

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA UNION U BEOGRADU

**OPŠTI USLOVI POSLOVANJA
U OBLIGACIONOM I
MEĐUNARODNOM TRGOVINSKOM
PRAVU: pojam, zaključenje,
tipične klauzule i kontrola**

- DOKTORSKA DISERTACIJA -

Kandidat:

Slobodan Vukadinović

Mentor:

Prof. dr dr h.c. Vladimir Vodinelić

Beograd, 2019. god.

Mom hrabrom Vuku

SADRŽAJ

	Strana
Skraćenice.....	7
PRETHODNA RAZMATRANJA (postavljanje pravnog problema).....	9
1. Problem i predmet istraživanja	9
2. Cilj istraživanja.....	13
3. Zadaci istraživanja.....	14
4. Polazne hipoteze.....	15
5. Naučne metode istraživanja.....	16
6. Naučna opravdanost disertacije i praktična primena rezultata.....	17
7. Sistematika rada i plan izlaganja.....	19
Deo I: POJAM OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA.....	20
1. Načelo autonomije volje, njegova ograničenja u savremenom pravnom životu i opšti uslovi poslovanja	21
1.1. Načelo autonomije volje kao pravni osnov kreiranja i primene OUP.....	21
1.2. Kritike i ograničenja autonomije volje u savremenom pravu.....	24
2. Pojam opštih uslova poslovanja.....	31
2.1. Terminološka razmatranja.....	31
2.2. Razgraničenje opštih uslova poslovanja od srodnih pravnih instituta	34
2.3. Sličnosti i razlike sa tipskim ugovorima i athezionim ugovorima.....	36
2.4. Sličnosti i razlike sa poslovnim običajima.....	40
3. Od karakteristika do definicije pojma.....	42
3.1. Karakteristike (svojstva) opštih uslova poslovanja.....	42
3.2. Modaliteti pojavnih oblika OUP i načini upoznavanja sa njihovom sadržinom (objavljivanje).....	49
3.3. Definicija opštih uslova poslovanja.....	51
4. Najstariji zabeleženi izvori formularnog prava i razlozi pojave OUP u savremenom pravu.....	57
5. Opšti uslovi poslovanja kao izvor autonomnog prava međunarodne trgovine.....	60
6. Doprinos opštih uslova poslovanja unifikaciji ugovornog prava.....	63

7. Oblasti u kojima se danas koriste OUP (širina primene).....	69
8. Kreatori opštih uslova poslovanja	71
8.1. Ženevski opšti uslovi	74
8.2. FIDIC-ovi opšti uslovi.....	76
9. Pravna priroda opštih uslova poslovanja.....	87
10. Opšti uslovi poslovanja u uporednom pravu.....	91
10.1. Francuska.....	91
10.2. Nemačka.....	97
10.3. Austrija.....	104
10.4. Švajcarska.....	104
10.5. Italija.....	106
10.6. Holandija.....	108
10.7. Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske.....	110
10.8. Sjedinjene Američke Države.....	112
11. Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe i OUP.....	115

Deo II: ZAKLJUČENJE UGOVORA PRIMENOM OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA.....	122
1. Važenje OUP i njihovo pravno dejstvo (OUP u statici i dinamici).....	123
2. Karakter OUP u statici (ponuda javnosti ili poziv da se ponuda učini).....	126
2.1. OUP kao opšta i stalna ponuda, odnosno sastavni deo ponude.....	128
2.2. OUP kao opšti poziv da se učini ponuda u skladu sa njihovom sadržinom.....	145
3. Odbijanje primenjivača opštih uslova poslovanja da zaključi ugovor.....	153
3.1. Odbijanje uopšte: pravo na odbijanje zaključenja ugovora primenom OUP.....	153
3.2. Odbijanje zbog okolnosti, tehničkih mogućnosti ili statusa potencijalnog saugovarača.....	156
4. Osnov primene OUP (načini i tehnike uključivanja u pojedinačni ugovor).....	158
4.1. Izričita i prećutna primena.....	158
4.2. Primena OUP ćutanjem.....	166
4.3. Automatska (podrazumevana) primena OUP.....	167
4.4. Poslovni običaj kao osnov primene.....	169
5. Trenutak zaključenja ugovora primenom opštih uslova poslovanja.....	170
6. Zaključenje ugovora bez pregovora.....	180
7. Pravo na odustanak od ugovora zaključenog primenom OUP.....	184

8. Opšti uslovi poslovanja kao sastavni deo ugovora.....	189
9. Obaveznost primene opštih uslova poslovanja.....	191
9.1. Obaveznost primene OUP za subjekte koji ih samostalno donose.....	191
9.2. Obaveznost primene OUP za subjekte koji vrše javna ovlašćenja.....	194
10. Odstupanje od opštih uslova poslovanja.....	196
11. Konkurencija opštih uslova poslovanja saugovarača.....	203
11.1. Pravni problem.....	203
11.2. Različiti pristupi rešavanju ovog problema u pravnoj teoriji.....	208
11.3. Teorija poslednje reči.....	209
11.4. Teorija prve reči.....	213
11.5. Teorija delimične nesaglasnosti (pravilo međusobnog isključivanja).....	214
11.6. Teorija činidbe tipične za ugovor.....	217
11.7. Pravično rešenje (pravilo „najbolje“ reči).....	217
11.8. Rešenja u nadnacionalnim izvorima ugovornog prava.....	220
12. Pitanje izmene opštih uslova poslovanja nakon zaključenja ugovora.....	228
13. Tumačenje opštih uslova poslovanja.....	237
13.1. Zakonska pravila (<i>Contra proferentem</i>).....	237
13.2. Ograničenja u primeni posebnog pravila tumačenja OUP <i>in dubio contra proferentem</i> (ili <i>in dubio contra stipulatorem</i>).....	244
13.3. Autentično tumačenje.....	248
13.4. Običajna pravila tumačenja.....	249
13.5. Sudsko tumačenje i tumačenje arbitraže.....	251

Deo III: (NEKE) TIPIČNE KLAUZULE U OPŠTIM USLOVIMA POSLOVANJA

1. Postoje li tipične ili neke tipične klauzule OUP?.....	253
2. Klauzule egzoneracije.....	255
3. Klauzule o garanciji.....	261
4. „Odbrambene“ klauzule.....	267
5. Klauzule o neopozivosti.....	267
6. Nepravilne klauzule.....	268
7. Klauzule o načinu rešavanja spora.....	278
7.1. Arbitražne klauzule i klauzule o alternativnim načinima rešavanja sporova.....	279
7.2. Pozivanje na OUP koji sadrže arbitražnu klauzulu.....	283

7.3. Arbitražna klauzula u OUP kojima pristupa potrošač.....	287
7.4. Klauzule o rešavanju sporova u međunarodnoj trgovini i u FIDIC-ovim opštim uslovima.....	292
7.4.1. Prednosti FIDIC-ovih odbora za sporove.....	300
Deo IV: KONTROLA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA.....	303
1. Razlozi kontrole OUP: potreba ili neophodnost?.....	304
2. Vrste kontrole OUP.....	308
3. Upravna kontrola.....	311
3.1. Tržišni nadzor od strane nezavisnih ili „polunezavisnih“ državnih organa.....	319
3.2. Kontrola od strane Narodne banke Srbije.....	323
4. Kontrola javnog mnjenja.....	324
5. Autonomna kontrola.....	329
5.1. Sud časti.....	329
6. Sudska kontrola.....	333
6.1. Kontrola pred redovnim sudom.....	336
6.2. Kontrola pred ustavnim sudom.....	348
ZAKLJUČAK.....	360
SPISAK KORIŠĆENE LITERATURE.....	377

SKRAĆENICE

ABGB = Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Građanski zakonik Austrije)

ACES = Association of Consulting Engineers of Serbia (Udruženje inženjera konsultanata Srbije)

ADR = Alternative Dispute Resolution (Alternativno rešavanje sporova)

AGB-Gesetz = Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja)

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch (Građanski zakonik Nemačke)

BGH = Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud Nemačke)

BW = Buergerlijk Wetboek (Građanski zakonik Holandije)

CC = Građanski zakonik Francuske (Code Civil)

ECE = Ekonomska komisija Ujedinjenih nacija za Evropu (United Nations Economic Commission for Europe)

ECOSOC = Ekonomski i socijalni savet UN

EIC = European International Contractors

FIATA = International Federation of Freight Forwarders Associations (Međunarodni savez udruženja špeditera)

FIDIC = International Federation of Consulting Engineers (Međunarodno udruženje inženjera konsultanata)

GZ = Građanski zakonik

ICC = International Chamber of Commerce (Međunarodna trgovinska komora)

IFC = International Finance Corporation (Međunarodna finansijska korporacija)

MDB = Multilateral Development Banks (multilateralne razvojne banke)

OUP = opšti uslovi poslovanja

PECL = Principles of European Contract Law (Načela evropskog ugovornog prava)

PICC = The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principi međunarodnih trgovinskih ugovora)

SAD = Sjedinjene Američke Države

UNCITRAL = United Nations Commission for International Trade (Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo)

UNIDO = United Nations Industrial Development Organization (Organizacija UN za industrijski razvoj)

UNIDROIT = International Institute for the Unification of Private Law (Međunarodni institut za unifikaciju privatnog prava)

ZOO = Zakon o obligacionim odnosima

ZPP = Zakon o parničnom postupku

ZZP – Zakon o zaštiti potrošača

PRETHODNA RAZMATRANJA

(postavljanje pravnog problema)

1. PROBLEM I PREDMET ISTRAŽIVANJA

U savremenoj praksi ugovornih odnosa između različitih subjekata, a posebno u distancionoj prodaji, elektronskoj trgovini i međunarodnoj trgovini, čest je slučaj da se na osnovu ugovora, kao osnovnog izvora pravila za uređenje međusobnih prava i obaveza, ne mogu raspraviti sva sporna pitanja jer strane nisu u mogućnosti da do detalja predvide rešenja svih situacija do kojih može doći u fazi ispunjenja ugovornih obaveza. U želji za većom brzinom u poslovnim operacijama, subjekti u savremenim ugovornim odnosima često propuste da prilikom zaključenja ugovora posvete dovoljnu pažnju određenim pitanjima, čime otvaraju prostor da se eventualni sporovi raspravljaju po drugim izvorima prava ili pravilima nacionalnih prava koja uopšte nisu imali u vidu kada su ugovarali pravni posao. Rešenje ovog problema vidim u ugovaranju primene opštih uslova poslovanja, čime strane ugovornice ostvaruju višestruke koristi, od kojih su najbitnije skraćanje vremena pregovaranja i smanjenje mogućnosti primene nacionalnih prava pošto se ugovorni odnos uređuje veoma detaljno. Međutim, treba imati u vidu da se ponekad primena opštih uslova poslovanja ugovara *de facto* bez istinski slobodne volje obeju strana koje zaključuju ugovor, već pod svojevrsnim pritiskom jedne od njih, često one koja zauzima objektivno bolji položaj na tržištu. Tada ekonomski slabiji privredni subjekti pristaju na opšte uslove poslovanja koji im se nude jer im je to, neretko, jedina alternativa pored mogućnosti da odustanu od posla. U ovoj situaciji, treba imati u vidu da strana koja sastavlja, ili bolje rečeno kreira, opšte uslove poslovanja ima mogućnost da samostalno određuje uslove pod kojima je spremna da uđe u pravni posao. Na taj način se sprovodi jednostrana volja jedne strane, često i ekonomski jače. Čak je moguće da veliki privredni subjekt iskoristi svoj dominantni položaj na tržištu da za sebe ugovori pogodnosti na štetu druge ugovorne strane. Zbog opasnosti od jednostranog nametanja volje strane koja ih sastavlja, u savremenom pravu je prepoznata potreba za zakonskim uređenjem opštih uslova poslovanja, kao i određenim načinima kontrole u nacionalnom pravnom sistemu. To trasira pravac istraživanja ka vrstama i domašajima kontrole opštih uslova poslovanja, posebno ispitujući da li se, osim nesporne upravne i sudske kontrole, može govoriti i o drugim oblicima kontrole, kao na primer autonomnoj kontroli ili kontroli javnosti – možda

kontroli pravičnosti? Radi potpunijeg sagledavanja, pored malobrojnih stavova pravne teorije, nastojaću da istražim odluke Ustavnog suda i sudsku praksu redovnih sudova u cilju sagledavanja načina kontrole opštih uslova poslovanja u nacionalnom pravnom sistemu. Ovo pitanje biće stavljeno i u širi kontekst ostvarivanja načela autonomije volje i njegovih ograničenja u savremenom pravnom životu. Ali, ova pitanja predstavljaju samo neka od čitavog niza interesantnih, a nedovoljno istraženih, pravnih pitanja u vezi sa opštim uslovima poslovanja, na koja želim da skrenem pažnju.

Pojava opštih uslova poslovanja u formi u kojoj ih danas poznajemo, nastala kroz uobličenje trgovačke prakse i običaja, vezuje se za kraj XIX i početak XX veka, kada su se prvo pojavili opšti uslovi poslovanja ekonomski jakih trgovaca i njihovih udruženja, da bi potom ove izvore prava počela da donose i ugledna međunarodna tela i organizacije. Zbog visokog kvaliteta pravne tehnike koja je primenjena, posebno mesto u međunarodnim ekonomskim odnosima imaju ženevski tipski ugovori i opšti uslovi, koje je pripremila Ekonomska komisija Ujedinjenih nacija za Evropu za potrebe prodaje različitih vrsta robe, kao i FIDIC-ovi opšti uslovi za različite ugovore o građenju. Iz tih razloga će u ovoj doktorskoj disertaciji njihovoj analizi biti posvećena primerena pažnja.

Pored značajnog mesta među izvorima međunarodnog trgovinskog prava, opšti uslovi poslovanja nalaze široku primenu i u domaćem (nacionalnom) trgovinskom pravu, pre svega zbog benefita koje njihova primena nosi: poboljšanja ekonomičnosti u poslovanju skraćanjem i racionalizacijom pregovora; očekivanje manje problema u tumačenju ugovora jer se ugovara primena pravila koja su opšte poznata i prihvaćena u poslovnom svetu i sl. Zbog brojnih praktičnih prednosti i brzine koju omogućavaju u zaključenju ugovora, opšti uslovi poslovanja danas su važan izvor i obligacionog prava, a posebno značajno mesto imaju u pravu potrošača.

Opšte uslove poslovanja donose međunarodne organizacije, udruženja privrednika, a postoje i (klasični) opšti uslovi poslovanja pojedinih, po pravilu, velikih privrednih subjekata. Pored toga, mogu se pronaći i određeni izvori koji su naslovljeni kao opšti uslovi, a koje donosi država. Imajući u vidu da se prilikom prethodne analize predmeta istraživanja uočavaju različiti kreatori opštih uslova poslovanja, vidim prostor za istraživanje o eventualnim razlikama između opštih uslova poslovanja koje donose međunarodne organizacije i udruženja, za koje se može pretpostaviti (na nivou radne hipoteze) da vode računa o tome da odnosi strana ugovornica budu izbalansirani i opštih uslova poslovanja koje donose pojedinačna preduzeća, za koja se može pretpostaviti da njima štite sopstvene interese u pravnim poslovima koje zaključuju. U tom smislu, nalazim

da postoji potreba da se istraže i analiziraju klauzule koje su često sadržane u opštim uslovima poslovanja, te utvrdi da li se mogu indentifikovati tipične klauzule opštih uslova poslovanja. U ovom trenutku, pri prethodnoj analizi predmeta istraživanja, vidim tri vrste klauzula: klauzule egzoneracije (kao osnov za oslobođenje od građanskopravne odgovornosti u slučaju neispunjenja ugovorne obaveze), ugovorne garancije i arbitražne klauzule, ali se neretko pominju i „odbrambene“ kao i klauzule o neopozivosti, te smatram da treba istražiti njihove pojavne specifičnosti u opštim uslovima poslovanja. Korisno je ispitati da li se one formulišu tako da odgovaraju jednoj ugovornoj strani i to onoj koja ih je formulisala, bilo da predviđaju isključenje njene odgovornosti ili sužavaju mogućnosti za aktiviranje garancija ili stipulišu arbitražno rešavanje eventualnog spora pred onom arbitražom koja odgovara njihovom donosiocu. Govoreći o najčešćim (tipičnim) klauzulama u opštim uslovima poslovanja, pri prethodnom istraživanju se čini da najveću pažnju treba posvetiti tzv. nepravičnim (nefer, nekorektnim, iznenađujućim, nepoštenim) klauzulama.

O pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja, različita mišljenja u literaturi se kreću od shvatanja da su to ugovori samo po imenu, pa do negiranja bilo kakve njihove posebne prirode, te će ovo pitanje biti analizirano kao posebna celina u radu, u cilju utvrđivanja njihove pravne prirode. S obzirom da je reč o izvorima prava koji se u literaturi redovno analiziraju zajedno sa tipskim ugovorima, u radu će biti ispitane i sličnosti i razlike između ove dve forme autonomnog prava (međunarodne) trgovine, ali i napravljeno razgraničenje od athezionih ugovora i eventualno od drugih izvora obligacionog i međunarodnog trgovinskog prava.

Izuzetno zanimljivim i potrebnim se čini i ispitati pitanje konkurentnosti (sukoba) opštih uslova poslovanja ugovornih strana, koje se može postaviti u situaciji kada obe ugovorne strane imaju svoje uslove poslovanja na koje se prilikom zaključenja ugovora pozivaju.

Potrebno je razmotriti pitanje da li se može smatrati da se opštim uslovima poslovanja kao pisanim izvorom prava kodifikuje i/ili zamenjuje dotad važeća poslovna praksa u određenoj oblasti. Zahvaljujući svom izuzetnom ugledu i rasprostranjenoj primeni u (međunarodnim trgovinskim) transakcijama, opšti uslovi poslovanja mogu doprineti ujednačavanju trgovačke prakse, sa jedne, a uticati i na smanjenje razlika između nacionalnih pravnih sistema, sa druge strane. U tom smislu, značajno je ispitati i ulogu opštih uslova poslovanja u formiranju autonomnog prava međunarodne trgovine. Pojedine multinacionalne kompanije koriste sadržinski iste (ili bitno slične) opšte uslove poslovanja

u više zemalja, samo ih prevode na nekoliko jezika. Da li takva pojava utiče na ujednačavanje poslovanja u različitim državama? U tom smislu ću nastojati da istražim i da li opšti uslovi poslovanja predstavljaju instrument autonomne unifikacije međunarodnog trgovinskog prava. Da li doprinose razvoju običaja ili su sami logična posledica i etapa u evoluciji trgovinskih običaja kao njihov pisani izraz? Da li su opšti uslovi poslovanja instrument i sredstvo autonomne unifikacije ili su njen predmet i posledica?

Pored, za pravnu nauku, izuzetno zanimljivih pitanja koja se otvaraju u vezi sa ovom temom, u dvadeset prvom veku i bukvalno svuga oko sebe možemo videti opšte uslove poslovanja, što predstavlja i delom lične razloge, koje temu, koju sam odabrao, čine interesantnom i sa praktičnog stanovišta. Opšti uslovi poslovanja danas su jedan od najkorišćenijih izvora prava i smatram da postepeno potiskuju suvereno mesto „klasičnog“ individualnog ugovora, kao centralnog pravnog instituta ugovornog prava. Sreću se kao izvor regulisanja međusobnih odnosa kako na međunarodnom, tako i na unutrašnjem nivou i to u svim sektorima privrede i potrošnje, pa su zato značajni i za privredno pravo i za pravo potrošača. Pravni okvir bankarskog sektora danas je doslovno nezamisliv bez opštih uslova poslovanja, ali njihova primena je i u berzanskim poslovima, telekomunikacionim uslugama, sektoru osiguranja, saobraćaja, a o korišćenju opštih uslova poslovanja u poslovnoj praksi turističkih agencija, da i ne govorimo. Pravna pitanja sopstvenog poslovanja kroz opšte uslove poslovanja rešavaju i investicioni fondovi, brokerska društva, internet provajderi. Elektronska trgovina danas pretpostavlja da, pre korišćenja Interneta u zaključenju ugovora, klikom na predviđeno polje prihvatimo primenu opštih uslova poslovanja određene internet prodavnice. Toliko su raspostranjeni, da u nas postoje opšti uslovi poslovanja autobuskih stanica, pa čak i biblioteka. Danas se opšti uslovi poslovanja sastavljaju specijalizovano ne samo za određene grane privrede, već i za određenu grupu učesnika u poslovnim operacijama, kao npr. Opšti uslovi poslovanja špeditera, zatim za određenu vrstu poslovne operacije i određenu robu, kao npr. Opšti uslovi poslovanja za transport paketa, a nekada se donosi i po nekoliko vrsta opštih uslova poslovanja za istu vrstu robe. Sve napred izneto obavezuje da ispitam i utvrdim karakteristike (osobenosti) i prednosti zbog kojih ih različiti subjekti masovno koriste, ali da istražim i njihovu drugu stranu, tj. ispitam imaju li nedostatke, nose li u sebi opasnosti.

Pojam opštih uslova poslovanja ni u pravnoj teoriji niti u jezičkoj praksi nije jednoznačan. Različiti autori pod sadržinom pojma opšti uslovi poslovanja imaju u vidu različite izvore, a nema ni zakonskog određenja ovog pojma. Pojedini autori uopšte ne koriste pojam, tj. termin opšti uslovi poslovanja, već druge pojmove, kao npr. tipski

ugovori, athezioni ugovori, opšti uslovi formularnog prava, formularni ugovori, pri čemu neki od pravnih pisaca ovim terminima daju isto značenje koje drugi autori daju terminu opšti uslovi poslovanja, tj. isti institut različito naslovljavaju, pri čemu neki pod ovim drugim pojmovima podrazumevaju ne samo OUP već i srodne institute i izvore, dok treći pod pomenutim terminima imaju u vidu samo druge (srodne) izvore ali ne i opšte uslove poslovanja, ne objašnjavajući razlike među njima. Zbog toga je, za sazajne potrebe, neophodno istražiti i identifikovati bitna obeležja (karakteristike) opštih uslova poslovanja, te nakon toga definisati opšte uslove poslovanja, tj. odrediti klasičan ili tipski pojam.

Predmet istraživanja su i uporednopravna rešenja stranih pravnih sistema kojima se uređuju pravna pitanja u vezi sa opštim uslovima poslovanja.

Prethodna analiza informacija o predmetu istraživanja pokazuje da ovakvo delo ne postoji, ali da postoje relevantni primarni (direktni) i sekundarni (indirektni) bibliografski izvori, kako domaći tako i strani, koji omogućavaju da se sprovede predloženo istraživanje. Stručnu i naučnu literaturu koja je pronađena prilikom prethodne analize predmeta istraživanja čine: monografije i udžbenici; članci, prilozi u zbornicima i referati izloženi na konferencijama; odrednice u stručnim enciklopedijama i leksikonima; propisi (ustav, zakoni, podzakonski propisi), komentari zakona, inostrani zakonski tekstovi i prevodi propisa; istraživanja i analize; opšti uslovi poslovanja različitih kreatora, sudske odluke, internet izvori i elektronske baze podataka.

2. CILJ ISTRAŽIVANJA

Osnovni cilj istraživanja je da se sagledavanjem različitih pojavnih oblika u praksi i analizom pravnih normi i stavova teorije, za sazajne potrebe utvrde karakteristike (bitna obeležja) opštih uslova poslovanja, te da se pokuša stvoriti definicija opštih uslova poslovanja, odnosno klasičan ili tipski pojam kao skup karakterističnih obeležja (višedimenzionalni tip), kako bi se, nadalje, utvrđivanjem kriterijuma razlikovanja omogućilo razgraničenje opštih uslova poslovanja od srodnih pravnih instituta. Potom, cilj je da se razmotre specifičnosti zaključenja ugovora primenom opštih uslova poslovanja, odredi i objasni njihov karakter, pravna priroda i ponude rešenja za različita pravna pitanja koja se uočavaju u vezi sa važenjem, primenom i tumačenjem opštih uslova poslovanja. Konačno, cilj da se istraže, identifikuju, objasne i analiziraju tipične (najčešće) klauzule sadržane u opštim uslovima poslovanja, kao i da se odrede vrste kontrole opštih uslova poslovanja. U skladu sa naslovom disertacije, osnovni cilj istraživanja je analiza četiri

centralna pitanja-problema u vezi sa opštim uslovima poslovanja: pojam, zaključenje, tipične klauzule i kontrola. Svrha istraživanja je i da se stručnoj i široj javnosti (imajući u vidu značaj opštih uslova u praksi i širinu njihove primene) predoče relevantne odredbe i rešenja sadržana u stranim propisima, što bi osim saznanje vrednosti bilo od koristi i za razmatranje domaćih pravnih normi, odnosno sagledavanje eventualnih nedostataka i prostora za unapređenje postojećih rešenja, kao i uređenje pitanja koja domaći zakonodavac nije rešio.

3. ZADACI ISTRAŽIVANJA

Zadaci istraživanja, koji proizlaze iz prethodno definisanog cilja istraživanja su sledeći:

- analiza različitih pojava oblika opštih uslova poslovanja u širem smislu i njihovih modaliteta u različitim oblastima;
- istraživanje prednosti, nedostataka, uloge i značaja opštih uslova poslovanja u savremenom pravnom životu;
- utvrđivanje bitnih obeležja (karakteristika) opštih uslova poslovanja, te potom određenje klasičnog ili tipskog pojma opštih uslova poslovanja;
- uspostavljanje kriterijuma razlikovanja, te primena u cilju razgraničenja opštih uslova poslovanja od srodnih pravnih instituta (naročito tipskih ugovora i athezionih ugovora) i drugih izvora prava;
- utvrđivanje oblasti u kojima se najčešće primenjuju opšti uslovi poslovanja;
- istraživanje pravne prirode opštih uslova poslovanja;
- utvrđivanje pravnog osnova kreiranja i primene (upotrebe) opštih uslova poslovanja u savremenom pravnom životu;
- analiza kreatora opštih uslova poslovanja (subjekata koji ih pripremaju);
- na temelju utvrđenih kreatora, istraživanje da li postoje razlike između opštih uslova poslovanja koje donose međunarodne organizacije i udruženja privrednika, sa jedne strane i veliki privredni subjekti, sa druge strane;
- utvrđivanje razloga čestog korišćenja ženevskih tipskih ugovora i opštih uslova prodaje u pravu međunarodne trgovine;
- ispitivanje da li opšti uslovi poslovanja predstavljaju instrument unifikacije ugovornog prava;

- istraživanje da li su i u kojim oblastima poslovanja danas opšti uslovi poslovanja dominantan i (u praksi) primarni izvor;
- istraživanje da li je značaj i primena opštih uslova poslovanja u savremenom pravnom životu posledica prednosti (sâmh) opštih uslova poslovanja kao takvih ili je to posledica nedostatka drugih izvora prava u određenim oblastima;
- analiza načina i tehnika uključivanja opštih uslova poslovanja u pojedinačni ugovor i osnova njihove primene;
- istraživanje mogućih pravnih rešenja situacije u kojoj obe ugovorne strane imaju sopstvene opšte uslove poslovanja i prilikom zaključenja ugovora se svaka od njih poziva na svoje;
- istraživanje i analiza specifičnih pravila tumačenja opštih uslova poslovanja;
- istraživanje sa ciljem utvrđenja da li postoje klauzule koje su najčešće sadržane u opštim uslovima poslovanja;
- istraživanje sa ciljem utvrđenja vrsta kontrole opštih uslova poslovanja;
- analiza pravnih normi u domaćem pravnom sistemu, uporednopravnih rešenja i sudske prakse o opštim uslovima poslovanja.

4. POLAZNE HIPOTEZE

Osnovna polazna hipoteza jeste da su opšti uslovi poslovanja u savremenom ugovornom pravu, kako u obligacionom i pravu potrošača, tako i međunarodnom trgovinskom i unutrašnjem trgovinskom pravu, sve češći i u praksi sve značajniji izvor prava (u određenim oblastima čak primarni, glavni ili dominantni) koji ima brojne prednosti, ali u sebi nosi i potencijalne opasnosti, zbog čega se u vezi sa njegovim pojmom, zaključenjem ugovora njegovom primenom, tipičnim klauzulama i kontrolom otvaraju različita pravna pitanja.

U cilju proveravanja ove glavne hipoteze, postoji nekoliko pomoćnih hipoteza.

Prva hipoteza je da zbog svojih karakteristika i brojnih prednosti, opšti uslovi poslovanja danas u obligacionom pravu, pravu potrošača, međunarodnom trgovinskom i trgovinskom pravu (rečju: ugovornom pravu) sve više potiskuju individualni ugovor kao klasičan i centralni institut ugovornog prava, kao i pregovore. Zaključenje ugovora

uključenjem primene opštih uslova poslovanja skraćuje pregovore, kao neobaveznu fazu zaključenja ugovora.

Druga hipoteza je da se opšti uslovi poslovanja koje stvaraju međunarodne organizacije i udruženja privrednika, sa jedne, i velika privredna društva, sa druge strane, međusobno razlikuju po izbalansiranosti (ravnoteži) pravnog položaja ugovornih strana.

Treća hipoteza je da opšti uslovi poslovanja predstavljaju jedan od važnih izvora autonomnog međunarodnog trgovinskog prava i jedan od instrumenata unifikacije ugovornog prava.

Četvrta hipoteza je da će se opšti uslovi poslovanja, u određenim situacijama, primeniti na ugovorni odnos iako njihova primena nije izričito ugovorena.

Peta hipoteza je da se iscrpnim regulisanjem tehničkih pitanja u opštim uslovima poslovanja smanjuje domen primene lokalnih trgovinskih običaja.

Šesta hipoteza je da se potpunim predviđanjem pravnih rešenja, za situacije do kojih dolazi u fazi ispunjenja ugovornih obaveza, u opštim uslovima poslovanja smanjuje potreba za primenom kolizionog pristupa u međunarodnom trgovinskom pravu.

5. NAUČNE METODE ISTRAŽIVANJA

Prilikom istraživanja navedenih pitanja biće upotrebljeno više različitih naučno-istraživačkih i opštih metoda, koje se smatraju uobičajenim metodama društvenih i pravnih nauka.

U okviru naučnih metoda biće korišćeni prevashodno dogmatsko-normativni, komparativni (uporednopravni) i istorijskopravni, a u analizi određenih pitanja biće korišćeni i sociološki i metod analize pojedinačnih slučajeva (case study).

U okviru osnovnih metoda naučnog mišljenja, biće korišćene: analiza, sinteza, specijalizacija (i klasifikacija kao vrsta), generalizacija, apstrakcija, dedukcija i indukcija – tačnije potpuna indukcija u nastojanju da se izgradi klasični pojam opštih uslova poslovanja, odnosno nepotpuna indukcija ukoliko bude izgrađen tipski pojam opštih uslova poslovanja.

Dogmatsko-normativni metod biće korišćen prilikom analize rešenja sadržanih u odgovarajućim propisima i prilikom analize najčešćih klauzula koje sadrže opšti uslovi poslovanja. Komparativni (uporedni) metod biće korišćen za analizu pravnog režima koji se primenjuje u različitim nacionalnim pravnim sistemima na opšte uslove poslovanja, tj.

zakonsko uređenje ovog instituta od strane nacionalnih zakonodavaca, kao i prilikom istraživanja sličnosti i razlika sa srodnim pravnim institutima. U određenoj meri, biće upotrebljen i sociološki metod, posebno za pitanja potrebe za kontrolom OUP u okviru nacionalnog pravnog sistema, a naročito kontrole „javnosti“, kao i pri analizi društvenih faktora koji deluju u privrednom okruženju u pojedinoj državi i oblikuju, u određenoj meri, poslovno okruženje date zemlje. Istoriskopravni metod biće primenjen za analizu pojave, razloga korišćenja i razvoja opštih uslova poslovanja. Ovaj metod biće korišćen i za analizu razloga koji su doprineli visokom kvalitetu pravne tehnike i dobrih pravnih rešenja sadržanih u ženevskim tipskim ugovorima i opštim uslovima prodaje, s obzirom da su donošeni pedesetih i šezdesetih godina prošlog veka. Istorijski metod biće primenjen i za analizu nastanka i razvoja autonomnog međunarodnog trgovinskog prava. Prilikom analize pojedinih opštih uslova poslovanja biće primenjen i metod analize pojedinačnih slučajeva (case study).

6. NAUČNA OPRAVDANOST DISERTACIJE I PRAKTIČNA PRIMENA REZULTATA

Doktorska disertacija „Opšti uslovi poslovanja u obligacionom i međunarodnom trgovinskom pravu: pojam, zaključenje, tipične klauzule i kontrola“ ima kako naučnu, tako i društvenu opravdanost i doprinos iz više razloga. Pre svega, opšti uslovi poslovanja predstavljaju zanimljiv pravni institut, u vezi sa kojim se otvara čitav niz pravnih pitanja. Brojna pravna pitanja koja će biti otvorena i razmotrena spadaju u oblast obligacionog, međunarodnog trgovinskog, unutrašnjeg trgovinskog prava, prava potrošača, ali zalaze i u oblast upravnog prava, a delimično i građanskog procesnog prava, arbitražnog prava i međunarodnog privatnog prava. Zbog svoje pravne prirode, naročito ako se uzme u obzir normativna teorija, mogu predstavljati i vezu između privatnog i javnog prava. Dalje, u naučnoj i stručnoj literaturi na našim prostorima, opštim uslovima poslovanja je do sada posvećeno vrlo malo pažnje, iako je njihovo korišćenje veoma rasprostranjeno u poslovnoj praksi. Nalazim da je tema interesantna i značajna, da u nas nije sistematski obrađena i da je od naučnog i društvenog interesa.

Iako je poslovna praksa prepoznala benefite korišćenja opštih uslova poslovanja, naša pravna teorija nije ih stavila u fokus sistematskog naučnog izučavanja i istraživanja. Stoga, ima više nego dovoljno prostora, čak čini se i prostora koji prevazilazi okvire jedne

doktorske disertacije, za sprovođenjem ozbiljnog istraživanja, čiji rezultati mogu da zadovolje, a možda i nadmaše (prevaziđu) teorijski doprinos pravnoj nauci, tj. da osim saznanje vrednosti za nauku i nastavu, ponude odgovore i rešenja i sastavljačima (kreatorima) i primenjivačima OUP, odnosno privrednim subjektima koji ih svakodnevno koriste, kao i svakom građaninu kome je danas praktično nemoguće da izbegne primenu (nekih) opštih uslova poslovanja čak i kada ne zna šta oni predstavljaju. Razumevanje instituta opštih uslova poslovanja i njegove uloge u savremenom pravnom životu od važnosti je, ne samo za one koji teorijski plove ovim vodama, već i za one koji ih u praksi sastavljaju i koriste, ili će to činiti u godinama koje su pred nama. Na taj način se ova tema pokazuje ne samo kao naučno opravdana, već se može reći i da će očekivani rezultati biti od značaja i za praktičnu primenu, imajući u vidu sve masovniju i široku primenu OUP u praksi. Kako predstavlja živu i aktuelnu temu, smatram da ću kroz četiri posebne tematske celine prikazati pravna pitanja koja se tiču opštih uslova poslovanja u obligacionom i međunarodnom trgovinskom pravu. Zbog svega iznetog smatram da je ova tema društveno i pravno aktuelna, kao i naučno interesantna i dovoljno kompleksna da bude predmet jedne doktorske disertacije.

Nastojacu da pitanja obradim kako sa pravnoteorijskog, tako i sa aspekta prakse pojedinih međunarodnih organizacija, udruženja privrednika, ali i pojedinih (prevashodno velikih) privrednih društava. Na ovaj način, smatram, da će kompleksnost opštih uslova poslovanja u savremenom međunarodnom i domaćem pravnom životu biti približena ne samo stručnjacima za međunarodno trgovinsko, privredno ugovorno i obligaciono pravo, koji se do sada nisu bavili navedenim pitanjem (ili su to činili usputno i u manjoj meri), već i široj naučnoj i stručnoj javnosti. Očekivani rezultati će omogućiti i da se predoče relevantne odredbe i rešenja sadržana u stranim propisima, što bi osim saznanje vrednosti bilo od praktične koristi jer će omogućiti razmatranje domaćih pravnih normi, odnosno sagledavanje eventualnih nedostataka i prostora za unapređenje postojećih rešenja, kao i uređenje pitanja koja domaći zakonodavac nije rešio.

Ukazivanje na prednosti OUP moglo bi doprineti i njihovom masovnijem korišćenju. Opisano pokazuje da će ovakva doktorska disertacija biti korisna i teorijski i praktično, s obzirom na nastojanje da se na jednom mestu predstave i sveobuhvatno analiziraju pravna pitanja koja se mogu pojaviti u vezi sa opštim uslovima poslovanja. Očekivana primena rezultata ove disertacije ogleda se i u otklanjanju mnogih dilema, nedoumica i otvorenih pitanja u vezi sa OUP. Kako su opšti uslovi poslovanja veoma aktuelno pitanje za savremenu poslovnu praksu, smatram da bi naučna obrada ovog

instituta značajno obogatila srpsku literaturu iz svih oblasti koje spadaju u ugovorno pravo. Ovo ujedno, samo još jednom, ukazuje na naučni značaj i širu društvenu opravdanost teme „Opšti uslovi poslovanja u obligacionom i međunarodnom trgovinskom pravu: pojam, zaključenje, tipične klauzule i kontrola“.

7. SISTEMATIKA RADA I PLAN IZLAGANJA

Plan izlaganja je usklađen sa generalnom strukturom doktorske disertacije, kojom je građa sistematizovana u četiri osnovne problemske celine. Primenom tog kriterijuma, materija je razvrstana u četiri dela i izlaže se sledećim redosledom: (1.) pojam opštih uslova poslovanja, (2.) zaključenje ugovora primenom opštih uslova poslovanja, (3.) (neke) tipične klauzule u opštim uslovima poslovanja i (4.) kontrola opštih uslova poslovanja.

Deo I

POJAM OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

1. NAČELO AUTONOMIJE VOLJE, NJEGOVA OGRANIČENJA U SAVREMENOM PRAVNOM ŽIVOTU I OPŠTI USLOVI POSLOVANJA

1.1. Načelo autonomije volje kao pravni osnov kreiranja i primene OUP

Različiti subjekti, najčešće privredni, stvaraju i koriste opšte uslove poslovanja koristeći načelo autonomije volje. Ovo načelo omogućava, tj. dopušta slobodnu inicijativu subjekata u sastavljanju pravila za uređenje međusobnih građanskopravnih odnosa.

Načelo autonomije volje¹ predstavlja jedno od temeljnih načela građanskog, odnosno privatnog prava. U ugovornom pravu (obligacionom i trgovinskom), ovo načelo omogućava da strane ugovornice postave svoja pravila koja će ih obavezivati po principu *pacta sunt servanda*². To je moguće upravo iz razloga jer u građanskom pravu preovlađuju dispozitivne pravne norme, koje ovlašćuju subjekte da umesto njih postave drugačija, sopstvena pravila za uređenje međusobnih prava i obaveza. Dispozitivne pravne norme će biti primenjene onda kada subjekti svoj odnos ne uredе drugačije od njih, tj. kada ne iskoriste mogućnost da svoj međusobni odnos uredе po svojoj volji.

Zahvaljujući ovom načelu, izborom opštih uslova poslovanja kao izvora pravila za regulisanje ugovornog odnosa, ugovorne strane mogu odstupiti od dispozitivnih normi našeg Zakona o obligacionim odnosima u delu koji se odnosi na njihov ugovorni odnos.

Načelo autonomije volje ima važno mesto i u građanskom pravu, a naročito u trgovinskom pravu, koje se danas osamostalilo i izdvojilo iz građanskog prava, ali u njemu traži svoje supsidijarne izvore. Autonomija volje podstiče slobodnu inicijativu privrednih subjekata³, pa time i kreiranje i primenu autonomnih izvora u trgovinskom i međunarodnom trgovinskom pravu. Slobodna inicijativa privrednih subjekata jedan je od

¹ Za autonomiju volje se u literaturi uobičajeno ističe da je došla do izražaja u evropskoj filozofiji prirodnog prava, krajem XVIII veka, kao i da je njen istaknuti predstavnik Ž.Ž. Ruso. „Baš i kad bi svako mogao da sebe samog otuđi, on ne bi mogao da otuđi svoju decu; ona se rađaju kao ljudi i kao slobodna bića; njihova sloboda pripada njima i niko sem njih nema prava da njom raspolaže.“ [...] „Odreći se svoje slobode, to znači odreći se svog svojstva čoveka, čovečanskih prava, pa čak i svojih dužnosti.“ [...] „Takvo odricanje nije u skladu sa ljudskom prirodom; oduzeti svaku slobodu svojoj volji znači oduzeti svaku moralnost svojim delima.“ – Ruso, Ž.Ž., *Društveni ugovor: o poreklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, Prosveta, Beograd, 1949, str. 13. O značaju ovog dela za afirmaciju autonomije volje, videti: Babić, I., *Građansko pravo: uvod u građansko pravo*, JP Službeni glasnik i Fakultet za evropske pravno-političke studije Univerziteta Singidunum, Beograd-Novı Sad, 2011, str. 24.

² Ugovor stranama zakon.

³ U savremenom pravu se upravo ovo načelo vezuje za liberalni kapitalizam (doktrinu *laissez faire*) i mišljenje da je ovakva sloboda potrebna kao polazište u regulisanju imovinskih odnosa privrednih subjekata, kako bi oni adekvatno ostvarivali ekonomsku slobodu.

osnovnih pokretača razvoja trgovine, a njeni pravni izrazi od značaja su za trgovinsko pravo. Načelo autonomije volje i slobodna inicijativa privrednih subjekata prevashodno su i odlučujuće uticali na ustanovljenje, razvoj i šire (masovnije) korišćenje opštih uslova poslovanja. Strane ugovornice, zahvaljujući načelu autonomije volje⁴ mogu kako kroz ugovor, tako i kroz opšte uslove poslovanja da samostalno uređuju svoje međusobne odnose. U tom smislu se i individualni ugovor u klasičnom smislu reči i opšti uslovi poslovanja mogu posmatrati kao pravni izraz načela autonomije volje.

Načelo autonomije volje ima svoj **materijalni (građanskopravni)** i kolizioni aspekt. Građanskopravni aspekt autonomije volje moguće je sagledati kroz nekoliko vidova. Najpre, svaki poslovno sposobni pravni subjekt je slobodan da samostalno odlučuje da li će zaključiti ugovor i sa kim će ga zaključiti⁵. Drugi aspekt autonomije volje podrazumeva pravo subjekata da samostalno određuju sadržinu svog ugovora⁶ i slobodu da kreiraju ugovorni odnos⁷ i preuzimaju ugovorne obaveze prema sopstvenim potrebama i interesima. To, konkretno u vezi sa opštim uslovima poslovanja, podrazumeva slobodu sadržinskog regulisanja ugovornog odnosa i, sa druge, slobodu izrade opštih uslova poslovanja. U našem pravu, članom 20. ZOO određen je dispozitivni karakter odredaba ovog zakona, te da strane mogu svoj obligacioni odnos urediti drugačije nego što je Zakonom o obligacionim odnosima određeno, ako iz pojedine odredbe ovog zakona ili iz njenog smisla ne proizlazi šta drugo⁸. Ovakva sloboda ugovaranja omogućava ugovaračima da svoje međusobne odnose sami uredi na način kako njima najviše odgovara. Ovakva pravila postoje i u drugim nacionalnim građanskim zakonicima, odnosno zakonima koji uređuju obligacione odnose, a slične odredbe sadržane su i u nadnacionalnim izvorima, kao i projektima kojima se nastoji unifikacija ili makar harmonizacija ugovornog prava. Tako, na primer, prema Načelima evropskog ugovornog

⁴ O načelu autonomije volje videti: Nygh, P., *Autonomy in International Contracts*, (Oxford monographs in private international law), Oxford University Press, 1999; Burton, S., *Principles of contract law*, Thomson/West Publishing, revised 3. edition, 2006; Vodinelić, V., *Građansko pravo: uvodne teme*, Nomos, Beograd, 1991, str. 60-63; Perović, S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990, str. 153-182; Radišić, J., *Obligaciono pravo Opšti deo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 73-78.

⁵ Mogućnost izbora saugovarača u praksi može biti ograničena ili svedena na jednog subjekta. Tako, na primer, privredna društva koja obavljaju delatnosti od opšteg društvenog interesa. O ograničenjima autonomije volje u trgovinskom pravu detaljnije: Perović, S., *Sloboda volje i ugovorno pravo*, Pravni život, broj 11/2007, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2007; Stefanović, Z., *Privredno ugovorno pravo*, Beograd, 2006, str. 27-28; Perović, S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981, str. 161-182.

⁶ O slobodi ugovaranja kao osnovnom principu evropskog privatnog prava: Basedow, J., *Freedom of Contract in the European Union*, European Review of Private Law, vol. 16, no. 6-2008, str. 901-923.

⁷ Ova sloboda nije ograničena samo na ugovaranje obaveza, već je dopušteno dogovarati se i o posledicama njihovog neizvršenja.

⁸ Videti član 20. ZOO.

prava, ugovorne strane su slobodne, u granicama prinudnih pravila ustanovljenih ovim načelima, te savesnosti i poštenja, da sklapaju ugovore i da odrede njihovu sadržinu. Ugovorne strane mogu da isključe primenu bilo koje odredbe ovih načela, da od nje odstupe ili promene njeno dejstvo, osim ukoliko sama Načela ne predviđaju nešto drugačije.⁹

Istražujući istorijskipravno, akademik Toma Živanović ukazuje da je u starom pravu do XIX veka princip autonomije imao mnogo širu primenu, osobito u Srednjem veku, dok država usled slabosti nije mogla vršiti u punoj meri svoj suverenitet.¹⁰

U savremenom pravnom okruženju značajan vid autonomije volje je i pravo subjekata da slobodno kreiraju nove tipove ugovora¹¹, koji do tada nisu bili poznati ili nisu regulisani zakonom (tzv. neimenovani ugovori). Njihova sadržina može biti potpuno nova ili može predstavljati kombinaciju već postojećih ugovora. Neretko ovi, do tada neimenovani, ugovori dobijaju i nove nazive (npr. ugovori o distribuciji robe¹² i sl.) i mogu da posluže drugima kao modeli ugovora, tako što će ih prihvatiti u celosti ili prilagoditi potrebama konkretnog posla. Ono o čemu ugovorne strane moraju voditi računa kada kreiraju nove ugovore je da oni ne izlaze iz okvira postavljenog prinudnim propisima merodavnog prava.

Treba imati u vidu i **kolizioni aspekt** autonomije volje, koji podrazumeva da strane ugovornice mogu samostalno da odrede pravo koje će se primeniti na njihov ugovor i to može biti neko nacionalno pravo, autonomno pravo međunarodne prodaje (na primer, ugovaranjem primene tipskih ugovora, opštih uslova poslovanja i sl.), međunarodna konvencija i dr. U vezi sa opštim uslovima poslovanja ovaj aspekt autonomije volje obuhvata i slobodu izbora određenih OUP za konkretni ugovorni odnos.

Pri ovom razmatranju treba reći da sloboda određivanja sadržine ugovora nije apsolutna, već da izbor strana mora bi u skladu sa imperativnim normama. To znači da ugovarači mogu da kreiraju sopstveni ugovor samo umesto dispozitivnih pravnih normi merodavnog prava.¹³

⁹ Videti član 1:102 Načela evropskog ugovornog prava.

¹⁰ Živanović, T., *Sistem sintetičke pravne filozofije*, Srpska akademija nauka, Beograd, 1959, str. 143.

¹¹ Koristeći se slobodom ugovaranja i autonomijom volje koje dopuštaju prilagođavanje ugovora sopstvenim potrebama, strane nekada kreiraju nove vrste ugovora.

¹² Videti: Parivodić, M., *Ugovor o ekskluzivnoj distribuciji robe u pravima Jugoslavije i Evropske unije*, Službeni list SRJ, Beograd, 1996.

¹³ O određivanju merodavnog prava za ugovor o međunarodnoj prodaji robe, videti detaljnije: Mitrović, D., *Pravo nadležno za regulisanje međunarodne trgovačke kupoprodaje*, u: *Pravni opus - izbor iz radova 1957-2007*, Beograd, 2007, str. 47-74; Knežević, G., *Merodavno pravo za trgovački ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, Beograd, 1989.

Najčešći pravni izraz načela autonomije volje jeste ugovor. Kao *per definitionem* saglasnost izjavljenih volja da nastane pravno dejstvo, ugovor jeste osnovni i najvažniji izvor pravila kojim se mogu regulisati pravni poslovi u međunarodnom i domaćem trgovinskom pravu, kao i u obligacionom pravu. Međutim, savremeni pravni život, naročito u oblasti trgovine, zahvaljujući načelu autonomije volje čini se da svoj pravni izraz ima u opštim uslovima poslovanja.

Posmatrajući sa aspekta opštih uslova poslovanja, može se zaključiti da se autonomija volje pojavljuje kao trojako pravno značajna: 1.) za sadržinsko regulisanje ugovornog odnosa; 2.) za izradu opštih uslova poslovanja; 3.) za izbor određenih OUP za konkretni ugovorni odnos.

1.2. Kritike i ograničenja autonomije volje u savremenom pravu

U pravnoj teoriji i filozofiji poznato je shvatanje po kome je ugovor iznad svega „akt pravičnosti“, a koje polazeći od premise da se voljom stranaka slobodno regulišu njihovi odnosi i da obaveze među ljudima nastaju zato što to oni hoće, dalje ukazuje da se stranka koja je ugovorom preuzela obavezu ne može žaliti da joj je teška, pošto je tu obavezu slobodno preuzela, te otuda sažeto izvodi maksimu teorije autonomije volje: „ko kaže ugovor kaže pravničnost“. ¹⁴ Ovakvo učenje o autonomiji volje kao izrazu individualističke filozofije i političkog i ekonomskog liberalizma (a koje je došlo kao posledica postavki i ciljeva francuske revolucije) kasnije je naišlo na oštre reakcije i kritike koje su pomenuto učenje osporavale isticanjem društvenih ciljeva u prvi plan, odnosno stavom da individualna volja može biti samo sredstvo u službi opštedruštvenih potreba, pa se ne može shvatiti kao autonomna jer se njeno pravno dejstvo i prinudna snaga zasnivaju na zakonu, te otuda individualna volja mora biti potčinjena zajedničkim interesima i u tom

¹⁴ Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1927, str. 40 i Carbonier, *Théorie des obligations*, Paris, 1963, str. 81, navedeno prema: Perović, S., *Pravno filozofske rasprave*, Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 242-243, koji na ovom mestu dalje ukazuje da je prema teoriji autonomije volje smatrano da je individualna volja iznad zakona i da poseduje stvaralačku ulogu, te da je volja izvor obligacija, a da zakon ima samo supsidijaran značaj, te da je u skladu sa tim, individualnoj volji dodeljeno svojstvo autonomnog i suverenog akta. Na taj način, sažima ovaj autor, proklamovanjem jednakosti i slobode među ljudima, neograničene privatne svojine i slobode individualne aktivnosti, stvoren je postulat po kome su samo pojedinci, shodno svom prirodnom pravu, pozvani da potpuno slobodno stvaraju i regulišu svoje građanskopravne odnose, a da granica te slobode može biti samo sloboda drugog, tj. da se ograničenja individualne slobode mogu pravdati samo u meri koja je potrebna za održavanje slobode drugog, a ne radi zaštite opštih interesa.

smislu zakonodavac predviđa ustanovu *javnog poretka* čije okvire stranke ne mogu menjati.¹⁵

Učenju o autonomiji volje upućena je i kritika u pogledu tvrđenja da se svakim ugovorom postiže pravičnost, te je s pravom primećeno da bi jedno takvo tvrđenje moralo biti zasnovano na pretpostavci potpune jednakosti ugovornika, što u stvarnosti nije tako, već često u praksi ekonomski jači ugovornik nameće „svoj zakon“ drugom ugovorniku, tako da se ugovor očevidno može javiti i kao instrument pomoću koga se skriva i opravdava eksploatacija ljudi.¹⁶

Oštre kritike teoriji autonomije volje upućivao je i Guno (*Gounot*) koji je smatrao da je reč o jednoj netačnoj predstavi stvarnosti, jer sa njegovog stanovišta, teorija koju kritikuje posmatra jedinku izolovanu od društvene sredine, apstraktno, što je po njemu jedna zabluda jer za izolovanog čoveka pravo ne postoji („ko kaže pravo, kaže društvena grupa“, jer je pravo skup pravila kojima se regulišu odnosi ljudi u jednom društvu), kao i sociološko objašnjenje ugovora koje je isticalo teoriju izjave volje, prema kojoj samo volja koja je izjavljena i manifestovana u spoljašnjem svetu, za razliku od unutrašnje kao psihološke pojave koja nije bitna i ne obavezuje, stvara jednu društvenu činjenicu iz koje proističu obaveze i posledice, te da se lice koje izjavljuje volju mora potčiniti objektivnoj interpretaciji koja se primenjuje na tu izjavu (pa čak i kada ta izjava ne odgovara unutrašnjoj volji odnosno pravnoj nameri), te strana na taj način podnosi „ugovorni rizik“.¹⁷

Danas je u svim pozitivnopravnim sistemima nesporno i sa stanovišta teorije i sa stanovišta zakonodavstva, kao i sudske prakse da autonomija volje (odnosno sloboda

¹⁵ Perović, S., *op. cit.*, str. 245, koji se na ovom mestu poziva na Planiola, Riperta i Boulangerera (*Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1952, str. 8) koji ukazuju da je čovek deo društva, deo izvesnog broja društvenih grupa, čijim se pravilima mora pokoravati tako da je sloboda njegove volje svedena na jedan ograničen domen.

