

UDK: 341.242.5:368.023 :366.56(094.4):347.1.12(497.11)

Dr Nataša S. Petrović Tomić¹

NEPRAVIČNE KLAUZULE U OSIGURANJU I NACRT GRAĐANSKOG ZAKONIKA SRBIJE

PREGLEDNI RAD

Apstrakt

Autorka analizira odredbu Nacrta građanskog zakonika o nepravničnim klauzulama ugovora o osiguranju. Nakon objašnjenja pojma i značaja nepravničkih klauzula, autorka iznosi argumente u prilog opravdanosti ovog instituta u oblasti osiguranja. Najveći deo rada posvećen je analizi predmetne odredbe Nacrta. Autorka najpre ukazuje na terminološke nedostatke formulacije iz Nacrta, a zatim analizira član. Iako pozitivno ocenjuje pokušaj kreiranja regulative nepravničkih klauzula prilagođene ugovoru o osiguranju, autorka ukazuje na niz problemskih pitanja i neusaglašenosti s važećim propisom u oblasti zaštite potrošača. Po autorkinom mišljenju, ako se analizirani nedostaci ne otklone na predloženi način, efikasnost zaštite slabije strane ugovora o osiguranju biće dovedena u pitanje.

Ključne reči: *nepravničke klauzule, ugovor o osiguranju, potrošač, Zakon o zaštiti potrošača, Nacrt građanskog zakonika.*

¹ Autorka je vanredna profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu
i-mejl: nataly@ius.bg.ac.rs
Rad je primljen: 25. 05. 2017.
Rad je prihvaćen: 31. 05. 2017.

1. Uvod

Nepravične klauzule su, bez sumnje, jedan od instituta ugovornog potrošačkog prava od koga se mnogo očekuje još od donošenja Direktive o nepravičnim klauzulama u ugovorima zaključenim sa potrošačima.² *Nepravična je ugovorna klauzula koja za cilj ili posledicu ima stvaranje značajne neravnoteže između prava i obaveza ugovornih strana, na štetu potrošača.*³ Nepravične klauzule deo su potrošačkih ugovora.⁴ One pritom nisu uvek posledica zloupotrebe ekonomske snage jedne strane. Često su, naime, rezultat njene ekonomske nadmoći u odnosu na drugu stranu ili boljeg poznavanja materije za koju je specijalizovana.⁵ To proizlazi iz činjenice da ih unapred sastavlja jača strana tj. profesionalac. Nepravične klauzule odnose se na sve ugovore profesionalaca i potrošača, bez obzira na njihovu prirodu i predmet.⁶ To što postoje posebna pravila za neki ugovor (npr. ugovor o osiguranju, ugovor o kreditu) ne isključuje primenu opštih pravila zaštite potrošača.⁷

Primena nepravičnih klauzula nije rezervisana samo za zaključene ugovore, već se odnosi i na model ugovore i tipske ugovore.⁸ Može se raditi o bilo kojoj ugovornoj klauzuli u pismenoj formi. Ugovorna klauzula ne mora biti sadržana samo u ugovoru, već može stajati i u aneksu ugovora, fakturi itd. Što se tiče prirode klauzule, ona se može odnositi na način plaćanja cene ili isporuke robe, podelu rizika, ograničenje odgovornosti ili garancija, uslove izvršenja ili raskida

² *Directive 93/13 concernant clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.* Reč je o direktivi kojom se uvodi *de minimis* harmonizacija. Za razliku od Direktive 93/13, Direktiva o pravima potrošača 2008/83 od 8. oktobra 2008. usvaja princip maksimalne harmonizacije. Međutim, ta direktiva ne donosi suštinske promene u oblast nepravičnih klauzula. I nakon usvajanja Direktive 2008/83, Direktiva 93/13 zapravo ostaje neizmenjena. Izmena koju donosi Direktiva 2008/83 odnosi se na obavezu država članica EU da redovno obaveštavaju Komisiju o svim promenama u pogledu režima nepravičnih klauzula potrošačkih ugovora, a naročito ako se promene odnose na proširenje kontrole na individualno ugovorene klauzule i na klauzule o predmetu i ceni, kao i na sadržaj liste nepravičnih klauzula (čl. 32).

³ Detaljnije o nepravičnim klauzulama: Nataša Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja, Analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2015, 304–380.

⁴ Polje primene Direktive 93/13 ograničeno je na B2C ugovore, tj. na ugovore ili klauzule ugovora koje je jednostrano odredio trgovac. Direktiva, zapravo, zahteva da se svaka klauzula posmatra odvojeno. Pritom nije neophodno da ugovor bude sastavljen u pismenom obliku, niti da bude sadržan u jedinstvenoj ispravi. Tako i: Silvija Petrić, „O problemu nepravednih odredaba potrošačkih ugovora u pravu Evropske zajednice i pravu Bosne i Hercegovine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru*, br. XV/2002, 208.

⁵ Marko Đurđević, „Primena pravila o nepravičnim odredbama opštih uslova formularnih ugovora posle donošenja Zakona o zaštiti potrošača“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije* (2012), Beograd 2012, 382.

⁶ Jean Calais-Auloy, Henri Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris 2010, 216.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

ugovora itd.⁹ Ali odredbe o nepravičnim klauzulama ne primenjuju se na definiciju predmeta ugovora, niti na visinu cene.¹⁰ One se takođe ne primenjuju ni na ugovor u celini.

Iako je danas zaštita potrošača značajan zadatak svakog pravnog i društvenog poretka, ima autora koji je smatraju nepotrebnom u oblasti ugovora o osiguranju. Po njihovom mišljenju, zaštita koja postoji na osnovu zakonodavstva o osiguranju dovoljna je i isključuje primenu zakonodavstva u vezi s nepravičnim klauzulama.¹¹ Po mišljenju uvaženog francuskog teoretičara, borba protiv nepravičnih klauzula na osnovu zakona o osiguranju jeste stara, stalna i ostvaruje se nizom imperativnih odredaba zakonskog ili reglementarnog karaktera. Primena nove grane prava i pravila koja regulišu nepravične klauzule ne može se na isti način posmatrati u prisustvu specijalne regulative ugovora o osiguranju kojoj norme zaštitnog karaktera nisu strane i u nekim drugim oblastima gde takvih pravila nema.¹² Pored ovog prilično radikalnog gledanja na stvari, ima autora koji smatraju da se propisi o nepravičnim klauzulama samo supsidijarno primenjuju na ugovor o osiguranju.¹³

Međutim, i pored protivljenja teorije, danas je opšte mesto da osiguranici potrošači uživaju zaštitu specijalnog zakonodavstva namenjenog zaštiti potrošača. Ovo utoliko pre što zakoni o osiguranju ne isključuju primenu opštih normi o nepravičnim klauzulama iz potrošačkog zakonodavstva. Primenu nepravičnih klauzula na ugovor o osiguranju opravdava sama priroda tog ugovora. Ugovor o osiguranju u najvećem broju slučajeva jeste ugovor po pristupu.¹⁴ Stoga potrošač osiguranja, koji nema ni tehničku, ni pravnu stručnost, niti ekonomsku snagu da pregovara o odredbama ugovora koji je unapred sačinio osiguravač ima potrebu za zaštitom od nepravičnih klauzula.¹⁵ Zaštita osiguranika od nepravičnih klauzula opravdana je iz sledećih razloga: 1) zbog posebne pravne tehnike složenog

⁹ Jean Calais-Auloy, Henri Temple, 217.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Jérôme Kullmann, „Clauses abusives et contrat d'assurance“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, 1996, 11.

