pravom Unije (Vidi presudu od 14. veljače 2019., C-630/17, *Milivojević*, t. 43.)

U tom smislu, iako ES zasad nije tumačio vremensku primjenu Direktive 93/13 na pravne posljedice zakonske konverzije na interese potrošača iz potrošačkih ugovora o kreditu u CHF koji su bili sklopljeni u Hrvatskoj prije pristupanja Europskoj uniji 1. srpnja 2013., mišljenja smo da se na interese potrošača vremenski primjenjuje Direktiva 93/13. To zato jer je riječ o ugovorima koji su konvertirani krajem 2015. i početkom 2016., na temelju propisa koji je Hrvatska donijela 2015. (nakon datuma pristupanja) i koji proizvodi pravne učinke u pogledu tih ugovora nakon pristupanja Uniji.

### Ugovori izuzeti iz područja primjene Direktive 93/13 – nulta iznimka

U skladu s desetom uvodnom odredbom Direktive 93/13, iz njezinog su područja primjene isključeni**:**

* ugovori koji se odnose na zapošljavanje
* ugovori koji se odnose na nasljedna prava
* ugovori koji se odnose na prava iz obiteljskog zakona
* ugovore koji se odnose na osnivanje i ustrojavanje trgovačkih društava ili na ugovore o partnerstvu.

Iako prva, ovo nije najznačajnija iznimka iz područja primjene Direktive s obzirom na to da se i inače ugovori o radu, ugovori koji se odnose na prava iz obiteljskog zakona ili nasljednog prava po svojoj prirodi teško mogu zamisliti kao potrošački ugovori. Međutim, i na ovoj najjednostavnijoj iznimci vrijedi osnovno pravilo o tome da iznimke koje predviđa direktiva treba usko tumačiti. Ilustracije radi, prema praksi ES-a, ne smatra se ugovorom koji se odnosi na zapošljavanje, već dapače potrošačkim ugovorom na koji se primjenjuje ova Direktiva, ugovor o zajmu koji za stambeno zbrinjavanje svojih radnika sklapa poslodavac sa svojim radnikom i njegovim supružnikom, neovisno o tome što se takav ugovor može sklopiti samo s radnicima tog poslodavca i što se automatski raskida u slučaju prestanaka radnog odnosa zajmoprimca.[[6]](#footnote-6).

# Potrošač i prodavatelj/pružatelj usluga (trgovci)

Prema članku 2. Direktive 93/13:

* potrošač je svaka fizička osoba koja u ugovorima obuhvaćenima ovom Direktivom nastupa za potrebe izvan okvira svojeg obrta, poduzeća i profesije
* prodavatelj (robe) ili pružatelj (usluge) je svaka fizička ili pravna osoba koja u ugovorima obuhvaćenima ovom Direktivom nastupa u okviru svojeg obrta, poduzeća i profe­sije, bez obzira na to je li u javnom ili privatnom vlasništvu.

Prema članku 5. ZZP-a:

* potrošač je svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu izvan svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti
* trgovac je bilo koja osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u okviru svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti, uključujući i osobu koja nastupa u ime ili za račun trgovca

Najprije, Direktiva 93/13 pojmove potrošača i prodavatelja/pružatelja usluga definira kao funkcionalne pojmove, imajući na umu svojstva ili uloge koju stranke imaju u konkretnom ugovoru, odnosno ovisno o tome nastupaju li one u okviru svog obrta, poduzeća i profesije ili ne.

ZZP prenosi isti funkcionalni kriterij, uz razliku što se u nacionalnom pravu prodavatelj roba odnosno pružatelj usluga koji nastupa u okviru svog obrta, poduzeća ili profesije naziva trgovac.

Osim uloge u konkretnom odnosu, za svojstvo potrošača potrebno je da sudionik u ugovornom odnosu bude fizička osoba. To znači da pravna osoba, pa i mali j.d.o.o., kada s trgovcem sklapa pravni posao koji izlazi iz okvira njezine djelatnosti neće uživati zaštitu koja je zajamčena potrošačima jer nije fizička osoba.

S druge strane, trgovac može biti i fizička i pravna osoba, već prema tome nastupa li ili ne u okviru svojeg obrta ili profesije ili ne. To znači da ista fizička osoba u jednom ugovornom odnosu može biti trgovac (odvjetnik koji s fizičkom osobom sklopi ugovor o zastupanju), a u drugom potrošač (kad isti odvjetnik s bankom sklopi ugovor o kreditu radi kupnje stana za stanovanje). To također znači da ista fizička osoba, kada sklapa ugovor o kupnji vozila za privatne svrhe, jest potrošač, a kada taj automobil kupuje od istog trgovca za potrebe svog obrta ili kao direktor za potrebe poslovne djelatnosti svog društva, nije potrošač.

Važno je naglasiti i to da je za svojstvo potrošača u načelu neodlučno duguje li potrošač kakvu naknadu za uslugu koju pruža trgovac. Takav su primjer potrošačkih ugovora, prema praksi ES-a[[7]](#footnote-7), ugovori o jamstvu ili ugovori o osiguranju zasnivanjem založenog prava. Iako su ugovori o jamstvu ili osiguranju potraživanja akcesorni pravni poslovi glavnom ugovoru o zajmu (ili kreditu), riječ je odvojenim poslovima u kojima su stranke različite od glavnog posla (zajma ili kredita). U tim pravnim poslovnima jamac i založni dužnik u pravilu ne duguju nikakvu novčanu naknadu vjerovniku u smislu nekog potrošačkog pravnog posla, ali imaju, funkcionalno, status potrošača i uživaju zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi prema Direktivi 93/13. Dapače, založni dužnik ili jamac može biti potrošač iako glavni ugovor o kreditu nije potrošački ugovor. Takav će slučaj biti kad je, primjerice, obveza korisnika kredita – društva s ograničenom odgovornosti – osigurana hipotekom na nekretnini u vlasništvu punice jedinog osnivača i direktora društva dužnika. Prema praksi ES-a[[8]](#footnote-8), ugovor o jamstvu ili ugovor o osiguranju koji je fizička osoba sklopila s kreditnom institucijom radi osiguranja ugovornih obveza koje je prema kreditoru preuzelo trgovačko društvo u slučaju kada jamac ili založeni dužnik djeluje za potrebe izvan okvira svojeg obrta, poduzeća i profesije i ni na koji način nije povezan s tim društvom (zajmoprimcem) jest potrošački ugovor. Povezanost s društvom dužnikom postoji ako je jamac ili založni dužnik osnivač ili zakonski zastupnik društva dužnika ili ako u društvu dužnika ima značajniji poslovni udio. U tom slučaju, kad direktor osobnom imovinom jamči za obveze društva kojeg zastupa, ugovor o jamstvu (ili osiguranju) nije potrošački ugovor.

Radi osiguranja široke zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi **pojam prodavatelja/pružatelja usluga** treba se široko tumačiti. Ako ugovaratelj fizičke osobe nije prodavatelj/pružatelj usluga, tada ugovor nije u području primjene Direktive 93/13. Prema praksi ES-a[[9]](#footnote-9) koja obvezuje hrvatske sudove kada tumače pojam trgovca iz članka 5. ZPP-a, uvijek je riječ o trgovcu kada ugovorni odnos ulazi u okvir aktivnosti obrta, poduzeća ili profesije pravne ili fizičke osobe koja sklapa ugovor. Pritom nije nužno da se u ugovoru odražava glavna djelatnost koju obavlja ta pravna ili fizička osobe (može biti dodatna ili sporedna glavnoj). Isto tako, dok se god ugovor sklapa u okviru poslovne djelatnosti trgovca, za njegovo svojstvo trgovca nije odlučno je li on u javnom ili privatnom vlasništvu, je li riječ o profesionalnoj djelatnosti javne naravi ili je poduzeta od strane javnopravnog tijela. Nije od utjecaja niti to da je profesionalna djelatnost trgovca od općeg interesa ili se poduzima za ostvarivanje dobrotvorne svrhe. Konačno, kad sklapa ugovor s potrošačem, trgovac može biti i profitna i neprofitna organizacija. I neprofitne organizacije su trgovci kad god potrošačima prodaju kakva dobra ili usluge.

S druge, strane, **potrošač** je slabija stranka jer ugovor ne ulazi u područje njegove profesionalne djelatnosti i u podređenom je položaju u odnosu na prodavatelja/pružatelja usluga.

Podređenost proizlazi iz njegove (ne)informiranosti i nemogućnosti pregovaranja o uvjetima koje je prethodno sastavio prodavatelj robe (pružatelj usluga), a na čiji sadržaj potrošač ne može utjecati. Upravo taj podređeni položaj dovodi do toga da potrošač pristane ne uvjete koje je trgovac prethodno sastavio bez mogućnosti utjecaja na njihov sadržaj[[10]](#footnote-10).

Pritom je nevažno koliko je znanje ili iskustvo pojedinog potrošača. Postavlja se često u praksi pitanje, može li se, u smislu zaštite prava potrošača koji su korisnici kredita, na jednak način tretirati potrošač koji je pravnik ili ekonomski stručnjak i učitelj ili liječnik. Je li odlučno to što neki potrošač prvi put sklapa određeni potrošački ugovor ili je takve ugovore već sklapao ranije pa se može uzeti da već ima iskustva?

Prema praksi ES-a[[11]](#footnote-11), na temelju većeg znanja i iskustva određenog potrošača takvu se osobu ne isključuje kao „potrošača” u smislu Direktive jer je odlučan njegov podređeni položaj. Neovisno o tome je li korisnik kredita liječnik, učitelj ili ekonomist, nitko od njih nema mogućnost pregovaranja o općim uvjetima banke koji se primjenjuju ne kredite koje sklapaju pa svi oni, neovisno o pojedinačnim razlikama u znanju i iskustvu, dijele u odnosu na banku jednaki podređeni položaj. Također je neodlučna okolnost, o kojoj se također raspravlja, koja je svrha sklapanja ugovora. Je li to, kad je riječ o ugovoru o kupoprodaji ili o ugovoru o kreditu, kupnja jedine nekretnine za stambeno zbrinjavanje ili treće nekretnine za odmor. Je li to zajam za financiranje liječenja ili za financiranje kupnje jahte ili nekog drugog luksuznog proizvoda ili usluge. Zaštita od nepoštenih ugovornih uvjeta kako je postavlja Direktiva 93/13 ne dozvoljava razlikovanje potrošača po kriteriju nužnosti sklapanja ugovora. Dok god fizička osoba sklapa s trgovcem ugovor koji izlazi iz okvira njezine poslovne djelatnosti, riječ je o potrošačkom ugovoru, a gospodarska svrha ugovora, kao niti njegova financijska vrijednost nisu odlučne.

Konačno, prema praksi ES-a, za pojam "potrošača" nije odlučno to što je potrošački ugovor prestao, primjerice ispunjenjem. Naime, korisnici kredita koji su otplatili kredit, redovno ili prijevremeno, i koji traže povrat plaćenog na temelju pravila o stjecanju bez osnove (jer su plaćanja učinjena na temelju nepoštenih ugovornih odredbi) zadržavaju svojstvo potrošača iako je ugovor prestao (ispunjenjem).[[12]](#footnote-12)

# Predmet kontrole - ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo

Direktiva 93/13 i odredbe članaka 49.-55. ZZP-a ne štite potrošače od svih ugovornih odredbi. Samo od onih o kojima se nisu vodili pojedinačni pregovori.

To su najčešće standardne, standardizirane, unaprijed formulirane ugovorne odredbe – tzv. (opći ili posebni) uvjeti ugovora. Odlučno je samo da se o tim odredbama nisu vodili pojedinačni pregovori, a da one ipak jesu dio ugovorenog prava, odnosno da uređuju prava i obveze ugovornih strana. Pritom je neodlučno u kakvom su obliku - pisane (natiskane, na internetu, rukom pisane) ili usmene („Mi to tako radimo“, „takva je naša uobičajena praksa“ i sl.). Isto tako, neodlučno je i to je li ugovor u kojem se nalaze privatna isprava ili javnobilježnički akt te jesu li sadržane u jednoj ispravi ili više isprava.

Uvijek se smatra da se o nekoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo ako je ona sastavljena unaprijed pa potrošač nije mogao utjecati na njezin sadržaj. To je najčešće slučaj kod unaprijed formuliranog standardnog ugovora. Kad god prodavatelj robe ili pružatelj usluga izjavi da se o nekoj standardnoj odredbi pojedinačno pregovaralo, teret dokaza je na njemu[[13]](#footnote-13). Pritom činjenica da se o određenim aspektima neke odredbe ili o nekoj određenoj odredbi pojedinačno pregovaralo ne znači da se pojedinačno pregovaralo o ostalim ugovornim odredbama. Ako nije riječ o unaprijed sastavljenoj odredbi, teret dokaza o tome da se o njoj nije pregovaralo je ne potrošaču.

Što to znači pregovarati? Postojanje pregovora pretpostavlja vođenje prethodne rasprave i aktivnu ulogu potrošača u utvrđivanju sadržaja tih odredbi. O ugovornoj odredbi nije se pojedinačno pregovaralo ako potrošač nije mogao stvarno utjecati na njezin sadržaj. To se pitanje ocjenjuje s obzirom na okolnosti sklapanja ugovora i, konkretno, opseg rasprava koje su se vodile između stranaka u pogledu sadržaja te odredbe[[14]](#footnote-14). Ako je riječ o standardnoj prethodno sastavljanoj odredbi, na prodavatelju robe ili pružatelju usluge je da podnese dokaz o tome da su se o njoj vodili takvi pregovori.

Iako se često u praksi problematizira značenje potpisa potrošača koji na unaprijed otisnutim obrascima ugovora potpisom potvrđuje, ponekad i na više mjesta, da su mu uručeni opći uvjeti ugovora ili da je na drugi način obaviješten o njihovom sadržaju, treba reći da potpis potrošača ne znači da su o tim odredbama vođeni pojedinačni pregovori. To su i s potpisom potrošača i bez njega i dalje ugovorne odredbe o kojima se nisu vodili pojedinačni pregovori i kao takve ulaze u područje primjene Direktive 93/13 i ZZP-a. Također, kad se, primjerice, potrošač koristi uslugom prijevoza putnika u vlaku, a nije kupio voznu kartu koja za njegovu dionicu iznosi 15 kn, činjenica da je na svakih metar prostora u vlaku izloženo upozorenje da je vožnja bez karte najskuplja vožnja, koja će one bez karte koštati dodatka od 1.000,00 kn i koja upozorenja su vidljiva i jasno označena do mjere da ih putnik u vlaku ne možete ne uočiti, ne znači da su o visinu doplatka u vlaku vođeni pregovori s tim putnikom (potrošačem).

## Ugovorne odredbe koje su izuzete iz područja primjene Direktive 93/13 – prva iznimka

Direktiva 93/13 se ne primjenjuje na sve ugovorne odredbe o kojima se nisu vodili pojedinačni pregovori. Iznimka od njezine primjene propisana je u članku 1. stavku 2.

Članak 1. stavak 2.

Ugovorne odredbe koje su odraz obaveznih zakonskih ili regulatornih odredaba i odredaba ili načela međunarodnih konvencija u kojima su države članice ili Zajednica stranke, posebno u području prijevoza, ne podliježu odredbama ove Direktive.

Ugovorne odredbe koje su odraz obaveznih zakonskih ili regulatornih odredaba ne podliježu odredbama Direktive iako se o njima nisu vodili pojedinačni pregovori. Dakle, sve i kad je riječ o ugovoru koji je sklopljen između potrošača i trgovca, one odredbe koje je u taj ugovor unio trgovac, bez pregovaranja, ne podliježu Direktivi 93/13, ako su one odraz obveznih zakonskih ili regulatornih odredbi, tj. ako ih je trgovac prepisao iz konvencija, zakona ili podzakonskih propisa.

Ova iznimka iz područja primjene Direktive prenesena je u hrvatsko zakonodavstvo člankom 49. stavkom 5. ZZP-a koji iz svoje primjene isključuje ugovorene odredbe kojima se u ugovor unose zakonske odredbe prisilne prirode, odnosno kojima se u ugovor unose odredbe i načela konvencija koje obvezuju Republiku Hrvatsku.

Članak 49. stavak 5. ZZP-a

Odredbe ove glave Zakona ne primjenjuju se na ugovorne odredbe kojima se u ugovor unose zakonske odredbe prisilne prirode, odnosno kojima se u ugovor unose odredbe i načela konvencija koje obvezuju Republiku Hrvatsku.

To znači da je Hrvatska zapravo suzila iznimku od područja primjene Direktive 93/13, na način da je iz područja zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi isključila samo odredbe koje su odraz prisilnih zakonskih odredbi. To bi drugim riječima značilo da odredbe koje je trgovac prepisao iz pravilnika ili drugih podzakonskih propisa, kao i za slučaj da je prepisao dispozitivne odredbe zakona, takve odredbe ulaze u područje primjene zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi. Ako se ovakvim suženjem iznimaka iz područja primjene zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi povećava, odnosno barem ne smanjuje zaštita koja se Direktivom 93/13 traži, onda je to u redu budući da Direktiva 93/13 postavlja okvir za minimalno usklađenje, a države članice mogu, kako bi osigurale najviši stupanj zaštite potrošača, u području na koje se odnosi ova direktiva usvojiti ili zadržati i (naj)strože odredbe pod pretpostavkom da su spojive s primarnim pravom EU.[[15]](#footnote-15)

S druge strane, pitanje je kolika je praktična važnost suženja koji propisuje ZZP osobito kad jer riječ o dispozitivnim odredbama zakona, pored činjenice da se za te odredbe zakona kao i regulatorne (podzakonske) odredbe država članica kojima se izravno ili neizravno utvrđuju uvjeti potrošačkih ugovora, pretpostavlja da ne sadrže nepoštene odredbe.[[16]](#footnote-16)

Naime, upravo je to razlog zbog kojeg se, prema trinaestoj uvodnoj izjavi Direktive 93/13, iz njezinog područja primjene zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi isključuju ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo, a koje su odraz obveznih zakonskih odredbi. Legitimno je za pretpostaviti da je nacionalni zakonodavac takvim obveznim zakonskim odredbama uspostavio pravičnu ravnotežu među ugovornim stranama. Drugim riječima, one uživaju predmnijevu poštenosti.

Koje su to obvezne odredbe zakona koje ne podliježu primjeni Direktive?

Prvo, to su kogentne zakonske odredbe koje se primjenjuju na ugovorne strane, neovisno o njihovoj volji. Na primjer, u općim uvjetima agencije za prodaju i iznajmljivanje nekretnina stoji da ugovor o najmu stana mora biti sklopljen u pisanom obliku kao i da je u slučaju spora iz najamnog odnosa na stanu mjesno nadležan sud mjesta u kojem se nekretnina nalazi. Odredba o (pisanom) obliku ugovora o najmu stana i o (isključivoj) mjesnoj nadležnosti za sporove iz najamnih odnosa na nekretninama su kogentne odredbe Zakona o najmu stanova ("Narodne novine" br. 91/96, 48/98, 66/98, 22/06 i 68/18)[[17]](#footnote-17), odnosno ZPP-a[[18]](#footnote-18) pa se na ove odredbe ugovora ne mogu primijeniti ni Direktiva ni ZZP neovisno o tome što ih je trgovac u potrošački ugovor unio bez pregovaranja.

Drugo, obvezne zakonske odredbe koje su unesene u ugovor, a ne podliježu Direktivi su i dispozitivne odredbe koje se uvijek (automatski) primjenjuju kad nema drugačijeg dogovora stranaka, odnosno kad nisu isključene stranačkim sporazumom. To su odredbe koje definiraju prirodne sastojke ugovora (tzv. *naturalia negotii)*. Na primjer, trgovac u potrošački ugovor unese bez pregovaranja odredbu o tome da je trgovac ovlašten svoju tražbinu prema potrošaču ustupiti novom vjerovniku. S obzirom na to da su odredbe ZOO-a o ustupu tražbine[[19]](#footnote-19) dispozitivne odredbe koje se automatski primjenjuju na ugovor, a neće se primijeniti samo ako stranke ugovorom isključe njihovu primjenu, ugovorna odredba o ustupu tražbine, iako nije bila predmetom pregovaranja, ne podliježe Direktivi. Izuzeće predviđeno člankom 49. stavkom 5. ZZP-a ne bi obuhvaćalo ovakve dispozitivne odredbe, što znači da dispozitivne odredbe zakona koje su bez pregovaranja unesene u ugovore prema nacionalnom pravu podliježu kontroli poštenosti. S obzirom na presumpciju poštenosti ovih zakonskih odredbi i činjenicu da je jedna od glavnih sastavnica testa poštenosti[[20]](#footnote-20) upravo usporedba ugovorne odredbe s odredbama nacionalnog dispozitivnog prava, suženje koje predviđa ZZP u stvarnosti nema značenje višeg standarda zaštite od onog kojeg pruža Direktiva 93/13.

 U svakom slučaju, odredbu članka 1. stavka 2. Direktive 93/13 i odredbu članka 49. stavak 5. ZZP-a treba, kao i sve ostale iznimke od kontrole nepoštenih ugovornih odredbi, restriktivno tumačiti, a radi ostvarenja što šire zaštite potrošača.

Uzmimo za primjer ugovor o kreditu koji sadrži ugovornu odredbu o tome da je za sve sporove koji mogu proizaći iz tog ugovora mjesno nadležan sud sjedišta kreditora, odnosno banke. Taj kreditor nema izdvojene poslovne jedinice. U situaciji kad je potrošač tužitelj koji želi tužbom tražiti utvrđenje ništetnosti ugovora o kreditu ili neke njegove odredbe, prema ugovoru, tužbu podnosi sudu na čijom području banka ima sjedište. Ovakva ugovorna odredba slijedi zakonsko rješenje prema kojem je za suđenje nadležan sud prebivališta (ili boravišta)/sjedišta tuženika kao općemjesno nadležan sud[[21]](#footnote-21). Zakon za ovu vrstu sporova ne propisuje posebne isključive ili izberive nadležnosti. Utoliko, ugovorna odredba o tome da je za suđenje mjesno nadležan sud koji je mjesno nadležan prema sjedištu banke, u situaciji kad je tužitelj potrošač, odraz je zakonske odredbe koja se primjenjuje uvijek, osim ako stranke nisu ugovorile mjesnu nadležnost nekog drugog suda.

U tom smislu, riječ je o ugovornoj odredbi koja ne podliježe Direktivi 93/13. Ono što se u ovoj situaciji može problematizirati je samo zakonsko uređenje nadležnosti za potrošačke sporove[[22]](#footnote-22), odnosno usklađenost ZPP-a sa zahtjevima Direktive 93/13, ali ne i sama poštenost ove ugovorne odredbe. To zato jer je riječ o odredbi koja je odraz obvezne zakonske odredbe i kao takva ne podliježe kontroli Direktive 93/13.

Međutim, u nekim pravnim sustavima, kakav je primjerice poljski, za sve ugovore je, osim opće mjesne nadležnosti, propisana i izberiva nadležnost suda mjesta ispunjenja ugovora. U predmetu *Aqua Med*[[23]](#footnote-23) ES je pojasnio doseg iznimke predviđene člankom 1. stavkom 2. Direktive 93/13. Ugovor o kupoprodaji iz glavnog postupka sadržavao je odredbu prema kojoj je za odlučivanje o sporovima između stranaka nadležan sud koji je nadležan na temelju odredbi nacionalnog prava. Zbog neispunjenja ugovora od strane potrošača, prodavatelj je podnio tužbu pred sudom na čijem je području njegovo (prodavateljevo) sjedište. To zato jer prema odredbama nacionalnog prava postoji izberiva nadležnost suda opće mjesne nadležnosti (na čijem području tuženi potrošač ima prebivalište) i suda mjesta ispunjenja ugovora, što je prema shvaćanju vjerovnika sud na čijem području on ima sjedište budući da se ispunjenje trebalo izvršiti na njegov bankovni račun. Taj je sud udaljen 195 km od mjesta prebivališta potrošača. Polazeći od svoje ustaljene sudske prakse prema kojoj se isključenje iz područja primjene Direktive 93/13 predviđeno u njezinom članku 1. stavku 2., treba tumačiti usko, ocijenjeno je da iz područja primjene Direktive 93/13 nije isključena ugovorna odredba koja u vezi s određivanjem sudske nadležnosti za odlučivanje u sporovima između ugovornih stranaka općenito upućuje na mjerodavno nacionalno pravo s obzirom na to da nacionalne odredbe na koje ona upućuje propisuju skup pravila kojima su uređeni načini određivanja sudske nadležnosti, pri čemu prodavatelj robe ili pružatelj usluga uvijek može izabrati ono koje je za njega najpovoljnije.

To će biti slučaj kada domaći postupovni propis predviđa da je za suđenje u sporu kojeg pokreće trgovac protiv potrošača, uz sud opće mjesne nadležnosti, nadležan i sud ispunjenja ugovora (najčešće je to sud sjedišta trgovca). Dakle, u takvoj situaciji kad postoji više zakonom predviđenih nadležnih sudova, ugovorena nadležnost koja dopušta podnošenje tužbe prema mjestu ispunjenja ugovora nije odraz obvezne zakonske norme, nego je izbor, pa takva odredba ugovora nije izuzeta od primjene Direktive 93/13, odnosno podliježe toj direktivi.

U presudi *Banca Transilvania* (C-81/19) od 9. srpnja 2019., koja se odnosila na situaciju u kojoj je među strankama ugovoreno da se kredit vraća u istoj valuti u kojoj je i primljen (bez valutne klauzule), ES je tumačio da ugovorna odredba koja je odraz nacionalne dispozitivne norme (članaka 1578. rumunjskog Građanskog zakonika[[24]](#footnote-24)) ne ulazi u područje primjene Direktive, sve u skladu s njenim člankom 1. stavkom 2.

Članak 1. stavak 2. Direktive 93/13, odnosno izuzeće iz njezine primjene, primjenjuje se i u slučaju kada je obvezna odredba donesena nakon sklapanja ugovora, a njome se uvodi obveza kojom se zamjenjuje nepoštena ugovorna odredba. Tako treba tumačiti i članak 49. stavak 5. ZZP-a.

Slučaj izuzeća iz primjene Direktive 93/13 onih zakonskih odredbi koje su donesene naknadno dogodio se u Mađarskoj, kada je pod utjecajem prakse ES-a i mađarskog Vrhovnog suda, tijekom 2014. doneseno više *ad hoc* zakona kojim je cilj bio izravno intervenirati u ranije sklopljene ugovore o zajmu ili *leasingu* utemeljene na stranoj valuti (ugovori povezani sa stranom valutom ili u njoj izraženi, ali koji se otplaćuju u mađarskim forintama) koji su sadržavali nepoštenu odredbu o tečajnoj razlici. Zakon DH 1[[25]](#footnote-25) predviđa da su ništetne odredbe u ugovorima o kreditu sklopljenima s potrošačima koje se odnose na tečajnu razliku, a o kojima se nije pojedinačno pregovaralo te nalaže da takva odredba bude *ex lege* s retroaktivnim učinkom zamijenjena odredbom kojom se predviđa primjena službenog tečaja predmetne strane valute koji utvrđuje Mađarska narodna banka. Tom odredbom koja određuje da se na ugovorne stranke primjenjuje tečaj Mađarske narodne banke koji je važeći na dan dospijeća, nacionalni je zakonodavac namjeravao utvrditi određene uvjete u pogledu obveza iz ugovora o kreditu te vrste. Zbog toga je ta odredba odraz prisilnih zakonskih odredbi i ne može biti obuhvaćena područjem primjene Direktive 93/13. U tom smislu je u presudi od 20. rujna 2018., C-51/17 (*OTP Bank i OTP Faktoring*) ES tumačio da "članak 1. stavak 2. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da područje primjene te direktive ne obuhvaća odredbe koje su odraz prisilnih odredbi nacionalnog prava, uvrštenih nakon sklapanja ugovora o kreditu s potrošačem te čiji je cilj nadomještanje ništetne odredbe tog ugovora obvezom primjene tečaja Narodne banke."[[26]](#footnote-26)

O zakonodavnim intervencijama u sklopljene potrošačke ugovore bit će više riječi u drugom poglavlju ovog priručnika (*Materijalnopravne posljedice nepoštene ugovorne odredbe)*.

Konačno, za primjenu Direktive 93/13 i ZZP-a u dijelu kojim taj zakon regulira zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi, nužno je da sporna odredba bude zaista sadržana u ugovoru. U situaciji kad, primjerice, potrošač koji je zaključio ugovor s bankom zahtijeva utvrđenje ništetnosti ugovora o kreditu zato što je banka svoju tražbinu ustupila (prodala) novom vjerovniku iako ta mogućnost ustupa tražbine nije predviđena ugovorom, odredbe EU prava i domaćeg prava koje se odnose na zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi se ne primjenjuju. Dirketiva 93/13 se ne bavi eventaulno nepoštenom praksom, nego samo nepoštenim ugovornim odredbama. Za primjenu ove zaštite nužno je da je riječ o odredbi ugovora, koje u izloženom primjeru nema. Ustup tražbine provodi se u pravilu na temelju važećih odredbi mjerodavnog nacionalnog prava. To znači da bi čak i u situaciji da je ugovor sadržavao odredbu o ustupu, ocjena njezine nepoštenosti (iako dopuštena jer nije isključena člankom 49. stavak 5. ZZP-a) bila neizvjesna. Naravno, pod pretpostavkom da sadržaj i doseg zakonske odredbe o ustupu tražbine nije mijenjan u ugovoru, odnosno da je ugovorna odredba o ustupu u suštini prepisan zakonski tekst o ustupu.

# Nepoštene ugovorne odredbe – test poštenosti i test transparentnosti

Ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo, da bi mogle obvezivati potrošača, moraju biti poštene i transparentne. Sustav zaštite koji pruža Direktiva 93/13 te se kao takav mora primjenjivati u državama članicama kada tumače i primjenjuju svoje nacionalno zakonodavstvo, temelji se na pretpostavci da su potrošači, jer ne sklapaju ugovore u okviru svoje profesionalne djelatnosti, u odnosu na profesionalce podređeni (jer nemaju pregovaračku moć) i neinformirani (imaju znatno manju razinu znanja o proizvodima i uslugama koji su predmet ugovora od trgovca kojem je to profesionalna djelatnost).

Test poštenosti provodi se u cilju ispravljanja neravnoteže koja je uzrokovana podređenošću potrošača koji pristaje na unaprijed sastavljene ugovorne odredbe.

Test transparentnosti provodi se radi ispravljanja neravnoteže koja je uzrokovana njihovom neinformiranosti.

Nepoštenost i netransparentnost su povezane, ali nisu istoznačnice.

Iako ES daje smjernice za tumačenje nepoštenosti i transparentnosti, ocjena poštenosti i transprentnosti zadaća je nacionalnog suda. Drugim riječima, slijedeći kriterije koje je u tom smislu postavio ES u svojoj praksi, na nacionalnom je sudu da u svakom pojedinom slučaju procijeni transparentnost i nepoštenost konkretnih ugovornih odredbi. Pritom se u obzir uzimaju *priroda robe ili usluga na koje se ugovor odnosi u vrijeme kada je ugovor sklopljen, sve popratne okolnosti sklapanja ugovora i sve ostale odredbe tog ugovora ili nekog drugog ugovora o kojem on ovisi* (članak 4. stavak 1. Direktive 93/13).

## Nepoštene ugovorne odredbe – test poštenosti

Članak 3. Direktive 93/13

1. Ugovorna odredba o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori smatra se nepoštenom ako u suprotnosti s uvjetom o dobroj vjeri, na štetu potrošača prouzroči znatniju neravnotežu u pravima i obvezama stranaka, proizašlih iz ugovora.

Nepoštenost ugovorne odredbe prenosi i ZZP u članku 49. stavku 1.

Ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo smatra se nepoštenom ako, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje znatnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača.

Slijedi da je ZZP vjerno prenio definiciju nepoštenosti ugovorne odredbe kako i nalaže Direktiva 93/13 s time da za razliku od Direktive 93/13 koja u hrvatskoj inačici propisuje „znatniju“ neravnotežu, zakon propisuje „znatnu“ neravnotežu. Ova jezična razlika ne dovodi do neusklađenosti ZZP-a s Direktivom dok god se pojmovi „znatna“ i „znatnija“ tumače kao istoznačnice ili dok se pojam „znatna“ tumači kao manje od „znatnija“ jer tada domaći propis pruža viši standard zaštite. Jedino što se mora izbjeći je tumačiti da pojam „znatan“ znači više od „znatniji“ jer u tom slučaju hrvatska ima standard zaštite ispod minimuma koji pruža Direktiva.

U svakom slučaju, test poštenosti sadrži dva kriterija:

* suprotnost načelu dobre vjere i
* znatniju/znatnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača.

Ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, a koja suprotno zahtjevima dobre vjere uzrokuje neravnotežu na štetu potrošača nepoštena je i onda kad je potpuno transparentna (jasno i razumljivo sastavljena). Kad, primjerice, u općim uvjetima trgovca stoji da je zatezna kamata zbog neispunjenja potrošača 3% neplaćene glavnice dnevno, od dospijeća do isplate, onda je to odredba koja je potpuno jasna i razumljiva (transparentna), međutim to ne znači da je poštena.

### Zahtjev dobre vjere

Zahtjev dobre vjere bit će ispunjen ako je prodavatelj ili pružatelj usluga razumno pretpostavio da bi, u poštenom i pravičnom poslovanju, potrošač pristao na tu odredbu u pojedinačnim pregovorima[[27]](#footnote-27). Načelo dobre vjere zahtijeva da ugovorna odredba treba biti takva da bi se potrošač usuglasio s istom da je o njoj pojedinačno pregovarao. Drugim riječima, zahtijeva se da se vodi računa o interesu potrošača. Pritom je namjera trgovca neodlučna. Da bi se ugovorna odredba smatrala nepoštenom, nevažno je dakle je li trgovac namjerom želio unijeti nepoštenu ugovornu odredbu ili je to posljedica njegovog nemara ili nepoznavanja primjenjivih pravila. Na ovaj način treba tumačiti i odredbu članka 49. stavak 1. ZZP-a.

### Zahtjev ravnoteže

###

Primarni element općenitog kriterija za ocjenu nepoštenosti je ravnoteža.

Ugovorna odredba je nepoštena ako uzrokuje znatniju/znatnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača.

ES je presudio da znatnija neravnoteža može proizlaziti iz same činjenice da dovoljno ozbiljno oštećuje pravni položaj u koji je na temelju primjenjivih nacionalnih odredbi stavljen potrošač kao stranka predmetnog ugovora, bilo u obliku ograničenja sadržaja prava koja prema tim odredbama ima na temelju ugovora ili ograničenja u njihovu korištenju ili pak u obliku nametanja dodatne obveze koja nije predviđena nacionalnim pravilima.[[28]](#footnote-28)

Kako bi se utvrdilo je li određena odredba uzrokuje «znatniju (znatnu) neravnotežu» na štetu potrošača, primarni kriterij jesu zakonske odredbe dispozitivnog prava koje bi se inače primjenjivale da nema predmetne ugovorne odredbe. Cilj je ocijeniti stavlja li ugovor potrošača u pravnu situaciju koja je nepovoljnija od one koju propisuju domaći pozitivni propisi. To se čini na način da se ugovorna odredba uspoređuje s pravilom nacionalnog prava koje bi se primjenjivalo u slučaju da takve ugovorne odredbe nije bilo. Znatnija neravnoteža u pravima i obvezama na štetu potrošača postoji ako „dovoljno ozbiljno oštećuje pravni položaj u koji je na temelju primjenjivih nacionalnih odredbi stavljen potrošač […][[29]](#footnote-29)

U tom smislu treba provjeriti jesu li ugovornom odredbom isključena ili ograničena neka prava potrošača koja su prirodni sastojak ugovora (na primjer prava o zaštiti od evikcije) ili su potrošaču nametnute neke nove obveze koje nisu prirodni sastojak konkretnog ugovora. Na primjer, kod ugovora o kupoprodaji, prirodni sastojak ugovora, dakle sadržaj ugovora koji je određen dispozitivnim odredbama ZOO-a (ako stranke nisu drugačije ugovorile), je da se stvar predaju kupcu u ispravnom stanju i sa svim pripatcima[[30]](#footnote-30). Kad se u ugovor unese odredba o tome da se za pripadak stvari duguje dodatna naknada (cijena), onda možemo ocijeniti je riječ o odstupanju od dispozitivinih odredbi zakona i o kolikom je odstupanju riječ. Ili, u situacijama kad je dispozitivnim odredbama zakona određeno da je obveznik poreza iz ugovornog odnosa trgovac, a ta se obveza ugovorom prenese na potrošača[[31]](#footnote-31), evidentno je da je riječ o odstupanju od dispoztivinih zakonskih odredbi i to u potpunosti, za 100%. Pritom je neznatnost ekonomskog utjecaja te odredbe neodlučna. Odredba o prebacivanju i cijelosti obveze plaćanja poreza na potrošača je nepoštena neovisno o iznosu tog poreza, čak i kad je iznos objektivno ne predstavlja znatniji financijski teret za potrošača[[32]](#footnote-32).

