

Др Наташа Петровић Томић*

РЕШАВАЊЕ ПОТРОШАЧКИХ СПОРОВА ПРЕД АРБИТРАЖОМ

Ефикасно решавање потрошачких спорова доприноси јачању заштите потрошача. Како пораст броја потрошачких уговора нужно утиче на повећање потрошачких спорова, то постоји интерес да се развијају алтернативни методи њиховог решавања. Чланак је посвећен питању арбитрабилности потрошачких спорова. Већ на почетку указује се на разлику у приступу арбитражи између европског и америчког права. Пошавши од премисе да је класична (трговачка) арбитража а priori неприлагођена потрошачким споровима, ауторка се залаже за увођење специфичне потрошачке арбитраже. Највећи део рада бави се обележјима предложене потрошачке арбитраже у функцији спречавања да се арбитражна клаузула огласи неправичном због нарушавања уговорне равнотеже на штету потрошача. Наглашен је значај слободног и информисаног пристанка потрошача на арбитражну клаузулу. У закључку се износи став Европског суда правде потврђен у неколико случајева да национални судови имају дужност да ех officio пазе на неправични карактер арбитражне клаузуле садржане у потрошачким уговорима.

Кључне речи: Потрошач. – Потрошачки уговор. – Заштита потрошача. – Арбитражна клаузула. – Арбитрабилност.

1. СУДСКО VERSUS ВАНСУДСКО РЕШАВАЊЕ ПОТРОШАЧКИХ СПОРОВА

1.1. Уводно разматрање

Генерално говорећи, постоје два става по питању арбитражног и уопште алтернативног решавања потрошачких спорова. Једна

* Ауторка је доценткиња Правног факултета Универзитета у Београду, nataly@ius.bg.ac.rs.

група аутора на алтернативне методе гледа као на онемогућавање правне заштите потрошача.¹ Друга – бројнија – група аутора показује благонаклоност према АДР методама.² Међутим, и међу ауторима који подржавају алтернативно решавање потрошачких спорова, најмање је оних који арбитражу сматрају погодном за заштиту права потрошача.³ Обично се постављају додатни услови пуноважности арбитражног или прерогационог споразума код потрошачких уговора. Заправо, најбитнији допунски услов односи се на примену института неправичних клаузула.⁴

Као полазни аргумент у прилог развоја вансудског решавања потрошачких спорова наводи се неспремност потрошача да се за заштиту својих права обраћају судовима.⁵ У очима потрошача, судски спорови немају много изгледа за успех. Постоји најмање четири разлога зашто се потрошачи нерадо одлучују да остварење својих права затраже пред судовима.⁶

Први и свакако најочигледнији разлог је „брзина“ судског одлучивања.⁷ Потрошач који се одлучи да затражи правду пред судом мора бити много стрпљив и спреман да пресуду чека много дуже него што би то био случај да се одлучио за медијацију или арбитражу.⁸ Друго, *психолошки* разлози. Почев од непознавања саме процедуре, преко нејасног правног језика до вероватноће исхода по-

¹ О аргументима који се могу навести против увођења арбитраже у потрошачко право: Geraint Howells, Stephen Weatherill, *Consumer Protection Law*, Second Edition, Ashgate Publishing Company, Burlington 2005, 261–295; David Bailey, „Jurisdiction and Arbitration“, Iain Goldrein, Robert Merkin (eds.), *Insurance Disputes*, Second Edition, London Hong Kong 2003, 285–310.

² Вид. уместо свих: Nihem Khoury, *L'Information et le Conseil dus au Preneur D'Assurance*, Université Paul Cézane – Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique, Aix-En-Provence 2011, 131–208.

³ Amy J. Schmitz, „American Exceptionalism in Consumer Arbitration“, *Loyola University Chicago International Law Review*, No. 1/2013, 83.

⁴ Ивана Кунда, „Ништетност пророгацијске и арбитражне клаузуле у потрошачким уговорима у пракси суда ЕУ“, *Непоштене уговорне одредбе, Европски стандарди и хрватска provedба*, Весна Томљеновић, Силвија Петрић, Емилија Мишћенић (уред.), Правни факултет Свеучилишта у Риједи, Ријека 2013, 255–256.

⁵ Хрвоје Пауковић, Славен Добрић, „Алтернативно рјешавање спорова у осигурању“, *Право осигурања Србије у транзицији ка европском (ЕУ) праву осигурања*, Удружење за право осигурања Србије, Аранђеловац 2013, 362–378.

⁶ Jean Calais-Auloy, Henri Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris 2010, 610.

⁷ Истицањем „брзине“ судског решавања спорова као првог фактора примамљивости судске заштите потрошача немамо намеру да се ругамо и критикујемо судску праксу (постоје бројни разлози зашто је стање баш такво, овде се у њих не може улазити) већ да укажемо на фактичко стање ствари (нап. аут.).

⁸ Детаљније о предностима медијације и арбитраже у поступку решавања спорова из осигурања као типичних потрошачких спорова: Наташа Петровић Томић,

ступка – све је за просечног потрошача непознаница.⁹ Судски поступак који просечни потрошач недовољно познаје код њега буди неповерење и жељу да избегне да се о њиховим правима решава пред судом.¹⁰ Треће, *трошкови парничења*. Ма колико било примамљиво тражење правде пред судовима, високи трошкови парничења стварају утисак да је правда доступна по високој цени.¹¹ Четврто, потрошачки спорови су пример *спорова мале вредности*,¹² али великог парничног потенцијала (*high-volume disputes*).¹³ Пораст броја потрошачких трансакција одражава се и на пораст спорова из ових односа. Државни апарат свакако није у могућности да у разумном року реши бројне потрошачке спорове. Стога се у многим државама води дебата око тога да ли је арбитража погодан метод решавања потрошачких спорова (и растерећења судова).¹⁴ Како ћемо у раду показати, још увек

„Медијација у осигурању“, *Зборник Правног факултета у Ријеци*, бр. 1/2010, 475–494.

⁹ На овом месту осећамо потребу да нагласимо да постоји врста осигурања која може бити од помоћи потрошачима у остваривању њихових права пред судовима. Право на правну заштиту и приступ судовима може бити олакшано ако потрошач има осигурање правне заштите. На основу премија које потрошач издваја на име овог осигурања, осигуравач му пружа правну помоћ и покрива трошкове спорова у које се он упушта. Осигураник-потрошач добија стручну правну помоћ, која у великој мери утиче на исход спора са професионалцем. Међутим, проблем у вези са осигурањем правне заштите је што је то, такође, потрошачки уговор и што осигураник може у вези са њим трпети последице уговорне неравнотеже. Зато је на нивоу ЕУ донета Директива о осигурању правне заштите, којом је изричито речено да се осигурање правне заштите мора јасно разликовати од осталих осигурања. Осигураник задржава право да сам изабере адвоката; у случају неслагања осигураника и осигуравача решавање спора се поверава трећем лицу, а трошкови ове мере су на осигуравачу. Вид.: Jean Calais-Auloy, Henri Temple, 622.

¹⁰ Исти разлози су и у основи неравномерне непримене свих метода АДР за решавање потрошачких спорова. Ако потрошачи нису довољно упознати са предности и уопште начином функционисања арбитраже или медијације неће бити расположени да решавају своје спорове на ове начине. Детаљније о значају едукације потрошача о АДР методама: Наташа Петровић Томић, 483–484.

¹¹ Овде је потребно правити разлику између трошкова које сноси потрошач који је покренуо судски поступак и трошкова који настају за друштво (схваћено у социолошком смислу) услед ангажовања гломазног судског апарата за решавање спорова.

¹² Наиме, у потрошачким споровима чест је случај да су износи чија се исплата захтева ниски, често нижи од награде пуномоћнику. Вид.: Ивана Кунда, 259.

¹³ Maja Stanivuković, „Arbitration – Is It a Viable Option for Resolution of Consumer Disputes in Serbia?“, *Strengthening Consumer Protection in Serbia*, Liber Amicorum Svetislav Taboroši, Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić (eds.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2013, 230.

¹⁴ Коришћење арбитраже и осталих алтернативних метода решавања спорова је много пре заживело у комерцијално водећим државама и нацијама. Вид.: Jean R. Sternlight, „Is the U. S. Out of Limb? Comparing the U. S. Approach to Mandatory Consumer and Employment Arbitration to that of the rest of the World“, *University of Miami Law Review*, Vol. 56, 2002, 843.

није постигнут консензус око тога који ризици прате арбитражно решавање потрошачких спорова и како их елиминисати.

На основу увида у обележја потрошачких спорова стиче се утисак да би правилно конципирана арбитража могла знатно допринети осећају заштићености потрошача. Под тим мислимо на арбитражу која је вољно и информисано прихваћена од потрошача, која ће брзо, ефикасно и са минималним трошковима решавати спорове са професионалцима. Осим потрошача, од добро осмишљене арбитраже велику корист може имати и друштво. Превалјивањем спорова мале вредности на арбитражу растерећује се државни судски апарат и стварају претпоставке за суђење у разумном року. Осим тога, ако се испостави да је арбитража добра опција решавања потрошачких спорова доћиће до развоја новог тржишта услуга арбитраже.¹⁵

1.2. Амерички versus европски приступ потрошачкој арбитражи

У погледу заступљености арбитражног решавања потрошачких спорова историјски се прави разлика између америчког и европског права. Док у америчким државама постоји традиција пуноважности арбитражне клаузуле садржане у потрошачким уговорима,¹⁶ у државама чланицама ЕУ се – осим изузетно – на ову клаузулу не гледа благонаклоно. Европски став према компромисној клаузули у уговорима закљученим са потрошачем најбоље илуструје Директива 93/13 о неправичним клаузула у уговорима закљученим са потрошачем.¹⁷ Она међу клаузуле са тзв. сиве листе убраја „клаузуле које имају за циљ или последицу укидање или ограничавање права на тужбу и друга правна средства потрошача, посебно обавезивањем потрошача да спорове решава искључиво пред арбитражом која није регу-

¹⁵ Према подацима из држава које су развиле арбитражно решавање потрошачких спорова, број арбитражних одлука којима се решавају ови спорови је врло велики (у Чешкој око 150.000 годишње)! Детаљније: Катарина Иванчевић, „Решавање потрошачког спора пред арбитражом“, *Strengthening Consumer Protection in Serbia, Liber Amicorum Svetislav Taboroši, Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić* (eds.), *Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu* 2013, 248–275.