¹² „Virus nepravičnih klauzula ne može da zahvati pravo osiguranja, ono periodično prima zakonske ili reglementarne vakcine ili sudske tretmane koji čine da se ugovorna neravnoteža između prava i obaveza ugovornih strana u ovom domenu retko sreće.“ J. Kullmann, 40.

¹³ André Favre-Rochex, Guy Courtieu, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, L. G. D. J, Paris 1998, 21.

¹⁴ Kasacioni sud Francuske Republike naglasio je da to što jedna klauzula figurira u ugovoru po pristupu nije dovoljno da bi se ova okvalifikovala kao nepravična. Cass. Civ. 1er, 16 janvier 2001.

¹⁵ Yvonne Lambert-Faivre, Laurent Leveneur, *Droit des assurances*, 13 édition, Dalloz, Paris 2011, 107.

ugovora; 2) predmeta ugovora, koji treba da obezbedi sigurnost privatnog života; 3) ekonomske moći osiguravajućeg društva, koje zaključuje ugovore o osiguranju kao „proizvode široke potrošnje“ i 4) faktičkog stanja (prisustva nepravičnih klauzula u ugovorima o osiguranju).

Priroda ugovora o osiguranju, međutim, izaziva probleme prilikom primene nepravičnih klauzula. Iako je suština ovog ugovora obavezivanje osiguravača da isplati naknadu iz osiguranja kad nastupi osigurani slučaj, osiguranik – za razliku od njega – ima niz obaveza pored ključne obaveze plaćanja premije osiguranja (prijavljivanje promena rizično relevantnih okolnosti, preduzimanje mera prevencije, prijavljivanje nastanka osiguranog slučaja). Stoga nije jednostavno utvrditi da li se nekom klauzulom narušava ugovorna ravnoteža između prava i obaveza ugovornih strana u ugovoru o osiguranju. Osetivši te probleme, Kasacioni sud Francuske zauzeo je stav da *prilikom utvrđivanja nepravičnog karaktera klauzula ugovora o osiguranju sudija treba da uporedi prednosti i pogodnosti koje je osiguravač primio i nepogodnosti koje trpi osiguranik*.¹⁶

Drugi problem u vezi s primenom nepravičnih klauzula na ugovor o osiguranju jeste ograničeni domašaj te primene. Nepravične klauzule odnose se samo na potrošačke ugovore o osiguranju. Na ugovore o osiguranju koje zaključuju profesionalci ne mogu se primeniti norme o nepravičnim klauzulama. To smatramo najvećim ograničenjem regulative nepravičnih klauzula. Osiguranik profesionalac takođe ima potrebu za zaštitom od nepravičnih klauzula, kao i osiguranik potrošač. Treći problem koji se javlja u vezi s primenom nepravičnih klauzula jeste određivanje klauzula koje se mogu oglasiti nepravičnim. Da li su to sve klauzule ugovora o osiguranju ili neke uživaju povlašćeni status i ne mogu biti proglašene nepravičnim? Od odgovora na ova pitanja zavisice efikasnost zaštite koju potrošači usluga osiguranja uživaju na osnovu regulative nepravičnih odredaba.

2. Analiza Nacrta GZ

Pohvaljujemo nameru pisaca Nacrta građanskog zakonika (dalje: Nacrt GZ) da u njega uvrste izuzetno značajnu odredbu o nepravičnim klauzulama u ugovorima o osiguranju. Time se čini pokušaj usvajanja regulative instituta, koji je u malom broju država članica EU posebno uređen za materiju ugovora o osiguranju. Zapravo, pisci su se inspirisali Principima evropskog ugovornog prava osiguranja (dalje: Principi), u kojima je predstavljena ova ideja.¹⁷

Postavlja se pitanje koji je cilj regulisanja nepravičnih klauzula u Nacrtu GZ ako je odredba o tome već postojala u ZZP-u. Kakav će biti odnos pravila

¹⁶ Cass. Civ. 1er, 12 mars 2012.

¹⁷ Principles of European Insurance Contract Law.

sadržanih u ova dva propisa? Smatramo da usvajanje GZ tj. odredbe koja reguliše nepravične klauzule u ugovorima o osiguranju neće potpuno isključiti primenu ZZP-a. Za sva (ostala) pitanja zaštite potrošača usluga osiguranja taj zakon ostaje u primeni. Pojam nepravične klauzule definisan je posebnom normom samo za oblast zaštite potrošača usluga osiguranja. To je korak napred ka obezbeđenju bolje zaštite potrošača usluga osiguranja, koji će na njih verovatno delovati podsticajno i učiniti da češće pokreću postupke za poništaj nepravičnih klauzula.

Uvođenje posebne regulative nepravičnih klauzula ugovora o osiguranju podržavamo iz najmanje dva razloga. Prvi je *uvažavanje specifičnosti ugovora o osiguranju*, tj. ugovornih klauzula na koje će se primenjivati ovaj značajan institut. Nepravične klauzule u ZZP-u zamišljene su kao institut koji će se primenjivati na sve potrošačke ugovore, i tako je i uređen. U tom smislu, odstupanja od opšteg režima nepravičnih klauzula uređenog ZZP-om treba shvatiti kao izraz uvažavanja osobenosti ugovora o osiguranju, s jedne strane, i ličnosti potrošača usluga osiguranja, s druge strane. Drugi je *mogućnost primene instituta nepravičnih klauzula kod svih ugovora o osiguranju*. Taj institut može i mora da odigra određenu ulogu i u vezi sa uvažavanjem principa ekvivalencije uzajamnih prestacija kod komercijalnih ugovora o osiguranju. Nepravične klauzule iz ZZP-a mogu se koristiti, kao što sam naziv kaže, jedino u pogledu potrošačkih ugovora. Kod ostalih – nepotrošačkih ugovora – ZZP se ne primenjuje. Budući da Nacrt ne ograničava primenu instituta nepravičnih klauzula na potrošačke ugovore, nema razloga da se pomenuta odredba ne koristi i za zaštitu ugovarača komercijalnih osiguranja.