 Pojednostavljeno rečeno, ako je potrošač na temelju neke ugovorne odredbe u istoj pravnoj poziciji u kojoj bi bio i da takve ugovorne odredbe nema, onda nema govora o neravnoteži. Ugovorna odredba koja potrošača ne može staviti u situaciju koja je pravno nepovoljnija od one koja je predviđena važećim nacionalnim pravom nije obuhvaćena člankom 3. stavkom 1. Direktive. Pritom se sadržaj navedene odredbe treba objektivno utvrđivati pa činjenica da unošenje takve ugovorne odredbe u ugovor može kod potrošača stvoriti dojam da su mu pravna sredstva ograničena nije odlučna s obzirom na to da predmetna ugovorna odredba ne nanosi štetu njegovu pravnom položaju, uzimajući u obzir primjenjiv nacionalni propis (Vidi presudu od 19. rujna 2019., C-34/18, *Lovasné Tóth*, t. 54. – 56.)

U situaciji kad je riječ o ugovornim odredbama o kojima nacionalno pravo ne sadrži dispozitivnih odredbi pa procjena ravnoteže nije moguća usporedbom nacionalnog prava ili takva usporedba nije primjenjiva, ES[[33]](#footnote-33) kao pomoćni kriterij za ocjenu ravnoteže određuje usporedbu s poštenom i pravednom tržišnom praksom koja je prevladavala u vrijeme sklapanja ugovora ili jednostavno uspoređivanje ugovorenog sadržaja prava i obveza ugovaratelja.

#### Zahtjev ravnoteže kod neispunjenja potrošača

Od potrošača se, kao i svake druge ugovorne strane, očekuje da ispunjava ugovorom preuzete obveze. *Pacta sunt servanta* stožerno je načelo ugovornog prava koje se primjenjuje i na potrošačke ugovore. Međutim, zahtjev ravnoteže ne primjenjuje se samo za odredbe kojima se određuju te obveze. Ovaj zahtjev vrijedi i za situacije zakašnjenja ili neispunjenja potrošača. Kad potrošač dođe u situaciju da ne ispunjava uredno svoje ugovorom preuzete obveze, sankcija koja je u tom smislu ugovorena, također mora biti razmjerna. To znači da se zahtjev ravnoteže odnosi i na situacije neispunjenja potrošača. Da bi zahtjev bio ispunjen posljedice ili sankcije zbog neispunjenja potrošača trebaju biti razmjerne – opravdane u svjetlu važnosti obveze potrošača i ozbiljnosti propusta da je ispuni. Za procjenu razmjernosti i ovdje se treba provoditi usporedba s domaćim dispozitivnim pravom, odnosno ocijeniti odstupa li i u kojoj mjeri ugovorna odredba o sankciji od dispozitivnog domaćeg prava.

Kad govorimo o ugovornim sankcijama za neispunjenje, uglavnom je riječ o ugovorima u kreditu u koje se, bez pregovaranja, za posljedice neispunjenja ugovaraju dvije vrste sankcija – prijevremeno dospijeće kredita i zatezne kamate.

##### Kriteriji ES-a za procjene ravnoteže kod prijevremenog dospijeća ugovora o kreditu ugovorenog zbog neispunjenja potrošača

Za procjenu odgovara li odredba o prijevremenom dospijeću zahtjevu ravnoteže ES[[34]](#footnote-34) je dao određene kriterije koje treba imati na umu prilikom utvrđivanja (ne)poštenosti navedenih odredbi:

1. Je li prodavatelj/pružatelj usluga ugovornom odredbom ovlašten jednostrano raskinuti ugovor samo u slučaju neispunjenja bitne obveze ugovornog odnosa ili bilo koje odredbe ugovora?

Primjerice, je li jednostrani otkaz ugovoren samo za slučaj neispunjenja obveze na povrat kredita ili i za slučaj neispunjenja bilo koje obveze iz ugovora o kreditu, uključivo i one sporedne, npr. o obvezi prijave promjene adrese stanovanja.

2. Je li mogućnost jednostranog raskida predviđena u slučajevima u kojima je neispunjenje potrošača dovoljno ozbiljno s obzirom na trajanje ugovora i visinu obveze.

Primjerice, može li se, s obzirom na trajanje ugovora, neispunjenje smatrati dovoljno ozbiljnim u slučaju da potrošač ne ispuni na vrijeme dvije uzastopne rate kredita koji je ugovoren na ukupno 360 mjesečnih rata? Je li dovoljno ozbiljno neispunjenje kad potrošač od ukupno ugovorenih 240 rata ispuni 200 rata, a onda ne ispuni 201. i 202. zaredom?

Predstavlja li ovakva ugovorna odredba suženje prava koja potrošačima pripadaju na temelju općih odredbi ZOO-a o raskidu zbog neispunjenja koje propisuju da se ne može raskinuti ugovor zbog neispunjenja neznatnog dijela obveze?

3. Odstupa li ugovorena mogućnost jednostranog raskida zbog neispunjenja

potrošača od pravila koja se primjenjuju za slučaj nepostojanja sporazuma među strankama tako da se potrošaču, uzimajući u obzir postupovna sredstava kojima raspolaže, otežava pristup pravosuđu kao i ostvarivanje prava obrane?

Za slučaj da među strankama nije drugačije ugovoreno, u primjeni je članak 1023. ZOO-a prema kojem kreditor može jednostrano otkazati kredit zbog nenamjenskog trošenja kredita, insolventnosti korisnika i prestanaka/smrti korisnika, ako bi u tim slučajevima kreditor došao u nepovoljniji položaj.

4. Predviđa li nacionalno pravo odgovarajuća i učinkovita pravna sredstva koja potrošaču omogućuju da ukloni učinke jednostranog raskida ugovora o kreditu?

Postoji li u domaćem pravu mogućnost suspenzivne tužbe radi utvrđenja da je otkaz ugovora o kreditu bio nezakonit zbog nepoštene ugovorne odredbe o otkazu? Mogu li se učinkovito ukloniti učinci otkaza ugovora suspenzivnom žalbom protiv rješenja o ovrsi zbog toga što je ugovorna odredba o otkazu nepoštena?

#### *Kriteriji ES-a za procjenu ravnoteže odredbe o zateznim kamatama ugovorenim za slučaj neispunjenja potrošača.[[35]](#footnote-35)*

1. Pravila nacionalnog prava koja bi se primjenjivala na odnos među strankama za slučaj da nije bilo te ugovorne odredbe
2. Stopu ugovorene zatezne kamate u odnosu na zakonsku kamatnu stopu kako bi se utvrdilo je li prikladna za osiguranje postizanja ciljeva koji se nastoje ostvariti u toj državi članici i ne prelazi ono što je potrebno za postizanje tih ciljeva

U Hrvatskoj je stopa zatezne kamate za potrošačke ugovore, koji spadaju u kategoriju „ostalih“ ugovora iz članka 29. stavak 2. ZOO-a, određena zakonom. U tom smislu ona nije predmet ugovaranja pa se ne očekuje da će hrvatski sudovi biti u poziciji ocjenjivati poštenost odredbi o stopi zatezne kamate zbog zakašnjenja potrošača.

### Trenutak u odnosu na koji se određuje nepoštenost

 Već je napomenuto da je ocjena poštenosti u nadležnosti nacionalnog suda. Postavilo se pitanje, kad je riječ o ravnoteži, koje okolnosti nacionalni sud treba imati na umu, odnosno u kojem trenutku trebamo ispitati (ne)ravnotežu? Samo u trenutku sklapanja ugovora ili smijemo gledati i ono što se događalo kasnije, nakon sklapanja ugovora?

Članak 51. ZZP-a

Prilikom ocjene je li određena ugovorna odredba poštena uzimat će se u obzir priroda proizvoda ili usluge koji predstavljaju predmet ugovora, sve okolnosti prije i prilikom sklapanja ugovora, ostale ugovorne odredbe, kao i neki drugi ugovor koji, s obzirom na ugovor koji se ocjenjuje, predstavlja glavni ugovor.

Tumačeći odredbu članka 4. stavka 1. Direktive 93/13 koja propisuje da se nepoštenost ugovorne odredbe procjenjuje tako da se u obzir uzimaju priroda robe ili usluga na koje se ugovor odnosi u vrijeme kada je ugovor sklopljen, sve popratne okolnosti sklapanja ugovora i sve ostale odredbe tog ugovora ili nekog drugog ugovora o kojem on ovisi, ES[[36]](#footnote-36) je iznio pravno shvaćanje da je za ocjenu o tome je li neka odredba poštena ili nije, odlučan trenutak sklapanja ugovora.

Dakle, poštenost treba procjenjivati s obzirom na okolnosti u vrijeme sklapanja ugovora, a ne i s obzirom na okolnosti koje su se pojavile tijekom izvršenja ugovora. Tako treba tumačiti i odredbu članka 51. ZZP-a. Premda neki nacionalni sustavi (primjerice skandinavski) dopuštaju da se ocjenjuje i ono što se dogodilo kasnije, tijekom ispunjenja ugovora, to nije sustav zaštite koju zahtijeva Direktiva 9313. Ova direktiva dopušta kontrolu toga je li ugovor zaključen u dobroj vjeri. Analogno tomu, kad se ugovorne odredbe mijenjaju ili izmjenjuju, relevantne su okolnosti u trenutku te promjene ili izmjene.

Međutim, ako postoje određene okolnosti koje su morale biti poznate trgovcu u trenutku sklapanja ugovora i koje su takve prirode da su mogle utjecati na buduće ispunjenje ugovora, onda se one također moraju uzeti u obzir. Ako je trgovac morao predvidjeti da određena ugovorna odredba može s vremenom dovesti do neravnoteže, to se može uzeti u obzir za ocjenu je li riječ o nepoštenoj ugovornoj odredbi. Tipičan je primjer promjena tečaja i rizik koji ona donosi. Rizik promjene tečaja je okolnost koja se prema prirodi stvari može ostvariti tek tijekom ispunjavanja ugovora. Za procjenu poštenosti ugovorene odredbe o tečajnom riziku važno je na temelju znanja i stručnosti zajmodavca/kreditora procijeniti je li riječ o okolnosti koja zajmodavcu/kreditoru nije mogla ostati nepoznata. Tek tada možemo utvrditi je li odredba nepravedna i stvara li znatniju ravnotežu na štetu potrošača.

Drugim riječima, okolnosti u trenutku sklapanja ugovora uključuju i sve okolnosti koje je prodavatelj znao/razumno morao znati i koje su mogle utjecati na naknadno izvršenje ugovora[[37]](#footnote-37).

### „Sivi popis“ – pomoć kod procjene nepoštenosti

Direktiva 93/13 sadrži prilog u kojem je naveden indikativan i nepotpun popis ugovornih odredaba koje se mogu (ali i ne moraju) smatrati nepoštenima (tzv. „sivi popis“). Popis je nepotpun jer se nacionalnim propisom može proširiti. Osim toga, popis je nepotpun i u smislu da ako neka odredba nije na popisu ne znači da nije nepoštena. Prilog je indikativan jer u njemu navedene odredbe nisu automatski nepoštene i zahtijevaju pojedinačnu procjenu. Unatoč tome, riječ je važnoj listi odredbi koja nam služi kao pomoć i orijentir prilikom procjene nepoštenosti ugovornih odredbi u potrošačkim ugovorima. Popis je prenesen u hrvatsko pravo u članku 50. ZZP-a koji navodi odredbe koje *bi se*, uz ispunjenje pretpostavki uz članka 49., *mogle smatrati nepoštenima*. Iako države članice mogu uvesti ili zadržati viši stupanj zaštite potrošača uključivo proširenjem sivog popisa ili utvrđivanjem tzv. crnog popisa (uz obavijest o tome Komisiji) članak 50. ZZP-a nije proširen u odnosu na minimum koji predviđa Direktiva 93/13. Osim toga, naš se zakonodavac nije odlučio bilo koju odredbu staviti na tzv. crni popis – listu odredbi koje su uvijek nepoštene i ne traže nikakvu individualnu procjenu. Doduše, članak 111. ZZP-a u stavku 3. propisuje da se ugovorna odredba kojom je predviđeno da će teret dokaza u odnosu na činjenice da je trgovac prilikom sklapanja na daljinu ugovora o prodaji financijskih usluga (članci 80. do 94. ZZP-a) ispunio svoju obvezu prethodnog obavještavanja potrošača te da je potrošač pristao sklopiti ugovor, odnosno pristao na to da mu trgovac počne pružati ugovorenu uslugu prije isteka roka za jednostrani raskid ugovora, *smatra nepoštenom*. Dakle, niti kod ove odredbe nije riječ o automatski ništetnoj odredbi s "crne" liste, ali za razliku od odredbi iz članka 50. ZZP-a (koje bi se mogle smatrati nepoštenima), riječ je o odredbi za koju se presumira da je nepoštena. Teret dokaza o protivnom je na trgovcu.

## Ugovorne odredbe koje ne podliježu testu poštenosti – druga iznimka

Odredbom članka 4. stavka 2. Direktive 93/13 propisano je da se procjena o tome jesu li neke odredbe nepoštene ne odnosi na definiciju glavnog predmeta ugovora ni na primjerenost cijene i naknade na jednoj strani te isporučene usluge i robe, na drugoj strani, sve dok su te odredbe jasno i razumljivo sastavljene.

U tom smislu, članak 52. ZZP-a propisuje:

„Nije dopušteno ocjenjivati jesu li ugovorne odredbe o predmetu ugovora i primjerenosti cijene poštene ako su te odredbe jasne, lako razumljive i uočljive“.

Očito da je riječ o iznimci, međutim u odnosu na dosad već spomenute iznimke kod kojih se na pravne poslove iz desete uvodne izjave Direktive 93/13 i na ugovorne odredbe iz članka 1. stavka 2.iste, Direktiva 93/13 uopće nije primjenjivala (dakle niti jedna njena odredba), ugovorne odredbe iz članaka 4. stavka 2. ulaze u područje primjene Direktive 93/13, dakle na njih se odnose sve odredbe osim odredbe o testu poštenosti. One (samo) ne podliježu testu poštenosti. Kao i ostale iznimke i ovu iznimku treba strogo (usko) tumačiti. Tako restriktivno treba tumačiti i odredbu članka 52. ZZP-a.

### Odredbe o glavnom predmetu ugovora

Bitne činidbe ugovora (glavni predmet ugovora) isključene su iz sudske kontrole poštenosti, pod uvjetom da su transparentne.

Koje su odredbe koje definiraju glavni predmet ugovora? To su odredbe kojima se utvrđuju bitne činidbe ugovora, koje ga određuju kao takvog. Tako su kod ugovora o kupoprodaji glavni predmet ugovora odredbe o predmetu kupoprodaje i o cijeni. To su odredbe koje karakteriziraju ugovor i bez kojih to nije taj ugovor. Ugovor kojim je određen prijenos vlasništva na stvari bez plaćanja cijene u novcu nije kupoprodaja nego darovanje ili zamjena. Ugovor u kojem nije određena naknada za korištenje novca i kojim nije određen rok za povrat novca nije ugovor o kreditu. Prema tome, ugovorna odredba kojom se definira redovna (ugovorna) kamata je odredba kojom se određuje glavna činidba korisnika kredita pa je riječ o glavnom predmetu ugovora čija poštenost se ne može testirati, pod pretpostavkom da je jasno i razumljivo sastavljena.

Naprotiv, ugovorne odredbe koje su akcesornog karaktera, nisu odredbe koje definiraju glavni predmet ugovor. Takve su odredbe o ugovornoj kazni, raskidu ugovora, prorogaciji nadležnosti i sl. One podliježu testu poštenosti. Isto tako, iako odredba kojom se određuje stopa redovne kamatne stope predstavlja glavni predmet ugovora, ugovorna odredba koja davatelju kredita omogućuje da pod određenim uvjetima jednostrano izmijeni kamatnu stopu akcesorna je odredba koja kao takva nije izuzeta od sudske kontrole poštenosti.[[38]](#footnote-38)

Procjena je li riječ o odredbi ugovora koja definira glavni predmet ugovora u nadležnosti je nacionalnog suda. Iako ZZP ne daje smjernice u tom smislu, prilikom ocjene je li neka odredba obuhvaćena pojmom „ glavni predmet ugovora”, treba uzeti u obzir narav, opću strukturu i odredbe ugovora kao i pravni i činjenični kontekst (članak 4. stavak 2. Direktive). To je opće pravilo. Međutim, s obzirom na specifičnost ugovora o kreditu denominiranih u stranoj valuti ili denominiranih u domaćoj valuti s valutnom klauzulom, kao i činjenicu da je riječ o naplatnim pravnom poslovima kod kojih nije jednostavno utvrditi što sve spada pod bitnu obvezu potrošača (vratiti kredit sa svim troškovima i naknadama u ugovorenom roku), ES[[39]](#footnote-39) je postavio određene kriterije nacionalnim sudovima za ocjenu predstavljaju li pojedine odredbe ugovora o kreditu glavni predmet ugovora ili ne, te mogu li se takve odredbe i pod kojim uvjetima testirati na poštenost. Definiranje glavnog predmeta ugovora nije važno samo radi ocjene je li riječ o odredbi koja se može testirati, nego, i radi donošenja odluke o posljedicama njezine eventualne nepoštenosti[[40]](#footnote-40).

Iz prakse ES-a proizlazi:

* Točan doseg pojmova „glavni predmet” i „cijena” u smislu članka 4. stavka 2. Direktive 93/13 ne može odrediti pojmom „ukupni troškovi kredita za potrošača” u smislu članka 3. točke (g) Direktive 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2008. o ugovorima o potrošačkim kreditima i stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 87/102/EEZ Naknada za otvaranje ne može se smatrati bitnom činidbom hipotekarnog zajma samo zato što je uključena u njegove ukupne troškove[[41]](#footnote-41)
* Ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, a kojim se određuje stopa ugovorne kamate, obuhvaćena je pojmom "glavni predmet ugovora" pa se može testirati na poštenje samo ako je netransparentna.[[42]](#footnote-42)
* Odredba ugovora o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, a kojim se trgovcu dozvoljava jednostrana izmjena ugovorne kamate nije obuhvaćena pojmom "glavni predmet ugovora" pa se može testirati na poštenost i kad je potpuno transparentna.[[43]](#footnote-43)
* Ugovorna odredba sadržana u ugovoru o kreditu sklopljenom u stranoj valuti o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori i na temelju koje se kredit mora vratiti u istoj valuti u kojoj je isplaćen, obuhvaćena je pojmom „glavni predmet ugovora” u smislu čl. 4. st. 2. Direktive 93/13. Pritom je neodlučno stavlja li se iznos zajma potrošaču na raspolaganje u lokalnoj valuti, a ne u valuti propisanoj ugovorom. Nema kontrole poštenosti (pod uvjetom da je kriterij transparentnosti zadovoljen).[[44]](#footnote-44)
* Ugovorna odredba sadržana u ugovoru o kreditu sklopljenom u stranoj valuti o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori i na osnovi koje se kredit u stranoj valuti mora vratiti u nacionalnoj valuti prema prodajnom tečaju banke (mehanizam promjene valute), obuhvaćena je pojmom „glavni predmet ugovora” samo ako se utvrdi da ta odredba predstavlja bitnu činidbu tog ugovora koja ga kao takva bitno određuje, što je sud koji je uputio zahtjev dužan provjeriti s obzirom na narav, opću strukturu i odredbe ugovora kao i činjenični i pravni kontekst te odredbe[[45]](#footnote-45).
* U pogledu ugovornih odredbi koje se bave pitanjem rizika promjene tečaja, iz sudske prakse Suda proizlazi da su te odredbe obuhvaćene pojmom „glavni predmet ugovora” te da se neće ocjenjivati njihova nepoštenost samo ako nacionalni sud smatra, nakon ispitivanja na pojedinačnoj osnovi, da ih je prodavatelj robe ili pružatelj usluge sastavio jasno i razumljivo[[46]](#footnote-46).

O pravnim posljedicama utvrđenja nepoštenosti ugovornih odredbi koje su glavni predmet ugovora vidjeti više u nastavku ovog priručnika (*Materijalnopravne posljedice nepoštenosti ugovornih odredbi)*.

### Primjerenost cijene

Financijske obveze potrošača u načelu podliježu testu poštenosti. Ono što ne podliježe je samo primjerenost cijene za robu odnosno naknade za uslugu.

U skladu s člankom 4. stavkom 2. Direktive 93/13, testiranje poštenja primjerenosti cijene/naknade (odnos kvalitete cijene i ponuđene robe/usluge) dopušteno je samo u slučaju netransparentnosti navedenih odredbi.

To se odnosi na situacije kad potrošač preplati neki proizvod i onda traži ništetnost ugovorne odredbe o cijeni jer je, primjerice, cipele platio 5.000,00 kn, a to ne odgovora njihovoj kvaliteti. Odredba o cijeni kupljenih cipela je odredba koja se odnosi na primjerenost cijene i njezina poštenost se ne kontrolira, pod uvjetom da je bilo jasno i razumljivo istaknuto da je to ta cijena.

Isključenje kontrole poštenosti primjernosti cijene za isporučenu robu ili naknade za isporučenu uslugu opravdava se time da ne postoji nikakva tablica ili pravni kriterij koji bi mogao dati okvir i usmjeravati nadzor te primjerenosti.[[47]](#footnote-47)

Ostali aspekti financijskih obveza potrošača (mogućnost jednostranih izmjena cijena ili mehanizam jednostrane izmjene cijena) podliježu testu nepoštenosti i kad su potpuno transparentne.

Financijske obveze potrošača najviše dolaze do izražaj kod onih ugovornih odnosa koji traju kontinuirano (npr. jednostrano mijenjanje cijene isporuke plina ili telefonske pretplate) ili koji se izvršavaju kroz dulje vrijeme u redovitim intervalima, kao što je to slučaj kod kredita.

Mehanizmom izmjene cijene usluga, posebno kamata, bavi se u značajnoj mjeri sivi popis iz priloga Direktive 93/13 i članka 50. ZZP-a koji sadrži podosta smjernica kako za identifikaciju odredbe koja ne predstavlja glavni predmet ugovora (ne bi bila na popisu da se ne može procjenjivati njezina poštenost) tako i za ocjenu same (ne)poštenosti.

Odredbom članka 50. toč. 13. ZZP-a propisano je da se može smatrati nepoštenom odredba […] kojom se trgovcu dopušta povećanje cijene, […] ne priznajući pritom potrošaču pravo na raskid ugovora, ako je stvarna cijena znatno viša od cijene dogovorene u vrijeme sklapanja ugovora.

Ova odredba donesena je u prenošenju odredbe (j) Priloga Direktivi 93/13 prema kojoj se može smatrati nepoštenom odredba kojoj je svrha davanje mogućnosti prodavatelju robe ili pružatelju usluga da jednostrano izmijeni ugovor bez valjanog razloga predviđenog ugovorom. Pritom točka (j) nije prepreka za odredbe prema kojima prodavatelj robe ili pružatelj usluga pridržava pravo jednostrane izmjene odredaba iz ugovora sklopljenog na neodređeno vrijeme, pod uvjetom da se od njega traži da obavijesti potrošača opravdanom obavijesti, i da potrošač ima pravo raskinuti ugovor.

 Zbog toga je za pravilno tumačenje članka 50. toč. 13. odlučno tumačenje točke (j) Direktive 93/13. U tom smislu je ES[[48]](#footnote-48), u odnosu na pravo na raskid potrošačkog ugovora o opskrbi plinom, posebno naglasio da je za procjenu zadovoljava li navedena ugovorna odredba o jednostranoj promjeni cijene plina zahtjevu ravnoteže i dobre vjere, odlučno može li se to ugovoreno pravo na raskid ugovora u stvarnosti zaista i konzumirati u konkretnim okolnostima. U konkretnom slučaju, naime, nije bilo drugih opskrbljivača plinom. Zbog toga odredba o jednostranoj promjeni cijene, čak i uz ugovoreno pravo potrošača da u okolnostima kad s promjenom cijene nije zadovoljan raskine ugovor, nije poštena.

## Test transparentnosti

Ugovorna odredba o kojoj se nisu vodili pojedinačni pregovori mora biti transparentna. To znači da mora biti jasno i razumljivo sastavljena i to na način da se potrošaču pruži stvarna mogućnost upoznavanja s ugovorom prije sklapanja ugovora.

Zahtjev transparentnosti je instrument za ispravljanje neravnoteže do koje dolazi zbog razlika u informiranosti trgovca koji u ugovoru nastupa kao profesionalac i potrošača koji nije profesionalac. Prema općem zahtjevu transparentnosti, potrošač mora biti u stanju u potpunosti razumjeti zakonske i gospodarske posljedice pristanka na određenu odredbu.

Zahtjev transparentnosti postavljen je u članku 5. Direktive 93/13 i u člancima 53. i 54. ZZP-a.

Članak 5. Direktive 93/13

U slučaju ugovora u kojima se potrošaču sve ili određene odredbe nude u pisanom obliku, te odredbe uvijek moraju biti sročene jasno i razumljivo.

Ako postoji sumnja oko značenja neke odredbe, prednost ima tumačenje koje je najpovoljnije za potrošača.

Članak 53. ZZP-a

Ako na temelju zakona ili sporazuma stranaka ugovor mora biti u pisanom obliku, njegove odredbe moraju biti napisane jasno i razumljivo te moraju biti lako uočljive.

Članak 54. ZZP-a

Dvojbene ili nerazumljive ugovorne odredbe tumače se u smislu koji je povoljniji za potrošača.

Kad govorimo o odnosu s nepoštenosti, ističe se da transparentnost i nepoštenost nisu istoznačnice.

Transparentna ugovorna odredba može biti nepoštena (kao u slučaju ugovorene zatezne kamate od 3% dnevno, od zakašnjenja do isplate ili visine doplatka za vožnju bez karte u vlaku).

S druge strane, netransparentne odredbu su u pravilu nepoštene.

Direktiva 93/13 propisuju da odredbe koje se nude potrošaču, a o kojima se nije pojedinačno pregovaralo, uvijek moraju biti sročene jasno i razumljivo.

Naime, ako odredbe koje se nude potrošaču nisu sročne jasno i razumljivo, iako ni Direktiva 93/13 ni ZZP to nigdje eksplicitno ne navode, iz prakse ES-a[[49]](#footnote-49) proizlazi da je to svakako element koji se uzima u obzir prilikom ocjene poštenosti neke ugovorne odredbe. Naime, ako trgovac bez pregovaranja unese u ugovor odredbu koja je nerazumljiva, nejasna, obmanjujuća, nedovoljno obrazložena ili čak skrivena, teško se može uzeti da je korištenjem takvih ugovornih odredbi prodavatelj nastupao u dobroj vjeri, vodeći računa o interesima potrošača.

Ono što je najvažnija razlika između poštenosti i transparentnosti je činjenica da test transparentnosti ima širu primjenu. Naime, zahtjev transparentnosti primjenjuje se na sve ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačnopregovaralo, uključivo i one koje ne podliježu testu poštenosti (definiraju glavni predmet te primjerenost cijene).

Kao i kod nepoštenosti, iako ES daje smjernicu u tom smislu, ocjena transparentnosti ugovorne odredbe je na nacionalnom sudu. On je dužan u svakom pojedinom slučaju procijeni transparentnost i nepoštenost konkretnih ugovornih odredbi. Pritom se u obzir uzimaju priroda robe ili usluga na koje se ugovor odnosi u vrijeme kada je ugovor sklopljen, sve popratne okolnosti sklapanja ugovora i sve ostale odredbe tog ugovora ili nekog drugog ugovora o kojem on ovisi (čl. 4. st. 1. Direktive 93/13).

U tom su smislu, za ocjenu transparentnosti odredbe koja je glavni predmet ugovora potrebno je prema članku 4. stavku 1. Direktive 93/13, uzeti, među ostalim, sve odredbe ugovora koje se u njemu nalaze u trenutku njegova sklapanja. To je trenutak u kojem se potrošač odlučuje hoće li se ugovorno vezati za uvjete koje je prethodno sastavio trgovac. Činjenica da je nacionalni zakonodavac kasnije neke od tih ugovornih odredaba proglasio ništetnim i s obvezujućim *ex tunc* učinkom zamijenio, ne spada u okolnosti koje nacionalni sud treba uzeti u obzir u okviru ocjene transparentnosti odredbe o riziku promjene tečaja.[[50]](#footnote-50)

### Zahtjev formalne transparentnosti

Da bismo mogli govoriti o tome da je ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno raspravljalo jasna i razumljiva ona prije svega mora zadovoljiti formalni zahtjev transparentnosti. To znači da potrošač mora imati pristup ugovoru i prilozima, tekst mora biti jasan i sastavljen na jeziku koji potrošač poznaje. Nema sumnje da se ne može govoriti niti o makar formalnoj transparentnosti ako potrošač nije vidio ugovorne odredbe na koje se obvezuje ili ih nije uopće razumio zbog (stranog) jezika ili specifičnosti terminologije. Osim toga, ugovorne odredbe moraju biti jasno vizualno prikazane, odgovarajućom veličinom fonta i unesene u ugovor na način da on predstavlja logičnu strukturu ugovora. Nema govora o transparentnosti ako su ugovorne odredbe kojima se stranke sporazumijevaju o pravima potrošača istaknute, dok su jednako važne ugovorne odredbe kojima se ugovaraju njegove obveze prikrivene u ostatku teksta. To će, osim u situacijama kad su otisnute manjim ili svjetlijim, odnosno teže čitljivim, slovima, biti slučaj i onda kad su ugovorne odredbe smještene u ugovoru na mjestu gdje ih nije razumno očekivati. Primjerice, kad se neka važna obveza potrošača ne unese pod točku ugovora naslovljenu „Obveze kupca“ nego u točku naslovljenu „Obveze trgovca“ ili, češće, pod točku „Ostale odredbe“. Smještaj ugovornih odredbi na mjestu gdje ih je razumno očekivati, pogotovo je važno kad je riječ o ugovornim odredbama čiji se učinak može razumjeti samo ako ih se čita s drugim odredbama. Takav je slučaj kod odredbi o otkazu kredita zbog neispunjenja potrošača čiji se učinak može u potpunosti razumjeti tek kada se čita zajedno s odredbama o razlozima i postupku otkazivanja, utvrđivanju vrijednosti visine tražbine, dostavi otkaza, ovršnoj klauzuli i pravnim učincima otkaza.

### Zahtjev materijalne transparentnosti

Transparentnost se ne može ograničiti isključivo na razumljivost ugovornih odredbi na formalnoj i jezičnoj razini te podrazumijeva i da potrošači moraju biti u stanju procijeniti pravne i ekonomske posljedice ugovorne odredbe ili ugovora. To je tzv. materijalna transparentnost. Ona zahtijeva od trgovaca da potrošaču prije sklapanja ugovora pruži jasne informacije o ugovornim odredbama i njihovim posljedicama. Sudovi su dužni provjeravati jesu li potrošači dobili potrebne informacije - oglašavanjem i obavijestima koje je davatelj usluge učinio dostupnim tijekom pregovora. Pritom je teret dokaza o informiranosti na trgovcu. Dvojbene se odredbe tumače u korist potrošača.

S obzirom da se sustav zaštite uspostavljen Direktivom 93/13 temelji na ideji da se potrošač nalazi u slabijem položaju u odnosu na prodavatelja robe ili pružatelja usluga, osobito što se tiče razine obaviještenosti, zahtjev transparentnosti treba shvatiti široko, tj. tako da nameće ne samo to da je predmetna odredba gramatički razumljiva za potrošača nego i da ugovor transparentno opisuje konkretan način funkcioniranja mehanizma na koji se odnosi predmetna odredba kao i, prema potrebi, odnos između tog mehanizma i onoga predviđenog drugim odredbama, tako da potrošač može procijeniti, na temelju preciznih i razumljivih kriterija, ekonomske posljedice koje za njega proizlaze. Nacionalni sudovi moraju ispitati jasnoću i razumljivost ugovorne odredbe s obzirom na sve relevantne činjenične elemente, uključujući oglašavanje i informacije koje je davatelj kredita učinio dostupnima u sklopu pregovaranja o sklapanju ugovora o zajmu, vodeći računa o razini pažnje koja se može očekivati od prosječnog potrošača koji je uobičajeno informiran i koji postupa s razumnom pažnjom i razboritošću.[[51]](#footnote-51)

#### Transparentnost ugovorne odredbe o tečajnom riziku

Materijalna transparentnost odigrala je ključnu ulogu za ocjenu nepoštenosti ugovornih odredbi o valutnoj klauzuli sadržanih u ugovoru o kreditu.[[52]](#footnote-52) S obzirom na to da se prema praksi ES-a [[53]](#footnote-53) odredbe o tečajnom riziku imaju smatrati odredbama koje definiraju glavni predmet ugovora, poštenost odredbi o tom riziku ne bi se mogla procjenjivati da je odredba transparentna. Kako su odredbe o valutnoj klauzuli uglavnom formalno jasno i razumljivo sastavljene, upravo zaključak o tome da prilikom sklapanja ugovora potrošaču nisu bili priopćeni svi elementi koji bi mogli imati utjecaja na opseg njegove obveze, a na temelju kojih on može ocijeniti osobito ukupnu cijenu svoje obveze, ocijenjeno je da nisu transparentne u materijalnom smislu, odnosno da u suštini nisu jasno i razumljivo sastavljane. To je otvorilo put mogućnosti da se testiraju na poštenje, odnosno na dobru vjeru i ravnotežu. Pritom je ES naglasio da zahtjev transparentnosti „treba tumačiti na način da zahtjev prema kojem ugovorna odredba mora biti jasno i razumljivo sastavljena obvezuje financijske institucije da korisnicima kredita pruže dovoljno informacija kako bi potonji mogli donositi razborite i informirane odluke. U tom pogledu taj zahtjev znači da ugovornu odredbu o riziku promjene tečaja potrošač mora razumjeti na formalnoj i gramatičkoj razini, ali također u pogledu njezina konkretnog dosega, u smislu da prosječan potrošač, koji je uredno obaviješten i postupa s dužnom pažnjom i razboritošću, može ne samo znati za mogućnost deprecijacije nacionalne valute u odnosu na stranu valutu u kojoj je ugovor o kreditu sklopljen već i da može procijeniti potencijalno znatne gospodarske posljedice koje bi takva odredba mogla imati za njegove financijske obveze“[[54]](#footnote-54)

U tom smislu je na nacionalnom sudu da, prilikom razmatranja okolnosti sklapanja ugovora, provjeri jesu li potrošaču priopćeni svi elementi koji bi mogli imati utjecaja na opseg njegove obveze, a na temelju kojih on može ocijeniti osobito ukupnu cijenu svoga zajma. To, uz ostalo, uključuje informiranje o tome da snosi rizik od pada valute u kojoj ostvaruju dohodak, a što može ugroziti mogućnost vraćanja zajma s time da se pritom traži od pružatelja usluge da utvrdi moguće promjene tečaja i s tim povezane rizike zajma u stranoj valuti.

Pritom nije dostatno da su odredbe samo gramatički razumljive nego i to da ekonomske posljedice te odredbe moraju biti jasne prosječnom potrošaču. Kad pročita tekst ugovora, nije dovoljno da potrošač samo razumije da primjerice tečaj valute može varirati gore ili dolje, nego da stvarni učinci moraju biti jasni prosječnom potrošaču. Dakle, mora biti svjestan mogućnosti dizanja ili padanja vrijednosti strane valute; taj rizik promjene tečaja mora biti jasan i potrošač mora biti jasno upoznat s time da snosi financijski teret tog rizika i to bez ograničenja.

Kad je riječ o transparentnosti ugovorne odredbe o tečajnom riziku, ES[[55]](#footnote-55) zahtijeva da se provjeri uključuju li informacije koje su pružene potrošaču barem utjecaj koji na rate ima znatna deprecijacija zakonskog sredstva plaćanja u državi članici u kojoj korisnik kredita ima prebivalište u odnosu na stranu valutu. Konkretno, korisnik kredita mora, s jedne strane, biti jasno obaviješten o činjenici da se, sklapajući ugovor o kreditu u stranoj valuti, izlaže tečajnom riziku koji će gospodarski teško moći snositi u slučaju pada vrijednosti valute u kojoj ostvaruje svoj dohodak u odnosu na stranu valutu u kojoj je nominiran zajam. S druge strane, pružatelj usluge, u ovom slučaju bankarska institucija, mora iznijeti moguće promjene deviznog tečaja i rizike svojstvene uzimanju zajma u stranoj valuti. Naposljetku, kao što je to pojašnjeno u dvadesetoj uvodnoj izjavi Direktive 93/13, potrošač mora imati stvarnu mogućnost upoznati se sa svim odredbama ugovora. Naime, pravodobna informacija pružena prije sklapanja ugovora o ugovornim odredbama i posljedicama navedenog sklapanja za potrošača je od temeljne važnosti kako bi donio odluku o tome hoće li se ugovorno vezati uz pružatelja usluge ili prodavatelja robe pristupajući odredbama koje je ovaj prethodno sastavio.