¹⁶ И судска пракса показује пријатељски став и разумевање за уношење арбитражне клаузуле у потрошачке уговоре. Током дуге традиције примене пријатељски настројеног законодавства судска пракса није показивала намеру да зарад заштите интереса потрошача оспорава легитимитет арбитраже. Стога не чуди што је арбитражна клаузула саставни део уговора које потрошачи закључују са компанијама које продају компјутерску опрему, пружају телефонске услуге, итд. Интересантно је да те исте компаније не уносе арбитражну клаузуле када послују на тржишту ЕУ. Тако и: Donna M. Bates, „A Consumer’s Dream or Pandora’s Box: Is Arbitration a Viable Option for Cross-Border Consumer Disputes?“, *Fordham International Law Journal*, Vol. 27, Issue 2, 2003, 847.

¹⁷ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, чл. 3 (3) 1 (q).

лисана законским прописима“. То има за последицу да се обориво претпоставља да је арбитражна клаузула правична у свим потрошачким уговорима. Што се тиче уговора о осигурању, упоредноправна анализа показује да је компромисна клаузула у многим законодавствима забрањена у осигурањима која инволвирају учешће слабије стране.¹⁸

Дакле, постоје две кључне разлике у конципирању арбитражног решавања потрошачких спорова између америчког и европског права. Прво, америчка традиција налаже пуноважност и обавезујући карактер компромисне клаузуле садржане у потрошачком уговору. Ако потрошач тврди да је њиме угрожено неко његово право тј. да је нарушена уговорна равнотежа на његову штету, он то мора и да докаже.¹⁹ У праву ЕУ Директива 93/13 налаже да је компромисна клаузула претпостављено неправична и ништава! Професионалац може покушати да докаже да се о арбитражној клаузули преговарало и да се њоме не нарушава уговорна равнотежа на штету потрошача.²⁰ Дакле, разлика између америчког и европског права огледа се и у терету доказивања. *A contrario*, компромис је пуноважан и у праву ЕУ.²¹

¹⁸ Franc Turgné, „L’arbitrabilité du droit des assurances“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 1/2012, 181.

¹⁹ Donna M. Bates, 837–843.

²⁰ Међутим, у већини држава чланица ово је само теоријска могућност због традиционално непријатељског става судске праксе према арбитражном решавању потрошачких спорова. Овај став вуче корене из француског права, где је судска пракса – и пре формалног обликовања идеје заштите потрошача – изричито резоновала у корист осигураника као слабије стране. Као пример резоновања судске праксе наводи се чувена одлука *L’arrêt Prunier* донета давног 10. јула 1843. Предмет спора био је уговор о осигурању од ризика пожара, који је садржао компромисну клаузулу. Одлучујући у овом спору, француски Касациони суд је искористио прилику да разјасни своје опредељење против компромисне клаузуле не само у споровима из осигурања, већ у свим грађанскоправним стварима. Касациони суд је изнео три базична аргумента против арбитраже у осигурању. Прво, *заштита осигураника*. Касациони суд је изразио бојазан да ће осигуравач принудити осигураника да пристане на компромисну клаузулу без много размишљања о последицама које такав пристанак повлачи (вођење поступка пред арбитражом чије је седиште најближе седишту осигуравача), као и да ће насумице дати пристанак на избор одређеног арбитра, без узимања у обзир непогодности које то повлачи (напр: без податка о томе да ли је специјализован за област осигурања). Друго, *заштита слабије стране* у свим уговорима, а не само у уговору о осигурању. Треће, *лишавање судске заштите* и гаранција које пружају државни судови као део тзв. јавне правде постаће правило ако арбитражна клаузула постане „стилска“ клаузула, тј. ако буде саставни део свих уговора о осигурању. Детаљније: Carine Jallamion, Anne Péllisier, „Risqué, assurance et arbitrage“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 1/2012, 164.

²¹ Што се тиче компромиса, француски Касациони суд је у одлуци од 25. фебруара 2010. изричито истакао да компромис закључен након настанка спора између осигуравача и осигураника не представља пример неправичне клаузуле уговора о осигурању. Овакво разликовање је засновано на једноставној и лако разумљивој ло-

Друго, у државама чланицама ЕУ врло је изражена улога државних тела (агенција) у поступку заштите права потрошача и уопште механизми колективне заштите права потрошача.²² То чини мање потребном арбитражу. У америчком праву акценат је на приватним и индивидуалним механизмима заштите потрошача.

2. ДА ЛИ ЈЕ АРБИТРАЖА ПОГОДНА ЗА РЕШАВАЊЕ ПОТРОШАЧКИХ СПОРОВА?

2.1. Традиционална versus потрошачка арбитража

Пре него што се изјаснимо о правном и институционалном оквиру за арбитражно решавање потрошачких спорова потребно је дати јасан одговор на питање да ли она представља погодан инструмент решавања ових специфичних спорова. Будући да је арбитража првенствено намењена решавању спорова из пословних односа – тј. В2В трансакција (тј. између страна које се налазе у једнаком или сличном положају), питање је колико је она погодна за решавање спорова између потрошача и професионалца – тј. В2С трансакција? Да ли су кључни разлози успеха арбитраже у споровима из пословних односа – брзина, неформална и флексибилна процедура и уштеда трошкова – једнако битни у потрошачким споровима? Да ли се зарад остварења ових циљева треба одрећи судског решавања? Које су то погодности које се добијају? А који евентуални ризици са којима се рачуна?

За одговор на ова питања кључно је поћи од обележја односа потрошача и професионалца. Најопштије говорећи, тај однос обележава неједнакост у правном, економском и информативном смислу. Потрошач је у сваком случају слабија страна.²³ Он је најчешће прав-

гици. Компромис, најпре, није клаузула уговора о осигурању. То је споразум који се закључује у неком каснијем моменту, након настанка осигураног случаја који доводи до конфликта између осигуравача и осигураника. Уместо да одмах пристану на компромисну клаузулу, уговорним странама може више да одговара да закључе компромис када настане спор. Стране тиме задржавају право да након настанка спора процене да ли им одговара да се спор изнесе пред арбитражу. Стране су, дакле, у позицији да промисле своје могућности и изаберу начин решавања потенцијалног спора који им се чини повољнијим по њихове интересе. Између страна, стога, не постоји однос неравнотеже као у случају компромисне клаузуле. Тако и: Carine Jallamion, Anne Péllisier, 165.

²² Donna M. Bates, 837–844.

²³ Узмимо пример уговора о осигурању. Уговарачи осигурања обично немају довољно времена, знања и способности потребних за разумевање садржине и опсега уговора о осигурању. Они су првенствено заинтересовани за то колико полиса и покриће коштају, а не за то које штете су покривене, а које искључене. Њихово интересовање је утолико мање уколико се суочавају са нејасним формулацијама и

но неук, закључује потрошачки уговор за непрофесионалне потребе, што имплицира да је нестручњак за робе или услуге које прибавља.²⁴ Професионалац је по природи ствари економски јачи од њега, поседује све информације о производима или услугама које нуди и у могућности је да потрошачу наметне клаузуле којима се уговорна равнотежа нарушава на његову штету.²⁵

Имајући у виду стварносни миље у коме се одвијају потрошачке трансакције, упутно је поставити питање да ли је арбитража „дорасла“ решавању спорова произашлих из оваквих односа?! Да ли би се њоме могло допринети унапређењу заштите потрошача? Или арбитража представља „моћно оруђе“ у рукама моћног професионалца? Дакле, први изазов са којим се суочава законодавац спреман да уведе арбитражу као начин решавања потрошачких спорова је пружање довољно гаранција да њоме неће бити погоршана иницијално слабија позиција потрошача. Арбитража није прихватљива као опција решавања потрошачких спорова ако није правно регулисана тако да потрошачу омогућава брз и ефикасан пут одлучивања о његовим правима.

Дакле, традиционална арбитража схваћена у смислу арбитраже правно уређене и аранжиране за решавање спорова произашлих из пословних односа свакако није погодна за решавање потрошачких спорова. Залажемо се за креирање *потрошачке арбитраже* као *sui*

нечитким документима. Не само што су полисе сачињене речником који је разумљив само експертима, већ и информације које се тичу истог питања могу бити садржане у два или више докумената. Права потрошача се штите захтевом читкости, одређеном величином слова, начином куцања, бојом слова нарочито значајних клаузула, итд. С друге стране, и ту се мора пронаћи права мера. Употреба колоквијалног уместо техничког језика, тј. избегавање техничких термина у полиси осигурања може изазвати нови проблем – проблем тумачења. Стога у развијеним правима постоји тзв. стандардно покриће за већину потрошачких ризика, које служи заштити осигураника од неочекиваних искључења и обавеза. Осим тога, пракса је изнедрила правила попут *contra proferentem* с циљем заштите права осигураника услед разумљивог незнања и непознавања највећег дела одредаба уговора о осигурању. В.: Julie-Anne Tarr, *Disclosure and Concealment in Consumer Insurance Contracts*, Cavendish Publishing Limited, London 2002, 111.

²⁴ Осигураник је слабија страна ако кумулативно испуњава неколико услова: 1) правно неук и неупућен у осигурање; 2) неинформисан; 2) економски слабији и 4) приступа уговору који је осигуравач унапред саставио. При том је потребно нагласити да није довољно да је осигураник само економски слабији од осигуравача да би се могао окарактерисати као потрошач услуга осигурања. Има осигураника који су исте економске снаге као осигуравач, а опет су потрошачи услуга осигурања. Потрошачима их чини то што прибављају осигурање са којим нису упознати и које није повезано са пословима којима се иначе баве, што их чини потенцијалним жртвама некоректних поступака осигуравача. Детаљније: Roland Michael Beckmann, Annemarie Matusche-Beckmann, *VersicherungsHandbuch*, Verlag C. H. Beck, München 2009, 915.