Ovakav predlog usklađen je s Principima. Naime, prema Principima, *korisnik zaštite je svaki ugovarač osiguranja, osiguranik i korisnik usluga osiguranja, bez obzira na to da li je potrošač ili profesionalac*. Time je zaštita od nepravičnih klauzula specifikovana i prilagođena osobenostima ugovora o osiguranja. Principi uvažavaju argument da svi osiguranici, bili potrošači ili profesionalci, imaju potrebu za zaštitnom funkcijom nepravičnih klauzula. Kako je istaknuto u teoriji, ugovor o osiguranju obeležava neravnoteža inherentna njegovoj prirodi. Stoga je svojstvo ugovornih strana sekundarni kriterijum za identifikaciju nepravičnih klauzula.¹⁸ Principi, dakle, usvajaju *objektivnu koncepciju identifikacije nepravičnih klauzula* jer upućuju na predmet klauzula, a ne na svojstvo strana.¹⁹ To je velika razlika u odnosu na Direktivu

¹⁸ C. Lisanti, „La police des clauses abusives dans les principes du droit européen du contrat d'assurance”, Les principes du droit européen du contrat d'assurance (séminaire), *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 3/2009, 1012.

¹⁹ Ismail Alkhalafan, *La protection contre les clauses abusives du contrat d'assurance*, Université Montpellier I, 2012, 301.

93/13 i nacionalna zakonodavstva država članica EU, koja usvajaju subjektivni kriterijum identifikacije nepravičnih klauzula.

Što se tiče samog naziva instituta, smatramo da je prvi predloženi naziv preširok i da asocira na institut zloupotrebe prava. Iako su nepravične klauzule nesporno izraz načela zabrane zloupotrebe prava u širem smislu, one danas imaju jasno određeno značenje i polje primene. Termin nepravične klauzule prvi je upotrebio Berlioz (Berlioz) u svojoj doktorskoj disertaciji, kao pravni izraz ideje zloupotrebe ekonomske moći, što se odrazilo i na sam naziv klauzula (eng.: *unfair clauses*; fran.: *les clauses abusives*; nem.: *Missbräuchliche Klauseln*). Što je još bitnije, postoji i terminološki konsenzus: one se nazivaju nepravične ili nepoštene klauzule. Ostali nazivi su manje frekventni.²⁰

Kako su pisci Nacrta GZ-a definisali nepravične klauzule? To je klauzula o kojoj se nije posebno pregovaralo i koja, protivno načelu savesnosti i poštenja, stvara značajnu nejednakost u pravima i obavezama po ugovoru na štetu ugovarača osiguranja, osiguranika ili korisnika osiguranja, uzimajući u obzir vrstu ugovora o osiguranju, uslove ugovora i okolnosti u trenutku kada je ugovor zaključen. Generalno posmatrano, pisci Nacrta pošli su od uporednopravnih dostignuća u oblasti regulative nepravičnih klauzula.²¹ Da bismo što bolje objasnili institut, analiziraćemo oba elementa pojedinačno.

2. 1. Odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo

Prema Direktivi 93/13 i Principima, prvi element nepravične klauzule jeste izostanak pojedinačnih pregovora: u celini ili o pojedinim ugovornim odredbama.²² Odredbom o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo (eng.: *term which has not been individually negotiated*) smatra se ona koja je doneta unapred, a potrošač nije mogao uticati na njen sadržaj. Time su obuhvaćene i odredbe koje nisu deo standardnih ugovora ili OU, ali su ugovorene za konkretni ugovor, a da potrošač nije imao

²⁰ Pored ovog termina, za označavanje klauzula kojima se narušava ugovorna ravnoteža na štetu jedne strane koriste se i drugi: „nekorektne klauzule“, „nepravredne klauzule“, „nepoštene klauzule“. Termin nekorektne klauzule koristi ugledna profesorka Jelena Vilus (Jelena Vilus, „Nekorektne klauzule u ugovorima sa potrošačima“, Strani pravni život, br. 1–3/1996, 131–145). Nama se u duhu srpskog jezika i prema suštini instituta najbolje prilagođenim čini termin „nepravične klauzule“. Ovo zato što Direktiva 93/13 sankcioniše samo značajno narušavanje ugovorne ravnoteže na štetu potrošača, čime se izigrava princip pravičnosti.

²¹ Ova definicija najviše liči na definiciju iz Principa (čl. 2: 304).

²² Direktiva, zapravo, polazi od ugovora koji se u praksi najčešće zaključuju na osnovu stalne i opšte ponude. Isto važi i za usmene sporazume strana ako nisu vođeni pregovori o njihovoj sadržini. Tako i: Nevenko Misita, „Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13 o nepravičnim ugovornim odredbama“, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Vol. 25, No. 1/2004, 24.

mogućnosti da o njima pregovara.²³ To što se o pojedinim odredbama potrošačkog ugovora pojedinačno pregovaralo ne utiče na mogućnost da se ostale ugovorne odredbe proglase nepravičnim, ako na osnovu celokupne ocene ugovora proizlazi da se radi o unapred formulisanom standardnom ugovoru.²⁴ Drugim rečima, postojanje izbora nekoliko uslova ili seta uslova nije isto što i pregovaranje.²⁵

Što se tiče okolnosti da nije došlo do „posebnog pregovaranja“, Nacrt precizira da se za neku klauzulu uvek smatra da o njoj nije posebno pregovarano onda kada ju je unapred sačinio osiguravač, pa ugovarač osiguranja zbog toga nije mogao da utiče na njenu sadržinu, naročito u kontekstu primene opštih uslova formularnog ugovora (standardnih uslova osiguranja). Dakle, u pogledu svih klauzula uslova osiguranja važi *pretpostavka nepregovaranja*. Time se olakšava dokazivanje jednog elementa pojma nepravične klauzule, što je vrlo korisno za povećanje stepena zaštite potrošača usluga osiguranja. Postoji još jedno pravilo u vezi s odgovorom na pitanje da li je bilo pregovaranja. Naime, činjenica da je o izvesnim aspektima klauzule ili jednog određenog uslova ugovora posebno pregovarano ne isključuje primenu pravila iz ovog člana na preostali deo ugovora.²⁶ To što je određena klauzula ili njen deo rezultat pregovora ne znači da u pogledu ostalih klauzula ne može biti pružen dokaz da one nisu rezultat pregovaranja.

Postavlja se pitanje na kome je teret dokazivanja da se o određenoj ugovornoj odredbi pojedinačno pregovaralo. Ako trgovac tvrdi kako se o ugovornoj odredbi u unapred sastavljenom standardnom ugovoru pojedinačno pregovaralo, dužan je to da dokaže. Drugim rečima, važi pretpostavka da se o ugovornoj odredbi koja je doneta unapred nije pregovaralo i da potrošač nije učestvovao u njenom redigovanju. Međutim, praksa je pokazala da polazna premisa Direktive o tome da pojedinačno pregovaranje garantuje pravičnost nije dovoljno precizna. Ovo zato što su trgovci vrlo brzo smislili kako da izigraju

²³ Katarina Ivančević, Pravna zaštita potrošača korisnika usluge osiguranja i bankarske usluge, Doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta „Union“, Beograd 2010, 254; Nevenko Misita, 30.