#### Transparentnost ugovorne odredbe o promjenjivoj kamatnoj stopi

Kad je riječ o transparentnosti ugovorne odredbe kojom se određuje promjenjiva kamatna stopa, odlučne informacije u svrhu ispitivanja koje nacionalni sud u tom pogledu mora provesti predstavljaju, s jedne strane, činjenica jesu li osnovne informacije o izračunu te stope lako dostupne svima koji su željeli ugovoriti kredit te, s druge strane, pružanje informacija o prošlim kretanjima indeksa na temelju kojeg se ta stopa izračunava.[[56]](#footnote-56)

Naprotiv, zahtjev transparentnosti odredbe o varijabilnoj kamatnoj stopi ne zahtijeva pružanje preciznih informacija o posljedicama promjene kamatne stope tijekom trajanja ugovora (ubuduće) jer trgovac te fluktuacije po prirodi stvari ne može unaprijed utvrditi niti pojasniti potrošaču.[[57]](#footnote-57)

#### Transparentnost ugovorne odredbe o odricanju od sudske zaštite

Tumačenje o transparentnosti ugovorne odredbe o odricanju od podnošenja tužbe radi pobijanja ugovora ES je dao u kontekstu španjolskog predmeta u kojem su stranke – potrošač i banka sporazumno i samoinicijativno zaključile ugovor o obnovi ugovora o kreditu (presuda od 9. srpnja 2020., C-452/18, *Ibercaja Banco*). Tim su ugovorom raniju odredbu o najnižoj kamatnoj stopi za koju se moglo smatrati da je nepoštena (jer je slična odredba drugih kreditora utvrđena ništetnom u praksi nacionalnih sudova) zamijenile novom odredbom o najnižoj kamatnoj stopi te su se, među ostalim, stranke uzajamno odrekle osporavanja ugovora o kreditu pred sudom. Kad je riječ o odricanju potrošača o podnošenju tužbe koja se odnosi na prvotno ugovorenu (staru) najnižu kamatnu stopu (dakle, odriče se prava na isplatu onog što je plaćeno i onoga što bi bilo plaćeno da odredbe o najnižoj kamatnoj stopi nije bilo), u načelu to nije samo po sebi nemoguće, pod pretpostavkom da je to odricanje rezultat slobodnog i informiranog pristanka. Ova odredba, međutim, ako je unesena u sporazum u kontekstu rješavanja spora koji je nastao zbog nepoštene ugovorne odredbe može se smatrati glavnim predmetom sporazuma. U toj situaciji je izuzeta od ocjene poštenosti, pod pretpostavkom da je transparentna.

Iako je ocjena o tome na nacionalnom sudu, ES je dao kriterije za ocjenu transparentnosti odredbe o odricanju od sudske zaštite od prvotne odredbe o najnižoj kamatnoj stopi.

Dva su odlučna momenta. Prvo, je li potrošač dobio dostatne informacije o nepoštenosti prvotno ugovorene odredbe o najnižoj kamatnoj stopi. Drugo, je li potrošač dobio dostatne informacije o iznosima na čiji bi povrat imao pravo zbog plaćenog na temelju te nepoštene ugovorne odredbe.

U odnosu na prvo, ES je ponovio da se ocjena poštenosti i transparentnosti provodi s obzirom na okolnosti koje su postojale u trenutku sklapanja ugovora. U trenutku kad je ovaj ugovor o obnovi sklopljen 2014., postojala je odluka Vrhovnog suda Španjolske (u kolektivnom sporu protiv tri banke iz 2013.) da je riječ o odredbi koja se može smatrati nepoštenom, ali su učinci navedenog utvrđenja ništetnosti ograničeni su na buduće vrijeme. Drugim riječima, potrošačima je ostavljeno pravo da zahtijevaju povrat iznosa koji su platili nakon donošenje te presude, tj. nakon 9. svibnja 2013. Tek je 2016. ES utvrdio da je ovakvo ograničenje vremenskih učinaka ništetnosti protivno Direktivi 93/13. Zbog toga, prema tumačenju ES-a, iako se u trenutku sklapanja ugovora o obnovi, mogla uočiti ništetnost stare ugovorne odredbe o najnižoj kamatnoj stopi, ta činjenica nije bila izvjesna jer ništetnost nije utvrđena među strankama tog ugovora u okviru sudskog postupka.

Isto tako, prema tadašnjoj sudskoj praksi (razdoblje između 2013. i 2016.) ne proizlazi da je trgovac mogao znati da postojanje nepoštene stare ugovorne odredbe o najnižoj kamatnoj stopi daje potrošaču pravo na cjelokupni povrat iznosa koji su na temelju nje neosnovano plaćeni. Naime, tada je vrijedila praksa Vrhovnog suda Španjolske da se vraćaju samo iznosi plaćeni nakon 9. svibnja 2013.

To su okolnosti koje je ES dao u zadatak nacionalnom sudu da ima na umu kad procjenjuje razinu izvjesnosti koja je u trenutku sklapanja ugovora o obnovi postojala u pogledu stare ugovorne odredbe o najnižoj kamatnoj stopi kako bi se utvrdio opseg informacija koje je banka trebala dati potrošaču da bi odredba ugovora o odricanju od sudske zaštite bila transparentna, kao i to je li potrošač mogao shvatiti pravne posljedice te odredbe.

Drugim riječima, ako u trenutku sporazuma o odricanju od sudske zaštite u vezi s nekom ugovornom odredbom koja u tom trenutku nije utvrđena ništetnom, za transparentnost odredbe o odricanju od te sudske zaštite ne postoji dužnost banke informirati potrošača o restituciji, odnosno o iznosima na koje bi imao pravo na povrat za slučaj da se ne odrekne prava na sudsku zaštitu.

Isto tako, općenito gledajući, zahtjev transparentnosti ne zahtijeva od prodavatelja robe ili pružatelj usluge da pruži dodatne informacije o ugovornoj odredbi koja je jasno sastavljena, ali čiji se pravni učinci mogu utvrditi samo tumačenjem odredbi nacionalnog prava koje nisu predmet ujednačene sudske prakse odnosno o kojoj postoji različita praksa domaćih sudova (Vidi presudu od 19. rujna 2019., C-34/18, *Lovasné Tóth*, t. 61. – 70.)

## Nepoštenost ugovornih odredbi kredita denominiranih u kunama s valutnom klauzulom u CHF u praksi hrvatskih sudova

Predmet kolektivnog spora koji se vodio pred Trgovačkim sudom u Zagrebu između "Potrošača*"* – Hrvatskog saveza udruga za zaštitu potrošača i osam banaka (P-1401/12) bila je zaštita potrošača od korištenja ugovornih odredbi o kojima se nije pojedinačno pregovaralo i to:

- odredbe o valutnoj klauzuli prema kojoj je glavnica vezana uz CHF i

- odredbe kojom je ugovorena redovna kamata promjenjiva čije je stopa tijekom postojanja ugovorne obveze promjenjiva u skladu s jednostranom odlukom kreditora.

Presudom od 4. srpnja 2014. Trgovački sud u Zagrebu je, ocijenivši ih netransparentnim i nepoštenim, utvrdio ništetnost ugovorne odredbe o valutnoj klauzuli i ništetnost ugovornih odredbi o kamatnoj stopi promjenjivoj na osnovi jednostrane odluke banke u ugovorima o potrošačkom kreditiranju te je naložen prekid navedenog postupanja.

Presudom Visokog trgovačkog suda od 13. lipnja 2014. (Pž-7129/13) potvrđena je prvostupanjska presuda u dijelu kojim je utvrđena povreda kolektivnih interesa i prava koji se odnose na ništetnost promjenjive kamatne stope. U odnosu na zahtjev za utvrđenje ništetnosti valutne klauzule u CHF, prvostupanjska presuda je preinačena i tužbeni zahtjev je odbijen.

Pravna shvaćanja Visokog trgovačkog suda o ništetnosti ugovorne odredbe o jednostranoj izmjeni kamatne stope kao i ona o valjanosti valutne klauzule podržao je Vrhovni sud Republike Hrvatske koji je presudom od 9. travnja 2015. (Revt-249/14) odbio revizije stranaka.

Nakon što je odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III/2521/2015 i dr. od 13. prosinca 2016. djelomično usvojena ustavna tužba "Potrošača" te je ukinuta presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske Revt-249/14 u dijelu kojim je odbijena revizija "Potrošača" protiv pravomoćne presude kojem je odbijen zahtjev koji se odnosi na poštenost valutne klauzule, Vrhovni je sud ukinuo presudu Visokog trgovačkog suda od 13. lipnja 2014. u dijelu koji se odnosi na valutnu klauzulu te je predmet vraćen na ponovljeni žalbeni postupak Visokom trgovačkom sudu.

Presudom od 14. lipnja 2018. (Pž-6632/17), Visoki trgovački sud je, u ponovljenom postupku, potvrdio prvostupanjsku presudu u dijelu u kojem je sud utvrdio da je svaki pojedini tuženik povrijedio kolektivne interese potrošača korištenjem ugovornih odredaba kojima je otplatu glavnice kredita vezao uz švicarski franak o kojima se nije pojedinačno pregovaralo, a da prije zaključenja, u vrijeme zaključenja i u svezi zaključenja predmetnih ugovora nije potrošače u cijelosti informirao o svim potrebnim parametrima bitnim za donošenje valjane odluke utemeljene na potpunoj obavijesti, to je, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, imalo za posljedicu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača te im naložio prekinuti s korištenjem tih odredaba i zabranio im korištenje takvih i sličnih ugovornih odredaba ubuduće.

Presudom od 3. rujna 2019. (Rev-2221/18) Vrhovni sud Republike Hrvatske je odbio reviziju kreditora protiv dijela presude Visokog trgovačkog suda kojim je potvrđena nepoštenost i ništetnost ugovornih odredbi iz ugovora o kreditu upućujući pritom na razloge iz drugostupanjske presude.

Pravomoćna odluka suda o donesena u postupku za zaštitu kolektivnih interesa potrošača u smislu postojanja povrede propisa zaštite potrošača obvezuje ostale sudove u postupku koji potrošač osobno pokrene radi naknade štete koja mu je uzrokovana postupanjem tuženika (članak 118. ZZP-a).

Također, odredbom članka 502. c ZPP-a propisan je učinak presude donesene po tužbi za zaštitu kolektivnih interesa i prava na način da se fizičke i pravne osobe mogu u posebnim parnicama za naknadu štete ili isplatu pozvati na pravno utvrđenje iz presude kojom će biti prihvaćeni zahtjevi iz kolektivne tužbe, da su određenim postupanjem, uključujući i propuštanje tuženika, povrijeđeni ili ugroženi zakonom zaštićeni kolektivni interesi i prava osoba koje je tužitelj ovlašten štititi. U tom će slučaju sud biti vezan za ta utvrđenja u parnici u kojoj će se ta osoba na njih pozvati.

Dakle, propisan je izravni učinak tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača na način da obvezuju sudove da se u posebnim postupcima radi ostvarenja prava potrošača pozovu na utvrđenje iz pravomoćne presude kojom je prihvaćen zahtjev postavljen u tužbi za zaštitu kolektivnih interesa i prava.

Prema navedenom, citirane odredbe ZPP-a i ZZP-a propisuju direktni učinak tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača i obvezuju sudove da se u posebnim postupcima radi ostvarenja prava potrošača za naknadu mogu pozvati na utvrđenje iz pravomoćne presude kojom je prihvaćen zahtjev postavljen tužbi iz čl. 502.a st. 1. ZPP-a. S obzirom na sadržaj izreke pravomoćne presude Trgovačkog suda u Zagrebu koja je donesena u kolektivnom sporu i odnosi se na tuženika u pojedinačnom sporu, prema shvaćanju Vrhovnog suda Republike Hrvatske, nema potrebe u navedenom pravcu ponovno provoditi dokazni postupak i utvrđivati ništetnost spornih odredbi jer bi u suprotnom, s obzirom na iznesena utvrđenja iz tog postupka i citirane zakonske odredbe, drugačije postupanje bilo nesvrsishodno neekonomično i previše tegobno za potrošača, kao što bi bilo i u suprotnosti s navedenim odredbama ZPP-a i ZZP-a.[[58]](#footnote-58)

# Materijalnopravne posljedice nepoštenosti

# ugovornih odredbi

Nakon što je utvrđeno da odredba ugovora koji je sklopljen između potrošača i prodavatelja robe/pružatelja usluga o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo nije poštena, jer suprotno zahtjevima dobre vjere uzrokuje značajnu neravnotežu u pravima i obvezama stranaka na štetu vjerovnika, postavlja se pitanje koji su pravni učinci takvog utvrđenja. Drugim riječima, koje su pravne posljedice nepoštenosti ugovorne odredbe. O materijalnim posljedicama nepoštenosti ugovorne odredbe ovisi sadržaj pravne zaštite koja pripada potrošačima.

Materijalne posljedice nepoštenosti ugovorne odredbe propisane su u čl. 6. st. 1. Direktive 93/13.

Članak 6. stavak 1.

Države članice utvrđuju da u ugovoru koji je prodavatelj robe ili pružatelj usluge sklopio s potrošačem prema nacionalnom pravu nepoštene odredbe nisu obvezujuće za potrošača, a da ugovor u tim uvjetima i dalje obvezuje stranke ako je u stanju nastaviti važiti i bez tih nepoštenih odredaba.

Imajući na umu načelo obveznog usklađenog tumačenja direktivi Europske unije koje je odraz njihovog posrednog učinka na pravne odnose (uključivo i one među pojedincima – fizičkim ili privatnim pravnim osobama), nacionalne propise – ZZP i ostale norme domaćeg prava trebamo tumačiti u skladu s odredbama Direktive 93/13 i to onako kako je doseg i značenje pojedine odredbe odredio Europski sud u svojim interpretativnim presudama.

Kada je riječ o materijalnopravnim posljedicama nepoštenosti ugovorne odredbe, od ključnog je značenja u domaćoj sudskoj praksi imati na umu sadržaj članka 6. stavak 1. Direktive 93/13 i tumačenje tog članka u praksi Europskog suda jer je riječ o odredbi koja ima središnju ulogu u sustavu zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi u Europskoj uniji.

Europski sud je dosad riješio 207 predmeta u kojima se tražilo tumačenje Direktive 93/13, od toga čak 110 predmeta u kojima se zahtijevalo tumačenje upravo odredbe članka 6. stavak 1.[[59]](#footnote-59) Pritom Europski sud tumači kako položaj i značenje ove odredbe u sustavu zaštite potrošača u državama članicama tako i sadržaj odnosno doseg same odredbe u materijalnopravnom smislu.

Naglašavajući važnost ove odredbe i njezin položaj u sustavu zašite potrošača ES je nebrojeno puta ponovio da je riječ o kogentnoj odredbi (odredbi s obvezujućim učinkom) koju, štoviše, valja smatrati normom ekvivalentnom nacionalnim pravnim pravilima kojima se štiti javni poredak.

"53      Članak 6. stavak 1. Direktive 93/13 određuje da države članice utvrđuju da u ugovoru koji je prodavatelj robe ili pružatelj usluge sklopio s potrošačem prema nacionalnom pravu nepoštene odredbe nisu obvezujuće za potrošača.

54      Tu odredbu valja smatrati normom ekvivalentnom nacionalnim pravilima koja, u okviru unutarnjeg pravnog poretka, imaju karakter normi javnog poretka (vidjeti u tom smislu presudu od 30. svibnja 2013., Asbeek Brusse i de Man Garabito, C‑488/11, EU:C:2013:341, t. 44.).

55      Usto, riječ je o odredbi s obvezujućim učinkom kojoj je cilj zamijeniti formalnu ravnotežu koju ugovor uspostavlja između prava i obveza suugovaratelja stvarnom ravnotežom koja će ponovno uspostaviti jednakost između potonjih (presuda od 14. lipnja 2012., Banco Español de Crédito, C‑618/10, EU:C:2012:349, t. 63.).

56      S obzirom na narav i važnost javnog interesa koji se temelji na zaštiti potrošača, koji se nalaze u slabijem položaju u odnosu na prodavatelje robe ili pružatelje usluga, Direktiva 93/13 državama članicama nameće, kao što to proizlazi iz njezinog članka 7. stavka 1., tumačenog u vezi s njezinom uvodnom izjavom 24., da osiguraju primjerena i djelotvorna sredstva za sprečavanje stalnoga korištenja nepoštenih odredaba u ugovorima koje prodavatelji robe ili pružatelji usluga sklapaju s potrošačima (presuda od 30. travnja 2014., Kásler i Káslerné Rábai, C‑26/13, EU:C:2014:282, t. 78.)."[[60]](#footnote-60)

Kad je riječ o sadržaju članka 6. stavak 1. Direktive 93/13, pojašnjavajući kako se ima razumjeti u njemu propisana obveza država članica da utvrde da nepoštene odredbe potrošačkih ugovora nisu obvezujuće za potrošače te što znači pravilo da ugovor u tim uvjetima i dalje obvezuje stranke ako je u stanju nastaviti važiti i bez tih nepoštenih odredaba, ES je naveo kako slijedi.

"61      Iz prethodnih razmatranja proizlazi da članak 6. stavak 1. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da ugovornu odredbu koja je proglašena nepoštenom valja smatrati, u načelu, kao da nikada nije postojala, tako da ne može imati učinak u odnosu na potrošača. Prema tome, sudsko utvrđenje nepoštenosti takve odredbe mora, u načelu, imati za posljedicu ponovnu uspostavu pravne i činjenične situacije potrošača u kojoj bi se nalazio da navedene odredbe nije bilo.

62      Iz toga proizlazi da obveza nacionalnog suda da izuzme iz primjene nepoštenu ugovornu odredbu kojom se nalaže plaćanje iznosa za koje se uspostavilo da je neosnovano ima, u načelu, odgovarajući restitucijski učinak u odnosu na te iznose.

63      Naime, nepostojanje takvog restitucijskog učinka može dovesti u pitanje preventivni učinak koji se člankom 6. stavkom 1. Direktive 93/13, u vezi s njezinim člankom 7. stavkom 1., želi pridati utvrđenju nepoštenosti odredaba sadržanih u ugovorima koje je prodavatelj robe odnosno pružatelj usluge sklopio s potrošačima.

64      Doduše, članak 6. stavak 1. Direktive 93/13 zahtijeva od država članica da predvide da nepoštene odredbe nisu obvezujuće za potrošače „prema nacionalnom pravu” (presuda od 6. listopada 2009., Asturcom Telecomunicaciones, C‑40/08, EU:C:2009:615, t. 57.).

65      Međutim, uređenje u nacionalnom pravu zaštite zajamčene potrošačima Direktivom 93/13 ne može izmijeniti opseg a time ni sadržaj te zaštite i time dovesti u pitanje jačanje njezine djelotvornosti donošenjem ujednačenih pravila o nepoštenim odredbama, što je bila namjera zakonodavca Europske unije, kao što je navedeno u uvodnoj izjavi 10. Direktive 93/13.

66      Slijedom toga, iako je zadaća država članica putem svojeg nacionalnog prava definirati uvjete pod kojima se utvrđuje nepoštenost uredbe sadržane u ugovoru te se proizvode konkretni pravni učinci tog utvrđenja, ono i dalje mora omogućavati ponovno uspostavljanje činjenične i pravne situacije u kojoj bi potrošač bio da ta nepoštena odredba nije postojala, među ostalim, uspostavljanjem prava na povrat koristi koje je prodavatelj robe odnosno pružatelj usluge neosnovano stekao na potrošačevu štetu na temelju navedene nepoštene odredbe."[[61]](#footnote-61)

Ukratko, države članice (nacionalno zakonodavstvo i sudska praksa) imaju na osnovi članka 6. stavak 1. Direktive 93/13 obvezu osigurati:

* da nepoštene odredbe ne obvezuju potrošača
* da ugovor ostaje na snazi bez nepoštenih odredbi, ako je to prema nacionalnom pravu moguće
* restituciju potrošača.

To su dakle materijalnopravne posljedice utvrđenja nepoštenosti ugovorne odredbe.

## Nepoštene ugovorne odredbe ne obvezuju potrošača

Dakle, Direktiva 93/13 obvezuje nacionalne pravne poretke da ugovornu odredbu koja je proglašena nepoštenom smatraju, u načelu, kao da nikada nije postojala, tako da ne može imati učinak u odnosu na potrošača. Neobvezujuća narav nepoštenih odredbi znači da se ima smatrati kao da nepoštena odredba nikad nije postojala i ne proizvodi obveze za potrošača.

Hrvatski zakonodavac se odlučio neobvezujuću narav nepoštenih odredbi osigurati na način da je iste proglasio ništetnima. Naime, ovaj dio obveze članka 6. stavak 1. Direktive 93/13, u hrvatsko je pravo preneseno člankom 55. stavak 1. ZZP.

Posljedice nepoštenosti ugovorne odredbe

Članak 55.

Nepoštena ugovorna odredbe je ništetna.

Ništetnost pojedine odredbe ugovora ne povlači ništetnost i samog ugovora ako on može opstati bez ništetne odredbe.

Imajući na umu da ništenost ima *ex tunc* učinak - od sklapanja ugovora, utvrđenjem ništetnom nepoštene ugovorne odredbe na temelju propisa iz članka 55. stavak 1. ZZP-a pruža se domaćim potrošačima standard zaštite koja se traži člankom 6. stavak 1. Direktive 93/13, sve pod pretpostavkom da se pritom priznaju i štite pravne posljedice ništetnosti, prije svega restitucija.

## Pravo na restituciju

ZZP ne govori ništa o restituciji potrošača. To ne znači da potrošači prema nacionalnom pravu nemaju pravo na restituciju, odnosno ponovnu uspostavu pravne i činjenične situacije kao da nepoštene ugovorne odredbe nije niti bilo. Naime, iako ZZP kao posebni zakon propisuje da su nepoštene odredbe ništetne, ne propisuje posljedice ništetnosti tih odredbi. U nedostatku posebnih odredbi ZZP-a o posljedicama ništetnosti nepoštenih odredbi, primijenjuju se opća pravila nacionalnog prava o posljedica ništetnosti pravnih poslova (ZOO) ili posebni propisi onda kada takvi posebni propisi za pojedine vrste potrošačkih ugovora postoje.

Posljedice ništetnosti propisane su člankom 323. ZOO-a koji određuje da je u slučaju ništetnosti ugovora svaka ugovorna strana dužna vratiti drugoj sve ono što je primila na temelju takva ugovora, a ako to nije moguće, odgovarajuću naknada u novcu, s time da savjesni ugovaratelj ima pravo i na naknadu štete koju trpi zbog ništetnosti ugovora ako ovaj nije znao ili prema okolnostima nije morao znati za postojanje uzroka ništetnosti.

U odnosu na potrošačke ugovore o kreditu denominirane u kunama s valutnom klauzulom u CHF dana 30. rujna 2015. stupio je na snagu Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju ("Narodne novine" br. 102/15, dalje ZID ZPK 2015 – Zakon o konverziji). U domaćoj sudskoj praksi je prijeporno predstavlja li obračun konverzije kako je propisan navedenim zakonom restituciju potrošača, odnosno treba li restituciju potrošačima koji su konvertirali ugovor o kreditu promatrati prema općim propisima ZOO-a kao da konverzije nije bilo. O ovom pitanju nema ujednačene prakse županijskih sudova[[62]](#footnote-62), a Vrhovni sud Republike Hrvatske dosad nije zauzimao pravno shvaćanje o ovom pitanju.

Načelno gledajući, kad su potrošači izvršili plaćanje na temelju nepoštenih ugovornih odredbi, moraju imati pravo na povrat tih plaćanja. Pravo potrošača na restituciju posljedica je neobvezujuće prirode nepoštene ugovorne odredbe. Bez prava na povrat plaćenog na temelju nepoštene ugovorne odredbe nema govora o neobvezujućem učinku *ex tunc*, a što je okvir postavljen i člankom 55. stavak 1. ZZP i člankom 6. stavak 1. Direktive 93/13.

Neobvezujući učinak nepoštenih ugovornih odredbi ne može se postići vremenskim ograničenjem restitucijskih učinaka na način da se, primjerice, pravo na restituciju ograniči samo na iznose koji su na temelju nepoštene ugovorne odredbe plaćeni nakon nekog trenutka – često nakon podnošenja tužbe radi utvrđenja ništetnosti ili nakon donošenja nepravomoćne ili pravomoćne presude o ništetnosti i sl. Uvođenjem vremenskog ograničenja restitucijskih učinaka ograničava se djelotvornost sudske odluke o nepoštenosti ugovornih odredbi. To je protivno pravnoj prirodi ništetnosti koja djeluje *ex tunc* od samog trenutka sklapanja ugovora - bez vremenskih ograničenja i iznimaka, ali i neobvezujućoj naravi nepoštenih odredbi kao glavnom cilju članka 6. stavak 1. Direktive 93/13. Teško se može govoriti o tome da je osigurano da potrošača ne obvezuje nepoštena odredba onda kada mu se pravo na povrat plaćenog na temelju nepoštene odredbe priznaje samo u odnosu na plaćanja koja je učinio nakon podnošenja tužbe kojom je tražio (i ishodio) presudu o utvrđenju ništetnosti nepoštene odredbe. To znači da ga za prethodno razdoblje ta odredba obvezuje unatoč deklaraciji ništetnosti koja sama za sebe u takvim okolnostima ograničenja vremenskih učinaka restitucije nije dostatan instrument za postizanje neobvezujuće naravi nepoštene odredbe - glavnog cilja članka 6. stavka 1. Direktive 93/13.

Međutim, vremensko ograničenje restitucijskih učinaka i zastara nije isto.

Restitucijski učinci kao pravna posljedica ništetnosti nepoštene ugovorne odredbe kojim se osigurava da takva odredba ne bude obvezujuća za potrošača ne mogu se vremenski ograničiti jer se time nedopušteno ograničavaju vremenske posljedice ništetnosti koja djeluje *ex tunc*.

S druge strane, zastara je gubitak prava zahtjeva za ostvarivanje nekoga subjektivnoga građanskog prava protekom roka određenoga zakonom, konkretno za naknadu preplaćenih iznosa po ništetnim odredbama. Razumni zastarni rok za ostvarivanje restitucijskog zahtjeva je dopušten, a najčešće se brani zahtjevima pravne sigurnosti. To znači da potrošač mora imati pravo zahtijevati povrat ispunjenja ili naknadu za sve što je ispunio na ime nepoštene ugovorne odredbe, ali rok za podnošenje tužbe za taj povrat/naknadu može biti ograničen. Kao i svaki drugi, i rok zastare je određen trenutkom početka tijeka roka i trajanjem roka. S obzirom da je riječ o kondikcijskom zahtjevu (tužba za povrat stečenog bez osnove) za koji nije propisan poseban zastarni rok, restitucijski zahtjev zastarijeva za pet godina. Pritom valja imati na umu pravno shvaćanje Građanskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 30. siječnja 2020. prema kojem zastarni rok u slučaju restitucijskog zahtjeva prema kojem su ugovorne strane dužne vratiti jedna drugoj sve ono što su primile na temelju ništetnog ugovora (zahtjev iz članka 323. st. 1. ZOO-a) kao posljedice utvrđenja ništetnosti ugovora, počinje teći od dana pravomoćnosti sudske odluke kojom je utvrđena ili na drugi način ustanovljena ništetnost ugovora.

Imajući na umu recentnu praksu ES-a u tom smislu, za zaključiti je da je pravno uređenje zastare restitucijskih učinaka u Hrvatskoj, kako po pitanju početka tijeka zastarnog roka tako i po pitanju njegova trajanja, usklađeno s člankom 6. stavkom 1. Direktive 93/13.[[63]](#footnote-63)

Naime, "pravu Unije ne protivi nacionalni propis koji, propisujući nezastarivost tužbe za utvrđenje ništavosti nepoštene odredbe iz ugovora sklopljenog između prodavatelja robe ili pružatelja usluge i potrošača, podvrgava roku zastare tužbu radi isticanja restitucijskih učinaka tog utvrđenja, pod uvjetom poštovanja načela ekvivalentnosti i djelotvornosti."[[64]](#footnote-64)

S obzirom na to da je početak tijeka zastarnog roka za iznose plaćene na temelju nepoštene ugovorne odredbe od dana ispunjenja ništetnog ugovora, odnosno od dana sklapanja ugovora, u praksi ES-a ocijenjen protivnim EU pravu[[65]](#footnote-65), novo tumačenje početka tijeka zastarnog roka u hrvatskoj sudskoj praksi (od dana utvrđenja ništetnosti odgovara) u cijelosti odgovara zahtjevima načela djelotvornosti zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi kako to zahtijeva Direktiva 93/13.

Konačno, u presudi Rev-2245/17 od 20. ožujka 2018. Vrhovni sud Republike Hrvatske, odlučujući o izvanrednoj reviziji, zauzeo je pravno shvaćanje prema kojem pokretanjem parničnog postupka za zaštitu kolektivnih interesa potrošača dolazi do prekida zastare na temelju čl. 241. ZOO-a, a zastara individualnih restitucijskih zahtjeva počinje teći ispočetka tek od trenutka pravomoćnosti sudske odluke donesene u povodu te tužbe.

## Nakon uklanjanja nepoštenih odredbi ugovor i dalje obvezuje stranke – zabrana sudske revizije ugovora

Članak 6. stavak 1. Direktive 93/13 obvezuje države članice da osiguraju da ugovor sklopljen između potrošača i prodavatelja/pružatelja usluga i „dalje obvezuje stranke ako je u stanju nastaviti važiti i bez tih nepoštenih odredaba“. Pritom se mogućnost ostavljanja na snazi ugovora procjenjuje prema odredbama nacionalnog prava. U hrvatski pravni sustav, ova je obveza prenesena u članku 55. st. 2. ZZP-a.

Posljedice nepoštenosti ugovorne odredbe

Članak 55.

Nepoštena ugovorna odredbe je ništetna.

Ništetnost pojedine odredbe ugovora ne povlači ništetnost i samog ugovora ako on može opstati bez ništetne odredbe.

Iako se čini lako razumljivom jer slijedi otprije poznati koncept djelomične ništetnosti koji već postoji u ZOO-u (članak 324.), riječ je o pravnoj posljedici nepoštenih ugovornih odredbi koja je najprjepornija u praksi.

Prvenstveno, sam tekst odredbe članka 55. st. 2. ZZP-a ne asocira na njegovu bit, a to je, kada je riječ o perspektivi nacionalnih sudaca, sudska zabrana revizije. To znači da je nacionalni sud, kada utvrdi da je neka ugovorna odredba nepoštena, dužan samo izuzeti iz primjene nepoštenu odredbu (kako ona ne bi obvezivala potrošača), a pritom nije ovlašten izmijeniti njezin sadržaj.

Uzmimo, na primjer, da je između trgovca i potrošača ugovoren nerazmjerno visoki penal za zakašnjenje potrošača. Ako je riječ o odredbi o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, a ocijeni se da je riječ o nerazmjerno teškoj sankciji zbog propuštanja potrošača, takva je odredba nepoštena jer suprotno načelu dobre vjere stvara neravnotežu na štetu potrošača. Ako je nepoštena, ona je ništetna. Međutim, opće odredbe ZOO-a dopuštaju sudsko smanjenje ugovorne kazne (članak 354.). Odredba članka 55. st. 2. ZZP-a kada se tumači usklađeno s člankom 6. stavak 1. Direktive 93/13 čije ciljeve prenosi, takvo umanjenje zabranjuje u ugovorima sklopljenim između trgovaca i potrošača. ZZP, kao poseban propis, derogira primjenu općeg propisa. Kad ocijeni da je riječ o nepoštenoj odredbi, nacionalni sud je dužan ugovornu odredbu o penalu utvrditi ništetnom kako potrošač ne bi njome bio vezan. Pritom nije ovlašten smanjivati ugovorenu kaznu na razmjeran iznos ili na iznos za koji ocijeni da je pravičan, već ugovor treba nastaviti obvezivati stranke bez te odredbe, kao da ugovorna kazna nikada i nije bila ugovorena.

Ne samo da nacionalni sud nije ovlašten umanjivati sankcije, nego ne može čak niti primijeniti dispozitivno nacionalno pravo koje bi se među strankama inače primjenjivalo da takve odredbe nije bilo. U Španjolskoj je bilo dosta problema s visokim zateznim kamatama koje su se ugovarale na kredite. Ugovorna kamata iznosila je 5,5 %, ili 4,75 % godišnje, a godišnja kamatna stopa zateznih kamata ugovarala se u visini od čak 25 %. Prema pravnom shvaćanju španjolskih sudova, riječ je o nepoštenoj ugovornoj odredbi. Prema tumačenju ES[[66]](#footnote-66), nepoštenost odredbe potrošačkog ugovora o zajmu o kojoj se nije pregovaralo i kojom se određuje stopa zateznih kamata dovodi do potpunog uklanjanja tih kamata, pri čemu nastavljaju teći redovne kamate predviđene tim ugovorom. Dakle, u takvoj situaciji sudovi nisu ovlašteni primijeniti dispozitivne odredbe domaćeg prava i smanjiti ugovorenu stopu zateznih kamata na visinu stope zakonskih zateznih kamata.

Smisao zabrane revizije ugovora je primarno u tome što bi revizija (izmjena u pravcu, primjerice, smanjenja ugovorne kazne ili stope zateznih kamata) nepoštenih odredbi značila njihovo djelomično ostavljanje na snazi, a što znači da bi prodavatelji/pružatelji usluga imali određene koristi od njih. Time bi bila ugrožena preventivna svrha Direktive 93/13, odnosno njezin odvraćajući učinak na prodavatelje/pružatelje usluga. Dakle, nepoštena ugovorna odredba ne smije obvezivati potrošača.

Pritom je odlučan samo pravni kriterij – pravna mogućnost održavanja ugovora na snazi bez te odredbe, dok ekonomski interesi stranaka nisu odlučni. Odgovor o tome može li neki ugovor nastaviti obvezivati stranke bez nepoštene ugovorne strane ne smije se temeljiti na interesu samo jedne stranke. Posve je, neodlučno bi li prodavatelj/pružatelj usluga bio sklopio ugovor bez nepoštene ugovorne odredbe da je znao da, primjerice, neće moći jednostrano mijenjati ugovornu kamatnu stopu, naplatiti zatezne kamate u slučaju zakašnjenja potrošača ili otkazati ugovor zbog toga što potrošač nije ispunio dva dospjela obroka kredita.

Kao drugo, imajući na umu odredbu članka 6. st. 1. Direktive 93/13 u dijelu kojim propisuje da ugovor i dalje obvezuje stranke ako je u stanju nastaviti važiti i bez nepoštenih odredaba, očito je da cilj zaštite koju predviđa ova direktiva nije utvrditi ništetnim sve i cijele ugovore, već „zamijeniti formalnu ravnotežu koju ugovor uspostavlja između prava i obveza ugovornih stranaka stvarnom ravnotežom kojom se ponovno uspostavlja jednakost između potonjih, pri čemu se precizira da se predmetni ugovor mora, u načelu, održati bez ikakve izmjene osim one koja proizlazi iz uklanjanja nepoštenih odredbi.“[[67]](#footnote-67)

To nas dovodi do drugog problema s kojim se često susreće sudska praksa, a to su kriteriji za nastavak važenja ugovora. Koji su to ugovori koji mogu nastaviti nakon što im je uklonjena nepoštena odredba? Prema članku 6. stavku. 1. Direktive 93/13 ugovor mora nastaviti postojati, bez ikakve izmjene, osim one koja proizlazi iz utvrđenja nepoštenosti navedene odredbe, ako je takav kontinuitet ugovora moguć prema pravilima nacionalnog prava. Drugim riječima, Direktiva 93/13 sama ne utvrđuje kriterije koji uređuju mogućnost da ugovor nastavi postojati bez nepoštenih odredaba, niti koje su to ugovorne odredbe nakon uklanjanja kojih ugovor može ili ne može nastaviti obvezivati stranke već nacionalnom pravnom poretku prepušta njihovo utvrđivanje.

To znači da se mogućnost ostavljanja na snazi ugovora procjenjuje prema odredbama nacionalnog prava. Jasno je da ni članak 55. stavak 2. ZZP-a, prema kojem ništetnost pojedine odredbe ugovora ne povlači ništetnost i samog ugovora ako on može opstati bez ništetne odredbe, ne daje nikakve kriterije koji moraju biti ispunjeni za nastavak ugovora iz kojeg su uklonjene jedna ili više nepoštenih ugovornih odredbi. Stoga su relevantne opće odredbe ZOO-a o djelomičnoj ništetnosti koje kao glavno pravilo također propisuju da ništetnost neke odredbe ugovora ne povlači ništetnost cijelog ugovora ako on može opstati bez ništetne odredbe. Jasno je da ugovor koji sadrži nepoštenu ugovornu odredbu o prorogaciji nadležnosti može opstati bez te odredbe. Sve odredbe ugovora koje nisu bitni sadržaj ugovora (*essentialia negotii*) jesu odredbe bez kojih ugovor može nastaviti obvezivati stranke. Ako su nepoštene ugovorne pak odredbe koje su bitni sadržaj ugovora – određuju glavni predmet ugovora, prema domaćem pravu nema pravne mogućnosti da takav ugovor nastavi obvezivati stranke. To znači da ništetnost ugovorne odredbe koja je glavni predmet ugovora povlači ništetnost cijelog ugovora. Je li ili nije neka ugovorna odredba glavni predmet ugovora, odnosno definira li ona bitne sastojke ugovora stvar je domaćeg prava. Kod nekih ćemo ugovora lako utvrditi bitne sastojke ugovora. Takav je primjer ugovor o kupoprodaji čiji obvezni sadržaj čine predmet kupoprodaje i njegova cijena. Za slučaj da se nepoštene odredbe ugovora o kupoprodaji tiču cijene predmeta kupoprodaje, ruši se valjanost cijelog posla jer ugovor o kupoprodaji iz kojeg je uklonjena odredba o cijeni ne može obvezivati stranke. Zato što predaja stvari u vlasništvo bez plaćanja cijene nije više kupoprodaja nego darovanje.