²⁵ Yvonne Lambert-Faivre, Laurent Leveneur, *Droit des assurances*, 13 édition, Dalloz, Paris 2011, 135.

generis арбитраже, прилагођене решавању спорова произашлих из потрошачких трансакција. Особености потрошачке арбитраже – по којима се разликује од традиционалне арбитраже – су бројне.²⁶ Прво, *арбитражни споразум мора бити изричито уговорен и садржан у посебном писмену који су потписале уговорне стране*. Он никако не може бити валидан ако је садржан у општим условима пословања или се на њега упућује на други начин. Друго, *пуноважно закључени арбитражни споразум мора бити обавезујући за обе стране*. Ово зато што је суштина уговарања арбитраже дерогирање надлежности државних судова.²⁷ Треће, *садржина арбитражног споразума који закључују потрошач и професионалац треба да у битним цртама буде уређена законским прописима и да инволвира минимум стандарда којима се гарантује заштита потрошача*.²⁸ Законом треба уредити број арбитрара, институцију која ће бити задужена за арбитражно решавање ових спорова, седиште арбитраже, језик на коме ће се поступак одвијати, рок за доношење арбитражне одлуке,²⁹ ко ће сносити трошкове,³⁰ итд.³¹ Четврто, *странама треба онемогућити уговарање ad hoc арбитраже* за решавање потрошачких спорова. Решавање ових спорова треба да буде резервисано за институционалне арбитраже. Потрошач није довољно компетентан да одлучи о правилима поступка по којима би *ad hoc* арбитражни суд решавао. Да би се могао одредити за примену правилника неке сталне арбитражне институције, такође, треба да добро познаје и разуме та правила.³²

²⁶ Референтан модел законом регулисане потрошачке арбитраже постоји у Шпанији. Детаљније: José Luis Pérez-Serrabono Gonzales, „Réflexions sur le système d’arbitrage de consommation en Espagne“, *Revue européenne de droit de la consommation*, No. 3/2002, 198.

²⁷ Тако и: Гашо Кнежевић, „Маргиналије о појмовима приватне правде и АДР-а с аспекта арбитраже и медијације“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 1–2/2012, 423.

²⁸ Donna M. Bates, 837–838.

²⁹ У државама чланицама ЕУ рок за решавање износи од 31 до 90 дана (Вид.: DG Sanco – Study on the Use of Alternative Dispute Resolution in the European Union, 2009. Доступно на: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf. 16.12.2013) Директива 2013/11 одређује да је то 90 дана од дана када је орган примио тужбу (чл. 8, ст. 1, тач. д).

³⁰ У америчком праву – где је највише заступљено арбитражно решавање потрошачких спорова – прописане су фиксне накнаде и оне се наплаћују од компаније инволвиране у потрошачки спор. У европским државама АДР методи су бесплатни или врло јефтине (коштају до 50 евра). Арбитар мора сачинити писмену изјаву о налазима и закључцима на којима се заснива арбитражна одлука. Детаљније: Donna M. Bates, 837–838.

³¹ Вид.: Маја Stanivukovic, 238–245.

³² Стога је у упоредном праву одлучено да је арбитражна клаузула унета у опште услове пословања којом се уговара надлежност *ad hoc* арбитраже, чијег

Кључни разлог прихватања правилно конципиране арбитраже је свест о томе да је то једини алтернативни метод који има потенцијал решавања потрошачких спорова. Иако не споримо корисност увођења и других метода (а посебно медијације) дубоко смо уверени да су они ограниченог домета. Медијација може резултирати разрешењем спорног односа само ако стране тако одлуче, уз помоћ предлога и труда медијатора. Чак и уз највеће залагање, спор може остати нерешен ако се стране „заинате“. Арбитража, насупрот томе, може допринети растеређењу судова. Зато акценат државне интервенције треба да буде на претпоставкама пуноважности арбитражног споразума и уопште прилагођености арбитраже потребама потрошача. Добро осмишљена арбитража представља једину праву алтернативу судском решавању потрошачких спорова.

2.2. Да ли је арбитража у супротности са заштитним нормама?

Целокупна расправа око (не)погодности арбитраже за решавање потрошачких спорова може се сажети у једну мисао: да ли се арбитражом доводи у питање заштитни механизам правила заштите потрошача? Државе предузимају различите кораке с циљем заштите потрошача: од доношења *lex specialis* закона до едукације потрошача и пружања помоћи код подношења тужбених захтева. Што се тиче прописа којима се уводи заштита потрошача, највећи број норми које чине уговорно потрошачко право су принудне или полупринудне.³³ Од њих се, дакле, може одступити само ако је то у интересу потрошача као субјекта заштите! Другим речима, потрошачи се не могу одрећи заштите коју им пружају полупринудне норме! Да ли је то случај и са нормама које регулишу право на судску заштиту? Да ли оне чине тзв. потрошачки јавни поредак?

У делу теорије се као аргумент против арбитражног решавања потрошачких спорова истиче дерогирајући ефекат на судско одлучивање.³⁴ Поставља се питање да ли је држава спремна да се одрекне свог монопола у погледу потрошачких спорова? Како одговор на ово питање јасно произлази из законских прописа, овај аргумент сматрамо неутемељеним. Држава јасно испољава намеру да резервише решавање одређених спорова прописивањем искључиве

ће арбитра именовати трговац ништава. Вид.: Vladimir Nyc, „Recent developments in regulation of arbitration clause in consumer contracts in Czech Republic“. Доступно на: <http://www.lexicology.com/library/detail.aspx?g=86aa6709-a79f-4de6-bdac-3a8b2a2ff6de>, 13.12.2013.

³³ Emilia Čikara, *Gegenwert und Zukunft der Verbrauchercreditverträge in der EU und in Kroatien, Die Umsetzung der Richtlinie 87/102/EWG und der Richtlinie 2008/48/EG in das deutsche, österreichische und kroatische Verbrauchercreditrecht*, LIT Verlag, Wein 2010, 45.

³⁴ Donna M. Bates, 827.

надлежности. Како то није случај са потрошачким споровима, сматрамо да нема сметњи за конституисање надлежности арбитражног суда. Други аргумент против је да уговарање надлежности арбитраже означава одрицање законских права потрошача, што је противно логици заштитног карактера потрошачког законодавства.³⁵ Наиме, део теоретичара изражава сумњу у способност (и спремност) арбитра да примене одредбе потрошачког законодавства у поступку потрошачке арбитраже. То практично значи да уговарање надлежности потрошачке арбитраже има за последицу не само одрицање од судске заштите потрошача, већ и од примене посебних правила која се односе на потрошачке спорове.³⁶ Како стране могу уговорити решавање спора применом принципа правичности или применом обичаја, то је јасно да потрошач не би могао рачунати на примену заштитнички настројеног законодавства. Трећи разлог неповерења према арбитражи је што је прескупа за потрошаче.³⁷ Скупоћа арбитражног поступка посебно долази до изражаја због мале вредности потрошачких спорова. Из тог разлога многи потрошачи одустају од вођења поступка, јер им *cost benefit* процена говори да су трошкови које ће морати да плате бити већи од евентуалног износа одштете.³⁸ Четврти – веома заснован аргумент – је непостојање посебних правила прилагођених особеностима потрошачке арбитраже у виду правилника.³⁹ Решавање потрошачких спорова према правилнику намењеном решавању спорова из пословних односа може бити само на штету потрошача, као и на уштрб угледа арбитраже.

Будући да се инфериорност потрошача у односу на професионалца испољава и у поступку принудног остваривања права, сматрамо да се правилним конципирањем арбитраже може допринети превладавању информационе асиметрије. Потрошачи нису довољно

³⁵ Осим тога, арбитража се посматра као потенцијална могућност професионалаца да изиграју заштитне норме на штету потрошача. Која је поента полуимперативног карактера потрошачких норми ако се оне врло лако могу избећи уговарањем надлежности арбитраже?

³⁶ Детаљније: Donna M. Bates, 856–857.

³⁷ Истраживања показују да је арбитража и у пословним односима мање јефтина него што стране очекују. Када се узму у обзир накнаде које се плаћају арбитрама, трошкови ангажовања правног заступника, трошкови вештачења...јасно је да се брзина, ефикасност и конфиденцијалност поступка прилично плаћају. За пословни свет такви издаци могу бити оправдани, док се потрошачима арбитража може учинити исплативом само ако се њихов удео у трошковима поступка одреди симболично или им се омогући арбитражно решавање спорова на терет професионалца.

³⁸ Овај диспаратет између уложених трошкова парничења и потенцијалне добити утолико је израженији код решавања међународних потрошачких спорова. Вид.: Donna M. Bates, 859.

³⁹ Како ће у даљем раду бити показано, има институција које су донеле посебна правила везана за решавање потрошачких спорова пред арбитражом (нап. аут.).

упознати са судским решавањем спорова и за њих је читава процедура – а још више њен исход – непознаница! Ако се спроведе едукација и потрошачи упознају са механизмом арбитражног решавања спорова – са акцентом на потенцијалне замке и опасности – она може постати оруђе заштите њихових права. Потрошач који добро познаје начин рада арбитра може на основу својих знања искористити све погодности арбитраже.⁴⁰

3. ЗАКОНСКИ ОКВИР АРБИТРАБИЛНОСТИ ПОТРОШАЧКИХ СПОРОВА У СРПСКОМ ПРАВУ

3.1. Арбитрабилност потрошачких спорова

Према ЗА, арбитрабилност се везује за „имовинскоправне спорове о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда“.⁴¹ Поређења ради, медијабилност се везује за „спорове о имовинскоправним односима физичких и правних лица, у трговинским, породичним, радним и другим грађанскоправним односима, управним и кривичним, у којима стране могу слободно да располажу, уколико законом није прописана искључива надлежност суда или другог органа“.⁴²

Потребно је правити разлику између *објективне и субјективне арбитрабилности*. Док у погледу друге не постоје законска ограничења (јер се арбитражи може прибећи увек када странке на то пристану, без обзира да ли је реч о физичким или правним лицима), објективна арбитрабилност захтева посебну анализу. Спор је арбитрабилан уколико произлази из било ког имовинскоправног односа и ако је странкама допуштено слободно располагање захтевима, под условом да за конкретни однос није прописана искључива надлежност неког од државних органа. Имајући у виду овако дефинисани појам арбитрабилности, поставља се питање да ли се под њега могу подвести потрошачки спорови?! Сматрамо да је, генерално говорећи, одговор позитиван. Ово зато што потрошачки спорови представљају

⁴⁰ Арбитража поседује иницијалну предност у односу на суд: она је бржи, једноставнији и доступнији пут заштите његових права наспрам професионалца. Кључно је да се законским прописима она учини и јефтинијом. Осим тога, сматрамо да је за заштиту потрошача кључно управо постојање права на ефикасан приступ решавању спорова. Да ли ће то бити пред државним судовима или алтернативним методама мање је битно. Заправо, из угла потрошача је најбоље да има могућност избора између два различита пута заштите права: судског и вансудског.

⁴¹ Закон о арбитражи – ЗА, чл. 5, ст. 1. Детаљније о арбитрабилности уопште: Крешимир Сајко, „On Arbitrability in Comparative Arbitration – An Outline“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 5, 2010, 961–969.

⁴² Закон о медијацији, *Службени гласник РС*, бр. 18/05, чл. 1, ст. 1 (даље: ЗОМ).