²⁴ Akcenat je, pritom, na izostanku pregovaranja o pojedinačnoj ugovornoj odredbi, a ne o celom ugovoru. Za primenu odredaba Direktive, dakle, nije neophodno da se nije pregovaralo o svim ugovornim odredbama. Dovoljno je izostajanje pregovora o pojedinačnim odredbama. U.: Mario Tenreiro, Elena Ferioli, „Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13/CEE“, The „Unfair Terms“ Directive, Five Years On, Evaluation and Future Perspectives, Brussels Conference, 1999, 14.

²⁵ Poenta je u tome da profesionalci uglavnom nisu raspoloženi da potrošačima omoguće diskusiju o unapred pripremljenim odredbama. Ako i pristanu na neke „pregovore“, oni se svode na pogađanje o elementima pojedinih ugovornih odredaba. To što je jedna ili nekoliko klauzula rezultat pregovaranja ne znači da se može govoriti o jednakosti pregovaračkih pozicija. Detaljnije: A. Malcom Clarke, The Law of Insurance Contracts, Informa Law, 2006, 592; Ana Keglević, „Pre-contractual Information Duty and Unfair Contract Terms – Open questions and dilemmas“, Insurer’s Precontractual Information Duty, Turkish Chapter of AIDA, Istanbul 2013, 83.

²⁶ Ova pravila su preuzeta iz Principa (čl. 2: 304).

pomenutu odredbu. Oni su, naime, razvili praksu zaključenja potrošačkih ugovora posredstvom standardnih ugovora, uz klauzulu kojom potrošač potvrđuje da je „pregovarao i izričito prihvatio“ OUO i pojedine ugovorne odredbe.²⁷

Za razliku od Direktive 93/13, naš zakon o zaštiti potrošača odstupa od ovog uslova i omogućava da se svaka ugovorna odredba, a ne samo ona o kojoj se nije pregovaralo, posmatra kroz prizmu nepravičnih klauzula.²⁸ Ova definicija ima i dobre i loše strane. Dobra strana je što njena primena nije ograničena samo na odredbe standardnih ugovora već se primenjuje i na odredbe o kojima se pregovaralo. Iako je to odstupanje od odredaba Direktive, smatramo ga korisnim. Ono će sprečiti nastanak sporova vezanih za razgraničenje između standardnih odredaba i posebnih pogodbi s kojima se suočavaju države članice. Za pravni sistem koji tek usvaja koncept zaštite potrošača, a pre svega za sudove koji taj koncept primenjuju, to će biti velika pogodnost.

Kako je ispravno istakao Kasacioni sud Francuske, to što je klauzula sadržana u ugovoru po pristupu ne znači *ipso facto* da je nepravična.²⁹ Izostanak pregovora kao faze pre zaključenja ugovora nije nužno znak eksploatacije položaja lica koje pristupa ugovoru.³⁰ Isto tako, nije opravdano apriorno eliminisanje klauzula individualno pregovaranih ugovora iz polja primene nepravičnih klauzula. I kod ugovora o kojima se pregovaralo može doći do unošenja nepravičnih klauzula, na osnovu dominantne pozicije jedne strane ili zbog neznanja njenog saugovarača.

Dakle, postoji neslaganje između definicije nepravičnih klauzula iz ZZP-a i definicije nepravičnih klauzula kod ugovora o osiguranju iz Nacrta. Ako se usvoji predlog iz Nacrta, postojaće jedan (opšti) režim nepravičnih klauzula, koji se primenjuje na sve potrošačke ugovore (i kojim se legitimno odstupa od evropskog *acquisa*!), i drugi (specijalni) režim, predviđen samo za ugovor o osiguranju. Iako se na prvi pogled razlike između važećeg ZZP-a i onoga što predstavlja predlog za naše pravo *de lege ferenda* čine neopravdanim i štetnim po pravnu sigurnost, zapravo nije tako. Rešenje koje predlaže Nacrt je opšteprihvaćeno u državama članicama EU, kao i u instrumentima daljeg usaglašavanja ugovornog prava osiguranja. **Već smo naglasili da ZZP odstupa od odredaba Direktive 93/13, što smo**

²⁷ Na ovaj način se izigrava primena odredaba Direktive na štetu potrošača. U.: Nevenko Misita, 25.

²⁸ Prema Zakonu o zaštiti potrošača (Službeni glasnik RS, br. 62/2014 i 6/2016; dalje: ZZP), nepravična klauzula je svaka ugovorna odredba potrošačkog ugovora, uključujući i posebne pogodbe o čijoj je sadržini potrošač pregovarao ili mogao da pregovara s trgovcem, i opšte odredbe čiju je sadržinu unapred odredio trgovac ili treće lice, koja protivno načelu savestnosti i poštenja ima za posledicu značajnu nesrazmeru u pravima i obavezama ugovornih strana na štetu potrošača (ZZP, čl. 43 st. 2).

²⁹ „Le seul fait qu’un contractant relève de la catégorie des contrats d’adhésion ne suffit pas à démontrer que telle clause particulière a été imposée par un abus de puissance économique“, Cass. Civ. 1re, 12. mars 2002.

³⁰ Ismail Alkhalafan, 77.

u ovom trenutku ocenili kao smisleno odstupanje. Ali imajući u vidu da se ugovori o osiguranju u najvećem broju slučajeva zaključuju upravo prema standardizovanim uslovima i ugovorima, zadržavanje uslova izostanka pregovaranja čini da iz polja primene nepravičnih klauzula *rationae materiae* budu isključeni samo ugovori kojima se pokrivaju tzv. veliki rizici, a ne sva komercijalna osiguranja.

2. 2. Značajna neravnoteža između prava i obaveza na štetu potrošača

Ključni element nepravičnih klauzula jeste stvaranje značajne neravnoteže između ugovornih prava i obaveza. Pojam neravnoteže ispituje se uzimajući u obzir *odnos prava i obaveza ugovornih strana*.³¹ „Prava i obaveze potrošača pored se s pravima i obavezama trgovca. Treba pristupiti globalnoj proceni ugovorne situacije svake od ugovornih strana i porediti samo ono što je uporedivo.“³² Treba paralelno posmatrati dva ista tipa prava ili obaveza (npr: klauzule o raskidu ugovora od strane potrošača i od strane trgovca) ili različita prava i obaveze u pogledu kojih postoji intelektualna korelativna veza (npr.: klauzula o ograničenju odgovornosti i klauzula o ceni).³³ Ali ne uzima se u obzir svaki vid neravnoteže, već se zahteva da ona bude značajna. *Neravnoteža je značajna kada postoji očigledna nesrazmera između prava i obaveza strana*.³⁴ *A contrario*, jednostavno odsustvo ravnoteže tj. odsustvo ekonomske ekvivalentnosti prava i obaveza ugovornih strana ne znači značajnu neravnotežu.