Kod nekih drugih ugovora, odrediti glavni predmet ugovora nije tako jednostavno. Takav je ugovor o kreditu koji se prema odredbama domaćeg prava definira kao ugovor kojim se banka obvezuje korisniku kredita staviti na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vrijeme, za neku namjenu ili bez utvrđene namjene, a korisnik se obvezuje banci plaćati ugovorene kamate i iskorišteni iznos novca vratiti u vrijeme i na način kako je ugovoreno (članak 1021. ZOO-a). Bitni sastojci ugovora o kreditu su iznos kredita, uvjeti davanja, korištenja i vraćanja kredita (članak 1022. stavak 2. ZOO-a). Prema Zakonu o potrošačkom kreditiranju ("Narodne novine" br. 75/09, 112/12, 143/13, 09/15, 78/15, 102/15 i 52/16, dalje: ZPK), ugovor o kreditu se definira kao ugovor u kojem trgovac odobrava potrošaču kreditu u obliku odgode plaćanja, zajma ili slične financijske pogodbe[[68]](#footnote-68).

Imajući na umu da je bitni sastojak ugovora protučinidba potrošača, često je prijeporno koje su to ugovorne odredbe koji definiraju elemente koji čine protučinidbu potrošača - glavni predmet ugovora, a koje nisu. Ukupan iznos koji plaća potrošač jest zbroj ukupnog iznosa kredita i ukupnih troškova kredita (kamate, naknade, porezi i dr.)[[69]](#footnote-69) Ono što je u aktualnoj situaciji u Hrvatskoj najvažnije, jest pitanje jesu li nepoštene odredbe o mehanizmu promjene stope redovne kamate bitni sastojak ugovora te jesu li bitni sastojak ugovora nepoštene odredbe o valutnoj klauzuli kredita u CHF ili denominiranih u CHF. To zato jer su upravo odredbe o mehanizmu promjene redovne kamatne stope i odredbe o valutnoj klauzulu ocjenjene ništetnom u kolektivnom sporu.

Iako su uvjeti za opstanak ugovora bez nepoštene ugovorne odredbe propisani nacionalnim pravom, ES je, kad je riječ o ugovorima o kreditu, dao smjernice nacionalnim sudovima koje treba imati na umu prilikom procjene je li odredba ugovora o kreditu koja je utvrđena ništetnom odredba koja definira bitni sastojak ugovora, odnosno je li moguće da ugovor nakon njena uklanjanja nastavi obvezivati stranke ili ništetnost navedene odredbe uzrokuje ništetnost cijelog posla.[[70]](#footnote-70)

#### Utjecaj ništetnosti ugovorne odredbe o promjenjivoj kamatnoj stopi na pravnu održivost ugovora o kreditu

 Kad je riječ o nepoštenim odredbama koje omogućuju kreditoru da pod određenim uvjetima jednostrano izmijeni kamatnu stopu, ES je u presudi *Matei*, pojasnio da su glavni predmet ugovora one odredbe koje utvrđuju bitne činidbe tog ugovora, koje ga određuju kao takvog. S druge strane, odredbe koje su akcesornog značaja u usporedbi s onima koje definiraju samu bit ugovornog odnosa nisu odredbe koje definiraju glavni predmet ugovora. Je li ili nije odredba ugovora koja omogućuje davatelju kredita da pod određenim uvjetima jednostrano izmijeni kamatnu stopu bitan dio činidbe dužnika koja se sastoji od otplate iznosa koji mu je davatelj kredita stavio na raspolaganje, stvar je ocjene nacionalnog suda. Prilikom donošenja te ocjene nacionalni sud mora uzeti u obzir narav, opću strukturu i odredbe predmetnog ugovora o kreditu kao i pravni i činjenični kontekst tih odredbi[[71]](#footnote-71).

Međutim, podložno provjerama nacionalnih sudova, ES je u ovoj presudi izrazio stajalište da odredaba koje davatelju kredita omogućuju da pod određenim uvjetima jednostrano izmijeni kamatnu stopu, ne bi ulazila u glavni predmet ugovora.[[72]](#footnote-72)

Prvo, zato što je već ranije presuđeno da slična odredba o mehanizmu izmjene cijena usluge pružene potrošaču nije obuhvaćena člankom 4. stavkom 2. Direktive 93/13 (presuda od 26. travnja 2012., C-472/10, *Invitel*, t. 23.).[[73]](#footnote-73)

Drugo, zato što su odredbe koje davatelju kredita omogućuju da jednostrano izmijeni kamatnu stopu izričito navedene u točki 1. podtočki (j) Priloga Direktivi 93/13 koji, u skladu s člankom 3. stavkom 3. potonje direktive, sadrži indikativan i netaksativan popis odredaba koje se mogu smatrati nepoštenima. U točki 2. podtočki (b) tog priloga pobliže se navode uvjeti pod kojima navedena točka 1. podtočka (j) nije u suprotnosti s takvim odredbama. Uključivanje ovakvih odredbi u „sivi popis“ odredbi koje se mogu smatrati nepoštenima ne bi imalo smisla ni učinka kada bi one bile uključene u glavni predmet ugovora jer bi od početka bile isključene iz ocjene eventualne nepoštenosti na temelju čl. 4. stavka 2. Direktive 93/13 koji iz testa nepoštenosti isključuje odredbe koje definiraju glavni predmet ugovora.[[74]](#footnote-74)

Treće, dokaz da je riječ o odredbama akcesornog značenja je okolnost da one, s obzirom na to da prije svega sadrže mehanizam prilagodbe koji davatelju kredita omogućuje da izmijeni odredbu kojom se određuje kamatna stopa, ne mogu odvojiti od te odredbe koja određuje kamatnu stopu. Odredba kojom se određuje kamatna stopa može biti dio glavnog predmeta ugovora, a odredba kojom se određuje mehanizam promjene te stope, zbog svoje akcesornosti, ne.[[75]](#footnote-75)

Konačno, uzrok nepoštenosti odredbe o mehanizmu izmjene kamatne stope ne leži u neprimjernosti između visine izmijenjene stope i protučinidbe obavljene za tu izmjenu, već zbog netransparentnosti uvjeta i kriterija koji davatelju kredita omogućuju da izvrši tu izmjenu.

U tom smislu, zaključak je ES-a u presudi *Matei* da izrazi „glavni predmet ugovora“ načelno ne obuhvaćaju odredbe ugovora o kreditu sklopljenih između poslovnog subjekta i potrošača, koje davatelju kredita omogućuju da pod određenim uvjetima jednostrano izmijeni kamatnu stopu. Međutim, sud koji je uputio zahtjev dužan je provjeriti tu kvalifikaciju navedenih ugovornih odredaba s obzirom na narav, opću strukturu i odredbe predmetnih ugovora kao i činjenični i pravni kontekst tih odredaba.[[76]](#footnote-76)

Imajući na umu navedeno tumačenje ES-a, nema razloga da hrvatski sudovi ne tumače odredbe članka 55. stavak 2. ZZP (mogućnost ostavljanja na snazi ugovora) u vezi s člankom 1021. ZOO (bitni sastojci ugovora) na isti način na koji ES tumači članak 4. stavak 2. Direktive.

Proizlazilo bi da ugovori o kreditu u kojima je ništetna samo odredba o mehanizmu promjene kamatne stope, mogu nastaviti obvezivati stranke bez te odredbe. Pritom se mora voditi računa o tome je uklanjanje nepoštene ugovorene odredbe o mehanizmu promjene kamatne stope uz očuvanje ugovora moguće samo zato što su odredbe o redovnoj kamatnoj stopi i o načinu njene izmjene funkcionalno odvojene odredbe (svaka ima svoj sadržaj i funkciju) neovisno o tome što su u ugovoru prezentirane često kao jedna odredba ili jedna rečenica. U situaciji u predmetu *Matei* ugovoreno je da se kredit otplaćuje tijekom 25 godina te da se njegova tekuća godišnja kamatna stopa određuje na 3,99% s time da banka prema svojim posebnim uvjetima za ovakvu vrstu kredita pridržava pravo izmjene tekuće kamatne stope u slučaju znatnih promjena na tržištu novca, pri čemu se o novoj kamatnoj stopi obavještava korisnik kredita. Uklanjanjem dijela odredbe koji se odnosi na pridržaj prava na jednostranu izmjenu kamatne stope ugovor može nastaviti obvezivati stranke jer brisanje ovog dijela odredbe nije utjecalo na sadržaj preostale ugovorne odredbe u dijelu kojim je određena tekuća godišnja kamatna stopa od 3.99% pa ugovor može i dalje obvezivati stranke, s učinkom *de facto* kao da je redovna kamata stopa ugovorena u trenutku sklapanja ugovora nepromjenjiva za cijelo vrijeme trajanja ugovornog odnosa.

#### Utjecaj ništetnosti valutne klauzule na pravnu održivost ugovora o kreditu

Kad je riječ o ugovornim odredbama koje se odnose na valute obveze, a posebice odredbe o valutnoj klauzuli, ES je i za ove odredbe dao tumačenja koja trebaju pomoći nacionalnom sudu kod procjene je li riječ o bitnim sastojcima ugovora, odnosno može li ugovor bez ništetne valutne klauzule nastaviti obvezivati stranke.

Za razumijevanje prakse ES u tumačenju valutne klauzule kao glavnog predmeta ugovora, valja najprije reći da se ova praksa u najvećem dijelu razvijala u povodu zahtjeva za prethodnu odluku mađarskih sudova, nešto manje rumunjskih i poljskih. Imajući na umu specifičnosti prakse banaka u tim državama, ES je imao priliku tumačiti pojmove „valutne razlike“ i „rizika tečaja“. Iako usko povezana, ova dva pojma nisu istoznačnice i to treba imati na umu kada se čitaju odluke ES-a u svrhu ocjene sudbine domaćih ugovora s nepoštenim valutnim klauzulama. To je pogotovo važno za razumijevanje prakse ES o tome kako treba tumačiti nacionalno zakonodavstvo koje je u nekim državama članicama (u prvom redu u Mađarskoj) doneseno s ciljem retroaktivne izmjene nepoštenih ugovornih odredbi na temelju intervencije tih zakona.

*Valutna razlika* je ugovoreni mehanizam promjene valute u onim situacijama u kojima je među strankama ugovoreno da kreditor isplaćuje kredit u nacionalnoj valuti prema kupovnom tečaju kreditora, a potrošač ga otplaćuje prema prodajnom tečaju kreditora. Na primjer:

„Kreditor odobrava i stavlja na raspolaganje Korisniku kredita kredit u iznosu od 115.000,00 CHF u kunskoj protuvrijednosti obračunato po kupovnom tečaju CHF-KN Kreditora na dan isplate kredita.

Korisnik kredita se obvezuje iznos iz prethodnog stavka vratiti uz valutnu klauzulu s pripadajućim kamatama u vrijeme i na način utvrđen ovim Ugovorom i to u kunskoj protuvrijednosti obračunato po prodajnom tečaju CHF-KN Kreditora na dan plaćanja.“

Valutne razlike nema u situacijama kad se kredit isplaćuje i otplaćuje prema jednom istom tečaju. Na primjer:

„ Kreditor odobrava i stavlja na raspolaganje Korisniku kredita kredit u iznosu od 115.000,00 CHF u kunskoj protuvrijednosti obračunato po srednjem tečaju Hrvatske narodne banke na dan isplate kredita.

Korisnik kredita se obvezuje iznos iz prethodnog stavka vratiti uz valutnu klauzulu s pripadajućim kamatama u vrijeme i na način utvrđen ovim Ugovorom i to u kunskoj protuvrijednosti obračunato po srednjem tečaju Hrvatske narodne banke dan plaćanja.“

*Tečajni rizik* je rizik promjene tečaja strane valute, koji se u sastoji od snažne deprecijacije nacionalne valute u odnosu na drugu valutu, konkretno švicarski franak. Financijski teret koji proizlazi iz rizika promjene tečaja snose u cijelosti potrošači.

Iz navedenog proizlazi da tečajni rizik postoji i onda kada valutne razlike nema, odnosno i onda kada je i za isplatu i za otplatu kredita ugovoren isti tečaj. Sve i kad se ukloni tečajna razlika između kupovnog i prodajnog tečaja (kao što je to učinjeno mađarskim zakonima donesenim 2014. kojim je predviđeno, među ostalim, da se iz potrošačkog ugovora o kreditu uklanjaju odredbe koje banci omogućuju da određuju vlastite kupovne i prodajne tečajeve stranih valuta, kao i da se te odredbe zamijene službenim tečajem koji je za odgovarajuću stranu valutu odredila Mađarska narodna banka), potrošač i dalje snosi tečajni rizik koji čini financijski teret zbog eventualnog smanjenje tečaja nacionalne valute, koja služi kao valuta plaćanja i u kojoj potrošač ostvaruje svoja primanja, u odnosu na stranu valutu u kojoj zajam mora biti vraćen.

Drugim riječima, u svim ugovorima koji sadrže valutnu klauzulu postoji tečajni rizik, neovisno o mehanizmu konverzije (valutnoj razlici) i upravo je taj tečajni rizik, zbog financijskog tereta promjene tečaja, koji je u cijelosti prenesen na potrošača, ono što odredbu o valutnoj klauzuli čini nepoštenom.

Kad je riječ o ugovornim odredbama koje se odnose na tečajni rizik, iz sudske prakse ES-a proizlazi da su to odredbe koje definiraju glavni predmet ugovora o zajmu pa su obuhvaćene člankom 4. stavkom 2. Direktive 93/13, pri čemu se neće ocjenjivati njihova nepoštenost samo ako nacionalni sud smatra, na pojedinačnoj osnovi, da ih je prodavatelj robe ili pružatelj usluge sastavio jasno i razumljivo (Presuda od 20. rujna 2018., C-51/17, OTP Bank i OTP Faktoring, t. 68., presuda 14. ožujka 2019, C-118/17, Dunai, t. 48, presuda od 3. listopada 2019., C-260/18, Dziubak, t.44.). Ako odredba o tečajnom riziku nije transparentna (sastavljena jasno i razumljivo), dopušteno je ispitivati njezinu nepoštenost, odnosno uzrokuje li ona, usprkos zahtjevu dobre vjere, znatniju neravnotežu između prava i obveza stranaka ugovora na štetu potrošača.[[77]](#footnote-77)

Odredbe o valutnoj klauzuli kredita u CHF u postupku vođenom povodom kolektivne tužbe "Potrošača" – Hrvatskog saveza udruga za zaštitu potrošača protiv više banaka u Republici Hrvatskoj ocijenjene su netransparentnim i nepoštenim te su utvrđene ništetnim. ZPP-om (čl. 503. c) propisan je izravan učinak tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava potrošača na način da obvezuju sudove da se u posebnim postupcima radi ostvarenja prava potrošača pozovu na utvrđenje iz pravomoćne presude kojom je prihvaćen zahtjev postavljen u kolektivnoj tužbi.

Članak 55. stavak 2. ZZP-a treba tumačiti na način da, u načelu, ugovor mora nastaviti vrijediti bez bilo koje druge izmjene osim one koja proizlazi iz otklanjanja nepoštenih uvjeta, ako je takav kontinuitet ugovora pravno moguć prema pravilima nacionalnog prava što treba provjeriti na objektivan način.

Može li ugovor o kreditu denominiran u CHF nastaviti vrijediti bez valutne klauzule? Je li to prema nacionalnom pravu moguće?

Iako je tumačenje nacionalnog prava isključivo u nadležnosti domaćih sudova, iz prakse ES-a bi proizlazilo da taj sud tumači da to nije moguće. Naime, odredba koja se odnosi na tečajni rizik određuje glavni predmet ugovora. Bez nje se „održavanje valjanosti ugovora ne čini pravno moguće“. Ovakav pravno stajalište izraženo je u odlukama *OTP Bank i OTP Faktoring, Dunai* i *Dziubak*.

Presuda u predmetu *Dziubak* dobra je ilustracija na kojoj možemo bolje razumjeti pravne posljedice ništetnosti valutne klauzule. Riječ je o poljskim potrošačima koji su s Raiffeisen bankom zaključili ugovor o kreditu denominiran u CHF koji je sadržavao valutnu klauzulu (valutna razlika i rizik tečaja je na potrošačima). Kamatna stopa bila je utvrđena kao promjenjiva kamatna stopa, definirana kao zbroj referentne kamatne stope tromjesečnog LIBOR-a za švicarski franak i fiksne marže kreditora. Nacionalni sud nema nikakve sumnje da je valutna klauzula ništetna. Ono u što taj sud nije bio siguran jest koje su posljedice utvrđenja nepoštenosti navedene odredbe. Može li ugovor nastaviti obvezivati stranke bez valutne klauzule i smije li ga se, ako prema nacionalnom pravu nije moguće održanje ugovora na snazi, u cijelosti utvrditi ništetnim, iako utvrđenje ništetnosti cijelog posla nije cilj kojem Direktiva 93/13 teži.

Potrošači su zahtijevali upravo to – utvrđenje ništetnim cijelog pravnog posla, obrazlažući zahtjev tvrdnjom da je valutna klauzula nepoštena i da nakon što se utvrdi njena ništetnost i ona bude uklonjena, više neće biti moguće utvrditi ispravni tečaj tako da ugovor neće moći opstati. Podredno, uz obrazloženje da je valutna klauzula nepoštena tražili su da sud nakon što utvrdi ništetnom tu odredbu, nju ukloni i da ugovor nastavi obvezivati bez ikakve druge izmjene. To znači da potrošači zahtijevaju da nakon utvrđenja ništetnosti valutne klauzule ugovor nastavi obvezivati stranke kao da je otpočetka bio ugovor o kreditu u nacionalnoj valuti (zlotama), ali i dalje s ugovorenom povoljnijom kamatnom stopom koja se za kredite denominirene u CHF ugovarala u nižem iznosu nego za kredite u zlotama.

Prema mišljenju poljskog suda, potonje rješenje promijenilo bi samu prirodu glavnog predmeta ugovora o kreditu i time bi bilo suprotno općim načelima predviđenim poljskim pravom koje jamči slobodu ugovaranja. S obzirom na to da su stranke zaključile ugovor indeksiran u stranoj valuti, uklanjanjem valutne klauzule taj ugovor ne bi bio više indeksiran u navedenoj stranoj valuti, dok bi se kamatna stopa i nadalje temeljila na - nižoj - kamatnoj stopi te iste strane valute. Nije sporno da indeksacija tog kredita uz CHF predstavlja jedinu osnovu kamatne stope koja se temelji na stopi LIBOR-a CHF, kako su ugovorile stranke prilikom sklapanja tog ugovora. Uklanjanjem valutne klauzule promijenjena je priroda sklopljenog ugovora jer bi se izvršavao ugovor drugačije vrste od one koju su sklopile stranke, a što predstavlja ograničenje slobode ugovaranja zajamčene nacionalnim pravom.

Europski sud je u tom smislu istumačio da članak 6. stavak 1. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da mu se ne protivi to da nacionalni sud, nakon što je utvrdio nepoštenost određenih odredaba ugovora o kreditu indeksiranog u stranoj valuti i koji sadržava kamatnu stopu izravno vezanu za međubankovnu kamatnu stopu za dotičnu valutu, smatra, u skladu sa svojim nacionalnim pravom, da taj ugovor ne može postojati bez tih odredaba iz razloga što bi njihovo uklanjanje za posljedicu imalo izmjenu prirode glavnog predmeta tog ugovora.[[78]](#footnote-78)

To još i više vrijedi u okolnostima kao što su one iz glavnog postupka, jer proizlazi da bi uklanjanje valutne klauzule dovelo ne samo do ukidanja mehanizma indeksacije i razlike u tečaju, već, neizravno, i do nestanka rizika promjene tečaja, koji je izravno povezan s indeksacijom u stranoj valuti kredita iz glavnog postupka. Sud je već presudio da odredbe koje se odnose na rizik promjene tečaja definiraju glavni predmet ugovora o kreditu poput onoga iz glavnog postupka, tako da objektivna mogućnost održavanja na snazi ugovora o kreditu iz glavnog postupka nije sigurna[[79]](#footnote-79).

Drugim riječima, dopušteno je, a i jedino objektivno moguće, u situaciji poput ove, utvrditi ništetnost cijelog ugovora kad uklanjanje nepoštene ugovorne odredbe rezultira promjenom glavnog predmeta ugovora (kao što je slučaj s izmjenom ugovora o kreditu denominiranog u stranoj valuti u ugovor u nacionalnog valuti).

### Iznimke od zabrane sudske revizije

Prema članku 6. stavak 1. Direktive 93/13, kako ga tumači Europski sud, članak 55. stavak 2. ZZP-a treba se usklađeno tumačiti na način da kad je utvrđena ništetnom ugovorna odredba koja nije bitni sastojak ugovora, ugovor ostaje na snazi bez te odredbe, bez ikakve druge promjene (umanjenja obveze na pravičan iznos ili popunjavanje praznine odredbom domaćeg dispozitivnog prava ili sl.). Naprotiv, kad je utvrđena ništetnom ugovorna odredba koja definira bitni sastojak ugovora, cijelu ugovor u načelu treba utvrditi ništetnim jer ugovor ne može opstati bez glavnog predmeta ugovora.

Međutim, utvrđenje ništetnosti cijelog ugovora može imati štetne posljedice za potrošača.

Kad, primjerice, nakon sedam godina otplate utvrdimo da je ništetan ugovor o kreditu s valutnom klauzulom u CHF na iznos od 115.000,00 CHF sklopljen na 25 godina, pravne posljedice ništetnosti zahtijevaju da potrošač – korisnik kredita odjednom vrati sve što je primio na ime ispunjenja ništetnog pravnog posla. Istina, obveza povrata može, u određenim okolnostima, obuhvaćati i banku, ali kod velikih kredita koji su utvrđeni ništetnim prije nego je većina kredita otplaćena, u pravilu će potrošač biti taj koji je na ime ispunjenja ništetnog ugovora u obvezi vratiti iznos primljen od svog suugovaratelja. Kad obveza potrošača na povrat primljenog na ime ništetnog ugovora o kreditu nadilazi njegovu financijsku sposobnost, potrošač je doveden u paradoksalnu situaciju. Ništetnost nepoštene odredbe kojoj je smisao zaštita potrošača koja je uzrokovala ništetnost cijelog posla proizvela je upravo suprotni učinak – stavila je potrošača u još nepovoljniji položaj jer ono što bi otplaćivao više desetaka godina mora vratiti odjednom.

Čini se da u opisanoj situaciji, članak 6. stavak 1. koji u suštini predstavlja penalizaciju nepoštenih trgovaca i ima za cilj preveniranje nepoštene prakse u korištenju općih uvjeta ugovora, zapravo penalizira potrošača.

Upravo radi izbjegavanja situacije u kojoj ništetnost ugovora kao mehanizam zaštite potrošača dovodi do pogoršanja njegovog položaja, ES je u presudi od 30. travnja 2014., u predmetu *Kásler i Káslerné Rábai*, C-26/13, istumačio da se ne protivi članku 6. Direktive 93/13 to da nacionalni sud ukloni nepoštenu odredbu zamjenjujući je dopunskom odredbom nacionalnog prava u situacijama u kojima nacionalni sud zbog utvrđivanja ništetnosti nepoštene odredbe mora ugovor u cijelosti utvrditi ništetnim, a time bi potrošača izložio za njega nepovoljnim posljedicama, na način da ga se time kažnjava. Naime, kada je riječ o ugovoru o zajmu (i kreditu), takvo utvrđivanje ništetnosti dovelo bi u načelu do neposrednog dospijeća na naplatu preostalog iznosa zajma koji bi svojom veličinom mogao nadići financijsku sposobnost potrošača pa bi slijedom toga ono imalo prije za cilj sankcionirati potrošača, a ne davatelja zajma kojega se takvim postupanjem ne bi odvratilo od stavljanja takvih odredbi u ugovore koji su dio njegove ponude (t. 82.- 85.).

U presudi od 3. ožujka 2020. u predmetu C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, istumačeno je da da članak 6. stavak 1. i članak 7. stavak 1. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da im se ne protivi to da, u slučaju ništetnosti nepoštene ugovorne odredbe kojom se određuje referentni indeks za izračun promjenjivih kamata za kredit, nacionalni sud zamijeni taj indeks zakonskim indeksom koji se primjenjuje kad ne postoji suprotni sporazum ugovornih strana, ako dotični ugovor o hipotekarnom kreditu ne može nastaviti postajati u slučaju ukidanja te nepoštene ugovorne odredbe te ako bi utvrđivanje ništetnosti tog ugovora u cijelosti potrošača izložilo osobito štetnim posljedicama (t. 67.).

Prijevremeno dospijeće je materijalnopravna štetna posljedica ništetnosti cijelog ugovora. Međutim, štetne posljedice ništetnosti mogu biti i procesne. Takav je slučaj, primjerice u Španjolskoj, u kojoj postoji poseban, za ovršenike povoljniji, postupak ovrhe na nekretnini koja se provodi radi ispunjenja tražbine iz potrošačkog ugovora o stambenom kreditu. Naprotiv, kad je ugovor ništetan, ovrha stečenog bez osnove vodi se prema općim pravilima za vođenje postupka koji su manje povoljni za ovršenika. S tim u vezi, u presudi od 26. ožujka 2019., u predmetu *Abanca Corporación Bancaria* (C-70/17 i 179/17) ES je istumačio kako bi u kontekstu tog predmeta, utvrđivanje ništetnosti moglo utjecati na pogoršanje postupovnog položaja potrošača, zbog korištenja redovnog postupka ovrhe umjesto posebnog postupka hipotekarne ovrhe. Takvo pogoršanje postupovnog položaja potrošača je relevantno u okviru ocjene posljedica utvrđivanja ništetnosti predmetnih ugovora i može opravdati to da sudovi koji su uputili zahtjev zamijene nepoštene odredbe kasnijom verzijom zakona kojim se uređuje dospijeće zbog neispunjenja, a koja je stupila na snagu nakon sklapanja ugovora o kojima je riječ u glavnom postupku. (t. 62.).

Iz navedenog slijedi da sudska zabrana revizije propisana člankom 6. stavkom 1. kao jedna od materijalnopravnih posljedica ništetnosti ugovorne odredbe u potrošačkom ugovoru, prema praksi ES-a nije apsolutna.

Iznimno, nacionalni sud može ništetnu odredbu zamijeniti odredbom nacionalnog dispozitivnog prava kako bi se izbjegla ništetnost ugovora i to samo uz kumulativno ispunjenje dviju pretpostavki:

1. ako utvrdi da uklanjanje nepoštenih odredbi objektivno dovodi do ništetnosti cijelog ugovora i
2. da to, u svjetlu domaćeg prava, uključivo i postupovnog, ima osobito štetne posljedice za potrošača.

Iz navedene iznimke može se donijeti više zaključaka koji su vrlo važni za domaću sudsku praksu iz slijedećih razloga.

Prvo, nema mjesta popunjavanju praznina koje nastaju uklanjanjem ništetetne odredbe onda kada ta odredba ne ruši cijeli posao, već on može nastaviti obvezivati stranke bez te odredbe (npr. nepoštene odredbe o ugovornoj kazni).

Drugo, popunjavanje praznine koja je nastala uklanjanjem ništetne odredbe ugovora moguće je samo ako ništetnost te odredbe dovodi do ništetnosti samog posla uz dodatni uvjet da je to osobito štetno za potrošača.

Treće, prazninu koja nastaje uklanjanjem nepoštene ugovorne odredbe možemo ispuniti samo dispozitivnom odredbom domaćeg prava. To je ona odredba koja bi se inače primjenjivala da se stranke u svom ugovoru nisu drugačije sporazumjele. Primjerice, u ugovoru o stambenom kreditu koji je sklopljen na 30 godina i ugovorena je otplata u 360 mjesečnih anuiteta, ugovoreno je da kreditor ima pravo otkazati kredit ako potrošač ne plati o dospijeću dvije uzastopne rate. Ocjenjeno je da je riječ o nepoštenoj ugovornoj odredbi jer je sankcija za neispunjenje potrošača nerazmjerna i protivno zahtjevima dobre vjere uzrokuje neravnotežu u pravima i obvezama na štetu potrošača. Otplata kredita u određenom roku je bitni sastojak ugovora o kreditu. Uklanjanjem odredbe o otkazu kredita ugovor o kreditu ne može opstati. Ništetnost ove odredbe povlači ništetnost cijelog posla, a što je osobito štetno za dotičnog potrošača koji nije bio u mogućnosti platiti dva obroka kredita pa je izvjesno da dospijeće cijelog kredita odjednom nadilazi njegove financijske mogućnosti. U takvoj situaciji nacionalni sud može nadomjestiti ugovornu odredbu o otkazu dispozitivnom odredbom domaćeg prava koja bi uređivala pitanje otkaza u situacijama kada među strankama nije drugačije određeno.

Mogućnost popunjavanja samo dispozitivnim odredbama domaćeg prava opravdava se pretpostavkom da se zakonodavac, kada je uređivao odnose ugovaratelja u nekom ugovornom odnosu, kogentnim i dispozitivnim odredbama koje se na taj odnos primjenjuju nije koristio nepoštenim odredbama, odnosno da su sve zakonske odredbe koje se obvezno ili podredno primjenjuju na neki ugovorni odnos lišene neravnoteže na štetu bilo kojeg ugovaratelja.

Naprotiv, nema mogućnosti popunjavanja pojedinog ugovora općim načelima ugovornog prava, odredbama o pravičnosti i ustaljenim običajima jer ne proizlazi da su ove opće odredbe bile predmetom posebne ocjene zakonodavca s ciljem uspostave ravnoteže među ugovornim stranama. Zbog toga ne uživaju presumpciju nepostojanja nepoštenosti i ne mogu poslužiti popunjavanju ugovora nakon utvrđenja ništetnosti odredbe bez koje cijeli posao propada.[[80]](#footnote-80)

Četvrto, nema mjesta popunjavaju praznina koje nastaju uklanjanjem ništetne odredbe, čak i kad ništetnost te odredbe dovodi do ništetnosti cijelog posla, ako to nije osobito štetno za potrošača.

S obzirom na to da je od odlučne važnosti interes potrošača – je li ništetnost cijelog ugovora štetna za njega (pa iznimno popunjavamo ugovor dispozitivnim odredbama nacionalnog prava) ili ništetnost cijelog ugovora nije štetna za njega, postavlja se pitanje tko je pozvan procijeniti što je u interesu potrošača? Je li odluka na potrošaču ili na nacionalnom sudu koji je utvrdio ništetnost ugovorne odredbe bez koje ugovor ne može opstati, kao što je to, primjerice, odredba o tečajnom riziku, odnosno valutnoj klauzuli.

Odgovor na ovo pitanje dao je ES u već spomenutom predmetu *Dziubak*. Naime, utvrđeno je da je nepoštena ugovorna odredba o valutnoj klauzuli. Potrošač je tužbom zahtijevao ništetnost cijelog ugovora, a podredno brisanje valutne klauzule i nastavak ugovora kao ugovora u zlotama, ali s ugovorenom stopom koja je ugovorena za CHF. Kao što je gore navedeno, nacionalni sud je odbacio potonju mogućnost zbog toga što pravno nije dopuštena prema pravilima domaćeg prava i utvrdio kako u slučaju brisanja valutne klauzule treba utvrditi ništetnost cijelog posla. Što sam potrošač i traži prvoistaknutim zahtjevom. Međutim, nacionalni sud je bio mišljenja da bi utvrđenje ništetnosti cijelog ugovora zbog nepoštene valutne klauzule dovelo do nepovoljnih posljedica za potrošača (zbog prijevemenog dospijeća cijelog kredita). U tom smislu, nacionalni sud kao jedinu opciju za izbjegavanje ništetnosti cijelog posla vidi ostavljanje na snazi nepoštene valutne klauzule. S obzirom na to da članak 6. stavak 1. propisuje obvezu država članica (što uključuje i sudove) da utvrde da nepoštene odredbe ne obvezuju potrošača, zanima ga protivi li se toj odredbi to da se radi izbjegavanja utvrđenja ništetnosti cijelog posla koje bi bilo nepovoljno za potrošača ostave na snazi nepoštene ugovorne odredbe bez kojih taj ugovor ne može opstati. Može li nacionalni sud odlučiti da je ostavljanje na snazi nepoštene ugovorne odredbe bolje za potrošača nego utvrditi ništetnim cijeli ugovor, iako sam potrošač zahtijeva suprotno?

 ES je odgovorio da takvo rješenje nije u skladu s Direktivom 93/13.

"65      Treba podsjetiti da je člankom 6. stavkom 1. prvim dijelom rečenice Direktive 93/13 predviđeno da države članice moraju odrediti da nepoštene ugovorne odredbe „nisu obvezujuće za potrošača”.

66      Sud je tu odredbu protumačio na način da je nacionalni sud, kada smatra da je neka ugovorna odredba nepoštena, obvezan istu izuzeti iz primjene, od čega se može odstupiti samo ako potrošač, nakon što ga je navedeni sud o tome obavijestio, ne namjerava isticati njezinu nepoštenost i neobvezujuću narav, čime daje slobodan i informiran pristanak na dotičnu odredbu, kako je navedeno u točki 53. ove presude.

67      Stoga, ako potrošač ne da svoju suglasnost ili se čak izrijekom protivi održavanju na snazi tih nepoštenih odredaba, kako se čini da je slučaj u glavnom postupku, navedena iznimka nije primjenjiva.

68      Imajući navedeno u vidu, na treće pitanje treba odgovoriti da članak 6. stavak 1. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da mu se protivi održavanje na snazi nepoštenih odredaba ugovora ako bi njihovo uklanjanje dovelo do utvrđenja ništetnosti tog ugovora, i ako sud smatra da bi to utvrđenje ništetnosti dovelo do nepovoljnih posljedica po potrošača, osim ako je potrošač suglasan s tim održavanjem na snazi."

Drugim riječima, potrošač je jedini koji može spriječiti zaštitu koju jamči članak 6. stavak 1. Direktive 93/13 - da nepoštene ugovorne odredbe budu neobvezujuće za njega, i to uz tzv. naknadni slobodni i informirani pristanak - nakon što ga je sud obavijestio o tome da je: a) odredba o valutnoj klauzuli ništetna i da ga ne obvezuje, b) da ništetnost te odredbe uzrokuje ništetnost cijelog ugovora koji bez nje ne može ostati na snazi i c) pravnim posljedicama ništetnosti cijelog ugovora. U takvom slučaju, potrošač može izjaviti da ne namjerava isticati nepoštenost i neobvezujuću narav sporne ugovorne odredbe čime daje slobodan i informiran pristanak na dotičnu odredbu.

"53      Kao drugo, što se tiče važnosti koju treba pridati volji koju je u tom pogledu izrazio potrošač, treba podsjetiti da je Sud – u vezi s obvezom nacionalnog suda da izuzme iz primjene, ako je potrebno i po službenoj dužnosti, nepoštene odredbe u skladu s člankom 6. stavkom 1. Direktive 93/13 – precizirao da nacionalni sud nije obvezan izuzeti iz primjene predmetnu odredbu ako potrošač, nakon što ga je navedeni sud o tome obavijestio, ne namjerava isticati njezinu nepoštenost i neobvezujuću narav, čime daje slobodan i informiran pristanak na dotičnu odredbu (vidjeti, u tom smislu, presudu od 21. veljače 2013., Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, t. 23., 27. i 35. kao i navedenu sudsku praksu).

54      Stoga, Direktiva 93/13 ne ide tako daleko da čini obvezatnim sustav zaštite protiv korištenja nepoštenih odredaba od strane poslovnih subjekata koji je uspostavila u korist potrošača. Posljedično, kada potrošač preferira da se ne pozove na taj sustav zaštite, isti se ne primjenjuje.

55      Analogno tomu, ako se navedeni sustav zaštite protiv nepoštenih odredaba ne primjenjuje ako se potrošač tome protivi, taj potrošač mora *a fortiori* imati pravo protiviti se da bude, na temelju tog sustava, zaštićen od štetnih posljedica do kojih dovodi poništenje cjelokupnog ugovora, kada se ne želi pozivati na tu zaštitu."

Naime, ES ustaljeno presuđuje da se *potrošač može odreći pozivanja na nepoštenost ugovorne odredbe*. Prema mišljenju ES-a, „Direktiva 93/13 ne ide tako daleko da čini obvezatnim sustav zaštite protiv korištenja nepoštenih odredaba od strane poslovnih subjekata koji je uspostavila u korist potrošača"[[81]](#footnote-81) i „pravo na djelotvornu zaštitu potrošača podrazumijeva i njegovu mogućnost da odustane od ostvarenja svojih prava”.[[82]](#footnote-82)

U presudi *Banif Plus Bank* [[83]](#footnote-83)ES je pojasnio da je na nacionalnom sudu da „ako je to slučaj, uzme u obzir volju potrošača kada on, svjestan neobvezujuće naravi nepoštene odredbe, ipak izjavi da se protivi izuzimanju te odredbe, čime daje slobodan i informiran pristanak na odredbu o kojoj je riječ”.