пример спорова у којима странке могу слободно да располагају својим захтевима и за њих није предвиђена искључива надлежност судова.

Међутим, правни и институционални оквир арбитрабилности потрошачких спорова одређује и ЗЗП.⁴³ Дакле, *lex specialis* закон за арбитражно решавање спорова не искључује из поља примене потрошачке спорове.⁴⁴ Зато се окрећемо ЗЗП – као *lex generalis* пропису за сва питања потрошачких уговора – који изричито помиње арбитражу као начин решавања потрошачких спорова. О томе да је српски законодавац свестан значаја вансудског решавања спорова говори податак да ЗЗП већ у првом члану изричито каже да је сврха овог закона „успостављање система вансудског решавања потрошачких спорова“.⁴⁵ Према ЗЗП, „потрошачки спор може се решити вансудским решавањем“.⁴⁶ У члану којим се уређује вансудско решавање спорова постоје две крупне новине. Прво, изричито је речено који се поступци, слични вансудском решавању, не сматрају вансудским решавањем потрошачких спорова. То су: 1) процедуре решавања спорова које је установио сам трговац; 2) непосредни преговори између трговца и потрошача; 3) када судија настоји да спор у току судског поступка реши мирешћем страна; 4) поступци које је трговац покренуо против потрошача и 5) у споровима чија вредност прелази 500.000 динара.⁴⁷

Сматрамо да су овим постављене јасне границе вансудског решавања потрошачких спорова. Наиме, овим чланом су јасно набројани случајеви који се потенцијално могу подвести под вансудско решавање потрошачких спорова, али у којима постоји велики потенцијал злоупотребе вансудског метода на штету потрошача. Законодавац је желео да оствари потпуну контролу над вансудским решавањем потрошачких спорова. Решавање спорова по процедурама које је установио сам трговац и на шта је обавезао потрошача приступањем општим условима пословања представља пример неправичне уговорне клаузуле. Исто важи и за непосредне преговоре о предмету спора између потрошача и трговца. Трговац поседује довољно знања и стручности и лако може убедити потрошача да пристане на солуцију која није у његовом интересу. Што се тиче суд-

⁴³ Недавно је усвојен нови Закон о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 62/14 – нови ЗЗП). Иако је предвиђено да ступа на снагу осмог дана од дана објављивања, примењиваће се по истеку три месеца од дана ступања на снагу (чл. 165). Стога остају релевантне у време писања овог рада још увек важећег Закона о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 73/10 – стари ЗЗП).

⁴⁴ Закључујемо да је арбитрабилност потрошачких спорова *implicite* потврђена ЗА, а *explicite* ЗЗП.

⁴⁵ Нови ЗЗП, чл. 1.

⁴⁶ Нови ЗЗП, чл. 141, ст. 1; стари ЗЗП, чл. 132, ст. 4.

⁴⁷ Нови ЗЗП, чл. 141, ст. 3.

ског настојања да се спор реши мирењем страна, то јесте легитимно у свим споровима за које судија процени да су стране спремне да попусте и да се договоре. Али, законодавац има јасну визију и настоји да што концизније уреди и сам поступак вансудског решавања потрошачког спора и све претпоставке којима се гарантује заштита права потрошача. Из тог разлога не дозвољава да мирење у току судског поступка постане метод вансудског решавања потрошачких спорова. Изузимање спорова које је трговац покренуо против потрошача објашњава се тиме да он не треба да буде ослобођен плаћања судске таксе за тужбу. Најзад, спорови веће вредности од законом прописаног лимита од 500.000 динара не сматрају се потрошачким и за њих не важе ова специјална правила.

Друго, министар ближе уређује услове за вансудско решавање потрошачких спорова, а нарочито правила и критеријуме за рад тела за вансудско решавање потрошачких спорова, као и образац захтева за упис на листу тела за вансудско решавање потрошачких спорова и образац за покретање поступка вансудског решавања спора, како би се обезбедило да процес решавања спорова потрошача буде независан, непристрастан, транспарентан, делотворан, брз и правичан.⁴⁸ Овај део ЗЗП сматрају прилично лошим. Идеја је можда добра; процес решавања потрошачких спорова треба да буде независан, непристрастан, транспарентан, делотворан, брз и правичан. Али, није неопходно дати толике ингеренције у вези са његовим прописивањем министру! Министар прописује услове за вансудско решавање потрошачких спорова, а нарочито правила за рад тела за вансудско решавање потрошачких спорова, образац захтева за упис на листу тела, као и образац за покретање овог поступка! У питању је чисто политички орган, коме не би смела бити поверена оволика овлашћења у вези са тако осетљивим питањем као што је заштита потрошача у вези са вансудским решавањем њихових спорова.

Министарство даље сачињава листу тела за вансудско решавање потрошачких спорова. Под овим телима подразумевају се лица која имају својство посредника, у складу са законом којим се уређује посредовање у решавању спорова, односно сталне арбитражне институције у складу са законом којим се уређује арбитража.⁴⁹ Листа тела за вансудско решавање садрже следеће податке: 1) назив, седиште, адресу и интернет адресу свих тела задужених за вансудско решавање потрошачких спорова; 2) податке о њиховом унутрашњем уређењу и начину финансирања, укључујући и податке о физичким лицима која су задужена за решавање спорова, њиховом професионалном искуству, накнади и од стране кога су ангажовани; 3) по-

⁴⁸ Нови ЗЗП, чл. 141, ст. 2.

⁴⁹ Нови ЗЗП, чл. 142, ст. 2.

словник о раду; 4) просечну дужину трајања спора; 5) језик, односно језике на којима се може поднети приговор и спроводити поступак; 6) врсте потрошачких спорова које су обухваћене процедуром; 7) разлоге због којих тело може да одбије вансудско решавање потрошачких спорова.⁵⁰ Од свих података које садржи поменута листа издвајамо пословник о раду и разлоге збој којих тело може да одбије вансудско решавање потрошачких спорова. Пословник о раду је кључан за ефикасан рад било ког тела вансудског решавања потрошачких спорова. Што се тиче разлога због којих тело може да одбије вансудско решавање потрошачког спора, они треба да буду уређени на основу упоредноправног искуства. Такође је значајно уредити врсте спорова који су обухваћени процедуром са ослонцем на упоредно искуство.

Тела за вансудско решавање потрошачких спорова дужна су да једном годишње, најкасније до 31. јануара текуће године за претходну годину, јавно објаве и доставе Министарству извештај који садржи податке о примљеним захтевима за покретање спора, покренутим и окончаним споровима, уоченим значајним проблемима и слично.⁵¹ Посебно је значајна обавеза тела за вансудско решавање потрошачких спорова да јавност и министарство обавесте о покренутим и окончаним споровима и уоченим значајним проблемима. Број окончаних потрошачких спорова говори о ефикасности вансудског решавања истих. Што је тај број већи, то је судски апарат заштите права потрошача растерећенији и у могућности да спорове потрошача процесуира у законом прописаном року. Тела која престану да испуњавају законске услове за упис на листу, као и она која јавно не објаве и не доставе извештај биће брисана са листе тела за вансудско решавање потрошачких спорова.⁵²

Кључна одредба у делу који се односи на вансудско решавање потрошачких спорова је да „покретање и вођење поступка вансудског решавања спорова не искључује, нити утиче на судску заштиту, у складу са законом“.⁵³ Ово зато што је арбитражна клаузула обухваћена тзв. црном листом неправичних клаузула у потрошачким уговорима.⁵⁴ То значи да за њу важи необорива претпоставка да је

⁵⁰ Нови ЗЗП, чл. 142, ст. 3.

⁵¹ Нови ЗЗП, чл. 142, ст. 4.

⁵² Нови ЗЗП, чл. 142, ст. 5.

⁵³ Нови ЗЗП, чл. 143; нови ЗЗП, чл. 135.

⁵⁴ Осим што је директно супротна одредби о могућности вансудског решавања потрошачких спорова, ова одредба практично онемогућава њихово арбитражно решавање. Она, наиме, „дир“ у обавезује дејство арбитражног споразума, а самим тим и арбитражне одлуке. Која је поента уношења арбитражне клаузуле у потрошачки уговор ако потрошач сваког трену – па и након покретања арбитражног поступка – може да се предомисли и покрене судски поступак? Овакав законски оквир свакако није подстицајан за развој арбитражног решавања потрошачких

неправична одредба у сваком потрошачком уговору.⁵⁵ Клаузула која има за циљ или последицу „искључење или ограничење права потрошача да покрене одређени поступак или да употреби одређено правно средство за заштиту својих права, а нарочито наметање обавезе потрошачу да спорове решава пред арбитражом, на начин који је у супротности с одредбама овог закона“, је без обзира на околности појединачног случаја неправична.⁵⁶

3.2. Обавезујући карактер арбитражног споразума

Из ЗЗП следи да је арбитражна клаузула у потрошачким уговорима, тј. уговорима који инволвирају учешће слабије стране, претпостављено неправична (и ништава) ако је формулисана тако да искључује или ограничава право осигураника на судску заштиту. Не постоји могућност пружања другачијег доказа од стране професионалца. Желећи да потрошачима пружи што бољу заштиту, наш законодавац је претерао. С једне стране је подржао увођење алтернативних метода решавања потрошачких спорова, док је с друге изричито рекао да се уговарањем ни једног од тих метода не дира у право на судску заштиту. Наш законодавац као да је желео да у исто време постоји и право на тужбу и право на покретање поступка пред арбитражом.⁵⁷ Без намере да се ругамо, морамо приметити да овакво решење сведочи о елементарном непознавању института арбитраже.

Сматрамо да је одредба ЗЗП највећа сметња развоју арбитражног решавања потрошачких спорова. Она је конципирана тако да онемогућава да се у потрошачки уговор унесе ефектна (и ефикасна) арбитражна клаузула. Наиме, оваква формулација се може тумачити на два начина, од којих ни један није *in favorem* арбитражног решавања потрошачких спорова. Према првом тумачењу, ЗЗП омогућава потрошачу који је пристао на арбитражну клаузулу да поведе судски поступак. Како другачије разумети право потрошача „да покрене одређени поступак или употреби одређено правно средство“? Ако се усвоји ово тумачење, оно имплицира да арбитражна клаузула потрошачких уговора нема обавезујуће дејство у нашем праву. Заправо, потрошачу је свеједно: он може да се понаша као да иста није део уговора! Друго тумачење је још више лишено смисла. Наиме, из формулације ЗЗП би се дало закључити да потрошач има право да покрене судски поступак и након што је конституисана над-

спорова. Тема рада нас ограничава да не улазимо у даље разматрање проблемских ситуација које услед тога могу настати (нап. аут.).