Ni Direktiva ni Principi ne definišu narušavanje ugovorne ravnoteže prava i obaveza, kao ni to šta se smatra ugrožavanjem interesa potrošača. Oba izvora samo zahtevaju da narušavanje ugovorne ravnoteže bude značajno. Sudskoj praksi država članica prepušteno je da se pozabavi utvrđivanjem sadržaja ovih pojmova u konkretnim slučajevima.³⁵ To samo po sebi dovoljno govori o dometima harmonizacije ugovornog prava država članica njenom primenom. Tumačenje

³¹ Za razliku od francuske i engleske verzije Direktive koje sadrže termin „značajna neravnoteža“, nemački prevod sadrži termin „značajna i neopravdana neravnoteža“.

³² Claire-Marie Peglion Zika, *La Notion de Clause Abusive*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Zika, École doctoral de droit privé, 2013, 302.

³³ Claire-Marie Peglion Zika, 302–303.

³⁴ Ana Keglević, „Zaštita osiguranika pojedinca kod ugovora o osiguranju“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2013, 222.

³⁵ U pitanju je pravni standard koji se sastoji od dva elementa čiju sadržinu treba utvrditi tumačenjem. Činjenica da borba protiv nepravičnih klauzula počiva na pravnom standardu predstavlja adut za potrošače jer im povećava šanse da određeni oblik neravnoteže podvedu pod test pravičnosti. Semantički, neravnotežu treba shvatiti kao „izostanak proporcije“, „nejednakost“, „disparitet“. Da bi nejednakost bila sankcionisana nepravičnošću, potrebno je da ona bude značajna. Kvalifikativ značajna, najpre, ukazuje na to da se ne radi o bilo kom obliku nejednakosti ugovornih prestacija. U osnovi značajne neravnoteže ugovorenih prava i obaveza jeste značaj, težina i ozbiljnost disproporcionalnosti prava i obaveza strana. V.: Claire-Marie Peglion Zika, 245–256.

generalne klauzule od strane sudova različitih država članica nosi opasnost od suviše različitih interpretacija.³⁶

Mora se primetiti da izraz „nejednakost“ nije isto što i „neravnoteža“. Kako se u teoriji ističe, princip jednakosti ugovornih prava i obaveza (čl. 15 ZOO) jeste predak značajne neravnoteže. Jednakost ugovornih prava i obaveza postoji kada je prilikom zaključenja ugovora poštovan princip saveznosti, ali i ako su ugovorne odredbe izraz istog načela.³⁷ Obična disproporcija između prava i obaveza na štetu potrošača ne znači nepravičnost! *Smisao načela ekvivalencije uzajamnih davanja nije u prostoj (linijskoj) jednakosti uzajamnih davanja, već u uvažavanju prirode konkretnog ugovora.* Ovo utoliko pre što je ugovor o osiguranju tipičan aleatorni ugovor. Dakle, neophodno je terminološko doterivanje u cilju izbegavanja sporova i razjašnjenja situacija na koje se navedena odredba potencijalno odnosi. Ako bi se zadržao termin nejednakost, to bi otvorilo vrata potencijalnoj zloupotrebi instituta od strane potrošača usluga osiguranja.

2. 3. Kriterijumi procene nepravičnih klauzula

Pohvaljujemo što se prilikom definisanja pojma nepravičnih klauzula upućuje na vrstu ugovora o osiguranju i uslove ugovora. Ovim se odstupa od kriterijuma propisanih za potrošačke ugovore iz ZZP (koji poznaje subjektivne i objektivne kriterijume). Na osnovu procene tih okolnosti, sud utvrđuje postoji li nesrazmera između ugovornih prava i obaveza ili neki drugi vid manifestacije nepravičnosti. Za zaštitu potrošača usluga osiguranja značajno je da nepravične klauzule mogu biti sadržane ne samo u samom ugovoru (polisi) već i u uslovima osiguranja. Zapravo, najveći broj njih proizlazi iz tumačenja uslova osiguranja. Isto ne možemo reći u pogledu upućivanja na okolnosti u trenutku kada je ugovor zaključen. Ovo zato što se princip postojanja ugovorne (ne)ravnoteže ocenjuje ne samo na osnovu okolnosti koje postoje u trenutku zaključenja ugovora, već se u obzir uzimaju i okolnosti koje nastaju u trenutku izvršenja ugovornih obaveza.

Kako se u teoriji ističe, ugovornu ravnotežu mnogo je lakše ostvariti prilikom zaključenja ugovora nego je naknadno uspostavljati u času njegovog

³⁶ Klauzula koju sudovi jedne države proglase pravičnom može biti proglašena nepravičnom u nekoj drugoj državi članici. Time se ne rešava problem različitog stepena zaštite potrošača u pojedinim zemljama, koji je bio povod donošenja brojnih „potrošačkih“ direktiva.

³⁷ V.: Andrea Fejös, „Fairness of Contract Terms in European and Serbian Law“, *Strengthening Consumer Protection in Serbia*, Liber Amicorum Svetislav Tabaroši, Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić (ur.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 192.

izvršenja.³⁸ Budući da se pravičnost ocenjuje uzimanjem u obzir vrsta robe ili usluga i svih drugih relevantnih kriterijuma u vreme zaključenja ugovora, Direktiva 93/13 nema u vidu okolnosti koje mogu nastupiti nakon njegovog zaključenja. Ovo rešenje nije u skladu s interesima potrošača. Zaštita od nepravičnih klauzula, po ugledu na neke strane pravne sisteme, treba da se ostvaruje u obe ugovorne faze.³⁹ Zaštita u fazi zaključenja ugovora ostvaruje se eliminisanjem nepravičnih klauzula iz ugovora na osnovu aktivnosti udruženja potrošača ili sudske odluke. Što se tiče izvršenja ugovora, sudovima se daje ovlašćenje da klauzule oglašavaju ništavim ne samo u postupku pokrenutom od strane potrošača, već i da to čine po službenoj dužnosti.⁴⁰

Procena nepravičnog karaktera klauzula mora se vršiti u svetlu povrede principa savesnosti i poštenja.⁴¹ Sudska praksa i pravna teorija razvile su *kriterijum razumnosti klauzule* kao ključan za procenu njene usaglašenosti s načelom savesnosti i poštenja. Potrošača treba zaštititi od iznenadnih situacija. Naročito je bitan odnos pregovaračkih pozicija, tj. da li su ugovorne strane ravnopravne. Sudovi posvećuju dosta pažnje razumevanju transakcije od strane potrošača, kao i tome da li je imao izbora oko ugovornog obavezivanja.⁴² Za to je ključno da li je potrošač mogao dobiti alternativnu informaciju s obzirom na raspoloživo vreme i troškove.⁴³ Doktrina uvodi i dodatne kriterijume koji mogu poslužiti u ispitivanju razumnosti klauzule: da li se može zaključiti drugi ugovor bez sporne klauzule i uz potrošačevo razumevanje klauzule? Ako je potrošač mogao da bira i zaključi drugi ugovor bez te klauzule, ili je znao ili razumno mogao znati za postojanje odredbe, klauzula neće biti proglašena nepravičnom.