S obzirom da članak 41. stavak 1. ZZP-a zabranjuje mogućnost da se potrošač odrekne prava koja mu na temelju tog zakona pripadaju, imajući na umu izloženu praksu ES-a, navedena zakonska zabrana može se tumačiti na način da podrazumijeva kako se potrošač nikad ne može unaprijed odreći zaštite koju mu zakon pruža. Ugovorna odredba o prodaji ili pružanju usluga koja predviđa njegovo odricanje od prava na njezino osporavanje pred sudom ne može imati nikakav obvezujući učinak u odnosu na potrošača. Naime, takvo se odricanje ni u kojem slučaju ne može smatrati „informiranim”. Osoba uistinu razumije važnost zaštite koju nudi potrošačko pravo tek kad se pojavi problem i kad ima konkretnu potrebu za tom zaštitom. " Priznati mogućnost prethodnog potrošačeva odricanja od prava koja izvodi iz sustava zaštite uspostavljenog tom direktivom bila bi protivna obvezujućem učinku te odredbe i ugrozila bi djelotvornost tog sustava."[[84]](#footnote-84)

Kad je potrošač, s druge strane, svjestan pravnih posljedica koje za njega proizlaze iz odricanja prava na zaštitu koje mu se Direktivom 93/13 nudi, takvo je odricanje usklađeno s tom direktivom. "Direktivi 93/13 samoj po sebi ne protivi to da se potrošač ugovorom odrekne koristi koju bi mogao imati od proglašavanja ugovorne odredbe nepoštenom, pod uvjetom da je to odricanje rezultat slobodnog i informiranog pristanka."[[85]](#footnote-85) Slobodni i informirani pristanak na odricanje od nepoštenosti ugovorne odredbe podrazumijeva da potrošaču prethodno pojašnjeno da je ugovorna odredba ništetna, da je, ako je primjenjivo, ništetan cijeli posao i, u svakom slučaju da ima pravo na restituciju.

Nema razloga da se odredba članka 41. stavak 1. ZZP-a tumači drugačije.

Isto tako, kad je riječ o ugovorima o kreditu, valja imati na umu da su usluga kreditiranja, kao i bankarska usluga, obuhvaćene pojmom "financijske usluge" kako je definira članak 5. toč. 3. ZZP-a. Članak 41. ZZP-a koji u stavku 1. zabranjuje odricanje potrošača od zaštite koju mu pružaju taj zakon ili drugi zakoni kojima se štite prava potrošača kao i ograničenje te zaštite ne primjenjuje se na ugovore o financijskim uslugama. To zato jer je riječ o odredbama koje se nalaze u glavi I. trećeg dijela ZZP-a pa se prema odredbi članka 40. toč. 3. ne primjenjuju na ugovore o kreditu kao ugovore o financijskim uslugama.

U slučaju da nema izričitog odricanja potrošača, nacionalni sud je obvezan izuzeti iz primjene, ako treba i po službenoj dužnosti (jer se na ništetnost inače pazi po službenoj dužnosti[[86]](#footnote-86)), nepoštene ugovorne odredbe u skladu s člankom 6. stavak 1. Direktive 93/13 i člankom 55. st. 1. u vezi s čl. 322. ZOO-a. Jedina iznimka je situacija kad se potrošač sam odriče takve zaštite. Kako je u konkretnom predmetu *Dziubak* potrošač upravo zahtijevao utvrđenje ništetnosti ugovora to je isključena primjena ove iznimke. Zbog toga je nacionalni sud u takvoj situaciji dužan utvrditi ništetnost valutne klauzule i cijelog ugovora, čak i kada smatra da to utvrđenje dovodi do štetnih posljedica za potrošača.

Iz svega slijedi da standardi iz presude *Kásler* znače da do utvrđenja ništetnosti cijelog ugovora (kao posljedica izuzimanja ugovorne odredbe koja predstavlja bitni predmet ugovora) dolazi onda kad potrošač tako želi. Interes potrošača poklapa se s njegovim zahtjevom. S obzirom na to da praksa ES-a daje potrošaču zadnju riječ o tome želi li ili ne biti obvezani nepoštenom ugovornom odredbom, *a forteriori* on (a ne sud) mora moći odlučiti je li ostavljanje na snazi ugovora u njegovom interesu ili nije. Takvo pravno stajalište ES je izrazio i u presudi *Dunai* (t. 54. i 55.)

### Izmjena ili zamjena nepoštene odredbe voljom stranaka

Sudovi, u načelu, ne mogu nepoštenu ugovornu odredbu izmijeniti ili zamijeniti novom. Međutim, zabrana revizije ne proteže se na stranke. One mogu, u skladu sa svojom slobodom ugovaranja, izmijeniti nepoštenu ugovornu odredbu ili je čak zamijeniti novom odredbom. *Ratio* takve izmjene je sasvim sigurno eliminacija nepoštene odredbe i održavanje ugovora na snazi. Pritom se izmjenom ili zamjenom nepoštene ugovorne odredbe, u načelu, ne mogu ukloniti prava potrošača koja proizlaze iz neobvezujuće prirode izmijenjene/zamijenjene odredbe, kao što je pravo na restituciju, osim u situaciji kada se informirani potrošač slobodno odriče tog prava.

Pojašnjenje kompatibilnosti izmjene nepoštene ugovorne odredbe voljom stranaka s EU pravom dao je ES u nedavnoj odluci u predmetu Ibrecaja Banco, C-452/18 od 9. srpnja 2020. Među strankama je bio zaključen potrošački ugovor o hipotekarnom kreditu kojim se predviđalo da se na navedeni zajam primjenjuje promjenjiva kamatna stopa. Međutim, ta se promjenjivost ograničavala odredbom tog ugovora, pri čemu se navela najviša godišnja kamatna stopa od 9,75% i najniža godišnja kamatna stopa od 3,25%. U praksi, odredbe o najnižoj kamatnoj stopi stoga su za posljedicu imale sprečavanje španjolskih potrošača da imaju koristi od pada kamatne stope do kojeg je došlo tijekom financijske krize. U presudi od 9. svibnja 2013. Tribunal Supremo (Vrhovni sud Španjolske) utvrdio je, zbog nedostatka transparentnosti, da se mogu proglasiti nepoštenima odredbe o najnižoj kamatnoj stopi iz općih uvjeta koje primjenjuju tri španjolske banke. Međutim, taj je sud vremenski ograničio učinke svoje presude, koja se ne treba odnositi na iznose koje su potrošači platili u skladu s tim odredbama prije datuma njezine objave (dakle, prije 9. svibnja 2013.). To znači da sve što je plaćeno prije 9. svibnja 2013. se ne restituira. U kontekstu ove presude Vrhovnog suda Španjolske, banka iz glavnog postupka (koja nije bila jedna od tri banke na koju se odnosila presuda VS-a) donijela je unutarnju politiku koja se sastojala od toga da klijentima kojima je odobren hipotekarni zajam s odredbom o najnižoj kamatnoj stopi sklopi sporazum naslovljen "ugovor o obnovi zajma". Stranke su 4. ožujka 2014. sklopile takav sporazum nazvan "ugovor o obnovi zajma". Tim se sporazumom previđalo sniženje najniže kamatne stope primjenjive na taj zajam na 2,35%, počevši od sljedećeg mjesečnog obroka sve do povrata zajma. Potrošačica je i rukom dopisala da je svjesna da se kamatna stopa njenog zajma nikad neće sniziti ispod nominalne godišnje stope od 2,35%. Osim toga, sporazum sadrži i odredbu koja glasi: „Stranke potvrđuju valjanost i primjenu zajma, smatraju njegove uvjete primjerenima i stoga se izričito i uzajamno odriču podnošenja bilo kakve tužbe protiv druge stranke u pogledu sklopljenog ugovora i njegovih odredbi, kao i nagodbi i plaćanja izvršenih do tog datuma, za koje priznaju da su usklađeni.

Zajam je otplaćen 2016. u cijelosti. Ograničenje restitucijskih učinaka koje je u svojoj presudi odredio Vrhovni sud Španjolske, ES je ocijenjeno nedopuštenim presudom koja je dana 21. prosinca 2016. donesena u spojenim predmetima C-154/15, C-307/15 i C-308/15, Gutiérrez Naranjo. Osim toga, u ovoj je presudi ES u biti odlučio da se člankom 6. Direktive 93/13 nacionalnom sudu zapravo nalaže da izuzme iz primjene nepoštenu odredbu o najnižoj kamatnoj stopi i naloži da se potrošaču vrate svi iznosi koje je u skladu s njom platio. Konkretno, razliku između iznosa plaćenih u skladu s pragom najniže kamatne stope i iznosa koji bi bili plaćeni da taj prag nije postojao i da je primijenjena promjenjiva kamatna stopa. Nakon donošenja presude ES-a u predmetu *Gutiérrez Naranjo*, potrošačica je 1. veljače 2017. ustala tužbom tražeći utvrđenje ništetnosti ugovorne odredbe o najnižoj kamatnoj stopi i povrat iznosa plaćenih na temelju te odredbe. Inače, u Španjolskoj je podneseno više od milijun takvih zahtjeva. Banka se protivila zahtjevu pozivajući se na "ugovor o obnovi zajma". Smatrala je da se tom sporazumu protivi to da se potrošač pozove na prvotno ugovorenu nepoštenu ugovornu odredbu o najnižoj kamatnoj stopi. Tvrdila je da taj sporazum predstavlja nagodbu koju su stranke sklopile radi izvansudskog i konačnog rješavanja nesigurnosti koja je nastala zbog nepoštene ugovorne odredbe o najnižoj kamatnoj stopi i to u zamjenu za obostrane ustupke u vidu smanjenja praga predviđenog u toj odredbi (s 3,25% na 2,35%). Kako se Direktivi 93/13 ne protivi da se potrošač i pružatelj usluga nagode radi mirnog rješenja svojih sporova, a nagodba ima obvezujući učinak za stranke, smatra da ne može razmatrati pitanje poštenosti navedene odredbe. Također, smatra da su sporazumi bili transparentni za potrošače. Potrošačica je tvrdila da pravilo prema kojem nepoštene odredbe nisu obvezujuće za potrošača (čl. 6. Direktive 93/13) treba proširiti i na taj ugovor o obnovi tako da ga treba smatrati ništetnim kao i prvotnu odredbu pa da nema zapreke da se odluči o njenom zahtjevu za isplatom na temelju prvotno ugovorene nepoštene ugovorne odredbe. Tvrdi se da sporazum nije nagodba nego ugovor o obnovi odredbe o najnižoj kamatnoj stopi pri čemu takva obnova nije valjana u skladu s nacionalnim pravom. Osim toga, tvrdi da je protivno članku 6. Direktive 93/13 i to da stranke izmijene ili potvrde nepoštenu ugovornu odredbu ili da se potrošač odrekne njezina osporavanja pred sudom. Također, ističe da je sporazum netransparentan jer ne omogućuje potrošačima da razumiju ekonomske i pravne posljedice njegova sklapanja.

Ukratko, potrošač i banka su zaključili ugovor, pojavile su se dvojbe o poštenosti ugovorne odredbe o najnižoj kamatnoj stopi, stranke su naknadnim sporazumom obnovile predmetnu odredbu, potvrdile valjanost prvotnog ugovora i uzajamno se odrekle njegova osporavanja pred sudom. U suštini, postignut je novi sporazum o najnižoj kamatnoj stop s *pro futuro* učinkom, a ono što je plaćeno na ime ranije odredbe o najnižoj kamatnoj stopi (čija je valjanost dvojbena) se ne vraća potrošaču. Glavno je pitanje kakve su pravne posljedice sklapanja "ugovor o obnovi zajma", odnosno može li takav sporazum nazvan "ugovor o obnovi zajma" imati pravni učinak na potrošača?

U ovoj presudi ES tumači da je moguće da odredba ugovora koji su sklopili trgovac i potrošač, a za koju se u sudskom postupku može utvrditi da je nepoštena, valjano bude predmet ugovora o obnovi između tog trgovca i tog potrošača, kojim se potonji odriče učinaka do kojih bi dovelo proglašavanje te odredbe nepoštenom, pod uvjetom da je to odricanje rezultat slobodnog i informiranog pristanka potrošača, što je na nacionalnom sudu da provjeri. Pritom je dano objašnjenje "slobodnog i informiranog pristanka potrošača" na način da takav pristanak podrazumijeva to da je u trenutku odricanja od ništetnosti nepoštene ugovorne odredbe potrošač bio svjestan da su ta odredba i njezini učinci neobvezujući.

Kad je riječ o novoj odredbi (kojom je voljom stranaka zamijenjena stara nepoštena odredba) i ta nova odredba može biti predmetom ocjene poštenosti za slučaj da je riječ o odredbi o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo. Ako je riječ o odredbi koja je postala dio ugovornog odnosa promjenom primjenjivih uvjeta poslovanja trgovca, bez pregovaranja, onda i ova odredba kojom je zamijenjena prvobitna ugovorna odredba podliježe testu poštenosti.

Kad je riječ o pregovaranju radi otklanjanja ništetnosti ugovorne odredbe, nema sumnje da nova odredba ne bi bila podložna testu poštenosti jer ne bi bila riječ o odredbi o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo.

Premda ES ustaljeno presuđuje da se potrošač može odreći pozivanja na nepoštenost ugovorne odredbe, mogućnost valjanog pregovaranja i izmjene neizvjesna je prema domaćem pravu s obzirom na to da je prema općim odredbama ZOO-a, koje se primjenjuju onda kada nema posebnih propisa koji uređuju pojedine potrošačke ugovore, ništetna nagodba o ništetnom pravnom poslu i kad su ugovaratelji znali za ništetnost i htjeli je nagodbom otkloniti.[[87]](#footnote-87) Isto tako, obnova je bez učinka ako je prijašnja obveza bila ništetna ili već ugašena.[[88]](#footnote-88)

Naime, ES polazi od toga da treba uzeti u obzir volju potrošača kada on, svjestan neobvezujuće naravi nepoštene odredbe, ipak izjavi da se protivi izuzimanju te odredbe, čime da daje slobodan i informiran pristanak na odredbu o kojoj je riječ. To je logika koja odražava ideju sudske prakse ES-a o tome da je cilj Direktive 93/13 izbjeći da potrošač preuzima obveze s čijim dosegom nije upoznat ili ga stvarno ne razumije. U slučaju kad se nagodbom ili obnovom među strankama sklopljenom radi otklanjanja ugovorne odredbe, ugovori da tako izmijenjeni ugovor nastavlja obvezivati stranke bez da se potrošača restituira za raniju nepoštenu ugovornu obvezu (odriče se pravnih učinaka nepoštene ugovorne odredbe), za ocjenu je li takvo odricanje rezultat njegovog slobodnog i informiranog pristanaka potrebno je utvrditi je li potrošaču prethodno bilo pojašnjeno da u slučaju neprihvaćanja izmjene ugovora ima pravo na utvrđenje ništetnosti stare odredbe, cijelog posla ako je primjenjivo i, u svakom slučaju, pravo na restituciju te je li mu pojašnjeno da prihvaćanjem izmjene ugovora ta prava gubi.

 S druge strane, slijedeći članak 6. Direktive 93/13 i sudsku praksu ES u njegovu tumačenju, neke države članice osiguravaju da nepoštene ugovorene odredbe prema nacionalnom pravu nisu obvezujuće za potrošača na način da predviđaju da je nepoštena ugovorna odredba ništetna. Tako je i u Hrvatskoj. Taj sustav ništavosti ne ostavlja prostora volji stranaka ugovora jer one ne mogu niti obnoviti takvu ništavu obvezu niti se o njoj mogu nagoditi - sud po službenoj dužnosti utvrđuje njezinu ništavost i nepostojanje učinka tih nagodbi.

### Izmjena nepoštenih ugovornih odredbi zakonodavnom intervencijom

S obzirom da su države članice člankom 6. Direktive 93/13 obvezane osigurati da nepoštene ugovorne obveze ne obvezuju potrošača, neke od njih odlučile su *ad hoc* zakonodavnim mjerama eliminirati takve odredbe, zamjenjujući ih zakonskim odredbama i to s retroaktivnim učinkom. S obzirom da su u Mađarskoj prvo krenuli s takvom zakonodavnom intervencijom u sklopu koje je 2014. doneseno ukupno tri zakona kojima se intervenira u sklopljene potrošačke ugovore, praksa ES tumači pravo EU radi ocjene kompatibilnosti upravo tih zakona s Direktivom 93/13. Iako je riječ o mađarskim propisima, tumačenja ES su korisna za utvrđivanje općih načela kompatibilnosti zakonodavne intervencije, a što je primjenjivo i za tumačenje domaćih propisa koji su doneseni tijekom ispunjavanja obveza iz ugovora o kreditu u Hrvatskoj i koji se propisi retroaktivno primjenjuju na nepoštene ugovorne odredbe.

Kao što je ranije spomenuto, mađarski su kreditori u ugovore unosili nepoštene ugovorne odredbe o valutnoj razlici kao i nepoštene ugovorne odredbe o jednostranoj izmjeni kamatne stope. Mađarski Vrhovni sud (tzv. *Kúria*), ocijenio je, u postupku ujednačavanje sudske prakse, među ostalim, ništetnima odredbe ugovora o potrošačkom zajmu prema kojima se prilikom isplate sredstava primjenjuje kupovni tečaj, dok se za otplatu primjenjuje prodajni tečaj. Pod utjecajem ovakve odluke *Kúrije* Mađarska je tijekom 2014. donijela prvi zakon, DH1, koji se primjenjuje na ugovore o potrošačkom zajmu sklopljene između 1. svibnja 2004. i datuma stupanja na snagu tog zakona, a primjenjuje se na sve ugovore o kreditu ili zajmu koji se temelje na stranoj valuti (ugovori povezani sa stranom valutom ili u njoj izraženi, a otplaćuju se u mađarskim forintama) ili mađarskim forintama i sve ugovore o financijskom leasingu sklopljene između financijske institucije i potrošača, ako uključuju standardne govorne odredbe ili bilo koje ugovorne odredbe o kojima se nisu vodili pojedinačni pregovori, a sadržavaju odredbe o valutnoj razlici i jednostranoj izmjeni kamatne stope.

Prema tom zakonu „Ništetne su odredbe ugovora o potrošačkom zajmu, osim odredbi koje su pojedinačno dogovorene, kojima kreditna institucija predviđa da se pri isplati novčanog iznosa radi kupnje predmeta zajma ili financijskog leasinga primjenjuje kupovni valutni tečaj, a da se prilikom otplate duga primjenjuje prodajni tečaj ili tečaj različit od onog koji je vrijedio na dan isplate sredstava (članak 3. stavak 1.). Umjesto ništetne odredbe navedene u stavku 1., …., na isplatu i otplatu zajma (uključujući otplatu obroka i svih troškova, naknada i provizija izraženih u stranim valutama) primjenjuje se službeni tečaj koji je za dotičnu stranu valutu odredila Mađarska narodna banka.”

Sukladno članku 4. stavku 1. navedenog zakona smatraju se ništetnom ugovorne odredbe o potrošačkom zajmu koje dopuštaju jednostrano povećanje kamatne stope, osim onih koje su pojedinačno dogovorene.

Zakonom DH 2[[89]](#footnote-89) uređeno je odgovarajuće poravnanje računa s potrošačem na temelju obračuna preplate, a uvedene su i posebne postupovne odredbe. Konačno, Zakonom DH 3[[90]](#footnote-90), u odnosu na ugovore o zajmu u stranoj valuti i ugovora o zajmu koji se temelje na stranoj valuti, koji su osigurani hipotekom, propisana je obveza kreditne institucije kojoj se dug mora vratiti da u roku predviđenom zakonom, ukupni postojeći dug na temelju navedenih ugovora ili ukupni postojeći dug koji iz njih proizlazi, kako je utvrđen na temelju obračuna obavljenog u skladu sa Zakonom DH 2 – uključujući kamate, troškove, naknade i provizije izražene u stranim valutama – s budućim učinkom konvertira u zajam u mađarskim forintama (HUF). Prilikom te konverzije primjenjuje se jedna od sljedećih dviju vrijednosti:

(a)       prosječni tečaj odnosne strane valute koji je Mađarska narodna banka službeno odredila u razdoblju od 16. lipnja 2014. do 7. studenoga 2014.; ili

(b)       tečaj odnosne strane valute koji je Mađarska narodna banka službeno odredila 7. studenoga 2014.;

ovisno o tome koja je od njih povoljnija za potrošača na referentni datum.

Kronologija, u pogledu odlučnih činjenica, se u Mađarskoj odvijala kako slijedi. Nacionalna sudska praksa ocijenila je ništetnim ugovorne odredbe o tečajnoj razlici. Slijedeći kriterije iz presude ES-a u predmetu *Kásler*, nacionalni su sudovi ocijenili, imajući na umu narav, opću strukturu kao i činjenični i pravni kontekst odredbe o tečajnoj razlici, da je riječ o odredbi koja definira bitni sastojak ugovora o kreditu bez koje ugovor ne može opstati prema nacionalnom (mađarskom) pravu. U takvoj situaciji, Zakon DH 1 odredio je *ex lege* retroaktivnu zamjenu odredbi o tzv. tečajnoj razlici (mehanizmu konverzije na način da se isplaćuje u HUF prema kupovnom, a otplaćuje prema prodajnom tečaju banke kreditora) tečajem kojeg odredi Mađarska narodna banka. Time je uklonjena razlika između različitih kupovnih i prodajnih tečaja te je istovremeno održana valjanost ugovora o kreditu. Sudovi više ne mogu utvrditi nevaljanost ugovora jer je uklonjena situacija koja je uzrokovala razlog nevaljanosti, što je dovelo do valjanosti ugovora. Prema kasnijoj odluci *Kúrije* koja je također donesena u postupku ujednačavanja sudske prakse i obvezujuća je za sve nacionalne sudove, ovi su ugovori valjani. To zato što se za nepoštenu odredbu o valutnoj razlici smatra kao da je nikad nije niti bilo te je zamijenjena *ex lege*, na način kao da je za sve vrijeme kredita određen službeni tečaj Mađarske narodne banke za odnosnu valutu. Pritom je napravljeno poravnanje računa s potrošačem na ime preplaćene razlike.

Načelno gledajući, na zakonsku reviziju ugovora koji sadrže nepoštene ugovorne odredbe o valutnoj razlici, ES je najprije utvrdio kako je mađarski zakonodavac ispravio probleme povezane s praksom kreditnih ustanova koja se sastoji od sklapanja ugovora o zajmu s odredbama o tečajnoj razlici, mijenjajući te odredbe zakonskim putem i održavajući istovremeno valjanost ugovora o zajmu. Takav pristup odgovara cilju zakonodavca Unije u okviru Direktive 93/13, a osobito njezina članka 6. stavka 1. jer je jedan od ciljeva ove odredbe ostvariti ravnotežu održavajući ugovor na snazi, a ne proglasiti ništetnim ugovore koji sadrže nepoštene ugovorne odredbe. Dakle, cilj neobvezujućeg učinka nepoštenih ugovornih obveza država članica može ostvariti i donošenjem propisa koji se retroaktivno primjenjuju na već sklopljene potrošačke ugovore koji sadrže nepoštene ugovorne odredbe s ciljem da se otklone nepoštene ugovorne odredbe i istovremeno održi valjanost ugovora uz uvjet da je potrošač restituiran. U odnosu na valutnu razliku i jednostranu izmjenu kamatne stope, restitucija je u Mađarskoj provedena kroz poravnanje računa (nagodbu) i obračun preplate na način da se iznosi plaćeni na osnovi nepoštenih ugovornih odredbi imaju smatrati kao prijevremene uplate (plaćanje unaprijed).

Posljedično tome, u vezi s odredbama koje se odnose na tečajnu razliku, ES je utvrdio da članak 6. stavak 1. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da mu se ne protivi nacionalni zakon, koji sud pred kojim se vodi postupak sprečava da prihvati zahtjev za poništenje ugovora o zajmu koji se temelji na nepoštenosti ugovorne odredbe o tečajnoj razlici, pod uvjetom da utvrđenje nepoštenosti takve odredbe omogućava ponovno uspostaviti pravnu i činjeničnu situaciju u kojoj bi se potrošač nalazio da ta nepoštena odredba nije postojala, među ostalim, uspostavom prava na povrat koristi koje je trgovac neopravdano stekao na njegovu štetu na temelju navedene nepoštene odredbe.[[91]](#footnote-91)

Odredba o primjeni službenog tečaja Mađarske narodne banke, kojom je retroaktivno zamijenjena ništetna odredba o tečajnoj razlici, također nije odredba o kojoj se pojedinačno pregovaralo[[92]](#footnote-92), međutim imajući na umu da je nije unaprijed sastavio kreditor nego je određena nacionalnim zakonima koji su *ad hoc* doneseni upravo s namjerom da se utvrde određeni uvjeti u pogledu obveza iz ugovora o kreditu te vrste, riječ je o odredbi koja je izuzeta iz područja primjene Direktive 93/13. Naime, podsjećamo, prema odredbi članka 1. stavka 2. Direktive 93/13 iz njene su primjene izuzete ugovorne odredbe koje su odraz obaveznih zakonskih ili regulatornih odredaba. To zato što se, u skladu s trinaestom uvodnom izjavom pretpostavlja da zakonske ili regulatorne odredbe država članica, kojima se izravno ili neizravno utvrđuju uvjeti potrošačkih ugovora, ne sadrže nepoštene odredbe. Drugim riječima, odredbe Zakona DH 1 kojima se ugovorne odredbe koje se odnose na tečajnu razliku kvalificiraju kao nepoštene i s retroaktivnim učinkom zamjenjuju odredbama koje primjenjuju službeni tečaj koji je za odgovarajuću stranu valutu odredila Mađarska nacionalna banka kao i odredbe Zakona DH3 kojima se s budućim učinkom konvertira preostali iznos zajma u zajam u nacionalnoj valuti, su odredbe na koje se Direktiva 93/13, u skladu s njezinim člankom 1. stavkom 2., ne primjenjuje, jer je riječ o odredbama koje su odraz prisilnih zakonskih odredbi.

Ostale ugovorne odredbe na koje se ne odnose novodonesene zakonske odredbe nisu izuzete iz područja primjene Direktive 93/13 i mogu biti predmetom ocjenjivanja poštenosti (pravne valjanosti) od strane nacionalnog suda. Takva je i odredba o tečajnom riziku. Naime, iako je uklonjena valutna razlika, potrošači i uz primjenu službenog tečaja Mađarske narodne banke i dalje snose financijski rizik fluktuacije tečaja. Naime, odredbe Zakona DH 1 (o retroaktivnoj zamjeni odredbe o mehanizmu konverzije) i Zakona DH 3 o konverziji u HUF *pro futuro*, nisu imale za cilj u potpunosti riješiti pitanje rizika promjene tečaja u razdoblju od sklapanja ugovora do njegove konverzije u HUF. Zbog toga što odredba o riziku promjene tečaja nije obuhvaćena tim zakonskim promjenama, ona nije obuhvaćena izuzećem iz članka 1. stavka 2. Direktive 93/13.

Iako se nalaze u području primjene Direktive 93/13, odredbe o tečajnom riziku su prema praksi ES odredbe koje se odnose na glavni predmet ugovora pa su obuhvaćene člankom 4. stavkom 2. Direktive 93/13. To znači da se neće ispitivati njihova poštenost, ali samo ako nacionalni sud smatra, nakon ispitivanja na pojedinačnoj osnovi, da ih je trgovac sastavio jasno i razumljivo (transparentno). Ugovorna odredba o riziku promjene tečaja je transparenta ako je potrošač može razumjeti na formalnoj i gramatičkoj razini, ali također i u pogledu njezina konkretnog dosega na gospodarske posljedice koje bi mogla u budućnosti imati za njegove financijske obveze. Za ocjenu transparentnosti odredbe koja je glavni predmet ugovora potrebno je prema članku 4. stavku 1. Direktive 93/13, uzeti, među ostalim, sve odredbe ugovora koje se u njemu nalaze u trenutku njegova sklapanja. To je trenutak u kojem se potrošač odlučuje hoće li se ugovorno vezati za uvjete koje je prethodno sastavio trgovac.

Kasnije stupanje na snagu zakona DH1, DH2 i DH3, s obzirom na to da su njima, s obvezujućim *ex tunc* učinkom izmijenjene određene odredbe sadržane u tom ugovoru o kreditu, ne spada u okolnosti koje nacionalni sud treba uzeti u obzir u okviru ocjene transparentnosti odredbe o riziku promjene tečaja. Ocjena transparentnosti ugovornih odredbi donosi se pozivanjem na sve okolnosti koje su postojale u trenutku sklapanja ugovora i na sve ostale odredbe tog ugovora, neovisno o tome što je nacionalni zakonodavac kasnije neke od njih proglasio ili smatrao ništetnim i ukinuo.

Za slučaj da sud nađe da odredba o tečajnom riziku valutne klauzule nije transparenta, može ocijeniti njenu poštenost i ako utvrdi da protivno zahtjevima dobre vjere stvara očitu neravnotežu među strankama na štetu dužnika – koji jedini snosi financijski rizik promjene tečaja, mora je ukloniti. Kada je riječ o posljedicama koje trebaju proizaći iz eventualne nepoštenosti odredbi, ES je, između ostalog, utvrdio da čl. 6. st.1. Direktive 93/13 želi ponovno uspostaviti ravnotežu između stranaka, a ne poništiti sve ugovore koji sadržavaju nepoštene odredbe.

Međutim, taj ugovor u načelu mora nastaviti vrijediti bez bilo koje druge izmjene osim one koja proizlazi iz otklanjanja nepoštenih uvjeta, ako je takav kontinuitet ugovora pravno moguć prema pravilima nacionalnog prava. Budući da odredba koja se odnosi na tečajni rizik određuje glavni predmet ugovora, održavanje valjanosti ugovora, prema praksi ES, ne čini se pravno mogućim, iako je to podložno provjeri nacionalnog suda koji je jedini pozvan tumačiti nacionalno pravo i mogućnost održavanja ugovora bez valutne klauzule prema odredbama domaćeg prava. Mogućnost održavanja ugovora na snazi supstituiranjem nepoštene odredbe o valutnoj klauzuli dispozitivnom odredbom nacionalnog prava isključeno je već stoga što utvrđenje ništetnosti cijelog posla nije protivno interesu potrošača, u svim onim situacijama u kojima potrošač zahtjeva takvo utvrđenje. Naime, interes potrošača poklapa se s njegovim zahtjevom odnosno prigovorom. Ako u parnici potrošač kao tužitelj traži utvrđenje ništetnosti ugovora ili kao tuženik ističe prigovor ništetnosti ugovora, onda se smatra da je to njegov interes. Proizlazilo bi, dakle, da se ovi ugovori, uklanjanju valutne razlike unatoč, imaju utvrditi ništetnim zbog toga što iz njih i dalje nije uklonjena odredba o tečajnom riziku imanentna valutnoj klauzuli.

Međutim, Zakonom DH 2 propisano je da stranke mogu od suda zatražiti da ugovor ili određene ugovorne odredbe proglasi nevaljanima – neovisno o razlozima takve nevaljanosti – samo ako podnesu zahtjev da se utvrde pravne posljedice nevaljanosti, odnosno da se proglasi da je ugovor valjan do trenutka donošenja presude ili da se priznaju učinci koje on do tada proizvede. Ako stranke tužbom radi utvrđenja ništetnosti ugovora ili neke njegove odredbe ne traže proglašenje ugovora valjanim do donošenja presude ili ne traže priznanje učinaka koje je on do tada proizveo i nakon što im je prilika da isprave taj nedostatak pružena, ali nije iskorištena – sud će tužbu odbaciti. Ako stranke podnesu zahtjev za utvrđivanje pravnih posljedica potpune ili djelomične nevaljanosti, one također moraju istaknuti koje pravne posljedice sud mora primijeniti. U tom smislu, kad je riječ o primjeni pravnih posljedica, stranke moraju podnijeti izričit, kvantitativno određen, zahtjev koji uključuje i poravnanje računa među njima.

Stoga, iako je ocijenio da je zakonska intervencija kojom su otklonjene odredbe o valutnoj razlici, uz restituciju potrošača, u skladu s pristupom koji odgovara cilju zakonodavca Unije u okviru Direktive 93/13, a osobito njezina članka 6. stavka 1. (jer je cilj ostvariti ravnotežu održavajući ugovor na snazi, a ne proglasiti ništetnim ugovore koji sadrže nepoštene ugovorne odredbe), Europski sud je naglasio da se taj isti članak 6. stavak 1. mora tumačiti na način da se ugovornu odredbu koja je proglašena nepoštenom mora smatrati, načelno, kao da nikada nije postojala, tako da ne može imati učinak na potrošača, s posljedicom ponovne uspostave pravne i činjenične situacije u kojoj bi se potrošač nalazio da navedena odredba ne postoji. Iako države članice smiju zakonom prekinuti korištenje nepoštenih ugovornih odredbi, ali zakonodavac mora u tom kontekstu poštovati zahtjeve iz čl. 6. st. 1. Direktive 93/13. Naime, činjenica da su određene ugovorne odredbe zakonom bile proglašene nepoštenima i ništetnima te zamijenjene novim odredbama, kako bi se održao predmetni ugovor, ne može imati za posljedicu smanjenje zaštite zajamčene potrošačima člankom 6. Direktive 93/13.

Kad je riječ o gore navedenoj odredbi zakona DH 2 koja zahtijeva da potrošač koji traži utvrđenje ništetnosti ugovorne odredbe o tečajnom riziku, istodobno s takvim zahtjevom mora se tražiti i proglašenje da je ugovor valjan do dana donošenja presude suda, ES je naglasio da takva odredba nacionalnog zakona sprečava da potrošač ne bude obvezan predmetnom nepoštenom odredbom putem utvrđenja nevaljanim predmetnog ugovora u cijelosti i prije datuma odluke suda ako se taj ugovor ne bi mogao održati bez navedene odredbe. Zbog toga je u ES u tom dijelu mađarsko zakonodavstvo ocijenio nesukladnim Direktivi 93/13 kojoj se protivi nacionalni zakon koji sprečava sud pred kojim se vodi postupak da prihvati zahtjev za utvrđenje ništetnosti ugovora o zajmu koji se temelji na nepoštenosti odredbe o tečajnom riziku kada je utvrđeno da je ta odredba nepoštena i da se ugovor ne može održati bez navedene odredbe.[[93]](#footnote-93)

Za zaključiti je da je zakonodavna revizija nepoštenih odredbi dopuštena, čak dobrodošla, ali, iako članak 6. stavak 1. Direktive 93/13 zahtijeva od država članica da predvide da nepoštene odredbe nisu obvezujuće za potrošače „prema nacionalnom pravu“, reguliranje nacionalnim pravom zaštite zajamčene Direktivom 93/13 ne može izmijeniti opseg i bit te zaštite. Države članice smiju zakonom prekinuti korištenje nepoštenih ugovornih odredbi, ali zakonodavac mora u tom kontekstu poštovati zahtjeve iz čl. 6. st. 1. Direktive 93/13.

#### Zakonodavna intervencija u Hrvatskoj

Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju ("Narodne novine" broj 102/15 – dalje: ZID ZPK) stupio je na snagu 30. rujna 2015., a uslijedio je nakon nekoliko ranijih zakonodavnih intervencija (fiksiranje kamatne stope i tečaja) u ugovore o kreditu s valutnom klauzulom u CHF. Riječ je o *ad hoc* izvanrednoj i jednokratnoj mjeri kojom se, na zahtjev potrošača - dužnika iz kredita, aktivira mehanizam konverzije detaljno razrađen zakonskim odredbama te se intervenira u već nastale - postojeće - ugovorne odnose zahvaćene eskalirajućom dužničkom krizom i nastalom drastičnom ugovornom neravnotežom, a koja je rezultat činjenice da je tijekom trajanja ugovornog odnosa izrazito jačao tečaj CHF-a. Također su rasle ugovorene (promjenjive) kamatne stope, a što je sve u konačnici korisnike kredite, potrošače, dovelo u izrazito težak položaj pri ispunjavanja kreditnih obveza.

 Navedena zakonska mjera odnosi se na ograničen broj određenih ugovora sklopljenih prije stupanja na snagu zakona - njih ukupno 58.367 (od kojih je 57.808 konvertirano). Tim Zakonom je omogućena konverzija kredita korisnicima kredita u CHF i u kunama s valutnom klauzulom u CHF, uz primjenu načela konverzije kredita čiji cilj je da se položaj korisnika kredita u CHF izjednači s položajem u kojem bi se potrošač našao da je bio korisnik kredita u EUR.

 Dodacima ugovora o kreditu (tzv. konverzijom) sklopljenim na osnovi ZID ZPK-a mijenjaju se odredbe osnovnog ugovora o kreditu i to valuta kredita (promjena valute kredita iz CHF u EUR na način da se početno odobrena glavnica kredita u CHF preračunava u kredit u EUR na dan isplate kredita prema tečaju primjenjivom na dan isplate kredita), kamatna stopa (na način da se primjenjuju one kamatne stope koje je banka primjenjivala na kredite u EUR iste vrste i trajanja i to od dana sklapanja ugovora do dana sklapanja dodatka), iznos preostalog dijela kredita (na način da se početni otplatni plan kredita u CHF zamijeni s otplatnim planom kredita u EUR te se vrši pretvaranje kunskih iznosa uplaćenih po kreditu u CHF u EUR. Tim se iznosima namiruju obroci kredita u EUR po novom otplatnom planu) te se postiže sporazum o raspolaganju eventualnom pretplatom koja se koristi za otplatu kredita u EUR ili se vraća potrošaču (ako je po novom otplatnom planu pretplata premašila ostatak kredita), u svemu na način kako je određeno tim Zakonom. Sve odredbe dodatka ugovoru koje su odraz ZID ZPK 2015 izuzete su iz područja primjene Direktiva 93/13 i ZZP-a. Riječ je o odredbama o kojima se nije pojedinačno pregovaralo, međutim te je odredbe unaprijed formulirao zakonodavac, a ne trgovac.