¹⁶ Acolas, *Manuel de droit civil*, t. II, Paris, 1869, str. 719, koji slikovito objašnjava: „Ako jedan rudar prihvati da radi deset časova dnevno na 500 stopa ispod površine zemlje za najamninu koja jedva pokriva troškove ishrane njega samog i njegove porodice, ako prihvati da se za tu nadnicu izloži opasnosti da eventualno nastrada od eksplozije zapaljivih gasova, poplave ili odronjavanja zemlje, ako najzad pristaje da za tu istu najamninu neprekidno uništava svoje zdravlje i da neizbežno umre u roku kraćem od deset godina ostavljajući u nasledstvo svojoj deci užasnu egzistenciju koju je i sam imao – onda nesumnjivo da izgleda paradoksalno uvrstiti jedan takav ugovor među one koji su izraz autonomije individue. To bi bilo skroz pogrešno. Ako rudar, potpuno lišen sredstava, ne bi iznajmio svoje usluge onima koji raspolažu kapitalom, on bi ostao bez posla i umro bi. To se svodi na to, da iznajmljujući svoje usluge on zamenjuje izvesnost smrti od gladi u kratkom roku za rizik smrti u dužem roku...“ – videti: Perović, S., *Pravno filozofske rasprave*, Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 245-246.

¹⁷ Perović, S., *op. cit.*, str. 246-247.

ugovaranja) nije neograničena, već se može govoriti o različitim ograničenjima¹⁸ ovog načela, koja se mogu podeliti na opšta i posebna. Ograničenja autonomije volje ujedno predstavljaju granice¹⁹ slobode ugovaranja.

Čini se da je načelo autonomije volje prilikom zaključenja ugovora koji uključuju opšte uslove poslovanja, ali i ostale izvore formularnog prava svedeno na najmanju meru.

Ono je najuže kod athezionih ugovora koji su najrigidniji izvor formularnog prava, jer ne dozvoljavaju nikakve promene. Kod athezionih ugovora jedini izbor koji ima zainteresovani subjekt jeste da pristupi tom ugovoru ili ne pristupi. Mada *de facto* nekada nema mogućnost da ne pristupi, jer nekada to predstavlja jedini način za zadovolji svoj legitimni interes ili opravdanu potrebu.

Kod tipskih ugovora je, u odnosu na athezione, nešto širi domen autonomije volje, jer tipski ugovori omogućavaju u izvesnoj meri izmene i/ili dopune predloženog teksta.

Kod opštih uslova poslovanja ukoliko ima više subjekata koji omogućavaju zainteresovanom licu da realizuje svoj legitimni interes ili opravdanu potrebu, onda se njegova sloboda ogleda samo u izboru ugovarača. On pored toga što može da ugovor zaključi ili ne zaključi, može da izabere i sa kim će da zaključi ugovor. Sužavanje slobode ugovaranja se ogleda u tome što on *de facto* ne pregovara o uslovima ugovora, niti o njegovoj sadržini. Međutim, ako ga praktični životni razlozi u zadovoljavanju potreba i interesa primoravaju da zaključi ugovor sa određenim subjektom, on *de facto* izbora nema (iako bi se *de iure* moglo reći da ima pravo izbora da ugovor zaključi ili ne zaključi).²⁰ To

¹⁸ Različitost ograničenja bi se može pratiti i uporednopravno, shodno različitosti pravnih sistema, kao i istorijskipravno, kroz vekove.

¹⁹ U pravnoj teoriji se smatra da je prvu koherentnu teoriju o granicama slobode ugovaranja postavio u sedamnaestom veku francuski teoretičar Doma. Njegovo izlaganje bi se moglo svesti na sledeće: „Svaka obaveza je dozvoljena samo ako je u saglasnosti sa društvenim poretom. Ono što ga vređa zabranjeno je i kažnjivo. Obećanja i ugovori kojima se vređaju zakoni i dobri običaji ne obavezuju nikog. Stranke mogu vredati samo one zakone koju su ustanovljeni u njihovom interesu, ali one ne mogu vredati zakone kojima se zaštićuje društveni poredak. Zabranjeni su ugovori kojima se vređaju zakoni. I kako postoje dve vrste zakona – oni koji predstavljaju prirodno pravo i oni koji su pozitivno pravo – to postoje i dve vrste zabranjenih ugovora. Jedni kojima se vređa prirodno pravo i dobri običaji i drugi, koji su suprotni pozitivnom pravu.“ Doma je zaključio da su pojmovi koje je analizirao: dobri običaji, nedozvoljenost, zakonska zabrana, pravičnost i sl. – različiti izrazi manifestacije zaštite društvenog poretka. Detaljnije: Perović, S., *op. cit.*, str. 240-241, koji u istom delu na str. 225, razmatrajući pitanje uslovljenosti slobode volje zaključuje da u ugovornom pravu sloboda volje postoji, ali ne u smislu neke bezgranične autonomije (indeterminizam) niti u smislu svođenja ugovornika na bezvoljne subjekte (determinizam), već u smislu jednog principa koji trpi brojna ograničenja.

²⁰ Na svođenje uloge autonomije volje na najmanju meru ukazuje i Jankovec: „Praktično posmatrano, vrlo često za ponuđenu stranu ne postoji sloboda ugovaranja čak ni u tom pogledu, pošto je neka potreba primorava da zaključi takav ugovor.“ – Jankovec, I., *op. cit.*, str. 265.

se naročito odnosi, na primer, na železnički prevoz ili snabdevanje električnom energijom u situacijama, tj. državama u kojima samo jedan subjekt na tržištu pruža ovakve usluge.

Treba imati u vidu da nekada i mogućnost izbora koja postoji među različitim subjektima koji nude istu ili bitno sličnu robu (ili usluge) može biti samo prividna mogućnost izbora. Ovo smatram iz razloga trenda ujednačavanja sadržine opštih uslova poslovanja na nivou jedne grane privrede ili sektora. Tako na primer, opšti uslovi poslovanja u bankarskom sektoru često su međusobno po rešenjima koja su u njima sadržana veoma slični, iako su u pitanju različite poslovne banke (slično se može posmatrati situacija u sektoru osiguranja). Na taj način, zainteresovani subjekt prividno može da bira, a šta god da izabere (kog god privrednog subjekta) čekaju ga ista pravna rešenja kojima kreator opštih uslova poslovanja nastoji da u svim mogućim situacijama maksimalno obezbedi sopstvene interese, neretko tako postavljajući rešenja da ona budu nepravična za zainteresovanog ugovarača. Situacija je drugačija, pa i u pogledu pravičnosti sadržanih rešenja, kada su u pitanju opšti uslovi koje kreiraju međunarodne organizacije i udruženja privrednih subjekata.

Kada je reč o ograničenjima načela autonomije volje u našem pravu, ona se mogu podeliti na opšta i posebna ograničenja, polazeći od toga da je ograničenje autonomije volje (odnosno primenjeno na ugovorno pravo - slobode ugovaranja) određeno u našem pravu na dva načina: jednom generalnom odredbom i većim brojem posebnih normativnih rešenja²¹.

Opšte ograničenje je postavljeno članom 10. ZOO, po kome su strane u obligacionim odnosima slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja,²² da svoje odnose urede po svojoj volji. Ovakvo trostruko opšte ograničenje je značajno obuhvatnije, jer se u uporednom pravu, opšta ograničenja volje ostvaruju ili javnim poretkom ili zabranom povrede dobrih običaja. Prve odredbe o javnom poretku sadržane su u Građanskom zakoniku Francuske (Code civil) od 1804. godine, a kasnije su, služeći kao uzor, unete i u naš Građanski zakonik Srbije od 1844. godine, kao i u Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru od 1888. godine. Suprotno tome, Građanski zakonik Austrije (ABGB) od 1811. godine i Građanski zakonik Nemačke (BGB) od 1896. godine

²¹ O opštim i posebnim ograničenjima slobode ugovaranja u našem pravu, videti: Nikolić, D., *Uvod u sistem građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2010, str. 132-137.

²² Ovakvo trostruko ograničenje je postavljeno i za predmet obaveze i za osnov, tj. predmet obaveze i osnov su nedopušteni ako su protivni prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima. Videti čl. 49. i 51. ZOO. Ugovori zaključeni protivno ovim ograničenjima su ništavi. Videti član 103. stav 1. ZOO.

ne pominju javni poredak, jer je u zemljama germanskog pravnog područja razvijana ideja o dobrim običajima kao granici slobode ugovaranja²³.

Pod **prinudnim propisima** se podrazumevaju imperativne norme, tj. one pravne norme čiju primenu subjekti ne mogu otkloniti i umesto kojih subjektima, za razliku od dispozitivnih, nije dozvoljeno da postavljaju drugačija pravila za svoj ugovorni odnos.

Javni poredak se u pravnoj literaturi retko precizno definiše, uz uobičajenu napomenu da je reč o pravnom standardu koji obuhvata osnovne pravne principe (načela) kojima se štiti opšti (javni) interes, odnosno vrednosti na kojima počiva određena društvena zajednica. Sreću se i različite definicije javnog poretka u unutrašnjem i u međunarodnom privatnom pravu. Javni poredak u unutrašnjem pravu predstavlja institut koji obuhvata osnovne principe društveno-ekonomskog i pravnog uređenja jedne zemlje i sve njene imperativne propise, dok je u međunarodnom privatnom pravu javni poredak institut koji obuhvata osnovne principe društveno-ekonomskog uređenja i pravnog poretka jedne zemlje²⁴.

Dobri poslovni običaji obuhvataju pravila koja su nastala i koja svakodnevno nastaju ponavljanjem u međunarodnoj privrednoj razmeni i koja označavaju način postupanja koji je uobičajen i usvojen u međunarodnom prometu roba i usluga.²⁵ Pojedini autori, među kojima R. Kovačević Kuštrimović i M. Lazić naglašavaju da se dobri poslovni običaji zasnivaju na moralnim shvatanjima određene društvene zajednice, te da zakonodavac primenom ovog standarda omogućava sudiji moralizaciju prava²⁶. Slično, I. Jankovec ističe da pod dobrim poslovnim običajima treba podrazumevati poslovni moral, te ih definiše kao nepisana, ali široko prihvaćena etička pravila o tome kako treba da se ponašaju privredni subjekti u poslovanju na tržištu, koja dopunjuju pravila koja su utvrđena zakonom.²⁷ Konstatujući da se od učesnika građanskopravnih odnosa očekuje ustaljeno postupanje koje je u skladu sa pravilima morala, D. Nikolić precizira da sa pravnog stanovišta nisu relevantni svi dobri običaji. Neki od njih, i ako nisu u suprotnosti sa interesima društva, nemaju veći društveni značaj, te su učesnici građanskopravnih odnosa dužni da poštuju samo relevantne dobre običaje.²⁸ Problem koji sa poslovnim

²³ O tome: Nikolić, D., *op. cit.*, str. 133 i Kovačević Kuštrimović, R. – Lazić, M., *Uvod u građansko pravo*, Punta, Niš, 2008, str. 101.

²⁴ *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa* (glavni redaktor D. Mitrović), str. 171.

²⁵ *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa*, str. 86.

²⁶ Tako: Kovačević Kuštrimović, R. – Lazić, M., *op. cit.*, str. 102.

²⁷ Videti: Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 32.

²⁸ Tako: Nikolić, D., *op. cit.*, str. 134.

običajima postoji zbog toga što zakon niti sadrži definiciju dobrih poslovnih običaja niti postavlja kriterijume na osnovu kojih bi se moglo utvrditi da li je neki običaj dobar i pravno obavezujuć ili ne, D. Nikolić rešava nudeći zaključak da su pravno obavezujući poslovni običaji oni koji su u skladu sa: a) interesima društvene zajednice i b) vladajućim (poslovnim) moralom.²⁹

Ukoliko bi OUP bili suprotni navedenim opštim ograničenjima slobode ugovaranja, to bi za pravnu posledicu imalo njihovu ništavost³⁰, u celini ili delimično (pojedinih odredaba OUP).

Kao **posebna ograničenja** slobode ugovaranja D. Nikolić³¹ identifikuje (i obrazlaže) sledećih pet: 1. obavezno zaključenje ugovora, 2. pravo preče kupovine, 3. formalni ugovori, 4. propisivanje obavezne sadržine ugovora, 5. upravni ugovori³². Od pomenutih, za OUP su relevantna dva posebna ograničenja i to: obavezno zaključenje ugovora i propisivanje obavezne sadržine ugovora.

Obavezno zaključenje ugovora predstavlja odstupanje od osnovnog aspekta načela autonomije volje (odnosno slobode ugovaranja) koji podrazumeva slobodu da se ugovor zaključi ili ne zaključi, tj. slobodnu odluku o stupanju u ugovorni odnos. Zakonom se, u određenim oblastima, propisuje da subjekti koji pružaju usluge npr. u javnom saobraćaju, komunalnim delatnostima, telekomunikacijama, distribuciji električne energije i sl. imaju obavezu da zaključe ugovor sa svakim zainteresovanim licem. Naš ZOO izričito propisuje da ako je neko po zakonu obavezan da zaključi ugovor, zainteresovano lice može

²⁹ Videti: Nikolić, D., *op. cit.*, str. 207.

³⁰ Videti član 103. ZOO.

³¹ Detaljnije: Nikolić, D., *op. cit.*, str. 134-137. Ovaj autor u istom delu (str. 206) dobre poslovne običaje definiše kao nekodifikovana, društveno korisna i na moralu zasnovana pravila koja važe u poslovnoj praksi.

³² Pojmom upravnih ugovora (*contracts administratifs*), koji su postepeno uobličeni u pravnoj praksi Francuske, obuhvataju se ugovori koje zaključuje država ili lokalna samouprava u javnom interesu, tj. sa ciljem da obezbedi uredno snabdevanje stanovništva i državnih organa ili obavljanje javnih radova. D. Nikolić ističe da je odstupanje od opštih pravila ugovornog prava kod ovih ugovora, u tome što organi uprave ili lokalne samouprave mogu jednostrano raskinuti ugovorni odnos. O javnopravnom (upravnom) ugovoru u svetlu problema deobe prava na javno i privatno videti: Vodinić, V., *Javno i privatno pravo* (doktorska disertacija), Pravni fakultet u Beogradu, 1986, str. 180-201. Zakonom o opštem upravnom postupku („Sl. glasnik RS“, broj 18/2016) prvi put je izričito uveden kao pojam upravni ugovor u pozitivno pravo Srbije, a članom 22. ovog zakona prvi put je zakonski određen (definisana) upravni ugovor kao dvostrano obavezan pisani akt koji, kad je to posebnim zakonom određeno, zaključuju organ i stranka i kojim se stvara, menja ili ukida pravni odnos u upravnoj stvari. Stavom drugim istog člana određeno je da sadržina upravnog ugovora ne sme biti protivna javnom interesu niti pravnom interesu trećih lica. Narodna skupština je 7. decembra 2018. godine donela i autentično tumačenje navedenih zakonskih odredaba („Sl. glasnik RS“, broj 95/2018), prema kome navedene odredbe treba razumeti tako da se ugovori zaključeni u skladu sa posebnim zakonima, ako tim posebnim zakonom nisu izričito predviđeni kao upravni ugovori ne smatraju upravnim ugovorima u smislu Zakona o opštem upravnom postupku i na njih se ne može primenjivati pravni režim Zakona o opštem upravnom postupku.

zahtevati da se takav ugovor bez odlaganja zaključi.³³ Imajući u vidu da je reč o oblastima u kojima se istovrsni ugovor zaključuje sa velikim brojem lica, upravo se u tim oblastima primenjuju OUP, tj. ovi subjekti ih često kreiraju za uređenje istovrsnih ugovornih odnosa sa različitim saugovaračima. U svakoj takvoj situaciji u kojoj postoji obaveza zaključenja ugovora, za koje je subjekt, koji ima obavezu zaključenja ugovora, kreirao OUP za primenu na ugovorni odnos, doći će do automatske, tj. obavezne primene OUP.

Kada je reč o **propisivanju obavezne sadržine ugovora**, reč je o ograničenju prava subjekata da sporazumno utvrde sadržinu ugovora. Ovakvo propisivanje obavezne sadržine ugovora se najčešće vrši propisom. Naš ZOO izričito predviđa da su odredbe propisa kojima se, delimično ili u celini, određuje sadržina ugovora sastavni delovi tih ugovora, te ih upotpunjavaju ili stupaju na mesto ugovornih odredaba koje nisu u saglasnosti sa njima.³⁴ Istu vrstu ograničenja prava subjekata da sporazumno utvrde sadržinu ugovora, srećemo i kod opštih uslova poslovanja³⁵, odnosno kod svih izvora formularnog prava u kojima jedna strana unapred samostalno utvrđuje celokupnu sadržinu budućeg ugovora, te isključuje mogućnost pregovora i postizanja saglasnosti volja o međusobnim pravima i obavezama, već potencijalnom saugovaraču ostavlja samo mogućnost da takve opšte uslove poslovanja (odnosno šire posmatrano izvore formularnog prava) u celini prihvati ili da odustane od zaključenja ugovora.

Pravni pisci ukazuju i na transformaciju slobode ugovaranja, koja se najčešće dovodi u vezu sa ideologijom, ali i ekonomijom, pa se tako u domaćoj pravnoj teoriji još pre donošenja Zakona o obligacionim odnosima pojavio termin *uslovljena* sloboda ugovaranja, a vezuje se za A. Gamsa, koji je isticao da iako ugovor pretpostavlja slobodu strana, da je ta sloboda „društveno-ekonomski uslovljena i determinisana“.³⁶ Termin se pojavio u vezi sa slobodom ugovaranja privrednih subjekata, te se *uslovljena* sloboda ugovaranja shvatala kao ograničena normama iz pojedinačnog administrativnog akta ili propisa (koji uslovljava njeno važenje), da bi se nakon stupanja na snagu Zakona o obligacionim odnosima koristio termin *usmerena* sloboda ugovaranja – usmerena ekonomskim poretom utvrđenim ustavnopravnim okvirom, sistemskim zakonima i delimično osnovnim načelima ZOO. Đurđević i Pavić ističu da se za slobodu ugovaranja

³³ Videti član 27. stav 1. ZOO.

³⁴ Videti član 27. stav 2. ZOO.

³⁵ Slično i D. Nikolić, ali uz navođenje samo ugovora po pristupu, bez pominjanja opštih uslova poslovanja i drugih izvora formularnog prava. Videti: Nikolić, D., *op. cit.*, str. 155.

³⁶ Gams, A., *Uvod u građansko pravo: opšti deo*, Beograd, 1964, str. 272, navedeno prema: Đurđević, M., Pavić, D., *O uslovljenoj i usmerenoj slobodi ugovaranja privrednih subjekata*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/2016, str. 85.

privrednih subjekata i danas može reći da je usmerena pravnim principima i normama privrednopravnog (ekonomskopravnog) javnog poretka kojima se sprovodi državna intervencija u privredne aktivnosti.³⁷

Može se zaključiti da je načelo autonomije volje, odnosno u ugovornom pravu sloboda ugovaranja, pravni osnov kreiranja i upotrebe opštih uslova poslovanja.

Ograničenja autonomije volje u potrošačkim ugovorima: Danas postoje i brojna ograničenja slobodne ugovaranja u ugovorima koje sklapaju potrošači, a koja za cilj imaju zaštitu potrošača kao „slabije“ strane. U savremenom pravu sve je veći značaj potrošačkog prava, jer se širom sveta zaštita potrošača razume kao jedna od glavnih pokretačkih sila za modernizaciju privatnog prava.³⁸ Ograničenja slobode ugovaranja u ugovornom potrošačkom pravu postoje na više nivoa. Najpre, na sadržinskom nivou, u smislu da je zakonima kojima se uređuje pravna zaštita potrošača i korisnika finansijskih usluga zabranjeno ugovaranje određenih klauzula, tj. predviđene su sankcije (ništavost) u slučaju postojanja tzv. nepoštenih ugovornih odredbi. Nadalje, postoje posebna pravila koja se odnose na način zaključenja ugovora, a podrazumevaju informisani pristanak potrošača.³⁹ Pored toga, postoje posebna pravila tumačenja, kao i posebni načini kontrole potrošačkih ugovora i posebni načini rešavanja sporova nastalih iz potrošačkih ugovora.

2. POJAM OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

2.1. Terminološka razmatranja

U domaćoj literaturi se ovaj izvor prava (i pravni institut) sreće pod različitim nazivima: opšti uslovi prodaje, opšti uslovi poslovanja, opšta pravila poslovanja, opšti uslovi ugovora, opšti uslovi za prodaju, opšti uslovi za uvoz, opšti uslovi za izvoz ili (samo) opšti uslovi. U ovakvim situacijama, rešenje se često traži tako što se pojam

³⁷ Đurđević, M., Pavić, D., *O uslovljenoj i usmerenoj slobodi ugovaranja privrednih subjekata*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/2016, str. 84.

³⁸ Videti: Rösler, H., *Osnove potrošačkog prava Evropske unije*, Nova pravna revija (časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo), br. 1/2013, str. 20 i dalje. Ovaj autor na str. 21 istog rada ukazuje da se otprilike 80% ugovornog prava Evropske unije odnosi na polje zaštite potrošača, koje objedinjuje tri principa: informacije potrošača, zaštitu potrošača i organizacije potrošača.

³⁹ Detaljnije: Willett, C., Oughton, D., *Consumer protection*, u: Furmston, M., Chuah, J., (eds.), *Commercial and Consumer Law*, Pearson Education Limited, 2010, str. 436.

definiše u širem i u užem smislu. Takvim pristupom, profesor Goldštajn pojmom opštih uslova poslovanja u širem smislu obuhvata: opšte uslove prodaje, opšte uslove nabavke, opšte uslove vršenja usluga, tipske i athezione (pisao je: adhezione) ugovore, ukazujući da ih povezuje to što predstavljaju uslove pod kojima neka preduzeća posluju⁴⁰. Iako nalazim da je profesor Goldštajn dao najveći doprinos⁴¹ pravnoj nauci regiona analizirajući, između ostalog, opšte uslove, ipak kod ovog pitanja smatram⁴² da je preširoko postavio pojam opštih uslova poslovanja u delu kojim je njime obuhvatio i tipske ugovore i athezione ugovore. Smatram da je najadekvatnije koristiti naziv *opšti uslovi poslovanja*, pri čemu ovaj pojam (u širem smislu) obuhvata i: opšte uslove prodaje, opšte uslove nabavke, opšte uslove vršenja usluga, opšte uslove za isporuku (npr. električne energije) i sl. Drugim rečima, opšti uslovi poslovanja u širem smislu obuhvataju sve opšte uslove koji se i nazivu i u sadržini upodobljavaju prema delatnosti subjekta koji ih kreira i prema vrsti pravnih poslova koje će uređivati. Tipske ugovore i athezione ugovore smatram institutima srodnim opštim uslovima poslovanja, a razgraničenje između njih ću nastojati da postavim u nastavku rada.

U pogledu terminologije koju koristi naš zakonodavac, Zakon o obligacionim odnosima primarno koristi termin opšti uslovi formularnih ugovora⁴³ premda se čini da pod sadržinom tog pojma podrazumeva OUP, ali pominje i opšte uslove⁴⁴, opšte uslove prevoza i tarife⁴⁵, opšte uslove poslovanja turističke agencije⁴⁶ i opšte uslove osiguranja.⁴⁷ Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, kao noviji zakon, koristi upravo termin opšti uslovi poslovanja.⁴⁸

⁴⁰ Videti: Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1980, str. 35.

⁴¹ Ovo naročito imajući u vidu da je prevodio tzv. ženevske ugovore, kako se u stručnoj literaturi označavaju tipski ugovori i opšti uslovi koje je sastavila i objavila Ekonomska komisija Ujedinjenih nacija za Evropu.

⁴² Kako je ovo jedna od ređih stvari u kojima ne delim mišljenje profesora Goldštajna, pokušaću da na temelju onoga što je uradio, dalje i dublje istražim ovaj zanimljiv i koristan, a nedovoljno istražen izvor prava međunarodne trgovine.

⁴³ U delu kojim uređuje ugovor, ZOO sadrži dva člana (čl. 142-143.) iznad kojih je naslov: opšti uslovi formularnih ugovora. Prema članu 142. stav 1. ovog zakona opšti uslovi određeni od strane jednog ugovarača, bilo da su sadržani u formularnom ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva, dopunjuju posebne pogodbe utvrđene među ugovaračima u istom ugovoru, i po pravilu obavezuju kao i ove.

⁴⁴ Član 836. stav 3. ZOO.

⁴⁵ Videti član 671. stav 2. i 684. ZOO.

⁴⁶ Videti član 894. stav 3. ZOO.

⁴⁷ Član 902. ZOO.

⁴⁸ Opštim uslovima poslovanja davalaca finansijskih usluga, u smislu ovog zakona, smatraju se uslovi poslovanja koji se primenjuju na korisnike, uslovi za uspostavljanje odnosa između korisnika i davaoca finansijske usluge i postupak komunikacije između njih, kao i uslovi za obavljanje poslovanja između korisnika i davaoca ove usluge. Ovim zakonom je izričito određeno i da opšti uslovi poslovanja obuhvataju i akte kojima se utvrđuju naknade i drugi troškovi koje davalac finansijskih usluga naplaćuje korisnicima (npr.

U inostranoj literaturi i uporednom pravu se za opšte uslove poslovanja koriste sledeći nazivi:

- u engleskom jeziku: *General Conditions, General Conditions of Trade, general terms of business, general business terms*, a kao posledica nerazlikovanja od tipskih ugovora mogu se sresti i termini: *Standard contract, Standard Form Contracts; Standard Terms and Conditions*;

- u nemačkom jeziku: *Allgemeine Geschäftsbedingungen* – skraćeno: AGB;

- u francuskom jeziku: *Conditions Générales du contrat, les principes généraux du contrat*, a kao posledica nerazlikovanja od tipskih ugovora može se sresti i termin: *contrats types*⁴⁹;

- u španskom jeziku: *condiciones generales*;

- u italijanskom jeziku: *condizioni generali di contratto*, a kao posledica nerazlikovanja od tipskih ugovora može se sresti i termin: *contratto – tipo*;

- u ruskom jeziku: *Опции условия торговых оделки*⁵⁰;

- u hrvatskom jeziku pominju se kao: *opći uvjeti*.

Većina autora najčešće zajedno izlaže nekoliko sličnih instituta, često ne navodeći razlike među njima (ili smatrajući da one ne postoje), pri čemu im daju različite nazive, a nekada isti smisao i sadržinu.

Razmatajući odnos opštih uslova poslovanja i ugovora profesor Goldštajn iznosi sledeći stav: „Ugovori u kojima su opći uvjeti poslovanja postali dijelom sadržaja ugovora nazivaju se formularnim ugovorima, standardnim ili standardizovanim ugovorima odnosno tipskim ugovorima. Pri tome se pojmovi »opći uvjeti poslovanja« i standardni ugovor često ne razlikuju.“⁵¹ Profesor Ivica Jankovec⁵² identifikujući izvore privrednog prava⁵³ zajedno navodi formularne ugovore i opšte uslove poslovanja. U daljem razmatranju profesor

tarifa naknade). Videti član 9. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 139/2014).

⁴⁹ Goldštajn, A., *Opći uvjeti poslovanja*, materijal za poslediplomski studij iz privrednog prava, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1970, str. 11.

⁵⁰ Videti: *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa* (glavni redaktor Dobrosav Mitrović), Savremena administracija, Beograd, 1982, str. 313.

⁵¹ Goldštajn, A., *ibidem*.

⁵² Videti: Jankovec, I., *Privredno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 1999, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, str. 27.

⁵³ Kao izvore privrednog prava Jankovec navodi: Ustav, zakone, podzakonske propise, uzanse, privredne običaje, formularne ugovore i opšte uslove poslovanja i sudsku praksu (uz uobičajeno objašnjenje u samom tekstu da ona u nas nije izvor prava).

Jankovec ističe: „Opštim uslovima ugovora ili opštim uslovima poslovanja naziva se tekst koji je unapred utvrdila ili prihvatila jedna privredna organizacija, kao uslove (klauzule, pravila) pod kojima će zaključivati ugovore određene vrste sa bilo kojim zainteresovanim licem.“⁵⁴ Sa druge strane, prof. dr Jakša Barbić pod opštim uslovima poslovanja u širem smislu razlikuje opšte uslove poslovanja u pravno-tehničkom smislu reči i tipski (formularni) ugovor, te opšte uslove poslovanja u užem smislu reči definiše kao skup ugovornih klauzula koje stoje strankama kao izbor da ih unesu u svoj ugovor, a tipski ugovor posmatra kao unapred pripremljeni formular ugovora u koji se unose konkretni podaci potrebni da bi to zaista postao ugovor između određenih stranaka.⁵⁵

2.2. Razgraničenje opštih uslova poslovanja od srodnih pravnih instituta

Nakon sprovedenog istraživanja o ovom problemu, uvideo sam da postoji potreba da se pojam opštih uslova poslovanja razgraniči od tipskih ugovora i atezionih ugovora, naročito s obzirom na činjenicu da se kod većine autora ovi instituti zajedno izlažu bez pravljenja razlika, a pojedini autori ih koriste i kao sinonime, što oni, po mom mišljenju nisu.

Smatram da razloge opisane pojave treba videti u činjenici da ovi izvori imaju neke zajedničke osobenosti, pa treba poći od toga: utvrditi najpre šta im je zajedničko, a potom šta ih razlikuje.

Navedeni instituti se tiču oblasti ugovornog prava koju odlikuje veliki broj ugovornih obrazaca ili formulara, te zato smatram da se može reći da je reč o **formularnom pravu**, koje izučava formularne ugovore u različitim oblicima, tj. izvore formularnog prava. Formularno pravo, po mom viđenju, izučava različite oblike i forme unapred pripremljenih ugovornih obrazaca (formulara), razloge njihove pojave, njihove karakteristike, pravnu prirodu, pravno dejstvo, pravni režim, a može izučavati i potrebu za kontrolom i načine kontrole.

Formularno pravo (i formularne ugovore⁵⁶) odlikuje:

⁵⁴ Jankovec, I., *op. cit.*, 264-265.

⁵⁵ Videti: Barbić, J., *Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja)*, Informator, Zagreb, 1980, str. 26.

⁵⁶ Ako ovom pravu damo naziv formularno, onda ugovore koje ono izučava treba nazvati formularnim ugovorima. Koristeći pojam formularnog ugovora (ali u drugačijem značenju – kao sinonim za šablonski, standardni, tipski i masovni ugovor) profesor Jakov Radišić ističe da valja „uočiti da ugovorni formular ili

1. pripremljenost ugovora unapred;
2. odsustvo pregovora;
3. ugovor uglavnom⁵⁷ (po pravilu) u celosti priprema jedna ugovorna strana;
4. koriste se u istom obliku za veći broj poslovnih operacija, najčešće za pravne poslove koji se masovno zaključuju i to za neodređeni broj situacija;
5. ugovorna strana koja nudi ovakav sistem ugovornih klauzula nastoji da ih druga ugovorna strana prihvati *en bloc*.

Nakon istraživanja ovih pitanja, nalazim da postoje tri osnovna izvora formularnog prava, koja se u praksi mogu pojaviti u različitim modalitetima. Tako, u grupu ovih instituta spadaju, tj. **izvori formularnog prava** su sledeći:

1. adhezioni ugovori (sinonimi: ugovori po pristupu, ugovori po pristanku);
2. tipski ugovori (sinonimi: standardni ugovori, formularni ugovori, kliširani ugovori, modeli ugovora);
3. opšti uslovi poslovanja (modaliteti: opšti i posebni uslovi ugovora, opšti uslovi prodaje, uslovi za zaključenje ugovora i sl.).

Zbog čestog korišćenja termina „model ugovora” u kolokvijalnom govoru (kao sinonima za tipski ugovor) sreće se mišljenje da upravo tipski ugovori imaju svrhu nacarta ugovora, tj. dolazi do njihovog poistovećivanja. Smatram da ovakvo gledanje umanjuje značaj ostalih izvora formularnog prava, jer sva tri navedena izvora podjednako mogu biti korišćena kao nacrt pri sačinjavanju pojedinačnog ugovora. Napor je manji kada se pođe od teksta adhezionog ili tipskog ugovora, pa oba mogu jednako biti korišćena kao nacrt, ali po sebi uzev oba predstavljaju mnogo više od nacarta (model je kao takav zaokružena celina, a nacrt nije), jer je najčešće reč o gotovim ugovorima u kojima je dovoljno uneti podatke o ugovaračima i cenu.

„Iako se pod općim uvjetima poslovanja u širem smislu razumijevaju i tipski te adhezioni ugovori, ipak treba ove dvije kategorije pravno razgraničiti i od njih razlikovati opće uvjete poslovanja u pravnotehničkom smislu. Svi oni, naime, spadaju u okvir formularnih ugovora odnosno formularnog prava, koje se sastoji od općih uvjeta poslovanja u užem smislu, tipskih ugovora, adhezivnih ugovora, te raznih termina i

šablon nije isto što i sam formularni ugovor, isto onako kao što ni plan neke građevine nije isto što i sama ta građevina.” – Radišić, J., *Obligaciono pravo Opšti deo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 104.

⁵⁷ Osim tipskih ugovora i općih uslova koje je pripremila neka treća strana, najčešće neko nacionalno ili međunarodno udruženje (asocijacija) trgovaca ili privrednika ili neka međunarodna organizacija.

klauzula. Formularni oblik ugovora uključuje dakle svaki obrazac po kojem jedna strana stalno zaključuje ugovore s neodređenim brojem suugovarača i dozvoljava vrlo malo odstupanje ili čak ne dopušta bilo kakvu promjenu.⁵⁸

Nalazim da se navedeni izvori formularnog prava međusobno razlikuju po dva kriterijuma razgraničenja:

1. mogućnosti promene teksta;
2. da li su formulisani tako da se odnose (i primenjuju) samo na jednu vrstu ugovora ili na čitav niz različitih vrsta ugovora i poslovnih operacija.

Kako su kriterijumi razgraničenja postavljeni, tako sada treba primenom navedenih kriterijuma, nastojati utvrditi razlike između opštih uslova poslovanja i srodnih pravnih instituta.

2.3. Sličnosti i razlike sa tipskim ugovorima i athezionim ugovorima

Zajednička karakteristika tipskih ugovora i **athezionih ugovora** (a koja, po pravilu, nije odlika opštih uslova poslovanja) jeste da su tipski i athezioni ugovori odštampani u vidu obrasca, tj. formulara, čime se sve ugovorne odredbe nalaze na samom pismenu, tj. ugovornom dokumentu (obrascu) koji predstavlja konkretan individualni ugovor. Suprotno tome, kod opštih uslova poslovanja se, po pravilu, na obrascu konkretnog ugovora koji će ugovarači potpisati ne nalaze sve klauzule opštih uslova poslovanja, tj. iznad potpisa ugovornih strana ne stoji sadržina opštih uslova poslovanja kao što je to slučaj kod tipskih i athezionih ugovora, već se u ugovoru vrši pozivanje na OUP, odnosno upućuje na njihovu primenu, ili se OUP nalaze sa druge strane ugovornog dokumenta.

Tipski i athezioni ugovori se tako sastavljaju da njihove sve odredbe regulišu ugovorni odnos čijem uređenju su namenjene, tj. unošenjem podataka o ugovaračima i postizanjem saglasnosti volja takav pripremljeni tekst u celini postaje jedan pojedinačni ugovor. Suprotno, kod opštih uslova poslovanja je moguće (i u poslovnoj praksi se to i dešava) da samo određeni delovi ili određene odredbe postaju sastavni deo ugovora, a pojedini OUP se tako sastavljaju (sa ciljem da budu primenjeni na različite vrste ugovora) da nije ni moguće da sve odredbe opštih uslova postanu sastavni deo jednog pojedinačnog ugovora. Pored toga, pojedini autori ukazuju i da su ugovorne strane slobodne da pojedine

⁵⁸ Goldštajn, A., *Opći uvjeti poslovanja*, materijal za poslediplomski studij iz privrednog prava, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1970, str. 12.

odredbe opštih uslova poslovanja koje su sastavili drugi organi, primene onako kako to njima najbolje odgovara, te da neke od tih klauzula izmene ili dopune.⁵⁹

Važna karakteristika **tipskih ugovora** jeste da se oni odnose na jednu vrstu ugovora, čak uže od toga i na jednu vrstu robe, a neretko postoji i po nekoliko modaliteta tipskog ugovora za istu vrstu ugovora i istu vrstu robe, zavisno, na primer, od načina transporta robe koja je predmet ugovora. Dakle, jedan tipski ugovor biće korišćen za jednu vrstu poslovne operacije, a drugi tipski ugovor za drugu.

Suprotno tome, jedni opšti uslovi poslovanja, tj. OUP jednog privrednog subjekta se mogu koristiti (i u praksi se koriste) za više različitih poslovnih operacija i za različite pravne poslove, bilo da su ti OUP po sadržini takvi da se u celini mogu uključiti u različite vrste ugovora (ukoliko uređuju pravna pitanja uopšteno) ili se u konkretnom slučaju u individualni ugovor uključuju različite odredbe, tj. različiti delovi opštih uslova poslovanja, u zavisnosti od poslovne operacije, tj. pravnog posla koji se zaključuje tim individualnim ugovorom.

Među pravnim piscima najčešće je nerazlikovanje tipskog ugovora od opštih uslova, ali se sreću i nazivi koji u samom naslovu kombinuju delove termina ova dva instituta, pri čemu onda iz samog naslova nije jasno na koji se misli. Takav je slučaj sa terminima: opšti uslovi formularnih ugovora⁶⁰ i opšti uslovi standardnih ugovora. Ovoj pojavi je moguće doprinelo i opredeljenje izraženo u našem Zakonu o obligacionim odnosima u kome je u naslovu iznad članova koji uređuju pitanje obaveznosti i ništavosti nekih odredbi opštih uslova opredeljen naslov: opšti uslovi formularnih ugovora⁶¹. Ovakvim formulacijama se može zameriti svođenje na ugovor (gledanje na opšte uslove kao deo ugovora) tj. što se iz naslova ne vidi da opšti uslovi egzistiraju i nezavisno od samog ugovora⁶², a tek u trenutku zaključenja postaju sastavni deo ugovora, pa se može reći da imaju dvostruko pravno dejstvo (što će biti posebno razmatrano u delu ovog rada o zaključenju ugovora).

Od tipskog ugovora se opšti uslovi poslovanja razlikuju jer kao takvi - sami po sebi (po sebi uzev) ne predstavljaju ugovor, tj. najčešće nisu podobni da sâmi, bez drugih izvora, tj. bez zaključenog konkretnog ugovora, urede ugovorni odnos, posebno onda kada njima nisu uređeni svi bitni elementi budućeg ugovora. A nekada su tako pripremljeni da

⁵⁹ Tako: Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1974, str. 36.

⁶⁰ U pravnoj teoriji ovaj termin koristi Jelena Vilus. Videti: Vilus, J., *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Institut za uporedno pravo i Savremena administracija, Beograd, 1976.

⁶¹ Videti naslov iznad člana 142. ZOO.

⁶² Tada se otvara pitanje da li oni predstavljaju ponudu ili poziv da se učini ponuda.

sadrže rešenja za nekoliko vrsta ugovora, pa opet ne mogu sami (niti u celini) da predstavljaju ugovor, već je potreban poseban individualni ugovor kojim će se precizirati koji delovi, koje odredbe ili koje celine opštih uslova poslovanja postaju sastavni deo konkretnog ugovora. Suprotno tome, tipski ugovor je tako pripremljen da je dovoljan da samostalno uredi ugovorni odnos – po pravilu je dovoljno da ugovorne strane samo potpišu tipski ugovor izražavajući tako na izričit način volju za obavezivanjem. Suprotno ovoj redovnoj situaciji kod tipskog ugovora, na samom obrascu opštih uslova poslovanja, po pravilu, nije ni predviđen prostor za potpis ugovarača, već je kod njih, po pravilu, potrebno uključivanje pravila koja sadrže u konkretan ugovorni odnos i time one postaju ugovorne klauzule. Za razliku od tipskog ugovora ispod čijeg teksta će strane ugovornice uobičajeno staviti svojeručni potpis, opšti uslovi poslovanja ne moraju biti ni odštampani na samom pismenu, tj. ne moraju biti fizički deo ugovornog obrasca, iako mogu sadržati pojedine, pa čak i gotovo sve ugovorne odredbe identično formulisane kao u tipskom ugovoru.

Kod athezionih ugovora, ponudilac samostalno kreira ugovor i nudi ga, kao gotovu formu ugovora, tako da ga ponuđeni ne može menjati⁶³, već samo takvog u celini prihvatiti (primiti) ili odbiti. U tom smislu, athezioni je onaj ugovor u kome je kompletan tekst pripremljen unapred tako da nema niti potrebe niti mogućnosti za unosom bilo kog sastojka ugovora, već samo za unošenjem podataka o ugovaraču koji pristupa ovakvom ugovoru, čime dolazi do individualizacije athezionog ugovora. Kada je reč o ovim ugovorima, smatram da su sinonimi: athezioni⁶⁴ ugovor, ugovor po pristupu, ugovor po pristanku, ugovor koji se zaključuje pristupanjem. Od ovih mogućih, nalazim da je termin athezioni ugovor najrasprostranjeniji u naučnoj literaturi, te će on biti korišćen u daljem radu, iako mi se čini da bi, zbog dominantne karakteristike da se njemu može samo

⁶³ Na sličnom stanovištu je i prof. Goldštajn, koji athezione ugovore definiše kao ugovore kod kojih ponudilac vezuje zaključenje ugovora za prihvatanje svih uslova sadržanih u formularu i ne pristaje ni na kakvu promenu, dok kod tipskih ugovora pak jedna ugovorna strana prezentuje drugoj unapred pripremljeni nacrt ugovora kojim se redovno služi, ali načelno dopušta odstupanje i spremna je pregovarati o uslovima budućeg ugovora, s tim da ovaj autor naglašava da se u praksi ova nijansiranja ne sprovode uvek dosledno. Detaljnije: Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1974, str. 37.

⁶⁴ Pojedini autori navode ove ugovore pišući adhezioni, što nije u skladu sa gramatičkim pravilima srpskog jezika. Zbog jednačenja suglasnika po zvučnosti do koga dolazi u srpskom jeziku, trebalo bi pisati: athezioni ugovori. Termin *athezioni ugovori* koriste: Radišić, J., *Obligaciono pravo Opšti deo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 104-105; Stanković, O. u: Stanković, O., Vodinelić, V., *Uvod u građansko pravo*, Beograd, Nomos, 2004, str. 163. Termin *adhezioni ugovori* koriste: Đurđević, M., *Ugovor po pristupu* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravnikâ u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 17; Kapor, V., Carić, S., *Ugovori robnog prometa*, Privredna akademija, Novi Sad, 2007, str. 44, Nikolić, D., *Uvod u sistem građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2010, str. 135. U ovoj disertaciji biće korišćen termin athezioni ugovori.

pristupiti ili ne pristupiti (nema izmena), primeren i adekvatan naziv bio: ugovori kojima se pristupa.

Zbog ovakve postavke, ne treba stavljati znak jednakosti između pristupanja (athezije) kao načina zaključenja ugovora (tehnike) i izvora formularnog prava (iako se neretko sreće i takvo poistovećivanje).

Ako se postavi da je athezioni ugovor tako formulisan da je dovoljno potpisati ga, zbog čega se i zove ugovor po pristupu, to onda znači da on definitivno mora sadržati sve bitne elemente, kako bi mu druga strana jednostavno pristupila (iako će u praksi, po pravilu, sadržati i mnogo više od bitnih elemenata). Kako athezioni ugovor sadrži sve bitne elemente, tako on definitivno (bez dileme) predstavlja ponudu (i to opštu ponudu ili ponudu javnosti), čijim prihvatom ugovor biva zaključen. Po ovom pitanju se kod opštih uslova poslovanja ne može uvek lako izvesti univerzalni zaključak da predstavljaju uvek ponudu, čak je moguće razmatrati da li su opšti uslovi poslovanja ponuda ili poziv da se učini ponuda.

Kod **tipskog** ugovora, ne mora ceo tekst ugovora biti u potpunosti unapred pripremljen, tj. tipski ugovor je takav da dozvoljava prostor za pregovore, jer je, po pravilu, moguće odstupanje od ponuđenih elemenata. U tom smislu tipski ugovor je nekada samo polazna osnova za pregovore, tj. nacrt koji praktično olakšava da strane dođu do konačnog sadržaja ugovora, prema svojim potrebama, interesima i okolnostima datog slučaja. Čak u samom tipskom ugovoru, neretko, ostavljaju određene praznine, o čijem popunjavanju ugovorne strane treba da postignu saglasnost volja, odnosno da se dogovore. Ta prazna mesta se uglavnom odnose na rokove, procenat tolerancije, mesto isporuke, način isporuke, visinu penala i sl, a neretko tipskim ugovorom nije utvrđena ni cena, već će ona biti predmet pregovora.

Smatram da su sinonimi termini: tipski ugovor, model ugovor(a), standardni ugovor, šablonski ugovor, masovni ugovor. Od ovih mogućih, nalazim da termin tipski ugovor najbolje izražava sadržinu pojma, te će on biti korišćen u daljem radu.

Opravdanost učinjenog razgraničenja dodatno potvrđuje i neistovetnost pravnih pitanja koja se otvaraju u vezi sa pojedinačnim izvorima formularnog prava. Naime, pravna pitanja koja se javljaju kod opštih uslova poslovanja, kao što su: pitanje njihovog objavljivanja, pitanje uključivanja OUP u pojedinačni konkretni ugovor, pitanje konkurencije OUP obeju ugovornih strana i sl. ne postoje kod tipskih ugovora niti kod athezionih ugovora.

2.4. Sličnosti i razlike sa poslovnim običajima

Kako primena opštih uslova poslovanja u određenoj oblasti u dužem vremenskom periodu postaje praksa, tako se može reći da postepeno redovna primena OUP utiče na formiranje poslovnih običaja⁶⁵, iako OUP sami po sebi (OUP kao takvi) ne predstavljaju običaj. Naime privredni subjekti u određenoj grani, koji u svom poslovanju kreiraju i koriste sopstvene opšte uslove poslovanja, pod dejstvom konkurencije i tržišta postepeno počinju da ujednačavaju sadržinu svojih opštih uslova i na taj način dolazi do formiranja tipiziranih opštih uslova poslovanja za određenu granu ili sektor privrede. Tako, poslovanje i zaključenje ugovora primenom opštih uslova poslovanja postaje deo poslovnog običaja u datoj grani privrede. Nadalje, vremenom dolazi i do toga da različiti OUP (različitih kreatora) u jednoj grani privrede neretko sadrže i međusobno slična (ili istovetna) rešenja po pojedinačnim pitanjima. Pored toga, proces stvaranje običaja i protok vremena mogu uticati (i utiču) i na to da određeni izrazi i termini koji se upotrebljavaju u OUP mogu u poslovnom svetu u datoj grani privrede dobiti određeno uobičajeno značenje.

Pitanje je da li opšti uslovi poslovanja utiču na poslovne običaje ili poslovni običaji utiču na opšte uslove poslovanja, tako da pod njihovim uticajem privredni subjekt menja i prilagođava rešenja u sopstvenim OUP poslovnom okruženju. Mislim da pravi odgovor nije u ukazivanju na jedan od ova dva izvora, već u pokušaju da se sagleda opisani reverzibilni uzročno-posledični uticaj poslovnih običaja i opštih uslova poslovanja u savremenom poslovnom okruženju.

Pri pokušaju da odredim razlike između opštih uslova poslovanja i običaja, mislim da mogu biti od koristi tri ključna kriterijuma pomoću kojih možemo sagledati linije razgraničenja opštih uslova poslovanja i običaja. To su: (1) nastanak; (2) kreatori; (3) osnov primene (odnosno uključivanje primene).

Smatram da se običaj može smatrati osnovom koji u konkretnom slučaju uključuje primenu opštih uslova poslovanja u dati ugovorni odnos. Pitanje uključenja primene OUP u ugovorni odnos biće posebno razmatrano u okviru dela ovog rada o zaključenju ugovora.

⁶⁵ Običaji se stvaraju u različitim oblastima, a formiraju se ponavljanjem određenog ponašanja tokom dužeg vremenskog perioda, usled čega se postepeno razvija svest o obaveznosti takvog postupanja. Veliki značaj običajima daje i Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, koja izričito propisuje da su strane vezane običajima sa kojima su se složile, kao i praksom uspostavljenom među njima. Ako nije drugačije ugovoreno, smatra se da su strane prećutno podvrgle svoj ugovor ili njegovo zaključenje običaju koji im je bio poznat ili morao biti poznat i koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini i redovno ga poštuju ugovorne strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj struci. Videti član 9. Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

Ipak, u načelu je potrebno da se na određeni način postigne saglasnost volja o primeni OUP, dok se običaju primenjuju i nezavisno od saglasnosti volja ugovornih strana.

Prilikom razmatranja odnosa običaja i OUP, treba imati u vidu da su dobri običaji jedan od tri opšta ograničenja⁶⁶ načela autonomije volje, pa time i slobode subjekata da kreiraju sadržinu OUP.

Tragajući za razlikama, može se uočiti i sledeće: običaj nastaje kolektivnim delovanjem tj. ponavljanjem od strane velikog broja unapred neimenovanih (neodređenih) lica, a OUP individualnim, tj. pripremom od strane pojedinačnog tačno određenog subjekta. Na taj način, moglo bi se reći da je običaj izraz kolektivne spontane regulacije, a OUP izraz individualne samoregulacije. To je inicijalna razlika, a nadalje se može pratiti i ustanoviti uzajamni uticaj OUP raznih subjekata u istoj oblasti poslovanja, te na taj način i formiranje običaja, kao i, sa druge strane, uticaj običaja na rešenja sadržana u OUP.