2. 4. Pravne posledice

Što se tiče pravnih posledica utvrđivanja da se radi o nepravičnoj klauzuli, Nacrt kaže da ona ne obavezuje ugovarača osiguranja, osiguranika ili korisnika osiguranja. U pitanju je formulacija preuzeta iz Principa.⁴⁴ Time se ne precizira priroda sankcije. To može biti i ništavost i nesuprotstavljivost. Ugovor o osiguranju i dalje obavezuje ugovorne strane ako je održiv i bez postojanja

³⁸ Ismail Alkhalifan, 23.

³⁹ Benoît Moore, „Les clauses abusives: Dix ans après“, *Revue du Barreau*, Tome 63, 2003, 71–72.

⁴⁰ Ismail Alkhalifan, 24.

⁴¹ Preambula Direktive 93/13 navodi da se prilikom procenjivanja povrede načela savesnosti i poštenja uzima u obzir odnos pregovaračkih položaja strana, da li je potrošač prethodno bio podstaknut na zaključenje ugovora, kao i da li je prethodno tražio određena dobra ili usluge.

⁴² Ana Pošćić, „Nepravična klauzula u potrošačkim ugovorima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, 2/2006, 181.

⁴³ Ana Pošćić, 183.

⁴⁴ Principi kažu da nepravična klauzula „ne vezuje ugovarača osiguranja, osiguranika ili korisnika“.

nepravilne klauzule; a ako to nije tako, nepravilna klauzula se mora zameniti onom čiju bi primenu strane ugovorile da su znale da je klauzula nepravilna/nepoštena.⁴⁵ Reč je o potpuno novoj i originalnoj sankciji, nepoznatoj Direktivi 93/13 i nacionalnim pravima. Zamena nepravilne klauzule drugom klauzulom jedna je od mogućnosti za sud. Upućivanje na „klauzulu koju bi strane razumno usvojile“ mogući je pravac sudskog razmišljanja u ponovnom sastavljanju klauzule.⁴⁶

Dakle, postoje dva moguća scenarija. Prvi je da ugovor o osiguranju može da proizvodi pravna dejstva bez nepravilne klauzule. U tom slučaju on ostaje na snazi, bez ikakvih dodatnih modifikacija. Ako pak ugovor nije održiv bez klauzule koja je nepravilna, ona se mora zameniti odgovarajućom klauzulom čiju bi primenu strane ugovorile da su znale da je klauzula nepoštena. Dakle, kao druga opcija predlaže se izmena ugovora unošenjem u njega druge klauzule na osnovu principa zaštite razumnih očekivanja. U ovom trenutku može se polemisati o spremnosti našeg prava osiguranja i pravosudnog sistema da primeni u osnovi anglosaksonski princip.⁴⁷ Princip zaštite razumnih očekivanja odnosi se prvenstveno na osiguranika to jest korisnika usluga osiguranja, kome se pruža zaštita unošenjem u ugovor klauzule čiju bi primenu ugovorio da je znao da je predmetna klauzula nepravilna. Stoga formulaciju iz Nacrta o tome da se nepravilna klauzula zamenjuje klauzulom čiju bi primenu strane ugovorile da su znale da je prethodna klauzula nepravilna treba shvatiti upravo u ovom smislu.

Potrošača ne obavezuje nepravilna odredba, koja je proglašena ništavom po ZZP. Ali ništavost pogađa samo ugovornu odredbu koja je nepravilna (ili koja nije u skladu sa zahtevom javnosti iz čl. 44 ZZP), a ne i ceo ugovor. Ako potrošački ugovor može da opstane i bez nepravilne odredbe, on proizvodi pravno dejstvo.⁴⁸ Ako ugovor ne može da opstane bez osporene odredbe, i on deli sudbinu nepravilne odredbe i postaje ništav. Potrošač ne može imati nikakvu obavezu iz ništavog ugovora. Ali ako su ugovornici izvršili obaveze iz ništavog ugovora,

⁴⁵ Principi kažu: „Ugovor nastavlja da vezuje strane u meri u kojoj može opstati bez nepravilne klauzule. U suprotnom slučaju, nepravilna klauzula može biti zamenjena klauzulom koju su strane razumno mogle usvojiti da su znale da je klauzula nepravilna“ (Principi, čl. 2: 304).

⁴⁶ Alkhalfan, 2012, 307.

⁴⁷ Polazna tačka teorije razumnih očekivanja jeste uvažavanje razumnih očekivanja ugovarača, jer on obično zaključuje pokriće oslanjajući se na društva za osiguranje ili agente, budući da ne poseduje znanja potrebna za analizu polise osiguranja. Prilikom utvrđivanja razumnih očekivanja osiguranika posebno se treba pozabaviti pitanjem da li je osiguravač detaljno i razumljivo informisao osiguranika o uslovima osiguranja ili isključenjima, kao i da li se u konkretnom slučaju radi o opštepoznatom pitanju. Ova teorija ima najviše šanse da se primeni kada osiguravač pogrešno predstavi sadržaj osiguranja ili kada osiguranika ostavi u zabludi. Detaljnije: Nataša Petrović Tomić, 300–301.

⁴⁸ To ne isključuje obavezu strane koja je kriva za zaključenje ništavog ugovora da drugoj strani naknadi štetu proisteklu iz zaključenja ništavog ugovora, ako druga strana nije znala, niti je prema okolnostima morala znati za uzrok ništavosti (ZOO; čl. 108).

primenjuju se pravila ZOO-a.⁴⁹

Iako su pravne posledice nepravičnih klauzula u ugovorima o osiguranju uređene na prilično nov i zahtevniji način, što će, svakako, biti izazov za sudove, u osnovi svega je ideja da se ugovor o osiguranju održi na snazi. Budući da je ugovor o osiguranju jedan od bazičnih ugovora u portfelju ugovora koje zaključuje pojedinac u dvadeset i prvom veku, ova ideja ima puno opravdanje. Sud ne sme da se zaustavi na saznanju da ugovor o osiguranju nije održiv, već mora da ga održi na snazi iznalaženjem klauzule koja odgovara razumnim očekivanjima ugovornih strana.

2. 5. Izuzeci od primene

Nacrt propisuje da se pomenuti član primenjuje na klauzule koje ograničavaju ili menjaju pokriće, ali da se ne primenjuje na adekvatnost sume osiguranja i premije, niti na klauzule koje sadrže bitan opis odobrenog (prihvaćenog) pokrića ili ugovorne premije, pod uslovom da je klauzula sročena jednostavnim i razumljivim jezikom.⁵⁰ I Direktiva 93/13 poznaje izuzetke od primene instituta nepravičnih klauzula kada se radi o ugovoru o osiguranju.⁵¹ Nacrt umesto termina predmet ugovora (koji je prilično teorijski⁵² i ostavlja mesta tumačenju) govori o neprimeni nepravičnih klauzula na klauzule koje se odnose na „bitan opis odobrenog pokrića“. Izuzeci od primene instituta nepravičnih klauzula dolaze u obzir samo ako je predmetna klauzula sročena jednostavnim i razumljivim jezikom.