ZID ZPK 2015 je poseban propis pa, "prema shvaćanju Vrhovnog suda Republike Hrvatske, ne mogu opća pravila ZOO/05 o ništetnosti ili izostajanju pravnih učinaka u dijelu u kojem su u eventualnoj koliziji s režimom ZID ZPK, o konverziji dovesti do ništetnosti ili nepostojanja sporazuma o konverziji."[[94]](#footnote-94)

 U praksi je prijeporan doseg ovog propisa kad je riječ o restituciji potrošača. Za razliku od mađarskih zakona, ZID ZPK 2015 ne proglašava niti jednu odredbu ugovora nepoštenom (ništetnom). Zbog toga niti ne sadrži odredbe o restituciji zbog ništetnosti. S jedne strane, to se može tumačiti kao da se na restituciju potrošača imaju primijeniti opće odredbe ZOO-a. S druge strane, riječ je o posebnom propisu koji je donesen i stupio na snagu u trenutku kad je odredba o jednostranoj izmjeni kamatne stope već bila pravomoćno utvrđena nepoštenom u kolektivnom sporu. Osim toga, jedan od ciljeva donošenja ovog propisa bilo je rasterećenje redovnih sudova od pojedinačnih tužbi potrošača za povrat razlike po uplatama između provotno ugovorene i kasnije promijenjene kamatne stope koje su im vjerovnici jednostrano odredili tijekom otplate. To se može tumačiti na način da je intencija zakonodavca bila isključenje općih odredbi ZOO-a na način da se sklapanjem valjanog dodatka, u interesu ugovornih strana, održava ugovor o kreditu na snazi bez da se pritom vrši ikakav povrat uplata učinjenih na ime ispunjenja nepoštene ugovorne odredbe potrošaču (osim ako preplata premašuje zbroj ukupnih anuiteta), već se te uplate uračunavaju za ispunjenje valjanih ugovornih obveza ugovorenih dodatkom, čiji je sadržaj određen zakonom, a koje pritom nisu nužno u svakom trenutku trajanja ugovora bile ekonomski povoljnije za potrošača koji sam snosi razliku veće kamatne stope po kreditima s valutnom klauzulom u EUR u odnosu na kredite u švicarskim francima, bez prava na ukamaćivanje od dana učinjenih uplata i na tečajnu razliku na utvrđeni uplaćeni iznos preplate. Pritom se eventualna neinformiranost potrošača o pravnim posljedicama sklapanja dodatka ne može predbaciti kreditoru. To zato jer nije riječ o dodatku koji je ponudio i unaprijed pripremio trgovac, nego je ponuda dodatka bila njegova prisilna zakonska obveza, a sam sadržaj dodatka odraz je prisilnih zakonskih odredbi. Posebno se kreditoru ne može predbaciti neinformiranost potrošača o mogućim različitim tumačenjima pravnih učinaka ZID ZPK - Zakona o konverziji na pravni položaj potrošača u sudskoj praksi.

O tome koji su dosezi konverzije kredita na restituciju korisnika kredita koji su konvertirali ugovor postoji različita praksa županijskih sudova.[[95]](#footnote-95) Vrhovni sud još nije zauzeo pravno stajalište o restituciji ovih potrošača.

# Postupovne posljedice nepoštenosti ugovorne odredbe

Materijalnopravne posljedice nepoštenosti ugovorne odredbe propisane europskim (Direktivom 93/13) i domaćim pravom - ponajprije ništetnost odredbe i restitucija potrošača, ne bi imale nikakav praktični učinak za potrošače kada se one ne bi mogle djelotvorno ostvariti u postupcima pred nacionalnim sudom – parnicama i ovrhama, zbog postupovnih pravila koja njihovo ostvarenje ograničavaju ili u potpunosti onemogućuju. Već spomenuti članak 6. stavak 1. Direktive 93/13koji nalaže državama da osiguraju da potrošači ne budu vezani nepoštenim odredbama podrazumijeva ne samo deklaraciju ništetnosti i restitucije, nego i obvezu država članica da urede nacionalne postupke na način da ta prava predviđena materijalnopravnim propisima (ZZP-om i ZOO-om) ne ostanu mrtva slova na papiru. Osim toga, člankom 7. Direktive 93/13 propisano je da države članice osiguravaju da postoje primjerena i djelotvorna sredstva za sprečavanje stalnog korištenja nepoštenih odredaba u ugovorima koji prodavatelji robe i pružatelji usluga sklapaju s potrošačima.

Upravo se zajedničkim tumačenjem odredbi članka 6. stavka 1. i članka 7. utvrđuju postupovne posljedice neobvezujuće naravi nepoštenih ugovornih odredbi.

Sama Direktiva 93/13 ne propisuje proceduru za ostvarivanje prava koji potrošačima pripadaju na temelju nepoštenih ugovornih odredbi i nema postupovnih odredbi o tome. To znači da su države članice slobodne urediti postupak radi zaštite potrošača i uspostaviti pravna sredstva namijenjena zaštiti prava potrošača (tužbe, žalbe, prigovore i dr.) nacionalnim postupovnim odredbama (tzv. procesna autonomija država članica). S obzirom da se hrvatski zakonodavac bavio u prvom redu materijalnopravnim posljedicama zaštite potrošača, a vrlo malo postupovnim odredbama za osiguranje učinkovitosti te zaštite (ZZP, ZPP i OZ ne sadrži posebnih odredbi o postupku u povodu pojedinačne tužbe za zaštitu potrošača), zaštita interesa pojedinačnog potrošača ravna se prema odredbama koje uređuju redovni parnični i ovršni postupak. Izuzetak je, dakako, izravni učinak pravomoćne sudske presude donesene u postupku radi zaštite kolektivnih interesa potrošača, kao i neke manje posebnosti glede odgode ovrhe u ovršnim postupcima na temelju ugovora o kreditu s međunarodnim obilježjem.[[96]](#footnote-96)

Sloboda država članica da same urede postupke u kojima će se ostvarivati prava koja strankama pripadaju na temelju prava EU ipak nije apsolutna. Ograničena je dvama načelima prava EU – načelom ekvivalentnosti i načelom učinkovitosti.

Načelo ekvivalentnosti zahtijeva da uspostavljena postupovna pravila, čija je svrha osigurati zaštitu prava koja potrošačima pripadaju na temelju prava EU, ne smiju biti nepovoljnija od onih koja uređuju slične situacije u nacionalnom pravu. To bi primjerice bio slučaj kada bi se za potrošače koji u postupku ostvaruju prava koja im pripadaju na temelju prava EU zahtijevalo obvezno zastupanje, naplatu sudskih pristojbi po višoj tarifi, skratio im se rok za tužbu ili žalbu i sl.

Načelo djelotvornosti zahtijeva da uspostavljena postupovna pravila nacionalnog prava ne smiju biti takva da u praksi čine nemogućim ili pretjerano otežanim korištenje prava koja su potrošačima dodijeljena pravom EU. To će primjerice biti u situaciji kad je nacionalnim postupovnim zakonom propisano da tužba radi utvrđenja ovrhe nedopuštenom, koja se temelji na ništetnosti ovršne isprave zbog nepoštenih ugovornih odredbi, nije suspenzivna. Potrošačevo pravo da ne bude vezan nepoštenom ugovornom odredbom iz ovršne isprave zbog ovakvog je postupovnog pravila često nemoguće ostvariti ili je ostvarenje tog prava pretjerano otežano. Isto vrijedi i za one postupovne odredbe koje potrošačima dodjeljuju suviše kratke prekluzivne rokove za izjavljivanje pravnih lijekova, pogotovo ako ti pravni lijekovi nisu suspenzivni.

Kad je riječ o načelu djelotvornosti, ustaljena je praksa ES-a da se pitanje čini li nacionalna odredba nemogućom ili pretjerano teškom primjenu prava EU, mora analizirati uzimajući u obzir mjesto te odredbe u cjelokupnom postupku, njegovo odvijanje i posebnosti pred različitim nacionalnim tijelima. U tom smislu treba, prema potrebi, uzeti u obzir načela na kojima se temelji nacionalni pravosudni sustav, kao što su zaštita prava obrane, načelo pravne sigurnosti i nesmetano odvijanje postupka.[[97]](#footnote-97) (

Imajući na umu navedeno, iz prakse ES-a koja se razvijala prilikom zajedničkog tumačenja članka 6. i 7. Direktive 93/13, daje se razabrati da je za ocjenu o tome jesu li očuvane postupovne posljedice nepoštenih ugovornih odredbi odlučno postoje li u domaćem postupku dva osnovna postupovna jamstva za zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi:

1. Dostupnost djelotvornih pravnih lijekova i
2. Obveza nacionalnih sudova da po službenoj dužnosti procijene nepoštenost ugovornih odredbi.

U tom smislu, postupovni propisi domaćeg prava moraju se tumačiti, koliko god je to moguće, imajuću na umu tekst i smisao odredbi, na način da njihova primjena omogućuje i dostupnost djelotvornih pravnih sredstava i kontrolu nepoštenosti po službenoj dužnosti. Međutim, ova postupovna jamstva moraju se primjenjivati i u slučaju kada bi se nacionalnim odredbama to sprečavalo. Propisi i sudska praksa domaćih sudova (pa i najvišeg) moraju se zanemariti u mjeri u kojoj nisu u skladu s Direktivom 93/13 kako je tumači ES.

"49      U tom pogledu valja podsjetiti na to da je zadaća nacionalnih sudova, vodeći računa o svim pravilima nacionalnog prava i o primjeni načina tumačenja priznatih tim pravom, odlučiti može li se i u kojoj mjeri nacionalna odredba, poput članka 339. stavka 1. Zakonika o građanskom postupku, tumačiti u skladu s Direktivom 93/13 a da ne dođe do tumačenja te nacionalne odredbe *contra legem* (vidjeti analogijom presudu od 17. travnja 2018., Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, t. 71. i navedenu sudsku praksu).

50      Osim toga, Sud je presudio da zahtjev usklađenog tumačenja uključuje obvezu nacionalnih sudova da, prema potrebi, izmijene ustaljenu sudsku praksu ako se ona temelji na tumačenju nacionalnog prava koje nije spojivo s ciljevima direktive (presuda od 17. travnja 2018., Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, t. 72. i navedena sudska praksa).

51      Kada se ne može provesti tumačenje i primjena nacionalnog propisa u skladu sa zahtjevima Direktive 93/13, nacionalni sudovi imaju obvezu po službenoj dužnosti ispitati jesu li ugovorne odredbe dogovorene među strankama nepoštene i u tu svrhu poduzeti potrebne mjere izvođenja dokaza, prema potrebi ne primjenjujući bilo koju odredbu nacionalnog prava ili nacionalnu sudsku praksu koja bi bila protivna takvom ispitivanju (vidjeti u tom smislu presudu od 7. studenoga 2019., Profi Credit Polska, C-419/18 i C-483/18, EU:C:2019:930, t. 76. i navedenu sudsku praksu)."[[98]](#footnote-98)

Osim toga, procesna jamstva djelotvornosti pravnih lijekova ne odnose se samo na tumačenje ZPP-a, odnosno na pravo i uvjete podnošenja tužbe koju podnosi potrošač, kao niti na prigovore koje mu u parnici koju je protiv njega pokrenuo trgovac stoje na raspolaganju, već i na sve ostale vrste postupaka u kojima se aktualizira pitanje nepoštenosti ugovornih odredbi - u prvom redu u postupcima izdavanja platnih naloga te donošenja rješenja o ovrsi. Pritom se ova jamstva primjenjuju u različitim fazama postupka – i u fazi prije izdavanja platnog naloga ili rješenja o ovrsi i u fazi ovrhe. Posebno je važno naglasiti da se ova postupovna jamstava primjenjuju i u vezi s pravnim lijekovima protiv provođenja ovrhe određene na temelju javnobilježničke isprave.

## Djelotvornost pravnih lijekova

Potrošači moraju imati na raspolaganju djelotvorne pravne lijekove kako bi mogli aktualizirati i raspraviti pitanje nepoštenih ugovornih odredbi. Pritom, pojam pravni lijek ne podrazumijeva samo prigovor i žalbu, već i tužbu radi utvrđenja ništetnosti ugovora ili ugovorne odredbe, tužbu radi utvrđenja ovrhe nedopuštenom, odgodu ovrhe i prijedlog za osiguranje privremenom mjerom. Pravni lijek je djelotvoran ako postoji mogućnost njegove primjene u razumnim okolnostima. Iz ovakve definicije djelotvornosti teško je donijeti pravilan zaključak o tome je li neki pravni lijek koji je propisan domaćim pravom djelotvoran, odnosno što se točno podrazumijeva pod pravnim standardom djelotvornosti pravog lijeka. Djelotvornost pravnih lijekova je lakše procjenjivati kroz ocjenu postojanja rizika da pravni lijek onakav kakav je predviđen domaćim postupovnim pravom neće biti od koristi potrošaču. Rizik da potrošači nemaju koristi od djelotvorne zaštite svojih prava postoji onda kad postoje posebni postupovni zahtjevi ili ograničenja koji pretjerano ograničavaju (ili čak čine praktični nemogućim) primjenu dostupnih pravnih lijekova.

### Rokovi

###

Prvo što može učiniti pravni lijek nedjelotvornim su nerazumni rokovi za njegovo podnošenje. Rokovi su razumni kada u praksi ne onemogućavaju ili pretjerano otežavaju ostvarivanje prava koja pripadaju potrošaču na temelju Direktive 93/13. U praksi ES nije decidirano izraženo konačno mjerilo razumnog roka, ali se traži da rok ostavlja dovoljno vremena za razmatranje opcija, pravnu ocjenu i eventualno pravno savjetovanje. Pritom to vrijeme mora biti stvarno dovoljno za pripremu i izradu djelotvornog pravnog lijeka. U tom smislu nije odlučno samo trajanje roka nego i početak tijeka roka.

Prema praksi ES-a, u pogledu *trajanja roka*, kao nerazumni, jer mogu obeshrabriti potrošače u korištenju pravnih lijekova, ocjenjeni su sljedeći rokovi:

* Rok od 20 dana za ulaganje prigovora je osobito kratak (uzeta je u obzir obveza zastupanja po odvjetniku i povezana pristojba) – obeshrabrujući za potrošača[[99]](#footnote-99)
* Rok od 15 dana, u kombinaciji s obveznim navođenjem razloga za prigovor protiv zahtjeva za plaćanjem, može obeshrabriti potrošača da iskoristi raspoloživi pravni lijek[[100]](#footnote-100)
* Dva tjedna za ulaganje prigovora na zahtjev za plaćanje na temelju zadužnice – „osobito kratko”, pogotovo kada tuženik mora organizirati svoju obranu podnošenjem svih pritužbi i predočavanjem činjenica i dokaza.[[101]](#footnote-101)

Prema praksi ES-a, u pogledu *početka tijeka roka*, kao nerazuman, jer može obeshrabriti potrošače u korištenju pravnih lijekova, ocjenjen je rok uveden prijelaznom odredbom zakona koja u odnosu na potrošače protiv kojih je u tijeku ovrha pokrenuta na temelju hipoteke prije dana stupanja na snagu tog zakona, a koja propisuje prekluzivni rok od mjesec dana za podnošenje izvanredne žalbe za isticanje nepoštenosti odredbi u ovršnoj ispravi i koji rok počinje teći od prvog dana nakon objave zakona. Ocijenjeno je da se početkom tijeka roka danom objave zakona u javnom glasilu krši načelo djelotvornosti. Naime, potrošači nisu mogli razumno očekivati da će moći ponovno osporavati dopuštenost ovrhe kada nisu bili obaviješteni na isti način (pojedinačnom, osobnom dostavom) kao kad im je dostavljeno rješenje o ovrsi s poukom o pravnom lijeku prvi put. Zbog toga postoji znatna opasnost da neće iskoristiti to pravno sredstvo na djelotvoran i koristan način[[102]](#footnote-102).

Naprotiv, rok od 30 dana od dostave rješenja o ovrsi podnošenje tužbe za proglašenje ovrhe nedopuštenom uz dostupnost privremenih mjera za odgodu ovrhe do donošenja meritorne odluke u praksi ES-a ocijenjen je s obzirom na duljinu i početak tijeka roka djelotvornim pravnim sredstvom.[[103]](#footnote-103) Isto je tako ocijenjen i rok od mjesec za podnošenje žalbe zbog nedopuštenih odredbi u ovršnoj ispravi.[[104]](#footnote-104)

Uređenje rokova u OZ-u i ZPP-u

Žalba protiv rješenja o ovrsi na temelju ovršne isprave podnosi se u roku od osam dana, nesuspenzivna je, ako OZ-om nije drugačije određeno (članak 11. stavci 3. i 4. OZ-a).

Ovršenik je dužan uz žalbu priložiti sve isprave na koje se poziva u žalbi. Ako ovršenik ne priloži uz žalbu sve isprave potrebne za ispitivanje njezine dopuštenosti, sud prvog stupnja će žalbu odbaciti, ne pozivajući ovršenika da je dopuni ili ispravi (članak 51. stavak 1. OZ-a).

Protiv rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave ovršenik može podnijeti prigovor u roku od osam dana, a u mjeničnim i čekovnim sporovima u roku od tri dana (članak 57. stavak 1. OZ-a).

Prigovor protiv rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave mora sadržavati razloge pobijanja. Neobrazloženi prigovor sud će odbaciti kao nepotpun, ne pozivajući ovršenika da ga dopuni ili ispravi (članak 58. stavak 1. OZ-a).

Platni nalog izdaje sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća, bez održavanja ročišta. U platnom nalogu sud će izreći da je tuženik dužan u roku od osam dana, a u mjeničnim i čekovnim sporovima u roku od tri dana, nakon primitka platnog naloga udovoljiti zahtjevu tužbe zajedno s troškovima koje je sud odmjerio ili u istom roku podići prigovore protiv platnog naloga. U platnom nalogu sud će tuženika upozoriti da će odbaciti nepravovremeno podnesene prigovore (članak 448. stavci 1. i 2. ZPP-a). Nepravovremene, nepotpune ili nedopuštene prigovore odbacit će sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća, bez održavanja ročišta. Prigovor je nepotpun ako se iz prigovora ne može utvrditi koji se platni nalog pobija, ako nije potpisan ili ako u njemu nisu navedeni razlozi pobijanja (članak 451. stavak 1. ZPP-a).

Slijedi da pravni lijekovi koji su propisani domaćim procesnim zakonima protiv rješenja o ovrsi i platnih naloga, kad je riječ o trajanju rokova, ne bi u smislu članka 7. Direktive 93/13, kako ga tumači Europski sud, bili djelotvorna pravna sredstva za zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi, a koja se zaštita zahtijeva u smislu odredbe članka 6. stavak 1. Direktive 93/13.

### Suspenzivnost pravnih lijekova, privremene mjere i odgode ovrhe

###

Drugi važan element za procjenu razumnosti pravnih lijekova je dostupnost privremenih mjera, naročito u svrhu odgode ovrhe dok parnični sud odlučuje o nepoštenosti ugovornih odredbi. Bez odgode ovrhe od strane ovršnog suda ili privremene mjere parničnog suda sa svrhom odgode ovrhe, postoji znatan rizik od toga da zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi dođe prekasno i bude nedjelotvorna. Posebno je to ES naglasio u onim predmetima u kojima se ovrha na temelju ovršne isprave koja sadrži nepoštene ugovorne odredbe provodi na nekretninama namijenjenim za stanovanje potrošača. S obzirom na to da je dosuda imovine opterećene hipotekom trećoj osobi uvijek nepovratna, nesuspenzivna tužba radi utvrđenja ovrhe nedopuštenom nije djelotvorno sredstvo za osiguranje obveze država članica o tome da osigura da potrošači ne budu vezani nepoštenim ugovornim odredbama. Mogućnost samo novčanog obeštećenja ovršenika -potrošača nije dovoljna ni potpuna da bi se smatrala primjerenim i djelotvornim sredstvom za sprečavanje stalnog korištenja nepoštenih odredaba.[[105]](#footnote-105) Drugim riječima, propisujući nesuspenzivnost tužbe radi nedopuštenosti ovrhe na temelju ovršne isprave koja sadrži nepoštene ugovorne odredbe ili tužbe radi utvrđenja ništetnosti ovršne isprave ili neke njene odredbe, država u pravilu ne ispunjava obvezu na osiguranje djelotvornih pravnih sredstava koja joj je nametnuta odredbom članka 7. Direktive 93/13.

U tom smislu je ES tumačio da nacionalni propisi koji, osim što u postupcima hipotekarne ovrhe ne predviđaju prigovor nepoštenih uvjeta u potrošačkim ugovorima koji su temelj ovršne isprave, sudu koji vodi postupak radi utvrđenja nedopuštenim takve ovrhe (u kojem se ocjenjuju nepoštene ugovorne odredbe) ne dopušta donošenje privremenih mjera radi odgode ovrhe, su protivni Direktivi 93/13.[[106]](#footnote-106) To znači da je sustav koji među taksativnim razlozima za izjavljivanje žalbe protiv rješenja o ovrsi na nekretnini ne navodi nepoštenost ugovornih odredbi u ovršnoj ispravi i istovremeno parničnom sudu pred kojim se vodi postupak radi utvrđenja te ovrhe nedopuštenom zbog toga što ovršna isprava sadrži nepoštene ugovorne odredbe ne dozvoljava izdavanje privremene mjere radi odgode ovrhe, ne omogućuje djelotvornu zaštitu potrošača sukladno člancima 6. i 7. Direktive 93/13.

Isto tako, nacionalni propis koji, osim što ovršnom sudu ne dopušta kontrolu nepoštenih ugovornih odredbi ovršne isprave (niti po službenoj dužnosti niti po prigovoru ovršenika), ne dopušta niti odgodu ovrhe do okončanja postupka radi utvrđenja ovrhe nedopuštenom, protivan je Direktivi 93/13 jer je nametanje tih mjera potrebno radi osiguranja potpune učinkovitosti odluke parničnog suda koji meritorno ispituje nepoštenost ugovornih odredbi iz ovršne isprave.[[107]](#footnote-107) To znači da je sustav ovrhe koji s jedne strane onemogućuje ovršnom sudu da po službenoj dužnosti kontrolira nepoštenost ovršne isprave, s druge strane nepoštenost ovršne isprave isključuje s liste taksativnih razloga za žalbu i s treće strane onemogućuje ovršnom sudu da odgodi ovrhu do okončanja parnice radi nedopuštenosti te ovrhe zbog nepoštenih ugovornih odredbi u ovršnoj ispravi, također protivan člancima 6. i 7. Direktive 93/13.

#### Suspenzivnosti pravnih lijekova i odgoda ovrhe u Hrvatskoj

Žalba protiv rješenja o ovrsi na temelju ovršne isprave u pravilu je nesuspenzivna.

Nepoštenost ugovornih odredbi nije taksativno naveden žalbeni razlog iz članka 50. OZ-a.

Okolnost da je ovršenik upućen na parnicu ili da ju je pokrenuo ne sprječava provedbu ovrhe i ostvarenje ovrhovoditeljeve tražbine, osim ako OZ-om nije drukčije određeno (članak 52. stavak 6. OZ-a). Ako se ovrha na temelju rješenja o ovrsi protiv kojega je podnesena žalba provede prije nego što se glavna rasprava u prvostupanjskom parničnom postupku zaključi, ovršenik može do zaključenja glavne rasprave, i bez pristanka ovrhovoditelja kao tuženika, preinačiti tužbu tako što će zatražiti od suda da ovrhovoditelju naloži da mu vrati ono što je neosnovano stekao ovrhom te da mu naknadi štetu koju je zbog toga pretrpio, uključujući i troškove ovrhe u kojoj je ovrhovoditelj ostvario svoju tražbinu. Šteta na čiju naknadu ovršenik ima pravo obuhvaća i razliku između vrijednosti unovčenog predmeta ovrhe i cijene po kojoj je on unovčen (članak 56. stavci 1. i 2. OZ-a).

Slijedi da bi postupovni zahtjevi za pravne lijekove prema OZ-u (trajanje roka i zahtjev za iznošenjem činjenica i dokaza pod prijetnjom nedopuštenosti) bili, prema dosadašnjoj praksi ES, osobito restriktivni, posebno kad su povezani s nesuspenzivnosti. Osim toga, OZ među taksativnim razlozima za žalbu ne navodinepoštenost ugovornih odredbi u ovršnoj ispravi. Nesuspenzivnost tužbe radi proglašenja ovrhe nedopuštenom čini, prema praksi ES-a, ovu tužbu nedjelotvornim pravnim lijekom jer ne omogućuje osiguranje pune učinkovitosti presude parničnog suda koji je nadležan za ocjenu nepoštenosti ugovornih odredbi ovršne isprave. Pritom mogućnost preinake tužbe u pravcu zahtjeva za isplatom ili naknadom štete nije dostatna za ostvarenje ciljeva Direktive 93/13.

Ovakvo zakonsko uređenje, međutim, ne znači da su potrošači u Hrvatskoj spriječeni u pravnoj zaštiti od nepoštenih ugovornih odredbi koja im je zajamčena ZZP-om i Direktivom 93/13 koju ovaj zakon prenosi. To zato što je obveza država članica da osiguraju da potrošači ne budu vezani nepoštenim ugovornim odredbama i obveza država članica da osiguraju djelotvorna pravna sredstva za zaštitu tih prava upućene državama članicama, a ne parlamentima država članica. Drugim riječima, i sudovi, kao neovisna sudbena vlast u zemlji, dužni su osiguravati načelo djelotvornosti te zaštite u skladu s člancima 6. i 7. Direktive 93/13.

S time u vezi, na sudovima je da domaće propise, u mjeri u kojoj je to moguće, tumače na način kojim se ispunjavaju ciljevi određeni u ovim člancima Direktive 93(13.

Kad je riječ o odgodi ovrhe do pravomoćnosti odluke o žalbi protiv rješenja o ovrsi na temelju ovršne isprave ili do okončanja parnice radi proglašenja ovrhe nedopuštenom zbog nepoštenih odredbi ovršne isprave, odnosno do okončanja parnice radi utvrđenja da je ovršna isprava ništetna zbog nepoštenih ugovornih odredbi, proizlazi da odredbe Ovršnog zakona dopuštaju tumačenje koje je u skladu s člancima 6. i 7. Direktive 93/13 kako ih tumači ES.

Naime, prema odredbi članaka 65. stavak 1. OZ-a, na prijedlog ovršenika sud može, ako ovršenik učini vjerojatnim da bi provedbom ovrhe trpio nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu ili ako učini vjerojatnim da je to potrebno da bi se spriječilo nasilje, u potpunosti ili djelomice odgoditi ovrhu ako je izjavljen pravni lijek protiv rješenja o ovrsi, ako je podnijeta tužba radi stavljanja izvan snage javnobilježničke isprave koja je ovršna isprava, ako je podnesena tužba radi proglašenja ovrhe nedopuštenom i dr.

S obzirom na to da je prema domaćoj sudskoj praksi gubitak nekretnine u ovrsi koja je po dovršetku ovrhe utvrđena da je bila nedopuštena cijenjena kao imovinska šteta pa stoga i nadoknadiva šteta te je u tom smislu i OZ-om dopuštena preinaka tužbe za slučaj da je ovrha provedena prije zaključenja raspravljanja pred parničnim sudom, imajući na umu odluke ES-a o tome da se članak 7. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da novčana naknada za nekretninu nepovratno izgubljenu u ovrsi nije djelotvorno pravno sredstvo, nema razloga da domaći sud pojam „nenadoknadive ili teško nadoknadive štete“ iz članka 65. stavak 1. OZ-a ne tumači (usklađeno) na način da je riječ o opasnosti od nenadoknadive ili teško nadoknadive štete. Promjenom takvog tumačenja pojma „nenadoknadive“ ili „teško nadoknadive štete“ otvara se mogućnost da se, prema odredbi članka 65. stavak 1. OZ-a, odgodi ovrha zbog izjavljene žalbe ili podnesene tužbe radi proglašenja ovrhe nedopuštenom.

Upravo ovakvo pravno shvaćanje zauzeto je primjerice u rješenju Općinskog suda u Vinkovcima, Ovr-368/19-17 od 8. siječnja 2020.

Kad je riječ o rokovima za izjavljivanje pravnih lijekova, tumačenjem roka drugačijeg od onog koji je naveden u procesnom propisu ne čini se mogućim, a da se pritom ne krši domaći zakon. Tumačenje u skladu s pravom EU ne smije biti izgovor za tumačenje protivno zakonu. Upravo ovakve situacije su jedan od razloga zbog kojih je kao drugo jamstvo djelotvornosti pravnih sredstava u praksi ES-a istaknuta obveza nacionalnih sudova da kontroliraju nepoštenost ugovornih odredbi po službenoj dužnosti. Postupanje po službenoj dužnosti nije ograničeno samo na kontrolu sadržaja ugovornih odredbi nego i na donošenje postupovnih odluka *ex offo*.

## Kontrola po službenoj dužnosti

Zahtjev iz članka 7. Direktive 93/13, koji nameće državama članicama obvezu uspostave djelotvornih pravnih lijekova radi osiguranja prava koja potrošačima pripadaju na temelju Direktive 93/13, podrazumijeva kontrolu nepoštenih ugovornih odredbi po službenoj dužnosti, odnosno aktivnu ulogu nacionalnih sudova u postupcima koji se odnose na nepoštene ugovorne odredbe. „Radi osiguranja zaštite propisane navedenom direktivom, Sud je naglasio da se neravnopravnost između potrošača i prodavatelja robe ili pružatelja usluga može ispraviti samo pozitivnom intervencijom neovisnom o samim ugovornim stranama".[[108]](#footnote-108)

 Tako, kao prvo i s obzirom na ustaljenu sudsku praksu, nacionalni sud dužan je po službenoj dužnosti ocijeniti, čim bude raspolagao pravnim i činjeničnim elementima koji su nužni u tu svrhu, nepoštenost ugovorne odredbe koja je obuhvaćena područjem primjene Direktive 93/13 i na taj način nadomjestiti postojeću neravnotežu između potrošača i prodavatelja robe ili pružatelja usluga.[[109]](#footnote-109)

Dakle, obveza je nacionalnog suda po službenoj dužnosti procijeniti nepoštene ugovorne odredbe kad ima dostupne pravne i činjenične elemente za to. (Ne)pozivanje potrošača na te odredbe je neodlučno.

 Kontrola ništetnih odredbi po službenoj dužnosti nije novost. Domaći sudovi imaju dužnost paziti na ništetnost ugovornih odredbi po službenoj dužnosti i na temelju opće odredbe članka 327. stavak 1. ZOO-a. Prema Direktivi 93/13 kako je tumači ES, ako smatra da je ugovorna odredba ništetna sud je ne smije primijeniti, osim ako se potrošač tome protivi. Svakako da prema odredbama domaćeg prava sud ne smije primijeniti odredbu koja je ništetna. Dvojbeno je može li se potrošač prema odredbama domaćeg prava protiviti tome da sud po službenoj dužnosti ukloni nepoštenu odredbu iz potrošačkog ugovora.

Naime, odredba članka 41. stavak 1. ZZP-a zabranjuje odricanje potrošača od i prava koja ima na temelju tog Zakona ili drugih zakona kojima se štite prava potrošača. Ta se zabrana odricanja, kako je već ranije spomenuto, ne odnosi na ugovore o financijskim uslugama niti druge ugovore navedene u članku 40. ZZP-a.

Uzmimo, na primjer, situaciju u kojoj je trgovac s potrošačem sklopio ugovor o prodaji koji je sastavljen kao privatna isprava. Zbog neispunjenja potrošača, trgovac je ustao tužbom radi ispunjenja ugovora. Potrošač nije prigovorio nepoštenoj ugovornoj odredbi koju je uočio sud. Prema sustavu koji pruža Direktiva 93/13, potrošača se o ništetnosti te odredbe treba obavijestiti, kao i o posljedicama koje proizlaze iz te ništetnosti (neobvezujuća narav, restitucija, moguća ništetnost cijelog posla). U tom trenutku potrošač je u potpunosti informiran o nepoštenoj ugovornoj odredbi i o posljedicama njezine nepoštenosti. Nakon toga, on prema sustavu zaštite koju pruža Direktiva 93/13, može odlučiti da ipak bude vezan nepoštenom ugovornom odredbom. Domaće pravo to ne dopušta. Sve i uz izričito priznanje tužbenog zahtjeva od strane potrošača, sud je prema odredbi članka 3. stavka 3. ZPP-a obvezan otkloniti disponiranje koje je protivno prisilnom propisu. Drugim riječima, ne može se priznati učinak ništetnoj odredbi. Je li time osiguran viši standard zaštite od onog koji pruža Direktiva 93/13 je pitanje za raspravu. Moguće je da postoje potrošači koji bi iz različitih razloga radije dugovali što su ugovorili nego što su stekli bez osnove ne temelju ništetnog ugovora. Nema razloga da se u primjeni članka 41. stavak 1. ZZP-a, kod tumačenja pojma "odricanje" potrošača, ne vodi računa o razlikovanju prethodnog odricanja, od slobodnog i informiranog odricanja, koju razliku poznaje ES u svojoj praksi.[[110]](#footnote-110)

Svakako treba razlikovati situaciju u kojoj sud, nakon što je upoznao potrošača s nepoštenosti ugovorne odredbe koju je po službenoj dužnosti uočio te ga obavijestio o pravnim posljedicama nepoštenosti (uključivo i pravo na restituciju), sasluša potrošača o njegovom izboru – želi li biti vezan nepoštenom odredbom ili ne, od situacije u kojoj sud, iako svjestan nepoštenosti ugovorne odredbe koju je uočio po službenoj dužnosti, ne informira o tome potrošača. Moglo bi se reći da se pristup sudova u takvim situacijama kad ne informiraju potrošače o nepoštenosti koju su uočili po službenoj dužnosti nije, kad je riječ o informiranju potrošača, u bitnome različit od pristupa trgovaca. Sud svakako ima procesnu mogućnost to učiniti, primjenjujući načelo otvorenog pravosuđenja.

S obzirom na narav i važnost javnog interesa na kojem se zasniva zaštita potrošača osigurana Direktivom 93/13, članak 6. treba smatrati pravnim pravilom istovjetnim nacionalnom pravilu koje ima status pravila javnog poretka. Načelo ekvivalentnosti (jednako postupanje u postupcima u kojima se ostvaruju subjektivna prava na temelju prava EU i u postupcima u kojima se ostvaruju subjektivna prava na temelju nacionalnog prava) zahtijeva da se po pitanju razmatranja po službenoj dužnosti pravila o neobvezujućoj prirodi nepoštenih ugovornih odredbi izjednačena s pravom koji obvezuje ili ovlašćuje nacionalni sud za raspravljanje pravnih pitanja po službenoj dužnosti na temelju obvezujućih nacionalnih pravila.

Ovo tumačenje ima najvažnije procesne posljedice za one države članice u kojima je postupanje sudova po službenoj dužnosti ograničeno samo za situacije u kojima je riječ o zaštiti javnog poretka. Takva je situacija primjerice u Belgiji. Tamo je pred nacionalnim sudom svojedobno bio u tijeku postupak u kojem je trgovac od potrošača zahtijevao isplatu prema ugovoru o zajmu koji sadrži očito nepoštenu odredbu o zateznoj kamati. Potrošač nije odgovorio na tužbu iako je upozoren na posljedice propuštanja i mogućnost donošenja presude zbog ogluhe. Prema nacionalnom postupovnom propisu belgijski sud neće donijeti presudu zbog ogluhe, iako su ispunjeni uvjeti, ako je riječ o zahtjevu koji je protivan nacionalnom pravnom poretku. Prema odredbama tog nacionalnog prava, zakonske odredbe o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima jesu kogentne, ali nemaju karakter pravila javnog poretka. Njima se štite privatni interesi, a ne tiču se javnog poretka. Nacionalni sudac koji je trebao donijeti presudu zbog ogluhe bio je u dvojbi mora li on ipak kontrolirati nepoštene ugovorne odredbe po službenoj dužnosti, iako mu nacionalno pravo to ne dopušta. Europski je sud u svojoj presudi[[111]](#footnote-111) ustvrdio da se članci 6. i 7. Direktive 93/13 trebaju tumačiti na način da nacionalni sud mora po službenoj dužnosti provjeriti ugovor, kad ima dostupne činjenične i pravne elemente za to, i odbiti donošenje presude zbog ogluhe, ako nađe da je riječ o nepoštenim ugovornim odredbama. Razlog je upravo načelo ekvivalentnosti, koje traži da se zaštiti koju pruža Direktiva 93/13 mora dati isti tretman kao pravilima domaćeg javnog poretka, neovisno o tome što prema tom nacionalnom pravu pravila o zaštiti potrošača nemaju status pravila javnog poretka. Pasivnost potrošača nema utjecaja na načelo ekvivalentnosti – nacionalni sudovi moraju po službenoj dužnosti procijeniti nepoštenost ugovornih odredbi čak i kada su potrošači potpuno pasivni, jer se ta intervencija traži na temelju načela ekvivalentnosti.

I u nedavnoj presudi u poljskom predmetu *Kancelaria Medius[[112]](#footnote-112)* ES je presudio da članak 7. stavak 1. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da mu se protivi tumačenje nacionalne odredbe koje sprečava sud koji u povodu tužbe protiv potrošača donosi odluku zbog ogluhe (izostanka) da, u slučaju nepojavljivanja tog potrošača na ročištu na koje je bio pozvan, poduzme mjere izvođenja dokaza koje su nužne za utvrđivanje nepoštenosti ugovornih odredaba na kojima je prodavatelj robe ili pružatelj usluga utemeljio svoj tužbeni zahtjev, kada taj sud ima sumnje o nepoštenosti tih odredaba u smislu navedene direktive.