⁵⁵ ЗЗП, заправо, посматра арбитражну клаузулу у контексту утицаја на право на судску заштиту. Ако је тако формулисана да искључује право на судску заштиту, неправична је и ништава!

⁵⁶ Нови ЗЗП, чл. 44, ст. 1 и ст. 3); стари ЗЗП, чл. 47, ст. 1 тач. 3).

⁵⁷ Слично и: Маја Станивуковић, 240.

лежност арбитраже сагласно његовом споразуму са професионалцем! Потрошач је подстакнут на овакво понашање законским одредбама које арбитражу чине „противном одредбама овог (ЗЗП) закона“!

Сматрамо да је друго тумачење погубније по интерес арбитраже као реномираног метода решавања спорова. Нема смисла закључивати арбитражни споразум ако он не обавезује другу страну – потрошача. Једно је предузети све кораке како би потрошач био довољно заштићен у погледу свог права да слободно и информисано одлучи о прихватању арбитражног решавања спорова, а нешто сасвим друго креирање правила којима се онемогућава нормално одвијање арбитражног поступка. Док се за прву групу правила гласно залажемо, другу сматрамо потпуно непотребном и опасном не само по функционисање арбитраже, већ и по интересе потрошача. Њима се не сме дозволити да „жонглирају“ између судских и вансудских метода решавања спорова. Ако су се информисано одлучили за арбитражу, не могу имати законско право да се предомисле и поступак покрену пред судом. Такво поступање значило би одуговлачење потрошачких спорова и затрпавање судског и вансудског апарата истим споровима.⁵⁸

Уз то, одредба члана 143 је у директној супротности с одредбом члана 141 ЗЗП. Док се на једном месту изричито и недвосмислено каже да се потрошачки спорови могу решавати вансудским путем (без издвајања арбитраже од осталих алтернативних метода решавања спорова), на другом се арбитражна клаузула *de facto* проглашава неправичном и неефикасном! Сматрамо да је ЗЗП у делу који се односи на вансудско решавања остао неизмењен и неподстицајан за развој арбитражног решавања потрошачких спорова.

Иако при Привредној комори Србије функционише Стални изабрани суд (арбитража) она не може послужити за решавање спорова потрошача. Он је, наиме, надлежан за решавање спорова између привредних субјеката и других правних лица када је уговорена њена надлежност.⁵⁹ То је још један недостатак нашег институционалног

⁵⁸ Ако желимо да ствари доведемо до апсурда, примена ЗА и ЗЗП имала би за последицу следећу ситуацију: потрошач који реши да пред државним судом покрене поступак против професионалца могао би то учинити иако је везан арбитражном клаузулом. Дакле, он би у крајњој линији могао подићи тужбу и након покретања арбитражног поступка. Суд, дакле, не би на основу чл. 14 ЗА морао да се огласи ненадлежним, јер му то забрањује чл. 135 ЗЗП. Апсурдно, суд би могао да настави потрошачки спор, иако се истовремено води и арбитражни поступак поводом истог предмета спора. Пошто и арбитража може да настави решавање на основу ЗА (чл. 30, ст. 4), у нашем позитивном праву нема сметњи за вођење два паралелна поступка о истом предмету потрошачког спора (*sic!*). То, *in ultima linea*, значи да о истом предмету може бити различито одлучено: једном од стране суда, а други пут од стране арбитра.

⁵⁹ Правилник о Сталном изабраном суду (арбитража) при Привредној комори Србије, *Службени гласник РС*, бр. 28/11, чл. 1.

оквира решавања потрошачких спорова. Чак и да је ЗЗП омогућено арбитражно решавање ових спорова поставља се питање пред којом институцијом би се то чинило?⁶⁰

4. ПРЕДЛОГ DE LEGE FERENDA

4.1. Слободан и информисан пристајак на арбитражу

Сматрамо да је за пуноважност арбитражног решавања потрошачких спорова кључно обезбедити слободан и информисан пристајак потрошача на арбитражу! Доследно спровођење овог захтева истичемо због великог коришћења општих услова пословања приликом закључења потрошачких уговора. Наиме, највећи број потрошачких уговора закључује се позивом на опште услове пословања. Таква техника закључења уговора – иако неспорно у служби бржег и ефикаснијег одвијања савременог правног промета – носи и одређене опасности.⁶¹ Оне се испољавају као редуковање слободе уговарања на слободу (не)прихватања понуђених услова пословања, док се о слободи преговарања више и не може говорити. Те опасности су утолико веће уколико је друга страна потрошач.⁶² Тада закључење уговора путем општих услова пословања носи потенцијалну опасност од нарушавања уговорне равнотеже на штету потрошача.⁶³

⁶⁰ Једини пример коришћења арбитраже за решавање потрошачких спорова везан је за арбитражу коју је основало удружење туристичких организација ЈУТА. Арбитража је независни орган, поступак пред њом није бесплатан за потрошача. У општим условима пословања садржана је арбитражна клаузула. Вид.: Катарина Иванчевић, 256–257.

⁶¹ Обично се каже да су општи услови пословања опасни за другу страну, која им генерално приступа под познавања свих уговорних клаузула. Вид.: Jean Calais-Auloy, Henri Temple, 195.

⁶² Потрошач поклања поверење професионалцу који је сачинио опште услове пословања. Али, постоји ризик да поверење буде изиграно, јер је уговор очигледно унапред састављен у корист професионалца! Вид.: Hans-W. Micklitz, „Report of the practical implementation of Directive 93/13/EEC in the Federal Republic of Germany“, The „Unfair Terms“ Directive, Five Years On, Evaluation and Future Perspectives, Brussels Conference, 1999, 221.

⁶³ Неједнакост у позицији страна има за последицу да страна која саставља опште услове пословања у њих уноси клаузуле које ограничавају или искључују права која друга страна има на основу диспозитивних одредаба закона или обичаја, клаузуле које искључују или ограничавају одговорност за повреде уговорних обавеза, итд. Када се у улози саговорача нађе потрошач, он најчешће прихвата овакве клаузуле приступањем уговору који је професионалац унапред саставио, а да није свестан ни њиховог постојања, а камо ли правног значаја и значења. Вид.: Силвија Петрић, „О проблему неправедних одредаба потрошачких уговора у праву Европске заједнице и праву Босне и Херцеговине“, *Зборник радова Правног факултета у Мостару*, бр. XV/2002, 205–206; Марко Ђурђевић, „Општи услови уговора и заштита потрошача“, *Od caveat emptor do caveat venditor*, Крагујевац 2009, 247.

Опште услове пословања унапред саставља професионалац или удружење професионалаца. Они могу бити саставни део уговора који потрошач потписује; али могу бити и део документа који потрошач не потписује, али за који се сматра да га је прихватио.⁶⁴ Такође, они могу, потпуно или делимично, бити одштампани на каталогу, фактури, потврди о испоруци, итд.⁶⁵ Иако општи услови пословања нису ексклузивно обележје потрошачког права, њима се посвећује посебна пажња управо из разлога закључења уговора потрошача са професионалцем, који је унапред и самостално припремио клаузуле будућег уговора. О општим условима пословања не може се преговарати: они се могу прихватити или одбити у целини.⁶⁶ Ако потрошач пристане на опште услове, закључује се адхезиони уговор.⁶⁷ Немогућност преговарања о клаузулама општих услова пословања, с једне стране, и наметање уговорних одредаба, с друге стране, кључни су разлози придавања толике пажње општим условима пословања и феномену адхезионих уговора у потрошачком праву.⁶⁸

Основни проблем с уношењем арбитражне клаузуле као стандардне клаузуле у потрошачке уговоре је што потрошач који закључује уговор најчешће не зна да уговор садржи ову клаузулу.⁶⁹ Она може бити штампана малим словима или на полеђини уговорног документа. Чак и да професионалац укаже потрошачу на арбитражну клаузулу, просечан потрошач не разуме језик саме клаузуле, као ни домаћај њеног уношење у уговор.

Дакле, сматрамо да је за пуноважан арбитражни споразум кључно да је потрошач донео слободну и информисану одлуку.⁷⁰ Он

⁶⁴ Jean Calais-Auloy, Henri Temple, 195.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Марко Ђурђевић, „Општи услови уговора и заштита потрошача“, *Od caveat emptor do caveat venditor*, Крагујевац 2009, 247; Jean Calais-Auloy, Henri Temple, 195.

⁶⁷ Адхезиони уговори су шира категорија и не односе се само на уговоре закључене прихватањем општих услова пословања. Ми ћемо се ограничити на адхезионе уговоре унапред састављене и у писменој форми (нап. аут.).

⁶⁸ Уговори по приступу нису ограничени на одређену врсту уговора, нити на квалитет једне уговорне стране. Вид.: Brigitte Lefebvre, „Le contrat d’adhésion“, *Le revue de notariat*, Vol. 105, 2003, 441.

⁶⁹ Frederick L. Miller, „Arbitration Clauses in Consumer Contracts: Building Barriers to Consumer Protection“, *Michigan Bar Journal*, No. 78, 1999, 302.

⁷⁰ Пример референтног приступа је Протокол Америчке арбитражне асоцијације. Он под Принципом 11 регулише арбитражни споразум. Потрошачу се у вези с тим мора: 1) указати на јасан и одговарајући начин на одредбу о арбитражи и њене последице, укључујући и изјаву о њеном обавезујућем или опционом карактеру; 2) пружити разуман приступ информацијама које се односе на арбитражни поступак, укључујући разликовање између арбитраже и судског поступка, трошкове повезане с једним и другим и савет како могу добити комплетније информације које

мора на јасан начин бити упозорен на правне последице закључења арбитражног споразума – одрицање од судске заштите. На професионалцу треба да буде терет упознавања потрошача с последицама арбитражног споразума.⁷¹ Из разлога заштите потрошача арбитражни споразум морао би бити закључен у одређеној форми. На пример, у Хрватској се захтева да арбитражни споразум буде у посебној исправи коју су потписале обе стране. Исправа не сме да садржи никакав други договор страна осим онога који се тиче арбитражног споразума.⁷²

Стога сматрамо да будући законски оквир арбитражног решавања потрошачких спорова треба конципирати тако да одредба ЗА о пуноважности арбитражног споразума садржаног у општим условима пословања не буде примењива на потрошачку арбитражу. Наиме, ЗА каже да се споразум о арбитражи сматра закљученим и ако се странке у писменом уговору позову на друго писмено које садржи споразум о арбитражи (општи услови за закључење правног посла, текст другог уговора и сл.) ако је циљ тог позивања да споразум о арбитражи постане саставни део уговора.⁷³ Позивање на опште услове или текст другог уговора који садрже арбитражни споразум никако није у интересу потрошача. Штавише, такав начин прихватања арбитражног споразума треба да буде на „удару“ потрошачког законодавства. Потрошач најчешће нема времена, жеље, а ни компетентности да прочита целе опште услове пословања. Он их просто прихвата, иако највећи број њихових одредаба не разуме! Стога је неопходно заштити потрошача од „лавовских“ одредаба општих услова и заштити њихово право на информисано одлучивање о начину решавања спорова произашлих из уговорног односа који обележава неједнакост!