Kao što smo do sada više puta isticali, „ovakvo opredeljenje znatno limitira domašaj testa pravičnosti. Klauzule o predmetu i ceni ugovora se ne mogu kvalifikovati kao nepravične, jer bi to uticalo na strukturu ugovora. Reč je o odredbama koje čine srž ugovora, 'pravni i ekonomski *ratio* obvezivanja'.⁵³ Kako se radi o odredbama koje čine srž ugovora, jasno je da su one za potrošača od najvećeg značaja. Paradoksalno je to da se najbitnije klauzule izuzimaju od kontrole, dok se kontroli podvrgavaju manje važne klauzule. Praktično, primena testa pravičnosti ostaje rezervisana za tzv. satelitske klauzule: poput onih koje se odnose na trajanje ili raskid ugovora; prijavljivanje osiguranog slučaja; gubitak

⁴⁹ ZOO, čl. 104.

⁵⁰ Slično: Principi, čl. 2. 304.

⁵¹ „Klauzule koje definišu ili koje jasno ograničavaju osigurani rizik i obavezu osiguravača ne mogu biti predmet procene nepravičnog karaktera, budući da su ova ograničenja uzeta u obzir prilikom obračuna premije koju plaća potrošač.“

⁵² Detaljnije: Nataša Petrović Tomić, 320–323.

⁵³ Silvija Petrić, 220; Marc Bruschi, „La protection des consommateurs contre les clauses abusives dans la contrat d'assurance“, La protection du consommateur d'assurance: entre permanence et nouveautés (Dossier), *RGDA*, No. 62014, 366.

prava, dokazivanje i nadležnost za rešavanje sporova iz osiguranja. Ovakvo rešenje poseduje konceptijski *contradictio in adiecto*. Ako se već želi obezbediti očuvanje ugovorne ravnoteže prava i obaveza, to se kontrola pravičnosti utoliko pre odnosi na bitne elemente ugovora. Odstupanje je, donekle, ublaženo time što Direktiva 93/13 propisuje da se odredbe o predmetu i ceni uzimaju u obzir prilikom procene nepoštenosti ostalih ugovornih odredaba. Značaj odstupanja je utoliko veći što ima slučajeva gde se narušavanje ugovorne ravnoteže može dokazati tek na osnovu kombinacije klauzula koje određuju glavni predmet ugovora ili cenu i ostalih klauzula.⁵⁴

Dakle, dve kategorije klauzula ne mogu biti proglašene nepravičnim kod ugovora o osiguranju: 1) klauzule o pokriću. Direktiva opravdava isključenje klauzule kojom se predmet definiše činjenicom da se kod ugovora o osiguranju premija obračunava uzimanjem u obzir predmeta pokrića i okolnosti značajnih za rizik. Osim toga, to isključenje je opravdano, jer se zakonima koji regulišu ugovorna pitanja osiguranja postavlja zahtev transparentnosti OUO, jasnosti i preciznosti, unapred se određuje sadržina ugovora, postoje standardne definicije uslova i klauzula ugovora.⁵⁵ 2) klauzule koje se odnose na adekvatnost cene roba ili usluga. Svrha ovog isključenja je sprečavanje potrošača da zloupotrebljavaju institut nepravičnih klauzula u svrhe osporavanja cene roba ili usluga. Iz tumačenja odredbe koja se odnosi na cenu proizlazi da predmet kontrole ne može biti adekvatnost (primerenost) cene kao naknade za ono što se ugovorom dobija.⁵⁶ Ostali elementi ugovorene cene – poput načina izračunavanja, načina plaćanja, mogućnosti i uslova izmene cene – podležu testu pravičnosti.⁵⁷

Kada je reč o ugovoru o osiguranju, pod opseg ovog isključenja mogu se podvesti klauzule koje uvode gornju granicu obaveze osiguravača po jednom osiguranom slučaju ili franšizu. Tim klauzulama ograničava se osiguravajuće pokriće u pogledu širine. Njima se ne definiše predmet ugovora, već se bliže određuje širina pokrića.⁵⁸ Direktiva 93/13 pretpostavlja da su ta ograničenja uzeta u obzir prilikom obračunavanja premije osiguranja.⁵⁹ *A contrario*, ako

⁵⁴ Nataša Petrović Tomić, 321–322.

⁵⁵ Postoji, dakle, prethodna zakonska intervencija u ugovorni odnos osiguranja, koja omogućava da se pomenuta izuzeća od nepravičnih klauzula primene. U.: Katarina Ivančević, 253.

⁵⁶ Nevenko Misita, „Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13“, 28.

⁵⁷ Resital 19. Direktive 93/13 kao primer navodi upravo ugovor o osiguranju. Njegove odredbe o osiguranim rizicima i odgovornosti osiguravača nisu podložne kontroli samo ako visina dugovanih premija odgovara opsegu odgovornosti osiguravača. Time se daje primer kako i odredbe o visini cene ulaze u polje primene Direktive, povezane sa ostalim ugovornim odredbama.

⁵⁸ Ismail Alkhalfan, 87.

⁵⁹ Ovim isključenjem štiti se i tehnička organizacija osiguranja, koja je osnov zdravog funkcionisanja delatnosti osiguranja.

ova ograničenja imaju za posledicu ograničenje pokrivanja do te mere da se čini nesrazmernim iznosu dugovane premije, one se mogu osporavati pozivom na nepravični karakter.⁶⁰ Treba primetiti da nisu sve odredbe koje se odnose na iznos premije osiguranja van polja primene nepravičnih klauzula. Potrošačko pravo ne gubi na aktuelnosti što se tiče klauzula koje se odnose na način utvrđivanja ili izmene premije, kao i modaliteta plaćanja.⁶¹ Naravno, pod uslovom da se pozivom na nepravični karakter ne dira u procenu adekvatnosti odnosa premije i pruženog pokrivanja.⁶²

Za razliku od Direktive i Nacrta, srpski zakonodavac u ZZP-u nije predvideo da se kontrola pravičnosti ugovornih odredaba ne odnosi na predmet ugovora, niti na to da li je za robu ili uslugu ugovorena srazmerna cena, odnosno naknada. Naši sudovi, dakle, paze *ex officio* na pravičnost i ništavost i ugovornih odredaba potrošačkih ugovora koje se odnose na predmet ugovora i adekvatnost ugovorene naknade. Smatramo da bi ovo trebalo da važi i u pogledu ugovora o osiguranju. Osim toga, ESP je zauzeo stav da nacionalna zakonodavstva mogu da ovlaste sudsku kontrolu nepravičnog karaktera ugovornih klauzula koje se odnose na definiciju predmeta ugovora i cenu, čak i ako su ove klauzule redigovane na jasan i razumljiv način.⁶³

3. Zaključak

Generalno govoreći, čl. 1399 Nacrta predstavlja pokušaj kreiranja regulative nepravičnih klauzula prilagođene ugovoru o osiguranju. Smatramo da je sama ideja u osnovi dobra i prilično moderna. Naime, usvajanjem GZ-a, ako se ne odstupa od predloženog člana, Srbija će biti svrstana u red retkih država čiji regulatorni okvir osiguranja sadrži posebne odredbe posvećene pitanju nepravičnih klauzula ugovora o osiguranju. Iako je predmetni član u velikoj meri rezultat *copy-paste* pristupa, smatramo da će naše ugovorno pravo osiguranja, kome je tradicionalno posvećeno dosta pažnje u okviru opšteg izvora obligacionopravnih odnosa, biti zaokruženo unošenjem u GZ odredbe o nepravičnim klauzulama.