Ako domaći sud ima obvezu (ili barem ovlast), u skladu s internim postupovnim pravilima, po službenoj dužnosti ispitati valjanost pravne mjere u svjetlu nacionalnih pravnih pravila (zakonske zabrane, javni moral, javni poredak) tu ovlast mora provoditi i kako bi po službenoj dužnosti procijenio, može li ugovorna odredba koja ulazi u doseg Direktive 93/13 biti nepoštena.

Obveza kontrole po službenoj dužnosti, na temelju načela ekvivalentnosti, primjenjuje se na sve vrste postupaka (parnične i ovršne) i na sve faze postupka, uključujući donošenje presude zbog izostanka/ogluhe, žalbene postupke, dakle uvijek kada su nacionalni sudovi na temelju nacionalnog prava ovlašteni preispitati usklađenost s pravilima javnog poretka.

U hrvatskom postupovnom pravu situacija je manje komplicirana i u načelu ne zahtijeva od hrvatskih sudaca pozivanje na odluke ES-a o značenju odredbe članka 6. Direktive 93/13 kao odredbe javnog poretka.

Naime, obveza suda da po službenoj dužnosti kontrolira raspolaganja stranaka određena je člankom 3. stavkom 3. ZPP-a koji se podredno primjenjuje i na ovršni postupak u smislu članka 21. stavka 1. OZ-a. „Sud neće uvažiti raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti s prisilnim propisima i pravilima javnog morala.“[[113]](#footnote-113) Iz ove odredbe slijedi da sustav kontrole po službenoj dužnosti u hrvatskom procesnom pravu nije „rezerviran“ samo za razinu javnog poretka - Ustava i međunarodnih ugovora koje je ratificirala RH. Iako su odredbe javnog poretka bez sumnje obuhvaćene pojmom „prisilni propisi“, kontrola po službenoj dužnosti osigurana i na „nižoj“ razini prisilnih propisa – kogentnih odredbi zakona. S obzirom na to da je odredba članak 55. stavak 1. ZZP-a kojom se utvrđuje ništetnost nepoštene ugovorne odredbe prisilni propis, a k tome sud prema ZOO-u na ništetnost pazi po službenoj dužnosti, sudska kontrole nepoštenih ugovornih odredbi po službenoj dužnosti odavno postoji u domaćem parničnom postupku i u svim postupcima na koje se pravila parničnog postupka podredno primjenjuju.

U tom smislu, načelo ekvivalentnosti zahtijeva od hrvatskih sudova da i u slučaju potpune pasivnosti potrošača (kad se ogluše ili izostanu) odbije donošenje presude zbog ogluhe/izostanka iako je udovoljeno potrebnim uvjetima, ako nađe da se tužbeni zahtjev temelji na nepoštenim ugovornim odredbama jer je riječ o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati (članak 331.b i 332. ZPP-a).

Pritom je za naglasiti i da je kontrola po službenoj dužnosti zajamčena i pred sudovima drugog stupnja s obzirom na to da u skladu s člankom 354. stavkom. 2. točkom 4. ZPP-a bitna povreda postupka uvijek postoji ako je protivno odredbama ZPP-a sud utemeljio svoju odluku na nedopuštenim raspolaganjima stranaka. Pritom drugostupanjski sud ispituje prvostupanjsku presudu u granica razloga navedenih u žalbi, pazeći pritom po službenoj dužnosti na gore navedenu bitnu povredu (članak 365. stavak 2. ZPP-a).

### Sadržaj i granice kontrole po službenoj dužnosti – Jesu li postupci postali inkvizitorni?

Među glavna načela hrvatskog građanskog procesnog prava ubrajamo načelo dispozitivnosti, u skladu s kojim stranke određuju predmet spora, načelo*ne ultra petita*, u skladu s kojim sud ne može odlučivati izvan granica zahtjeva stranaka (članak 2. stavak 1. ZPP-a) i raspravno načelo u skladu s kojim stranke iznose činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve i predlažu dokaze kojim se te činjenice utvrđuju (tzv. razlozi zahtjeva).

S obzirom na dužnost suda da u zaštiti prava potrošača osigura da potrošač ne bude vezan nepoštenim ugovornim odredbama na način da po službenoj dužnosti kontrolira poštenost ugovorne odredbi o kojima se nije pojedinačno pregovaralo, postavlja se pitanje koje su granice te kontrole, odnosno jesu li nacionalni sudovi na temelju Direktive 93/13 obvezni zanemariti ili prekoračiti granice predmeta spora koje se određuju zahtjevima i razlozima stranaka? Treba li, kao prvo, sud po službenoj dužnosti kontrolirati sve ugovorne odredbe ili samo one čija je ništetnost obuhvaćena tužbenim zahtjevom te treba li, kao drugo, pritom svoju kontrolu temeljiti isključivo na pravnim i činjeničnim elementima na koje se pozivaju stranke ili je dužan po službenoj dužnosti izvoditi dokaze koji su mu za tu kontrolu potrebni.

Iako je kontrola po službenoj dužnosti procesno jamstvo zaštite prava koja potrošačima pripadaju na temelju nepoštenih ugovornih odredbi, prema praksi ES-a, postupci radi zaštite tih prava ipak nisu oficiozni niti inkvizitorni.

Prema praksi ES-a, djelotvornost zaštite koju bi predmetni nacionalni sud trebao dodijeliti potrošaču intervencijom po službenoj dužnosti na temelju Direktive 93/13 ne može dovesti do toga da se zanemare ili da se prekorače granice predmeta spora, kako su ga stranke odredile svojim zahtjevima, koji se tumače s obzirom na razloge na koje se one pozivaju, tako da navedeni nacionalni sud nije obvezan proširiti spor izvan zahtjeva i razloga koji su mu izneseni – na način da pojedinačno analizira sve ostale odredbe ugovora od kojih su samo neke predmet tužbe koja mu je podnesena – kako bi provjerio njihovu eventualnu nepoštenost.[[114]](#footnote-114)

Pritom valja navesti da nacionalni sud ne smije zahtjeve koji su mu podneseni tumačiti na formalistički način, nego, upravo suprotno, mora shvatiti njihov sadržaj s obzirom na razloge iznesene njima u prilog, kako bi potrošač mogao u potpunosti uživati zaštitu koja mu je dodijeljena Direktivom 93/13.[[115]](#footnote-115)

To znači da obvezom ispitivanja po službenoj dužnosti nacionalnog suda nisu obuhvaćene sve ugovorne odredbe, nego samo odredbe na koje je se potrošačeva tužba odnosi, ali i one ugovorne odredbe koje su, iako se potrošačeva tužba na njih ne odnosi, vezane uz predmet spora kako su ga stranke odredile s obzirom na svoje zahtjeve i razloge (na primjer ništetnost ugovora). To znači vezanost nacionalnog sud granicama predmeta spora, ne isključuje nego podrazumijeva njegovu obvezu da unutar te granice (npr. ništetnost ugovora) ispita i one odredbe na koje se potrošačeva tužba ne odnosi, ako posljedice njezinog nepoštenja ulaze u okvire postavljenog predmeta spora. U protivnom se može dogoditi da je ugovorna odredba na koju se u tužbi poziva potrošač kao razlog ništetnosti valjana i njegov zahtjev radi utvrđenja ništetnosti ugovora bude odbijen, a da je pritom neka druga ugovorna odredba na koju se potrošač nije pozvao nepoštena i uzrokuje ništetnost cijelog posla, što je i bio predmet spora, a moglo ga se prihvatiti da se taj potrošač u neznanju propustio pozvati na nepoštenost te odredbe. Pritom činjenica da je potrošač u postupku zastupan po odvjetniku nije ni od kakvog utjecaja.[[116]](#footnote-116)

U predmetu *Lintner,* pred nacionalnim sudom je bio u tijeku postupak u povodu tužbe potrošača koji je tražio utvrđenje ništetnosti ugovorne odredbe kojom se trgovcu dopušta jednostrana izmjena ugovora o kreditu. Međutim, nacionalni sud se pita treba li proširiti predmet spora koji se pred njim vodi na ocjenu eventualne nepoštenosti odredaba tog ugovora koje se odnose na javnobilježnički akt, razloge njegova raskida i određene troškove koje snosi potrošač, iako te odredbe tužitelj iz glavnog postupka nije osporavao u svojoj tužbi. Prema shvaćanju nacionalnog suda, odredbe koje potrošač nije osporavao nisu povezane s predmetom spora, s obzirom na to da odgovarajuće postupanje u povodu njegovih zahtjeva, koji se konkretno odnose na odredbe koje trgovcu dopuštaju jednostranu izmjenu ugovora, ni u kojem slučaju ne ovisi o odluci koja se odnosi na odredbe o javnobilježničkom aktu, razlozima njegova raskida i određenim troškovima koje snosi potrošač. U tom slučaju, prema pravnom shvaćanju ES-a u predmetu *Lintner*, obveza ispitivanja po službenoj dužnosti koja proizlazi iz Direktive 93/13 ne obuhvaća navedene odredbe s obzirom na zahtjeve i razloge koje navodi potrošač. Međutim, to utvrđenje ne utječe na mogućnost da potrošač, prema potrebi, na temelju mjerodavnog nacionalnog prava, podnese novu tužbu koja će se odnositi na ugovorne odredbe koje nisu bile predmet njegove prvotne tužbe ili da preinači tužbu, odnosno proširi predmet spora koji se vodi pred sudom koji je uputio zahtjev.

Što se tiče na načela inkvizitornosti, obveza ispitivanja ugovornih odredbi koje su obuhvaćene predmetom spora kako bi se provjerila njihova eventualna nepoštenost, nastupa čim sud bude raspolagao pravnim i činjeničnim elementima koji su nužni u tu svrhu. Iako je obveza kontrole po službenoj dužnosti ograničena na odredbi koje su povezane s predmetom spora, to ne znači da su sudovi u svrhu ispitivanja poštenosti ograničeni pravnim i činjeničnim elementima (činjenicama i dokazima) na koje se pozivaju stranke. „Naime, Sud je u nekoliko navrata presudio da nacionalni sud mora po službenoj dužnosti poduzeti mjere izvođenja dokaza kako bi utvrdio je li odredba koja se nalazi u ugovoru koji je sklopljen između prodavatelja robe ili pružatelja usluge i potrošača i zbog kojeg je spor pokrenut obuhvaćena područjem primjene Direktive 93/13 (vidjeti u tom smislu presude od 9. studenoga 2010., VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, t. 56. i od 7. studenoga 2019., Profi Credit Polska, C-419/18 i C-483/18, EU:C:2019:930, t. 66.)“.[[117]](#footnote-117)

To znači da ako pravni i činjenični elementi koji se nalaze u spisu predmeta stvaraju ozbiljne sumnje o nepoštenosti određenih odredaba na koje se potrošač nije pozivao, ali koje su povezane s predmetom spora, a da pritom nije moguće provesti konačnu ocjenu o tom pitanju jer u spisu nema odgovarajućih činjenica i/ili dokaza, na nacionalnom je sudu da po službenoj dužnosti izvede dokaze, na način da od stranaka zatraži da mu, u skladu s načelom kontradiktornosti, iznesu pojašnjenja i podnesu dokumente nužne u tu svrhu.[[118]](#footnote-118)

Iz toga proizlazi da je nacionalni sud obvezan po službenoj dužnosti pristupiti izvođenju dokaza poput traženja pojašnjenja i podnošenja isprava, pod uvjetom da pravni i činjenični elementi koji se već nalaze u navedenom spisu izazivaju ozbiljne sumnje u nepoštenost određenih odredaba koje su, iako ih potrošač nije osporavao, vezane uz predmet spora te da obveza provedbe ispitivanja po službenoj dužnosti koju ima taj sud posljedično zahtijeva usvajanje takvih mjera izvođenja dokaza.[[119]](#footnote-119)

Inkvozitorna ovlaštenja suda u domaćim postupcima uređena su člankom 7. st. 2. i člankom 221. stavak 1. ZPP-a.

Sud je ovlašten utvrditi činjenice koje stranke nisu iznijele i izvesti dokaze koje stranke nisu predložile samo ako posumnja da stranke idu za tim da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati (čl. 3. st. 3.), ako zakonom nije drugačije određeno.[[120]](#footnote-120)

Ne treba dokazivati činjenice koje je stranka priznala pred sudom u tijeku parnice, ali sud može narediti da se dokazuju i takve činjenice ako smatra da stranka njihovim priznanjem ide za tim da raspolaže zahtjevom kojim ne može raspolagati (čl. 3. st. 3).[[121]](#footnote-121)

Iz navedenog slijedi da postupovne odredbe ZPP-a omogućuju inkvizitorna ovlaštenja suda u slučaju sumnje da nepoštene ugovorne odredbe predstavljaju činjeničnu osnovu tužbenog zahtjeva protiv potrošača.

Konačno, nakon što su po službenoj dužnosti utvrdi, na temelju činjeničnih i pravnih elemenata kojima raspolaže ili koji su mu priopćeni nakon izvođenja dokaza po službenoj dužnost u tu svrhu, da je odredba obuhvaćena područjem primjene navedene direktive – da je riječ o nepoštenoj odredbi, taj je sud, po općem pravilu, dužan o tome obavijestiti stranke te ih pozvati da se o njoj kontradiktorno raspravi, u obliku predviđenom nacionalnim postupovnim pravilima. Nepoštena se odredba izuzima iz primjene, ali na temelju Direktive 93/13 nacionalni sud nije obvezan izuzeti iz primjene takve ugovorne odredbe ako potrošač, nakon upozorenja navedenog suda, ne namjerava isticati njihovu nepoštenost i činjenicu da nisu obvezujuće.[[122]](#footnote-122)

Naime, ES polazi od toga da treba uzeti u obzir volju potrošača kada on, svjestan neobvezujuće naravi nepoštene odredbe, ipak izjavi da se protivi izuzimanju te odredbe, čime da daje slobodan i informiran pristanak na odredbu o kojoj je riječ. To je logika koja odražava ideju sudske prakse ES-a o tome da je cilj Direktive 93/13 izbjeći da potrošač preuzima obveze s čijim dosegom nije upoznat ili ga stvarno ne razumije.

Dvojbeno je mogu li se na taj način tumačiti oficiozna ovlaštenja suda o nedopuštanju sklapanja sudske nagodbe (članak 321. stavak 4. ZPP-a), o nedonošenju presuda na temelju priznanja ili odricanja te o odgodi donošenja ovih odluka radi pribavljanja obavijesti (članak 331. stavak 2. i 3. i članak 331.a stavak 3. i 4. ZPP-a)

### Kontrola po službenoj dužnosti u postupcima izdavanja platnog naloga i u ovršnim postupcima

Već je rečeno da se procesna jamstva osiguranja zaštite prava koja potrošačima jamči članak 6. Direktive 93/13 odnosi i na postupke izdavanja platnih naloga i rješenja o ovrsi. Pritom se kontrola po službenoj dužnosti mora provoditi prije izdavanja platnog naloga/rješenja o ovrsi, u fazi provedbe ovrhe i tijekom opozicije ovršenika (žalba ili tužba radi utvrđenja ovrhe nedopuštenom). Imajući na umu da nepoštene ugovorne odredbe mogu biti sadržane u privatnim ugovorima i u solemiziranim ugovorima, ova kontrola mora biti zajamčena i u ovršnom postupku unatoč njegovoj prirodi i to u od njegove najranije faze, odnosno prije izdavanja samog rješenja o ovrsi.

Kao što je ranije navedeno, država članica je dužna osigurati djelotvorna pravna sredstva radi zaštite potrošačeva prava da ne bude vezan nepoštenim ugovornih odredbama (članci 6. i 7. Direktive 93/13). Kad je riječ o postupcima izdavanja platnih naloga i rješenja o ovrsi, nacionalni sudovi u skladu s nacionalnim propisima (o izdavanju platnog naloga i rješenja o ovrsi) nemaju mogućnost kontrole poštenosti vjerodostojne i ovršne isprave.

Pravni lijekovi protiv platnih naloga i rješenja o ovrsi koje nacionalno pravo dopušta uređeni su propisima koji ne omogućuju usklađeno tumačenje s pravom EU. Naime, rok koji je propisan za prigovor protiv platnog naloga i žalbe protiv rješenja o ovrsi na temelju ovršne isprave te uvjeti njihove sadržajne dopuštenosti ne trpe tumačenja osim onako kako glase. U situacijama kad ti pravni lijekovi nisu djelotvorna sredstava za zaštitu prema članku 7. Direktive 93/13 kako je tumači ES, jer su prekratki i nesuspenzivni, pogotovo kad su u kombinaciji sa zahtjevom da pod prijetnjom nedopuštenosti moraju biti obrazloženi uz podnošenje dokaza, djelotvornost zaštite prava osigurava se jedino kontrolom po službenoj dužnosti. Prema navedenom, ako je rok za žalbu prekratak i nedjelotvoran, ovaj nedostatak može se otkloniti jedino na način da sud sam po službenoj dužnosti, i to prije izdavanja platnog naloga ili rješenja o ovrsi na temelju ovršne isprave, provjeri poštenost odredbi isprave na temelju koje se traži izdavanje platnog naloga ili rješenja o ovrsi. U takvim situacijama nedjelotvornost pravnog lijeka protiv nepoštenih odredbi postaje neodlučna jer je kontrola tih odredbi provedena *a priori* prije donošenja odluke suda (izdavanja platnog naloga ili donošenja rješenja o ovrsi). To znači da u slučaju da postoji znatan rizik da potrošač neće primijeniti pravni lijek (a to je prema dosadašnjoj praksi ES-a uvijek kad je rok 15 dana ili dva tjedna uz obvezu iznošenja činjenica i predlaganja dokaza kao uvjet dopuštenosti), nacionalni sud je obvezan po službenoj dužnosti procijeniti nepoštenost relevantnih ugovornih odredbi prije izdavanja platnog naloga. Pritom mora imati dostupne sve potrebne činjenične i pravne elemente ili ih pribaviti po službenoj dužnosti (najmanje ugovor o kojem je riječ). Ne može se smatrati da sud „raspolaže činjeničnim i pravnim elementima” samo zato što zna za određene modele ugovora kojima se trgovac koristi, a da pritom ne posjeduje ugovor sklopljen između stranaka u postupku koji je pred njim u tijeku. Taj sud mora po službenoj dužnosti ispitati jesu li odredbe koje su ugovorile stranke nepoštene i u tom pogledu može zahtijevati od prodavatelja robe ili pružatelja usluga da podnese ispravu u kojoj su te odredbe utvrđene (ugovor, opće uvjeta poslovanja, mjenični sporazum i sl.), tako da navedeni sud bude u mogućnosti osigurati poštovanje prava koja potrošači imaju na temelju Direktive 93/13.[[123]](#footnote-123)

U slučajevima kad se na temelju prava EU zahtijeva kontrola po službenoj dužnosti nepoštenosti ugovornih odredaba, nacionalni sudovi moraju osigurati tu kontrolu tumačenjem i primjenom nacionalnog prava u najvećoj mogućoj mjeri te u skladu s pravom EU. Kada to nije moguće i kada pravila na nacionalnoj razini nisu u skladu s načelom djelotvornosti i/ili ne jamče djelotvoran pravni lijek, nacionalni sudovi moraju izuzeti iz primjene ta nacionalna pravila kako bi se provele kontrole po službenoj dužnosti potrebne na temelju prava EU.

Nacionalni sudovi moraju biti obvezni pribaviti elemente za ocjenu ništetnosti, tumačeći domaće postupovne propise u skladu s pravom EU ili, ako to nije moguće, neprimjenjujući nacionalna postupovna pravila.

U hrvatskom sustavu kontrola po službenoj dužnosti, kao i izvođenje dokaza po službeno dužnosti radi osiguranje te kontrole, moguća je u postupcima izdavanja platnog naloga uz primjenu odredbe članka 3. stavka 3. i članka 7. ZPP-a, a u ovršnim postupcima na temelju odredbe članka 21. stavak 1. OZ-a koja upućuje na supsidijarnu primjenu ZPP-a.

Uzmimo za primjer tipske ugovore o kreditu koji sadrže obvezu korisnika kredita - potrošača da izda bjanko mjenicu u svrhu osiguranja potraživanja davatelja kredita. Povrat kredita osiguran je bjanko mjenicom koju je potpisao potrošač kao korisnik kredita. Na temelju te mjenice vjerovnik može tražiti izdavanje rješenja o ovrsi ili platnog naloga s time da se u fazi izdavanja platnog naloga samo provjerava formalna valjanost mjenice bez ulaženja u osnovni pravni posao. Za slučaj da dužnik prigovori platnom nalogu, može prigovarati i valjanosti pravnog posla iz kojeg mjenica proizlazi.

Uređenjem ovakvog postupka ovrhe na temelju mjenice s aspekta djelotvornosti zaštite prava koja se potrošačima jamče Direktivom 93/13 bavio se ES u predmetu *Profi Credit Polska*, C-176/17.

Pitanje nacionalnog suda je bilo je li takav sustav u kojem sud izdaje platni nalog na temelju formalno valjane mjenice kojom se osigurava potraživanje iz ugovora o potrošačkom kreditu, bez da pritom ima ovlasti preispitati nepoštenost ugovornih odredba tog ugovora, protivna člancima 6. ili 7. Direktive 93/13? ES je tumačio da u načelu nije protivno pravu EU uređenje po kojem se rješenje o ovrsi izdaje na temelju mjenice bez kontrole samog ugovora, ali pod pretpostavkom da su zajamčena učinkovita pravna sredstava (pravo na žalbu u razumnom roku i odgoda). U konkretnom slučaju zakonski rok za prigovor protiv rješenja o ovrsi na temelju mjenice iznosio je dva tjedna te je, da bi bio dopušten, morao biti obrazložen činjenicama i dokazima. ES je tumačio da postupovna pravila poput onih u glavnom postupku, time što od potrošača zahtijevaju podnošenje činjenica i dokaza kojima se sudu omogućuje da provede tu ocjenu u roku od dva tjedna od dostave rješenja o izdavanju platnog naloga, stvaraju nezanemarivu opasnost da dotični potrošači ne ističu potreban prigovor bilo zbog posebno kratkog roka koji je u tu svrhu predviđen bilo zbog toga što mogu biti obeshrabreni u svojoj obrani, imajući u vidu troškove koje bi sudski postupak mogao prouzročiti u odnosu na iznos osporavanog duga. "S obzirom na prethodna razmatranja, […] članak 7. stavak 1. Direktive 93/13 treba tumačiti na način da mu se protivi nacionalni propis […] koji omogućuje donošenje rješenja o izdavanju platnog naloga na temelju formalno valjane mjenice kojom se osigurava potraživanje koje proizlazi iz ugovora o potrošačkom kreditu kada sud kojemu je podnesen zahtjev za izdavanje platnog naloga nema ovlast ispitivati eventualnu nepoštenost odredbi tog ugovora jer pravila za izvršenje prava na podnošenje prigovora protiv takvog rješenja ne omogućuju osiguranje poštovanja prava koja potrošač ima na temelju te direktive.“

Kad je riječ o ovrhama na temelju prisilnog ostvarenja založenog prava na nekretnini (hipoteke), pokretanje ovrhe na temelju javnobilježničke isprave bez prethodne kontrole nepoštenih ugovornih odredbi po službenoj dužnosti, načelno je prihvatljivo.

Međutim, to samo pod uvjetima da:

1. potrošači mogu u razumnim okolnostima poduzeti pravne mjere protiv takve provedbe ovrhe, uključivo i dostupnost privremenih mjera, i
2. ako je kontrola nepoštenih uvjeta po službenoj dužnosti zajamčena u postupku radi utvrđenja nepoštenosti (ništetnosti) koji slijedi uz osiguranje učinkovitosti presude kojom se odlučuje meritorno o ništetnosti.

Naprotiv, ovrha na temelju hipoteke koja se temelji na javnobilježničkoj ispravi nije u skladu s Direktivom 93/13 ako:

1. potrošačima nisu dostupni djelotvorni pravni lijekovi ili
2. ako postoji znatan rizik da ih potrošač neće primijeniti.

Potrošačima nisu dostupni djelotvorni pravni lijekovi ako ne mogu uložiti prigovor na provedbu ovrhe na temelju nepoštenih ugovornih odredbi, a u postupku o meritumu u kojem se nepoštenost može procijeniti (radi utvrđenja ovrhe nedopuštenom) ne mogu ostvariti prekid vođenja ovrhe (nesuspenzivnost tužbe).

U slučaju kad kontrola po službenoj dužnosti nije provedena prije izdavanja naloga, potrebno ju je provesti u fazi provođenja ovrhe, kao krajnju mjeru.

Posljedice ocjene nedopuštenosti ugovornih odredbi na temelju kojih je predložena ili određena ovrha je odbijanje izdavanja platnog naloga u cijelosti ili djelomično, ukidanje izdanog platnog naloga u cijelosti i djelomično ili potpuna ili djelomična obustava ovrhe.

I u postupcima ovrhe, prije nego odluči ne primijeniti odredbu koju je po službenoj dužnosti ocijenio nepoštenom i stoga ništetnom, sud mora o tome saslušati obje stranke.

Ponavljamo, da se potrošači mogu odlučiti ne koristiti se zaštitom (pa sudovi moraju primijeniti nepoštenu ugovornu odredbu), ali samo nakon što su obaviješteni o njihovoj nepoštenosti i neobvezujućoj prirodi.

### Postupovne odredbe o nadležnosti

#### Međunarodna nadležnost – pravila o nadležnosti u prekograničnim potrošačkim postupcima na području EU

Međunarodna nadležnost uređena je odredbama Uredbe (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o [sudskoj] nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (SL 2012., L 351, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 11., str. 289. i ispravci SL 2014., L 160, str. 40. i SL 2016., L 202, str. 57., dalje: Uredba Bruxelles I. bis).

Prema općem pravilu, osobe s domicilom u državi članici, bez obzira na njihovo državljanstvo, tuže se pred sudovima te države članice. To je u skladu s 15. uvodnom izjavom Uredbe prema kojoj bi pravila o nadležnosti trebala bi biti što je moguće više predvidiva i zasnovana na načelu da se nadležnost općenito temelji na domicilu tuženika. U pogledu potrošačkih ugovora, sukladno 18. uvodnoj izjavi, slabija stranka bi trebala biti zaštićena pravilima o nadležnosti koja su povoljnija za njene interese od općih pravila. U tom smislu su člankom 18. Uredbe u korist potrošača utvrđena zaštitna pravila o nadležnosti koja se primjenjuju kao iznimka od općeg pravila o nadležnosti države domicila tuženika. Naime, sukladno odredbama čl. 18. Uredbe potrošač može pokrenuti postupak protiv druge ugovorne stranke bilo pred sudovima države članice u kojoj ta stranka ima domicil, ili, neovisno o domicilu druge stranke, pred sudovima mjesta gdje potrošač ima domicil (stavak 1.). Druga ugovorna stranka može pokrenuti postupak protiv potrošača samo pred sudovima države članice u kojoj potrošač ima domicil (stavak 2.). Iako ZPK[[124]](#footnote-124) sadrži odredbi o međunarodnoj nadležnosti, za određivanje nadležnosti za sporove iz potrošačkih ugovora u kojima su stranke pravne ili fizičke osobe s domicilom na području Europske unije, isključivo se primjenjuje Uredba jer je riječ o izvoru EU prava s izravnim vertikalnim i izravnim horizontalnim učinkom.

Uredba Bruxelles I. bis, međutim, ne uređuje mjesnu nadležnost u nacionalnim predmetima bez prekograničnog elementa. Nacionalni postupci nerijetko ne sadrže zaštitna pravila o nadležnosti za potrošače.

#### Mjesna nadležnost – pravila o nadležnosti u domaćim predmetima potrošača

Prema općem pravilu iz članka 46. stavka 1. ZPP-a za suđenje je nadležan sud koji je opće mjesno nadležan za tuženika, odnosno sud na čijem području tuženik ima prebivalište odnosno registrirano sjedište (članci. 47. i 48. ZPP). ZPP ne sadrži posebnih pravila kako o nadležnosti za sporove koji nastaju u vezi s ugovorima općenito tako ni za sporove u vezi s potrošačkim ugovorima.

Odredbi o nadležnosti za pojedinačne sporove na sadrži niti ZZP. Drugim riječima, za sporove u kojima potrošači zahtijevaju utvrđenje ništetnosti, poništaj ili raskid potrošačkog ugovora (i isplatu) prema zakonu je opće mjesno nadležan sud na kojem tuženik (trgovac) ima registrirano sjedište. Iznimke su dakako sporovi koji nastaju tijekom i u povodu ovrhe (članak 63. ZPP), kao i oni koji proizlaze iz pravnog odnosa poslovne jedinice pravne osobe (članak 59. ZPP).

Hrvatski zakonodavac nesumnjivo slijedi pravni standard o općemjesno nadležnom sudu kao sudu koji je najpristupačniji tuženiku s obzirom na to da je riječ o sudu na čijem području tuženik ima prebivalište, odnosno boravište ili sjedište.

 Međutim, zakonodavac nije u odredbama o mjesnoj nadležnosti na nacionalnoj razini analogno slijedio mjere zaštite potrošača predviđene europskim pravom za međunarodnu nadležnost u sporovima u kojima je potrošač tužitelj. Premda je predviđena posebna mjesna nadležnost za sporove u kojima sudjeluju druge „slabije“ stranke, poput radnika (članak 65. ZPP) ili oštećenika (članak 52. ZPP), posebne mjesne nadležnosti za potrošačke sporove nema.

Iako je tada u poziciji tužitelja, potrošač je uvijek slabija strana, a nerijetko je tužba potrošača protiv trgovca jedino učinkovito pravno sredstvo za zaštitu potrošačkih prava.

Iz navedenog se može zaključiti da se je zakonodavac, u prenošenju obvezujućih pravnih akata EU u području zaštite potrošača, ograničio na materijalnopravne aspekte, propuštajući postupovne odredbe domaćeg prava prilagoditi zahtjevima učinkovite zaštite njihovih prava.

 Imajući na umu da opća mjesna nadležnost za potrošačke sporove nije isključiva, stranke se mogu sporazumom čiji su uvjeti valjanosti prema nacionalnom pravu propisani člankom 70. ZPP-a, sporazumjeti o nadležnosti nekog drugog stvarno nadležnog suda.

U tom smislu, nadležnost nekog domaćeg suda u potrošačkom sporu može biti rezultat zakonskog uređenja ili sporazuma stranaka. Već prema tome je li riječ o nadležnosti na temelju sporazuma o prorogaciji nadležnosti ili na temelju postupovnog propisa, za ocjenu je li pritom osigurana najviša razina zaštite potrošača od nepoštenih uvjeta u potrošačkim ugovorima, primjenjuju se ili odredbe članka 3. stavak 1. ili odredbe čl. 6. i 7. Direktive 93/13.

### Sporazum o nadležnosti - Potrošač u poziciji tuženika

Sporazumom o nadležnosti najčešće se ugovora nadležnost suda sjedišta trgovca. Za slučaj da je trgovac taj koji pokreće spor (primjerice radi neispunjenja potrošača) tada je zbog sklopljenog sporazuma o nadležnosti otpala nadležnost suda prebivališta/boravišta potrošača. Ako je sporazum o nadležnosti ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, tad nema zapreka da se u skladu s odredbama članka 49. stavak 1. ZZP-a i članka 3. Direktive 93/13 provede kontrola njezine poštenosti i procijeni je li riječ o odredbi koja suprotno zahtjevu dobre vjere uzrokuje očitu neravnotežu u pravima i obvezama stranaka.

Prema tumačenju ES izraženom u presudi *Océano Grupo Editoriali Salvat Editores* od 27. lipnja 2000. u spojenim predmetima od C-240/98 do C-244/98, ovakva ugovorna odredba, kojoj je svrha prenijeti nadležnost za sve sporove koji mogu proizaći iz potrošačkog ugovora na sud u kojem trgovac ima sjedište, obvezuje potrošača da se podvrgne isključivoj nadležnosti suda koji može biti udaljen od njegova prebivališta (boravišta). To njemu može otežati sudjelovanje u postupku. U situaciji kad je vrijednost predmeta spora mala, troškovi koji se vezuju uz pojavljivanje potrošača pred sudom mogu biti odvraćajući i uzrokovati to da on odustane od svakog pravnog lijeka ili obrane. Takva ugovorna odredba stoga potpada pod kategoriju odredbi čije je predmet ili svrha onemogućavanje ili otežavanje prava potrošača na podizanje sudske tužbe ili izjavljivanje svakog drugog pravnog lijeka, a što je kategorija na koju se odnosi podstavak (q) članaka 1. Priloga Direktivi 93/13 („sivi popis“) koji je prenesen u ZZP u članku 50. toč. 19.

Nasuprot tome, ovakva odredba omogućuje trgovcu da sve sporove u vezi sa svojim obrtom, poduzećem ili profesijom vodi na sudu koji se nalazi u mjestu njegova sjedišta. Time je trgovcu olakšano da organizira svoje sudjelovanje u postupku pred sudom.

Iz navedenog slijedi da prorogacijska klauzula u potrošačkom ugovoru o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo i koja prenosi isključivu mjesnu nadležnost na sud u kojem trgovac ima sjedište, mora biti ocijenjena nepoštenom u smislu članka 3. Direktive 93/13 ako, suprotno zahtjevima dobre vjere, uzrokuje znatnu neravnotežnu u pravima i obvezama stranaka na štetu potrošača.

U presudi *Freiburger Kommunalbauten* od 1. travnja 2004., C-237/02, ES je dodatno pojasnio (toč. 23.) da je ocjena nepoštenosti u predmetu *Océano Grupo Editorial i Salvat Editores* dana na temelju činjenice da je bila riječ o ugovornoj odredbi koja isključivo pogoduje trgovcu, bez da potrošač zauzvrat uživa ikakvih pogodnosti od nje. Kakva god bila priroda potrošačkog ugovora, ovakva ugovorna odredba umanjuje učinkovitost sudske zaštite prava koje Direktiva 93/13 daje potrošaču. Stoga je moguće ocijeniti da je riječ o nepoštenoj ugovornoj odredbi bez da se procjenjuju okolnosti pod kojima je ugovor sklopljen i bez da se procjenjuju prednosti i nedostaci koje bi takva ugovorena odredba imala prema odredbama domaćeg prava.

U takvoj je situaciji nacionalni sud pred kojim je podnesena tužbe ovlašten i dužan po službenoj dužnosti ocijeniti ništetnost prorogacijske klauzule, oglasiti se mjesno nenadležnim po službenoj dužnosti i predmet ustupiti sudu opće mjesno nadležnom za spor (sud prebivališta/boravišta).

### Sporazum o nadležnosti - Potrošač u poziciji tužitelja

Za ocjenu poštenosti prorogacijske klauzule kojom se za sve sporove (i one koje pokreće potrošač protiv trgovca) ugovara nadležnost suda sjedišta trgovca, potrebno je da je riječ o ugovornoj odredbi koja podliježe primjeni ZZP-a i Direktive 93/13. Naime, iz primjene glave ZZP-a o nepoštenim ugovornim odredbama isključene su odredbe kojima se u ugovor unose zakonske odredbe prisilne prirode (članak 49. stavak 5. ZZP-a). Iz područja primjene Direktive 93/13 isključene su ugovorne odredbe koje su odraz obveznih zakonskih (kogentnih ili dispozitivnih) ili regulatornih odredbi.

Ugovorna odredba kojom se u slučaju spora ugovara nadležnost suda sjedišta tuženika, pod pretpostavkom da je riječ o postupku u kojem je tuženik trgovac, zapravo je odraz zakonske odredbe iz čl. 46. ZPP koja bi se na nadležnost u takvom sporu primjenjivala i da to stranke nisu posebno ugovorile.

Kada je u ugovor bez pregovaranja unesena odredba o mjesnoj nadležnosti suda sjedišta trgovca, a tužbu podnosi potrošač, tada je prorogacijska klauzula odraz zakonske odredbe iz članka 46. ZPP-a te kao takva ne podliježe primjeni Direktive 93/13. Sve i da, sukladno odredbi članka 49. stavak 5., ZZP-a podliježe primjeni tog Zakona, za procjenu neravnoteže najvažniji kriterij je usporedba s domaćim propisom koji bi bio u primjeni da među strankama nije drugačije ugovoreno. U izloženom smislu, evidentno je da je među strankama ugovoreno upravo ono što bi se na pitanje nadležnosti primjenjivalo na temelju odredbi nacionalnog postupovnog prava pa nema mjesta da se sporazum o prorogaciji nadležnosti ocijeni nepoštenim. Sve i kad bi se ocijenio nepoštenim i ne primijenio, uz primjenu članka 46. ZPP-a nadležan bio ostao isti sud čija je nadležnost prorogirana sporazumom stranaka. Niti jedna postupovna odredba ZZP-a o nadležnosti ne ovlašćuje stranke niti sud da, bez sporazuma u tom smislu, za tužbe koje potrošač podnosi protiv trgovca uspostave nadležnost suda prebivališta/boravišta potrošača kao tužitelja. Do toga da potrošač tuži na području svojeg prebivališta može doći tek incidentalno, u situacijama kada trgovac ili njegova poslovna jedinica ima sjedište na području suda na kojem potrošač ima prebivalište ili boravište.