Pored navedenog, razlika se može uočiti i sa aspekta vremenskog kriterijuma. Vreme potrebno da bi se moglo reći da je nastao običaj je značajno duže od vremena potrebnog da se izrade opšti uslovi poslovanja. To je i logično, jer običaj nastaje iz prošlosti, dok se OUP sastavljaju da u budućnosti uredi buduće ugovorne odnose.

Iako uzanse, kao običajna pravila kodifikovana od strane nadležnog organa⁶⁷, u našem pravnom sistemu više nemaju onaj značaj koji su imale pre donošenja Zakona o obligacionim odnosima⁶⁸, na ovom mestu se čini korisnim istaći da se u pravnoj teoriji razgraničenjem OUP i uzansi bavio profesor Goldštajn, koji je izveo sedam razlika između opštih uslova poslovanja i uzansi.⁶⁹

⁶⁶ Videti prethodno razmatranje ograničenja autonomije volje i član 10. ZOO.

⁶⁷ U našem pravu takvu kodifikaciju običaja izvršila je Glavna državna arbitraža 1954. godine. Reč je o opštim uzansama za promet robom, koje su uređivale ugovor o prodaji robe kao i ugovore o posredovanju, zastupanju, prevozu, uskladištenju i osiguranju. Opšte uzanse za promet robom objavljene su u: „Službeni list SFRJ“, broj 15/54.

⁶⁸ Primena uzansi je do usvajanja Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine bila obavezna, dok je danas ona uslovljena činjenicom da su se strane u svom ugovoru na njih izričito pozvale (ugovorile njihovu primenu) ili ako iz okolnosti proizlazi da su njihovu primenu htele. Videti član 21. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima.

⁶⁹ (1) Opšti uslovi poslovanja se donose slobodno - onaj ko se njima koristi može ih formulisati sam ili se poslužiti opštim uslovima udruženja kome pripada, odnosno opštim uslovima nekog trećeg. Naprotiv, uzanse imaju podlogu u poslovnom običaju jer predstavljaju selektivnu kodifikaciju dobrih poslovnih običaja. (2) Opšte uslove poslovanja donosi preduzeće, odnosno udruženje proizvođača ili kupaca ili davalaca usluga ili neko treći, a uzanse utvrđuju za to ovlašćeni organi. (3) Adresati opštih uslova poslovanja su samo konkretni ugovarači koji ih – formalnopravno gledajući – dobrovoljno prihvataju. Uzanse se primenjuju samo među subjektima privrednog prava. Opšti uslovi poslovanja se mogu primeniti prema svim kontrahentima, dakle i prema onima koji nisu subjekti privrednog prava. (4) Za opšte uslove poslovanja potrebno je neki put odobrenje. Za uzanse nije nikad potrebno odobrenje. (5) Opšti uslovi poslovanja se primenjuju samo na osnovu sporazuma stranaka. Uzanse se primenjuju uvek ako ih stranke nisu isključile, pa kao i običaji imaju

3. OD KARAKTERISTIKA DO DEFINICIJE POJMA

3.1. Karakteristike (svojstva) opštih uslova poslovanja

U potrazi za definicijom pojma, nakon istraživanja i poređenja sadržine različitih opštih uslova poslovanja do kojih sam došao, uočio sam određene karakteristike, tj. osobenosti i svojstva opštih uslova poslovanja. Nakon analize različitih OUP, istakao bih sledeće odlike kao zajednične elemente opštih uslova poslovanja:

1. Najpre, opšti uslovi poslovanja su uvek tekst u pisanom obliku, te je **pisana forma** jedna od njihovih karakteristika i konstanti. Ukoliko ne bi bili zapisani, ne bi se moglo govoriti o opštim uslovima poslovanja, tada se eventualno može govoriti o poslovnoj praksi, uobičajnom načinu na koji određeni privredni subjekt posluje, ili ukoliko se pridržava opšte poznatih običajnih pravila u tom sektoru privrede, može se govoriti o poslovnom ili privrednom običaju;

2. uvek su **pripremljeni (formulisani) unapred**, tj. pre i nezavisno od potencijalnog ugovornog odnosa uređuju prava i obaveza budućih ugovarača, bilo da ih privredni subjekt samostalno priprema (sastavlja, kreira) ili preuzima tekst opštih uslova poslovanja koji je sačinila i objavila neka međunarodna organizacija ili udruženje privrednih subjekata;

3. postoje **i važe i nezavisno od budućeg konkretnog pojedinačnog (individualnog) ugovora**;

4. po pravilu egzistiraju kao tekst koji je **fizički odvojen** (odvojeni posebni dokument) od samog ugovornog obrasca (ugovornog dokumenta ili isprave) koji će ugovarači potpisati, tj. najčešće nisu sastavni deo ugovornog formulara (izuzetno se nalaze

u izvesnom smislu normativni karakter. (6) U našoj sudskoj praksi se uzanse objavljuju u službenom glasilu, dok se opšti uslovi objavljuju na uobičajeni način ili se na bilo koji drugi svrsishodan način moraju učiniti dostupnim saugovaraču. (7) Opšti uslovi podležu sudskoj oceni te ih sud ne mora priznati u celini ili delimično, ako su u suprotnosti s prinudnim propisima ili moralom. Uzanse predstavljaju izbor između dobrih poslovnih običaja koji je izvršio (tada, u vreme kada prof. Goldštajn piše) Vrhovni privredni sud za opšte uzanse, odnosno Savezna privredna komora kod posebnih uzansa. Potvrdom od strane Vrhovnog privrednog suda ni posebne uzanse nisu više predmet preispitivanja od strane sudova ili arbitraža pri rešavanju konkretnih sporova. Takvo preispitivanje moglo bi doći u obzir ako se kasnijim prinudnim propisom uređuje nešto što se do tada moglo regulisati uzansama. Uz sve ove izvedene razlike, profesor Goldštajn zaključuje da autoritet uzansi počiva na ustaljenoj praksi – dobrim poslovnim običajima, dok se opšti uslovi poslovanja primenjuju odlukom stranke koja se njima služi. Videti: Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1974, str. 36-37.

na njegovoj poledini), te se sadržina opštih uslova poslovanja najčešće ne nalazi iznad potpisa strana ugovornica

5. jedni isti opšti uslovi poslovanja se **mogu primeniti na više tipova poslovnih operacija, tj. više⁷⁰ vrsta ugovora**, kao i na više modaliteta jedne (iste) vrste ugovora – dok sa druge strane kod tipskih i athezionih ugovora to nije slučaj, jer kod njih, po pravilu, postoji poseban tipski ugovor za svaku vrstu ugovora i svaki njen modalitet. Kod athezionih ugovora je situacija potpuno jasna, jer kod njih nisu moguće nikakve promene, tj. nema isključenja ugovornih odredbi – oni su po principu „uzmi ili ostavi“. Dakle, jedan privredni subjekt može koristiti jedne iste OUP za sve vrste ugovora koje zaključuje, tako što će njima obuhvatiti zajednička pitanja (ili će po segmenima urediti različita pitanja za različite vrste ugovora). Tako, na primer, jedna banka može (a po pravilu je tako i u praksi) koristiti iste opšte uslove poslovanja za ugovor o tekućem računu, ugovor o kreditu, ugovor o depozitu, ugovor o sefu itd.

6. Kako se OUP mogu primeniti i primenjuju se uključivanjem u ugovor kod svih vrsta, tj. tipova ugovora, tako oni sami po sebi ne predstavljaju vrstu ili tip ugovora. Kada se tome doda prethodno opisana činjenica da, po pravilu, nisu fizički deo ugovornog dokumenta, to ukazuje na potrebu da se opšti uslovi poslovanja na određeni način⁷¹ moraju učiniti sastavnim delom ugovora da bi uređivali prava i obaveze strana ugovornica. To znači da je potreban osnov primene opštih uslova poslovanja i određeni **način njihovog uključivanja u konkretni ugovorni odnos⁷²**;

7. **opštost** – OUP se pripremaju se (kreiraju) tako da važe za **unapred neodređeni i neograničeni broj situacija i neodređeni i neograničeni broj subjekata (za javnost)**, tj. nemajući u vidu buduće konkretne (pojedinačne) ugovorne strane⁷³ (što je slučaj kod

⁷⁰ Suprotno stanovište zastupa profesor Jakov Radišić: „To su apstraktna pravila za sve buduće pojedinačne ugovore određene vrste. Sva pitanja što iskrsavaju kod određenog tipa ugovora...“. - Radišić, J., *Obligaciono pravo Opšti deo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 103.

⁷¹ Danas se, najčešće, individualni ugovor poziva na opšte uslove poslovanja, tj. jednom klauzulom se uključuje njihova primena u konkretan ugovorni odnos koji nastaje, čime se iz samog teksta individualnog ugovora, po pravilu, ne vidi sadržina opštih uslova poslovanja. Ovakvo postupanje u praksi otvara pitanje saznanja sadržine opštih uslova poslovanja, tj. načina na koji se ugovorna strana može upoznati sa njihovom sadržinom. Ovo pitanje ponekad može predstavljati i problem ukoliko jedna ugovorna strana prihvata opšte uslove poslovanja koje primenjuje u svojoj poslovnoj praksi i koje je formulisala druga ugovorna strana, jer u savremenim uslovima poslovanja, rukovođena većom brzinom, strana ugovornica neretko prihvata opšte uslove poslovanja druge strane ne upoznavajući se detaljno sa njihovom sadržinom – nekad ni ne pročita.

⁷² Analizirajući pojam opštih uslova poslovanja profesor Jakov Radišić ističe: „Oni ne predstavljaju neki naročit tip ugovora; naročit je jedino način na koji se oni zaključuju, a on se može primeniti kod svih postojećih tipova ugovora.“ – Radišić, J., *Obligaciono pravo Opšti deo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 103.

⁷³ Ova osobina opštih uslova poslovanja može otvoriti pitanje da li oni imaju neke karakteristike propisa, tj. opšteg akta i kakva ima je pravna priroda, što će biti posebno razmatrano u daljem radu.

pregovora). Drugim rečima, dok ih sastavlja, kreator OUP nema u vidu određeno lice ili lica (bilo fizička, bilo pravna). To znači da OUP sadrže apstraktna i uopštena (generalna) pravila, a namenjeni su, po pravilu, za uređenje pravnih poslova koji se masovno zaključuju i regulišu ih na ujednačen, tj. jedinstven i jednoobrazan način;

8. opšti uslovi poslovanja predstavljaju **sistem pravila**, tj. ugovornih odredbi (klauzula) koje su tako međusobno usklađene da predstavljaju sređenu i uređenu celinu, tj. sistem, a ne prost popis, zbir, skup, spisak ili listu klauzula, kako ističe većina autora⁷⁴. Ovakav sistem (ugovornih) pravila predstavlja izraz težnje ka sveobuhvatnosti i iscrpnosti u samoregulisanju. Njima se na najdetaljniji način (do najsitnijeg detalja) uređuje sadržina pravnih (i to ugovornih) odnosa na koja će se primeniti. Kreator OUP nastoji da njima uredi sve zamislive situacije⁷⁵ u praksi, pa su zbog toga, opšti uslovi poslovanja po pravilu većeg obima, tj. znatno obimniji od ostalih izvora formularnog prava (tipskih ugovora i atezionih ugovora);

9. **stalnost (u relativnom smislu)** - opšti uslovi poslovanja predstavljaju karakteristiku (čak i konstantu u relativnom smislu) jednog privrednog subjekta ili jednog udruženja, po kojima taj privredni subjekt, odnosno članovi tog udruženja posluju relativno duži vremenski period, jer njihovo važenje nije vremenski ograničeno, te nastoje da buduće ugovorne odnose uredi **jednoobrazno**. Korišćenje opštih uslova poslovanja je i stvar odluke, tako što privredni subjekt (odnosno udruženje) odluči da ubuduće u poslovanju ugovore stalno zaključuje u skladu sa (sopstvenim) OUP. Stalnost se može istaći i u smislu da kada ih privredni subjekt sastavi i objavi, on to čini sa namerom da ona traju neodređeni vremenski period. Iako nisu vremenski ograničena, ipak je ta stalnost u relativnom smislu, jer oni važe dok ih privredni subjekt ne zameni drugim ili ih izmeni i/il dopuni. Međutim i kod izmena i/ili dopuna je češća situacija kontinuiranih promena u cilju njihovog poboljšanja. Na isti način, to može raditi i udruženje privrednih subjekata ili međunarodna organizacija. Ako prihvatimo da se ona stalno unapređuju, onda to još jednom, na drugačiji način, potvrđuje da je jedna od njihovih karakteristika i stalnost (u relativnom smislu);

⁷⁴ Suprotno mišljenje iznosi profesor Goldštajn koji kaže da opšti uslovi poslovanja predstavljaju upravo popis ugovornih klauzula: „Od tipskih se ugovora opći uvjeti poslovanja razlikuju time što predstavljaju popis ugovornih klauzula kojima se ugovorne strane koriste na taj način što ih smatraju sastavnim dijelom ugovora.” Videti: Goldštajn, A., *op. cit.*, str. 12. Slično takođe i profesor Jakov Radišić iznosi stav da opšte uslove poslovanja čini: „spisak tipičnih ili standardizovanih ugovornih klauzula koje se sastavljaju unapred.” – Radišić, J., *op. cit.*, str. 103.

⁷⁵ Kako one značajne za zaključenje ugovora, tako i one koje se mogu pojaviti tokom izvršenja ugovora.

10. može se reći da opšti uslovi poslovanja **predstavljaju izraz poslovne politike privrednog subjekta koji ih kreira** (sastavlja), tj. da proizilaze iz redovne i trajne⁷⁶ (po pravilu i osnovne) delatnosti koju taj privredni subjekt sistematski obavlja na tržištu. On svoju poslovnu politiku i svoje viđenje ugovornih odnosa sa saugovaračima zapisuje i uobličava kroz opšte uslove poslovanja, te postavlja pravila po kojima i ubuduće želi da prodaje robu ili vrši usluge. Na taj način, kao izraz poslovne politike određenog privrednog subjekta, OUP datog privrednog subjekta su i jedinstveni. Upravo se iz njih može sagledati kakvo je gledanje privrednog subjekta na savesnost i poštenje, pravičnost; da li će nastojati da formuliše nefer klauzule, klauzule egzoneracije i maksimalno zaštititi isključivo svoje poslovne interese i položaj ili će, u dobroj veri i rukovodeći se željom za stalnom saradnjom sa poslovnim partnerima sa kojima zaključuje ugovore, nastojati da rešenja u OUP budu pravična;

11. OUP predstavljaju privatnu **zbirku (kodeks) pravila**⁷⁷, tj. autonoman izvor trgovinskog prava. I kada se njihove odredbe ne koriste u celosti, tj. kada ugovarači postignu saglasnost o posebnim pogodbama, tada OUP mogu poslužiti kao dopunska pravila jer detaljno (na minuciozan način) uređuju sva zamisliva pitanja u vezi sa ugovornim odnosom, jer je to ideja vodilja kojom se sastavljač OUP rukovodi pri njihovom kreiranju i čemu teži.

12. Iako im to nije teorijska neizostavna karakteristika (naročito ne bitno svojstvo), **danas** su opšti uslovi poslovanja **po pravilu** takvi da **isključuju mogućnost pregovora**, tj. pogađanja, jer kreator OUP nastoji da unapred fiksira uslove budućeg ugovora, tako da im saugovarač pristupi nalik athezionom ugovoru. Od ovog pravila postoje izuzeci, te stoga ovu osobinu OUP navodim među poslednjima. Iako se danas redovno nastoji da se OUP uključe u celini (*en bloc*) u ugovor, moguće je i da se u ugovor unesu posebne odredbe umesto pojedinih odredbi OUP (izmena OUP), kao i da se postojećim odredbama dodaju nove (dopuna OUP). Ali, pravilo jeste da uglavnom strana koja prihvata primenu OUP nema stvarnog uticaja na sadržinu OUP niti je na bilo koji način učestvovala u njihovom nastajanju. U većini situacija, strana koja pristupa OUP ne čini ni pokušaje da pregovara o sadržini ugovornog odnosa, već samo potpisuje unapred pripremljena ugovorna dokumenta

⁷⁶ Slično: Perović, S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981, str. 218.

⁷⁷ „Neki od ovih opštih uslova su *pravni zakonici (virtual codes of law)*, koji na najiscrpniji način regulišu određenu oblast, bez potrebe za bilo kakvim dopunskim regulisanjem.” – Vilus, J., *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Savremena administracija, Beograd, 1976, str. 20, sa pozivanjem na: Rieg, A., *Contrat-type et contrat d'adhésion*, referat na VIII Međunarodnom kongresu uporednog prava u Peskari, str. 105-116.

koja sadrže OUP ili upućuju na njih. U teoriji se sreće i stav da se samo „tzv. velike mušterije“ korisnika OUP mogu upustiti u njihovu izmenu.⁷⁸

13. po karakteru i pravnom dejstvu, opštu uslovi poslovanja koji sadrže bitne elemente ugovora koji se njima želi zaključiti, predstavljaju opštu i stalnu ponudu (javnosti), uz moguća odstupanja, što će biti razmatrano u daljem radu, kada mogu predstavljati poziv da se učini ponuda.

14. Kao svojevrsna **privatna kodifikacija**, kreirana na osnovu sinteze pravila prakse i poslovnih principa, a pod uticajem trgovačkih običaja, kojom se zamenjuju (derogiraju) dispozitivne zakonske norme, OUP istovremeno predstavljajući **izvor autonomnog prava** (međunarodne) trgovine, koji je nastao kao rezultat kreiranja pravnih pravila od strane samih učesnika ugovornih odnosa u želji da posebno zaštite sopstvene interese.

U mnogim radovima se navodi da se karakteristikama ili razlozima upotrebe OUP često pridodaju i potrebe i interesi ekonomskih monopola.⁷⁹ Na osnovu detaljnog istraživanja OUP, nalazim da ekonomska snaga, ekonomska superiornost ili čak monopolski ili dominantan položaj na tržištu kreatora i primenjivača OUP nije niti bitno svojstvo niti tipična karakteristika OUP. Stav da je ekonomska superiornost karakteristika izvora koje sam u ovoj disertaciji nazvao izvorima formularnog prava, te koji obuhvataju i OUP, potiče iz francuske pravne teorije. Konkretno, govoreći o zaključenju adhezionih ugovora, Carbonnier kao prvu osobinu ističe ekonomsku superiornost, koja ponuđača *de facto* stavlja u mogućnost da diktira svoje uslove drugom⁸⁰, a taj stav dalje preuzimaju i razrađuju i drugi teoretičari, uključujući naše ugledne pravne pisce. Tako, na primer i dr Mladen Draškić ističe da zaključenje ugovora putem pristupanja pruža ekonomski superiornijoj strani mogućnost da diktira svoje uslove, te kako se radi vrlo često o ugovorima koji obuhvataju vrlo širok krug klijentele – potrošača, u svim pravima primenjuju se izvesne mere zaštite „od ovakve zloupotrebe ekonomske superiornosti“.⁸¹ U

⁷⁸ Đurđević, N., *Kontrola opštih uslova poslovanja po osnovu pravičnosti*, Pravni život, br. 11-12/1994, str. 1541.

⁷⁹ Tako, na primer: Đurđević, N., *op. cit.*, str. 1542.

⁸⁰ Carbonnier, pored (1) ekonomske superiornosti, kao osobine adhezionih ugovora označava i: (2) jednostrani karakter klauzula, koje je pripremio moćniji u svom isključivom interesu i (3) njihovu nepromenljivost – to je celina koja se može samo prihvatiti ili odbiti. Tako: Carbonnier, J., *Droit civil. Tome II. Les biens et les obligations*, Presses universitaires de France, 1957, str. 335-441, navedeno prema: Draškić, M., *Zaključivanje ugovora o kupoprodaji*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1972, str. 218.

⁸¹ Draškić, M., *op. cit.*, str. 220.

svim ovim radovima ističe se moć, ekonomska nadmoć, diktat dominantog, ali savremena praksa pokazuje da to više nije slučaj, barem ne bitno niti tipično svojstvo. Samo postojanje, odnosno korišćenje OUP u poslovanju nije po sebi uzev (kao takvo) zloupotreba ekonomske superiornosti. Smatram da danas fokus treba izmestiti sa aspekta ekonomske snage i usmeriti ga na „pravnu snagu“, pravna rešenja koja sadrže opšti uslovi poslovanja. Zato bi, po mom mišljenju, fokus trebalo postaviti na mehanizme pravne kontrole opštih uslova poslovanja, naročito u slučaju postojanja klauzula koje su u suprotnosti sa osnovnim načelima ugovornog prava. Iako je vezivanje OUP i drugih izvora formularnog prava u vreme kada je isticana pomenuta osobina verovatno bilo pravilo, sa stanovišta današnjeg vremena i savremene prakse, može se uočiti da to više nije slučaj. Smatram da danas subjekti ne koriste OUP jer su (subjekti) moćni, već zato što je praksa njihove primene pokazala njihove brojne prednosti, a ponajviše uštede u vremenu i smanjenju operativnih troškova pri zaključenju ugovora. U prilog izloženom stavu govori i činjenica da u savremenoj praksi ugovornog prava, a naročito međunarodnog trgovinskog prava, dolazi neretko i do situacija da oba saugovarača imaju OUP i to nezavisno od pitanja svoje ekonomske snage, kao i da privredni subjekt manjeg ekonomskog potencijala kreira i primenjuje sopstvene OUP, a da pojedini subjekti veće ekonomske snage ne primenjuju OUP u svom poslovanju. U svakom slučaju treba naglasiti da ni pitanje ekonomske snage, niti pitanje položaja na tržištu (npr. monopolski ili dominantan položaj) privrednog subjekta koji kreira i koristi OUP nije niti bitno niti tipsko svojstvo koje karakteriše OUP kao takve. Sa druge strane, postojanje određenih klauzula koje se kose sa osnovnim principima pravičnosti, savesnosti i poštenja, odnosno ravnopravnosti ugovornih strana takođe nije povezano sa pitanjem ekonomske snage, već pravno-političkog opredeljenja pri kreiranju OUP, odnosno poslovne politike i načina poslovanja subjekta koji kreira OUP.

Prethodno izložena svojstva OUP mogu biti od koristi i kao kriterijumi kvalifikacije, tj. mogu biti primenjeni kada se (i da se) određeni izvor pravila kvalifikuje kao OUP, naročito onda kada kreator nije odredio karakter svog uobličavanja pravila. Pored toga, s obzirom na činjenicu da se u praksi OUP pojavljuju u različitim oblicima i pod različitim nazivima, izdvojene karakteristike (ili iz drugog ugla gledano kriterijumi kvalifikacije) OUP mogu da budu od određene koristi za identifikaciju određenog izvora kao OUP i kada on nije tako naslovljen. Treba reći da u praksi nije nužno da OUP poseduju sve navedene karakteristike, te da će u pojedinačnom slučaju biti prisutna kombinacija opisanih karakteristika, a ne njihova kumulacija, što je i uobičajeno kada je

privatno, tj. građansko pravo⁸² u pitanju. To znači da navedene karakteristike nemaju apsolutno dejstvo važenja na svaki pojedinačni slučaj OUP, već je moguće da određena karakteristika ne bude prisutna u datom slučaju, a da takav sitem propisa bude kvalifikovan kao OUP. Drugim rečima, od svake od karakteristika su moguća odstupanja, tj. izuzeci. Navedene karakteristike se pojavljuju redovno, po pravilu i u proseku, tj. u najvećem broju slučajeva. Neke od ovih karakteristika se mogu sresti i kod drugih izvora formularnog prava, tj. kod tipskih ugovora i atezionih ugovora. Moglo bi se postaviti i pitanje da li postoji univerzalna karakteristika OUP. Čini se da univerzalna karakteristika OUP zasigurno pisana forma, tj. da nije zamislivo postojanje OUP u drugačijem obliku od pisanog, jer bi bilo kakav drugi oblik mogao ukazivati na poslovnu praksu ili običaj, ali ne na opšte uslove poslovanja.

Profesor Goldštajn iznosi mišljenje da opšti uslovi poslovanja „imaju isti sadržaj kao i tipski (standardni) ugovori“⁸³. Smatram da ovo mišljenje jeste ispravno kad su u pitanju opšti uslovi koje su kreirale međunarodne organizacije i udruženja privrednika, ali, kada je reč o OUP koje kreiraju pojedinačni privredni subjekti, onda smatram da se ova karakteristika ne može prihvatiti kao pravilo. Kada je reč o OUP privrednih subjekata, upravo njihova sadržina⁸⁴ jeste jedna od karakteristika koja razdvaja, a ne spaja tipske ugovore i opšte uslove poslovanja.

Ipak ovakav stav profesora Goldštajna me podstakao da uočim raznolikost opštih uslova poslovanja, te ga, čini se, pre treba dalje razvijati nego kritikovati. To se može dovesti u vezu i sa još jednim pitanjem koje smatram da treba otvoriti, a to su različiti modaliteti u kojima mogu egzistirati opšti uslovi poslovanja.

⁸² O kombinaciji karakteristika građanskopravnih odnosa, videti: Vodinić, V., *Građansko pravo: Uvodne teme*, NOMOS, Beograd, 1991, str. 69-73; Vodinić, V. u: Stanković, O., Vodinić, V., *Uvod u građansko pravo*, NOMOS, Beograd, 2007, str. 256-257.

⁸³ Goldštajn, A., *Opći uvjeti poslovanja*, materijal za poslediplomski studij iz privrednog prava, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1970, str. 12.

⁸⁴ Ista sadržina pre bi bila izuzetak nego pravilo. Tako, ista sadržina kao kod tipskih ugovora, sreće se, ne kod opštih uslova poslovanja, već pre kod opštih uslova prodaje. Smatram da su na ovakav zaključak koji je Goldštajn izveo presudno uticali ženevski tipski ugovori i opšti uslovi prodaje. Kod ovih, ženevskih ugovora, se može reći da je sadržina tipskih ugovora i opštih uslova prodaje veoma slična i da se u praksi teško sagledava razlika među njima. Ali, smatram da nije opravdano iz ovog jednog fenomena (ženevskih tipskih ugovora) izvesti opšti zaključak o istoj sadržini tipskih ugovora i opštih uslova.

3.2. Modaliteti pojava oblika OUP i načini upoznavanja sa njihovom sadržinom (objavljivanje)

Opšti uslovi poslovanja u pravnom prometu mogu postojati u različitim pojavnim oblicima. Modaliteti pojava oblika, posmatrano iz drugog ugla, određuju i predstavljaju načine saznanja sadržine opštih uslova poslovanja, tj. načine na koji se oni mogu saopštiti javnosti i učiniti dostupnim zainteresovanim licima. To su načini kako druga strana (koja prihvata opšte uslove poslovanja) može da se upozna sa njihovom sadržinom. Veoma je važno da druga strana ima mogućnost da se upozna sa njihovom sadržinom, jer ukoliko je ugovorna strana imala mogućnost da ih pročita, a odlučila se da to ne učini i prihvatila njihovu primenu prilikom zaključenja ugovora, onda neće moći da se, sa uspehom, poziva na to da joj opšti uslovi poslovanja nisu bili poznati.

Smatram da na karakter opštih uslova poslovanja ne utiče oblik (forma) u kome se pojavljuju, tj. objavljuju⁸⁵ i na koji su dostupni javnosti, tj. zainteresovanim subjektima i potencijalnim ugovaračima. Zakon o obligacionim odnosima sadrži odredbu koja propisuje da opšti uslovi poslovanja moraju biti objavljeni na uobičajeni način.⁸⁶ U vezi sa tumačenjem uobičajenog načina, u praksi se sreću različiti modaliteti. Najopštije govoreći, može se reći da opšti uslovi poslovanja danas mogu biti u štampanom i/ili elektronskom obliku.

U poslovnoj praksi se OUP najčešće pojavljuju u vidu obimnijeg teksta, koji **poput malog zakonika**, tj. čitavog kodeksa, iscrpno reguliše sve buduće ugovore koje će privredni subjekt koji ih kreira zaključivati sa svakim zainteresovanim subjektom. Na ovakav način pripremljeni, opšti uslovi poslovanja najčešće se štampaju u vidu zasebne **knjižice** (ili male **brošure**) kao zbirke ugovornih pravila po kojima taj privredni subjekt posluje i zaključuje ugovore. Takve knjižice najčešće su **objavljene i dostupne u poslovnim prostorijama** privrednog subjekta u kojima se zaključuju ugovori tako što su **istaknute na vidnom (ili vidljivom) mestu**, a danas ih, po pravilu, privredni subjekt objavljuje i na svom veb sajtu, tj. veb prezentaciji. Ovakve odštampane knjižice pojedini privredni subjekti i **uručuju saugovaračima** prilikom zaključenja ugovora. To, u poslovnoj praksi, najčešće čine banke, turističke agencije i osiguravajuća društva, tj. organizacije koje nude svoje usluge širokom broju subjekata.

⁸⁵ Pitanje objavljivanja opštih uslova poslovanja je naročito važno, jer oni obavezuju samo ako su objavljeni na uobičajeni način. Ovo pitanje biće razmotreno u poglavlju posvećenom zaključenju ugovora i obaveznosti opštih uslova poslovanja.

⁸⁶ Član 142. stav 2. ZOO.

U praksi nije redak slučaj i da je tekst opštih uslova poslovanja odštampan na drugoj strani (**poledini**) ugovornog dokumenta (ugovorne isprave ili formulara) i to najčešće u situacijama kada je reč o kombinaciji atezionog (ili tipskog) ugovora i opštih uslova poslovanja. Tada se samim ugovorom uređuju bitni elementi tog ugovora, a na poledini se nalazi tekst opštih uslova poslovanja kojim se uređuju razne situacije⁸⁷ do kojih može doći u toku izvršenja (fazi realizacije) ugovora. S obzirom na obimnost opštih uslova poslovanja, njihov tekst na poledini je najčešće odštampan sitnijim slovima u odnosu na font teksta ugovora.

Moguće je i da tekst opštih uslova poslovanja koji je odštampan kao fizički odvojen pisani tekst, tj. odvojeni posebni dokument bude fizički priključen, tj. priložen tekstu individualnog ugovora koji se zaključuje tako što se pričvrsti (najčešće prihefta) uz tekst individualnog ugovora. Ovakvom radnjom privredni subjekt želi da saugovaraču i praktično stavi do znanja da klauzule opštih uslova poslovanja zaista postaju sastavni deo zaključenog ugovora i da OUP uređuju sve situacije koje nisu uređene samim tekstom individualnog ugovora (što i jeste jedan od ciljeva zbog koga privredni subjekt sastavlja i koristi opšte uslove poslovanja).

Pojedini privredni subjekti svoje opšte uslove poslovanja objavljuju u katalogu svojih proizvoda i usluga ili kao sastavni deo cenovnika, tarifnika⁸⁸, prospekata i sl.

Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga od 2011. godine izričito propisuje da se OUP davalaca finansijskih usluga objavljuju i u poslovnim prostorijama i na internet prezentaciji. Konkretno, davalac finansijske usluge je dužan da na vidnom mestu u poslovnim prostorijama u kojima nudi usluge korisnicima i na Internet stranici obezbedi da se korisnik upozna sa opštim uslovima poslovanja na srpskom jeziku, i to najkasnije 15 dana pre dana početka njihove primene. Pored toga, davalac finansijske usluge je dužan da korisniku pruži odgovarajuća objašnjenja i instrukcije koji se odnose na primenu opštih uslova poslovanja u vezi sa određenom finansijskom uslugom, kao i da mu, na njegov zahtev, u pismenoj formi ili na drugom trajnom nosaču podataka, dostavi te uslove bez odlaganja.⁸⁹

⁸⁷ Sa početnom idejom da se urede sve moguće, makar u trenutku sastavljanja OUP zamislive situacije.

⁸⁸ S ovim pitanjem u vezi se može uočiti da postoji i zakonsko određenje da OUP obuhvataju i tarifnike. Tako, na primer, Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 139/2014) u članu 9. stav 2. propisuje da opšti uslovi poslovanja obuhvataju i akte kojima se utvrđuju naknade i drugi troškovi koje davalac finansijskih usluga naplaćuje korisnicima (npr. tarifa naknade).

⁸⁹ Član 10. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 139/2014).

Bez obzira na to u kom se od navedenih oblika pojavljuju, objavljuju i čine dostupnim javnosti, to ne utiče na kvalifikaciju određenog sistema pravila i ugovornih klauzula kao opštih uslova poslovanja. Takođe, nije od značaja ni činjenica da li je primenjivač OUP istovremeno i kreator OUP, tj. da li koristi sopstvene OUP ili one koje je sastavio drugi privredni subjekt, određena organizacija, udruženje ili komora. Za kvalifikaciju opštih uslova poslovanja ostaje relevantno da li tekst (u pitanju) ispunjava karakteristike na koje sam prethodno ukazao, bez obzira na modalitet oblika u kome se saopštavaju i čine dostupnim zainteresovanim subjektima. Modaliteti pojavnih oblika OUP samo su dokaz raznolikosti prakse ovog korisnog izvora ugovornog prava.

3.3. Definicija opštih uslova poslovanja

Većina udžbenika ne sadrži definiciju opštih uslova poslovanja, iako ih u različitom obimu, skoro svi pominju kao jedan od izvora obligacionog, međunarodnog i unutrašnjeg trgovinskog prava. Neretko ih autori obrađuju zajedno sa tipskim ugovorima. Odrednice o opštim uslovima poslovanja mogu se naći u određenom broju stručnih leksikona i enciklopedija. Tako Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa pravi razliku između opštih uslova poslovanja i opštih uslova ugovora, pri čemu ove prve definiše kao pravila koja unapred određuje jedan ugovarač ili određeno udruženje privrednika jedne privredne grane (stručno, poslovno, strukovno i slično) za određenu vrstu privrednih poslova (kupoprodaju, zastupništvo, špediciju, komision, skladištenje, hotelske usluge, prevoz i slično), a opšte uslove ugovora kao listu ugovornih klauzula koje stranke uključuju u svoj ugovor bilo pozivanjem na njih u celini ili delimično⁹⁰.

Zakonske definicije: Naš ZOO ne sadrži definiciju opštih uslova poslovanja, već u članu kojim uređuje obaveznost opštih uslova formularnih ugovora određuje da opšti uslovi određeni od strane jednog ugovarača, bilo da su sadržani u formularnom ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva, dopunjuju posebne pogodbe utvrđene među ugovaračima u istom ugovoru, i po pravilu obavezuju kao i ove⁹¹. Hrvatski Zakon o obveznim odnosima definiše: Opći uvjeti ugovora su ugovorne odredbe sastavljene za veći broj ugovora koje

⁹⁰ Videti: *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa* (glavni redaktor Dobrosav Mitrović), Savremena administracija, Beograd, 1982, str. 313.

⁹¹ Član 142. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima („Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, „Sl. list SRJ“, br. 31/93 i „Sl. list SCG“, br. 1/03-Ustavna povelja).

jedna ugovorna strana (sastavljač) prije ili u trenutku sklapanja ugovora predlaže drugoj ugovornoj strani, bilo da su sadržani u formularnom (tipskom) ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva.⁹² Ovoj definiciji se može zameriti svođenje na opšte uslove koje sastavlja jedna ugovorna strana, tj. neuvažavanje činjenice da OUP može da kreira i neka treća strana koja ne učestvuje u zaključenju ugovora, što je naročito slučaj sa međunarodnim i nacionalnim organizacijama i udruženjima koja su dala veliki doprinos afirmaciji opštih uslova poslovanja.

Naš Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga sadrži odredbu, po kojoj se opštim uslovima poslovanja davalaca finansijskih usluga, u smislu ovog zakona, smatraju uslovi poslovanja koji se primenjuju na korisnike, uslovi za uspostavljanje odnosa između korisnika i davaoca finansijske usluge i postupak komunikacije između njih, kao i uslovi za obavljanje poslovanja između korisnika i davaoca ove usluge. Ovim zakonom je izričito određeno i da opšti uslovi poslovanja obuhvataju i akte kojima se utvrđuju naknade i drugi troškovi koje davalac finansijskih usluga naplaćuje korisnicima (npr. tarifa naknade).⁹³

Zakonsku definiciju OUP sadržao je i ranije važeći nemački Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja⁹⁴, prema kome su opšti uslovi poslovanja unapred formulisani uslovi ugovora za veći broj ugovora koje jedna ugovorna strana (korisnik) postavlja drugoj ugovornoj strani pri zaključenju ugovora, pri čemu je svejedno da li odredbe sačinjavaju posebno izdvojeni sastavni deo ugovora ili su u sam tekst ugovora unete, koliki im je obim, u kojoj vrsti pisma su redigovane i kakvu formu ima ugovor.⁹⁵ Važeći Građanski zakonik Nemačke od 2002. godine sadrži sličnu definiciju: opšti uslovi poslovanja su svi oni uslovi ugovora koji su unapred formulisani za niz ugovora, a koje jedna ugovorna strana (u nemačkoj terminologiji se ova ugovorna strana označava kao korisnik, odnosno primenjivač) postavi drugoj ugovornoj strani prilikom zaključivanja

⁹² Član 295. stav 1. hrvatskog Zakona o obveznim odnosima („Narodne novine”, broj 35/05). Tekst hrvatskog ZOO dostupan je na veb adresi: <http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/288230.html>.

⁹³ Videti član 9. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga („Sl. glasnik RS”, br. 36/2011 i 139/2014), koji u istom članu propisuje i da je opštim uslovima poslovanja davalac finansijske usluge dužan da obezbedi primenu dobrih poslovnih običaja, dobru poslovnu praksu i fer odnos prema korisniku, kao i usklađenost ovih uslova s propisima.

⁹⁴ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (skraćeno: AGBG-Gesetz) donet je SR Nemačkoj 9. decembra 1976. godine, a primenjivao se od 1. aprila 1977. godine, do 1. januara 2002. godine, kada je prestao da važi, stupanjem na pravnu snagu izmena i dopuna Građanskog zakonika Nemačke (BGB-a). Tekst ovog zakona je dostupan na: <https://www.gesetzesweb.de/AGB.html>, a prevod ovog zakona na srpski jezik je objavljen: *Strani pravni život*, br. 100, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1978, str. 25-37.

⁹⁵ Opšti uslovi poslovanja ne uzimaju se u obzir, ako su se ugovorne strane u pojedinostima dogovorile o uslovima ugovora. Videti § 1. AGB-Gesetz.

ugovora. Svejedno je da li te odredbe čine fizički odvojen sastavni deo ugovora ili su one unete u samu ugovornu ispravu, kojeg su obima, kojom vrstom slova su sačinjene, i u kom je obliku ugovor. Ne radi se o opštim uslovima poslovanja ako su uslovi ugovora zajednički utvrđeni pregovorom između strana.⁹⁶

UNIDROIT Principi međunarodnih trgovačkih ugovora definišu opšte uslove kao unapred pripremljene odredbe namenjene opštoj upotrebi u neograničenom broju slučajeva, koje koristi jedna strana i koje se zaista primenjuju bez pregovora sa drugom stranom.⁹⁷ U zvaničnom komentaru ovog člana se navodi da za pojam opštih uslova poslovanja nije odlučujući njihov pojavni oblik u formalnom smislu (npr. da li su sadržani u posebnom dokumentu ili u samom ugovornom dokumentu; niti da li su dostupni u prethodno odštampanom obliku ili samo u elektronskom itd.), niti ko ih je sastavio (sama ugovorna strana, trgovačko ili stručno udruženje itd.), niti njihov obim (da li se sastoje od svebuhvatnog sistema odredbi koje pokrivaju sve relevantne aspekte ugovora, ili samo jedna – dve odredbe koje se tiču na primer, isključenja odgovornosti i arbitraže)⁹⁸.

Kao izvor prava međunarodne trgovine, opšti uslovi poslovanja predstavljaju pravni izraz međunarodne poslovne prakse i istovremeno jedan od izvora autonomnog prava međunarodne trgovine.

Pri definisanja pojma, najpre mi se činilo da je zbog različitih kreatora OUP, nužno dati dve (ili tri) posebne definicije uz zavisnosti od toga ko je donosilac. Međutim, kako obe vrste opštih uslova poslovanja imaju određene zajedničke karakteristike, nakon detaljnog istraživanja ove teme, predložio bih sledeću definiciju: Opšti uslovi poslovanja predstavljaju sistem pisanih pravila koje jedna strana predlaže svojim potencijalnim saugovaračima kao podobne da, uključenjem u ugovor, u celosti ili određenom delu, urede buduće ugovorne odnose, tj. postanu izvor pravila za regulisanje međusobnih prava i obaveza. Na karakter OUP ne utiče vrsta kreatora, niti modalitet njihovog pojavnog oblika. Kada je reč o OUP koje kreira određeni privredni subjekt, tada oni predstavljaju svojevrsnu privatnu (autonomnu) kodifikaciju poslovne prakse privrednog subjekta koji ih kreira na osnovu sinteze sopstvenih principa poslovanja, te OUP predstavljaju pisani izraz poslovne politike, kojim taj subjekt pravno uobličava svoje poslovne interese kroz uslove za koje želi da postanu sastavni deo ugovora koje će zaključivati, zamenjujući njima dispozitivne

⁹⁶ § 305. BGB-a.

⁹⁷ Član 2.1.19. stav 2. UNIDROIT Principa međunarodnih trgovačkih ugovora.

⁹⁸ Videti: International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, (dostupni i na: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>), str. 67.

zakonske odredbe. Na taj način, opštim uslovima poslovanja jedan privredni subjekt, pre ili u trenutku zaključenja ugovora, predlaže svom potencijalnom saugovaraču (ili neodređenom broju mogućih saugovarača) sistem ugovornih odredbi kojima bi se mogao urediti njihov ugovorni odnos.

Nalazim da je za OUP adekvatno reći sistem pravila, dok se za opšte uslove ugovora može reći da su lista ugovornih klauzula, te u tom smislu, nalazim da su opšti uslovi ugovora bliži institutu tipskih ugovora, nego što su opšti uslovi poslovanja.

Opšti uslovi poslovanja predstavljaju jedan od izvora obligacionog, međunarodnog i unutrašnjeg trgovinskog prava, tj. mogu biti mogu biti izvor pravila za regulisanje poslovne operacije i međunarodne poslovne operacije, a u savremenom poslovnom okruženju postoje čitave grupe izvora prava i pravila kojima se mogu regulisati međunarodne (i unutrašnje) poslovne operacije⁹⁹. Izvori međunarodnog poslovnog prava i unutrašnjeg poslovnog prava se delimično preklapaju, pri čemu je veći broj izvora za poslovne operacije sa elementom inostranosti. Tako se može govoriti o vrstama pravila za regulisanje i/ili o načinima regulisanja, jer ono u međunarodnom trgovinskom pravu, po različitim kriterijumima, može biti: nacionalno i međunarodno, državno i autonomno, neposredno i koliziono, imperativno i dispozitivno. Na taj način posmatrano poslovne operacije, naročito one sa elementom inostranosti, mogu biti uređene pojedinim ili kombinovanim pravilima, kako onima sadržanim u nacionalnim, međunarodnim i autonomnim izvorima prava, tako i onima koje ugovorne strane same ustanovljavaju za regulisanje međusobnih prava i obaveza. Pored ugovora, u savremenom pravnom životu postoje grupe izvora prava koji pretenduju da regulišu međunarodnu poslovnu operaciju. To su: međunarodne multilateralne konvencije i sporazumi kojima se unifikuju koliziona i/ili materijalna pravila iz domena međunarodnog poslovnog prava; građanski i trgovinski zakoni i zakoni koji sadrže nacionalna koliziona i materijalna pravila; nacionalni propisi javnog prava (koji na posredan ili neposredan način regulišu poslovne operacije sa elementom inostranosti); bilateralni međudržavni sporazumi; autonomno pravo međunarodne trgovine, koje obuhvata: kodifikovana pravila međunarodnih organizacija,

⁹⁹ Međunarodna poslovna operacija predstavlja generički naziv za različite pravne poslove koji se zaključuju u savremenim međunarodnim poslovnim odnosima. „Ovaj termin bi trebalo da označi osnovni predmet, objekat međunarodnog poslovnog prava. To bi trebalo da bude pandan privrednom poslu domaćeg privrednog prava.” Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004, str. 244. Profesor Đurović ističe da, po pravilu, međunarodna poslovna operacija, iako predstavlja jednu celinu i jedinstvo poslovnog odnosa, sadrži tri sastavna dela (koji se mogu uočiti i pratiti prema njihovom nastajanju i pravnom dejstvu): trgovinska operacija, međunarodna plaćanja i međunarodni transport. O međunarodnoj poslovnoj operaciji videti detaljnije: Đurović, R., *op. cit.*, str. 244-247.

tipske ugovore i opšte uslove poslovanja, trgovačke običaje i uzanse, a sve veći značaj ima i sudska i arbitražna praksa.¹⁰⁰ Ovom spisku treba dodati i doktrinu međunarodnog trgovinskog prava, koja daje važan doprinos ovoj oblasti, a danas i: pravne vodiče¹⁰¹, modele zakona, kao i Načela evropskog ugovornog prava¹⁰² i UNIDROIT¹⁰³ Principi međunarodnih trgovinskih ugovora¹⁰⁴.

Međusobni odnos navedenih izvora prava (što uključuje odnos OUP sa drugim izvorima prava) rešava se primenom pravila o hijerarhiji izvora. Hijerarhiju izvora prava određuje pravni sistem svake države najvišim nacionalnim izvorom, tj. najčešće konkretno Ustavom. Iako danas većina Ustava određuje primat međunarodnog prava nad nacionalnim, taj primat je definisan, tj. određen nacionalnim izvorom (Ustavom), pa se logički izvedeno do kraja može zaključiti da još uvek svaka država na svojoj teritoriji

¹⁰⁰ Videti detaljnije: Mitrović, D., *Izvori prava i pravila koji regulišu međunarodnu trgovačku kupoprodaju*, u: Pravni opus - izbor iz radova 1957-2007, Beograd, 2007, str. 97-103.

¹⁰¹ Pravni vodiči su akti koje donose međunarodne organizacije sa ciljem da posluže kao podsetnik ili model zainteresovanim stranama kada ugovaraju određenu vrstu pravnog posla. Oni nisu obavezujući pravni akti, a poznatiji pravni vodiči, fomulisani u okviru UNCITRAL-a su: Vodič za međunarodne poslove vezane trgovine (1992), Vodič za elektronski prenos sredstava (1987), Vodič za sastavljanje međunarodnih ugovora za izgradnju industrijskih postrojenja (1998) itd; kao i oni usvojeni u okviru Ekonomske komisije UN za Evropu: vodiči za sastavljanje ugovora koji se odnose na međunarodni prenos *know-how* u mašinskoj industriji (1970), velika industrijska postrojenja (1973), industrijsku kooperaciju (1976), zajedničko izvršenje određenog projekta (1978), konsalting inženjering i tehničku pomoć (1983) i dr.

¹⁰² Treba reći i da između UNIDROIT načela međunarodnih trgovinskih ugovora i Načela evropskog ugovornog prava postoji značajna razlika u domenu primene, koji je širi kod Načela evropskog ugovornog prava, budući da ona nisu namenjena samo međunarodnim trgovinskim ugovorima (kao UNIDROIT načela), već se odnose na ugovore uopšte, uključujući i potrošačke ugovore. *Principles of European Contract Law* (skraćeno: PECL). Detaljno o Načelima evropskog ugovornog prava: Lando, O, Beale, H, (ur.) *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (prepared by The Commission of European Contract Law), Kluwer Law International, The Hague, 2000; Lando, O., Clive, E., Prüm, A., Zimmermann, R., (ur.) *Principles of European Contract Law, Part III* (prepared by The Commission of European Contract Law), Kluwer Law International, The Hague, 2003; Hesselink, M. W., de Vries, G. J. P., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2001.

¹⁰³ *International Institute for the Unification of Private Law* (Međunarodnog instituta za ujednačavanje privatnog prava) osnovan je 1926. godine od strane Lige Naroda, a reorganizovan je 1940. godine sa osnovnim zadatkom da proučava postojanje potreba i načina za modernizaciju, harmonizaciju i međusobno usklađivanje privatnog prava, posebno u oblasti trgovine. Sedište UNIDROIT-a je u Rimu. Detaljnije videti: www.unidroit.org.

¹⁰⁴ Interesovanje ugovornih strana da se u svojim ugovorima pozovu na UNIDROIT Principe Načela objašnjava se time što su ona u najvećoj meri usklađena sa rešenjima Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, time što se UNIDROIT prilikom njihove izrade oslanjao na rezultate prakse, posebno vodeći računa o načelu savesnosti i poštenja, koje se smatra osnovnim standardom ovih načela, kao i time da su od samog početka imali za cilj da sistematizuju principe međunarodnih trgovačkih ugovora na način koji bi najbolje odgovarao potrebama međunarodne trgovine, čak i kada je to podrazumevalo odstupanje od pravila nacionalnih zakonodavaca. Detaljnije videti: Bonell, M. J. (ur.), *A New Approach to International Commercial Contracts – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Kluwer Law International, London, 1999; Carić, S., Vilus, J., Đurđev, D., Divljak, D., *Međunarodno poslovno pravo*, Novi Sad, 2007, str. 95-96 i 224-225.

određuje hijerarhiju izvora pozitivnog prava. Tako se čini da rešenje ovog pitanje jeste u domenu nauke međunarodnog privatnog prava¹⁰⁵, čiji zadatak jeste da reši red primene pojedinih izvora koji dolaze u obzir za regulisanje jedne međunarodne poslovne operacije. Interesantan pristup rešavanju pitanja uzajamnog odnosa i reda primene pojedinih izvora u međunarodnom trgovinskom pravu, primenio je u našoj pravnoj doktrini profesor Mitrović, koji je napravio razgraničenje vrste izvora (koji u konkretnom slučaju koji je analizirao regulišu međunarodnu trgovačku kupoprodaju) pre nastupanja spora i kada dođe do spora¹⁰⁶. Veoma korisno teorijsko razdvajanje hijerarhije važenja od hijerarhije primene, uz objašnjenje kada se one podudaraju, a kada razlikuju, daje profesor Vodinelić, što je od značaja za OUP koji mogu dovesti do toga da kod dispozitivnih zakonskih normi hijerarhija primene odstupa od hijerarhije važenja.¹⁰⁷ Nesporno je da opšti uslovi poslovanja moraju biti u skladu sa imperativnim pravnim normama i javnim poretkom. U slučaju da je neko pravilo ili odredba opštih uslova poslovanja u suprotnosti sa zakonskom imperativnom (kogentnom) pravnom normom, važi imperativna zakonska norma. Nije sporno ni pravo subjekata da, koristeći načelo autonomije volje, samostalno urede sadržinu pravih poslova koje preduzimaju, te da sami postave kroz opšte uslove poslovanja pravila drugačija od dispozitivnih zakonskih normi. Nije sporno ni da u slučaju nesklada pravila sadržanog u opštim uslovima poslovanja i dispozitivne zakonske pravne norme, važi ovo prvo. To je važno i sa aspekta pravne politike. Pravni poredak mora da omogućiti da privredni subjekti samostalno urede svoje ugovorene odnose, uz poštovanje imperativnog okvira. Svako preveliko zadiranje države u privredne odnose moglo bi gušiti slobodu preduzetništva, razvoj tržišta i slobodu konkurencije. U tom smislu jasno je da opšti uslovi poslovanja obustavljaju primenu (svakako ne važenje) dispozitivnih normi kojima su uređena ista pitanja na konkretan ugovorni odnos na koji se primenjuju i sadržinski ih zamenjuju. Sa druge strane, odnos opštih uslova poslovanja i dispozitivnih pravnih normi nije uvek potencijalno isključujući (jeste kada uređuju ista pitanja), već može biti i

¹⁰⁵ O hijerarhiji izvora međunarodnog privatnog prava, odnosno sukobu različitih izvora, kao i pitanju pravnih praznina u međunarodnom privatnom pravu, videti: Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., *Međunarodno privatno pravo*, Forum, Novi Sad, 2003, str. 75-78; Mitrović, D., Kumpan, A., *Osnovi međunarodnog privatnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2007, str. 44-46. O hijerarhiji izvora prava iz ugla međunarodnog privrednog prava videti: Stefanović, Z., *Međunarodno privredno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 67-68.