4.2. Трошкови арбитраже

Сматрамо да потрошачка арбитража – сам назив сугерише на разлику у односу на класичну (традиционалну) арбитражу – има „добре шансе“ ако се конципира тако да се отклоне потенцијалне

се односе на арбитражни поступак и списак арбитра; 3) упућивање на могућност коришћења поступка пред судом као алтернативе обавезујућој арбитражи у одговарајућим случајевима и 4) јасна изјава о начину на који потрошач може вршити право избора, ако оно постоји, да спор изнесе пред арбитражу или пред суд.

⁷¹ Тако и: Катарина Иванчевић, „Решавање потрошачког спора пред арбитражом“, *Strengthening Consumer Protection in Serbia, Liber Amicorum Svetislav Taboroši, Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić (eds.)*, Правни факултет Универзитета у Београду 2013, 269.

⁷² Закон о арбитражи Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 88/01, чл. 6.

⁷³ Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/06, чл. 12, ст. 4 (даље: ЗА).

опасности по заштиту потрошача. Први проблем потрошачке арбитраже су трошкови, тј. учешће потрошача у трошковима.⁷⁴ У теорији се сматра да трошкови поступка делују прохибиторно на покретање арбитражног поступка од стране потрошача.⁷⁵ Потрошач који се суочи с повредом неког права пре него што „пресавије табак“ мора

⁷⁴ Европски суд правде (даље: ЕСП) се о овоме изјаснио у случају *Océano Grupo Editorial SA u Salvat Editores SA v. Rocío Murciano Quintero и други*. У току 1995. и 1996. године *Océano Grupo Editorial SA* је закључило низ уговора о купопродаји с оброчним плаћањем с грађанима из различитих делова Шпаније, а предмет продаје биле су енциклопедије за личну употребу. Реч је о стандардним уговорима које је унаред саставио продавац, а који су садржали клаузулу о искључивој надлежности суда у Барселони. Барселона је град у коме се налази седиште поменуте компаније, док су купци пореклом из различитих делова Шпаније сви били приморани да заштиту остварују пред судом који је био удаљен од њиховог пребивалишта и по неколико стотина километара. У току 1997, након што су купци пропустили да плате уговорене оброке, продавац је поднео тужбу пред судом у Барселони. Будући да је суд у Барселони био удаљен од места пребивалишта потрошача, суд је правилно пошао од тога да би њихов долазак у Барселону био скопчан са великим трошковима. *Ово уколико пре што је тужбени захтев мале вредности, а трошкови повезани са доласком на суд или заступањем пред судом несразмерни. Стога је врло вероватно да би трошкови деловали одвраћајуће на потрошача, који би у намери да их избегну одустали од улагања приговора или правног лека.* Доказ неравнотеже поменуте пророгационе клаузуле представља чињеница да је она извор увећаних трошкова за потрошаче, а уштеде на страни продавца. Оваква клаузула омогућава продавцу да све спорове из свог пословања са потрошачима решава пред судом свог седишта, што му знатно олакшава долазак на суд и заступање. Наслутивши да је питање врло осетљиво, Суд (*Juzgado de Primera Instancia de Barcelona*) пред којим је захтев подигнут обратио се Европском суду правде (даље: ЕСП) са питањем да ли је опсег заштите коју потрошачима пружа Директива 93/13 о неправичним клаузулама у потрошачким уговорима такав да национални суд може по службеној дужности утврдити да ли је одредба уговора неправична при прелиминарној оцени да ли се може допустити даље поступање по тужби пред редовним судовима. У одговору ЕСП полази од тога да циљ чл. 6 Директиве 93/13 – да неправичне одредбе уговора не обавезују потрошача – не би могао бити остварен ако би сам потрошач морао да улаже приговор неправичности одредбе. Стога је за заштиту потрошача кључно да суд може по службеној дужности да процени неправичност арбитражних и пророгационих клаузула. Суд изричито каже да је „национални суд дужан да, при примени одредби националног права... тумачи те одредбе, у мери у којој је то могуће, у светлу текста и сврхе Директиве. Захтев за тумачењем у сагласности са Директивом намеће националном суду посебно да предност даје тумачењу које би му допустило да по службеној дужности отклони надлежност која му је поверена путем неправичне клаузуле.“ Како се у теорији примећује, процесно правило о поступању суда по службеној дужности надовезује се на материјално правило о ништавости неправичних одредби (Вид.: Ивана Кунда, 260). Сличан став ЕСП заузео је и у случају *Cofidis SA v. Jean-Louis Fredout*. Разлика је само у томе што је ЕСП нагласио да дужност националних судова да сами испитују неправичност уговорних одредби у потрошачким уговорима не може бити ограничена било каквим застарним rokovима.

⁷⁵ Детаљније о последицама по одвијање потрошачких трансакција: Stephen J. Ware, „Paying the Price of Process: Judicial Regulation of Consumer Arbitration Agreements“, *Journal of Dispute Resolution*, No. 1, 2001, 1–12.

да измири део трошкова арбитражног поступка. Ако су трошкови тако одређени да се не прави разлика између потрошачке и класичне (трговачке) арбитраже, потрошачи са ниским приходима неће моћи да покрену поступак за заштиту својих права.⁷⁶ Из овог угла посматрано, уношење арбитражне клаузуле у потрошачки уговор има за последицу лишавање потрошача сваке могућности вршења права на приступ суду.⁷⁷ Реч је о озбиљном проблему потрошачке арбитраже.⁷⁸ Потрошач који не може себи приуштити плаћање трошкова остаће без заштите.⁷⁹ То, даље, значи да је цена правде пред арбитражом недостижна за потрошаче са нижим примањима. Да ствар буде још гора: овако конципирана арбитража доводи до тога да професионалци бивају *de facto* екскулпирани за неиспуњење обавеза и уопште повреду права потрошача са ниским примањима.⁸⁰ Проблем се може решити само на један начин: укидањем учешћа потрошача у трошковима арбитраже, тј. обавезивањем професионалца да у потпуности сноси све трошкове.⁸¹ Само тако се потрошачима

⁷⁶ Судска пракса у америчким државама није на овој линији размишљања. Постоје три случаја из којих се види јасно опредељење судија у корист арбитражног решавања потрошачких спорова, иако су потрошачи покушали да докажу да им трошкови које треба да плате пре подношења тужбе чине немогућим покретање поступка. То су: *North American Van Lines v. Collyer, Rollins versus Foste* и *Green Tree Financial Corporation v. Randolph*. Међутим, став судске праксе је потпуно другачији када је реч о арбитражној клаузули садржаној у уговору о раду. У случају *Cole v. Burns International Security Services* суд је изразио мишљење да послодавац не може условљавати заснивање запослења потписивањем арбитражне клаузуле према којој запослени треба да плати све трошкове или део хонорара арбитра. Детаљније: Julia A. Scarpino, „Mandatory Arbitration of Consumer Disputes: A Proposal to Ease the Financial Burden on Low-Income Consumers“, *Journal of Gender, Social Policy and The Law*, Vol. 10:3, 2002, 692–704.

⁷⁷ Теоретски посматрано, арбитражна клаузула *per se* није неправична, али јесте ефекат који она изазива. Трошкови које потрошач треба да предујми утичу на вршење права на приступ суду. То арбитражну клаузулу чини неправичном.

⁷⁸ Приставши на арбитражну клаузулу, потрошач се добровољно одрекао права на приступ суду. Међутим, он није могао знати да се пристанком на арбитражну клаузулу *de facto* одриче сваког вида правне заштите.

⁷⁹ Mark E. Budnitz, „The High Cost of Mandatory Consumer Arbitration“, *Law and Contemporary Problems*, Winter/Spring 2004, 135.

⁸⁰ То није правично и компромитује арбитражу као метод решавања потрошачких спорова. Вид.: Julia A. Scarpino, 687.

⁸¹ Потрошач који се обраћа суду није дужан да плати или учествује у плаћању хонорара судије. Арбитража не може бити адекватна алтернатива судском путу заштите права ако се потрошач оптерети плаћањем хонорара арбитра и уопште трошкова поступка. Осим тога, Директива о алтернативном решавању потрошачких спорова обавезује државе чланице да убудуће обезбеде да поступак пред органом АДР буде бесплатан за потрошача или да минимално кошта (Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution

може омогућити да заиста користе арбитражу као начин решавања спорова.⁸²

Питање трошкова арбитраже може и мора бити решено на законодавном или институционалном плану. Сталне арбитражне институције треба да донесу посебне правилнике за потрошачку арбитражу и да њима уреде питање расподеле трошкова.⁸³ Утицај трошкова арбитраже на доступност овог вида заштите права потрошача је проблем који се не може решити другачије. Све и да је пажљиво читао арбитражну клаузулу и да је упознат са њеним домашајем, просечни потрошач не може у часу њеног прихватања знати колико она кошта. Ниједна арбитражна клаузула не указује на висину трошкова арбитраже, нити на њихову расподелу међу странама.⁸⁴ Потрошач, дакле, не може унапред знати колико ће га коштати арбитражно судовање. Из овога произлази да он не поседује све информације неопходне за доношење информисане одлуке о пристанку на арбитражу.⁸⁵ Како многи професионалци арбитражну клаузулу уносе у опште услове пословања или стандардне уговоре и од њене примене не одступају, јасно је да потрошачи неће бити у могућности да прибаве неопходну робу и услуге ако „у пакету“ не пристану на арбитражну клаузулу.⁸⁶

4.3. Ограничења у погледу примене меродавног права

Трећа тачка спотицања потрошачке арбитраже представља могућност уговарања примене обичаја или решавања спора на осно-

for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, чл. 8, ст. 1, тач. ц).

⁸² У америчкој судској пракси је истакнуто да је „арбитража замишљена као разумни супститут државног суда“! Тиме се истиче колико је битно да трошкови арбитраже не буду одвраћајући фактор за потрошача са ниским приходима. Вид.: Julia A. Scarpino, 703.