### Troškovi parničnog postupka

Naknada troškova parničnog postupka uređena je odredbama članka 154. ZPP-a, prema općem načelu da "gubitnik plaća". Međutim, može biti sporno, imajući na umu djelomični uspjeh potrošača u sporu, je li zakonski sustav raspodjele troškova iz članka 154. stavak 2. ZPP-a[[125]](#footnote-125), usklađen s Direktivom 93/13. Posebno se to odnosi na situacije kada je je u potpunosti prihvaćena potrošačeva tužba za utvrđenje ništavosti nepoštene ugovorne odredbe, ali je samo djelomično prihvaćena tužba za povrat iznosa plaćenih na temelju te odredbe. Naime, primjena članka 154. stavka 2. ZPP-a može imati za učinak to da se u takvoj situaciji (uspjeh u sporu glede utvrđenja ništetnosti i djelomičan uspjeh u sporu glede isplate) tuženom trgovcu ne naloži snošenje svih troškova postupka.

 Raspodjela troškova sudskog postupka pred nacionalnim sudovima ulazi u postupovnu autonomiju država članica, pod uvjetom poštovanja načela ekvivalentnosti i djelotvornosti o kojima je ranije bilo riječi. O tome je li u skladu s načelom s načelom djelotvornosti to da se potrošaču naloži snošenje troškova postupka ovisno o iznosima koji su mu vraćeni, iako je uspio u postupku u pogledu nepoštenosti sporne odredbe, ES se bavio u predmetu *Caixabank* (presuda od 16. srpnja 2020., spojeni predmeti C-224/19 i C-259/19):

"98      U ovom slučaju, Direktivom 93/13 potrošaču se daje pravo da se obrati sudu kako bi se utvrdila nepoštenost ugovorne odredbe i kako se ona ne bi primijenila. Međutim, kad bi ishod podjele troškova takvog postupka ovisio samo o neosnovano plaćenim iznosima čiji se povrat nalaže, to potrošača može odvratiti od ostvarivanja navedenog prava, s obzirom na troškove koji bi nastali sudskom tužbom (vidjeti u tom smislu presudu od 13. rujna 2018., Profi Credit Polska, C‑176/17, EU:C:2018:711, t. 69.).

99      S obzirom na sva prethodna razmatranja, na dvanaesto pitanje postavljeno u predmetu C‑224/19 valja odgovoriti tako da članak 6. stavak 1. i članak 7. stavak 1. Direktive 93/13 te načelo djelotvornosti treba tumačiti na način da im se protivi sustav koji dopušta da dio postupovnih troškova snosi potrošač, ovisno o visini neosnovano plaćenih iznosa koji su mu vraćeni nakon utvrđenja ništavosti ugovorne odredbe zbog njezine nepoštenosti, s obzirom na to da takav sustav stvara znatnu prepreku koja potrošača može odvratiti od ostvarivanja prava na djelotvorni sudski nadzor eventualne nepoštenosti ugovornih odredaba, kako je dodijeljeno Direktivom 93/13."

Stoga je, prilikom donošenja odluke o naknadi troškova postupka u svakom pojedinom predmetu pred nacionalnim sudom, potrebno voditi računa i o kvalitativnom i o kvantitativnom uspjehu tužitelja u sporu, posebno respektirajući stav ES u tom pogledu.

# Hodogram postupanja kod ispitivanja nepoštenosti ugovorne odredbe

Prolazi test poštenosti – valjana je i obvezuje potrošača

Odredba ne definira glavni predmet ugovora

Odredba koja je odraz obveznih zakonskih odredbi

Odredba o kojoj se pojedinačno pregovaralo

Odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo

Sporna ugovorna odredba

Test poštenosti

Ne prolazi test poštenosti – ništetna je i ne obvezuje potrošača

Test transparentnosti

Odredba definira glavni predmet ugovora

Ne prolazi test transparentnosti

Prolazi test transparentnosti

  

 

# Literatura i izvori

Knjige i članci

Craig, P.; De Búrca, G., EU Law, Sixth Edition, Oxfird University Press, 2015.,

Carević, M.; Ćapeta, T.; Goldner Lang, I.; Kostadinov, B.; Mataija, M.; Perišin, T.; Petrašević, T.; Rodin, S., urednici Ćapeta, T.; Goldner Lang, I.; Perišin, T.; Rodin, S., Prethodni postupak u pravu EU, Narodne novine, Zagreb, studeni 2011.

Ćapeta T.; Rodin, S., Osnove prava Europske unije, Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, Narodne novine, veljača 2018.

 Ćapeta T.; Rodin, S., Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu, Pravosudna akademija, Zagreb, listopad 2008.

Praksa Suda Europske unije

*Addiko Bank*, C-407/18 od 26. lipnja 2019.

*Andriciuc i dr* , C-186/16 od 20. rujna 2017.

*Aqua Med* , C-266/18 od 3. travnja 2019.

*Aziz* , C-415/11 od 14. ožujka 2013.

*Banco Español de Crédito*, C-618/10 od 14. lipnja 2012.

*Banco Popular Español*, spojeni predmeti C-537/12 i C-116/13 od 14. studenog 2013.

*Banco Primus*, C-421/14 od 26. siječnja 2017.

*Banco Santander,* spojeni predmeti C‑96/16 i C‑94/17 od 7. kolovoza 2018.

*Banif Plus Bank* , C-472/11 od 21. veljače 2013., C-472/11.

*BBVA* , C-8/14 od 29. listopada 2015.

*Caixabank*, spojeni predmeti C-224/19 i C-259/19 od 16. srpnja 2020.

*Constructora Principado*, C-226/12 od 16. siječnja 2014.

*Costea* , C-110/14 od 3. rujna 2015.

Dumitraş, C-534/15 od 14. rujna 2016.

Dunai, C-118/17 od 14. ožujka 2019,

Dziubak, C-260/18 od 3. listopada 2019.

EOS KSI Slovensko, C-448/17 od 20. rujna 2018.

ERSTE Bank Hungary, C-32/14 od 1. listopada 2015.

Gómez del Moral Guasch, C-125/18 od 3. ožujka 2020.

Gutiérrez Naranjo, spojeni predmeti C‑154/15, C‑307/15 i C‑308/15 od 21. prosinca 2016.

*Ibrecaja Banco,* C-452/18 od 9. srpnja 2020. i mišljenje nezavisnog odvjetnika Henrika Saugmandsgaarda Øea od 30. siječnja 2020.

*Invitel*, C-472/10 od 26. travnja 2012.

*Kancelaria Medius*, C-495/19 od 4. lipnja 2020.

*Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, C-147/16 od 17. svibnja 2018.

*Kásler i Káslerné Rábai*,C-261/13 od 30. travnja 2014.

*Kiss i CIB Bank*, C-621/17 od 3. listopada 2019.

*Kušionová*, C-34/13 od 10. rujna 2014.

*Lintner*, C-511/17 od 11. ožujka 2020.

*Lovasné Tóth*, C-34/18 od 19. rujna 2019.

*Matei,* C-143/13 od 26. veljače 2015.

*Milivojević*, C-630/17 od 14. veljače 2019.

*OTP Bank i OTP Faktoring,* C-51/17 od 20. rujna 2018.

*Pannon GSM*, C-243/08 od lipnja 2009.

*Pouvin i Dijoux*, C-590/17 od 21. ožujka 2019.

*Profi Credit Polska,* C-176/17 13.rujna 2018., C-176/17.

*Profi Credit Polska*, spojeni predmeti C-419/18 i 483/19 od 7. studenog 2019.

*Raiffeisen Bank*, spojeni predmeti C-698/18 i 699/18 od 9. srpnja 2020.

*Sales Sinués i Drame Ba*, spojeni predmeti C-381/14 i 385/14 od 14. travnja 2016.

*VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08 od 9. studenoga 2010.

*RWE Vertrieb*, C-92/11 od 21. ožujka 2013.

Tarcău , C-74/15 od 19. studenog 2015.

*Tudoran* , C-92/14 od 3. srpnja 2014.

Verein für Konsumenteninformation, C-191/15 od 28. srpnja 2016.

Verein für Konsumenteninformation, C-272/18 od 3. listopada 2019.

Pravo EU

Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima (Službeni list Europske unije, L 95, 21.4.1993., str. 29–34)(Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15 Svezak 012 Str. 24 - 29)

Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćena verzija)(Službeni list Europske unije, 2016/C 202/01)

Uredba (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze (Rim I) (Službeni list Europske unije, L 177, str. 6.-16.)

Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o [sudskoj] nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Službeni list Europske unije, 2012., L 351, str. 1.) (Službeni list Europske unije, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 11., str. 289. i ispravci SL 2014., L 160, str. 40. i SL 2016., L 202, str. 57)

Nacionalni propisi i sudska praksa

Zakon o obveznim odnosima („Narodne novine“ br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 i 29/18)

Zakon o parničnom postupku („Narodne novine“ br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 14/11, 25/13, 889/14 i 70/19)

Zakon o potrošačkom kreditiranju ("Narodne novine" br. 75/2009, 112/2012, 143/2013, 147/2013, 9/2015, 78/2015, 102/2015, 52/2016)

Zakon o zaštiti potrošača ("Narodne novine" br. 41/14, 110/15 i 14/19, dalje: ZZP)

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 3142/18 od 19. ožujka 2019.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 18/18 od 26. svibnja 2020.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, VSRH, Gos 1/19 od 4. ožujka 2020.

Županijski sud u Karlovcu, Gž-627/17 od 13. studenog 2019.

Županijski sud u Puli, Gž-925/17 od 20.ožujka 2020.

Županijski sud u Varaždinu, Gž-361/19 od 7. travnja 2020.

Županijski sud u Velikoj Gorici, Gž-1320/19 od 21.svibnja 2020.

Županijski sud u Zadru, Gž-219/20 od 23.travnja 2020.

Izvori s mrežnih stranica

http://curia.europa.eu

OBAVIJEST KOMISIJE - Smjernice za tumačenje i primjenu Direktive Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima

<https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/uctd_guidance_2019_hr.pdf>

# Hipotetski primjeri za vježbu

**1.** Pred nacionalnim je sudom u tijeku postupak u kojem potrošač koji je zaključio ugovor o kreditu s bankom, traži utvrđenje ništetnosti ugovora o kreditu, među ostalim zato što je banka svoju tražbinu ustupila (prodala) novom vjerovniku iako ta mogućnost ustupa tražbine nije predviđena ugovorom. Ustup tražbine proveden je na temelju važećih odredbi mjerodavnog građanskog zakona.

**Primjenjuje li se odredbe Direktive 93/13 o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima na takvu praksu?**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**2.** Između tužitelja – teleoperatera i tuženika – potrošača zaključen je potrošački ugovor o pretplatničkom odnosu koji je ugovoren u trajanju od 24 mjeseca. Ugovor je raskinut prije ugovorenog roka zbog neispunjenja potrošača. Pred općinskim sudom je u tijeku parnica radi isplate u kojoj trgovac tužbom zahtijeva od potrošača plaćanje mjesečnih naknada koje bi mu tuženik bio dužan isplatiti u preostalom ugovorenom razdoblju da nije došlo do prestanka pretplatničkog odnosa, a koji iznosi zajedno čine tzv. naknadu za prijevremeni raskid ugovora i u konkretnom slučaju iznose utuženih 460,00 kn. Trgovac zahtijeva isplatu preostalih mjesečnih naknada jer je to za potrošača povoljnije od plaćanja naknade u visini ostvarenog popusta na proizvode i usluge. Na ovu naknadu trgovac ima pravo na temelju svojih općih uvjeta poslovanja koji se smatraju sastavnim dijelom među strankama sklopljenog ugovora o pretplatničkom odnosu. Navedenim odredbama određena je dužnost pretplatnika, u konkretnom slučaju tuženika, da tužitelju, za slučaj da je pretplatnički odnos prestao krivnjom tuženika prije isteka ugovorenog razdoblja trajanja ugovora i dalje plaća bilo mjesečnu naknadu do isteka ugovorenog razdoblja, iako više ne koristi komunikacijske usluge tužitelja, bilo naknadu u visini popusta na proizvode i usluge koje je ostvario ako je plaćanje te naknade povoljnije za tuženika. Nije sporno da je naknada preostalih mjesečnih naknada do isteka ugovornog razdoblja u konkretnom slučaju povoljnija za tuženog od naknade u visini ostvarenog popusta. Visina zahtjeva također nije sporna.

Potrošač se brani tvrdnjom da je ova ugovorna odredba nepoštena (ništetna) jer ga obvezuje da i dalje plaća pretplatu sve do isteka ugovorenog razdoblja, iako više ne koristi komunikacijske usluge tužitelja. Trgovac smatra da odredba nije nepoštena, s obzirom da je potrošač ugovorio za sebe popust kao protučinidbu za ugovaranje određenog najmanjeg trajanja ugovornog razdoblja. Činjenica da taj popust mora vratiti ili platiti mjesečne naknade do kraja ugovornog razdoblja jer je, uslijed njegova nepoštivanja ugovorene obveze na plaćanje naknade za isporučene tk usluge, ugovor raskinut prije ugovorenog roka, je, prema njegovom stajalištu, redovna posljedica raskida ugovora u smislu vraćanja onoga što je na ime raskinutog ugovora stečeno.

Odredba članak 41. stavak 5. Zakona o elektroničkim telekomunikacijama ("Narodne novine" br. 73/2008., 90/2011., 133/2012., 80/2013., 71/2014. i 72/2017) glasi:

"Pretplatnik ima pravo na raskid pretplatničkog ugovora u bilo kojem trenutku. Pretplatničkim ugovorom može se utvrditi da, ako pretplatnik raskine ugovor ili je ugovor raskinut krivnjom pretplatnika prije isteka razdoblja obveznog trajanja ugovora, pretplatnik mora platiti mjesečnu naknadu za ostatak razdoblja obveznog trajanja ugovora ili naknadu u visini popusta na proizvode i usluge koje je ostvario ako je plaćanje te naknade povoljnije za pretplatnika, osim u slučaju iz članka 42. stavka 7. ovoga Zakona."

Članak 42. stavak 7. tog Zakona govori o izmjenama općih uvjeta poslovanja operatora koje su za krajnjeg korisnika usluga nepovoljnije u odnosu na ugovorene opće uvjete poslovanja, a što nije primjenjivo u ovom konkretnom slučaju jer se isplata traži na temelju neizmijenjenih ugovorenih općih uvjeta operatera.

**Ima li mjesta odbijanju tužbenog zahtjeva zbog nepoštene ugovorne odredbe o plaćanju prijevremene naknade za raskid? Zašto?**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**3.** Potrošač tužbom zahtijeva utvrđenje ništetnosti odredbe ugovora o kreditu kojom je tečajni rizik promjene valute u kojoj se mora ispuniti ugovor prebačen u cijelosti na njega. Nacionalni sud je utvrdio da je riječ o odredbi koja definira glavni predmet ugovora, a nakon što je utvrdio njenu netransparentnost ocijenio ju je nepoštenom (ništetnom). Međutim, prema pravilima tog nacionalnog prava, ugovor nakon uklanjanja te odredbe ne može pravno nastaviti obvezivati stranke. Potrošač tužbom nije zahtijevao utvrđenje ništetnosti cijelog ugovora.

**Kako biste postupili da ste sudac u tom predmetu?**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**4**. Pred nacionalnim sudom je u tijeku postupak u kojem trgovac od potrošača zahtijeva isplatu prema ugovoru o zajmu koji sadrži očito nepoštenu odredbu o stopi zatezne kamate koja iznosi 2% pozajmljene svote dnevno, od zakašnjenja do isplate. Potrošač nije odgovorio na tužbu, iako je upozoren na posljedice propuštanja i mogućnost donošenja presude zbog ogluhe. Prema nacionalnom postupovnom propisu sud neće donijeti presudu zbog ogluhe, iako su ispunjeni uvjeti, ako je riječ o zahtjevu koji je protivan nacionalnom pravnom poretku. Odredbe tog nacionalnog prava propisuju da su zakonske odredbe o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima kogentne odredbe, ali nemaju karakter pravila javnog poretka, jer se njima štite privatni interesi, a ne tiču se javnog poretka.

**Treba li nacionalni sudac donijeti presudu jer tako zahtijevaju odredbe nacionalnog procesnog propisa ili treba kontrolirati nepoštene ugovorne odredbe po službenoj dužnosti i odbiti donošenje presude zbog ogluhe, iako mu nacionalno pravo to ne dopušta? Zašto?**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**5.** Tipski ugovor o kreditu sadržavao je odredbu kojom se korisniku kredita nameće obveza izdavanja mjenice u svrhu osiguranja potraživanja davatelja kredita. Povrat kredita tako je bio osiguran mjenicom koju je potpisao korisnik kredita, a iznos nije bio određen. Na temelju mjenice vjerovnik može tražiti izdavanje platnog naloga, s time da kad izdaje platni nalog sud samo provjerava formalnu valjanost mjenice, bez ulaženja u pozadinski pravni posao. U slučaju da dužnik prigovori platnom nalogu, može prigovarati valjanosti pravnog posla iz kojeg mjenica proizlazi i u toj fazi se može ispitivati valjanost pozadinskog pravnog posla.

**Je li postupovni sustav, u kojem sud izdaje platni nalog na temelju formalno valjane mjenice kojom se osigurava potraživanje iz ugovora o potrošačkom kreditu, bez da pritom ima ovlasti preispitati nepoštenost ugovornih odredba tog ugovora, protivan člancima 6. i 7. Direktive 93/13? O čemu ovisi odgovor na ovo pitanje?**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**6.** Pred ovršnim sudom podnesen je prijedlog za donošenje rješenja o ovrsi na temelju solemniziranog ugovora o kreditu osiguranog založnim pravom na nekretnini. Ugovor sadrži nepoštene odredbe o mehanizmu promjene ugovorne kamatne stope. Nepoštene ugovorne odredbe nisu jedan od razloga taksativno navedenih za izjavljivanje pravnog lijeka protiv rješenja o ovrsi na temelju ovršne isprave. Sud nema ovlasti ni po službenoj dužnosti procijeniti nepoštenost ugovorenih odredbi iz ovršne isprave prije donošenja rješenja o ovrsi jer je njegova zadaća ograničena na formalno ispitivanje ovršnog naslova i prateće dokumentacije. Isto tako, ovršni sud nema ovlasti odgoditi ovrhu ako dužnik pokrene tužbu radi utvrđenja ovrhe nedopuštenom. Parnični sud koji je odlučuje o tužbi radi utvrđenja ovrhe nedopuštenost nije ovlašten privremenom mjerom zaustaviti ovršni postupak do pravomoćnog okončanja parnice.

**Je li takav pravni sustav protivan Direktivi 93/13? Zašto? Od kakvog je značaja što je ugovor solemniziran kod javnog bilježnika?**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

1. Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima (Službeni list Europske unije, L 95, 21.4.1993., str. 29–34)(Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: Poglavlje 15 Svezak 012 Str. 24 - 29) [↑](#footnote-ref-1)
2. Članak 288. stavak 3. UFEU-a) [↑](#footnote-ref-2)
3. Sedma uvodna izjava Direktive 93/13 [↑](#footnote-ref-3)
4. Uredba (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze (Rim I) (Službeni list Europske unije, L 177, str. 6.-16.) [↑](#footnote-ref-4)
5. Vidi opširnije u presudi ES-a *Verein für Konsumenteninformation*, C-272/18 od 3. listopada 2019. [↑](#footnote-ref-5)
6. Presuda od 21. ožujka 2019., C-590/17, *Pouvin i Dijoux* [↑](#footnote-ref-6)
7. Presuda od 19. studenog 2015., C-74/15, *Tarcău* i od 14. rujna 2016., C-534/15, Dumitraş [↑](#footnote-ref-7)
8. Ibid. [↑](#footnote-ref-8)
9. Presuda od 17. svibnja 2018., C-147/16, *Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen* [↑](#footnote-ref-9)
10. Presuda od 21. ožujka 2019., C-590/17., *Pouvin i Dijoux,* t. 25. i presuda od 3. rujna 2015., C-110/14, *Costea, t. 18.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Presuda od 3. rujna 2015., C-110/14, *Costea* [↑](#footnote-ref-11)
12. Presuda od 9. srpnja 2020. u spojenim predmetima C-698/18 i 699/18, *Raiffeisen Bank*, t. 72. – 74. [↑](#footnote-ref-12)
13. Članak 49. stavci 1. do 4. ZZP-a i članak 3. stavak 2. Direktive 93/13. [↑](#footnote-ref-13)
14. Mišljenje nezavisnog odvjetnika Henrika Saugmandsgaarda Øea od 30. siječnja 2020. u predmetu C-452/18, *Ibrecaja Banco* [↑](#footnote-ref-14)
15. Članak 8. Direktive 93/13 [↑](#footnote-ref-15)
16. 13. uvodna izjava Direktive 93/13 [↑](#footnote-ref-16)
17. Članak 4. [↑](#footnote-ref-17)
18. Članak 56. stavak 1. ZPP-a [↑](#footnote-ref-18)
19. Članci 80. – 87. ZOO-a [↑](#footnote-ref-19)
20. Vidi infra, *Zahtjev ravnoteže*, str. 17. [↑](#footnote-ref-20)
21. Članak 46. ZPP-a [↑](#footnote-ref-21)
22. O usklađenosti procesnih propisa sa zahtjevima Direktive 13/13 opširnije infra, *Postupovne posljedice nepoštenosti ugovorne odredbe*, str. 60.-80. [↑](#footnote-ref-22)
23. Presuda od 3. travnja 2019., C-266/18, *Aqua Med* [↑](#footnote-ref-23)
24. "Obveza koja proizlazi iz novčanog zajma uvijek je ograničena na isti iznos naveden u ugovoru. Ako se vrijednost valute poveća ili smanji prije roka za otplatu, dužnik mora vratiti pozajmljeni iznos i obvezan je vratiti samo taj iznos u valuti koja se koristila prilikom plaćanja." [↑](#footnote-ref-24)
25. Zakon br. XXXVIII iz 2014. kojim se uređuju posebna pitanja povezana s odlukom Kúrije (Vrhovni sud, Mađarska) o ujednačavanju prava o ugovorima o zajmu sklopljenima između financijskih institucija i potrošača; u daljnjem tekstu: Zakon DH 1 [↑](#footnote-ref-25)
26. Presuda od 20. rujna 2018., C-51/17, *OTP Bank i OTP Faktoring*, t. 70. [↑](#footnote-ref-26)
27. Presuda od 26. siječnja 2017., C-421/14, *Banco Primus*, t. 60, presuda od 3. listopada 2019., C-621/17, *Kiss i CIB Bank,* t. 50., presuda od 16. srpnja 2020., C-224/19 i C-259/19, *Caixabank*, t. 74. [↑](#footnote-ref-27)
28. Presuda od 3. listopada 2019., C‑621/17, *Kiss i CIB Bank*, t. 51. i presuda od 16. srpnja 2020., C-224/19 i C-259/19, *Caixabank*, t. 75. [↑](#footnote-ref-28)
29. Presuda od 16. siječnja 2014., C-226/12 *Constructora Principado*, t. 23. [↑](#footnote-ref-29)
30. Članak 390. stavak 1. ZOO-a [↑](#footnote-ref-30)
31. Npr. "Korisnik kredita obvezuje se platiti sve eventualne poreze (porez na uslugu, porez na kamate i sl.) kojima bude terećen Kreditor s naslova odobrenja i naplate ovog kredita." [↑](#footnote-ref-31)
32. Presuda od 16. siječnja 2014., C-226/12 *Constructora Principado*, t. 30. [↑](#footnote-ref-32)
33. Presuda od 26. siječnja 2017., C-421/14, *Banco Primus*, t. 67., druga alineja. [↑](#footnote-ref-33)
34. Presuda od 26. siječnja 2017., C-421/14, *Banco Primus*, t. 66 [↑](#footnote-ref-34)
35. Presuda od 14. ožujka 2013., C-415/11, *Aziz*, t. 74. [↑](#footnote-ref-35)
36. Presuda od 20. rujna 2017., C-186/16, *Andriciuc i dr*., t. 53. [↑](#footnote-ref-36)
37. Cf. ibid, t. 54. do 58. [↑](#footnote-ref-37)
38. Presuda od 26. veljače 2015., C-143/13, *Matei, t. 57.- 62.* [↑](#footnote-ref-38)
39. "S tim u vezi, iako je isključivo sud koji je uputio zahtjev dužan izraziti pravno stajalište u vezi s ocjenom konkretne ugovorne odredbe s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, to ne utječe na činjenicu da je Sud nadležan izdvojiti kriterije iz odredbi Direktive 93/13, u konkretnom slučaju članka 4. stavka 2., koje nacionalni sudac može ili mora primijeniti prilikom ispitivanja ugovornih odredbi s obzirom na odredbe Direktive (presuda Kásler i Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, t. 45.)", cf. ibid, t. 53. [↑](#footnote-ref-39)
40. O pravnim posljedicama nepoštenosti glavnog predmeta ugovora opširnije infra, *Materijalnopravne posljedice nepoštenosti ugovornih odredbi*, str. 33. – 59. [↑](#footnote-ref-40)
41. Presuda od 16. srpnja 2020., C-224/19 i C-259/19, *Caixabank*, t. 64 [↑](#footnote-ref-41)
42. *Matei,* op. cit. (bilj. 38.),t. 62. [↑](#footnote-ref-42)
43. *Matei,* loc. cit. (bilj. 38.) [↑](#footnote-ref-43)
44. *Andriciuc i dr*., op. cit. (bilj. 36.)*,*. t.41. [↑](#footnote-ref-44)
45. Presuda od 30. travnja 2014., C-261/13, *Kásler i Káslerné Rábai*, t. 59. prva alineja [↑](#footnote-ref-45)
46. *OTP Bank i OTP Faktoring*, op. cit. (bilj. 26.), t. 68., presuda 14. ožujka 2019, C-118/17, *Dunai,* t. 48, presuda od 3. listopada 2019., C-260/18, *Dziubak*, t.44*,*  [↑](#footnote-ref-46)
47. *Caixabank*, op. cit. (bilj. 41.), t. 65. [↑](#footnote-ref-47)
48. Presuda od 21. ožujka 2013. C-92/11, *RWE Vertrieb*, t. 55. [↑](#footnote-ref-48)
49. Presuda od 28. srpnja 2016., C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*, t. 68. [↑](#footnote-ref-49)
50. *OTP Bank i OTP Faktoring*, op. cit. (bilj. 26.), t. 83. [↑](#footnote-ref-50)
51. *Caixabank*, op. cit. (bilj. 41.), t. 67. i 68. [↑](#footnote-ref-51)
52. Opširnije infra *Materijalnopravne posljedice nepoštenosti ugovornih odredbi,* str. 33. – 59. [↑](#footnote-ref-52)
53. *OTP Bank i OTP Faktoring*, *Dunai* i *Dziubak*, loc. cit, (bilj. 46.) [↑](#footnote-ref-53)
54. *OTP Bank i OTP Faktoring*, op. cit. (bilj. 26.), t. 78. [↑](#footnote-ref-54)
55. *OTP Bank i OTP Faktoring*, op. cit. (bilj. 26.), t. 74. – 76. i *Andriciuc i dr*., op. cit. (bilj. 36.)*,*.t. 48. – 51. [↑](#footnote-ref-55)
56. Presuda od 3. ožujka 2020., C- 125/18, *Gómez del Moral Guasch*, t. 48 - 56. i presuda od 9. srpnja 2020., C-452/18, *Ibrecaja Banco*, t.53. [↑](#footnote-ref-56)
57. *Ibrecaja Banco*, cf. ibid., t.52. [↑](#footnote-ref-57)
58. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 3142/18 od 19. ožujka 2019. i Rev 18/18 od 26. svibnja 2020. [↑](#footnote-ref-58)
59. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C&etat=clot&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=L%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C1993%252C13%252C%252C6%252C1%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=hr&avg=&cid=15361652>, stanje na dan 20. kolovoza 2020. [↑](#footnote-ref-59)
60. Presuda od 21. prosinca 2016., spojeni predmeti C‑154/15, C‑307/15 i C‑308/15, *Gutiérrez Naranjo* [↑](#footnote-ref-60)
61. Ibid. [↑](#footnote-ref-61)
62. Vidi odluke ŽS ZD Gž-219/20 od 23.4.2020., ŽS KA Gž-627/17 od 13.11.2019., ŽS VG Gž-1320/19 od 21.5.2020., ŽS VŽ Gž-361/19 od 7.4.2020. i ŽS PU Gž-925/17 od 20.3.2020. [↑](#footnote-ref-62)
63. Presuda od 9. srpnja 2020. u spojenim predmetima C-698/18 i C-699/18, *Raiffeisen Bank* t.64. i 65. i *Caixabank*,op. cit. (bilj. 41.), t. 87. i 91. [↑](#footnote-ref-63)
64. *Caixabank*,op. cit. (bilj. 41.), t. 84. [↑](#footnote-ref-64)
65. *Raiffeisen Bank* i *Caixabank*, loc. cit. (bilj. 63.) [↑](#footnote-ref-65)
66. Presuda od 7. kolovoza 2018. u spojenim predmetima C‑96/16 i C‑94/17, *Banco Santander* [↑](#footnote-ref-66)
67. Presuda od 3. listopada 2019., C-260/18, *Dziubak,* t. 39. [↑](#footnote-ref-67)
68. ZPK, Članak 1. stavak 1. točka 3. [↑](#footnote-ref-68)
69. Cf. ibid., članak 1. stavak 1. točke 7. i 8. [↑](#footnote-ref-69)
70. " Iako je isključivo sud koji je uputio zahtjev dužan izraziti pravno stajalište u vezi s ocjenom konkretne ugovorne odredbe s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, to ne utječe na činjenicu da je Sud nadležan izdvojiti kriterije iz odredbi Direktive 93/13, u konkretnom slučaju članka 4. stavka 2., koje nacionalni sudac može ili mora primijeniti prilikom ispitivanja ugovornih odredbi s obzirom na odredbe Direktive.", *Matei,* op. cit. (bilj. 38.),t. 53. [↑](#footnote-ref-70)
71. Ibid. t.54 [↑](#footnote-ref-71)
72. Ibid t. 57. [↑](#footnote-ref-72)
73. Ibid t.58. [↑](#footnote-ref-73)
74. Ibid. t. 59. i 60. [↑](#footnote-ref-74)
75. Ibid 62. [↑](#footnote-ref-75)
76. Ibid t. 78. [↑](#footnote-ref-76)
77. Opširnije supra, *Ugovorne odredbe koje ne podliježu testu poštenosti – druga iznimka*, str. 21. – 25. [↑](#footnote-ref-77)
78. *Dziubak*, op. cit. (bilj. 67.), t.45 [↑](#footnote-ref-78)
79. Ibid, t. 44. [↑](#footnote-ref-79)
80. Ibid, t. 61. i 62. [↑](#footnote-ref-80)
81. Ibid., t. 54. [↑](#footnote-ref-81)
82. Presuda od 14. travnja 2016., C-381/14 i 385/14*, Sales Sinués i Drame Ba*, t. 25. [↑](#footnote-ref-82)
83. Presuda od 21. veljače 2013., C-472/11, *Banif Plus Bank*, t. 35 [↑](#footnote-ref-83)
84. *Ibrecaja Banco*, op. cit. (bilj. 56.), t. 76. [↑](#footnote-ref-84)
85. Ibid., t. 66. [↑](#footnote-ref-85)
86. Članak 327. stavak 1. ZOO-a [↑](#footnote-ref-86)
87. Članak 157. stavak 2. ZOO-a [↑](#footnote-ref-87)
88. Članak 148. stavak 1. ZOO-a [↑](#footnote-ref-88)
89. Zakon br. XL. iz 2014. o pravilima koja se primjenjuju na poravnanje računa iz Zakona br. XXXVIII. iz 2014. o uređenju određenih pitanja u vezi s odlukom koju je donijela Kúria [Vrhovni sud] o ujednačavanju prava u pogledu ugovora o kreditu sklopljenih između financijskih institucija i potrošača i nekim drugim odredbama, u daljnjem tekstu: Zakoni DH 2 [↑](#footnote-ref-89)
90. Zakon br. LXXVII iz 2014. o uređenju pitanja koja se odnose na promjenu strane valute u kojoj su izraženi ugovori o potrošačkom zajmu i na pravila o kamatama, u daljnjem tekstu: Zakon DH 3 [↑](#footnote-ref-90)
91. Presuda 14. ožujka 2019, C-118/17, *Dunai,* t. 56., prva alineja [↑](#footnote-ref-91)
92. *OTP Bank i OTP Faktoring*, op. cit. (bilj. 26.), t. 49. [↑](#footnote-ref-92)
93. *Dunai,* op. cit. (bilj. 91.), t. 56., alineja druga. [↑](#footnote-ref-93)
94. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Gos 1/19 od 4. ožujka 2020. [↑](#footnote-ref-94)
95. Op. cit. (bilj. 62.) [↑](#footnote-ref-95)
96. Članak 19 k. ZPK-a [↑](#footnote-ref-96)
97. Presuda od 26. lipnja 2019., C-407/18, *Addiko Bank*, t. 48 i od 9. srpnja, C-698/19 i C-699/19, *Raiffeisen Bank*, t. 60. [↑](#footnote-ref-97)
98. Presuda od 4. lipnja 2020., C-495/19, *Kancelaria Medius* [↑](#footnote-ref-98)
99. Presuda od 14. lipnja 2012., C-618/10, *Banco Español de Crédito*, t. 52. – 54. [↑](#footnote-ref-99)
100. Presuda od 20. rujna 2018., C-448/17, *EOS KSI Slovensko*, t. 51. – 53. [↑](#footnote-ref-100)
101. Presuda od 13. rujna 2018., C-176/17, *Profi Credit Polska*, t. 65., 66. i 70. [↑](#footnote-ref-101)
102. Presuda od 29. listopada 2015., C-8/14, *BBVA*, t. 33. – 42. [↑](#footnote-ref-102)
103. Presuda od 10. rujna 2014., C-34/13, *Kušionová*, t. 55. [↑](#footnote-ref-103)
104. BBVA, op. cit. (bilj. 102.), t. 30. i 31. [↑](#footnote-ref-104)
105. Rješenje od 14. studenog 2013., spojeni predmeti C-537/12 i C-116/13*, Banco Popular Español*, t. 56. i 57. i *Addiko Bank,* op. cit. (bilj. 97.), t. 62. [↑](#footnote-ref-105)
106. Presuda od 1. listopada 2015., C-32/14, *ERSTE Bank Hungary*, t. 44. [↑](#footnote-ref-106)
107. Cf. ibid, t. 45. [↑](#footnote-ref-107)
108. Presuda od 9. studenoga 2010., C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*, t. 48., *Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, op. cit. (bilj. 9.), t. 28. [↑](#footnote-ref-108)
109. *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, cf. ibid., t. 29., *OTP Bank i OTP Faktoring*, op. cit. (bilj. 26.), t. 87. i od 11. ožujka 2020., C-511/17, *Lintner*, t. 25 i 26. [↑](#footnote-ref-109)
110. Opširnije supra, *Iznimke od zabrane sudske revizije,* str. 45. – 50. [↑](#footnote-ref-110)
111. *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, op. cit. (bilj. 9.), t. 37. [↑](#footnote-ref-111)
112. Op. cit. (bilj. 98.), toč. 52. . [↑](#footnote-ref-112)
113. Članak 3. stavak 3. ZPP-a [↑](#footnote-ref-113)
114. Presuda od 11. ožujka 2020., C-511/17, *Lintner*, t. 30. i 31. [↑](#footnote-ref-114)
115. Cf. ibid., t. 33. [↑](#footnote-ref-115)
116. Cf. ibid., t. 32., 34. i 40. [↑](#footnote-ref-116)
117. Cf. ibid., t. 36. [↑](#footnote-ref-117)
118. Cf. ibid., t. 37 [↑](#footnote-ref-118)
119. Cf. ibid., t. 38. [↑](#footnote-ref-119)
120. ZPP, članak. 7. stavak 1. [↑](#footnote-ref-120)
121. ZPP, članak 221. stavak 1. [↑](#footnote-ref-121)
122. Presuda od 4. lipnja 2009., C-243/08,*Pannon GSM*, t. 33. [↑](#footnote-ref-122)
123. Presuda od 13.rujna 2018., C-176/17, *Profi Credit Polska*, t. 47 i presuda od 7. studenog 2019. u spojenim predmetima C-419/18 i 483/19, *Profi Credit Polska*, t. 64. [↑](#footnote-ref-123)
124. Članak 19.l ZPK-a [↑](#footnote-ref-124)
125. "Ako su stranke djelomično uspjele u parnici, sud će najprije utvrditi postotak u kojemu je svaka od njih uspjela, zatim će od postotka one stranke koja je u većoj mjeri uspjela oduzeti postotak one stranke koja je u manjoj mjeri uspjela, nakon toga će utvrditi iznos pojedinih i iznos ukupnih troškova stranke koja je u većoj mjeri uspjela u parnici koji su bili potrebni za svrhovito vođenje postupka te će toj stranci odmjeriti naknadu dijela takvih ukupnih troškova koji odgovara postotku koji je preostao nakon navedenog obračuna postotaka u kojima su stranke uspjele u parnici. Omjer uspjeha u parnici ocjenjuje se prema konačno postavljenom tužbenom zahtjevu, vodeći računa i o uspjehu dokazivanja u pogledu osnove zahtjeva." [↑](#footnote-ref-125)