¹⁰⁶ Videti: Mitrović, D., *Uzajamni odnos i red primene pojedinih izvora koji regulišu međunarodnu trgovačku kupoprodaju*, u: Pravni opus, izbor iz radova 1957-2007, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 105-121.

¹⁰⁷ Detaljnije: Vodinelić, V., *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd, 2014, str. 82-87.

nadopunjujući kada OUP uređuju pitanja koja nisu uređena dispozitivnim normama, razrađuju ih, preciziraju, konkretizuju primenu i/ili sadrže rešenja tehničkih pitanja (koja zakonima ili nisu uređena ili je to učinjeno na opšti način).

4. NAJSTARIJI ZABELEŽENI IZVORI FORMULARNOG PRAVA I RAZLOZI POJAVE OUP U SAVREMENOM PRAVU

Iako se koreni opštih uslova poslovanja mogu tražiti u ranijem periodu, opšti uslovi poslovanja u obliku u kome se razmatraju u ovoj doktorskoj disertaciji i kao izvora prava po sebi, jesu tvorevina savremenog prava nastala kao odgovor na potrebe modernog društva.

Pre nego što pristupimo analizi kreatora opštih uslova poslovanja u savremenom pravnom životu kao periodu kada OUP pokazuju svoj puni domašaj, korisno je u kratkim crtama sagledati korene nastanka i pojave ovog izvora u istoriji prava.

Smatra se da najstariji, kako ih pravni pisci kvalifikuju, formularni ugovori (ili opšti uslovi formularnih ugovora), što bi se, smatram, odnosilo podjednako na sva tri izvora formularnog prava, potiču iz 1770. godine¹⁰⁸ i da su se primenjivali u trgovini svilom na lionskoj berzi (*Codification des usages de la place de Lyon pour la vente des soies*). Zatim se, u pravnoj literaturi, hronološki po godini nastanka navode oni koji su korišćeni za trgovinu pamukom iz 1782. godine (*Bremer Baumwollbörse*), za trgovinu žitaricama iz 1868. godine (*Verein der Getreidehändler der Hamburger Börse*), potom oni namenjeni trgovini svilom iz 1873. godine (*Silk Association of America*) i trgovini žitaricama iz 1877. godine (*London Corn Trade Association*¹⁰⁹).¹¹⁰

¹⁰⁸ Tako: Ishizaki, M., *Le droit corporatif international de la vente de soies*, Pariz, 1928, navedeno prema: Vilus, J., *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Savremena administracija, Beograd, 1976, str. 5. U delu literature se umesto 1770. godine navodi da pomenuti najstariji formularni ugovori datiraju iz 1779. godine – tako: Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1974, str. 35.

¹⁰⁹ Za zbirku formularnih ugovora *London Corn Trade Association* se ističe da sadrži 75 raznih tipova, od kojih se čak 64 osnosi na različite varijante ugovora koji sadrže CIF klauzulu. Videti: Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1974, str. 36.

¹¹⁰ Rabel, E., *Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Band 1, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1964, str. 38.

Vreme u kome se opšti uslovi poslovanja i drugi izvori formularnog prava sve više kreiranju i koriste, tj. kada počinje njihova masovnija upotreba je XIX vek, koji se u teoriji smatra vekom u kome trijumfuje ugovor¹¹¹.

Na pojavu opštih uslova poslovanja uticao je proces standardizacije, masovne proizvodnje i proizvodnje robe široke potrošnje. Potrošačko društvo i sve veća međuzavisnost uslovlila je potrebu da zaključenjem većeg broja ugovora, pa se javila potreba i kako skratiti i pojednostaviti ovaj proces.

Uzroci nastanka i primene OUP se mogu podeliti u dve grupe: prvu, u koju spadaju oni koji su doveli do pojave OUP i koji predstavljaju razloge njihove upotrebe i drugu, koju čine faktori koji pogoduju njihovom razvoju i sve široj primeni u praksi.

Kao uzroci, tj. razlozi pojave opštih uslova poslovanja, tj. činoci koji su uticali na njihov nastanak i doprineli njihovoj upotrebi, smatram da se mogu označiti:

1. pojava i razvoj masovne proizvodnje i robe široke potrošnje;
2. stvaranje potrošačkog društva (masovne potrošnje robe iste vrste i potreba za istovrsnim uslugama);
3. razvoj transporta;
4. tipizacija i standardizacija načina i sredstava ugovaranja spram vrste pravnog posla koji se zaključuje primenom OUP (s tim u vezi i ujednačavanje u određenom smislu potreba potrošača);
5. pojava velikih kompanija i stvaranje jakih međunarodnih korporacija, što se odrazilo i na značajnu ekonomsku nadmoć jedne strane u ugovornom odnosu;
6. potreba za uprošćavanjem tehnike zaključenja ugovora u cilju smanjenja operativnih troškova poslovanja i racionalizacije odvijanja pravnog prometa - naročito u sektorima u kojima zbog masovne proizvodnje i potrošnje stvari i usluga iste vrste, postoji potreba za masovnim zaključenjem ugovora iste vrste na što jednostavniji način, jer ugovore ne zaključuju uvek pravnici. Na ovaj način se može konstatovati da opšti uslovi poslovanja imaju i određeni ekonomski značaj, jer omogućavaju uštede u poslovanju, doprinose ekonomičnosti.

Razvoju, sve većem značaju i primeni u praksi OUP doprineli su činioni koji im pogoduju:

¹¹¹ Vilus, J. u: Carić, S., Vilus, J., Đurđev, D., Divljak, D., *Međunarodno poslovno pravo*, Novi Sad, Univerzitet Privredna Akademija – Pravni fakultet, 2007, str. 64.

7. globalizacija (svet kao „globalno selo“), tendencija ka globalizaciji prava, odnosno harmonizacija (sa težnjom ka unifikaciji) određenih delova trgovinskog prava;
8. intenzivan razvoj međunarodne trgovine, svetska podela rada i nastojanje države da „privuku“ strane investicije i multinacionalne kompanije, koje često svoju poslovnu politiku uobličavaju kroz OUP;
9. sve veći značaj vremena (dominacija stava „vreme je novac“), ubrzanje tempa života, ubrzanje odvijanja ekonomskih transakcija, dominacija kapitalizma, tržišne utakmice i konkurencije, te posledično rastuća potreba za brzinom prilikom zaključenja ugovora;
10. razvoj savremenih sredstava komunikacija i njihova upotreba u zaključenju ugovora, sve češći ugovori „na daljinu“.

Navedeni razlozi su postepeno potiskivali pregovaranje, tj. individualne pojedninačne ugovore o čijoj su se sadržini strane ugovornice prethodno detaljno pogađale i postepeno doveli do standardizacije sadržine ugovora. Standardizacija u proizvodnji dovela je do standardizacije u trgovini, što je razumljivo uticalo i na standardizaciju ugovora koji regulišu međusobni odnosi privrednih subjekata u opisanim okolnostima.

Pojava sve većeg broja privrednih društava, naročito velikih preduzeća koja prodaju robu ili pružaju usluge velikom broju ljudi, uslovila je potrebu za tipizacijom izvora regulisanja takvih ugovornih odnosa. Takva tipizacija ima svoje pravne izraze u opštim uslovima poslovanja, tipskim ugovorima i athezionim ugovorima, koje sam zajedno označio terminom: izvori formularnog prava.

Potrošačko društvo je uslovalo masovnu potrošnju, masovnu prodaju i masovnu proizvodnju. Takav trend doveo je do tipizacije i standardizacije u širem smislu, a sagledavanje njenih prednosti je imalo uticaja i u pravu, koje je u tom procesu imalo zadatak da pravno uredi i reguliše odnose u takvom društvenom stanju. Serijska proizvodnja i široka potrošnja tražili su i da pravo odgovori tehnikom koja bi odgovarala takvom faktičkom stanju. Tragalo se za ugovorima koji bi imali istu sadržinu za neodređeni broj budućih ugovarača, nastojalo se da se oni unapred pripreme, da se planiraju (kao i proizvodnja) a da se njima što bolje zaštite interesi privrednog subjekta koji ih kreira. Trebalo je naći instrument koji zadovoljava takve potrebe i interese, a koji omogućava jednostavno i brzo zaključenje, zaključenje u kome pregovori nisu poželjni i predstavljaju gubitak vremena. Odgovor takvim izazovima pronađen je u tipskim

ugovorima, opštim uslovima poslovanja i atezionim ugovorima, kao izvorima formularnog prava.

Najkraće rečeno: tipska proizvodnja tražila je i tipski ugovor. Takvi procesi, ali i sve veća međuzavisnost do koje dolazi u sferi privrede zbog masovne proizvodnje, urbanizacija i pojave brzih sredstava komunikacije zahtevali su i da pravo odgovori formom koja zaključenje ugovora čini brzim, lakim i jeftinim¹¹². Usvajanje tipskog umesto individualnog ugovora, postalo je karakteristika ne samo industrije, proizvodnje i privrede, već se prelilo i na druge oblasti. Tako se i u pravu pojavljuje tipizacija umesto individualnog ugovora, koja svoje pravne oblike i izraz pokazuje kroz opšte uslove poslovanja, tipske ugovore i atezione ugovore.

5. OPŠTI USLOVI POSLOVANJA KAO IZVOR AUTONOMNOG PRAVA MEĐUNARODNE TRGOVINE

Smatra se da je stvaranje nacionalnih pravnih sistema tokom XIX veka, pored svih korisnih posledica koje je proizvelo unutar pojedinih država, uništilo tzv. *lex mercatoria*, srednjovekovno jedinstveno evropsko trgovačko pravo koje je po personalnom principu važilo za sve trgovce (nezavisno od toga u kome gradu ili državi je trgovac imao sedište), te da se paralelno s kodifikacijom i unifikacijom na nacionalnoj ravni, dogodila partikularizacija dotad jedinstvenog prava trgovaca.¹¹³

Opšti uslovi poslovanja predstavljaju jedan od glavnih izvora autonomnog međunarodnog poslovnog prava, koje različiti pravni pisci različito naslovljavaju: autonomno pravo međunarodne trgovine, *lex mercatoria*¹¹⁴, autonomno pravo međunarodnog poslovanja, autonomno međunarodno trgovinsko pravo i sl. Smatra se da je u savremenoj pravnoj misli, ovaj izraz prvi put upotrebio nemački pravni pisac Hans

¹¹² Up. Goldštajn, A., *Opći uvjeti poslovanja*, materijal za posle diplomski studij iz privrednog prava, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1970, str. 11.

¹¹³ Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 104-105.

¹¹⁴ Različiti autori daju različito značenje sadržini pojma *lex mercatoria*. Najkraće rečeno, jedni mu pridaju značenje transnacionalnog prava međunarodne trgovine, drugi samostalnog autonomnog pravnog sistema, treći pod njim podrazumevaju poslovne običaje u međunarodnoj trgovini, a četvrti ukupnost autonomnog međunarodnog trgovinskog prava. O različitom značenju i sadržini srednjovekovnog i savremenog pojma *lex mercatoria* detaljnije videti: Michaels, R., *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, Indiana Journal of Global Legal Studies, br. 2/2007, str. 447-468; Mazzacano, P., *The Lex Mercatoria as Autonomus Law*, Comparative Research in Law & Political Economy Research Paper, br. 6/2008, str. 1-14.

Grossmann-Doerth u svom članku objavljenom 1929. godine pod naslovom „Der Jurist und das autonome Recht des Welthandels”¹¹⁵, kao i potom 1933. godine u radu pod naslovom „Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft”¹¹⁶.

Suštinski, reč je o procesu stvaranja transnacionalnog privatnog pravnog poretka, sistema prava koji stvaraju učesnici privrednih odnosa nastojeći da sopstvenim pravnim pravilima urede sve sistuacije trgovine, bez upliva i bez upućivanja na državno nacionalno pravo. Zato se o ovako nastalim pravilima može govoriti kao o privatnom pravu ili samoregulaciji.

Autonomno pravo postoji i u drugim oblastima, a ne samo u međunarodnoj trgovini, te je i širi pojam od *lex mercatoria*. Akademik Toma Živanović autonomno pravo definiše kao pravo raznih *zajednica* (kolektivnih bića) *nedržava*, koje one same za sebe stvaraju (pod nazivom pravila, pravilnici, statuti itd.), a ovakve zajednice su razna udruženja i društva nacionalna i međunarodna, ustanove, sindikati, crkvene zajednice (eklezijastičko pravo).¹¹⁷ Gierke ukazuje da se autonomno pravo naziva i *društveno* pravo (Gesellschaftsrecht), a Vanni da istupa kao izraz kolektivne volje autonomne zajednice, koja se afirmira pod dejstvom raznih ekonomskih, psiholoških i moralnih snaga kao autoritet nad svima, koji su joj potčinjeni.¹¹⁸

Niels Petersson, profesor na Univerzitetu Sheffield (Ujedinjeno Kraljevstvo) navodi da su privatno regulisanje u oblasti međunarodne trgovine prvi uočili i opisali japanski istraživač Masaichiro Ishizaki, koji je radio u Lionu i nemački pravni pisac Hans Grossmann-Doerth, koji je radio u Hamburgu. Obojica su se bavili empirijskim studijama o uticaju različitih pravnih sistema na trgovinu i nastojali da predlože načine za uklanjanje nepogodnih razlika među sistemima. Kako naglašava Petersson, na njihovo iznenađenje, ovi istraživači su našli da trgovačka i slična privatna udruženja (asocijacije) u suštini već stvaraju i primenjuju sopstvena transnacionalna pravna pravila, bez ikakvog upućivanja na državno (nacionalno) pravo niti na državne sudove.¹¹⁹ Ishizaki, na primer, primećuje da

¹¹⁵ Detaljnije: Meyer, R., *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Wallstein Verlag Göttingen, 1994, str. 84.

¹¹⁶ Videti: Blaurock, U., Godtschmidt, N., Hollerbach, A. (ur.), *Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft: zum Gedenken an Hans Grossmann-Doerth (1894-1944)*, Walter Eucken Institut, Mohr Siebeck Tübingen, 2005, str. 77-96.

¹¹⁷ Živanović, T., *Sistem sintetičke pravne filozofije*, Srpska akademija nauka, Beograd, 1959, str. 141.

¹¹⁸ Tako: Živanović, T., *Sistem sintetičke pravne filozofije*, Srpska akademija nauka, Beograd, 1959, str. 142, sa daljim upućivanjem na radove Gierkea, Gareisa i Vannia.

¹¹⁹ Petersson, N., *Legal Institutions and the World Economy, 1900-1930*, u: Dejung, C., Petersson, N. (ed.), *The Foundations of Worldwide Economic Integration: Power, Institutions, and Global Markets, 1850-1930*,

„trgovačko korporativno pravo...nastaje u borbi, u pobedonosnoj borbi...protiv trgovačkog prava koje su stvorili zakonodavci, sudije i pravnici i u širim okvirima se pojavljuje u formi već internacionalizovanog prava.“¹²⁰ Petersson objašnjava da je trgovačko „samoregulisanje“ nastalo delovanjem poslovnih organizacija, kao što su *London Corn Trade Association* i udruženja trgovaca pamuka u Liverpulu i Bremenu, kao i trgovaca svile u Lionu, koji imaju međunarodni značaj, jer predstavljaju trgovce u centrima globalne trgovine određenih proizvoda. Ova udruženja su razvijala standardne ugovore (često kroz pregovore sa svim zainteresovanim stranama – trgovcima, izvoznicima, uvoznicima, prevoznicima i osiguravačima) koji su sadržali obimne „sitno kucane“ opšte uslove, iscrpno propisujući do najsitnijih detalja prava i obaveze svih ugovornih strana, a za tumačenje ugovora ili regulisanje pitanja koja nisu uređena ugovorom, upućivala su na primenu posebnih trgovačkih uzansi i običaja, koji postaju sve više kodifikovani od strane trgovačkih udruženja i privrednih komora, čime ova tela dobijaju aktivnu ulogu u oblikovanju okvira za zaključenje i tumačenje ugovora.¹²¹ Ukazujući i na veliki značaj arbitražnih klauzula, Petersson zaključuje da su standardni ugovori, kodifikacija trgovačkih običaja i trgovačka arbitraža zajedno formirali privatno stvoreni, transnacionalni pravni poredak – sistem sposoban da stvara pravila, tumači ih, sprovodi pravdu i izvršava presude (na primer putem pretnje da neće trgovati sa svakim ko odbija izvršenje arbitražnih odluka).¹²² I profesor Klaus Peter Berger, govoreći o arbitražnim klauzulama u ugovorima, ukazuje da je trgovinsko pravo u smislu prakse, izvršenja ugovora i rešavanja sporova dostiglo sopstveni život, tj. kvalitet autonomnog sistema koji teži da obezbedi sveobuhvatni pravni okvir za razvoj međunarodnog trgovinskog prava.¹²³

U vezi sa napred pomenutim, profesor Klaus Peter Berger smatra da nova *Lex Mercatoria* svoj proceduralni legitimitet izvodi iz dve grupe izvora: (1) međunarodnih organizacija koje su uključene u izrade nacrti i formulisanje međunarodnih instrumenata

Cambridge Studies in the Emergence of Global Enterprise, Cambridge University Press, New York, 2013, str. 32.

¹²⁰ Ishizaki, M., *Le droit corporatif international de la vente de soies*, Pariz, 1928, navedeno prema: Petersson, N. (2013), *Ibidem*.

¹²¹ Petersson, N., *op. cit.*, str. 32-33, koji za veoma kritičko viđenje kvazi-zakonodavne uloge trgovačkih udruženja i privrednih komora upućuje na: Schreiber, O., *Handelsbräuche. Studien*, Mannheim, 1922.

¹²² Petersson, N., *op. cit.*, str. 33.

¹²³ Berger, K. P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 2010, str. 145.

unifikacije trgovinskog prava i (2) međunarodnih trgovačkih arbitraža kao „prirodnih sudija“ međunarodne trgovine.¹²⁴

Pored toga što su jedan od glavnih izvora autonomnog međunarodnog privrednog prava, opšti uslovi poslovanja su istovremeno i jedan od osnovnih izvora autonomnog privrednog prava (unutrašnjeg) čiji se izvori mogu grupisati u dve osnovne kategorije: poslovni običaji i opšti uslovi poslovanja.¹²⁵

U savremenom pravu se i sadržinski nastoji da se određena pravila poslovne prakse kroz OUP transnacionalnih kompanija primenjuju širom sveta, tj. u državama koje međusobno imaju različite pravne sisteme. To je moguće jer je neretko reč o tehničkim i specifičnim pravilima poslovanja koja nisu uređena imperativnim normama, a neretko nisu uopšte uređena zakonom, već je to uobičajeno domen (nepisanih) trgovačkih običaja. Na taj način, zahvaljujući procesu globalizacije, ekonomske integracije i sve intenzivnijih poslovnih operacija na međunarodnom nivou, dolazi i do spontane postepene unifikacije pravila sadržanih u OUP. Na taj način kreatori opštih uslova poslovanja predstavljaju i značajne subjekte unifikacije, tj. preko unifikacije se može sagledati personalni koneksitet kreatora OUP i subjekata spontane unifikacije.

6. DOPRINOS OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA UNIFIKACIJI UGOVORNOG PRAVA

Opšti uslovi poslovanja kao jedan od izvora autonomnog međunarodnog trgovinskog prava i istovremeno predstavljaju jedan od instrumenata unifikacije ugovornog prava. OUP dominiraju u određenim oblastima i granama privrede (danas naročito u bankarskom sektoru) te se pomoću njih postiže unifikacija i harmonizacija upravo u onim oblastima, u kojima se opšti uslovi poslovanja javljaju kao dominantan (čak predominantan) izvor prava. Tako je u bankarskom sektoru, jer danas doslovno nema

¹²⁴ Berger, K. P., *op. cit.*, str. 88.

¹²⁵ Tako, na primer, Goldštajn navodi da u autonomno privredno pravo ubrajamo: poslovne (trgovačke) običaje, uzanse, opšte uslove poslovanja, klauzule i trgovačke termine, s tim da naglašava da se u širem smislu reči običaji, uzanse, klauzule i trgovački termini mogu svrstati pod poslovne običaje. Najkraće rečeno, autonomnim privrednim pravom ovaj autor naziva ona pravila privrednog prava koja ne potiču od zakonodavca. To je pravo autonomno zbog toga što ga stvaraju sami subjekti nezavisno od zakonodavca, u okviru koji im je zakonodavac stavio na raspolaganje, a taj je okvir vrlo širok jer su propisi o poslovima privrednog prava pretežno dispozitivne prirode pa je praksa iskoristila tu okolnost u najvećoj mogućoj meri, izgradivši vlastito pravo. Može se reći da između zakonskih propisa i autonomnog privrednog prava postoji koegzistencija. Detaljnije videti: Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1974, str. 26.

banke koja nije kreirala i ne primenjuje u pravnom prometu sopstvene opšte uslove poslovanja¹²⁶.

Pored toga što OUP po sebi predstavljaju instrument (sredstvo) unifikacije, oni su u pojedinim oblastima trgovinskog prava i predmet unifikacije. Takva je situacija sa opštim uslovima poslovanja koji se koriste kao izvor prava međunarodne špedicije. Naime, već je pomenuto da skoro sve države imaju nacionalne OUP za špediciju koje su donela profesionalna udruženja špeditera ili privredne (trgovinske) komore. Od 1926. godine (kada je osnovan) postoji i Međunarodni savez udruženja špeditera, sa sedištem u Bernu, poznatiji po skraćenom nazivu FIATA (pun naziv: International Federation of Freight Forwarders Associations).¹²⁷ FIATA predstavlja međunarodnu profesionalnu organizaciju koja je stekla veliki ugled u poslovnom svetu. Članovi su nacionalna udruženja špeditera, a rad je organizovala preko 15 odgovarajućih komisija po oblastima i vrstama špedicije.¹²⁸ Pored toga što je vrlo značajnu ulogu odigrala u donošenju opštih (univerzalnih) špediterskih potvrda¹²⁹ kao posebnog trgovinskog dokumenta, FIATA je svoj značajan rad usmerila ka ujednačavanju nacionalnih špediterskih uslova, čime doprinosi unifikaciji opštih uslova poslovanja špeditera, sa ciljem da ovi OUP u budućnosti postanu jedinstveni.

Težnja i tendencija za međunarodnom unifikacijom pravila kojima se uređuju pravni odnosi sa elementom inostranosti među trgovcima karakteristika je međunarodnog trgovinskog prava, kako zbog današnje sve češće povezanosti i međuzavisnosti država, procesa globalizacije tržišta i prakse koja je na tržištima ustanovljena, tako i zbog jedinstvenih interesa „svetske zajednice trgovaca“¹³⁰. Različita pravna rešenja za ista pravna pitanja koja su posledica postojeće različitosti privatnog prava u različitim pravnim sistemima, otežavaju i usporavaju pravni saobraćaj u međunarodnoj trgovini i uzrokuju pravnu nesigurnost među trgovcima. Procesu unifikacije prava, koji se najpre odvijao

¹²⁶ Kada se na opštem internet pretraživaču www.google.com unese za pretragu pojam: opšti uslovi poslovanja, prvih deset dobijenih odrednica (rezultata pretrage) su opšti uslovi poslovanja različitih poslovnih banaka.

¹²⁷ Videti: <http://www.fiata.com>.

¹²⁸ Videti detaljnije: *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa* (glavni redaktor Dobrosav Mitrović), Savremena administracija, Beograd, 1982, str. 260-261.

¹²⁹ O Međunarodnom savezu udruženja špeditera i njegovom doprinosu razvoju međunarodne špedicije, videti: Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004, str. 389-391.

¹³⁰ Videti: Ćirić, A., Cvetković, P., *Međunarodno trgovinsko pravo: stručni eseji*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2001, str 155-159. Razmatrajući unifikaciju međunarodnog trgovačkog prava, navedeni autori (na istom mestu, str. 157) zaključuju: „Potrebe za novim načinima pravnog regulisanja međunarodnih ekonomskih odnosa, posebno međunarodnih poslovnih odnosa, oslobođene su svake sentimentalnosti prema nacionalnim pravnim sistemima. Pravnici i zakonodavci, ponosni na svoju pravnu tradiciju, moraju da upodobe svoj pristup koncepcijama prihvaćenim u autonomnim izvorima međunarodnog trgovačkog prava.“

spontano¹³¹, a potom i ciljano značajno je doprinela i pogodovala aktivnost međunarodnih trgovinskih organizacija i udruženja, a sve veći zamah i uspeh joj je davalo usvajanje međunarodnih konvencija i drugih instrumenata unifikacije. Ponajviše zbog velikog globalnog uspeha Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe¹³² i njenog narastrajućeg značaja širom sveta (iako je njome izvršena unifikacija samo dela prava međunarodne prodaje robe) danas sve više autora¹³³ govori o (relativno) uniformnom pravu međunarodne trgovine.

Iako je uniformno pravo pravnoteorijski posmatrano najbolji način za uređenje oblasti međunarodne trgovine, treba imati u vidu da to u današnjem svetu još uvek nije praktično moguće, jer zbog još uvek velikih razlika među pravnim sistemima, nije moguće unifikovati pravo u celini, već samo njegov deo ili segmente. Tome treba dodati i činjenicu da ne postoji zakonodavac na svetskom nivou (nalik onom na nacionalnom), niti takav sud koji bi uniformno tumačio i primenjivao unifikovano pravo.

Uobičajeno se govori da se unifikacija prava kao proces¹³⁴ izjednačenja pravnih normi različitih pravnih područja (unutar jedne zemlje-unutrašnja¹³⁵ ili između različitih

¹³¹ O istorijskoj perspektivi razvoja uniformnog prava, videti: Zeller, B., *The Development of Uniform Laws - A Historical Perspective*, Pace International Law Review, vol. 14/2002, str. 163-177.

¹³² O značaju i domašaju Bečke konvencije i njenom doprinosu unifikaciji prava međunarodne prodaje robe, videti: Jovičić, K., Vukadinović, S., *30 godina Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, Strani pravni život 1/2011, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2011, str. 143-172.

¹³³ Ipak, postoje i autori koji zastupaju mišljenje da unifikacija međunarodnog trgovačkog prava objektivno nije moguća. Tako se, na primer, Hannold pita i odgovara: „Može li uniformno pravo da bude sačinjeno od različitih pravila iz velikog broja pravnih sistema, pravila nastalih uz lokalne idiome za koje nema ekvivalentnih termina u drugim jezicima? Odgovor je – ne.” – Hannold, J., *Golas od unification – process and value of the unification of commercial law: Lessons for the future drawn from the past 25 years*, izlaganje na 25. UNCITRAL-ovom kongresu, str. 11-13; navedeno prema: Ćirić, A., Cvetković, P., *Međunarodno trgovinsko pravo: stručni eseji*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2001, str. 157-158.

¹³⁴ Konstatujući da je rad na unifikaciji dugotrajan i težak, još B. Blagojević kao dva najvažnija razloga za to navodi s jedne strane postojanje pravnih pravila koja se tretiraju kao fetiš i predstavljaju ozbiljnu prepreku za njihovu reviziju, a sa druge strane to da su države koje su stekle pogodnosti i određene pozicije na svetskom tržištu zahvaljujući postojećim pravnim pravilima, ozbiljna smetnja za njihovu promenu. O tome: Popov, D., *Doprinos prof. dr Borislava Blagojevića afirmaciji međunarodnog privrednog prava*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 137.

¹³⁵ Danas se smatra da unutrašnja unifikacija uglavnom predstavlja istorijsku kategoriju. Tako, profesor Dobrosav Mitrović zaključuje da različitost pravnih područja u pojedinim federalnim državama, koja danas postoji, predstavlja trajnije opredeljenje ovih država, te da se uglavnom ne postavlja pitanje unifikacije prava u onim područjima koja su u zakonodavnoj nadležnosti federalnih jedinica. Videti: Mitrović, D., Kumpan, A., *Osnovi međunarodnog privatnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 258-259.

država- međunarodna) može vršiti formalnim i faktičkim putem, odnosno da postoje dva načina ili metoda unifikacije: zvanična i spontana unifikacija.

Prvonavedeni metod unifikacije se različito naslovljava: formalna, zvanična, ciljana, međudržavna unifikacija, a karakteriše ga dogovorno ujednačavanje i utvrđivanje zajedničkih istoglasećih pravnih pravila¹³⁶ kao i to da se kao glavni subjekt ove unifikacije pojavljuju države, a kao instrumente unifikacije tradicionalno koriste međunarodne konvencije, a u novije vreme i model-zakone. Kada je reč o unifikaciji putem međunarodnih konvencija, kao pozitivan primer se može navesti veliki uspeh Bečke konvencije, kojom je postignut onoliki stepen unifikacije koliki je objektivno bio moguć, kako u pogledu broja pravnih pitanja koja su zbog značajnih razlika među različitim pravnim sistemima ostala izvan domena regulisanja konvencija, tako i u pogledu relativno velikog broja država koja su prihvatila konvenciju. Zbog toga se fokus pravnih pisaca i istraživača usmerio na uniformno (a to bi značilo autonomno) tumačenje Konvencije, tj. napore da se obezbedi jednoobrazno tumačenje i primena Konvencije, kako bi se prevazišao postojeći problem različitog tumačenja. Problem različitog tumačenja negativno deluje na unifikaciju, kojoj konvencija koja je predmet tumačenja treba da doprinosi. Problem nastaje jer u primeni na nacionalnom nivou, subjekti najčešće polaze od prevoda (imajući u vidu uvođenje u nacionalno zakonodavstvo) umesto od izvornog teksta, kao i što mnogi nacionalni sudovi čitaju i tumače tekst konvencije sa aspekta nacionalnog prava umesto da imaju u vidu da je reč o međunarodnom instrumentu, a neretko se i u samom prevodu događaju greške. Značaj tumačenja međunarodnih konvencija je velikim jer mnoga pitanja nisu iscrpno rešnja, već samo generalno putem načelnog pravila, te onda mnogo toga ostaje u domenu tumačenja. Naravno, ovaj zvaničan metod unifikacije putem konvencija ima i svoje slabe strane, a to je veliko vreme koje protekne od ratifikacije konvencije do njenog stupanja na snagu, što može uzrokovati da pojedina rešenja koja su sadržana u konvenciji postanu zastarela, zbog čega se nekada pristupa i donošenju dodatnih protokola, što može dodatno komplikovati primenu. Pored toga, ono što realno i značajno u praksi smanjuje efekte konvencije kao instrumenta unifikacije jeste činjenica da države prilikom ratifikacije konvencija mogu staviti rezerve na pojedine članove konvencije, što se u praksi dešava, čak i sa toliko hvaljenom Bečkom konvencijom. Navedenim nedostacima konvencija se mogu dodati i činjenice da se njima ne uređuju sva pitanja, kao i da ih, po pravilu, ne ratifikuju sve države. Osim toga, rešenja sadržana u

¹³⁶ *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa*, str. 522.

konvencijama neretko imaju dispozitivni karakter, tj. primenjuje se ukoliko strane nisu isključile njenu primenu. Tako, na primer, strane mogu isključiti primenu Bečke konvencije ili odstupiti od bilo koje od njenih odredbi ili izmeniti njihovo dejstvo.¹³⁷ To ukazuje na puni značaj autonomije volje; dakle ugovornim stranama je suštinski na volju da isključe primenu konvencije, na isti način kao što služeći se ovim načelom mogu izabrati opšte uslove poslovanja (ili neki drugi izvor autonomnog prava međunarodne trgovine) za uređenje međusobnih prava i obaveza.

Profesor Živković sažeto ukazuje da iako je unifikacija postignuta posredstvom velikog broja ratifikacija Bečke konvencije ujednačila i pojednostavila međunarodnu prodaju robe, ona je ograničena legislativnim metodom i iz njega izvedenim kompromisnim pristupom traženja zajedničkih karakteristika prilikom usvajanja pojedinog pravila, te da je ovakva unifikacija nužno ograničena i po obimu, pošto države najčešće nisu spremne da se odreknu svog suvereniteta oličenog u imperativnim normama, odnosno nacionalnom javnom poretku.¹³⁸

Brojne zamerke koje se mogu uputiti konvencijama, čine ipak da se uvidi veliki značaj spontane, tj. autonomne unifikacije i efekata koje ona postiže.

Imajući u vidu opisane nedostatke legislativnog pristupa, tj. međunarodne unifikacije putem konvencija, stvaranju UNIDROIT Principa međunarodnih trgovačkih ugovora i Načela evropskog ugovornog prava pristupilo se na drugim metodološkim osnovama. Struktura radnih grupa koje nisu činili nacionalni predstavnici država, već stručnjaci ograničeni samo svojim znanjem i profesionalnom savešću, dovela je do toga, ukazuje Živković, da se *common core* pristup i kompromisna priroda pravila konvencija zamene tzv. *best (better) rule* pristupom, koji omogućava slobodu da se preuzme pravilo koje nije prihvaćeno u većini nacionalnih sistema, ili čak da se postavi sasvim novo pravilo, ako se takvo rešenje čini podesnijim, kao i da je odustanak od legislativnog pristupa omogućio radnim grupama da budu sveobuhvatnije po obimu regulisanja, te su Principi i Načela kao opširniji i potpuniji (u odnosu na parcijalnu unifikaciju putem

¹³⁷ Videti član 6. Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

¹³⁸ Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 132, koji dalje, za granice legislativnog metoda međunarodne unifikacije ugovornog prava posredstvom konvencija, upućuje na: Basedow, J., *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and German Law*, str. 1, a za nedostatke metoda Bečke konvencije i prednosti metoda UNIDROIT Principa međunarodnih trgovačkih ugovora i Načela evropskog ugovornog prava: Bonell, M. J., *Is it feasible to codify European Contract Law*, Free University of Bozen – Bolzano, School of Economics, Working paper No. 2, May 1999, deo I, str. 3-6.

konvencija) obuhvatili opšti deo ugovornog prava.¹³⁹ Konkretnije, ukazuje Živković, Principi i Načela sadrže i norme koje su obično deo *ius cogens* unutar nacionalnih granica, dok se npr. Bečka konvencija drži regulisanja onoga što je inače deo *ius dispositivum*, te smatra da su Principi i Načela zadržali prirodu tzv. mekog prava (*soft law*) kao pravila koja nije sankcionisala bilo koja državna vlast (već se primenjuju samo kada se strane na njih pozovu) i da su bliži nečemu što bi se moglo nazvati *communis opinio doctorum* kada je reč o opštem delu ugovornog prava s kraja dvadesetog veka.¹⁴⁰

Profesor Klaus Peter Berger ukazuje da u oblasti međunarodnog trgovinskog prava, novi transnacionalni autonomni pravni sistem, nastaje kroz decentralizovano, spontano stvaranje prava. Ovaj sistem, koji on naziva novom *lex mercatoria*, iako ima podsticaje iz međunarodnog javnog prava, unifikovanog trgovinskog prava i nacionalnog prava, ne deli pravne kvalitete nijednog od ovih sistema.¹⁴¹ Zato smatra važnim da se uoči da ovaj transnacionalni pristup međunarodnom trgovinskom pravu nije oslonjen na sociološko ili bilo kakvo Darvinističko razumevanje prava. Berger u svojoj studiji ističe pragmatični pogled na odnos ekonomije i prava, koje ne postavlja kao antipodove već kao dopunjujuće elemente koji u svom zbirnom dejstvu i kroz pravo koje stvaraju ugovorne strane konsenzusom stvaraju trgovinsko pravo.¹⁴² U nastavku Berger ističe da se ovakvo shvatanje trgovinskog transnacionalizma oslanja na dijalektičko razumevanje interakcije između trgovinske prakse i prava, kako je opisana u Radbruchovom „Uvodu u pravnu nauku“, koji ukazuje da trgovinsko pravo kao „živo“ - životno pravo (*living law*), a ne pravo na papiru, više nego bilo koja druga oblast prava, predstavlja primer borbe prava sa interesima i uticaj interesa na pravo – ukratko Gustav Radbruch ističe da trgovinsko pravo predstavlja ono što nas je ekonomska istorija uvek učila o odnosu trgovine i prava, te nas

¹³⁹ Živković, M., *ibidem*, koji se dalje poziva na Bonela koji izričito smata da je *better rule* pristup bolji od *common core* pristupa, kao i Heselinka koji smatra da Načela evropskog ugovornog prava nisu *common core* evropskog ugovornog prava, već *common view* najeminentnijih evropskih profesora ugovornog prava.

¹⁴⁰ Živković, M., *op. cit.*, str. 133-134, sa daljim upućivanjem na: Hesselink, M.W., *The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission*, u: *Global Juristic Frontiers*, vol. 1, issue 1, 2001, Article 4, str. 13 i 18, koji navodi tri funkcije Principa (UCP) i Načela (PECL) kao nesporne - značaj za: (1) akademske rasprave, (2) stvaranje međunarodne terminologije ugovornog prava i (3) pravno obrazovanje, kao i na Šlehtima koji ukazuje na neophodnost uzimanja evropskih principa kao svojevrsnog koordinatnog sistema u donošenju novih propisa, ali i na njihov značaj za tumačenje i dalji razvoj postojećeg prava (Schlechtriem, P., *Wandlungen des Schuldrechts in Europa*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* ZEuP 2/2002, str. 218 i dalje).

¹⁴¹ Berger, K. P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 2010, str. 146.

¹⁴² Berger, K. P., *ibidem*, sa daljim upućivanjem na: Seelmann, K., *Rechtsphilosophie*, Beck, München, 2007, str. 51.

uči i da razumemo da u individualističkoj eri trgovinsko pravo ima pionirsku ulogu za celo privatno pravo.¹⁴³

7. OBLASTI U KOJIMA SE DANAS KORISTE OUP (ŠIRINA PRIMENE)

U današnjem privrednom okruženju postoji evidentna, široko rasprostranjena i prihvaćena praksa kreiranja i korišćenja opštih uslova poslovanja u savremenim poslovnim operacijama. OUP se danas sve češće koriste kako prilikom sklapanja trgovačkih, tako i prilikom sklapanja potrošačkih ugovora. Potrošački ugovori, koji uključuju opšte uslove poslovanja, danas su predmet izučavanja Prava potrošača. Kao specifičnosti potrošačkih ugovora navode se: realna neravnopravnost potrošača i preduzeća u pogledu finansijskih mogućnosti; relevantnost kolektivnog interesa potrošača kao grupe i kada nema konkretnih povreda; činjenica da je finansijska vrednost predmeta „potrošačkog spora“ po pravilu suviše niska da bi se potrošaču isplatilo da se upusti u parnicu i rizikuje nesrazmerno velike troškove postupka; nepoznavanje prava i sudskog postupka - u stranoj literaturi se uobičajeno ističe da je potrošač, po pravilu, bez iskustva na sudu, tj. „*one shot litigant*“, a preduzeće često „*repeat player*“¹⁴⁴. Zbog toga, procesnopravna zaštita potrošača u pravu Evropske unije obuhvata i mogućnost da tužbu u korist potrošača podnose i organizacije za zaštitu potrošača, odnosno, u skandinavskim zemljama, potrošački ombudsman¹⁴⁵.

Čini se da OUP danas najviše koristi bankarski sektor – danas doslovno sve banke imaju sopstvene opšte uslove poslovanja koje jednako primenjuju u poslovima sa pravnim licima i u poslovima sa stanovništvom, tj. fizičkim licima. Pojedine banke imaju odvojeno opšte uslove poslovanja za pravna lica i posebno za građane, tj. fizička lica.

¹⁴³ Berger, K. P., *op. cit.*, str. 147, sa pozivanjem na: Radbruch, G., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Quelle & Meyer, 1910, str. 113.

¹⁴⁴ Za ovo ukazivanje videti detaljnije: Howells, W., *Consumer Protection Law*, 1997, str. 529, navedeno prema: Galič, A., *Procesnopravna zaštita potrošača u pravu Evropske unije*, u: Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije (naučna konferencija), Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2005, str. 111-112.

¹⁴⁵ Postizanju efikasne zaštite kolektivnih i difuznih interesa potrošača u pravu EU namenjene su: *Directive on injunctions in consumer contracts*, *Directive on unfair terms in consumer contracts* (posebno član 7.) i *Directive relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member states concerning misleading advertising* (posebno član 2). Videti: Galič, A., *op. cit.*, str. 112.

Pored bankarskog i sektor osiguranja, tj. osiguravajuća društva koristi prilikom zaključenja ugovora opšte uslove poslovanja, a slično je i sa turističkim agencijama.

Veoma značajno mesto OUP imaju i u oblasti međunarodnog transportnog prava, a posebno za posao međunarodne špedicije. Razlog tome je što za posao špedicije još uvek nije doneta međunarodna konvencija, iako je Međunarodni institut za unifikaciju privatnog prava (u Rimu) izradio nekoliko verzija posebne konvencije za ovaj posao¹⁴⁶ – aktuelna verzija koja se i danas razmatra u naučnim radovima je iz 1968. godine. Kod ovakvog stanja stvari, tj. u opisanoj situaciji odsustva međunarodnih konvencija, u međunarodnom trgovinskom pravu u prvi plan zasluženo dolaze i svoju efikasnost i pun kapacitet prednosti pokazuju izvori autonomnog trgovinskog prava, tj. u ovoj situaciji konkretno: opšti uslovi poslovanja. Kada je reč o primeni OUP u špediciji (otpremanju), treba reći da su širom sveta u većini država nacionalna profesionalna udruženja špeditera ili trgovinske (privredne) komore doneli svoje OUP. Među najpoznatijim su: nemački, švajcarski, austrijski, francuski, belgijski, holandski, britanski, norveški, danski i finski opšti uslovi poslovanja špeditera.¹⁴⁷ Slično, i u domaćem trgovinskom pravu postoje Opšti uslovi poslovanja međunarodnih logističara i špeditera Srbije¹⁴⁸ koje je 2008. godine donela Skupština Privredne komore Srbije¹⁴⁹. Pre ovih, u domaćem trgovinskom pravu su se nekoliko decenija takođe primenjivali OUP i to: Opšti uslovi poslovanja međunarodnih špeditera Jugoslavije, koje je 1979. godine sastavila Grupacija za međunarodnu špediciju Opšteg udruženja saobraćaja, u okviru Privredne komore Jugoslavije¹⁵⁰, a pre njih Opšti uslovi špediterskih usluga u međunarodnom saobraćaju u Jugoslaviji, koje je 1958. godine donela Savezna spoljnotrgovinska komora (nakon što ih je sastavila Sekcija za međunarodnu špediciju ove komore)¹⁵¹.

U XXI veku i bukvalno svuga oko sebe možemo uočiti korišćenje opštih uslova poslovanja, što predstavlja dodatne razloge, koji ovu temu čine interesantnom i sa

¹⁴⁶ Videti: Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravika u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 597-598.

¹⁴⁷ O opštim uslovima poslovanja špeditera u međunarodnom prometu: Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004, str. 386-391, Seljmonaj, A., *Odgovornost špeditera kod ugovora o špediciji* (magistarski rad), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011, str. 18-21.

¹⁴⁸ „Sl. glasnik RS“, broj 105/08.

¹⁴⁹ Na sednici održanoj 9. oktobra 2008. godine. Opšti uslovi poslovanja međunarodnih logističara i špeditera Srbije doneti su na osnovu člana 11. Zakona o privrednim komorama („Sl. glasnik RS“, broj 62/2001) i člana 35. stav 1. tačka 1. podtačka 10. Statuta Privredne komore Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 45/02, 107/03 i 44/05).

¹⁵⁰ Videti: Kapor, V., Carić, S., *Ugovori robnog prometa*, Privredna akademija, Novi Sad, 2007, str. 209-212 i Jankovec, I., *Privredno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 1999, str. 540-541.

¹⁵¹ Videti: Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004, str. 391.

praktičnog stanovišta. Opšti uslovi poslovanja danas su jedan od najkorišćenijih izvora prava i smatram da postepeno potiskuju suvereno mesto „klasičnog“ individualnog ugovora, kao centralnog pravnog instituta ugovornog prava. Sreću se kao izvor regulisanja međusobnih odnosa u svim privrednim sektorima. Ne samo što je pravni okvir bankarskog sektora danas doslovno nezamisliv bez opštih uslova poslovanja, već je njihova primena je i u berzanskim poslovima, telekomunikacionim uslugama, sektoru saobraćaja itd. Pravna pitanja sopstvenog poslovanja kroz opšte uslove poslovanja rešavaju i investicioni fondovi, brokerska društva, internet provajderi, skladišna preduzeća, izdavačke kuće (posebno za naručivanje knjiga i pretplatu časopisa). Elektronska trgovina danas pretpostavlja da, pre korišćenja Interneta u zaključenju ugovora, klikom na predviđeno polje prihvatimo primenu opštih uslova poslovanja određene internet prodavnice. Toliko su raspostranjeni, da u nas postoje opšti uslovi poslovanja autobuskih stanica, pa čak i biblioteka¹⁵². Pojedine advokatske kancelarije na svojim internet prezentacijama imaju objavljene opšte uslove za pružanje usluga.

Danas se opšti uslovi poslovanja sastavljaju specijalizovano ne samo za određene grane privrede, već i za određenu grupu učesnika u poslovnim operacijama, kao npr. Opšti uslovi poslovanja špeditera, zatim za određenu vrstu poslovne operacije i određenu robu, kao npr. Opšti uslovi poslovanja za transport paketa, a nekada se priprema i objavljuje i po nekoliko vrsta opštih uslova poslovanja za istu vrstu robe.

Nakon razmatranja širine primene OUP u savremenom pravnom životu nameću se dva zaključka: prvi, da opšti uslovi poslovanja imaju sve veći značaj u pravnom prometu i da učestalost njihove primene ide uzlaznom linijom i drugi, da se danas opšti uslovi poslovanja mogu primeniti kod svih vrsta, tj. tipova ugovora.

8. KREATORI OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

Naziv kreatori OUP u ovom radu je izabran kao termin da označi one subjekte koji pripremaju i kreiraju OUP. Ovaj naziv učinio se najadekvatnijim među konkurencijom drugih koji bi se mogli koristiti da označe subjekta koji ih sastavlja i primenjuje: sastavljači, stvaraoci, tvorci, priređivači, donosioci, korisnici, primenjivači i sl. S obzirom

¹⁵² Opšti uslovi poslovanja Biblioteke grada Beča, dostupni su na:
http://www.buechereien.wien.at/media/file/180_83_2008_AGB_SERB_Oroz.pdf

na činjenicu da subjekti koji pripremaju OUP zaista kreiraju njihovu sadržinu, čime kreiraju balans (ili disbalans) međusobnih prava i obaveza budućih ugovarača, a neretko isti subjekti kreiraju i način poslovanja i poslovnu politiku privrednog subjekta koji koristi OUP u svom poslovanju, izabran je naziv kreatori OUP. Taj naziv mi se učinio opravdanim spram činjenice da subjekt koji stvara OUP njima suštinski kreira pravnu poziciju obe ugovorne strane, pa deluje razumno reći da je on kreator.

U literaturi se ukazuje da opšti uslovi poslovanja „nastaju tako što ih formulira neko poduzeće samo, ili ih formulira asocijacija privrednika, ili potječu od nekog trećeg koji je izvan zainteresiranih krugova.“¹⁵³

Opšte uslove poslovanja donose međunarodne organizacije, udruženja privrednika, a postoje i (klasični) opšti uslovi poslovanja pojedinih, po pravilu, velikih privrednih subjekata. Kako je pokazano da postoje različiti kreatori opštih uslova poslovanja, tako postoji prostor za istraživanje o eventualnim razlikama između opštih uslova poslovanja koje donose međunarodne organizacije i udruženja, za koje se može pretpostaviti da vode računa o tome da odnosi strana ugovornica budu izbalansirani i opštih uslova poslovanja koje donose pojedinačna preduzeća, za koja očekujemo da njima štite sopstvene interese u pravnim poslovima koje zaključuju. Razumno je i pretpostaviti, a to se i potvrđuje analizom različitih OUP, da kada OUP stvara pojedinačno privredno društvo (kompanija) da bi ih koristilo u sopstvenom poslovanju, ono nastoji da kreira sebi povoljniju pravnu poziciju. To postiže tako što umesto dispozitivnih zakonskih izbalansiranih normi stvara pravila koja mu pogoduju i pravnu situaciju, po različitim pitanjima koja se mogu otvoriti tokom faze (ne)izvršenja ugovora, menja u svoju korist. Takva tendencija vodi na neravnoteži ugovornih strana, koja nekada dovodi i do efekta prevaljivanja različitih rizika (pa time i odgovornosti) na drugu ugovornu stranu.

U praksi se sreću i opšti uslovi javnih preduzeća, naročito onih koji obavljaju delatnosti od šireg društvenog značaja i na njihove opšte uslove poslovanja, saglasnost neretko daje država. Tako je, na primer, Odluku o opštim uslovima za isporuku električne energije¹⁵⁴ utvrdio Upravni odbor Javnog preduzeća „Elektroprivreda Srbije“ (na sednici od 3. maja 2001. godine), a ova odluka je stupila na snagu po dobijanju saglasnosti Vlade Republike Srbije (i onda osmog dana od dana objavljivanja u republičkom službenom glasilu) i bila je na snazi do 01.01.2006. godine kada derogirana Uredbom o uslovima

¹⁵³ Goldštajn, A., *Opći uvjeti poslovanja*, materijal za poslediplomski studij iz privrednog prava, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1970, str. 12.

¹⁵⁴ „Sl. glasnik RS“, br. 39/2001 - prečišćen tekst, 130/2003 i 73/2004.

isporuke električne energije¹⁵⁵. Tako je ovom uredbom Vlada propisala bliže uslove isporuke električne energije, kao i mere koje se preduzimaju u slučaju da je ugrožena sigurnost isporuke električne energije kupcima usled poremećaja u funkcionisanju elektroenergetskog sistema ili poremećaja na tržištu električne energije na teritoriji Republike Srbije.¹⁵⁶

Opšte uslove poslovanja nekada donose i profesionalna udruženja i privredne (odnosno trgovinske) komore. Već je pomenuto da su OUP u špediciji (otpremanju) širom sveta u većini država donela nacionalna profesionalna udruženja špeditera ili trgovinske (privredne) komore, a u našoj državi Privredna komora.

Međunarodne organizacije su kreirale značajan broj OUP koji se često koriste u međunarodnoj trgovini. U literaturi se kao karakteristika pravila koje kreiraju međunarodne organizacije uobičajeno ističe to da one u izradu pravila uključuju veliki broj država kako bi se obezbedila zaštita interesa svih država sveta, te da se na taj način obezbeđuje objektivnost i nepristrasnost.¹⁵⁷ U ovim aktivnostima posebno je značajan doprinos sledećih međunarodnih organizacija i udruženja: Ekonomske komisije Ujedinjenih nacija za Evropu¹⁵⁸; Međunarodne trgovinske (privredne) komore u Parizu¹⁵⁹; Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo¹⁶⁰; Međunarodnog instituta za unifikaciju međunarodnog privatnog prava¹⁶¹. Značajan doprinos, sa današnjeg aspekta

¹⁵⁵ „Sl. glasnik RS“, broj 107/2005.

¹⁵⁶ Videti član 1. Uredbe o uslovima isporuke električne energije („Sl. glasnik RS“, broj 107/2005).

¹⁵⁷ Popov, D., *Doprinos prof. dr Borislava Blagojevića afirmaciji međunarodnog privatnog prava*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 137.