⁸³ American Arbitration Association је то учинило 2003. године доневши нова правила за потрошачке спорове. Иако је овим правилима предвиђено учешће потрошача у трошковима арбитражног поступка, правила пружају заштиту потрошачима који нису у стању да плате трошкове (на сличан начин на који могу бити ослобођени трошкова поступка пред државним судом).

⁸⁴ Julia A. Scarpino, 688.

⁸⁵ Потрошачи не дискутују са професионалцима о начину решања будућих спорова у тренутку закључења потрошачког уговора, иако би требало! Узмимо као пример уговор о осигурању. Према директивама ЕУ и националним законима држава чланица, осигуравач је дужан да пружи потрошачу осигурања бројне информације, међу којима је и она о начину решавања спорова. Осигуравач који то не учини и који још у опште услове осигурања унесе арбитражну клаузулу свакако крши своју обавезу.

⁸⁶ То њихову позицију чини још рањивијом и указује на поремећај уговорне равнотеже на који морају пристати зарад набављања потребних роба и услуга. Julia A. Scarpino, 704–705.

ву правичности (*ex aequo et bono*).⁸⁷ Иако је то несумњива предност арбитраже за пословни свет, за потрошаче је то извор ризика.⁸⁸ Уговарање примене обичаја или принципа правичности истовремено значи онемогућавање примене позитивноправних правила протекционистички настројених према потрошачу.⁸⁹ Реч је о императивним (или полуимперативним) стандардима заштите, којих се потрошач не може одрећи. Стога сматрамо да потрошачка арбитража треба да се разликује од трговачке по томе што се може уговорити примена националног права као меродавног, а не и примена обичаја и принципа правичности. Право које ће потрошачка арбитража примењивати мора бити одређено већ у моменту закључења арбитражне клаузуле.⁹⁰ Има аутора који предлажу да се с циљем заштите потрошача као меродавно одреди право државе пребивалишта потрошача.⁹¹ Из истих разлога не би требало дозволити уговарање надлежности арбитраже чије је седиште удаљено од пребивалишта потрошача.⁹²

За исход поступка који се покреће од стране потрошача једнако је значајно и процесно право. Како је арбитража уговорна творевина страна, може се догодити да уговоре примену процесних правила која не „иду на руку“ потрошачима. Наиме, већина права данас познаје специфична правила судске процедуре у потрошачким споровима (поједностављена процедура, рок за доношење одлуке,

⁸⁷ Harry T. Edwards, „Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?“, *Harvard Law Review*, Vol. 99, 1986, 678.

⁸⁸ Уговорна природа арбитраже омогућава странама да створе сопствени суд, по сопственој мери! Могућност избора меродавног материјалног и процесног права, седишта арбитраже и осталих елемената којима се креира софистицирани арбитражни поступак несумњиво је у интересу пословног света. Међутим, на избор поменутих елемената не може се гледати на исти начин када професионалац закључује арбитражу са потрошачем који је слабија страна.

⁸⁹ У Немачкој осигуравачи одбијају да исплате одштетни захтев заснован на арбитражној пресуди, ако арбитража није изричито поменута као начин решавања спорова у општим условима осигурања од одговорности. Осим тога, немачки осигуравачи традиционално одбијају да исплате одштетни захтев када је арбитража решавала на основу принципа правичности. Они сматрају да таква одлука не може бити изједначена с одлукама државних судова који примењују право. Вид.: Erich Prölls, „Schidsverfahren über Haftpflichtansprüche und Haftpflichtversicherungsschutz“, *VersicherungsRecht*, 1965, 102 и след.

⁹⁰ Hubertus Labes, „Arbitration of Insurance Disputes in Germany“, 940.

⁹¹ Иако је ово право које потрошач по природи ствари најбоље познаје, питање је колико је оправдано инсистирати на примени права државе пребивалишта потрошача. Шта ако је уговорена примена права неке друге државе (никако државе седишта професионалца) које је повољније по интересе потрошача? Вид.: Jonnette Watson Hamilton, „Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice“, *McGill Law Journal*, Vol. 51, 2006, 726.

⁹² Jonnette Watson Hamilton, 726.

помоћ суда у току поступка, итд).⁹³ Поента тих правила је заштита положаја потрошача и повећање његових шанси да победи у спору. С тим у вези сматрамо да потрошачка арбитража никако не може бити *ad hoc* арбитража. Постоји низ правила, тј. ограничења аутономије воље страна у функцији обезбеђења права на правично суђење у потрошачких споровима: место арбитраже,⁹⁴ ограничења истражног начела,⁹⁵ забрана уговарања надлежности арбитра појединца уместо већа, ограничења висине одштете.⁹⁶ Што је још повољније по потрошаче, неке институције су донеле посебна правила за решавање потрошачких спорова.⁹⁷

Да легитимитет потрошачке арбитраже умногоме зависи од тога да ли је потрошачу обезбеђен правичан и фер поступак показује одлука Европског суда правде у случају *Asturcom Telecomunicaciones SL v Christina Rodríguez Nogueira*.⁹⁸ У овом случају је ЕСП одлучио

⁹³ Ни наше право није изузетак. Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/11) садржи посебан одељак посвећен потрошачким споровима (чл. 488–493).

⁹⁴ Оно не сме бити много удаљено од пребивалишта или боравишта потрошача. То да ли је уговорено седиште арбитраже много удаљено цени се поређењем трошкова путовања са очекиваним трошковима одштете. Пример неправичне арбитражне клаузуле налазимо на интернет сајту познате компаније *Amazon*, где се каже да се сви спорови настали у вези са производима купљеним посредством овог сајта решавају пред арбитражом са седиштем у Сијетлу (Вашингтону).

⁹⁵ Још једна од предности арбтраже која се доводи у везу са смањењем трошкова. Из угла потрошача трошкови ће бити смањени преваљивањем на професионалца, али не на начин којим се потрошачу онемогућава да изнесе све чињенице у своју корист или да одговори на наводе професионалца. Утолико пре што је слабија страна. Вид.: Susan Lott, Marie Hélène Beaulie, Jannick Desforges, *Mandatory Arbitration and Consumer Contracts*, Public Interest Advocacy Centre and Option consommateurs, 2004, 29.

⁹⁶ Арбитражне клаузулу америчких компанија неретко ограничавају износ одштете који се може досудити потрошачу. Овај елемент је довољан да се клаузула прогласи неправичном из угла континенталног права.

⁹⁷ American Arbitration Association – Consumer Due Process Protocol. У овом протоколу изричито стоји да ако арбитража утврди да се клаузулом о решавању спорова одступа од минималних процесних гаранција за потрошача може одбити да решава спор. Детаљније: Cherisse Mastry, „The AAA’s Consumer Due Process Protocol“, *Journal of Texas Consumer Law*, No. 534, 2001, 43–44.

⁹⁸ Предмет спора је уговор о претплати за мобилни телефон, који је садржао арбитражну клаузулу о надлежности арбитраже Asociacion Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE). Ова арбитражна институција помиње се и у случају *Mostaza Claro*. Њено седиште је Билбао, али то није било наведено у уговору! Како госпођа Rodríguez Nogueira није платила неколико рачуна и раскинула је уговор пре истека минималног периода на који је закључен, *Asturcom* је покренуо арбитражни поступак. На основу арбитражне одлуке поменута госпођа је обавезана да плати износ од 669,60 евра. Након што је одлука постала коначна, *Asturcom* је тражио њено извршење пред првостепеним судом у Билбаоу (*Juzgado de Primera Instancia No 4 de Bilbao*). Суд је сматрао да је арбитражна клаузула неправична, нарочито

да национални суд пред којим се подноси захтев за извршење арбитражне одлуке – која је постала коначна и која је донета у одсуству потрошача – мора по службеној дужности да процени да ли је арбитражна клаузула садржана у уговору између потрошача и професионалца (не)правична, као и какве правне последице услед тога настају по националном праву!⁹⁹ Ово независно од држања потрошача у арбитражном поступку: његово непојављивање пред арбитражним судом може бити последица немогућности покривања трошкова одбране у месту сувише удаљеном од његовог пребивалишта. Национални суд зарад заштите потрошача – био он активан или пасиван у спору – мора по службеној дужности да пази на неправичност арбитражне клаузуле.

4.4. Арбитри

Четврти проблем представљају арбитри. За разлику од судија, арбитри у класичној арбитражи не морају имати правно образовање.¹⁰⁰ Заправо, многи међу њима имају велико пословно искуство, што их чини иницијално наклоњеним професионалцима.¹⁰¹ Чак и

због удаљености седишта арбитраже од пребивалишта потрошача. Његови путни трошкови до места арбитраже могу бити већи од вредности предмета спора, што се нужно одражава на могућност изношења одбране од стране потрошача. Што је још битније, место арбитраже није било наведено у уговору. Из тог разлога је првостепени суд правилно сматрао арбитражну клаузулу извором нарушавања уговорне равнотеже на штету потрошача (тешкоће које појављивањем пред арбитражом у Билбоу настају за потрошача наспрам су предности које услед концентрације парничења у истом месту и пред истим судом користи трговац!). Разлика у односу на случај *Mostaza Claro*, који ћемо касније навести, је у следећем: тужена није учествовала у арбитражном поступку, нити је поднела тужбу за поништај арбитражне одлуке. Она се, дакле, држала врло пасивно. Вид.: С-40/08, 6. октобар 2009.

⁹⁹ „Директива 93/13 о неправичним одредбама у уговорима закљученим са потрошачима мора се тумачити на начин да националном суду пред којим је поднет захтев за извршење коначне арбитражне одлуке, која је донета у одсуству потрошача, намеће, ако су му доступни правни и чињенични елементи неопходни за тај задатак, службену дужност оцењивања да ли је арбитражна одредба у уговору закљученом између продавца и пружаоца услуга и потрошача неправична, у мери у којој према националним процесним правилима може спровести такву процену у сличним поступцима домаће природе. Ако је тако, суд има дужност да утврди све последице које из тога произлазе у складу са националним правом, да би обезбедио да потрошач није везан том одредбом“. Детаљније: 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, 97.

¹⁰⁰ Ако нису правници по образовању, тешко је очекивати да се арбитри придржавају високих моралних стандарда правне струке. Вид.: Cherrisse Mastry, 43.