Na osnovu poznavanja uporednog prava i prakse u pogledu nepravičnih klauzula, smatramo da pomenuta odredba treba da bude korigovana na sledeći

⁶⁰ Ismail Alkhalfan, 87.

⁶¹ Da pojasnimo: klauzule koje opisuju osigurani rizik ili okolnosti pod kojima osiguravač ima obavezu na isplatu naknade osiguraniku ne analiziraju se u kontekstu ugovorne korektnosti. Ali glavni predmet ugovora i odnos cena/kvalitet mogu se uzimati u obzir prilikom procene korektnosti drugih ugovornih klauzula. V.: Angelo Borselli, „Cognosceat emptor: o obavezama osiguravača na davanje informacija potencijalnom osiguraniku u Evropi“, *Revija za pravo osiguranja*, 2/2012, 30.

⁶² Ismail Alkhalfan, 88.

⁶³ V.: Jérôme Bonnard, 31.

način. Prvo, terminološka korekcija. Treba da se izbriše prvi naziv (klauzule o zloupotrebi) i da se ostane pri drugom nazivu (nepoštene klauzule). Mada, ako se želi obezbediti terminološki konsenzus oko instituta koji je već duže vreme uređen *lex specialis* propisom za oblast zaštite potrošača, pisci Nacrta bi morali da se opredele za uveliko korišćen termin nepravilne klauzule. Drugo, potrebna je još jedna terminološka izmena, koja će imati i suštinski efekat. Umesto značajne nejednakosti treba uvesti značajnu neravnotežu. Značajna neravnoteža na štetu slabije strane potrošačkog ugovora konstitutivni je element svih definicija nepravilnih klauzula. Ni u jednom pravu, niti u jednoj direktivi ne koristi se pojam nejednakosti koji je upotrebljen u Nacrtu. Ovo zato što ideja zaštite od nepravilnih klauzula počiva na ideji sprečavanja eksploatacije ugovorne neravnoteže u korist jače ugovorne strane, a ne na ideji očuvanja (nekakve) hipotetičke jednakosti u pravima i obavezama. Treće, treći stav pomenutog člana trebalo bi brisati. Iako su odstupanja od primene testa pravičnosti u evropskom *acquisu* opšteprihvaćena, čak i u Principima, smatramo da nema suštinskih razloga za odstupanje od rešenja iz ZZP-a. Naš zakon, naime, ne propisuje ovo odstupanje, koje je predmet ozbiljnih kritika od strane evropskih teoretičara. Osnovna primedba je da se uvođenjem izuzetaka od primene nepravilnih klauzula čini ustupak osiguravačima, čime se *de facto* primena ovog značajnog instituta svodi samo na nebitne klauzule ugovora o osiguranju. Četvrto, po ugledu na uporedno pravo u Nacrt je mogla ući i lista nepravilnih klauzula koje su najčešće kod ugovora o osiguranju. Ovo zato što su samo neke klauzule sa crne i sive liste ZZP-a primenljive na ugovor o osiguranju. Imajući u vidu neukost sudova u pogledu prava osiguranja uopšte, to bi bilo u interesu efikasnije zaštite korisnika usluga osiguranja.

Literatura

- Alkhalfan, Ismail, *La protection contre les clauses abusives du contrat d'assurance*, Université Montpellier I, 2012
- Bonnard, Jérôme, *Droit des assurance*, 4 Édition, LexisNexis, Paris 2012
- Bruschi, Marc, „La protection des consommateurs contre les clauses abusives dans la contrat d'assurance“, *La protection du consommateur d'assurance: entre permanence et nouveautés (Dossier)*, *RGDA*, No. 6/2014
- Calais-Auloy, Jean, Temple, Henri, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris 2010
- Clarke, A. Malcom, *The Law of Insurance Contracts*, Informa Law, 2006
- Favre-Rochex, André, Courtieu, Guy, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, L. G. D. J., Paris 1998

- Fejös, Andrea, „Fairness of Contract Terms in European and Serbian Law“, *Strengthening Consumer Protection in Serbia*, Liber Amicorum Svetislav Tabaroši, Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić (ur.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013
- Keglević, Ana, „Pre-contractual Information Duty and Unfair Contract Terms – Open questions and dilemmas“, *Insurer's Precontractual Information Duty*, Turkish Chapter of AIDA, Istanbul 2013
- Kullmann, Jérôme, „Clauses abusives et contrat d'assurance“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, 1996
- Lambert-Faivre, Yvonne, Leveneur, Laurent, *Droit des assurances*, 13 édition, Dalloz, Paris 2011
- Lisanti, C., „La polise des clauses abusives dans les principes du droit européen du contrat d'assurance“, Les principes du droit européen du contrat d'assurance (séminaire), *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 3/2009
- Peglion Zika, Claire-Marie, *La Notion de Clause Abusive*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Zika, École doctoral de droit privé, 2013.
- Tenreiro, Mario, Ferioli, Elena, „Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13/CEE“, The „Unfair Terms“ Directive, Five Years On, Evaluation and Future Perspectives, Brussels Conference, 1999
- Borselli, Angelo, „Cognosceat emptor: o obavezi osiguravača na davanje informacija potencijalnom osiguraniku u Evropi“, *Revija za pravo osiguranja*, 2/2012
- Vilus, Jelena, „Nekorektne klauzule u ugovorima sa potrošačima“, *Strani pravni život*, br. 1–3/1996
- Đurđević, Marko, „Primena pravila o nepravičnim odredbama opštih uslova formularnih ugovora posle donošenja Zakona o zaštiti potrošača“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2012)*, Beograd 2012
- Keglević, Ana, „Zaštita osiguranika pojedinca kod ugovora o osiguranju“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2013
- Ivančević, Katarina, *Pravna zaštita potrošača korisnika usluge osiguranja i bankarske usluge*, Doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2010
- Misita, Nevenko, „Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13 o nepravičnim ugovornim odredbama“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, Vol. 25, No. 1/2004
- Petrić, Silvija, „O problemu nepravednih odredaba potrošačkih ugovora u pravu Evropske Zajednice i pravu Bosne i Hercegovine“, *Zbornik radova*

Pravnog fakulteta u Mostaru, br. XV/2002

- Petrović Tomić, Nataša, *Zaštita potrošača usluga osiguranja, Analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2015
- Pošćić, Ana, „Nepravična klauzula u potrošačkim ugovorima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, 2/2006