¹⁵⁸ United Nations Economic Commission for Europe (ECE) osnovana je od strane ECOSOC-a - Ekonomskog i socijalnog saveta UN 28. marta 1947. godine kao jedna od pet regionalnih komisija UN-a, u cilju podsticanja ekonomske saradnje među evropskim državama. Sedište ECE je u Ženevi. Detaljnije videti: www.unece.org.

¹⁵⁹ International Chamber of Commerce (ICC) / Chambre de commerce internationale – CCI) je međunarodno, nevladino udruženje privrednika i privrednih komora različitih država, udruženih u nacionalne savete. Komora je osnovana neposredno po okončanju Prvog svetstskog rata, 1919. godine na inicijativu privrednika SAD-a, Velike Britanije, Belgije, Francuske i Italije, sa ciljem da pruža usluge u međunarodnom poslovanju unapređivanjem trgovine i investicija, otvaranjem tržišta roba i usluga i podsticanjem slobodnog kretanja kapitala. Sedište Međunarodne trgovinske komore je u Parizu, a ICC ima i najpoznatiju arbitražu na svetu. Detaljnije videti: www.iccwbo.org.

¹⁶⁰ United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL) osnovana je 1966. godine od strane Generalne skupštine UN-a čiji je zadatak da pomogne harmonizaciju i unifikaciju nacionalnih prava koja se odnose na međunarodnu trgovinu. Sedište UNCITRAL-a je u Beču. Videti: www.uncitral.org.

¹⁶¹ International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT), koji je osnovan 1926. godine od strane Lige Naroda, a reorganizovan 1940. godine sa osnovnim zadatkom da proučava postojanje potreba i načina za modernizaciju, harmonizaciju i međusobno usklađivanje privatnog prava, posebno u oblasti trgovine. Sedište UNIDROIT-a je u Rimu. Detaljnije videti: www.unidroit.org.

već pravnoistorijski, dao je i Savet za uzajamnu ekonomsku pomoć,¹⁶² koji je 1958. godine usvojio međunarodni sporazum o Opštim uslovima za isporuku robe između zemalja članica SEV-a. Ovaj sporazum, iako ga je donela organizacija koja je prestala da postoji još 1992. godine, zavređuje pažnju zbog toga što predstavlja prvi međunarodni multilateralni sporazum kojim je izvršena unifikacija materijalnih pravila o kupoprodaji¹⁶³. Kada govorimo o opštim uslovima poslovanja (i tipskim ugovorima) u smislu kodifikovanih pravila međunarodnih organizacija, tada se ograničavamo samo na akte koje donose te organizacije. Ne uzimamo u obzir tipske ugovore i opšte uslove poslovanja koje donose pojedina privredna društva za sopstvene potrebe. Iako je reč o aktima iste vrste, između njih postoji bitna razlika: prve donose međunarodna udruženja i organizacije za koje se pretpostavlja da vode računa o tome da odnosi obeju strana ugovornica budu izbalansirani, za razliku od drugih koje donose pojedinačna preduzeća radi zaštite sopstvenih interesa u pravnim poslovima koje zaključuju.

8.1. Ženevski opšti uslovi

Reč je o skupu modela tipskih ugovora i opštih uslova koji je u teoriji i praksi dobio naziv *ženevski*¹⁶⁴ s obzirom na činjenicu da je sedište njihovog donosioca - Ekonomske komisije OUN za Evropu, u Ženevi. Usvajani su tokom pedesetih i šezdesetih godina prošlog veka sa ciljem da se putem uniformnih modela tipskih ugovora i opštih uslova izbegne ili smanji pravna nesigurnost koja vlada u oblasti međunarodne trgovine, a zainteresovanima omogući sklapanje ugovora koji ne bi sadržali potpuno jednostrane odredbe. Ovi modeli ugovora sastavljeni su na osnovu komparativne analize tada postojećih formularnih i tipskih ugovora i na osnovu sugestija zemalja članica Ekonomske komisije OUN za Evropu. Činjenica da su izrađeni u saradnji zemalja Istoka i Zapada je doprinela njihovom masovnom prihvatanju u praksi kako u zemljama sa tržišnom, tako i u

¹⁶² Savet za uzajamnu ekonomsku pomoć (SEV) obrazovan je 25. januara 1949. godine u Moskvi sa ciljem da razvija privrednu saradnju između socijalističkih zemalja i ostvari prelazak sa bilateralne na multilateralnu saradnju. Godine 1992. SEV je prestao da postoji. O organima i delatnosti SEV-a videti detaljnije: Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004, str. 136-139.

¹⁶³ Mitrović, D., *Izvori prava i pravila koji regulišu međunarodnu trgovačku kupoprodaju*, u: Pravni opus, izbor iz radova 1957-2007, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 98.

¹⁶⁴ U uporednom pravu: *Geneva standard contracts and general conditions of sale* (engleski), *Contrat-types et conditions générales de vente de Genève* (francuski), *Женевские типовые контракты и общие условия продажи* (ruski), *Genfer Musterverträge und allgemeine Verkaufsbedingungen* (nemački).

zemljama sa planskom privredom, tj. i u razvijenim i u zemljama u razvoju. Pored toga, u radnim grupama koje su pripremale tekst formulara bili su zastupljeni kako predstavnici zemalja izvoznika, tako i uvoznika te se veoma vodilo računa o interesima i prodavaca i kupaca prilikom njihove izrade. Takva uključenost svih zainteresovanih rezultirala je visokim kvalitetom pravne tehnike, odmerenošću i balansom pravnog položaja i ravnotežom privrednih interesa obeju ugovornih strana¹⁶⁵ kojima se nude ženevski tipski ugovori i opšti uslovi.

Originalne tekstove i prevod ovih opštih uslova, komentara i dodatnih odredbi objavio je profesor Goldštajn¹⁶⁶ 1970. godine.

U međunarodnim razmerama, najpoznatiji i najkorišćeniji opšti uslovi Ekonomske komisije UN za Evropu¹⁶⁷, tj. ženevski opšti uslovi su: Opšti uslovi za nabavku investicione opreme za izvoz, Opšti uslovi za nabavku i montažu investicione opreme za izvoz, Opšti uslovi za izvoz i uvoz meke rezane građe, Opšti uslovi za izvoz i uvoz trupaca tvrdog drveta i tvrde rezane građe iz umerenog pojasa, Opšti uslovi za prodaju u uvozu i izvozu trajnih potrošnih dobara industrijske robe serijske proizvodnje, Opšti uslovi za međunarodnu prodaju južnog voća, Opšti uslovi za prodaju svežeg voća i povrća uključujući i južno voće, Opšti uslovi za prodaju suvog (oljuštenog i neoljuštenog) i sušenog voća, Opšti uslovi za prodaju krompira, Opšti uslovi za uvoz i izvoz čvrstih goriva, Opšti uslovi za međunarodni prevoz nameštaja, itd.

Kao i drugi izvori autonomnog prava međunarodne trgovine, primena ovih akata je dobrovoljna, samo u slučaju kada se strane na njih pozovu. Takav karakter ženevskih opštih uslova podrazumeva da ih strane mogu prihvatiti i u celini i delimično, a mogu ih koristiti i kao model za sopstveni individualni ugovor, unoseći odgovarajuće izmene i dopune u skladu sa svojim poslovnim interesima. Oni predstavljaju prave kodifikacije s obzirom da su bazirane na postojećim trgovačkim običajima i vode računa o postojećoj trgovačkoj praksi.¹⁶⁸ Karakteristični su po tome što su sveobuhvatni i pozivanjem na njih gubi se potreba za primenom nacionalnih prava na jedan ugovorni odnos.

¹⁶⁵ Prilikom analize pojedinih opštih uslova poslovanja, može se primetiti bolji pravni položaj one strane koja ima pripadnost ekonomski snažnije države.

¹⁶⁶ Videti: Goldštajn, A., *Međunarodno trgovačko pravo*, Informator, Zagreb, 1970, str. 173-445.

¹⁶⁷ Tekstovi opštih uslova (i tipskih ugovora) mogu se naručiti od United Nations Distribution and Sales Section, Palais des Nations, CH-1211 Geneva. Detaljnije videti: Draškić, M., Stanivuković, M., *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Službeni list SCG, Beograd, 2005, str. 30.

¹⁶⁸ U tom smislu opšti uslovi poslovanja predstavljaju jedan od instrumenata (sredstava) unifikacije ugovornog prava. O unifikaciji ugovornog prava i kolizionog prava za ugovorne odnose videti: Draškić, M., Stanivuković, M., *op. cit.*, str. 17-50.

8.2. FIDIC-ovi opšti uslovi

Kada je reč o ugovorima o građenju u međunarodnom prometu¹⁶⁹ (uključujući i ugovor o inženjeringu), treba reći da su danas najpoznatiji i najčešće korišćeni u međunarodnoj praksi tzv. FIDIC-ovi opšti uslovi. Reč je o standardima koje je izradio Međunarodni savez inženjera konsultanata (International Federation of Consulting Engineers - skraćeno: FIDIC), koji je osnovan 1913. godine i okuplja nacionalna udruženja inženjera konsultanata koja danas ukupno predstavljaju milion stručnjaka iz oblasti građevinarstva.¹⁷⁰ Sedište FIDIC-a je u Ženevi.

Značaj FIDIC-ovih opštih uslova je naročito veliki, jer za međunarodni posao građenja ne postoji međunarodna konvencija, kao što je slučaj kod međunarodne prodaje robe, već su svojevrsno autonomno pravo za međunarodne građevinske poslove formirala međunarodna strukovna udruženja i međunarodne organizacije. Osim FIDIC-ovih uslova, za ovaj posao postoje na međunarodnom planu i drugi autonomni izvori, kao što su različiti opšti uslovi Ekonomske komisije UN za Evropu (tzv. ženevski), UNIDO¹⁷¹ model ugovora „ključ u ruke“¹⁷², UNCITRAL-ov Pravni vodič iz 1987. godine¹⁷³ koji se pokazao veoma korisnim u praksi, EIC¹⁷⁴-ov tipski ugovor „ključ u ruke“ iz 1994. godine sa Uslovima

¹⁶⁹ O ugovoru o građenju u međunarodnom prometu i ugovoru o inženjeringu videti: Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004, str. 467-482; Stojiljković, V., *Međunarodno privredno pravo*, IP Justinijan, Beograd, 2003, str. 246-253. O ugovoru o građenju u domaćem trgovinskom pravu videti: Stefanović, Z., *Privredno ugovorno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 206-225; Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 606-624, Jankovec, I., *Privredno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 1999, str. 403-432. Ugovor o građenju je u savremenom međunarodnom i domaćem trgovinskom pravu posebno zanimljiv, jer predstavlja i instrument privatno-javnog partnerstva.

¹⁷⁰ Videti: www.fidic.org. Videti i: Knutson, R., Abraham, W., *FIDIC: an analysis of international construction contracts*, Kluwer Law International, The Hague, 2005.

¹⁷¹ UNIDO – United Nations Industrial Development Organization (Organizacija UN za industrijski razvoj). Videti: www.unido.org; Dašić, D., *Principi internacionalne ekonomije*, Fakultet za trgovinu i bankarstvo, Beograd, 2007, str. 317-318; Dašić, D., *Diplomatija – Ekonomska multilateralala i bilateralala*, Multidisciplinarni centar za podsticanje integracionih procesa i harmonizaciju prava, Beograd, 2003, 76-77; *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa* (glavni redaktor D. Mitrović), Savremena administracija, Beograd, 1982, str. 316. Srbija je članica ove organizacije od 6. decembra 2000. godine. Videti: <http://www.unido.org/index.php?id=o3359>.

¹⁷² Model turn-key/semi turn key dostupan je na:

http://www.unido.org/fileadmin/user_media/Procurement/ZPinjo/16001662/16001662ZPaa_ModelContract_Annexes.pdf.

¹⁷³ UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works dostupan je na: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal_Guide_e.pdf.

¹⁷⁴ EIC – European International Contractors. Videti: www.eicontractors.de.

ugovora o projektovanju i izgradnji¹⁷⁵. Značajan broj različitih opštih uslova pripremili su Američki institut arhitekata¹⁷⁶ i Institut građevinskih inženjera¹⁷⁷, a postoji i veliki broj drugih opštih uslova za ugovor o građenju, koje su pripremila različita strukovna udruženja kao što su: Savez međunarodnih udruženja izvođača radova¹⁷⁸, Evropski savez građevinske industrije¹⁷⁹, Inter-američki savez građevinske industrije¹⁸⁰, Savez arapskih izvođača¹⁸¹, Japansko udruženje za unapređenje inženjeringa¹⁸² (koje je više pažnje usmerilo ka izradi tipskih ugovora, od kojih su dva najpoznatija: ENAA-model međunarodnog ugovora za izgradnju postrojenja, čije je treće izdanje objavljeno marta 2010. godine i ENAA-model međunarodnog ugovora za izgradnju elektrane iz 1996. godine¹⁸³) itd.

Među ovim autonomnim izvorima posebno značajno mesto zauzimaju FIDIC-ovi opšti uslovi, što je posledica činjenice da međunarodne banke i multilateralne finansijske institucije insistiraju na primeni ovih uslova na ugovorne odnose kojima se uređuje izvođenje radova koje one finansiraju. Kao razlog se ističe da njihova primena doprinosi transparentnosti procesa i smanjenju mogućnosti korupcije¹⁸⁴. S tim u vezi treba reći i da članovi FIDIC-a prihvataju Etički kodeks¹⁸⁵, koji zahteva: odgovornost, profesionalnost, integritet, nepristrasnost, fer ponašanje prema drugima i borbu protiv korupcije. Zbog zahteva za poštovanjem etičkih principa i transparentnosti, primena FIDIC-ovih uslova doprinosi kredibilitetu izvođača u savremenom poslovnom okruženju i omogućava da uspešnije učestvuje na međunarodnim licitacijama¹⁸⁶ i velikim projektima.

¹⁷⁵ Ovaj tipski ugovor i pomenuti uslovi ugovora mogu se naručiti od EIC-a.

¹⁷⁶ American Institute of Architects (skraćeno: AIA). Videti: <http://www.aia.org>.

¹⁷⁷ Institution of Civil Engineers (skraćeno: ICE). Videti: <http://www.ice.org.uk>.

¹⁷⁸ Confederation of International Contractors' Associations (skraćeno: CICA). Videti: <http://www.cicanet.com>.

¹⁷⁹ European Construction Industry Federation (skraćeno: FIEC). Videti: <http://www.fiec.org>.

¹⁸⁰ Inter-American Federation of the Construction Industry (skraćeno: FIIC). Videti: <http://www.fiic.la>.

¹⁸¹ Federation of Arab Contractors (skraćeno: FAC). Videti: <http://www.arabcont.com>.

¹⁸² Engineering Advancement Association of Japan (skraćeno: ENAA). Videti: <http://www.ena.or.jp/EN/index.html>.

¹⁸³ Sadržaj (naslovi delova) oba navedena ENAA-model ugovora dostupan je na web adresi: <http://www.ena.or.jp/EN/activities/model.html>, a mogu se naručiti putem interneta: <http://www.ena.or.jp/EN/activities/oderform.html>.

¹⁸⁴ O korupciji u međunarodnim poslovnim transakcijama, videti: *Ekonomija korupcije – Međunarodni zbornik* (ur. Susan Rose-Ackerman), Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 409-444. O ograničavanju korupcije u međunarodnom poslovanju, videti: Rose-Ackerman, S., *Korupcija i vlast: uzroci, posledice i reforma*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 187-207.

¹⁸⁵ FIDIC-ov Etički kodeks dostupan je na: <http://www1.fidic.org/about/ethics.asp>.

¹⁸⁶ O međunarodnoj licitaciji, videti: Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004, str. 468-472; *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa* (glavni redaktor D. Mitrović), Savremena administracija, Beograd, 1982, str. 241-242.

Pored toga se kao prednost njihove primene uobičajeno ističe proveren mehanizam pravne zaštite i poverenje investitora u njihovu primenu, s obzirom na specifični mehanizam rešavanja eventualnih sporova (Odbori za sporove)¹⁸⁷, zahvaljujući kome se rizici i potencijalni problemi otkrivaju u ranim fazama i lakše prevazilaze tom realizacije projekta. Kao i za ženevske tipske ugovore i opšte uslove i za FIDIC-ove uslove se ističe da su dobro izbalansirani, tj. da je uravnotežen položaj ugovornih strana.

Danas je primena FIDIC-ovih uslova veoma rasprostranjena širom sveta i pretenduje da postane univerzalna, s obzirom da u poslovima međunarodnog građenja predstavljaju standard.

Ove uslove je formulisala građevinska struka, tj. inženjeri. FIDIC-ovi uslovi u svojoj osnovi imaju rešenja anglosaksonskog prava¹⁸⁸, tj. bazirani su na anglosaksonskom pravu, što je posledica činjenice da su u vremenu kada su nastajali sastavljani prevashodno na osnovu opštih uslova britanskog Instituta građevinskih inženjera¹⁸⁹.

FIDIC-ovi opšti uslovi se, kao i drugi opšti uslovi, primenjuju na ugovorni odnos samo onda kada se strane ugovornice na njih pozovu, tj. izaberu jedan od različitih ponuđenih FIDIC-ovih uslova. S obzirom da knjige FIDIC-ovih uslova sadrže, po pravilu, pored opštih i posebne uslove, kao i forme ugovora, čini se da strane ugovornice FIDIC-ove uslove biraju nalik tipskim ugovorima, tj. mogu ih svojom voljom dopunjavati, odnosno, menjati pojedine odredbe.

S obzirom na način nastanka, osnov i domen primene, kao i raspostranjenu primenu širom sveta, može se zaključiti da FIDIC-ovi opšti uslovi danas predstavljaju jedan od najznačajnijih izvora autonomnog međunarodnog prava građenja. Iako FIDIC-ovi opšti uslovi, u obliku u kome trenutno postoje, nemaju direktnu primenu, treba reći da postoji tendencija da se u pojedinim državama (tako, na primer, u Iraku, Nigeriji i još nekim zemljama)¹⁹⁰ njihova rešenja preuzimaju u nacionalno zakonodavstvo. Čini se da sve češća primena FIDIC-ovih opštih uslova širom sveta i insistiranje multinacionalnih finansijskih institucija na njihovoj primeni, postepeno dovodi do toga da rešenja koja oni sadrže predstavljaju međunarodni standard kada je u pitanju posao građenja, a posebno međunarodni posao građenja.

¹⁸⁷ O tome detaljno videti treći deo ove doktorske disertacije (neke tipične klauzule) koji sadrži odeljak posvećen FIDIC-ovim odborima za sporove.

¹⁸⁸ O pravnom konceptu *Common Law* sistema i uticaju njegovih rešenja na FIDIC-ove opšte uslove, videti: Bunn, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 49-69.

¹⁸⁹ Institution of Civil Engineers (skraćeno: ICE). Videti: <http://www.ice.org.uk>.

¹⁹⁰ Podatak saopšten na Konferenciji na temu: Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi, održanoj 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

„Knjige“ FIDIC-ovih uslova

Prepoznatljive i korišćene nazive, različiti FIDIC-ovi uslovi dobili su po bojama korica knjiga¹⁹¹ u kojima su objavljeni. Tako postoje:

1. Uslovi ugovora za građevinske radove - tzv. crvena knjiga, koja predstavlja opšte uslove za građevinske i tehničke poslove koje je projektovao investitor. Prvo izdanje „nove“ crvene knjige je objavljeno 1999. godine¹⁹² (iste godine je objavljeno izdanje i u Srbiji koje uporedo sadrži uslove na engleskom i srpskom jeziku). Kao osnovne razloge zbog kojih je odlučeno da se objavi „nova“ crvena knjiga¹⁹³ (a ne peto izdanje postojeće crvene knjige) D. Pavić navodi: opredeljenje da se ukaže na novi pristup prema kome je podela ugovora izvršena prema tome ko je odgovoran za projekat (a ne koja je vrsta radova u pitanju), što je naglašeno i promenom u nazivu; želja da se izvrši određeno prilagođavanje pravnim sistemima evropskokontinentalnog prava (s obzirom da „stara“ crvena knjiga za osnov ima anglosaksonsko pravo); bolja sistematizacija, standardizacija¹⁹⁴ i pojednostavljenje jezika u cilju da se odredbe učine pristupačnijim i razumljivijim krajnjim korisnicima¹⁹⁵. Crvena knjiga¹⁹⁶, koja predstavlja najpoznatiju i najčešće korišćenu knjigu FIDIC-ovih uslova, sadrži sledeće delove: opšte odredbe; investitor; rukovodilac izgradnje; izvođač; podizvođač; osoblje i radna snaga; postrojenje, materijali i kvalitet izrade; početak, kašnjenje i obustava radova; testiranje na završetku radova; preuzimanje od strane investitora; odgovornost za nedostatke; određivanje obima radova i njihova procena; izmene i modifikacije; ugovorena cena i plaćanje; raskid ugovora od strane investitora; obustava i raskid od strane izvođača; rizik i odgovornost; osiguranje; viša sila; potraživanja, sporovi i arbitraža; prilog: Odbor za rešavanje sporova i aneks -

¹⁹¹ O sadržini svih FIDIC-ovi knjiga i kupovini istih, videti:

http://www1.fidic.org/bookshop/default_contracts.asp.

¹⁹² Treba reći da je stara crvena knjiga doživela četiri izdanja (prvo 1957. godine, a poslednje 1987. god.), kao i da se (iako je objavljena nova) još uvek može koristiti ukoliko ugovorne strane dogovore njenu primenu na ugovorni odnos. O „starijoj“ crvenoj knjizi videti: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 1-48.

¹⁹³ O novoj crvenoj knjizi videti: Glover, J., Hughes, S., Thomas, C., *Understanding the new FIDIC red book: a clause-by-clause commentary*, Thomson, Sweet & Maxwell, 2006.

¹⁹⁴ U smislu da su „nove“ knjige FIDIC-ovih uslova podeljene na 20 klauzula, odnosno (rečeno našim vokabularom) poglavlja.

¹⁹⁵ Pavić, D., *FIDIC-ova „Crvena knjiga“ i razlike u „harmonizovanom“ izdanju (MDB izdanje)*, materijal sa Konferencije „Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održane 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

¹⁹⁶ O „novoj“ crvenoj knjizi videti: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 503-550.

pravila procedure. Drugi deo crvene knjige sadrži smernice za pripremu posebnih uslova¹⁹⁷.

2. Uslovi ugovora za elektro i mašinske radove (uključujući montažu na lokaciji, sa obrascima tendera i ugovora) – (tzv. stara) žuta knjiga¹⁹⁸. Treće izdanje ovih uslova je objavljeno 1987. godine. Prvi deo sadrži opšte uslove koji obuhvataju: definicije i tumačenja; rukovodilac izgradnje i njegovi predstavnici; imenovanje i podugovaranje; ugovorna dokumenta; obaveze izvođača; obaveze investitora; radna snaga; kvalitet izrade i materijali; obustava rada, dostave ili instalacije; završetak; testiranje po završetku radova; preuzimanje radova; nedostaci posle preuzimanja radova; izmene; vlasništvo postrojenja; potvrde i plaćanja; potraživanja; strane valute i devizni kurs; provizorni iznosi; rizik i odgovornost; briga o radovima i prenošenje rizika; šteta naneta imovini i povrede lica; ograničenja odgovornosti; osiguranje; viša sila; nedostaci; promene u ceni i zakonski propisi; carina; obaveštenja; sporovi i arbitraža; zakon i procedure. Drugi deo žute knjige sadrži posebne uslove, indeks, obrasce tendera i ugovora.¹⁹⁹

3. Uslovi ugovora za postrojenje i projektovanje - izgradnju - „nova” žuta knjiga, objavljena 1999. godine²⁰⁰ obuhvata opšte uslove, savete za pripremu posebnih uslova, obrasce ponuda, ugovora i sporazuma o rešavanju sporova i namenjena je za elektrotehničke i mašinske radove i za građevinske i tehničke radove po projektu izvođača. Prvi deo „nove” žute knjige čine opšti uslovi koji obuhvataju: opšte odredbe; investitor; nadzorni organ; izvođač; podizvođači; projektovanje; osoblje i radna snaga; postrojenje, materijali i izrada; početak, kašnjenje i obustava; ispitivanja na završetku radova; prijem od strane investitora; odgovornost za nedostatke; provera nakon završetka; izmene i korekcije; ugovorna cena i plaćanje; raskid ugovora od strane investitora; obustava i raskid od strane izvođača; rizik i odgovornost; osiguranje; viša sila; potraživanja, sporovi i arbitraža i prilog. Drugi deo sadrži smernice za pripremu posebnih uslova.²⁰¹

4. Uslovi ugovaranja za projektovanje - izgradnju i „ključ u ruke” - sa formama tendera i ugovora i modelom i FIDIC uslova za imenovanje komisije za rešavanje

¹⁹⁷ Sadržina crvene knjige je dostupna i može se naručiti putem interneta: http://www1.fidic.org/resources/contracts/describe/FC-RA-A-AA-10.asp?back=/bookshop/prod_page.asp&ProductCode=FC-RA-A-AA-09&price=30#contents.

¹⁹⁸ O tome videti: Bunni, N., *op. cit.*, str. 463-470.

¹⁹⁹ Videti: http://www1.fidic.org/resources/contracts/describe/FC-YB-A-AA-10.asp?back=/bookshop/prod_page.asp&ProductCode=FC-YB-A-AA-10&price=20.

²⁰⁰ O ovom izdanju žute knjige videti: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 551-580.

²⁰¹ Videti: http://www1.fidic.org/resources/contracts/describe/FC-OA-A-AA-10.asp?back=/bookshop/prod_page.asp&ProductCode=FC-OA-A-AA-09&price=30.

sporova - **narandžasta knjiga**.²⁰² Opšti uslovi koji čine prvi deo ove knjige sadrže sledeće delove: ugovor; investitor; predstavnik investitora; izvođač; projekat; osoblje i radna snaga; postrojenje, materijali i izrada; početak radova, kašnjenje i obustava; testiranje na završetku radova; preuzimanje radova od strane investitora; odgovornost za nedostatke; ugovorena cena i plaćanje; izmene; neispunjenje obaveza; neispunjenje obaveza od strane investitora; rizik i odgovornost; osiguranje; viša sila; zahtevi, sporovi i arbitraža. Drugi deo narandžaste knjige sadrži smernice za pripremu posebnih uslova; treći deo obrasce tendera i ugovora, a četvrti deo model FIDIC-ovih uslova za izbor Odbora za rešavanje sporova.²⁰³

5. Model ugovora o pružanju usluga između klijenta i konsultanta - bela knjiga. Četvrto izdanje bele knjige objavljeno je 2006. godine i u opštim uslovima sadrži sledeće delove: opšte odredbe; klijent; konsultant; početak, završetak, izmene i prestanak; plaćanje; odgovornosti; osiguranje; sporovi i arbitraža. Pored opštih uslova, bela knjiga sadrži i posebne uslove (reference iz klauzula u opštim uslovima i dodatne klauzule) i priloge.²⁰⁴

6. Uslovi ugovora za projektovanje, izgradnju i upravljanje projektima - zlatna knjiga. Prvi deo zlatne knjige (koja je objavljena 2008. godine) čine opšti uslovi, koji sadrže različite delove pod sledećim nazivima: opšte odredbe; investitor; predstavnik investitora; izvođač; projektovanje; zaposleni i radna snaga; oprema, materijali i izrada; početak radova, završetak i program; projektovanje i izgradnja; eksploatacija i održavanje; testiranje; nedostaci; izmene i korekcije; ugovorna cena i plaćanje; raskid od strane investitora; obustava i raskid od strane izvođača; podela rizika; izuzetni rizici; osiguranje; zahtevi, sporovi i arbitraža. Nakon opštih uslova, zlatna knjiga sadrži i posebne uslove sa napomenama za tendersku dokumentaciju i napomenama za sastavljanje posebnih odredbi.²⁰⁵

7. Kratka forma ugovora (ugovor, opšti uslovi, pravila za rešavanje sporova, savetodavne napomene) - **zelena knjiga**, koja je namenjena jednostavnijim radovima, tj. radovima manjeg obima i manje vrednosti za čiji je završetak potrebno kraće vreme. Opšti

²⁰² O narandžastoj knjizi videti: Bunni, N., *op. cit.*, str. 471-484.

²⁰³ Sadržina narandžaste knjige, čije je peto izdanje objavljeno 1995. godine dostupna je na: http://www1.fidic.org/resources/contracts/describe/FC-OB-A-AA-10.asp?back=/bookshop/prod_page.asp&ProductCode=FC-OB-A-AA-10&price=30.

²⁰⁴ Videti: http://www1.fidic.org/resources/contracts/describe/FG-AU-B-AA-10.asp?back=/bookshop/prod_page.asp&ProductCode=FG-AU-B-AA-10&price=20.

²⁰⁵ Videti: http://www1.fidic.org/resources/contracts/describe/FC-DB-A-AA-09.asp?back=/bookshop/prod_page.asp&ProductCode=FC-DB-A-AA-09&price=30.

uslovi zelene knjige (čije je peto izdanje objavljeno 1999. godine) sadrže sledeće delove: opšte odredbe; investitor; predstavnik investitora; izvođač; projektovanje; rizici investitora; rok za završetak radova; preuzimanje; otklanjanje nedostataka; odstupanja i zahtevi; ugovorna cena i plaćanje; neispunjenje; rizik i odgovornost; osiguranje; rešavanje sporova. Pored opštih uslova, zelena knjiga sadrži i posebne uslove, pravila za rešavanje sporova i savetodavne napomene.²⁰⁶

Navedene knjige FIDIC-ovih opštih uslova su prevedene i na srpski jezik i objavljene sa uporednim tekstom na srpskom i engleskom jeziku²⁰⁷, mada se na stručnim skupovima čuju mišljenja i ukazivanja dela stručne javnosti da prevod pojedinih stručnih i tehničkih naziva nije adekvatno izvršen.

Osim navedenih FIDIC-ovih knjiga, objavljeni su i:

8. Uslovi ugovora za EPC²⁰⁸ „ključ u ruke“ projekte – srebrna knjiga²⁰⁹, čije je peto izdanje objavljeno 1999. godine.²¹⁰

9. Model ugovora za radove prokopavanja i nasipanja – plava knjiga, koja obuhvata i opšte uslove za ovaj ugovor (prvo izdanje plave knjige je objavljeno 2006. godine).²¹¹

10. Uslovi ugovora o građenju za građevinske i inženjerske radove po projektu naručioca – MDB²¹² harmonizovano izdanje - ružičasta knjiga. Ova knjiga sadrži opšte uslove²¹³ namenjene projektima koje finansiraju multilateralne razvojne banke, te predstavlja, u određenom smislu, posebno izdanje „nove“ crvene knjige²¹⁴, a njena posebnost se ogleda u tome što je prilagođeno potrebama ovih banaka.

²⁰⁶ Videti: http://www1.fidic.org/resources/contracts/describe/FC-AF-A-AA-10.asp?back=/bookshop/prod_page.asp&ProductCode=FC-AF-A-AA-09&price=20.

²⁰⁷ Videti: <http://www.pregled-rs.com/dumpdir.php?dir=82&lang=>.

²⁰⁸ Engineering, Procurement and Construction.

²⁰⁹ O srebrnoj knjizi videti: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 581-598.

²¹⁰ Sadržina delova srebrne knjige dostupna je na: http://www1.fidic.org/resources/contracts/describe/FC-QB-A-AA-10.asp?back=/bookshop/prod_page.asp&ProductCode=FC-QB-A-AA-09&price=30.

²¹¹ Videti: [http://thomastelford.com/books/bookshop_main.asp?ISBN=9782884320450%20&BookTitle=FIDIC C%20Dredgers%20Form%20of%20Contract%20for%20Dredging%20and%20Reclamation%20Works%201st%20Ed%20\(2006\)](http://thomastelford.com/books/bookshop_main.asp?ISBN=9782884320450%20&BookTitle=FIDIC%20Dredgers%20Form%20of%20Contract%20for%20Dredging%20and%20Reclamation%20Works%201st%20Ed%20(2006)).

²¹² MDB – Multilateral Development Banks (multilateralne razvojne banke).

²¹³ Treće izdanje ovih uslova je objavljeno juna 2010. godine (prvo 2005. godine, a drugo 2006. god.) i dostupno je i u elektronskom obliku. Videti: http://www1.fidic.org/downloads/cons_mdb_gc_jun10_unprotected.pdf.

²¹⁴ S obzirom da je nova crvena knjiga bila osnova prilikom sastavljanja ružičaste knjige.

Karakteristike FIDIC-ovih uslova i neke razlike u odnosu na domaće pravo

Treba reći da postoje razlike u pravnim rešenjima između FIDIC-ovog sistema i srpskog prava. U Srbiji²¹⁵ se sprovode projekti²¹⁶ koji imaju za cilj promovisanje i šire korišćenje FIDIC-ovih uslova u praksi, kao i uvođenje učenja o njima u nastavne programe na fakultetima.

Karakteristika FIDIC-ovih uslova je da je u njima razvijen poseban sistem ugovornih garancija, koji čine: 1.) pojedinačne garancije (tj. garancije za pojedinačne obaveze izvođača) koje obuhvataju mehaničke garancije (mechanical warranties) i tehničke garancije (technical guarantees); 2.) generalne garancije izvođača, koje obuhvataju garancije za kompletnost (completeness guarantee), garancije za inženjering (engineering guarantee, for engineering content), garancije za učinke (performance guarantee), garancije za funkcionisanje (functional guarantee) i garancije za podobnost (guarantee for fitness for particular purpose). Garancije za učinke obuhvatanju kaznene garancije (kojima se predviđa smanjenje cene ukoliko radovi nisu potpuno završeni, ali jesu iznad određenog procenta, npr. 95%) i apsolutne garancije (kojima se predviđa da se, ukoliko su radovi izvršeni manje od 90%, smatra da ugovorna obaveza nije izvršena).²¹⁷

Kada je reč o našem pravu, posao građenja je uređen čl. 630-647. Zakona o obligacionim odnosima²¹⁸, a postoje i Posebne uzanse o građenju²¹⁹. Od značaja su i Zakon

²¹⁵ Udruženje inženjera konsultanata Srbije (Association of Consulting Engineers of Serbia – skraćeno: ACES) je 16. septembra 2009. godine postalo punopravni član Međunarodnog saveza inženjera konsultanata. ACES promoviše ulogu i značaj FIDIC standarda u Srbiji. Detaljnije videti: www.aces.rs.

²¹⁶ Ove projekte (u širem smislu: dostizanja međunarodnih standarda) u Srbiji sprovodi Međunarodna finansijska korporacija (International Finance Corporation – skraćeno: IFC). Videti detaljnije: www.ifc.org/ifcext/eca.nsf/Content/IFCinSerbia.

²¹⁷ Paunović, M., *Razvoj ugovorne prakse u poslovima izgradnje*, referat izložen na Konferenciji „Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održanoj 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

²¹⁸ Ugovor o građenju ima svoju građanskopravnu osnovu u ugovoru o delu - tako i član 630. stav 1. ZOO definiše: „ugovor o građenju je ugovor o delu...“, te kod pojedinih pitanja upućuje na shodnu primenu odgovarajuće odredbe ugovora o delu. Videti član 641. ZOO.

²¹⁹ „Sl. list SFRJ“, broj 18/77. Ove uzanse uređuju odnose između naručioca i izvođača radova (ugovarači) u poslovima izvođenja radova na građevinskim objektima, a njima je propisano da se primenjuju ako su ugovarači pristali na njihovu primenu, pri čemu se smatra da su ugovarači pristali na primenu uzansi ako primena uzansi nije ugovorom o izvođenju radova na građevinskim objektima isključena u celini ili delimično. Međutim, ovde treba imati u vidu prelazne i završne odredbe ZOO, kojima je propisano (između ostalog) da se odredba opštih ili posebnih uzansi kojom se utvrđuje pretpostavka da su ugovorne strane pristale na primenu uzansi, ukoliko ih nisu ugovorom isključile, neće primenjivati posle stupanja na snagu ZOO, kao i da će se u slučaju da su opšte ili posebne uzanse (ili drugi trgovinski poslovni običaji) suprotni dispozitivnim normama ZOO, primenjivati odredbe ZOO, osim ako su strane izričito ugovorile primenu uzansi, odnosno drugih trgovinskih poslovnih običaja. Videti član 1107. ZOO.

o planiranju i izgradnji, Zakon o javnim nabavkama, a za obavljanje investicionih radova stranog lica u Republici Srbiji, odnosno domaćeg lica u drugoj državi ili carinskoj teritoriji, od značaja je i Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju.

U poređenju FIDIC-ovih uslova i našeg ZOO ukazuje se da razlike postoje po pitanjima: ugovorne kazne, ograničenja odgovornosti za prouzrokovanu štetu, slučaja i više sile, kao i da jezik i struktura FIDIC-ovih uslova nisu uobičajeni za poslovnu praksu domaćeg sistema, zbog čega postoje rizici nerazumevanja pojedinih odredbi i instituta FIDIC-ovih uslova, njihove neprecizne (ili netačne) primene, kao i nepravilne primene domaćih obavezujućih²²⁰ propisa, što može za posledicu imati ništavost pojedinih odredbi, odnosno dovesti do spora²²¹.

Tako, na primer, jedan od posebnih problema jeste nesklad između FIDIC-ovih uslova i našeg ZOO po pitanju fiksne cene radova, tj. ugovaranja nepromenljivosti cene²²². FIDIC-ovi uslovi²²³ dozvoljavaju ugovaračima da stipulišu fiksnu cenu radova, dok naš ZOO propisuje da ako je ugovoreno da se cena radova neće menjati, a u slučaju da se posle zaključenja ugovora povećaju cene elemenata na osnovu kojih je ona određena, izvođač može, i pored ovakve odredbe ugovora, zahtevati izmenu cene radova ako su se cene elemenata povećale u tolikoj meri da bi trebalo da cena radova bude veća za više od deset procenata - ali, i u ovom slučaju izvođač može zahtevati samo razliku u ceni koja prelazi deset procenata, osim ako je do povećanja cene elemenata došlo posle njegovog dolaska u docnju.²²⁴ Na ovaj način je domašaj ugovorne odredbe (predviđene FIDIC-ovim opštim uslovima) o fiksnoj ceni građevinskih radova, koja olakšava vrednovanje ponuda (što je u interesu investitora), omogućava fiksni budžet što značajno pojednostavljuje finansiranje projekta i praktično prenosi rizik promena uslova na tržištu na izvođača radova, ograničen citiranom odredbom našeg ZOO, s obzirom da je prema skoro opštem shvatanju naše teorije i sudske prakse, reč o imperativnoj pravnoj normi, koja sa jedne strane predstavlja ograničenje slobode ugovaranja, a sa druge od zakonodavca neposredno implementirano

²²⁰ U smislu da je potrebna pažljiva procena usklađenosti ugovornih rešenja sadržanih u FIDIC-ovim uslovima sa obavezujućim rešenjima domaćeg prava, odnosno potrebno je prilagođavanje imperativnim normama domaćeg prava.

²²¹ Mujezinović, S., *Upotreba opštih, odnosno posebnih uslova FIDIC ugovora u Srbiji – ograničenja, teškoće i opasnosti*, referat izložen na Konferenciji „Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održanoj 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

²²² O različitim načinima plaćanja cene kod ugovora o građenju, videti: Stefanović, Z., *Privredno ugovorno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 212-214.

²²³ Posebno tzv. crvena, ružičasta i srebrna knjiga.

²²⁴ Videti član 637. ZOO.

načelo ravnopravnosti strana²²⁵, savesnosti i poštenja²²⁶ i jednake vrednosti uzajamnih davanja^{227, 228}. Komentatori ZOO takođe ističu da je ova odredba ZOO, koja ograničava važnost klauzule o nepromenljivosti cene, prinudno-pravne prirode i da se ugovorom njena primena ne može isključiti, jer ovaj član ograničava²²⁹ slobodno uređivanje odnosa ugovornih strana u pogledu formiranja cene u javnom interesu.²³⁰ Ova odredba se u izvesnom smislu smatra kao *lex specialis* u odnosu na odredbe ZOO²³¹ koje regulišu pitanje raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti²³², pa bi se moglo posebno razmatrati da li je ovakvo rešenje opravdano, tj. posebno mesto i izdvajanje ugovora o građenju u odnosu na ostale imenovane ugovore na koje se primenjuju samo opšte odredbe o raskidu ili izmeni ugovora zbog promenjenih okolnosti²³³.

S obzirom da FIDIC-ovi opšti uslovi predstavljaju jedan od najvažnijih autonomnih izvora međunarodnog prava građenja, prethodno iznetom treba dodati i (stalan) rizik koji postoji i kod drugih nadržanih ugovornih instrumenata, tj. autonomnih izvora i (pojedinih) međunarodnih konvencija (kao npr. kod Bečke konvencije), a to je da se pojedine odredbe i instituti koji se, zbog razlika u pravnim sistemima, ne razumeju adekvatno ili ne postoje u nacionalnom pravnom sistemu, tumače

²²⁵ Videti član 11. ZOO

²²⁶ Videti član 12. ZOO.

²²⁷ Videti član 15. ZOO.

²²⁸ Cibulić, D., *Pravna priroda člana 637. ZOO (odredba o nepromenljivosti cena) i odnos sa standardnim FIDIC ugovorima*, referat izložen na Konferenciji „Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održanoj 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. O uticaju pomenutih načela na odredbe ovog člana ZOO u skladu sa sistemom revalorizacije cene u građevinarstvu, videti: Biro, Z., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima II* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 1536-1537.

²²⁹ Ovde je reč o ograničenju autonomije volje u skladu sa članom 10. ZOO, po kome su strane u obligacionim odnosima slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji.

²³⁰ Komentatori ZOO dalje ukazuju da je cilj ovog propisa otklanjanje nesrazmere između vrednosti građevinskog objekta i nepromenljive cene do koje može da dođe u slučaju odricanja od prava na svako povišenje cene i to radi pravičnosti i stabilnosti privrede. Izvođač koji je pristao na ovo odricanje čini to, po pravilu, zbog svog inferiornog privrednog položaja u odnosu na naručioca, te se on zaštićuje od prevelikih gubitaka koji bi mogli da dovedu u pitanje i njegovo postojanje. Videti: Biro, Z., *op. cit.*, str. 1537.

²³¹ Reč je o čl. 133-136. ZOO.

²³² „To znači da će se kod ugovora o građenju, pre svega, primeniti odredbe koje su posvećene izmeni cene kod ovog ugovora, ali one ne isključuju i opšte odredbe o klauzuli *rebus sic stantibus* koje će se primeniti u slučaju da su ispunjeni uslovi predviđeni tim odredbama.“ - Perović, S., *Predgovor – Osnovna koncepcija Zakona o obligacionim odnosima*, Službeni list, Beograd, 2001, str. 44.

²³³ Razmatrajući ovo pitanje, Cibulić smatra da argumenti kojima se opravdava ovakvo ograničenje slobode ugovaranja iako zasnovani na osnovnim načelima obligacionog prava ipak, po njegovom mišljenju, nisu dovoljno jaki da bi opravdali izdvajanje ugovora o građenju po ovom pitanju, te da suočen sa ovim ograničenjem slobode ugovaranja investitor mora da primenjuje različite taktike kako bi koliko toliko očuvao fiksnu cenu građevinskih radova. Tako: Cibulić, D., *op. cit.*

sa aspekta i stanovišta tog pravnog sistema, umesto da se pokuša autonomno tumačenje izvora koji ih sadrži.

Primena FIDIC-ovih opštih uslova kao poznatog i danas opšteprihvaćenog nadnacionalnog ugovornog rešenja i izvora za regulisanje različitih ugovora o građenju je znatno češća i šira u međunarodnom privrednom pravu, nego u našem domaćem privrednom pravu (koje ima pomenute domaće izvore za ovaj posao). Na njihovoj primeni insistiraju multilateralne razvojne banke, zbog čega se oni sve češće primenjuju i u srpskoj poslovnoj praksi za regulisanje investicionih projekata i izvođenje radova koje finansiraju ove banke. Tako su u domaćem trgovinskom pravu FIDIC-ovi opšti uslovi primenjeni, na primer, za: putni koridor X kroz Republiku Srbiju, postrojenje za prečišćavanje vode Makiš 2, rekonstrukciju mosta Slobode u Novom Sadu, novi most kod Beške, most preko Save na špicu Ade Ciganlije u Beogradu, kao i za pravno uređenje građenja nekoliko poslovnih zgrada i stambeno-poslovnih kompleksa na Novom Beogradu, pri čemu se ocenjuje da FIDIC-ovi uslovi predstavljaju kvalitetnu osnovu za ugovaranje izgradnje objekata i u Srbiji²³⁴, pa se može zaključiti da je primena FIDIC-ovih uslova u domaćem trgovinskom pravu, uprkos opisanim razlikama u odnosu na njega, prihvatljiva, moguća i da se očekuje da će biti sve češća.

Nakon poređenja ženevskih opštih uslova i FIDIC-ovih opštih uslova, može se zaključiti da ženevski imaju veći broj modaliteta za istu vrstu ugovora (i određenu vrstu robe), što je posledica činjenice da ženevski izvori u značajnom broju slučajeva u suštini predstavljaju tipske ugovore, a ne opšte uslove (u smislu ovog rada). FIDIC-ovim uslovima se može uputiti zamerka da tipizacija i primena istih uslova ugovora kod svih međunarodnih građevinskih poslova može dovesti do toga da ugovarači ne predvide sva posebna rešenja za konkretan ugovor koji zaključuju, s obzirom da specifičnosti građevinskih poslova zahtevaju određenu osobenost u uređivanju svakog posebnog posla, jer se kod ovih projekata u jednoj situaciji mogu pojaviti rizici ili potrebe za dodatnim radovima, koji se prilikom realizacije istog projekta na drugoj lokaciji neće javiti. To je, u najvećem broju slučajeva, posledica sastava zemljišta na kome se izvode radovi, adekvatnog ispitivanja tla, mogućnosti pojave podzemnih voda i sl. Za rešavanje ovog problema, od koristi mogu biti smernice za sastavljanje posebnih uslova ugovora, koje sadrže pojedine FIDIC-ove „knjige“.

²³⁴ Ivanišević, N., *Primena FIDIC uslova u srpskoj praksi*, 2011.

Kada je reč o primeni OUP (naročito onih koje su kreirale međunarodne organizacije i udruženja) u domaćem trgovinskom pravu, s obzirom da se njihovo korišćenje za regulisanje ugovornih odnosa temelji na autonomiji volje, treba imati u vidu ograničenja njihove sadržine, koja su u našem pravnom sistemu sadržana u ZOO. Reč je o opštem ograničenju po kome su strane u obligacionim odnosima slobodne da svoje odnose urede po svojoj volji, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja²³⁵.

Prilagođavanje primene FIDIC-ovih opštih uslova ograničenjima u domaćem pravu, može se vršiti kroz odredbe posebnih uslova ugovora, čije su smernice sadržane u „knjigama“ FIDIC-ovih uslova.

9. PRAVNA PRIRODA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

Analiza istorije pitanja pravne prirode opštih uslova poslovanja pokazuje da se, različita mišljenja, koja se kreću od shvatanja da su to ugovori samo po imenu, do negiranja bilo kakve posebne prirode ovih ugovora²³⁶, daju grupisati u tri osnovne teorije: prva, normativna²³⁷ ili antiugovorna teorija; druga, normativno-ugovorna ili mešovita teorija; treća, ugovorna teorija. U Zakonu o obligacionim odnosima je prihvaćena ugovorna teorija²³⁸, tako da klauzule koje sadrže opšti uslovi poslovanja obavezuju kao *lex contractus*²³⁹.

S obzirom da opšti uslovi poslovanja kao svojevrsne privatne kodifikacije zamenjuju dispozitivne zakonske norme, profesor Jakov Radišić ističe da: „sa stanovišta njihovih sastavljača oni imaju istu ulogu kao i zakonske norme. Međutim, njima nedostaje normativno važenje koje je svojstveno objektivnom pravu, jer sastavljači opštih uslova poslovanja nisu ovlašćeni da propisuju pravo. Normativnu (pravnu) snagu oni stiču samo od slučaja do slučaja, voljom i druge strane ugovornice, koja se mora pouzdano utvrditi. Ta

²³⁵ Videti član 10. ZOO.

²³⁶ Vilus, J., *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Savremena administracija, Beograd, 1976, str. 89.

²³⁷ Pristalice normativne teorije, koja je danas uglavnom odbačena, su zbog nekih sličnosti između opštih uslova i propisa pozitivnog prava, polazili od pretpostavke da opšte uslove treba proučavati u okviru javnog, a ne privatnog prava. O razlozima videti: Vilus, J., *ibidem*.

²³⁸ Što se vidi i po terminološkom opredeljenju koje je sadržano u ZOO: opšti uslovi (formularnih) ugovora.

²³⁹ Vukadinović, R., *Međunarodno poslovno pravo Opšti deo*, Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac, 2005, str. 54. U skladu sa njihovom ugovornom pravnom prirodom, ugovorne strane su slobodne i da isključe primenu opštih uslova (na isti način kao što mogu da isključe primenu dispozitivnih normi zakona).

strana treba da pristane da se potčini opštim uslovima, tj. da zaključi sporazum o njihovom važenju. Takav sporazum predstavlja pojedinačni ugovor...²⁴⁰.

Polazeći od činjenice da OUP sadrže generalna pravila, koja su namenjena neodređenom broju pravnih poslova (a ne pojedinačnom slučaju), u literaturi se neretko ukazuje na poznati stav Karla Larenza da sa stanovišta korisnika imaju istu funkciju kao i zakonska norma²⁴¹. Ovom stavu Karla Larenza se danas u teoriji nesporno suprotstavljaju i pretežu argumenti da opštim uslovima poslovanja nedostaje normativno važenje (obaveznost) objektivnog prava, jer korisnik (sastavljač) OUP nije ovlašćen da propisuje pravo, a, da OUP svoju pravnu važnost dobijaju samo od slučaja do slučaja, tako što ih druga ugovorna strana prihvata, odnosno saglašava se sa njihovim izvršenjem u zaključeni ugovor.²⁴²

Logika ugovorne pravne prirode OUP bi išla za tim da se primena OUP temelji na saglasnosti volja, tj. na volji ugovorača, bilo da je ona iskazana na izričit ili prećutan način, odnosno konkludentnom radnjom. U tom smislu, smatram da se obaveznost OUP temelji na voljnom elementu - isto kao i kod ugovora.

Iako se mogu pronaći argumenti koji idu u prilog i jednoj i drugoj teoriji, smatram da opšti uslovi poslovanja imaju ugovornu pravnu prirodu. U prilog ovom stavu može se navesti kao argument da OUP proizvode pravno dejstvo tek tada dođe do zaključenja konkretnog individualnog ugovora među konkretnim ugovaračima. Iako se pripremaju tako da mogu da važe za neodređeni broj subjekata, oni do trenutka zaključenja ugovora predstavljaju, rekao bih, opšte uslove poslovanja *u statici*. U *dinamiku* ih stavlja saglasnost izjavljenih volja ugovarača da nastane neko pravno dejstvo²⁴³ za koje će izvor pravila biti upravo opšti uslovi poslovanja kao jedini izvor ili u kombinaciji sa određenim brojem ugovornih klauzula individualnog ugovora koje ugovarači samostalno sastavljaju, a uz to uključuju primenu OUP.

Dakle, opšti uslovi poslovanja u dinamici proizvode pravno dejstvo uvek kao *lex contractus*, a ne kao propis, što potvrđuje i njihovu ugovornu pravnu prirodu. Oni tada

²⁴⁰ Radišić, J., *op. cit.*, str. 104.

²⁴¹ Larenz, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, München, 1979, str. 72, navedeno prema: Đurđević, N., *Kontrola opštih uslova poslovanja po osnovu pravičnosti*, Pravni život, br. 11-12/1994, str. 1542.