¹⁰¹ Осим тога, они „живе“ од спорова који се воде против професионалаца. За разлику од потрошача који се најчешће појављују пред арбитражом само једном (енг. one-off players), професионалци су редовни корисници услуга арбитраже (енг. Repeat-Players). У том смислу се може говорити о пристрасности арбитра пре-

да су правници, ако нису специјализовани за потрошачко право, арбитрама неће бити лако да „изађу на крај“ с комплексним правним питањима везаним за заштиту потрошача.¹⁰² Стога се у упоредном праву среће захтев да арбитражно веће буде сачињено од правника, да одлучује применом меродавног права и да арбитражна одлука буде сачињена у писменом облику и образложена.¹⁰³ Потрошачу се мора пружити могућност да учествује у избору арбитра.¹⁰⁴ Стога је изузетно лоша по интерес потрошача одредба нашег ЗЗП која странама у спору дозвољава да „споразумно повере решавање потрошачког спора арбитрау којег изаберу у складу са законом којим се уређује арбитража“.¹⁰⁵ Потрошачка арбитража – која тек треба да се уобличи у нашем праву – не може бити поверена арбитрау појединцу, већ искључиво већу. Разлози поништаја арбитражне одлуке треба да се прошире, тако да одлука може бити оспорена и ако потрошач тврди да арбитраи нису исправно применили меродавно право или да нису применили исправно право.¹⁰⁶

4.5. Недостатак транспарентности

Конфиденцијалност арбитражног поступка је једна од највећих предности арбитраже у односу на судски поступак. Иако професионалци имају интерес да се обезбеди тајност поступка пред арбитражом, исти интерес не уочавамо код потрошача. Заправо, приватност поступка потрошачима вишеструко штети.¹⁰⁷ Прво, она онемогућава „потрошачкој јавности“ да се упозна са споровима који воде други потрошачи са професионалцима. Тиме се посредно доприноси неоткривању различитих модалитета незаконитог понашања професионалаца. Просечни потрошач има интерес да се упозна са узро-

ма професионалцима и наклоњености њиховим интересима. Детаљније о овом разликовању: Donna M. Bates, 855.

¹⁰² Противници арбитраже користе овај аргумент да би закључили да потрошачи имају мање шансе да добију спор пред арбитражним судом него пред судом. Арбитар, који није правник и који има пословно искуство у решавању спорова из пословних односа, није у стању да се поистовети са потрошачем, жртвом злоупотребе надмоћније позиције професионалца. Вид.: Julia A. Scarpino, 686.

¹⁰³ Hubertus Labes, „Arbitration of Insurance Disputes in Germany“, 940.

¹⁰⁴ Никако не може бити пуноважна клаузула којом се професионалцу даје једнострано овлашћење избора арбитра појединца надлежног за решавање потрошачког спора. Детаљније: Jonnette Watson Hamilton, „Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice“, *McGill Law Journal*, Vol. 51, 2006, 726.

¹⁰⁵ ЗЗП, чл. 134, ст. 2.

¹⁰⁶ Jonnette Watson Hamilton, 726.

¹⁰⁷ Susan Lott, Marie Hélène Beaulie, Jannick Desforges, *Mandatory Arbitration and Consumer Contracts*, Public Interest Advocacy Centre and Option consommateurs, 2004, 31.

цима потрошачких спорова, јер на основу њих може сазнати да је и сам жртва незаконитости или уопште злоупотребе положаја од стране професионалца. Друго, приватност арбитражног поступка онемогућава формирање арбитражне праксе у погледу потрошачких спорова.¹⁰⁸ Због тога изостаје позитиван ефекат одлуке на понашање компаније која је пружила робу или услугу.¹⁰⁹ Како се не суочава с упознавањем шире јавности са њеним потрошачки некоректним поступцима, компанија наставља да се понаша на идентичан начин према потрошачима. Треће, постоји ризик од неконзистентних одлука. Како арбитражна одлука није доступна, а ни обавезујућа у будућим споровима, може се десити да две арбитраже донесу потпуно различите одлуке при истом или сличном чињеничном стању.¹¹⁰

4.6. Непостојање права на жалбу и ограничене могућности оспоравања арбитражне одлуке

Један од аргумената против арбитражног решавања потрошачких спорова тиче се ограничених могућности нападања арбитражне одлуке.¹¹¹ Жалба против арбитражне одлуке није дозвољена, док се тужба за поништај подноси из тачно одређених разлога. Из овога произлази да једном донета арбитражна одлука на штету потрошача нема много изгледа за неуспех. Међутим, ЕСП је у случају *Mostaza Claro* заузео становиште да се „директива 93/13 мора тумачити на начин да национални суд пред којим се води поступак за поништај арбитражне одлуке мора утврдити да ли је арбитражни споразум неваљан и поништити одлуку, чак и ако потрошач није приговорио тој неваљаности током арбитражног поступка, већ само у поступку за поништај“.¹¹² Само на тај начин може се остварити

¹⁰⁸ О значају публикавања судске праксе у вези с потрошачким споровима говори податак да наш ЗЗП обавезује надлежно министарство да објави доступну судску праксу у вези са поднетим захтевима потрошача за укидањем неправичних уговорних одредби у потрошачким уговорима и непоштеног пословања (чл. 141 у вези са чл. 137).

¹⁰⁹ Susan Lott, Marie Hélène Beaulie, Jannick Desforges, 32.

¹¹⁰ Susan Lott, Marie Hélène Beaulie, Jannick Desforges, 32.

¹¹¹ Miljenko Appio Junio, „Могућности нападања арбитражне одлуке“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vo. 2–3, 2006, 771–799.

¹¹² Спор у предмету *Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Movil Milenium SL* везан је за уговор о пружању услуга мобилне телефоније закључен 2002. године између шпанског друштва Centro Movil Milenium SL и госпође Elisa Maria Mostaza Claro. Уговор је садржао арбитражну клаузулу, којом је за све спорове из тог уговора уговорена надлежност арбитраже Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE). Госпођа Mostaza Claro није поштовала уговорну одредбу о најкраћем трајању претплатничког периода, те је продавац покренуо поступак пред арбитражом. Арбитража је писмом позвала тужену да у року од 10 дана одбије подвргавање арбитражи, објаснивши јој да може покренути судски поступак. Она

циљ чл. 6 и 7 Директиве 93/13, тј. спречити да потрошач буде везан неправичним уговорним одредбама и одвратити трговце од уношења оваквих клаузула у уговоре са потрошачима.¹¹³

5. ЗАКЉУЧАК

Законодавни и институционални оквир решавања потрошачких спорова у Србији пати од некомплетности и недовршености. То се посебно односи на арбитражно решавање потрошачких спорова. Залажемо се да се ово питање уреди у ЗА, ЗЗП или посебном Закону о алтернативном решавању потрошачких спорова на следећи начин. Арбитражна клаузула не треба да буде обухваћена тзв. црном листом неправичних клаузула. Она не мора бити *a priori* неправична и ништава. Арбитражну клаузулу садржану у потрошачким уговорима треба посматрати кроз призму теста правичности из Директиве 93/13 и домаћег права. Ако је реч о клаузули која је наметнута потрошачу – што ће бити случај ако је садржана у општим условима пословања – и ако се њоме нарушава уговорна равнотежа на штету потрошача, арбитражна клаузула је неправична. При том се залажемо да се усвоје одређени критеријуми процене да ли је уговорна равнотежа нарушена. То су: седиште арбитраже (не сме бити превише удаљено од пребивалишта потрошача), уговарање надлежности арбитра појединца уместо већа, уговарање примене обичаја или принципа правичности уместо права, преваљивање трошкова поступка на потрошача, итд. Из анализе праксе ЕСП закључујемо да је арбитражна клаузула, коју је унапред саставио продавац с циљем да се надлежност за све спорове из уговора у вези са његовим пословањем повери арбитражи у месту његовог седишта, искључиво у његову корист и као таква неправична. Дакле, ако узмемо пример Србије, то би значило следеће: арбитражна клаузула садржана у уговору који је потрошач из Ниша или Суботице закључио са трговцем из Београда, којом пристаје на надлежност арбитраже у Београду, представља пример неправичне клаузуле. Њен учинак се састоји у нарушавању уговорне равнотеже на штету потрошача, који би морао да рачуна са знатним трошко-

није оспорила надлежност арбитраже, нити арбитражног споразума, већ је ушла у расправу о предмету спора. Након спроведеног поступка, донета је одлука којом је тужена обавезана на одређену исплату. Госпођа Mostaza Claro је, након негативног исхода поступка, оспорила арбитражну одлуку позивајући се на неправични карактер арбитражне клаузуле и њену ништавост. Суд у Мадриду је упутио питање ЕСП, будући да је био у дилеми због пасивног државања потрошача у арбитражном поступку и непозивања на неправичност арбитражне клаузуле.

¹¹³ То не било било могуће ако национални суд не би могао санкционисати неправичну одредбу само зато што је потрошач пропустио да се позове на њу! Тако и: Ивана Кунда, 265.

вима ако жели да се обрати тој институцији у својству тужиоца или ако треба да изнесе своју одбрану (морао би да изостане са посла, да плати трошкове превоза, највероватније и смештаја). Реч је о трошковима који знатно премашују вредност предмета спора, због чега још више могу да одврате потрошача у његовој намери да „истеру правду“. Потрошачка арбитража треба, дакле, да инволвира минимум стандарда заштите потрошача. Уважавајући праксу ЕСП, национални судови су дужни да *ex officio* пазе на неправични карактер арбитражне клаузуле садржане у потрошачким уговорима.

Dr Nataša Petrović Tomić

Assistant Professor

Faculty of Law University of Belgrade

RESOLUTION OF CONSUMER DISPUTES THROUGH ARBITRATION

With special regard on insurance disputes

Summary

Efficient resolution of consumer disputes contributes to the strengthening of consumer protection. As the increasing of number of consumer contracts necessary increase consumer disputes, there is an interest in developing the Alternative Disputes Resolution. The paper is devoted to the question of arbitrability of consumer disputes. At the beginning of the paper author points out at the difference between European and American approach to the arbitration of consumer disputes. Having in mind the premise that classic (commercial) arbitration is not a priori suitable on consumer disputes author advocates introduction of specific consumer arbitration. The largest part of the paper deals with the characteristics of proposed consumer arbitration in order to prevent clause of arbitration to be void as unfair contract term. It is underlined the importance of free and informed consent of consumer on arbitration clause. At the conclusion, author cites approach of European Court of Justice according to which national courts have to look after unfair character of arbitration clause contained in consumer contract *ex officio*.

Key words: *Consumer. – Consumer Contract. – Consumer Protection. – Clause of Arbitration. – Arbitrability.*