²⁴² Đurđević, N., *op. cit.*, str. 1542.

²⁴³ U smislu: da nastane pravo, da nastane obaveza, da se prenese pravo, da se prenese obaveza, da se promeni pravo, da se promeni obaveza, da se ugasi pravo, da se ugasi obaveza.

važe samo između tačno određenih strana, tj. lica (*inter partes*) što ukazuje da je njihova pravna snaga relativno ograničena²⁴⁴, tj. znatno uža nego kod propisa.

Postojanje nekih elemenata normativne pravne prirode ne lišava ih suštinske karakteristike da pripadaju izvoru privatnog, čak autonomnog prava. I u drugim slučajevima u kojima prepoznamo neke izuzetke i odstupanja, ipak pravilo zadržavamo, naročito u privatnom pravu. Tako, primera radi, svih pet načela (regulisanja) građanskog²⁴⁵ (možemo reći i privatnog) prava²⁴⁶ su takva da baš svako ima izuzetke, tj. odstupanja²⁴⁷. Čak su veoma retke situacije da neki pravni odnos ili neko subjektivno pravo istovremeno ima svih pet karakteristika²⁴⁸ (najčešće ima tri ili četiri, pa se u tom smislu u nauci govori o kombinaciji karakteristika), ali ga to ne diskvalifikuje iz domena građanskog, tj. privatnog prava.

Pitanje pravne prirode OUP bi se moglo i drugačije postaviti na sledećim osnovama: ako se pođe od razlike između OUP u statici i dinamici, onda bi ovaj dualni karakter OUP mogao uzrokovati i dualnu pravnu prirodu OUP. Drugim rečima, problemu pravne prirode OUP bi se moglo pristupiti i na način da se ispravan odgovor na ovo pitanje ne može dati na apstraktan i uopšten način tako da on važi jedinstveno za sve OUP. Zbog značajnih razlika koje postoje među pojavnim oblicima OUP, pitanje pravne prirode ne može se *a priori* odrediti na jednoobrazan način, isključivim opredeljenjem za jednu od dve teorije, što je pristup koji je do danas primenjivan od strane pravnih pisaca koji su davali doprinos ovom problemu i ogledali u pokušaju da odgovore na ovo složeno pitanje. Zbog kompleksnosti OUP, smatram da je moguće razlikovati sve OUP prema dva kriterijuma, pa im onda odrediti pravnu prirodu koja se razlikuje u zavisnosti od ovih

²⁴⁴ Sličan stav u nauci zastupa i profesor Ivica Jankovec. Videti: Jankovec, I., *Privredno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 1999, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, str. 27.

²⁴⁵ O zajedničkim izvorima poslovnog i građanskog prava, koncepciji jedinstva obligacionih odnosa i važnijim specifičnostima ugovora u privredi, videti: Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 11-14 i 451-473.

²⁴⁶ Reč je o: načelu autonomije volje (slobodne inicijative, dispozicije), načelu pravne jednakosti (ravnopravnosti, koordinacije), načelu prenosivosti prava i obaveza (prometljivosti, otudivosti i mogućnosti odricanja), načelu imovinske sankcije i načelu zaštite na privatni zahtev.

²⁴⁷ O odstupanjima od ovih načela, videti: Vodinečić, V., *Građansko pravo* Uvodne teme, NOMOS, Beograd, 1991, str. 59-73; Stanković, O., Vodinečić, V., *Uvod u građansko pravo*, NOMOS, Beograd, 2007, str. 250-257.

²⁴⁸ „Kada se stvar posmatra, umesto sa strane pravne norme i zakonodavca, sa strane građanskopravnih odnosa i stranaka koje u njima učestvuju, tada se načela regulisanja i odstupanja pokazuju kao karakteristike samih građanskopravnih odnosa.“- Vodinečić, V., *Građansko pravo* Uvodne teme, NOMOS, Beograd, 1991, str. 59. „Načela regulisanja su, gledano iz drugog ugla, karakteristike samih građanskopravnih odnosa. Svejedno je, npr. da li će se reći da građanskopravna norma tretira stranke u odnosu kao pravno jednake, ili da su stranke u građanskopravnom odnosu pravno jednake.“ – Vodinečić, V., u: Stanković, O. Vodinečić, V., *op. cit.*, str. 251.

kriterijuma. Prvi kriterijum prema kome možemo praviti razliku je kreator OUP kao subjekt koji ih stvara, a drugi njihovo pravno dejstvo (da li su u statici ili dinamici).

Prema prvom kriterijumu – kreatoru, razlika se može uočiti među subjektima javnog prava (međunarodne organizacije, država) i subjektima privatnog prava (privredna društva, privatna udruženja trgovaca). Sledeći ovaj kriterijum, ako je kreator OUP subjekt javnog prava (međunarodna organizacija, država, javno preduzeće), onda OUP koje takvi subjekti kreiraju mogu imati normativnu pravnu prirodu, jer mogu važiti kao propis, tj. opšti akt. Tome u prilog govore i rezultati istraživanja kontrole OUP pred Ustavnim sudom, koji su izloženi u četvrtom delu ove disertacije, a koji pokazuju da je u određenom broju OUP koje donosi država ili organizacije koje vrše javna ovlašćenja, Ustavni sud njima pristupio kao propisu. To, nalazim, nesumljivo ide u prilog normativnoj teoriji, jer u navedenim situacijama svi subjekti moraju postupati po takvim OUP, tj. ne mogu disponirati. Osim toga, način kreiranja, tj. sastavljanja i postupak donošenja OUP kada ih kreiraju međunarodne organizacije, država ili javno preduzeće pokazuje određene sličnosti sa elementima donošenja normativnog akta. Suprotno tome, ako je kreator OUP subjekt privatnog prava, onda OUP koje ovi subjekti kreiraju imaju ugovornu pravnu prirodu. Ovde je reč o OUP koje kreiraju pojedini privredni subjekti i njihova udruženja, pri čemu polazimo od načela autonomije volje i takvi OUP se u određenom smislu mogu menjati, tj. od njih se može odstupati. Za ovakve OUP je Ustavni sud ocenio da nemaju karakter propisa i opšteg akta, što je činjenica koja dodatno ide u prilog ugovornoj teoriji.

Drugi kriterijum – pravno dejstvo OUP omogućava da razlikujemo OUP u statici i dinamici. Tako postavljeno, OUP u statici bi mogli imati normativnu pravnu prirodu, jer se odnose na sve podjednako, tj. deluju prema svima i deluju prema svima na isti način (jednoobrazno i uniformno), od trenutka kada su objavljeni (*erga omnes*). Pored toga, moglo bi se reći i da je sâm kreator OUP dok su u statici (predugovornoj fazi) obavezan sopstvenim OUP jer je dužan da posluje po njima, te bi se na taj način mogla izvesti određena sličnost sa propisom. Sa druge strane, OUP u dinamici imaju ugovornu pravnu prirodu, jer deluju *inter partes* kao deo ugovora. Kada su u dinamici, OUP neće važiti sami po sebi (zbog činjenice da su doneti i objavljeni), već je potreban određeni osnov uključenja u individualni ugovorni odnos dve strane, što je odlučna činjenica njihovog važenja u dinamici. Kada su u dinamici, OUP pored toga što i dalje deluju prema svima, deluju i prema tačno određenim licima (*inter partes*) i to na drugačiji način, jer ih obavezuju, što je karakteristika delovanja obligacionog (relativnog) prava. Osnov primene

OUP u dinamici je autonomija volje, što je argument zbog koga se čini nespornom njihova ugovorna pravna priroda.

10. OPŠTI USLOVI POSLOVANJA U UPOREDNOM PRAVU

Kada se analizira dosadašnja pravna literatura, može se uočiti da pravni pisci dugo nisu prepoznavali pitanja i probleme koje otvara zaključenje ugovora primenom OUP. U početku je u nekoliko zemalja čak bilo sumnje da li situacija u kojoj jedna ugovorna strana sama jednostrano formuliše OUP bez bližeg pregovaranja sa drugom stranom, može uopšte biti obuhvaćena konceptom ugovaranja.²⁴⁹ Zbog toga se čini logičnim i potrebnim da se u nastavku rada razmotre i analiziraju osnovni stavovi pravne doktrine, izlože shvatanja (teorijske konstrukcije) o zaključenju ugovora primenom OUP i pregled pravnog režima OUP u pojedinim zemljama, a koje su odabrane prema karakterističnim rešenjima i uticaju koji ostvaruju u pristupu rešavanju ovog pitanja u uporednom pravu. Kako srpsko građansko pravo i srpska građanskopravna nauka pripadaju evropsko-kontinentalnom (romansko-germanskom) pravnom krugu, tako je pripadajuće i da, u pogledu sistematike, najpre budu izložena rešenja u evropskim državama, a potom ona u najuticajnijim pravima aglosaksonskog (common law) pravnog kruga.

EVROPSKO-KONTINENTALNO PRAVO

10.1. FRANCUSKA

Francuska je sa razlogom zemlja od koje se polazi i koju treba staviti na prvo mesto kada je reč o prikazu uporednopravnog pristupa institutima koje sam prethodno nazvao izvorima formularnog prava. Opravdanje za to nalazi se u činjenici da su francuski autori prvi prepoznali potrebu da se razmotre pitanja zaključenja ugovora „po pristupu“. Zasluga za to pripada Raymond Saleillesu, koji je još 1901. godine u svom čuvenom delu *De la déclaration de volonté* ukazao na ovaj koncept ugovora, upotrebivši termin „*contract*“

²⁴⁹ Videti: Neumayer, K. H., *Contracting subject to Standard terms and conditions*, u: International Encyclopedia of Comparative Law, vol. VII Contracts in General (edit. Arthur T. von Mehren), part 2, Chapter 12, Mohr Siebeck – Tübingen – Martinus Nijhoff Publishers – Leiden – Boston, 2008, str. 22.

*d'adhésion*²⁵⁰. Ovaj termin je kasnije preuziman i korišćen od strane brojnih pisaca širom Evrope, pa se tako koristio i u našoj starijoj literaturi, pod nazivom „ugovori po pristanku“²⁵¹, dok se u novijim domaćim radovima sreće naziv „ugovori po pristupu“²⁵². Sa stanovišta ove disertacije, svakako da se ne može staviti znak jednakosti između ugovora po pristupu i opštih uslova poslovanja jer, kako je već objašnjeno u prvom delu disertacije, razlika nije samo terminološka. „Pristupanje“ ne označava posebnu vrstu ugovora niti poseban izvor ugovornog prava, već tehniku zaključenja ugovora.

Analizirajući osobenosti „*contract d'adhésion*“, Saleilles je ukazao da postoje dokumenti koji izgledaju kao ugovori, ali koji se zapravo samo tako zovu i čiji sadržaj je određen isključivo voljom samo jedne ugovorne strane.²⁵³ Saleilles je istorijski bio i prvi pobornik antiugovorne, tj. normativne teorije o pravnoj prirodi athezionih ugovora, za koje ističe da „kod njih postoji isključiva nadmoćnost jedne volje, koja diktira zakon, ne za jednog pojedinca, nego neodređenom broju lica, i koja se obavezuje već unapred, jednostrano da prihvati pristanak onih koji hoće da prime zakon ugovora...a svi se ovi ugovori približuju mnogo više zakonu nego saglasnosti volja.“²⁵⁴

Pravni pisci su složni u oceni da koncept ugovora po pristupu razvijen u francuskom pravu jeste sličan, ali nije jednak fenomenu opštih uslova poslovanja. Ugovor po pristupu se razume kao transakcija u koju strana ulazi ili kome jedan pristupa prihvatajući opštu i stalnu ponudu, uslove koji ne dozvoljavaju bilo kakvu izmenu ili pregovaranje, pa se tako ugovor po pristupu pojavljuje u formi diktata²⁵⁵. Situacija da ponuda uključuje opšte uslove poslovanja koji se ne mogu menjati često se objašnjava kao subkategorija, ali se u stvarnosti to, kako ističe Neumayer, ne uklapa u konceptualni okvir ugovora po pristupu. Ugovor po pristupu takođe postoji, kako navodi Mazeaud, na primer, u slučaju kupovine iz magacina po fiksnoj ceni ili kod zaključenja ugovora o radu koji se

²⁵⁰ Saleilles, R., *De la déclaration de volonté*, Pichon, Paris, 1901. Reizdanje ovog kapitalnog dela objavljeno je 2010. godine: Saleilles, R., *De la déclaration de volonté* (1901), Kessinger Publishing, 2010.

²⁵¹ Termin „ugovori po pristanku“ koristi naš čuveni profesor Borislav Blagojević u svojoj doktorskoj disertaciji. Videti: Blagojević, B., *Ugovori po pristanku – formularni ugovori* (doktorska rasprava), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1934.

²⁵² Ovaj termin koristi prof. dr Marko Đurđević u svojoj doktorskoj disertaciji. Videti: Đurđević, M., *Ugovor po pristupu* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001.

²⁵³ Saleilles, R., *op. cit.*, str. 89, navedeno prema: Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 22.

²⁵⁴ Saleilles, R., *op. cit.*, str. 229-230, navedeno prema: Blagojević, B., *op. cit.*, str. 53-54.

²⁵⁵ Jossierand, *La Publicisation du contrat: Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert III*, Paris, 1938, str. 45, navedeno prema: Neumayer, K. H., *Contracting subject to Standard terms and conditions*, u: *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII *Contracts in General* (edit. Arthur T. von Mehren), part 2, Chapter 12, Mohr Siebeck – Tübingen – Martinus Nijhoff Publishers – Leiden – Boston, 2008, str. 22.

poziva na kolektivni ugovor²⁵⁶. U suštini čak se i prodaja kutije šibica, kako ističe Domergue²⁵⁷, može podvesti pod okvir ugovora po pristupu.

Pravna teorija je do sada davala različite odgovore na pitanje pravne prirode izvora formularnog prava, pri čemu je interesovanje pravne dogmatike uglavnom bilo fokusirano na pravnu prirodu ugovora po pristupu. Najveću pažnju pravničke javnosti najpre je svojim radovima i stavovima privukao prethodno pomenuti Raymond Saleillesu, koji je kao zagovornik normativne teorije, uzimao kao primer ugovor po pristupu sa javnim komunalnim preduzećima. Naglašavajući regulatornu prirodu ponude, normativna teorija odbacuje (tj. poriče) sve ugovorne karakteristike.²⁵⁸

Suštinski različita od normativne je ugovorna teorija, za koju Neumayer, nakon analize uporednopravnog pristupa, navodi da je danas bez spora u privatnom pravu, tj. da nije dovedena u pitanje.²⁵⁹ Od normativne teorije se vremenom odstupilo, između ostalog i zato što se, kako primećuje Gaudemet, njene pristalice u tumačenju oslanjaju isključivo na uslove ponude, neuzimajući pri tome volju druge strane, dok ugovorna teorija kao polaznu tačku u tumačenju uzima da je to zajednički sporazum strana, tj. saglasnost volja, premda Gaudemet zaključuje da je realno teško odrediti koja je od pojedinih ugovornih odredbi iz ugovora po pristupu, zaista pokrivena zajedničkom voljom obe ugovorne strane.²⁶⁰ Ghestin, kao pobornik ugovorne teorije u Francuskoj, ističe da su ugovori po pristupu ugovori kao i svaki drugi²⁶¹, dok drugi pravni pisci navode da je njihova jedina specifičnost ta što su uslovi ugovora formulisani jednostrano, te da zbog toga druga ugovorna strana može ili da ih prihvati ili da ih odbije. Ovakav stav u francuskoj pravnoj teoriji zastupaju: Carbonnier, Josserand, Domergue, Colin, Beudant, Mazeaud, Rieg, Tanagho i Tunc.²⁶²

Građanski zakonik Francuske iz 1804. godine (*Code Civil*, dalje: CC)²⁶³ nije sadržao posebne odredbe o opštim uslovima poslovanja, osim pravila člana 1162, po kome

²⁵⁶ Mazeaud, *Lecons de droit civil II (Obligations)*, Paris, 1991, str. 87. Opširnije o tome, sa daljim upućivanjem na uporednopravnu literaturu: Neumayer, *ibid.*

²⁵⁷ Domergue, *Etude d'ensemble sur le contrat d'adhésion*, Thesis Toulouse, 1937, str. 88-89, navedeno prema: Neumayer, *ibid.*

²⁵⁸ Tako: Hauriou, *Principles du droit public*, Paris, 1926; navedeno prema: Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 22.

²⁵⁹ Detaljnije, sa daljim upućivanjem: Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 22-23.

²⁶⁰ Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1965, str. 54-45, prema: Neumayer, *ibid.*

²⁶¹ Ghestin, *Traité de droit civil: la formation du contrat*, Paris, 1993, str. 108-122.

²⁶² Detaljnije: Carbonnier, J., *Droit civil IV: Les Obligations*, Paris, 1991; Mazeaud, *Lecons de droit civil II (Obligations)*, Paris, 1991; Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 23.

²⁶³ U dva perioda (1807-1811. i 1852-1870. god.) zvanični naziv bio je *Code Napoléon*. Građanski zakonik Francuske smatra se najuticajnijim građanskim zakonikom. Videti: Blanc-Jouvan, X., *Worldwide Influence of the French Civil Code of 1804, on the Occasion of its Bicentennial Celebration*, 2004, Cornell Law School

je francuski CC poznat u uporenom pravu, a koje predviđa da se, u slučaju sumnje, ugovor tumači na štetu strane koja ga je sastavila, a u korist one koja je preuzela obavezu.²⁶⁴ U praksi, sudovi su raspravljali sporna pitanja ugovora koji su zaključeni uz primenu opštih uslova poslovanja primenjujući navedeno pravilo, ali i opšta pravila Zakonika koji su bila propisana za ugovorne odnose.

Uprkos promenjenim društvenim prilikama, CC i danas važi (uz određene zakonodavne intervencije i doprinos sudske prakse) više od 200 godina od njegovog donošenja tako što je od 2281 članova, oko 1200 članova zadržano čak u originalnoj verziji tako da nisu menjani tokom dva veka važenja i primene.²⁶⁵ U stručnoj javnosti se već duže vreme ukazuje na potrebu značajnijih korekcija u njegovom tekstu, te se, uvažavajući opravdanost takvih mišljenja, a u želji da se francusko pravo ponovo učini atraktivnim za učesnike u međunarodnim privrednim poslovima i uticajno u svetu, pristupilo reformi CC.²⁶⁶ Tako je 1. oktobra 2016. godine stupio na snagu novelirani CC, sa potpuno novim članovima u delu koji se odnosi na ugovore kao izvor obligacija (čl. 1101-1231-7.)²⁶⁷, što je obuhvatilo i pitanja od značaja za opšte uslove poslovanja.

Tako, CC sada razlikuje dve gupe ugovora, prema tome da li se njegove odredbe određuju zajedničkom voljom strana ugovornica (kroz slobodne pregovore), ili su opšti uslovi ugovora (standardni obrasci) određeni unapred od strane jedne ugovorne strane, bez

Berger International Speaker Papers, 2004, paper 3, dostupno na: http://scholarship.law.cornell.edu/biss_papers/3.

²⁶⁴ Član 1162. Građanskog zakonika Francuske. Tekst francuskog CC dostupan je i na:

http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf.

²⁶⁵ Podaci se odnose na stanje pre reforme iz 2016. godine. Videti: Delplanque, C., *Origins and impact of the French Civil Code*, Association Française pour l'histoire de la justice, Juillet 2004, str. 1 i: <https://moj.gov.vn/en/Pages/Talking-Laws.aspx?ItemID=10>.

²⁶⁶ Intenzivan rad na reformisanju CC trajao je gotovo 15 godina. Prvi predlog reformisanog teksta CC pripremljen je 2005. godine, da bi se ceo postupak reforme, uz primenu hitnog, tj. skraćenog postupka (bez široke parlamentarne debate i razmatranja) okončao 2015. godine. Ministarstvo pravde Francuske je konačni tekst objavilo februara 2016. godine, koji je stupio na pravnu snagu 1. oktobra 2016. godine. O istorijatu rada na reformi francuskog CC videti: Rowan, S., *The new French law of contract*, International & Comparative Law Quarterly, vol. 66, issue 4/2017, str. 809-810, dostupno i na: <http://eprints.lse.ac.uk/75815/>.

²⁶⁷ *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n° 0035 du 11 février 2016. Engleska verzija ovog propisa (The Law of contract, the general regime of obligations, and proof of obligations: The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n°2016-131 of 10 February 2016), koju su preveli John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson i Simon Whittaker dostupna je na: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf. O reformama obligacionog prava u Srbiji i Francuskoj u našoj novijoj pravnoj literaturi videti: Đurđević, M., *Reforme obligacionog prava u Srbiji i Francuskoj: uporedni pogled na zakonodavne promene, njihove podsticaje, tokove razvitka i izvore*, Srpska politička misao, br. 3/2016, str. 207-229.

pregovora²⁶⁸. Ova, druga grupa ugovora se u francuskom CC označava kao ugovori po pristupu (*contrat d'adhésion*), što je odraz shvatanja da strana koja pristupa ugovoru čiji su opšti uslovi unapred pripremljeni to čini bez mogućnosti (ili sa veoma malo mogućnosti) da utiče na njegovu sadržinu. Suprotno tome, ugovori koji ne uključuje opšte uslove se označavaju kao „sporazumi”²⁶⁹ i za njih je karakteristično da se ugovorne odredbe utvrđuju sporazumom strana ugovornica.

Novim pravilima se, za razliku od CC iz 1804. godine, detaljno regulišu i pitanja od značaja za zaključenje ugovora.²⁷⁰ Ona su formulisana u novih 15 članova koji su raspoređeni po sledećim temama: pregovori (čl. 1112-1112-2.), ponuda i prihvata (čl. 1113-1122.), predugovor i jednostrano obećanje (čl. 1123-1124.). Rešenja koja su u njima sadržana polaze od stavova koji su se već ustalili u praksi francuskih sudova. Tako je francusko pravo postalo više predvidivo i kao takvo pozitivno utiče na pravnu sigurnost.²⁷¹

Pravila o zaključenju ugovora značajna su i za primenu opštih uslova poslovanja. Tako, član 1112. CC nalaže stranama koje pregovaraju o zaključenju ugovora da to čine u dobroj veri. Važeći Građanski zakonik Francuske izričito navodi da se to odnosi na opštu obavezu informisanja (*devoir d'information*), koja obuhvata najmanje one informacije koje mogu da utiču na odluku druge strane da li da pristane, tj. da li da zaključi ugovor ili ne.²⁷² Koliki značaj zakonodavac daje ovoj ugovornoj obavezi jasno pokazuje činjenica da je ona sada uređena kao nezavisna obaveza u okviru pregovaračkog procesa (odvojena je od dužnosti postupanja sa skladu sa načelom savesnosti i poštenja uopšte u ugovornim odnosima²⁷³). Njena povreda povlači i posebnu sankciju u vidu moguće odgovornosti za naknadu štete drugoj strani, a ako je informacija namerno uskraćena sa ciljem da se druga strana prevvari onda je to osnov za poništaj ugovora.²⁷⁴ Odgovarajuće predugovorno informisanje se smatra jednim od suštinskih principa za postizanje ravnoteže u ugovornom

²⁶⁸ Član 1110. st. 1. i 2. CC.

²⁶⁹ U originalnoj, francuskoj verziji teksta člana 1110. stav 1. CC ovi ugovori se označavaju kao *contrat de gré à gré*.

²⁷⁰ Pre reforme 2016. godine pitanje zaključenja ugovora nije bilo izričito regulisano jednim članom CC-a, već se ono rešavalo primenom pravila o punovažnosti ugovora. Ta pravila, međutim, nisu bila dovoljna za rešenje svih spornih pitanja koja su se postavljala u praksi pa su sudovi svojim odlukama popunjavali te praznine. Zbog toga su pravila o zaključenju ugovora do 2016. godine bila sastavljena od pravila koja su stvarali sudovi. Opširnije, sa daljim upućivanjem: Rowan, S., *op. cit.*, str. 814.

²⁷¹ Videti detaljnije: Rowan, S., *op. cit.*, str. 805-807.

²⁷² Obaveza informisanja druge strane tokom pregovaranja ne odnosi se na procenu vrednosti izvršenja. Videti čl. 1112-1112-1. noveliranog CC.

²⁷³ Ova uopštena obaveza da se pregovori, zaključenje i izvršenje ugovora moraju vršiti u dobroj veri propisana je članom 1104. CC.

²⁷⁴ Član 1131. CC propisuje sankciju relativne ništavosti (rušljivosti) za ugovor koji je zaključen uz mane volje, dok član 1137. CC reguliše kada se smatra da postoji prevara (u kontekstu obligacionog prava).

odnosu pa je ovo zakonsko pravilo jedan od pokazatelja čvrstog stava francuskog zakonodavca da štiti moralno postupanje u ugovornim odnosima.

Nezavisno od tehnike zaključenja ugovora (sporazumno ili uz upotrebu opštih uslova poslovanja), svaki ugovor podleže opštim pravilima za ugovorne odnose, koji su formulisani u okviru čl. 1101. do 1111-1 CC. Reč je kako o noveliranim, tako i o potpuno novim pravilima u odnosu na tekst građanskog zakonika iz 1804. godine.²⁷⁵ Za ugovore koji se zaključuju primenom opštih uslova putovanja naročito ja značajno pravilo člana 1104. stav 1. CC koje propisuje da se pregovaranje, zaključivanje i izvršenje ugovora mora obavljati u dobroj veri, tj. u skladu sa načelom savesnosti i poštenja. O ovom pitanju, kao i pre reforme, odlučuje sud na osnovu specifičnih okolnosti svakog slučaja (ni novi Zakonik ne sadrži definiciju „dobre vere“)²⁷⁶. S tim u vezi, u sudskoj praksi je već formulisan stav da se pod dobrom verom pre svega podrazumeva etičko postupanje, te da strane ugovornice kada pregovaraju, zaključuju i izvršavaju ugovore treba da budu lojalne (*devoir de loyauté*), da međusobno saraduju (*devoir de coopération*) i da budu dosledne (*devoir de cohérence*).²⁷⁷ Zakonik u stavu 2. citiranog člana propisuje da je postupanje u dobroj veri u navedenim situacijama pitanje javnog poretka²⁷⁸, pa je jasno da će ovo pravilo imati veliki značaj upravo kod ugovora zaključenih primenom opštih uslova poslovanja zbog činjenice da su to ugovori čiju je sadržinu odredila jedna ugovorna strana, često uz stipulisanje pogodnosti u svoju korist, bez recipročnih prava za drugu stranu.

Da nema sumnje ni dileme u pogledu dužnosti sudova da posebno kontrolišu sadržinu opštih uslova poslovanja potvrđuje i pravilo člana 1171. stav 1. CC, koje predviđa da odredbe standardnih ugovora i opštih uslova poslovanja (formularnih ugovora) koje priprema jedna strana, a koje stvaraju značajnu neravnotežu (disbalans) u pravima i obavezama ugovornih strana, treba smatrati kao da nisu ni napisane, što drugim rečima znači da takve odredbe ne proizvode pravno dejstvo.²⁷⁹ Citirano pravilo je karakteristično za potrošačke ugovore i činjenica da je ono uvršteno u novelirani francuski CC ukazuje da je njegova primena proširena i na ugovore između trgovaca kao i na ugovore između dva potrošača. Uvođenje takvog generalnog pravila kojim se štiti načelo ugovorne pravde je

²⁷⁵ Odnosi se na tekst sa svim izmenama i dopunama koje su važile do 2016. godine, kada je izvršena reforma ugovornog prava.

²⁷⁶ U literaturi se mogu pročitati i kritike ovakvog rešenja sa argumentacijom da se time sudu ostavljaju prevelika diskreciona ovlašćenja, što može negativno uticati na ugovornu sigurnost i izvesnost.

²⁷⁷ Bell, J., Boyron, S., Whittaker, S., *Principles of French Law*, 2nd ed., Oxford, 2008, str. 332-334; Rowan, S., *op. cit.*, str. 813-814.

²⁷⁸ Videti član 1104. stav 2. CC.

²⁷⁹ Videti član 1171. stav 1. Građanskog zakonika Francuske (*Code civil*).

proširilo mogućnost sudova da intervenišu kod nepravničnih ugovornih odredbi, u odnosu na period pre reforme. Ovo zato što su francuski sudovi u ranijem periodu prevashodno kontrolisali postojanje pojedinačnih uobičajeno sumnjivih klauzula u ugovoru, koje su kao takve bile zakonom pojedinačno regulisane, npr. u vezi sa ugovornom kaznom (čl. 1152. i 1231. CC pre reforme)²⁸⁰, isključenjem ili umanjnjem odgovornosti za nedostatke (čl. 1386-15. CC pre reforme) i sl. Sada, zahvaljujući novom, opštem pravilu člana 1171. CC sudovi imaju mnogo širu nadležnost u pogledu kontrole sadržine nepravičnih ugovornih odredbi, koje su najviše prisutne u ugovorima zaključenim na osnovu opštih uslova poslovanja.²⁸¹

Stavom 2. člana 1171. CC precizirano je da se procena postojanja značajne neravnoteže ne odnosi na osnovni predmet ugovora niti na adekvatnost cene²⁸², što je bilo potrebno, razumljivo i opravdano da bi se sprečilo da se u postupku kontrole ugovora menjaju njegovi bitni elementi i tako suštinski naruši autonomija volje, jer u tom slučaju to više ne bi bio ugovor koji su strane ugovornice zaključile, već neki sasvim novi ugovor.

10.2. NEMAČKA

Iako većina autora opšte uslove poslovanja izlaže zajedno sa athezionim ugovorima, te tako ukazuje da su naziv ugovori po pristupu dobili u Francuskoj početkom XX veka, smatra se da je pojam opštih uslova poslovanja formiran u Nemačkoj već 1875. godine.²⁸³ Zato i ne čudi što nemačko pozitivno prvo sadrži posebne zakonske odredbe o opštim uslovim poslovanja (koristeći upravo taj termin i pojam), a pre izmena i dopuna Građanskog zakonika od 2002. godine, Nemačka je imala i poseban zakon koji je uređivao pravna pitanja u vezi sa OUP. Osim interesovanja zakonodavca i pravnog normiranja različitih pitanja u vezi sa njima, opšti uslovi poslovanja su privukli veliku pažnju nemačkih pravnih teoretičara i čitave pravničke zajednice, te su i doktrinarni pogledi i

²⁸⁰ Tekst Građanskog zakonika Francuske pre reforme iz 2016. godine (verzija od 20.02.2004. god.) dostupan je na: http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf.

²⁸¹ Detaljnije: Rowan, S., *op. cit.*, str. 817.

²⁸² Član 1171. stav 2. CC.

²⁸³ Hellwege, P., *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und allgemeine Rechtsgelehrtelehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, str. 333; prema: Vodinić, V., *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd, 2012, str. 112.

sudska praksa prošli razvojni put sa jednog, na potpuno suprotno stanovište o pravnoj prirodi OUP.

Građanski zakonik Nemačke (*Bürgerliches Gesetzbuch*²⁸⁴, u daljem tekstu: BGB) nakon izmena kojima je implementirana Direktiva 93/13, sadrži nekoliko posebnih paragrafa koji se odnose na opšte uslove poslovanja i to na njihovo uključivanje u ugovor, prioritet pojedinačno dogovorenih uslova, zatim odredbe o: iznenađujućim i višeznačnim klauzulama, pravnim posledicama u slučaju neuključivanja i nepunovažnosti, kontroli sadržine, kao i dva posebna paragrafa o zabranjenim klauzulama kao pogodbama sa i bez neodređenih pravnih pojmova.

Uređujući pitanje uključivanja opštih uslova poslovanja u ugovor, § 305. BGB-a najpre definiše pojam OUP: opšti uslovi poslovanja su svi oni uslovi ugovora koji su unapred formulisani za niz ugovora, a koje jedna ugovorna strana (u nemačkoj terminologiji se ova ugovorna strana označava kao korisnik, odnosno primenjivač) postavi drugoj ugovornoj strani prilikom zaključivanja ugovora. Svejedno je da li te odredbe čine fizički odvojen sastavni deo ugovora ili su one unete u samu ugovornu ispravu, kojeg su obima, kojom vrstom slova su sačinjene, i u kom je obliku ugovor. Ne radi se o opštim uslovima poslovanja ako su uslovi ugovora zajednički utvrđeni pregovorom između strana. Opšti uslovi poslovanja postaju sastavni deo ugovora samo onda kada korisnik (primenjivač) prilikom zaključenja ugovora:

1. drugu ugovornu stranu izričito uputi na njih ili je, ako je izričito upućivanje, zbog načina zaključivanja ugovora, moguće samo uz nesrazmerne troškove, na njih uputi njihovim jasno vidljivim isticanjem na mestu zaključivanja ugovora,

2. drugoj ugovornoj strani obezbedi stvarnu mogućnost da njihovu sadržinu upozna na način koji se od nje može tražiti, a koji je takav da primereno vodi računa i o telesnom invaliditetu druge ugovorne strane.²⁸⁵

Kao što je i inače nesporno i u teoriji ugovornog prava i u pozitivnim zakonodavstvima drugih zemalja i u sudskoj praksi, BGB izričito propisuje da pojedinačno dogovoreni uslovi imaju prvenstvo (prioritet) u odnosu na opšte uslove poslovanja.²⁸⁶

Kada su u pitanju iznenađujuće i višeznačne (dvosmislene) klauzule, odnosno pogodbe, Građanski zakonik Nemačke sadrži sledeća dva pravila:

²⁸⁴ Dostupan na: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

²⁸⁵ § 305. BGB.

²⁸⁶ Videti: § 305b. BGB-a o prvenstvu (prioritetu) pojedinačno dogovorenih uslova.

(1) Ne postaju sastavni deo ugovora one odredbe u opštim uslovima poslovanja koje su toliko neobične s obzirom na okolnosti, a naročito s obzirom na fizički oblik u kome se ugovor pojavljuje, da saugovarač korisnika (primenjivača) ne treba s njima da računa.

(2) Nedoumice u pogledu tumačenja opštih uslova poslovanja padaju na teret korisnika (primenjivača).²⁸⁷

Pravne posledice u slučaju neuključivanja i nepunovažnosti OUP, predviđene su § 306. BGB-a, koji propisuje sledeće:

(1) Ako opšti uslovi poslovanja u celini ili delimično nisu postali sastavni deo ugovora ili su bez dejstva, ugovor ostaje na snazi u ostalom delu.

(2) Zakonski propisi su merodavni za sadržinu ugovora u onom delu u kome odredbe opštih uslova poslovanja nisu postale sastavni deo ugovora ili su bez dejstva.

(3) Ugovor je bez dejstva ako bi ostajanje pri njemu za ugovornu stranu bilo preterano teško i kada se u obzir uzmu izmene predviđene stavom 2.²⁸⁸

U vezi sa pitanjem kontrole sadržine opštih uslova poslovanja, Građanski zakonik Nemačke posebno propisuje sledeće:

(1) Odredbe u opštim uslovima poslovanja su bez dejstva ako saugovaraču korisnika (primenjivača) neprimereno škode suprotno zapovesti (načelu) savesnosti i poštenja. Neprimereno škođenje može da proistekne i otuda što su odredbe nejasne i nerazumljive.

(2) U slučaju sumnje uzima se da je škođenje neprimereno ako odredba

1. ne može da se uskladi sa bitnim osnovnim idejama zakonskog uređenja od kojeg odstupa,

2. tako ograničava bitna prava i obaveze koji proističu iz prirode ugovora, da ugrožava ostvarenje cilja ugovora.²⁸⁹

O zabranjenim klauzulama opštih uslova poslovanja, BGB sadrži dva paragrafa, pri čemu se jedan odnosi na pogodbe sa neodređenim pravnim pojmovima, a drugi na pogodbe bez neodređenih pravnih pojmova. Kada je reč o pogodbama sa neodređenim pravnim pojmovima (zabranjenim klauzulama) § 308. BGB-a u vezi sa rokom za prihvatanje i činidbu izričito propisuje da je u opštim uslovima poslovanja naročito bez dejstva odredba kojom korisnik (primenjivač) rezerviše za sebe neprimereno dugačke ili nedovoljno određene

²⁸⁷ § 305c. BGB.

²⁸⁸ Videti § 306. BGB-a (Pravne posledice u slučaju neuključivanja i nepunovažnosti).

²⁸⁹ § 307. BGB.

rokove za prihvatanje ili za odbijanje ponude ili za izvršenje činidbe (s tim da ovo ne važi za zadržavanje prava da činidbu izvrši po isteku roka opoziva ili povraćaja iz §-a 355. st. 1. do 3. i §-a 356).²⁹⁰

U vezi sa zabranjenim klauzulama i to pogodbama bez neodređenih pravnih pravnih pojmova, u paragrafu 309. stav 7. BGB-a izričito je propisano: čak i ako je dozvoljeno odstupanje od zakonskih propisa, u opštim uslovima poslovanja je bez dejstva isključenje odgovornosti u slučaju povrede života, tela, zdravlja i grube krivice.²⁹¹

Treba reći da je pre unošenja prethodno analiziranih, aktuelnih odredbi u BGB, u SR Nemačkoj 9. decembra 1976. godine donet poseban zakon koji je sa svojih 30 članova uredio ovu materiju i to: Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, skraćeno: AGB-Gesetz).²⁹² Ovaj zakon je u Nemačkoj bio na pravnoj snazi i primenjivao se od 1. aprila 1977. godine do 1. januara 2002. godine, kada je prestao da važi, jer su tada stupile na snagu izmene i dopune Građanskog zakonika Nemačke (BGB-a) koje su uključile odredbe o opštim uslovima poslovanja, uz određene modifikacije, a u skladu sa savremenim tendencijama i razvojem prava u pogledu OUP na nivou EU. Pomenuti zakon predstavlja prvo opšte uređenje ove materije, jer je do tada kontrola korišćenja i sadržine OUP bila prepuštena sudovima, a postojale su samo zabrane izvesnih klauzula kod određenih poslova.²⁹³ Zakon u prvom članu sadrži sličnu definiciju OUP nalik onoj u § 305. važećeg BGB-a i na sličan način uređuju pitanje uključivanja OUP u ugovor. Zakon je u § 3. posebno uredio pitanje neočekivanih klauzula, propisujući da odredbe OUP koje su prema okolnostima, a naročito prema spolnjem izgledu ugovora tako neuobičajene da ugovorni partner korisnika o njima ne mora voditi računa ne postaju sastavni deo ugovora.²⁹⁴ Pored uobičajenog pravila o primatu posebnih pogodbi u ugovoru u odnosu na opšte uslove, ovaj zakona sadrži i pravilo po kome se nejasne odredbe opštih uslova poslovanja tumače na štetu korisnika²⁹⁵, a sadrži i poseban član o pravnim posledicama u slučaju neunošenja u ugovor i nevažnosti.²⁹⁶

²⁹⁰ Videti: § 308. st. 1. BGB.

²⁹¹ Videti: § 309. st. 7. BGB.

²⁹² Dostupan na: <https://www.gesetzesweb.de/AGB.html>. Za prevod ovog zakona na srpski jezik videti: *Strani pravni život*, br. 100, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1978, str. 25-37.

²⁹³ O genezi ovog regulisanja: Marschall von Bieberstein, W., *Novi zapadnonemački Zakon o regulisanju opštih uslova poslovanja*, *Strani pravni život*, br. 100, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1978, str. 13-24.

²⁹⁴ Videti § 3. AGB-Gesetz.

²⁹⁵ § 4. i 5. AGB-Gesetz.

²⁹⁶ Prema § 6. zapadnonemačkog Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja, ako OUP u celini ili delimično nisu postali sastavni deo ugovora ili su bez dejstva, ugovor će važiti u ostalom delu. Ako odredbe

Zapadnonemački zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja je poseban odsek posvetio kontroli sadržine, pri čemu su granice ove kontrole postavljene tako da se odredbe o nevažnosti određenih klauzula OUP odnose samo na one odredbe OUP kojima se stipulišu pravila koja odstupaju od pravnih propisa ili ih dopunjuju.²⁹⁷ Prema § 9. ovog zakona, odredbe opštih uslova poslovanja se smatraju nevažećim u slučaju kada ugovornom partneru, suprotno načelu savesnosti, nanose preteranu štetu, a šteta se u sumnji smatra preteranom: (1) kad se neka odredba ne može ugovoriti jer se njom odstupa od bitnih principa zakonskog regulisanja, ili (2) kad se nekom odredbom suštinska prava ili obaveze koje proizlaze iz prirode ugovora tako ograničavaju da je ugroženo postizanje cilja ugovora.²⁹⁸ Pored ove generalne klauzule, zakon sadrži i dva člana (§ 10. i 11.) u kojima se navode (popisuju) odredbe opštih uslova poslovanja koje su nevažeće. Zanimljivo je da ovaj zakon iz još 1976. godine sadrži izričitu zabranu zaobilaženja ovog zakona putem drugih akata (§ 7.), koja je danas karakteristična za propise kojima se uređuje pravna zaštita potrošača. Zakon je sadržao i kolizionopravne odredbe (koje uređuju međudržavno područje važenja), kao i čitav niz odredbi kojima detaljno uređuje postupak povodom zahteva za uzdržavanje i za opozivanje (nadležnosti za ove tužbe, dejstva presude i sl.)²⁹⁹ kao i stvarno područje primene, koje je podrazumevalo da se ovaj zakon ne primenjuje na ugovore iz oblasti radnog, naslednog, porodičnog prava i prava trgovačkih društava.³⁰⁰

Pravni pisci u Nemačkoj su veoma rano počeli da se bave opštim uslovima poslovanja, pre svega da bi odredili njihovu pravnu prirodu. U nemačkoj pravnoj doktrini je u početku više pristalica imala normativna teorija, koja je pažnju usmerila na traženje odgovora na pitanje da li se uključivanje opštih uslova poslovanja u ugovor može objasniti kao pravni posao, ili ne, pri čemu je još 1861. godine Anschütz postavio pitanje osnova primene OUP železničke korporacije, koja je bila u većinskom privatnom vlasništvu.³⁰¹ Mnogi su, naime, u ovim formularima videli elemente koji su strani (nespojivi) ugovornom

OUP nisu postale sastavni deo ugovora ili su bez dejstva, sadržina ugovora se određuje prema zakonskim propisima. Ugovor ne proizvodi pravno dejstvo ako bi njegovo izvršenje, s obzirom na promenu predviđenu u stavu 2. predstavljalo za jednu od ugovornih strana takvu teškoću da ne bi bilo pravedno zahtevati od nje da je snosi.

²⁹⁷ Tako § 8. AGB-Gesetz.

²⁹⁸ Videti: § 9. AGB-Gesetz.

²⁹⁹ § 13-22. AGB-Gesetz.

³⁰⁰ § 23. AGB-Gesetz.

³⁰¹ Videti. Neumayer, K. H., *Contracting subject to Standard terms and conditions*, u: *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII *Contracts in General* (edit. Arthur T. von Mehren), part 2, Chapter 12, Mohr Siebeck – Tübingen – Martinus Nijhoff Publishers – Leiden – Boston, 2008, str. 23, fusnota br. 164.

pravu i u članku, koji je objavljen 1923. godine, prvi put je izložena normativna teorija u kontekstu OUP. Autor tog članka A. Hueck, uvideo je normativni element kod opštih uslova poslovanja i ukazao na njihovu sličnost sa kolektivnim ugovorima u radnom pravu. Prema Huecku, sličnost se ogleda pre svega u činjenici da i jedni i drugi sadrže norme koje treba da regulišu brojne pojedinačne ugovore, koji će se zaključivati u budućnosti.³⁰²

Značajnu diskusiju u Nemačkoj otvorio je Grossmann-Dörth, koji je tvorac izraza „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“³⁰³, tj. u prevodu autonomno privredno pravo.

U okviru teorijskog razmatranja njihovog određenja, bilo je pokušaja i da se normativna priroda OUP objasni pozivanjem na sociološko-pravne argumente. To je prvi izložio i obrazložio u svojoj studiji 1935. godine Raiser, prema kome opšti uslovi poslovanja predstavljaju uopštene i nepersonalizovane vodiče, stvorene za upotrebu u brojnim različitim situacijama. U tom smislu oni su slični zakonu, uprkos tome što nemaju obavezujuću pravnu snagu kao zakoni.³⁰⁴

U kasnijem periodu, pod uticajem nacional-socijalističke teorije i istovrsnog režima, kada je vlast nastojala da na obavezujući način reguliše sve koji učestvuju u ekonomskim aktivnostima³⁰⁵, shvatanje o normativnoj prirodi OUP se sasvim učvrstilo i smatralo se da OUP, kada su ih privredni subjekti već formulisali, obavezuju te subjekte kao da su zakon. Iz tog razloga, sve transakcije u koje kreator OUP ulazi moraju uključivati te opšte uslove poslovanja, nezavisno od toga da li su se strane ugovornice o tome neposredno saglasile ili ne. Na taj način je Nemačka, tokom navedenog perioda, praktično ovlasila privredne subjekte da stvaraju (formulišu) pravo.³⁰⁶ Ovakvo shvatanje OUP kao propisa (regulative) se dugo vremena zadržalo i veoma poštovalo u nemačkom pravu, što je potpuno

³⁰² Hueck, A., *Normenverträgen*, Jher.Jb.73, 1923, 33-118, navedeno prema: Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 12-24.

³⁰³ Grossmann-Dörth, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und Staatliches Recht*, 1933. O tome: Marschall von Bieberstein, W., *Novi zapadnonemački Zakon o regulisanju opštih uslova poslovanja*, Strani pravni život, br. 100, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1978, str. 13.

³⁰⁴ Raiser, L., *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg, 1935, str. 69; prema: Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 24. Navedena Raiserova studija je često citirana u radovima koji se odnose na izvore formularnog prava.

³⁰⁵ Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 24.

³⁰⁶ Tako određeni OUP dostižu značaj materijalnog prava, gube ugovorni karakter i primenjuju se *opere legis*, tj. nezavisno od volje strana ugovornica. Ako se u vezi sa izvršenjem ugovornih odredbi sadržanim u okviru OUP pojavi neki problem, ugovorna strana može od suda tražiti da stavi van snage nekorektne klauzule. Detaljnije: Neumayer, *Ibidem*.

obesmisliło načelo autonomije volje u ugovorima koji su zaključivani njihovom primenom.³⁰⁷

Ipak, posle rata je počelo da raste interesovanje pravne teorije za pitanje punovažnosti opštih uslova poslovanja i način njihovog inkorporisanja u ugovore. To je, po prvi put u nemačkoj pravnoj misli, postavljeno kao važnije pitanje od pitanja utvrđivanja opravdanosti njihove sadržine (što je bio prioritet u prethodnom periodu, naročito od strane sudova). Autori su, s pravom, počeli da postavljaju pitanje odakle privrednim subjektima i njihovim udruženjima pravo da sistematski narušavaju dobro izbalansirane zakonske norme, koje su pažljivo formulisane tako da obezbede ravnopravni odnos između strana ugovornica. Ovakvim preispitivanjem osnova za ignorisanje zakonskih pravila, ideji o autonomnom pravu trgovine je spočitana uzurpacija moći, te se normativnoj teoriji, konačno suprotstavila ugovorna teorija o pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja, koja ih posmatra kao pitanje ugovornog prava i zaključuje da se na njih, nužno, primenjuju opšta načela obligacionog i trgovinskog ugovornog prava.³⁰⁸ Ova doktrinarna promena, koja je zauzimala sve više prostora i koja je i danas preovlađujuće gledište, odrazila se i na praksu nemačkih sudova, koji su pitanje punovažnosti opštih uslova poslovanja sada vezali za činjenicu da li su oni izričito ili prećutno uključeni u ugovorni odnos. Drugim rečima, da bi se OUP inkorporisali u ugovor, neophodno je da je druga strana bila svesna da oni postoje, odnosno da je razumno bilo očekivati da je toga bila svesna. Uvažavanjem činjenice da je to pitanje saglasnosti volja ugovornih strana, nemačko pravo je ponovo priznalo značaj načela autonomije volje, čime su postavljeni temelji za dalji razvoj ovog pravnog instituta do aktuelnih rešenja koja su izložena u prvom delu ove analize nemačkog prava. Na taj način je načelo autonomije volje „vraćeno” u nemačko pravo i ponovo dobilo značaj koji i treba, jer se sada pretpostavlja da se uključivanje OUP zasniva na principu saglasnosti volja.³⁰⁹

Profesor Pravnog fakulteta u Frankfurtu na Majni Wolfgang Marschall von Bieberstein, objavljujući u našem uglednom pravnom časopisu 1978. god, ističe da ugovorni karakter OUP nije u sumnji.³¹⁰

³⁰⁷ Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 25, koji na istom mestu ukazuje da se nemački sudovi dugo i nisu bavili pitanjem uključivanja OUP u ugovor, već je fokus bio stavljan na njihovu sadržinu.

³⁰⁸ Pojedini teoretičari, kao na primer Hauss, su i tada ukazivali na određene teškoće stavljanja opštih uslova poslovanja i tipskih ugovora u kontekst ugovornog prava. Videti: Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 25.

³⁰⁹ Detaljnije videti: Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 26.

³¹⁰ Opšti uslovi poslovanja se primenjuju samo ako su ugovorne strane saglasne o tom delu ugovora zaključenog između njih. Videti: Marschall von Bieberstein, W., *Novi zapadnonemački Zakon o regulisanju opštih uslova poslovanja*, Strani pravni život, br. 100, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1978, str. 16.

10.3. AUSTRIJA

U austrijskom pravu normativna teorija o pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja nije imala značajnijeg odjeka, već se zaključivanje ugovora uz njihovu primenu smatra kao jedno od pitanja koje su u delokrugu privatnog prava (kao deo odredbi o zaključivanju ugovora). Shodno tome, osnovno pravilo po kome se ceni da li su opšti uslovi poslovanja punovažni ili ne je načelo slobode ugovaranja, koje je vodeći princip austrijskog ugovornog prava³¹¹. Strane ugovornice slobodno uređuju svoj ugovorni odnos, osim ako bi ugovorna odredba bila takva da ugovor čini nesavesnim ili nezakonitim na drugi način.

U Građanski zakonik Austrije (ABGB) je 1979. godine unet paragraf § 864a³¹² koji sadrži opšte pravilo (generalnu klauzulu) koje štiti kako trgovce, tako i potrošače, a po kome neuobičajene odredbe (tj. odredbe neuobičajenog sadržaja) sadržane u opštim uslovima poslovanja i tipskim ugovorima (obrascima ugovora) koje koristi jedna ugovorna strana, ne postaju sastavni deo ugovora ukoliko stavljaju drugu stranu u nepovoljniji položaj (štete joj) i ako ta strana, uzimajući u obzir okolnosti, a posebno spoljni izgled ugovornog dokumenta, na takve odredbe (iznenađujuće) nije mogla da računa, osim ukoliko je na njih izričito pristala.³¹³

10.4. ŠVAJCARSKA

Nemačke teorije i rasprave o normativnoj pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja nisu imale bitnog uticaja na način pravničkog rezonovanja u Švajcarskoj, te je sukob normativne i ugovorne teorije dostigao manji zamah u Švajcarskoj, osim kada je reč o OUP banaka i osiguravajućih kompanija, koje su od strane pojedinih švajcarskih pravnih pisaca, među kojima se isticao Wanner, kvalifikovane kao „pravne kreacije ekonomskih

³¹¹ Ovo načelo proizlazi iz § 859 ABGB. Videti detaljnije: *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, prepared by The Commission of European Contract Law, 2000, Kluwer Law International, The Hague, str. 99.

³¹² Na pravnoj snazi je od 1.10.1979. godine. Videti službeno glasilo Republike Austrije od 30.03.1979. godine, dostupno na: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1979_140_0/1979_140_0.pdf.

³¹³ § 864a Građanskog zakonika Austrije (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, skraćeno: ABGB), dostupan na: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>. Videti i: Lando, O., Beale, H. (ur.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, prepared by The Commission of European Contract Law, 2005, Kluwer Law International, The Hague, str. 151.

snaga“ i „zakoni bez zakonodavca“³¹⁴. Uprkos ovakvim stavovima pojedinih autora u ranijem periodu, većina švajcarskih autora danas podržava ugovornu teoriju.

Švajcarski Zakonik o obligacijama³¹⁵ (dalje: ZO), međutim, nema posebna pravila koja se odnose na opšte uslove poslovanja. Imajući u vidu da se u pravnoj teoriji i praksi ne dovodi u pitanje njihova ugovorna pravna priroda, sudovi kada raspravljaju sporne situacije koje uključuju OUP, primenjuju opšta pravila za ugovore. U tom kontekstu najznačajniji su čl. 18-21. ZO. Tako, čl. 18 ZO uređuje pitanje tumačenja ugovora i predviđa da treba odrediti pravu i zajedničku nameru ugovornih strana, bez obzira na pogrešne izraze ili nazive koje su strane upotrebile u zabludi ili u cilju prikrivanja prave prirode ugovora. Članom 19. ZO je predviđeno da uslovi ugovora mogu biti slobodno određeni u granicama zakona, te da pravnu snagu nemaju klauzule koje su suprotne prinudnim propisima, javnom poretku, dobrim običajima ili moralu, ili pravima na ličnu privatnost.³¹⁶ Kada su uslovi ugovora nemogući, nedopušteni ili protivni dobrim običajima, ugovor ne proizvodi pravno dejstvo. Međutim, ako se nedostatak odnosi samo na određene odredbe ugovora koje zbog toga ne proizvode pravno dejstvo, ugovor ostaje na snazi u ostalom delu, osim ako ugovor ne bi uopšte bio zaključen bez tih odredbi.³¹⁷ Za punovažnost opštih uslova poslovanja posebno je značajno pravilo člana 21. ZO, koje predviđa da u slučaju očigledne nesrazmere između činidbe i protivčinidbe, oštećena strana može u roku od godinu dana od dana zaključenja ugovora izjaviti da raskida ugovor i tražiti povraćaj onoga što je dala, ako je do oštećenja došlo zato što je druga strana iskoristila njenu nuždu, nepromišljenost (lakomislenost) ili neiskustvo.³¹⁸

³¹⁴ Zbog toga je tadašnji stav bio da posebna saglasnost volja ugovornih strana nije neophodna za njihovo uključivanje u ugovor. Videti: Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 27, sa daljim pozivanjem na: Wanner, *Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der schweizerischen Banken*, Thesis, Zürich, 1938.

³¹⁵ Zvanična verzija Zakonika o obligacijama Švajcarske na francuskom jeziku dostupan je na: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/220.fr.pdf>, a nezvanični prevod na engleski jezik (budući da on nije zvaničan jezik Švajcarske Konfederacije) dostupan je na: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf>.

³¹⁶ Videti član 19. Zakonika o obligacijama Švajcarske.

³¹⁷ Član 20. Zakonika o obligacijama Švajcarske.

³¹⁸ Videti član 21. Zakonika o obligacijama Švajcarske.

10.5. ITALIJA

Italijanski građanski zakonik³¹⁹ se smatra prvim građanskim zakonikom u svetu u kome su se našle odredbe o opštim uslovima³²⁰, što je više od dve decenije pre nego što je u Izraelu, prvi put u svetu, 1964. godine donet poseban propis - zakon o standardnim, tj. jednoobraznim ugovorima.³²¹ Nakon Izraela, Švedska je donela poseban zakon koji je od značaja i za OUP. Reč je o Zakonu o zabrani nekorektnih ugovornih klauzula od 1971. godine.³²²

Opšti uslovi poslovanja su u italijanskom pravu bili zakonski regulisani još u prvoj verziji Građanskog zakonika Italije iz 1942. godine (čl. 1341, 1342. i 1370. GZ). Pozitivnopravno uređenje OUP u Italiji u ovako ranom periodu ne čudi, već je u skladu sa činjenicom da su se i pravni teoretičari u italijanskoj pravnoj misli intenzivno bavili pojavnim oblicima koje sam u ovoj disertaciji nazvao izvorima formularnog prava (u koje, između ostalih, spadaju i OUP) i da se takvo interesovanje pravne dogmatike može konstatovati dvadesetak godina pre nego u ostalim državama. Stavljajući u fokus naučnog interesovanja pitanja pravne prirode i cilja OUP, kao i zaštite ekonomski slabije strane ili poštenog balansa međusobnih interesa, u to vreme je većina pravnih komentatora prihvatila teoriju o ugovornoj prirodi opštih uslova poslovanja, mada je bilo i autora koji su, pod preovlađujućim uticajem dela francuske pravne teorije, kao i pod određenim uticajem fašističkih ideja o korporativnoj državi (*stato corporativo*) smatrali da ovi formulari obavezuju po sili zakona, tj. isticali normativni karakter OUP.³²³

³¹⁹ Građanski zakonik Italije (*Il Codice Civile Italiano*) od 16. marta 1942. godine (koji je stupio na snagu 21. aprila 1942). Prevod (V. Radmilović) četvrte knjige Građanskog zakonika Italije, koja se odnosi na obligacije je 1964. godine objavio Institut za uporedno pravo sa predgovorom redaktora prevoda profesora Radomira Đurovića: *Italijanski građanski zakonik*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1964. Verzija sa poslednjim izmenama iz 2000. godine je dostupna na: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/codciv/Codciv.htm.

³²⁰ Krulj, V., Komentar uz član 141. u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 419.

³²¹ Zakon o jednoobraznim ugovorima Izraela od 1964. godine je na srpski jezik preveo dr Vrleta Krulj. Prevod je objavljen u: *Strani pravni život*, br. 68-69, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1970, str. 19-23.

³²² Ovaj zakon je sa engleskog na srpski jezik prevela dr Jelena Vilus, a prevod je objavljen u: *Strani pravni život*, br. 97, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1977, str. 25-26.

³²³ Videti: Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 28-29, koji na istom mestu ukazuje da je još 1928. godine Salandra odbacio normativnu teoriju i priklonio se ugovornoj, pokušavajući da pronađe posebno objašnjenje za postupak zaključenja ugovora primenom OUP. Tako, ovaj autor pravi razliku između dve faze. Uslovi su da se u prvoj fazi pregovora, skrene pažnju saugovaraču i dobije njegova saglasnost, tj. odobrenje kao prethodni uslov za kasniji ugovor, u nekom obliku predugovora, pa se posledično kasniji ugovor tada zasniva na već ispregovanim i dogovorenim OUP koji onda ne mogu biti promenjeni niti opozvani od strane preduzeća. Salandra je u razvijanju ove neobične konstrukcije bio inspirisan praksom koja je preovladavala u oblasti

Polazni član italijanskog GZ relevantan za opšte uslove poslovanja je član 1341, koji propisuje da opšti uslovi ugovora određeni od strane jednog ugovarača obavezuju drugu ugovornu stranu ako je u trenutku zaključenja ugovora bila sa njima upoznata ili je, postupajući sa uobičajenom pažnjom, sa njima morala biti upoznata.³²⁴ Stavom 2. istog člana data je, praktično, lista odredbi koje su uobičajeno nepravične kada se nalaze u opštim uslovima ugovora i u tom smislu su navedene klauzule sledeće sadržine: kojima se isključuje ili ograničava odgovornost³²⁵, kojima se ustanovljava pravo da odustane od ugovora³²⁶, pravo da obustavi (suspenduje) izvršenje ugovora ili oduzimanje stvari³²⁷, ograničenje strane koja pristupa ugovoru da stavlja prigovore³²⁸, ograničenje slobode ugovaranja druge strane u odnosima sa trećim licima³²⁹, prećutno produženje ili obnavljanje ugovora, arbitražne klauzule ili isključenje nadležnosti sudske vlasti. Ova lista, međutim, ne znači da su sve takve odredbe apsolutno ništave; one mogu da opstanu, ali samo pod uslovom da ih je druga strana ugovornica posebno odobrila i to u pisanoj formi.³³⁰

Kod ugovora zaključenih uz primenu, tj. potpisivanje formulara ili pomoću obrazaca koje je unapred pripremila jedna ugovorna strana, GZ izričito propisuje da klauzule koje su dodate obrascu ili formularu imaju veću snagu nad odredbama tih obrazaca ili formulara ako su sa njima u suprotnosti, čak i kada ove poslednje nisu obrisane ili precrtane.³³¹ U delu u kome uređuje tumačenje ugovora, *Il Codice Civile Italiano* sadrži poseban član o tumačenju protiv autora (sastavljača) klauzula, prema kome se sporne odredbe koje su sadržane u okviru opštih uslova ugovora ili drugih formulara, u slučaju sumnje, tumače u korist druge strane.³³²

osiguranja (prijava osiguranika zasnovana na OUP koji su mu prezentovani i naknadni prihvati od strane osiguravača).

³²⁴ Član 1341. stav 1. Građanskog zakonika Italije (*Il Codice Civile Italiano*), uz dalje upućivanje na čl. 1370. i 2211. ovog GZ.

³²⁵ Član 1229. Građanskog zakonika Italije.

³²⁶ Videti član 1372. Građanskog zakonika Italije.

³²⁷ Član 2964. Građanskog zakonika Italije.

³²⁸ Član 1462. Građanskog zakonika Italije.

³²⁹ Videti čl. 1379, 2557. i 2596. Građanskog zakonika Italije.

³³⁰ Videti član 1341. stav 2. Građanskog zakonika Italije. Videti i: *Italijanski građanski zakonik* (prevod V. Radmilović, predgovor i redakcija R. Đurović), Institut za uporedno pravo, Beograd, 1964, str. 36.

³³¹ Član 1342. Građanskog zakonika Italije.

³³² Član 1370. Građanskog zakonika Italije.

10.6. HOLANDIJA

U Holandiji je pitanje pravne prirode opštih uslova poslovanja u pravnoj teoriji veoma detaljno razmatrano (ali ipak ne toliko kao u Nemačkoj). Čak i pre Prvog svetskog rata je Jansma u svojoj doktorskoj disertaciji *Uitlegging van overeenkomsten*, koja je odbranjena u Amsterdamu 1913. godine, prepoznao i analizirao fenomen ugovaranja uz primenu opštih uslova poslovanja, za koji je uvideo da predstavlja veliki pravni problem.³³³ Za ove ugovore se u holandskom pravu upotrebljavaju različiti termini, te se ponekad, slično francuskom pravu i pod njegovim uticajem, upotrebljava termin ugovori po pristupu što se objašnjava bitnom odlikom da ih unapred formuliše jedna ugovorna strana, koja je ekonomski jača od druge strane zbog čega ova nema mogućnost izbora, osim da prihvati opšte uslove ili da ne zaključi ugovor, zbog čega je u fokus interesovanja stavljena zaštita slabije ugovorne strane od nepovoljnih uslova, kao i od situacija u kojima nije imala adekvatna obaveštenja o njihovom sadržaju.³³⁴

U Holandiji je, kao i u većini država, osnova za uređenje OUP opšte ugovorno pravo, dok sastavljanje OUP samo po sebi (kao takvo) nije od značaja dok oni nisu obuhvaćeni ugovornom saglasnošću, tj. samo formulisanje OUP nije pravni akt.³³⁵

Holandski građanski zakonik iz 1992. godine (*Burgerlijk Wetboek*, u daljem tekstu: BW) reguliše pitanja od značaja za opšte uslove poslovanja, počev od određivanja pojma. Tako, najpre u članu 6:231 BW određuje da je reč o pojavi kada se jedna ili više odredbi, tj. klauzula (osim odredbi koje predstavljaju bitne elemente ugovora) sačinjavaju sa ciljem da se uključe u veliki broj ugovora koji će se naknadno zaključiti sa raznim saugovaračima.³³⁶ Te klauzule se u BW označavaju kao opšti uslovi i odredbe (*algemene voorwaarden*) i one se često primenjuju u trgovačkim transakcijama.

Osim što uređuje okvire sadržine opštih uslova, BW propisuje da druga strana mora biti upoznata da oni postoje. Zakonska je obaveza donosioca opštih uslova, koji ih nudi kao deo svoje ponude za zaključenje ugovora, da sa tim uslovima unapred, pre zaključenja ugovora, a najkasnije u vreme zaključenja ugovora, upozna drugu stranu. Povreda ove zakonske obaveze, koja je imperativnog karaktera, može dovesti do poništaja ugovora na zahtev druge ugovorne strane. Konkretno, BW u članu 6:233 (b) propisuje da su opšti uslovi ugovora rušljivi ako ugovornoj strani nije ponuđena razumna mogućnost da

³³³ Videti: Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 30.

³³⁴ Detaljnije videti: *Ibidem*.

³³⁵ Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 31.

³³⁶ Videti član 6:231 BW.

razmotri opšte uslove, a u članu 6:234 BW navedeni su načini na koje ugovorna strana daje drugoj strani ugovornici ovu razumnu mogućnost. Jedan način jeste da se drugoj strani preda kopija uslova pre ili u vreme zaključenja ugovora. Važno je istaći da ove odredbe štite i potrošače i mala preduzeća³³⁷, što ne iznenađuje, imajući u vidu da je u Holandiji donošenjem novog BW 1992. godine ukinut dualizam različitih izvora građanskog i privrednog prava, te su i pravni instituti koji su bili uređeni posebnim trgovačkim zakonima stavljeni pod širi okvir privatnog prava, a u novim Zakonikom su uređene i savremene oblasti građanskog prava, među kojima i potrošačko pravo.³³⁸

Pojedine klauzule ovih formulara (tj. odredbe u njima sadržane) u pravu Holandije mogu biti poništene i u postupku kontrole njihove sadržine, ako se utvrdi da su, uzimajući u obzir sve okolnosti, nerazumno teške za drugu ugovornu stranu. Od značaja za OUP je i to što Građanski zakonik Holandije sadrži i poseban član 6:236 koji sadrži crnu listu odredbi koje su nerazumno teške u potrošačkim ugovorima (nepravične ugovorne odredbe), a poseban član 6:237 BW sadrži sivu listu.³³⁹

Način na koji se opšti uslovi uključuju u ugovor je da se druga strana saglasila sa njihovom primenom. U odnosu na ovo pitanje holandski BW predviđa da se prihvatanjem opštih uslova daje saglasnost za njihovu primenu. Sam prihvrat može biti izražen potpisivanjem ugovora, izričitom saglasnošću ili na drugi odgovarajući način. Ovo pravilo je veoma strogo i ako druga strana izričito ne odbije primenu opštih uslova koji su joj ponudeni, smatraće se da je na njih pristala.³⁴⁰ Da ne bi bilo nedoumica u vezi sa ovim važnim pitanjem, preporučuje se stranama koje zaključuju ugovore uz opšte uslove da, u cilju pravne sigurnosti, sačine ugovor u pismenoj formi. Na taj način će obezbediti dokaz kako o sadržini onoga što su prihvatile kao ugovornu obavezu, tako i o (ne)saglasnosti sa opštim uslovima koje je izradila jedna strana ugovornica.

³³⁷ Lando, O., Beale, H. (ur.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, prepared by The Commission of European Contract Law, 2005, The Hague: Kluwer Law International, str. 151.

³³⁸ *Analiza građanskih zakonika i građanskog prava pojedinih država (sadržina, metodologija izrade i sastav komisije za izradu zakonika)*, British Embassy Podgorica, objavljeno na sajtu Ministarstva pravde Crne Gore 22.09.2017. godine, dostupno na: http://www.pravda.gov.me/rubrike/komisija_za_izradu_gradjanskog_zakonika/193465/Komparativna-analiza-gradanskih-zakonika-u-Evropi.html, str. 21. U istom izvoru o Građanskom zakoniku Holandije detaljnije videti: str. 20 -22.

³³⁹ O opštim uslovima poslovanja u holandskom pravu videti detaljnije: Groot de, J. W., *General terms and conditions - in the Netherlands*, objavljeno 25. decembra 2017. godine, dostupno na: <https://dutch-law.com/general-terms-conditions.html>.

³⁴⁰ *Ibidem*.

ANGLOSAKSONSKO PRAVO (COMMON LAW)

10.7. UJEDINJENO KRALJEVSTVO VELIKE BRITANIJE I SEVERNE IRSKE

Rasprava o pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja u engleskom pravu nije zaokupila toliko pažnje u pravnoj literaturi, što nije neobično ako se ima u vidu da se njihova ugovorna priroda u Engleskoj (kao i u većini država čiji se pravni sistem podvodi pod *common law*) ne dovodi u pitanje, te se na OUP primenjuju opšte odredbe ugovornog prava. Tako, kada se ugovorni dokument potpiše, tada svi uslovi sadržani u samom ugovornom dokumentu, uključujući i klauzule na koje se ugovorom upućuje, predstavljaju njegov sastavni deo. Ovo shvatanje je izloženo u vodećem predmetu za pitanje inkorporacije opštih uslova poslovanja u ugovor, poznatom u uporednom pravu kao slučaj *L'Estrange v. F Graucob Ltd*, iz 1934. godine u kome je tužilac, *L'Estrange* sa tuženim *Graucob* ugovorio nabavku automatske mašine (automata) za prodaju cigareta. Ugovor je sadržao izričitu odredbu prema kojoj sastavni deo ugovora čine opšti uslovi poslovanja, kojima je predviđeno da neće imati pravno dejstvo nijedno izričito ili prećutno ugovoreno svojstvo robe, izjava, garancija ili zakonska obaveza prodavca o garanciji, osim onih koje su u ugovoru izričito navedene. Kako se mašina pokazala neispravnom, kupac je podneo tužbu protiv prodavca zbog prodaje stvari koja, prema pravilima Zakona o prodaji robe³⁴¹, nije odgovarajućeg kvaliteta³⁴². Sud je odbio tužbeni zahtev sa obrazloženjem da je u ugovoru sadržana klauzula o isključenju odgovornosti prodavca i da ta klauzula obavezuje strane ugovornice čak i kada one nisu bile svesne te odredbe zato što nisu pažljivo čitale ugovor. Ovu odluku potvrdio je i drugostepeni sud, koji je naveo da je potpisivanjem ugovora svaka strana prihvatila ugovorne obaveze, koje su time postale obavezujuće i kao takve one isključuju primenu i zakonskih pravila o istom pitanju.³⁴³

Shvatanje o važnosti ugovora je u engleskom pravu čvrsto utemeljeno, što potvrđuje i presuda u navedenom predmetu. Ipak, ono nije apsolutno i sudovi mogu da preispituju ugovorne pogodbe, uključujući i one koje su unapred formulisane od strane

³⁴¹ *Sale of Goods Act* (1979), dostupan na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>.

³⁴² U članu 14. *Sale of Goods Act* reguliše se pitanje zakonskih (prećutnih) garancija prodavca za kvalitet prodane stvari. Ako nije ugovorom ništa posebno određeno, pravilo je da stvari budu zadovoljavajućeg kvaliteta, a to znači da odgovaraju za najmanje jednu svrhu za koju se uobičajeno koristi, a kod trgovačkih prodaja to je podobnost robe za dalju preprodaju. Videti: Brown, I., *Commercial Law*, Butterworths, London, 2001, str. 468-471.

³⁴³ Izvod iz odluke suda u predmetu *L'Estrange v. F Graucob Ltd*. (1934) 2 KB 394, dostupan na: <https://www.lawteacher.net/cases/lestrange-v-graucob.php>.

jedne ugovornice. U tom smislu sudovi veliki značaj daju činjenici da li je strana koja koristi opšte uslove poslovanja o njima blagovremeno obavestila drugu stranu. Predugovorno obaveštavanje je naročito važno u potrošačkim ugovorima, kod kojih od ovog pitanja, između ostalog, zavisi ocena da li su opšti uslovi ugovora ništavi u smislu propisa o nepravičnim uslovima potrošačkih ugovora, a što se ocenjuje u skladu sa *The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations* iz 2008. godine³⁴⁴ (dopunjen 2014. godine³⁴⁵), koji u članu 5. i dalje reguliše to pitanje. Ukoliko uslovi nisu sadržani u potpisanom dokumentu, oni neće postati sastavni deo ugovora osim ukoliko razumno obaveštenje o njima nije upućeno prilikom zaključenja ugovora ili pre nego što je ugovor zaključen (*Parker v. South Eastern Railway Co*, 1877) ili ako su uključeni na osnovu prethodnog dogovora (*Hollier v. Rambler Motors AMC Ltd*, 1972).³⁴⁶

U poslovnim transakcijama se, međutim, pitanje pravnog dejstva opštih uslova rešava posebnim propisom - Zakonom u nepravičnim ugovornim odredbama (*Unfair Contract Terms Act*) iz 1977. godine³⁴⁷, koji primenjuje kriterijum, tj. test razumnosti (*reasonableness*) za ocenu da li su ugovorne odredbe nepravične ili ne. Način na koji sudska praksa primenjuje navedeni propis (test razumnosti) najbolje ilustruje presuda u predmetu *McCrone v. Boots Farm Sales Ltd.* (1981), koja je postala jedna od vodećih za ovo pravno pitanje. U tom slučaju Lord Dunpark je ukazao da je na osnovu člana 17. Zakona o nepravičnim ugovornim odredbama³⁴⁸ jasno da je njegov cilj da spreči da jedna ugovorna strana isključi ili ograniči svoju odgovornost za povredu ugovora na nepravedan odnosno nerazuman način. Nije razumno isključiti ili ograničiti ugovornu odgovornost u ugovoru ako bi bilo nerazumno da se i za drugu stranu predvidi isto takvo pravo. Shodno navedenom, ugovorna strana koja u većem broju ugovora iste vrste primenjuje opšte uslove poslovanja u kojima su sadržane takve klauzule, dužna je da dokazuje da one u konkretnom slučaju nisu nepravedne ili nerazumne.³⁴⁹

³⁴⁴ Dostupan na: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2008/1277/contents/made>.

³⁴⁵ Dopuna je dostupna na: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/870/made>.

³⁴⁶ Detaljnije: Lando, O., Beale, H. (ur.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, prepared by The Commission of European Contract Law, 2005, The Hague: Kluwer Law International, str. 151.

³⁴⁷ *Unfair Contract Terms Act* (iz 1977. godine), dostupno na: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>.

³⁴⁸ Član 17. st. 1. je u tom smislu značajan i on predviđa da odredba koja je deo opštih uslova ne proizvodi pravno dejstvo ako je njen cilj da omogući ugovornoj strani koja je povredila ugovor da isključi ili ograniči ugovornu odgovornost kada nije pošteno ni razumno da takva odredba bude u ugovoru.

³⁴⁹ Izvod iz odluke u predmetu *McCrone v. Boots Farm Sales Ltd.* (1981), dostupan na: <https://swarb.co.uk/mccrone-v-boots-farm-sales-limited-1981/>.

10.8. SJEDINJENE AMERIČKE DRŽAVE

Američko pravo, slično engleskom, u teoriji i praksi ne dovodi u pitanje ugovornu prirodu opštih uslova poslovanja. Samo za opšte uslove poslovanja koje izrađuju pružaoci javnih usluga je u izvesnoj meri blisko shvatanje karakteristično za normativnu teoriju, ali to je više odraz javnih ovlašćenja koja su tim subjektima poverena radi obavljanja određenih delatnosti.³⁵⁰

U američkoj pravnoj literaturi se, istina, u najranijem periodu sretao izraz ugovori po pristupu, posebno među autorima koji su se u svojim radovima pozivali na teorijske stavove francuske pravne misli tog doba, pa tako Patterson još 1919. godine za ugovore o doživotnom osiguranju³⁵¹ izričito navodi da su to ugovori po pristupu. Vremenom se od ovog termina sve više odstupa i danas se za unapred pripremljene formulare uglavnom koristi termin standardni, odnosno formularni ugovori.³⁵² U praksi SAD-a je pravilo da ovi ugovori budu u celini (sa svim odredbama) odštampani, dakle da ugovorni obrazac sadrži sve ugovorne klauzule, dok je pozivanje, tj. upućivanje na opšte uslove (odnosno klauzule van same ugovorne isprave) izuzetak.³⁵³

Imajući u vidu da je američko pravo precedentno pravo u kome sudije, rešavajući sporne predmete tumače i stvaraju pravo, logično je što sudovi kontrolišu sadržinu formularnih ugovora prevashodno sa stanovišta njihove (ne)usaglašenosti sa javnim poretkom. Tako, klauzule formularnih ugovora ne mogu da proizvode pravno dejstvo ako su njima stipulisane sve pogodnosti za jednu ugovornu stranu, dok je na drugu stranu ugovornicu (koja pristupa ugovoru) prebačen teret dokazivanja i sva odgovornost.³⁵⁴

Američki sudovi sa pažnjom prate i analiziraju ugovore zaključene uz primenu standardnih formulara koje je unapred pripremila jedna ugovorna strana a to je, po pravilu,

³⁵⁰ Videti: Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 32.

³⁵¹ Tako: Patterson, E., *The Delivery of a Life-Insurance Policy*, Harvard Law Review, vol. 33, No. 2 (Dec., 1919), str. 222; članak je dostupan na <https://www.jstor.org/stable/1327161>. Slično i kasnije, videti: Sybert, R., *Adhesion Theory in California: A Suggested Redefinition and its Application to Banking*, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 11, No. 2, 1978, str. 301-312, koji u nastavku (na str. 312-317) ukazuje i na moguće kritike adhezivne teorije; članak je dostupan i na: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol11/iss2/8>.

³⁵² *Standard form contracts*.

³⁵³ Videti: Neumayer, K. H., *op. cit.*, str. 33, koji na istom mestu ukazuje na stanovišta određenih autora prema kojima je, nevezano od terminološkog pitanja, ključna karakteristika ovih izvora prava u odsustvu razumnog izbora, koji je često posledica nejednakosti pregovaračkih moći ugovornih strana. Ipak, ovaj autor na istom mestu ukazuje i da postoji pretpostavka u prilog punovažnosti opštih uslova poslovanja i tipskih ugovora, a teret dokazivanja nekorektnosti (nepoštenosti) tih klauzula je na potrošaču.

³⁵⁴ Slawson, D., *Mass Contracts: Lawful Fraud in California*, 48 So. California Law Review, 1974, str. 54. Slawson, D., *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, Harvard Law Review, vol. 84, 1971, str. 529-566.

ona koja ima jaču pregovaračku poziciju (naročito u situacijama kada je jedna ugovorna strana preduzeće, a druga potrošač)³⁵⁵. Druga strana ugovornica u tim situacijama obično nema mogućnost da pregovara niti da utiče na promenu pripremljenih uslova ugovora. Sudovima je to poznato, kao i činjenica da unapred pripremljeni formulari ugovora često uključuju i razne klauzule koje su nepoštene prema drugoj strani ili nekorektno iznenađujuće. Da bi odlučili da li je određena klauzula u ovakvim ugovorima nepoštena, tj. da li je treba staviti van snage, američki sudovi, po pravilu, primenjuju „doktrinu razumnih očekivanja” (*doctrine of reasonable expectations*) i oslobađaju slabiju ugovornu stranu dužnosti izvršenja ugovornih obaveza ako takve klauzule nije mogla razumno da očekuje u ugovoru, uključujući i situacije kada se takve klauzule nalaze izvan samog ugovornog obrasca,³⁵⁶ što može biti slučaj upravo sa opštim uslovima poslovanja.

Sudovi u SAD-u su se, pored gorenavedenog, odredili i prema ugovorima koji se adhezijom zaključuju u elektronskom obliku, što predstavlja sve češći slučaj u XXI veku (zbog čega se sreće i termin „ugovori zaključeni klikom“ ili elektronski ugovori) postavljajući pravilo da ti ugovori da bi bili punovažni, treba da u najvećoj mogućoj meri imaju izgled identičan ugovoru u pisanoj papirnoj formi (što bi značilo da sadrže sve ugovorne klauzule, odnosno bez upućivanja na klauzule van ugovornog dokumenta). Tako je Vrhovni sud Nju Džersija (*Superior Court of New Jersey*) u predmetu *Fairfield Leasing Corporation v. Techni-Graphics, Inc.*, poništio ugovornu klauzulu kojom je sastavljač (kreator) standardnog masovnog ugovora u taj adhezioni ugovor uneo klauzulu kojom se isključuje sudska nadležnost za rešavanje eventualnih sporova, i to zato što ta klauzula nije fizički bila pripojena tekstu ugovora, već se nalazila na odvojenom prostoru i bila je ispisana duplo manjim slovima od onih koja su korišćena u tekstu ugovora. Ceneći ove dve činjenice, Sud je zaključio da je ta ugovorna odredba previše neprimetna da bi mogla da proizvodi pravno dejstvo.³⁵⁷

S tim u vezi je i pravilo člana 2-302(1) američkog Jednoobraznog trgovačkog zakonika (*Uniform Commercial Code*), po kome ako sud nađe da je ugovor ili neka ugovorna odredba bila nedopuštena u vreme zaključenja ugovora, on može odbiti izvršenje ugovora ili odlučiti da ugovor proizvodi pravno dejstvo u preostalom delu, bez

³⁵⁵ U praksi su ovi ugovori najčešći u oblasti osiguranja, lizinga, kupovine automobila, hipoteka i drugih vrsta potrošačkih kredita.

³⁵⁶ *Adhesion Contract (Contract of Adhesion)*, Cornell Law School – Legal Information Institute, dostupno na: https://www.law.cornell.edu/wex/adhesion_contract_%28contract_of_adhesion%29.

³⁵⁷ Izvod iz odluke *Fairfield Leasing Corporation v. Techni-Graphics, Inc.* od 18. marta 1992. godine dostupan je na: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/1992/256-n-j-super-538-1.html>.

nedopuštene klauzule, ili tako ograničiti primenu nedopuštene klauzule, kako bi se izbegle nedopuštene (nezakonite) posledice.³⁵⁸ Test nedopuštenosti („*unconscionableness*”) je sličan testu razumnosti i poštenja u engleskom pravu u tom smislu što se odnosi na nužnost upoznavanja druge strane sa uslovima ugovora koji utiču na njena prava i obaveze pre nego što je ugovor zaključen, a najkasnije u tom momentu.³⁵⁹

Španija: Zanimljivu formulaciju sadrži španski Zakon o potrošačima i korisnicima (od 19. jula 1984. god.) u članu 10(1)(a) zahteva da klauzule, uslovi i ugovorne odredbe koje se na opšti način primenjuju od strane pružaoca usluga, budu pisane odgovarajućim, jasnim i jednostavnim jezikom koji se može lako razumeti, bez primene teksta ili dokumenata koji nisu uručeni prethodno ili u vreme zaključenja ugovora i na koje u svakom slučaju mora biti izričito upućeno u samom ugovornom dokumentu.³⁶⁰

Portugalija: U pravnom sistemu Portugalije postoji pravilo da ugovarač treba da saopšti opšte uslove ugovora u celosti drugoj strani koja pristupa ugovoru, kao i da ovo informisanje treba da bude izvršeno na adekvatan način i bez odlaganja na samom početku, tako da je, imajući u vidu značaj, obim i složenost ovih odredbi, moguće da lice sa običnom pažnjom bude potpuno svesno ovih uslova. Ugovorna strana je takođe dužna da kada je potrebno pruži sva obaveštenja koja su neophodna da bi se odredbe razjasnile.³⁶¹

Grčka: Grčki Zakon o zaštiti potrošača (2251/994) zahteva da ugovarač skrene pažnju potrošaču na opšte uslove tako da je potrošač u mogućnosti da se upozna sa njihovom sadržinom.³⁶²

Luksemburg: Građanski zakonik Luksemburga je dopunjen 1987. godine članom 1135-1 koji propisuje da opšti uslovi ugovora koje je unapred pripremila jedna ugovorna strana, ne obavezuju drugu ugovornu stranu ukoliko nije imala mogućnost da se

³⁵⁸ Član 2-302. stav 1. američkog Jednoobraznog trgovačkog zakonika (*Uniform Commercial Code*), čiji je tekst dostupan na: <https://www.law.cornell.edu/ucc/index.html>.

³⁵⁹ Videti: *Adhesion Contract (Contract of Adhesion)*, Cornell Law School – Legal Information Institute, dostupno na: https://www.law.cornell.edu/wex/adhesion_contract_%28contract_of_adhesion%29.

³⁶⁰ Lando, O., Beale, H. (ur.), *op. cit.*, str. 152.

³⁶¹ Portuguese Decree Law 446/85 od 25. oktobra 1985. godine (čl. 5-6.), navedeno prema: Lando, O., Beale, H. (ur.), *op. cit.*, str. 151.

³⁶² Lando, O., Beale, H. (ur.), *op. cit.*, str. 152.

upozna sa njihovom sadržinom prilikom zaključenja ugovora, osim ako okolnosti slučaja jasno pokazuju da je na njih pristala.³⁶³

11. KONVENCIJA UN O UGOVORIMA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE I OPŠTI USLOVI POSLOVANJA

Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija) ne uređuje izričito pitanje opštih uslova poslovanja ni u jednom svom članu, odnosno ne sadrži ni jedno pravilo koje se posebno odnosi na pravna pitanja koja se otvaraju u vezi sa opštim uslovima poslovanja. Ta pitanja su po pravilu, prepuštena i rešavana, materijalnim pravilima nacionalnih zakonodavstava, do kojih se dolazi primenom kolizionih pravila o rešavanju sukoba zakona u prostoru. Međutim, uprkos posebnim pravilima u nacionalnim zakonodavstvima u vezi sa OUP, prema podacima UNCITRAL-a većina sudova primenjuje odredbe Dela II Bečke konvencije i njena pravila o tumačenju sadržana u članu 8. Konvencije, kao i pravila o praksama i običajima iz člana 9. Konvencije, sa ciljem da utvrde da li su strane ugovornice postigle saglasnost da uključe OUP u svoj ugovor, pri čemu primenjuju odredbe Konvencije koje se tiču zaključenja ugovora (prevashodno čl. 14. i 18. Bečke konvencije).

Član 8. Konvencije je od presudnog značaja za rešavanje pitanja da li su OUP postali deo ugovora jer sadrži dva važna pravila. Prvo, da se izjave i druga ponašanja jedne strane tumače u skladu sa njenom namerom kada je druga strana znala tu nameru ili joj ta namera nije mogla biti nepoznata, odnosno ako ovo pravilo ne može da se primeni, da se izjave i druga ponašanja jedne strane tumače onako kako bi ih razumno lice istih svojstava kao druga strana shvatilo u istim okolnostima.³⁶⁴ Drugo pravilo propisuje da se, prilikom utvrđivanja namere jedne strane ili shvatanja koje bi imalo razumno lice, vodi računa o svim relevantnim okolnostima slučaja uključujući njihove pregovore, praksu koju su strane međusobno uspostavile, običaje i svako docnije ponašanje strana.³⁶⁵

Neki odabrani slučajevi u kojima je o uključivanju, odnosno neuključivanju OUP u ugovore o međunarodnoj prodaji robe na koje se primenjuje Bečka konvencija, rešavano primenom pomenutih pravila same Konvencije su sledeći:

³⁶³ Lando, O., Beale, H. (ur.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, prepared by The Commission of European Contract Law, 2005, The Hague: Kluwer Law International, str. 151.

³⁶⁴ Videti: član 8. st. 1-2. Bečke konvencije.

³⁶⁵ Član 8. stav 3. Bečke konvencije.

- U.S. District Court, Eastern District of California, 21. januar 2010. god. (Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centrisys Corporation)³⁶⁶, u kome se ukazuje da je ponuda upućena putem mejla sa prilogom (attachment) koji sadrži opšte uslove - deo ponude ;

- CLOUT slučaj br. 541 (Oberster Gerichtshof, Austrija, 14. januar 2002. god.), u kome se potvrđuje rezonovanje nižih sudova koji su primenili Bečku konvenciju, jer je samim ugovorom uključena primena opštih uslova poslovanja koji upućuju na primenu nemačkog prava, te kako je Nemačka ratifikovala i primenjuje Bečku konvenciju, sudovi su primenili član 74. (a u vezi sa članom 8. stav 2.) Bečke konvencije koji predviđa princip predvidivosti kod naknade štete zbog povrede ugovora³⁶⁷;

- CLOUT slučaj br. 445 (Bundesgerichtshof, Nemačka, 31. oktobar 2001. godine, BGH VII ZR 60/01) koji se odnosi na uključivanje opštih uslova poslovanja (preciznije uslova prodaje i isporuke) u ugovor o prodaji na osnovu čl. 8. i 14. Bečke konvencije. U ovom konkretnom slučaju pisana potvrda porudžbine koju je učinio prodavac (nemačka kompanija) je sadržala upućivanje na opšte uslove prodaje, koji nisu bili poslani zajedno (kao dodatak) sa potvrdom porudžbine, a sadržali su klauzulu koja isključuje svaku odgovornost za nedostatke polovne (korišćene) mašine koja je bila predmet kupoprodaje u ovom slučaju. Centralno pravno pitanje koje se otvorilo pred Saveznim vrhovnim sudom Nemačke³⁶⁸ ticalo se zahteva za uključivanje (upućivanjem) opštih uslova u ugovor o međunarodnoj prodaji robe. Sud je pošao od činjenice da Bečka konvencija ne sadrži posebna pravila o uključivanju OUP upućivanjem, te da se primenjuju opšta pravila o zaključenju ugovora sadržana u čl. 14. i 18. Konvencije, a da se pitanje da li su OUP deo ponude ima rešiti u skladu sa članom 8. Konvencije. Sud je stao na stanovište da ponuđeni (lice kome je ponuda upućena, primalac ponude) mora imati razumnu mogućnost da razmotri opšte uslove, da bi ti uslovi mogli postati ponuda. To zahteva da primalac ponude bude svestan ponudiočeve namere da uključi opšte uslove. Štaviše, to zahteva da su ponuđenom poslani opšti uslovi ili da mu je drugačije data mogućnost da ih pročita. Sud je konstatovao da se, zbog razlika među pravnim sistemima i tradicijama širom sveta, opšti uslovi koji se koriste u jednoj državi značajno razlikuju od onih koji se koriste u drugoj.

³⁶⁶ Većina slučajeva je dostupna na engleskom jeziku na: www.cisg.law.pace.edu.

³⁶⁷ Cela sudska odluka je dostupna na nemačkom jeziku na: http://www.uncitral.org/docs/clout/AUT/AUT_140102_FT.pdf#, a prikaz slučaja na engleskom jeziku je dostupan na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html>.

³⁶⁸ Pre Saveznog vrhovnog suda Nemačke (Bundesgerichtshof), koji je odlučio u trećoj instanci, prvostepenu odluku je doneo sud u Dizeldorfu (LG Düsseldorf) 22. februara 2000. godine, a drugostepenu OLG Düsseldorf 15. februara 2001. god.

Zbog toga je poznavanje tih uslova ključno za ponuđenog. Za stranu koja želi da se osloni na opšte uslove, ne predstavlja nikakvu poteškoću da prikači opšte uslove ponudi, odnosno da ih pošalje zajedno sa ponudom. Sa druge strane, ako primalac ponude treba da se raspituje oko opštih uslova i istražuje, to će često voditi kašnjenju u zaključenju ugovora, što bi bilo nepotrebno i nepoželjno za obe strane. Zbog toga je sud zaključio da bi bilo protivno načelu savesnosti i poštenja (dobre vere) u međunarodnoj trgovini, koji je sadržan u članu 7. stav 1. Konvencije, kao i dužnosti ugovornih strana da sarađuju, da se očekuje (ili zahteva) da ponuđeni sprovodi istragu oko opštih uslova i da ponuđeni bude odgovoran u slučaju da nije sproveo takvo ispitivanje. Zato, opšti uslovi mogu postati deo ponude samo ako su bili priloženi (poslati) uz ponudu ili na drugi način stavljeni na raspolaganje ponuđenom.³⁶⁹ Sud je takođe uočio da je ovakav opšti zaključak neophodan i sa aspekta zaštite potrošača³⁷⁰, iako to nije bilo pitanje u ovom slučaju. Razmatrajući primenu Bečke konvencije, sud je našao da član 1. stav 3. Konvencije ne pravi razliku između trgovaca i drugih i da samo ako je prodavac bio svestan (znao) u vreme zaključenja ugovora da je kupac potrošač – tada bi primena Konvencije bila isključena u skladu sa članom 2(a) Konvencije, a ako prodavac nije bio svestan (znao) da je reč o potrošaču, onda bi se Konvencija primenila. U tim slučajevima, zakoni o zaštiti potrošača takođe kao neophodnost zahtevaju da su opšti uslovi poslati sa ponudom.³⁷¹ Iz svih navedenih razloga, sud je odlučio da u ovom slučaju prodavčevi opšti uslovi, koji sadrže klauzulu o isključenju odgovornosti za nedostatke, nisu uključeni u konkretan ugovor, tj. nisu postali deo ugovora.

- CLOUT slučaj broj 362 koji je pravnosnažno rešen pred nemačkim pokrajinskim apelacionim sudom Oberlandesgericht Naumburg, 27. aprila 1999. godine (9 U 146/98). Odluka se tiče određivanja razumnog roka isporuke u skladu sa članom 33. (c) Bečke

³⁶⁹ U pravnoj nauci postoji i suprotan stav, koji zauzima dr Martin Schmidt-Kessel. Kritikujući tumačenje Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 31. oktobra 2001. godine Schmidt-Kessel iznosi mišljenje da član 4. Bečke konvencije jasno govori da je punovažnost OUP izvan područja primene Konvencije, te da se pitanje punovažnosti OUP ima rešavati prema merodavnom nacionalnom pravu. Videti: Schmidt-Kessel, M., *On the Treatment of General Terms and Conditions of Business under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary on decision of German Federal Supreme Court of 31 October 2001 [VII ZR 60/01]*, dostupno na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/011031g1.html>.

³⁷⁰ U tom smislu se navodi i da je u interesu praktične primene prava, kao i da bi se izbegla diskriminacija ugovornih strana koje nisu trgovci, neophodno da uključivanje opštih uslova u ugovore na koje se primenjuje Bečka konvencija bude podvrgnuto jednoobraznim principima.

³⁷¹ Ceo slučaj je dostupan na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>.

konvencije³⁷². Tuženi (kupac) kao nemački trgovac automobilima (na malo) je naručio automobil od tužioca (prodavca), koji ima sedište u Danskoj. U porudžbenici (pisanoj ponudi koju je kupac uputio 26. januara 1997. god.) je navedeno da automobil treba da bude isporučen do određenog datuma (konkretno najkasnije do sredine marta 1997. god). Prodavac je 29. januara prihvatio ponudu, tj. poslao potvrdu u kojoj je april 1997. označio kao vreme isporuke i dodao svoje opšte uslove poslovanja po kojima zadržava pravo da promeni datum isporuke. Kupac je potpisao ovu potvrdu i poslao je nazad prodavcu, neprotiveći se ovoj razlici. Kako automobil nije bio isporučen do datuma koji je bio naznačen u kupčevoj ponudi (do sredine marta), kupac je obavestio prodavca da će izjaviti da raskida ugovor ukoliko automobil ne bude isporučen do kraja marta i kupac je čekao u ovom dodatnom roku. Prodavac se nije oglasio. Nakon što je ovaj dodatni rok istekao bez rezultata, tj. kako automobil nije bio isporučen, u aprilu 1997. godine kupac je izjavio da je ugovor raskinut. Sredinom maja 1997. godine, prodavac je obavestio kupca da je automobil spreman za preuzimanje. Kako je ovakva isporuka učinjena sedam nedelja kasnije, kupac odbio da plati, a prodavac je onda prodao automobil drugom kupcu ali po nižoj ceni. Prodavac je zbog toga tužio za razliku između ugovorene cene i cene koju je dobio nakon prodaje automobila drugom kupcu (prodaje radi pokrića).³⁷³ Prodavac je naveo da nikada nije primio izjavu o raskidu ugovora od strane kupca. Sud je odbio tužbeni zahtev. Sud je stao na stanovište da je kupac ispravno raskinuo ugovor u skladu sa članom 49. stav 1. (b) Bečke konvencije³⁷⁴. Sud je našao da klauzula prodavčevih opštih uslova po kojoj on zadržava pravo promene datuma isporuke, ne predstavlja suštinsku izmenu u skladu sa članom 19. stav 2. Bečke konvencije³⁷⁵, pa je stoga postala deo ugovora, posebno

³⁷² Član 33. Bečke konvencije propisuje da je prodavac dužan da robu isporuči: (a) ako je datum određen ili se može odrediti na osnovu ugovora, tog datuma; (b) ako je vremenski period određen ili se može odrediti na osnovu ugovora, u bilo koje vreme u okviru tog perioda, izuzev ako okolnosti ne ukazuju na to da je kupac bio ovlašćen da odredi datum; ili (c) u svakom drugom slučaju, u razumnom roku posle zaključenja ugovora.

³⁷³ Razlika između ugovorene cene i cene koju je prodavac dobio prilikom prodaje automobila drugom kupcu (prodaje radi pokrića) iznosi 16.800 danskih kruna.

³⁷⁴ Član 49. stav 1. (b) Bečke konvencije predviđa da kupac može izjaviti da raskida ugovor u slučaju neisporuke, ako prodavac nije isporučio robu u dodatnom roku koji mu je kupac odredio na osnovu člana 47. stav 1. ili je izjavio da je neće isporučiti u tako određenom roku.

³⁷⁵ Član 19. Bečke konvencije propisuje: (1) Odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje, a koji sadrži dodatke, ograničenja ili druge izmene jeste odbijanje ponude i predstavlja obratnu ponudu. (2) Međutim, odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje ali koji sadrži dopunske ili različite uslove koji suštinski ne menjaju uslove ponude predstavlja prihvatanje, izuzev ako ponudilac bez neopravdanog odlaganja stavi usmeno prigovor na razlike ili pošalje obaveštenje u tom smislu. Ako on tako ne postupi, ugovor je zaključen prema sadržini ponude sa izmenama koje se nalaze u prihvatanju. (3) Dopunski ili različiti uslovi koji se odnose, pored ostalog, na cenu, plaćanje, kvalitet i količinu robe, mesto i vreme isporuke, obim odgovornosti

uzimajući u obzir činjenicu da se kupac nije usprotivio, tj. nije istakao prigovor izmeni koju je prodavac učinio prilikom prihvata ponude. Međutim, kako klauzula ne određuje rok isporuke, treba da bude tumačena u skladu sa članom 33. (c) Konvencije, koji propisuje da isporuka treba da bude obavljena u razumnom roku nakon zaključenja ugovora. Sud je ocenio da isporuka u maju 1997. godine ne predstavlja isporuku u okvirima razumnog roka nakon zaključenja ugovora³⁷⁶. Iako datum naveden u kupčevoj narudžbenici, tj. ponudi (sredina marta 1997. god.) nije bio obavezujući za prodavca jer nije postao sastavni deo ugovora, mogao je da služi kao orijentacija za određivanje razumnog roka isporuke. Sud je smatrao da je pridržavanje roka isporuke koji je bio naveden u ponudu bilo od presudne važnosti za kupca i da je prodavac trebalo da to uvaži, te da je trebalo da isporuči u tom roku. Sud nije razmatrao pitanje da li je kašnjenje od nekoliko nedelja u isporuci automobila uobičajeno ili nije, jer razumni rok isporuke treba da bude utvrđen u skladu sa izjavama ugovornih strana i okolnostima konkretnog ugovora. Sud je zaključio da zahtev iz člana 33. (c) Konvencije o isporuci u razumnom roku nakon zaključenja ugovora nije ispunjen. Kako prodavac nije isporučio u tom roku, kupac jeste bio ovlašćen da odredi dodatni rok u skladu sa članom 47. stav 1. Konvencije³⁷⁷, nakon čega je mogao da izjavi da je ugovor raskinut u skladu sa članom 49. stav 1. (b) Konvencije. Sud je istakao da nije od značaja da li je prodavac zaista primio obaveštenje koje sadrži izjavu o raskidu ugovora, jer je u skladu sa članom 27. Bečke konvencije dovoljno da kupac dokaže da je poslao obaveštenje.³⁷⁸;

- u slučaju 3 C 75/94 koji je rešen 14. juna 1994. godine pred nemačkim sudom Nordhorn (poznat kao slučaj „cipele“) sud je odlučio da su prodavčevi OUP punovažno uključeni u ugovor (u skladu sa članom 14. Bečke konvencije). Opšti uslovi su odštampani na poledini narudžbenice na oba jezika – italijanskom (jeziku prodavca koji je tužilac u ovom slučaju) i nemačkom (jeziku kupca, koji je tužena strana u ovom slučaju) i nesporno

jedne ugovorne strane u odnosu na drugu ili na rešavanje sporova, smatraće se da suštinski menjaju uslove ponude.

³⁷⁶ Ugovor je zaključen prijemom prodavčevog prihvata 29. januara 1997. god.

³⁷⁷ Član 47. stav 1. Bečke konvencije predviđa da kupac može odrediti prodavcu dodatni rok razumne dužine za izvršenje njegovih obaveza.

³⁷⁸ Potpunije o ovom slučaju videti na nemačkom:

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=510&step=FullText> i engleskom:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990427g1.html> i

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=510&step=Abstract>.

je da prva strana narudžbenice upućuje na OUP, što se smatra dovoljnim da opšti uslovi postanu sastavni deo ugovora.³⁷⁹

- CLOUT slučaj br. 203 *ISEA Industrie S.p.A. v. Compagnie d'Assurances* od 13. decembra 1995. god je poznat po tome što je francuski Apelacioni sud u Parizu (Cour d'appel, Paris, France, 95-018179) stao na stanovište da kada su kupčevi opšti uslovi odštampani na poleđini ugovornog obrasca, a prodavac potpiše samo prednju stranu, ti opšti uslovi nisu postali deo ugovora, odnosno da se u odsustvu izričitog upućivanja na prednjoj strani na OUP koji su sadržani na poleđini ne može smatrati da je prodavac prihvatio ove OUP. Sud je smatrao da su uslovi ugovora već utvrđeni i da pokušaj da se uključe dodatni uslovi ne proizvodi pravno dejstvo. Sud je stao na stanovište da OUP na koje se poziva prodavac u svojoj potvrdi porudžbenice nisu punovažni kada je ovakva potvrda poslata nakon što je ugovor zaključen (u konkretnom slučaju deset dana kasnije).³⁸⁰

- U slučaju *Gantry v. Research Consulting Marketing* koji je 19. septembra 1995. god. rešen pred sudom belgijskog distrikta Nivelles sve ponude koje je prodavac upućivao su sadržale boldiranim (podebljanim) slovima upućivanje na, tj. uključivanje V.S.M.³⁸¹ opštih uslova, uključujući poslednju ponudu koju je kupac prihvatio bez bilo kakve suštinske promene. Zato je, u skladu sa članom 19. stav 2. Bečke konvencije, ugovor zaključen prema uslovima iz ponude (koja je sadržala upućivanje, tj. uključivanje opštih uslova) uključujući sve izmene u prihvatu (koje se ne odnose na primenu opštih uslova). Osim toga, u skladu sa članom 8. st. 1. i 3. Bečke konvencije, sud je smatrao da je tokom pregovora kupac bio svestan ili je morao biti svestan V.S.M. opštih uslova, na koje su sve ponude koje je prodavac slao, upućivale.³⁸²

Analizirani slučajevi iz sudske prakse govore u prilog stavu, koji su u globalnoj akademskoj javnosti izneli Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer i Marisa Pagnattaro³⁸³, a to je da iako Bečka konvencija posebno ne uređuje pitanje uključivanja OUP, da su nacionalni sudovi, po pravilu, saglasni da odredbe Konvencije o

³⁷⁹ Detaljnije videti ceo slučaj na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940614g1.html>.

³⁸⁰ Detaljno o celom slučaju videti: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951213f1.html>.

³⁸¹ Value Stream Mapping General Conditions of the "Association Suisse des Industriels en Machines" (standard terms of the "Swiss Association of Machinery Manufacturers").

³⁸² Kompletan slučaj je dostupan na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950919b1.html>.

³⁸³ DiMatteo, L., Dhooge, L., Greene, S., Maurer, V., Pagnattaro, M., *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, Northwestern Journal of International Law and Business, vol. 24, issue 2, Winter 2004, str. 346-347.

zaključenju ugovora i o tumačenju određuju da li su opšti uslovi punovažno uključeni u ugovor. Ovi autori, u svojoj iscrpnoj analizi primene Bečke konvencije, zaključuju da kada jedna strana namerava da uključi opšte uslove u ponudu ili prihvata, sudovi razmatraju da li su ti OUP savesno i pošteno saopšteni drugoj strani.³⁸⁴ U nastavku analize sudskih odluka se konstatuje da građanski zakonici nacionalnih pravnih sistema ističu da ugovorna strana mora biti razumno svesna opštih uslova koje druga strana nastoji da uključi u ugovor, ali iz sudskih odluka nije jasno koliko informacija o OUP mora biti saopšteno. U načelu, strana koja želi da uključi OUP mora pokazati savesnost i poštenje u nastojanju da saopšti date OUP drugoj strani. Propust da se OUP učine dostupnim na jeziku koji druga ugovorna strana razume, propust da se napomene da su opšti uslovi navedeni na poleđini ugovornog obrasca, propust da se dostavi tekst opštih uslova, vodio je sudove da isključe OUP iz ugovora.³⁸⁵

³⁸⁴ *Ibidem.*

³⁸⁵ Detaljnije: *Ibid.*, str. 347.

Deo II

ZAKLJUČENJE UGOVORA PRIMENOM OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

1. VAŽENJE OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA I NJIHOVO PRAVNO DEJSTVO (OUP U STATICI I DINAMICI)

Nakon prethodnog određenja šta su OUP, naredno logično pitanje koje se može postaviti jeste od kog trenutka i kako važe opšti uslovi poslovanja, tj. od kada proizvode pravno dejstvo i u čemu se ono sastoji.

Opštim uslovima poslovanja jedan poslovni subjekt, pre ili u trenutku zaključenja ugovora, predlaže svom potencijalnom saugovaraču ili neodređenom broju mogućih saugovarača sistem ugovornih odredbi kojima bi se mogao urediti njihov ugovorni odnos.

Čini se da opšti uslovi poslovanja imaju dvostruko pravno dejstvo³⁸⁶ odnosno dvostruko važenje, koje je različito pre i od trenutka zaključenja ugovora. Naime, oni važe na različite načine pre nego što se ugovor zaključi i posle zaključenja ugovora. Tako se može govoriti o opštim uslovima poslovanja u statici i dinamici³⁸⁷, a trenutak kada oni iz statike prelaze u dinamiku jeste trenutak zaključenja ugovora, tj. njihovog uključivanja u konkretan individualni ugovorni odnos. Ako ih tako nazovemo, onda se otvara pitanje karaktera opštih uslova poslovanja u statici, tj. da li oni pre uključivanja u ugovor predstavljaju ponudu, poziv da se učini ponuda, poziv da se učini ponuda pod uslovima sadržanim u OUP ili samo obaveštenje o postojanju uslova ugovora (nalik oglasu). I ako se odlučimo za jedan od ovih odgovora, da li ponuda ili poziv da se učini ponuda kod opštih uslova poslovanja pokazuje određene specifičnosti u odnosu na poimanje ovih instituta u klasičnom smislu.

Opšti uslovi poslovanja u statici obavezuju jedino svog kreatora, a mogu biti i neobavezujućeg, tj. fakultativnog karaktera za sve subjekte, pa i za kreatora. Budući da tada nijedno lice nije prihvatilo OUP, oni dok su u statici deluje prema svima (*erga omnes*) na isti način. Konkretno, može se uočiti njihov višestruki potencijal dok su u statici:

1. Kada OUP u statici predstavljaju opštu ponudu, tada oni proizvode takvo pravno dejstvo da stvaraju obavezu za kreatora, tj. subjekta koji je takve OUP kao ponudu učinio. Vežanost kreatora svojim OUP u ovom smislu proizlazi iz obaveznosti ponude, čiji su

³⁸⁶ Sličan stav iznosi i profesor Jankovec, ali bez imenovanja tog različitog dejstva. Videti: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 265.

³⁸⁷ U građanskom pravu je poznato gledanje na subjektivno pravo u statici i dinamici, pri čemu zahtev za redovnim vršenjem prava stavlja subjektivno pravo iz statike u dinamiku. Ovde je reč o zahtevu koji služi normalnom (redovnom) vršenju subjektivnog prava, za razliku od koga postoji i pravozaštitni zahtev. O pojmu zahteva u građanskom pravu videti (sa upućivanjem): Vodinić, V. u: Stanković, O., Vodinić, V., *op. cit.*, str. 227. Smatram da se slično gledanje o statici i dinamici može primeniti i u oblasti pravnih poslova u vezi sa OUP.

OUP sastavni deo ili su sami (po sebi) ponuda. U tom smislu i naše pozitivno pravo propisuje da je ponudilac vezan ponudom izuzev ako je svoju obavezu da održi ponudu isključio, ili ako to isključenje proizlazi iz okolnosti posla.³⁸⁸

2. Ukoliko nemaju karakter ponude, OUP u statici mogu predstavljati opšti poziv da se učini ponuda u skladu sa njima, a mogu predstavljati i jednostranu izjavu koja može imati karakter obaveštenja, kojim privredni subjekt obaveštava javnost o svojoj poslovnoj politici, tj. načinu i uslovima pod kojima zaključuje ugovore. U tom smislu je moguće da OUP u pravnom licu, obavezuju zaposlene, ukoliko je to pravno lice propisalo unutrašnjim aktima ili samim opštim uslovima poslovanja obavezu zaposlenima da ugovore zaključuju i uopšte posluju primenom OUP.

3. Moguće je i da OUP u statici budu u potpunosti fakultativnog karaktera, te da u statici ne obavezuju apsolutno nikog. Takav je slučaj uglavnom sa OUP koje su kreirale međunarodne organizacije koje nude različite modalitete opštih uslova, na sličan način kao što nude tipske ugovore i/ili druge izvore za regulisanje ugovornih odnosa. Primer za to su brojni ženevski opšti uslovi (Ekonomске komisije UN za Evropu), kao i FIDIC-ovi opšti uslovi. Iako pravna obaveznost u ovom slučaju *a priori* ne postoji, u poslovnoj praksi je neretno *de facto* slučaj da kreditor, a naročito multilateralne banke uslovljavaju sklapanje finansijskog aranžmana primenom FIDIC-ovih opštih uslova za izgradnju objekta čije se finansiranje traži.

OUP u dinamici postaju uključivanjem u pojedinačni ugovorni odnos kao izvor regulisanja međusobnih prava i obaveza strana ugovornica i od tada se primenjuju kao izvor prava, tj. njihovo pravno dejstvo se proteže na obe ugovorne strane tako što obavezuju oba ugovarača i deluju *inter partes*.

S obzirom da nije moguće da OUP u jednom trenutku (momentu zaključenja ugovora) na istog subjekta istovremeno deluju i u statici i u dinamici, možemo reći da između njih postoji jedna juristička sekunda³⁸⁹ razmaka u kojoj se ugovor zaključuje i

³⁸⁸ Ponuda se može opozvati samo ako je ponudeni primio opoziv pre prijema ponude ili istovremeno sa njom. Ponuda u kojoj je određen rok za njeno prihvatanje obavezuje ponudioca do isteka tog roka. Ako je ponudilac u pismu ili telegramu odredio rok za prihvatanje, smatraće se da je taj rok počeo teći od datuma označenog u pismu, odnosno od dana kad je telegram predat pošti. U slučaju da pismo nije datirano, rok za prihvatanje ponude teče od dana kad je pismo predato pošti. Ponuda učinjena odsutnom licu, u kojoj nije određen rok za prihvatanje, vezuje ponudioca za vreme koje je redovno potrebno da ponuda stigne ponudjenome, da je ovaj razmotri, o njoj odluči i da odgovor o prihvatanju stigne ponudiocu. Videti: ZOO, čl. 36-37.

³⁸⁹ Pojam *jurističke sekunde* koristi profesor Vladimir Vodinelić prilikom razmatranja naslednog prava, tj. konkretno za prevazilaženje logičke nezamislivosti da (bez nje) u istom času, ma koliko on kratko trajao, prava i obaveze istovremeno budu i ostaviočeva i naslednikova. Videti: Vodinelić, V., *Građansko pravo:*

nakon koje, OUP iz statike prelaze u dinamiku. Za stranu koja zaključuje ugovor sa primenjivačem OUP, oni od momenta zaključenja ugovora deluju u dinamici, ali prema svim drugim licima, tj. prema neodređenom broju potencijalnih budućih ugovornih partnera i dalje deluju u statici. Prestankom da OUP deluju u statici prema licu koje sklapa ugovor, oni ne prestaju da deluju u statici prema svima ostalima. Drugim rečima, imajući u vidu da je svrha OUP da postanu izvor regulisanja ugovornog odnosa, prelaskom OUP iz statike u dinamiku, OUP u statici su ispunili svoju funkciju za konkretnog subjekta (za koga sada deluju u dinamici), ali ostaju da deluju prema ostalima u statici.

Trenutak zaključenja ugovora kao kriterijum razgraničenja OUP u statici i dinamici, posledično utiče, tj. bitno se odražava na mogućnost jednostrane promene (izmene i/ili dopune) opštih uslova poslovanja. Naime, izmena njihove sadržine nije moguća na isti način i pre i nakon zaključenja individualnog ugovora. Pre zaključenja ugovora, tj. dok su u statici, OUP se mogu jednostrano menjati, jer drugu stranu ne obavezuju. U statici ih čak subjekt koji ih kreira može permanentno menjati po sopstvenoj volji u cilju stalnog unapređenja teksta, što, po pravilu, privredni subjekti i rade. Izuzetak bi bili OUP koje kreiraju javna preduzeća, a na koje saglasnost daje država, mada i kod njih je bitno uočiti da nije potrebna saglasnost druge ugovorne strane za izmenu, već se saglasnost države može posmatrati kao participacija određenog organa u postupku donošenja, pa time i izmene.

Za razliku od faze pre zaključenja ugovora, od trenutka zaključenja ugovora i važenja OUP u dinamici, njihove jednostrane izmene nisu moguće. Kako su OUP u dinamici postali sastavni deo ugovora³⁹⁰ i važe kao *lex contractus*, tako su sve izmene i dopune OUP u dinamici, kao i izmene i dopune bilo kog drugog dela ugovora, moguće samo uz saglasnost ugovornih strana.

S obzirom da se opšti uslovi poslovanja pripremaju sa ciljem da postanu sastavni deo ugovora, tj. da olakšaju i ubrzaju zaključenje ugovora, oni svoju punu ulogu i kapacitet ostvaruju od trenutka zaključenja ugovora. Ako se može reći da OUP ostvaruju svrhu svog postojanja kada ugovor biva zaključen, onda možemo reći da ih trenutak zaključenja ugovora stavlja u dinamiku. Stoga bih njihovo važenje od trenutka zaključenja ugovora, tj. od trenutka uključivanja u konkretan ugovorni odnos kao *lex contractus* nazvao opšti

Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava, sveska druga, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd, 2011, str. 58.

³⁹⁰ Da bi oni postali sastavnim delom ugovora, potrebno je da strane sklope ugovor i uključe ih u njegov sadržaj, videti: Barbić, J., *Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja)*, Informator, Zagreb, 1980, str. 26.

uslovi poslovanja *u dinamici*. Drugim rečima, OUP u dinamici su opšti uslovi ugovora, tj. opšti uslovi poslovanja koji su uključivanjem u konkretan individualni ugovorni odnos postali sastavni deo ugovora.

Može se zaključiti da opšti uslovi poslovanja proizvode dvostruko pravno dejstvo, tj. da se njihovo pravno dejstvo razlikuje do i od trenutka zaključenja ugovora. Pre zaključenja ugovora oni proizvode pravno dejstvo kao opšta i stalna ponuda za zaključenje ugovora, odnosno kao sastavni deo opšte i stalne ponude ili kao opšti poziv da se učini ponuda u skladu sa uslovima koje sadrže i takvo važenje možemo nazvati kao važenje u statici. Od trenutka zaključenja ugovora, možemo ih nazvati opšti uslovi poslovanja u dinamici i tada oni važe kao sastavni deo ugovora.

2. KARAKTER OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA U STATICI (PONUDA JAVNOSTI ILI POZIV DA SE PONUDA UČINI)

Dok su u statici, opšti uslovi poslovanja su namenjeni da njima budu uređeni potencijalni budući individualni ugovorni odnosi. S tim u vezi, postavlja se pitanje šta OUP u statici predstavljaju: da li je to samo sredstvo kojim privredni subjekt obaveštava javnost da ima svoje opšte uslove poslovanja, da li obaveštava potencijalno zainteresovana lica da posluje u skladu sa sopstvenim OUP, da li ih nudi kao nacrt (model) budućeg ugovora, da li oni predstavljaju spisak uslova koji se razlikuju od onih inače uređenih dispozitivnim zakonskim normama, da li predstavljaju ponudu, poziv da se učini ponuda ili poziv da se učini ponuda samo pod uslovima koji su sadržani u njima.

Odgovori na ova pitanja najpre zavise od sadržine opštih uslova poslovanja, tj. od toga koji su elementi individualnog ugovornog odnosa koji će uključiti OUP, njima regulisani. To znači, da se ne može uopšteno na isključiv način reći za opšte uslove poslovanja da uvek predstavljaju ponudu ili nacrt ugovora ili poziv da se učini ponuda, već će to zavisiti u svakom konkretnom slučaju od sastojaka ugovora koji su u njima sadržani. Pored toga, značajno je i da li je zakonodavac uređio materiju opštih uslova poslovanja i propisao neki (poseban) pravni režim za njih, a može biti od značaja i da li je i kako je kreator ili primenjivač (samo)odredio karakter opštih uslova poslovanja koje koristi.

Okolnost da se OUP u statici mogu menjati dodatno potvrđuje konstataciju da se ne može unapred i na opšti isključiv način pravilno odrediti šta OUP, bez izuzetka, predstavljaju. Međutim, kada je reč o jednom određenom, konkretnom slučaju, tada nema

smetnji da se primenom odgovarajućih kriterijuma, tj. proveravanjem ispunjenosti uslova, utvrdi šta oni u tom određenom slučaju predstavljaju.

S tim u vezi, za kvalifikaciju OUP u statici i njihovo dalje određenje bi, kao relevantan kriterijum, najpre trebalo razmotriti pitanje da li su njima određeni (svi) bitni sastojci budućeg ugovora čijem su uređenju namenjeni.³⁹¹ Međutim, ovde se otvara i pitanje da li će ugovorne strane postići saglasnost volja, da osim objektivno bitnih elemenata ugovora, u konkretnom slučaju stipulišu kao bitne i druge, po redovnom toku stvari, sporedne elemente za tip ugovora koji zaključuju. Tako na primer, kod ugovora o prodaji, pitanje ambalaže, po pravilu, nije propisan bitni element ugovora. Ipak, u praksi kupac može ukazivati i insistirati da mu je baš ambalaža veoma značajna, npr. zbog načina transporta ili sopstvene procene da će se određena ambalaža naročito dopasti krajnjim potrošačima, pa tako nakon pregovora ugovorne strane mogu postići saglasnost volja da i pitanje ambalaže predstavlja bitan element ugovora.

Kako se unapred to ne može znati, tako se unapred ne može opredeliti karakter OUP u statici ili se to može učiniti samo uslovno, uz ispunjenje određenih pretpostavki. Moglo bi se reći da mogu predstavljati ponudu ako su njima određeni ili određivi svi bitni elementi budućeg ugovora čijem su regulisanju namenjeni, a strane ne konstituišu druge elemente saglasnošću volja kao bitne.

U svim ostalim slučajevima važili bi kao poziv da se učini ponuda pod uslovima koji su sadržani u objavljenim OUP. Ipak, moguće je da subjekt koji kreira OUP iste koristi kao nacrt teksta ugovora od koga može poći, ali ga i ne mora nužno koristiti za regulisanje svog ugovornog odnosa. Dakle, kada opštim uslovima poslovanja nisu uređeni bitni elementi budućeg ugovora, tada oni mogu predstavljati obaveštenje – podsetnik zainteresovanim licima kao potencijalnim saugovaračima o spisku klauzula o kojima treba pregovarati pre zaključenja ugovora. Privredni subjekt koji je kreirao ili koji koristi ovakve OUP, može činiti ponude ili pozive da se učine ponude uz obaveštavanje ponuđenih o postojanju OUP, koji mogu, ali ne moraju da se primene na ugovorni odnos ukoliko ugovor bude zaključen. To znači da opšti uslovi poslovanja kao takvi (po sebi) ne isključuju automatski pregovore. Zainteresovani subjekti mogu pregovarati o bitnim elementima, postizati saglasnost o ceni, količini, mestu i vremenu isporuke itd. i mogu postići saglasnost o tome da se OUP primene, ali se isto tako mogu opredeliti da sami

³⁹¹ Ovo pitanje se, za pojedine ugovore u trgovinskom pravu, kao na primer ugovor o prodaji u privredi, može učiniti lakšim i olakšati kvalifikovanje OUP u statici kao ponudu, utoliko pre što cena za ovaj ugovor u privredi nije bitan element.

drugačije urede određena pitanja (u odnosu na rešenja sadržana u OUP) ili da se primene zakonske dispozitivne norme, bez obzira što jedan subjekt (ili čak oba) ima sopstvene opšte uslove poslovanja.

2.1. OUP kao opšta i stalna ponuda, odnosno sastavni deo ponude

Opšti uslovi poslovanja bi mogli imati dejstvo ponude u dva slučaja:

prvo, ukoliko sadrže dovoljno elemenata da se njihovim prihvatanjem ugovor punovažno zaključi, što bi suštinski značilo da sadrže određene ili određive bitne elemente ili

drugo, da su OUP pridodati, uneta njihova sadržina (reprodukovana³⁹²) ili uključeni (pozivanjem na njih) u ponudu (shvaćenu u klasičnom smislu reči), te predstavljaju njen sastavni deo. Zato, iako se često diskusija vodi o tome da li su OUP opšta ponuda, odnosno kada nisu, treba naglasiti da je moguće da opšti uslovi poslovanja budu sastavni deo ponude koja je upućena određenom³⁹³ licu. Dakle, to što u nekim slučajevima OUP nisu opšta ponuda, ne čini ih automatski pozivom da se učini ponuda, već je moguće da budu sastavni deo ponude.

U prvom slučaju bi bili ponuda javnosti (neodređenim licim), a u drugom ponuda određenom licu (ili licima), ali u oba slučaja je reč o ponudi, te je pravno dejstvo isto.

Opšti uslovi poslovanja su opšta ponuda kada sadrže određene ili na dovoljan način određive bitne elemente da njihovim prihvatanjem ugovor biva zaključen, osim ukoliko

³⁹² O reprodukovanju OUP u tekst ponude govori prof. dr Jakša Barbić, koji navodi: „Ako se nekoj ponudi priklope opći uvjeti poslovanja na koje se ona poziva, takva ponuda upućena neodređenom broju osoba ne postaje općom ponudom zbog općih uvjeta poslovanja nego samo zbog ostalih svojstava koje takva ponuda mora imati, tj. zbog toga što sadržava sve bitne sastojke ugovora, tako da bi se njezinim prihvaćanjem mogao sklopiti ugovor. Ona bi bila općom ponudom i onda kada bi u tekstu ponude biti reproducirani opći uvjeti poslovanja u obliku individualno, samo za taj slučaj, sastavljenog sadržaja ponude.“ - Barbić, J., *Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja)*, Informator, Zagreb, 1980, str. 26.

³⁹³ Barbić ukazuje da primena opštih uslova poslovanja ne čini opštom ponudu kojoj su priloženi ako je ona upućena određenoj osobi ili određenom krugu osoba, najbolje se vidi iz toga što je u privrednom poslovanju čest slučaj (a kod prodaje investicione opreme, pružanja intelektualnih usluga, izvođenja radova govoto pravilo), da se ugovori sklapaju uz primenu opštih uslova poslovanja. Na tim je područjima, navodi ovaj autor, opšta ponuda nezamisliva zbog specifičnosti svakog pojedinog predmeta ugovora i različitih okolnosti pod kojima se ugovor ispunjava; opšti uslovi poslovanja često se primenjuju i pri sklapanju ugovora u veletrgovini, ali to još ne znači da je svaki takav ugovor sklopljen na temelju opšte ponude. - Barbić, J., *op. cit.*, str. 27.

drugačije ne proizlazi iz okolnosti slučaja ili običaja.³⁹⁴ Okolnost da li samostalno predstavljaju ponudu ili su njen sastavni deo nije od presudnog značaja, već je ključno da bitni sastojci omogućavaju potreban nivo individualizacije za ugovor.

Jedna od karakteristika opštih uslova poslovanja jeste da su upućeni neodređenom broju lica, neodređenom krugu subjekata, tj. nemaju u vidu konkretne ugovarače, već možemo reći da su upućeni javnosti kao jedna vrsta ponude, jer njima privredni subjekt nudi drugim licima da zaključe sa njim određeni ugovor primenom opštih uslova poslovanja. Druga karakteristika jeste da opšti uslovi poslovanja detaljno uređuju budući ugovorni odnos, te sadrže sve bitne elemente budućeg ugovora, a po pravilu i znatno više od toga (i sve sporedne elemente). Kada predstavljaju predlog za zaključenje ugovora koji sadrži sve bitne elemente budućeg ugovora, a imajući u vidu broj subjekata kojima su upućeni, tada možemo zaključiti da opšti uslovi poslovanja predstavljaju opštu ponudu za zaključenje ugovora.

Prethodno izloženo je važno kao jedan od kriterijuma za kvalifikaciju OUP kao (jedne vrste) ponude, jer se i u pravnoj teoriji za ponudu vezuje zahtev da ona treba da bude potpuna i precizna, odnosno, kako navodi M. Orlić, da u celosti obuhvati sadržinu nameravanog ugovora.³⁹⁵ Profesor Jankovec je na stanovištu da opšti uslovi predstavljaju ponudu za zaključenje ugovora, ako su ispunjene tri pretpostavke: ako su objavljeni na uobičajeni način; ako sadrže ozbiljnu nameru ponudioca da zaključi ugovor određene sadržine; **ako sadrže bitne sastojke** ugovora čijem su zaključenju namenjeni, odnosno „samo one bitne sastojke predloženog ugovora koje s obzirom na svoju prirodu i vrstu ugovora u pitanju mogu da sadrže“.³⁹⁶ M. Draškić ukazuje i da je u opštim uslovima u određenim delatnostima koje su javne službe, kao što su, na primer, pružanje komunalnih usluga, javni prevoz, PTT usluge i slično, „sve sadržano, pa i bitni elementi“.³⁹⁷

³⁹⁴ Videti član 33. našeg ZOO, koji određuje da predlog za zaključenje ugovora učinjen neodređenom broju lica, koji sadrži bitne sastojke ugovora čijem je zaključenju namenjen, važi kao ponuda, ukoliko drukčije ne proizlazi iz okolnosti slučaja ili običaja.

³⁹⁵ Orlić, M., *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, str. 242-243, koji nadalje ukazuje da je potrebno voditi računa o razlikama koje postoje između pojedinih ugovora, a u prvom redu o podeli ugovora na imenovane i neimenovane, te ukazuje da, za razliku od neimenovanih ugovora u kojima je potrebno da obuhvati potpunu sadržinu predloženog ugovora, ponuda kod imenovanih ugovora ne mora biti u toj meri široka i obuhvatna.

³⁹⁶ Jankovec, I., *Ugovori u privredi*, Beograd, 1983, str. 94-95; navedeno prema: Đurđević, M., *op. cit.*, str. 67.

³⁹⁷ Draškić, M., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (glavni redaktor S. Perović), Knjiga prva, Beograd, 1995, str. 82; navedeno prema: Đurđević, M., *op. cit.*, str. 67 i 79.

Da bi opšti uslovi poslovanja predstavljali ponudu potrebno je ili da sadrže u sebi bitne elemente elemente ugovora čijem uređenju su namenjeni ili da su sastavni deo ponude, koja da bi bila kvalifikovana kao ponuda treba da sadrži **sve bitne elemente budućeg ugovora**, tako da je podobna da njenim prihvatom nastane ugovor. Sadržina bitnih elemenata može biti **određena ili odrediva**³⁹⁸, odnosno moraju postojati kriterijumi (podaci ili elementi) na osnovu kojih se ona može odrediti. U svakom slučaju mora postojati minimalan sadržaj, oličen u smislu određenih ili odredivih bitnih elemenata, neophodan da prihvatom ponude koju sadrže nastane ugovor. Kada je reč o opštim uslovima, u praksi se češće sreće da su bitni elementi odredivi nego određeni. Pravna praksa svakodnevnog života u kome se ugovori zaključuju konkludentnim radnjama, što je možda najlakše uočiti na primeru ugovora o (javnom) prevozu, pokazuje da je prihvatanje ponude uz primenu opštih uslova poslovanja moguć i pre nego što je plaćena, čak i određena cena prevoza (prevoznina) kao bitan element. Potvrda ovakvog rezonovanja može se uočiti i u domaćim i stranim radovima, kao i u sudskoj praksi. Tako, na primer, M. Đurđević ističe da se pitanje da li opšti uslovi sadrže bitne elemente bez kojih ne mogu važiti kao ponuda, svodi na problem odredivosti bitnih elemenata na osnovu opštih uslova, te ako opšti uslovi sadrže podatke na osnovu kojih se oni mogu odrediti, onda se mora uzeti da opšti uslovi sadrže bitne sastojke, odnosno da važe kao ponuda, a u prilog ovom stavu citira i presude francuskih sudova da su opšti uslovi prevoza ponuda i pored toga što cena prevoza u njima nije određena, jer su se sudovi izričito izjasnili da postavljanje kola, na za to određeno mesto, predstavlja ponudu i da, sa druge strane, jednim nedvosmislenim gestom – otvaranjem vrata – putnik izražava nameru da zauzme mesto u kolima, te da se ugovor o prevozu smatra zaključenim čim putnik zauzme svoje mesto u kolima, nebitno da li je cena pre toga plaćena (dakle, da li je bio određen bitan element ugovora o prevozu) i da li može biti plaćena samo u kolima.³⁹⁹ Đurđević smatra da i odredba iz člana 684. našeg ZOO pokazuje da se može uspešno braniti teza po kojoj Zakon, pod bitnim sastojcima ugovora koje zahteva da bi predlog upućen neodređenom broju lica važio kao ponuda, podrazumeva blaži zahtev, da su bitni sastojci odredivi na osnovu opštih uslova: ako opšti uslovi sadrže podatke na osnovu kojih se oni mogu odrediti, bitni uslovi će biti određeni,

³⁹⁸ M. Draškić ističe da većina prava tretira problem određenosti elemenata kao problem punovažnosti celog ugovora, a ne samo punovažnosti ponude za ugovor. Videti: Draškić, M., *Ponuda i prihvatanje prema uniformnim pravilima i uporednom pravu*, u: Vukadinović, R. (ur.), *Načela evropskog ugovornog prava i Jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001, str. 141-142.

³⁹⁹ Đurđević, M., *op. cit.*, str. 80-81.

na osnovu tih podataka, u momentu zaključenja ugovora, tj. nikakva naknadna izjava stipulanta neće biti potrebna, već adherant, dajući potrebne podatke, omogućava njihovo potpuno određivanje.⁴⁰⁰ Konkretno, član 684. ZOO propisuje da prevoznik odgovara za sigurnost putnika od početka do završetka prevoza, kako u slučaju prevoza uz naknadu, tako i u slučaju besplatnog prevoza, te je dužan naknaditi štetu koja nastane oštećenjem zdravlja, povredom ili smrću putnika, izuzev ako je prouzrokovana radnjom putnika ili stranim uzrokom koji se nije mogao predvideti niti izbeći ili otkloniti.⁴⁰¹ Pošto Zakon propisuje da prevoznik odgovara „od momenta početka prevoza“, Đurđević ukazuje da to znači da se taj momenat uzima kao momenat u kome je ugovor zaključen, a ugovor u tom momentu može biti zaključen samo ako postoji ponuda i pristanak na nju, te ovaj autor zaključuje da to dalje znači da se „opštim uslovima za prevoz putnika“ priznaje dejstvo ponude, a njima putnik pristupa u momentu kada otpočne prevoz.⁴⁰² Dodatno, M. Đurđević ovaj stav potkrepljuje i na primeru ugovora o autobuskom prevozu u linijskom saobraćaju, kod koga putnik preciziranjem deonice daje elemente na osnovu kojih se automatski određuje naknada za prevoz bez dodatne izjave prevoznika; kao i kod prevoza taksijem, kada putnik odredi završnu tačku prevoza, naknadu za prevoz koju on treba da plati ne određuje više ni taksi prevoznik, nego taksimetar, automatski, na osnovu podataka za obračun, koji su na bazi elemenata iz tarife taksi prevoza uneti i memorisani u taksimetru, što potvrđuje pomenuti automatizam u određivanju bitnih sastojaka ugovora.⁴⁰³

Kada je reč o ugovoru o prodaji, treba uzeti u obzir razliku između ugovora o prodaji u građanskom i privrednom, tj. trgovinskom pravu, koja se ogleda u tome što se u ovom, najčešćem pravnom poslu u trgovinskom pravu, cena ne smatra bitnim elementom ugovora.⁴⁰⁴ S obzirom na navedeno, opšti uslovi prodaje u privrednom pravu koji sadrže

⁴⁰⁰ Đurđević, M., *op. cit.*, str. 82, koji se u fusnoti br. 210 poziva na stav profesora Ivice Jankoveca (Jankovec, I., *Ugovori u privredi*, Beograd, 1983, str. 95): „Uobičajeno je, na primer, da opšti uslovi ne sadrže količinu robe, nego se količina robe određuje prilikom zaključenja ugovora“.

⁴⁰¹ Videti član 684. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima.

⁴⁰² Đurđević, M., *op. cit.*, str. 81, koji na tom mestu dodaje: Da je drugačije, odnosno da Zakon ne polazi od toga da su opšti uslovi prevoza ponuda, u hipotezi da se prevoznina plaća po ulasku u vozilo, obaveza prevoznika ne bi nastajala u momentu početka prevoza, nego kada bude plaćena karta za prevoz, jer tek od tog momenta „postoje“ bitni elementi ugovora, pa i prevoznina.

⁴⁰³ Đurđević, M., *op. cit.*, str. 82.

⁴⁰⁴ Tako, članom 462. ZOO je propisano da ako ugovorom o prodaji cena nije određena, a ni ugovor ne sadrži dovoljno podataka pomoću kojih bi se ona mogla odrediti, ugovor nema pravno dejstvo. Kad ugovorom o prodaji u privredi cena nije određena, niti u njemu ima dovoljno podataka pomoću kojih bi se ona mogla odrediti, kupac je dužan platiti cenu koju je prodavac redovno naplaćivao u vreme zaključenja ugovora, a u nedostatku ove razumne cenu. Pod razumnom cenom smatra se tekuća cena u vreme zaključenja ugovora, a ako se ona ne može utvrditi onda cena koju utvrđuje sud prema okolnostima slučaja.

bitne elemente, a ne sadrže cenu, jesu ponuda u trgovinskim ugovorima, dok nisu ponuda u ugovorima građanskog prava.

U pravnoj nauci se opšta ponuda⁴⁰⁵ smatra jednom vrstom ponude javnosti, mada treba reći i da u ovoj oblasti postoji terminološka neujednačenost, pa se tako u literaturi koriste sledeći nazivi: ponuda javnosti, generalna ponuda, opšta ponuda, javna ponuda, ponuda neodređenom broju lica⁴⁰⁶ (*ad incertam personam*)⁴⁰⁷.

Naš Zakon o obligacionim odnosima pored ponude kao predloga za zaključenje ugovora koji je učinjen određenom licu⁴⁰⁸, reguliše i tri posebna oblika ponude neodređenom krugu subjekata, tj. javnosti (svima). U tom smislu govori o:

- opštoj ponudi⁴⁰⁹;
- izlaganju robe⁴¹⁰;
- slanju kataloga i oglasa⁴¹¹.

⁴⁰⁵ Barbić ukazuje da se u nekim pravima ne pravi razlika između opšte ponude i javnog obećanja nagrade, te da se tako, npr. po common law i francuskom pravu obećanje nagrade svrstava se pod slučajevne opšte ponude. Kod nas javno obećanje nagrade nije opšta ponuda, jer je ono regulisano u Zakonu o obligacionim odnosima kao poseban pravni institut (čl. 229 – 233. ZOO). Videti: Barbić, J., *op. cit.*, str. 29.

⁴⁰⁶ Profesor Jakov Radišić iznosi stav da se može reći da su slučajevi ponude neodređenom broju lica prilično sporni i nesigurni. Pri njihovom utvrđivanju nije dovoljno rukovoditi se jedino okolnostima konkretnog slučaja, već treba voditi računa i o običajima koji važe za pravno opštenje među ljudima, kao i o posebnim propisima svake zemlje. S druge strane, ističe ovaj autor, valja imati u vidu i činjenicu da su ponude neodređenom broju lica retko kad pojedinačne; one su, najčešće, složene, tj. ponudilac čini više istovrsnih ponuda koje mogu prihvatiti i više ponuđenih lica. Tako: Radišić, J., *Obligaciono pravo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 92.

⁴⁰⁷ O terminološkoj nedoslednosti, u vezi sa ovim pitanjem, u Zakonu o obligacionim odnosima i poređenju sa Opštim uzansama za promet robom (koje je 1954. godine doneo Plenum Glavne državne arbitraže) videti: Orlić, M., *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, str. 294-295, uz dalje upućivanje na: Draškić, M., *Zaključivanje ugovora o kupoprodaji*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1972, koji u svom radu ukazuje na teškoće terminološke i semantičke prirode u ovoj oblasti.

⁴⁰⁸ U našem pravu, u skladu sa članom 32. ZOO, ponuda je predlog za zaključenje ugovora učinjen određenom licu, koji sadrži sve bitne sastojke ugovora tako da bi se njegovim prihvatanjem mogao zaključiti ugovor. Ako su ugovorne strane posle postignute saglasnosti o bitnim sastojcima ugovora ostavile neke sporedne tačke za docnije, ugovor se smatra zaključenim, a sporedne tačke, ako sami ugovarači ne postignu saglasnost o njima, urediće sud vodeći računa o prethodnim pregovorima, utvrđenoj praksi između ugovarača i običajima.

⁴⁰⁹ Iako se u oba slučaja koristi termin ponuda, bitna razlika između ponude i opšte ponude jeste u određenosti subjekta kome se upućuje. Naime, bitna karakteristika opšte ponude jeste u tome što je upućena neodređenom broju lica, dok je ponuda upućena određenom licu.

⁴¹⁰ Prema rešenju sadržanom u članu 34. ZOO izlaganje robe sa označenjem cene smatra se kao ponuda, ukoliko drugačije ne proizilazi iz okolnosti slučaja ili običaja.

⁴¹¹ Slanje kataloga, cenovnika, tarifa i drugih obaveštenja, kao i oglasi učinjeni putem štampe, letaka, radija, televizije ili na drugi način, prema članu 35. stav 1. ZOO ne predstavljaju ponudu za zaključenje ugovora, nego samo poziv da se učini ponuda pod objavljenim uslovima. Ali stav 2. ovog člana propisuje da će pošiljalac takvih poziva odgovarati za štetu koju bi pretrpeo ponudilac, ako bez osnovanog razloga nije prihvatio njegovu ponudu.

Između izlaganja robe, sa jedne i slanja kataloga i oglasa, sa druge strane, postoji značajna razlika, jer izlaganje robe sa označenjem cene ima karakter ponude, dok javno oglašavanja u vidu slanja kataloga i oglasa ima karakter poziva da se učini ponuda (pod objavljenim uslovima)⁴¹². Ovakvo rešenje je bilo predviđeno u članovima 9. i 10. Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima⁴¹³, dok opšta ponuda nije bila predviđena Skicom, već je uneta prilikom pripreme nacrtu Zakona o obligacionim odnosima, što je, po mišljenju domaćih pravnih pisaca⁴¹⁴, učinjeno pod uticajem Italijanskog građanskog zakonika⁴¹⁵, dok su rešenja o izlaganju robe sa označenjem cene i javnom oglašavanju formulisana pod uticajem Švajcarskog Zakonika o obligacijama.

Nakon poređenja navedena tri oblika ponude koje su upućene neodređenom krugu subjekata, tj. javnosti, smatram da opšti uslovi poslovanja predstavljaju **opštu ponudu**, koju Zakon o obligacionim odnosima definiše kao predlog za zaključenje ugovora učinjen neodređenom broju lica, koji sadrži bitne sastojke ugovora čijem je zaključenju namenjen. Za ovakvu ponudu javnosti ZOO u članu 33. postavlja rešenje da ona važi kao⁴¹⁶ ponuda, ukoliko drugačije ne proizilazi iz okolnosti slučaja ili običaja. Iz navedenog pravila proizilazi da broj lica i određenost lica kojima je ponuda upućena odnosno učinjena, nisu od značaja za zaključak da li je ili nije reč o ponudi. Na neki način ovo rešenje je u neskladu sa članom 32. ZOO koji ponudu definiše kao predlog za zaključenje ugovora učinjen određenom licu, iz čega bi se zaključilo da određenost lica jeste od značaja za zaključak da li je ili nije reč o ponudi. Po ovom pitanju prof. dr Mladen Draškić iznosi stav da „određenost destinatera nije, dakle, *conditio sine qua non* ponude i da „čl. 33. našeg Zakona o obligacionim odnosima unekoliko derogira svoju sopstvenu definiciju ponude, datu u čl. 32.“, te nadalje ukazuje da je u najnovijim izvorima uniformnog prava upućenost

⁴¹² Ovo pokazuje da ponuda neodređenom krugu subjekata, tj. javnosti nije jedinstven pojam.

⁴¹³ Videti: Konstantinović, M., *Obligacije i ugovori: Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Službeni list SRJ, Beograd, 1996, str. 43.

⁴¹⁴ Ovakvo kombinovano rešenje u našem pozitivnom ugovornom pravu kritikuje M. Orlić: „Švajcarski sistem sadrži dva konkretna pravila za dve različite situacije, dok u Italijanskom građanskom zakoniku postoji samo jedno, opšte pravilo uz koje se predviđaju odstupanja pod određenim uslovima. Pokušaj kombinovanja navedena dva metoda u našem Zakonu o obligacionim odnosima čini se da nije uspeo. Od dva moguća pristupa trebalo je izabrati jedan da bi se mogao postići sklad u sistemu pravila o zaključenju ugovora. Ovako, izgleda kao da navedena pravila, bar u izvesnoj meri oduzimaju smisao jedno drugom.“ Videti detaljnije: Orlić, M., *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, str. 300-301.

⁴¹⁵ Konkretno reč je o članu 1336. stav 1. Italijanskog građanskog zakonika koji glasi: „Ponuda publici, koja sadrži bitna obeležja ugovora čijem je zaključenju namenjena, važi kao ponuda ukoliko drugačije ne proističe iz okolnosti ili običaja“, navedeno prema: Orlić, M., *op. cit.*, str. 294, fusnota br. 635.

⁴¹⁶ I M. Đurđević ukazuje da zakon ne napominje da su opšti uslovi ponuda. Umesto toga, Zakon se opredelio za odredbu u kojoj nabroja pretpostavke pod kojima će jedan predlog da se ugovor zaključi, kada je upućen neodređenom broju lica „važiti kao ponuda“. Videti: Đurđević, M., *op. cit.*, str. 66.

određenom licu ili određenim licima prestala da bude obavezno svojstvo ponude.⁴¹⁷ Sa druge strane, prof. dr Marko Đurđević ukazuje na nepreciznu formulaciju, tj. stilizaciju pomenutog člana zakona, te zaključuje da odredbu o predlogu za zaključenje ugovora upućenu neodređenom broju lica iz člana 33. našeg ZOO treba razumeti kao normu koja reguliše predlog za zaključenje ugovora upućen neodređenim licima, dok odredbu iz člana 32. stav 1. treba razumeti tako da se ona primenjuje na predloge upućene određenom licu, bez obzira na njihov broj.⁴¹⁸

Pod **opštošću** ponude uobičajeno se u literaturi podrazumeva da je ona upućena neograničenom i neodređenom broju subjekata, tako da svaki zainteresovani subjekt može prihvatiti⁴¹⁹ takvu opštu ponudu. Ali od ovog pravila su mogući i izuzeci, tj. mogu biti predviđena ograničenja. To se pre svega odnosi na situacije u kojima zainteresovani subjekt mora ispunjavati određene uslove⁴²⁰ da bi mogao da zaključi neki ugovor, tada je krug lica u određenom smislu ograničen. Pored toga u praksi je neretko slučaj da se opšti uslovi poslovanja odnose na samo jednu vrstu subjekata prava, samo na pravna lica ili samo na fizička lica⁴²¹. Korak dalje, čak se i opšta ponuda (samo) fizičkim licima ne mora odnositi na sva, već samo na ona fizička lica koja ispunjavaju određene uslove⁴²². Zatim, moguće je da određene bankarske poslove banka nudi samo rezidentima ili nudi pod različitim uslovima rezidentima i nerezidentima. Na taj način, kako vidimo, opšta ponuda

⁴¹⁷ Draškić, M., *Ponuda i prihvata prema uniformnim pravilima i uporednom pravu*, u: Vukadinović, R. (ur.), *Načela evropskog ugovornog prava i Jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001, str. 141, uz dalje upućivanje na UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora i Načela evropskog ugovornog prava.

⁴¹⁸ Đurđević, M., *op. cit.*, str. 68. Đurđević na ovom mestu ukazuje da neodređeni broj lica ne znači isto što i neodređena lica, kao i da se predlog može, teorijski posmatrano, uputiti neodređenom broju lica koja su određena. Zato, ovaj autor smatra da zakonodavac, pod formulacijom o predlogu upućenom neodređenom broju lica ima u vidu predlog upućen neodređenim licima, jer je cilj ponude kada se ona upućuje licima unapred neodređenih karakteristika u tome da ponudilac, pre svega, hoće zaključenje ugovora, i to u što većem broju, dok je ličnost lica sa kojim će zaključiti ugovor, u principu, za njega bez značaja.

⁴¹⁹ Tada sadržina opštih uslova poslovanja postaje sadržina individualnog ugovora koji je zaključen.

⁴²⁰ Na određena ograničenja koja mogu biti predviđena u opštim uslovima ukazuje i Jankovec: „Tako, na primer, saglasnost za priključenje električnih uređaja (a to znači i zaključenje ugovora o isporuci električne energije) mogu zahtevati samo ona lica čiji uređaji ispunjavaju propisane uslove.“. Videti: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 266.

⁴²¹ Tako, na primer, pojedine banke imaju dve vrste opštih uslova poslovanja, jedne koje važe za fizička lica i druge koji su opšta ponuda pravnim licima.

⁴²² Tako, na primer, banke daju jednu opštu ponudu za oročenje depozita do i od određenog uslova. Polazeći od svojih interesa i poslovne politika, banke često ne daju istu ponudu za lice koje je spremno da oroči 100 i, na primer, 40.000 evra.

je u određenom smislu ograničena, ali je i dalje namenjena masovnom zaključenju ugovora sa neodređenim brojem neodređenih lica.

S obzirom na nameru kreatora opštih uslova poslovanja da po njima posluje, po pravilu, relativno duži vremenski period, te da zaključi veliki broj ugovora koje će regulisati OUP, može se dodati da, pored toga što predstavljaju opštu ponudu, predstavljaju i permanentnu, tj. **stalnu** ponudu. To znači da dejstvo opštih uslova poslovanja kao opšte ponude nije vremenski ograničeno i takva ponuda postoji sve vreme dok privredni subjekt posluje korišćenjem objavljenih opštih uslova poslovanja, tj. dok ih ne izmeni i/ili dopuni ili ne zameni novim. I u literaturi se uobičajeno ističe da stalnost ovakve ponude proizilazi iz redovne i trajne delatnosti⁴²³ tog privrednog subjekta i da ona važi sve dotle dok su na snazi opšti uslovi⁴²⁴. Komentatori Zakona o obligacionim odnosima ukazuju i na karakteristiku ovakve ponude da se ona ne gasi time što ju je prihvatilo jedno lice ili više njih, već da traje sve dok ne protekne vreme vezanosti ponudioca ovakvom ponudom, kao i da na osnovu nje može biti sklopljeno više ugovora iste sadržine sa istim ili različitim licima⁴²⁵. To pokazuje da se korišćenjem jednih opštih uslova poslovanja kao opšte ponude može zaključiti praktično bezbroj ugovora, tj. da im se važenje ne iscrpljuje u jednom zaključenom ugovornom odnosu.

U pravnoj teoriji se stalnost ponude javnosti vezuje za Ripera, koji je tvorac teorije da se predlogom da se ugovor zaključi može smatrati ne samo predlog koji je nastao i realizovao se zaključenjem jednog ugovora, već i predlog kojim se jednom, ali za stalno, nudi javnosti zaključenje određenih ugovora, u principu iste vrste.⁴²⁶ Riper ukazuje da je pošiljalac tog predloga uvek pravno lice i da je tada reč o stalnom predlogu za zaključenje ugovora, odnosno o permanentnoj ponudi.⁴²⁷ M. Đurđević sažima stanovišta francuskih teoretičara, po kojima opšte uslove formuliše lice (stipulant) koje poseduje unutrašnju

⁴²³ Tako, prof. dr Slobodan Perović, u vezi sa opštim uslovima i podelom ugovora prema tehnici i načinu zaključenja, ističe da stalnost ponude znači da je stranka stalno ponavlja, odnosno da ponuda proizilazi iz redovne i trajne delatnosti te stranke. Videti: Perović, S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981, str. 218.

⁴²⁴ To ističe: Jankovec, I., *ibidem*.

⁴²⁵ Videti: Draškić, M., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori Borislav Blagojević i Vrleta Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 128.

⁴²⁶ Ovakvo dvostruko dejstvo opštih uslova poslovanja je u ovoj disertaciji razmatrano kroz postavku: opšti uslovi poslovanja u statici i dinamici.

⁴²⁷ Ripert, G., *Droit maritime*, T. II, Paris, 1952, str. 318; navedeno prema: Đurđević, M., *op. cit.*, str. 69, koji u nastavku ukazuje da su ovu teoriju prihvatili Pikar i Beson u svojoj analizi zaključenja ugovora o osiguranju (te na istom mestu upućuje na: Picard, M., Besson, A., *Les assurances terrestres en droit français*, 2^{ème} ed., Paris, 1964, str. 647.).

organizaciju koja je „predodređena za zaključenje ugovora“⁴²⁸, te da je namera stipulanta da zaključuje ugovore stalna, tj. izražava se „jedanput za svagda“⁴²⁹.

Opšte uzanse za promet robom⁴³⁰ koriste termin generalna ponuda, propisujući da je ugovor zaključen po pristupanju kad jedna stranka prihvati generalnu ponudu druge stranke za zaključenje ugovora. Kao generalna ponuda smatraju se opšti uslovi pod kojima ponudilac nudi zaključenje ugovora, bez obzira u kom su obliku dati.⁴³¹

Opređenje zakonodavca da predlog neodređenom krugu lica bude ponuda ili poziv da se učini ponuda ima izuzetno veliki praktični pravni domašaj, naročito za pitanje odgovornosti. Naime ukoliko zainteresovani subjekt prihvati opštu ponudu tada je ugovor zaključen i ukoliko sada ugovorna strana koja je učinila opštu ponudu (tada ponudilac) nije u mogućnosti da ispuni ugovornu obavezu, odgovara za neispunjenje ugovora. To upravo u oblastima u kojima se opšti uslovi poslovanja koriste kao opšta ponuda može biti značajno, jer se može desiti da kreator opštih uslova poslovanja nema na lageru potrebnu količinu robe u situaciji kada veći broj lica prihvati njegovu opštu ponudu. Stoga smatam da je za kreatore opštih uslova poslovanja bolje da navedu (opredele) da njihovi opšti uslovi poslovanja predstavljaju poziv da se učini ponuda i da ih to stavlja u povoljniji položaj i omogućava efikasnije sagledavanje i staranje o svojim interesima. Mišljenja sam da je najbolje da kreator opštih uslova poslovanja posebnom klauzulom uredi⁴³² pitanje kada se ugovor smatra zaključenim.

⁴²⁸ Carbonnier, J., *Les obligations*, Paris, 1998, str. 87, navedeno prema: Đurđević, M., *op. cit.*, str. 70.

⁴²⁹ Aubert, L., *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, 1970, str. 20-22; navedeno prema: Đurđević, M., *op. cit.*, str. 70, koji nadalje ukazuje da u pravnoj literaturi (Chabas, J., *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Paris, 1931, str. 31) postoji i mišljenje po kome je svaka ponuda koja se održava određeno vreme stalna, odnosno stalna ponuda za to vreme, što bi značilo da svaka ponuda koja je neopoziva za određeno vreme jeste stalna ponuda. Međutim, Đurđević na citiranom mestu ističe da se stalnost, kao svojstvo opštih uslova, ne odnosi na vezanost njihovog autora svojim predlogom, nego na nameru stipulanta da se obavezuje.

⁴³⁰ Iako su stupanjem na snagu Zakona o obligacionim odnosima (u skladu sa članom 1107. stav 1. ZOO) Opšte uzanse za promet robom izgubile karakter dispozitivnih normi u privrednim sporovima koji su imale pred privrednim sudovima (kada su se primenjivale iako se stranke nisu na njih pozvale, tj. bilo je dovoljno da njihovu primenu nisu isključile), one se i danas primenjuju na obligacione odnose ako su strane u obligacionim odnosima ugovorile njihovu primenu ili ako iz okolnosti proizlazi da su njihovu primenu htele. Videti član 21. stav 2. i Stanković, O, u: Stanković, O., Vodinić, V., *op. cit.*, str. 47-48.

⁴³¹ Opšti uslovi čine sadržinu ugovora i obavezuju stranku koja pristupa samo ukoliko su joj bili poznati u trenutku zaključenja ugovora. Smatra se da su opšti uslovi bili poznati stranci koja pristupa, ako su joj pre zaključenja ugovora bili predati, ili su bili objavljeni na propisan ili uobičajen način. Videti uzansu broj 32 Opštih uzansi za promet robom („Sl. list FNRJ“, broj 15/54).

⁴³² Slično ističe i prof. dr Jakša Barbić: „Općenito je poželjno da se u općoj ponudi što detaljnije preciziraju uvjeti za prihvatanje, kako se izbjegle opasnosti sklapanja neželjenih ugovora.“ Videti: Barbić, J., *Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja)*, Informator, Zagreb, 1980, str. 29.

U pogledu međusobnog odnosa opštih uslova poslovanja i opšte ponude, može se zaključiti da se između njih ne može staviti znak jednakosti koji bi važio uopšteno. Niti su opšti uslovi poslovanja uvek opšta ponuda, niti opšta ponuda uvek podrazumeva opšte uslove poslovanja. Opšti uslovi poslovanja mogu biti opšta ponuda, ali i ne moraju i neće uvek biti. Mogu biti i sastavni deo ponude ili poziv da se ponuda uputi u skladu sa uslovima koje sadrže. Sa druge strane, opšta ponuda mogu biti opšti uslovi poslovanja, ali može postojati i opšta ponuda koja ne uključuje opšte uslove poslovanja.

Ipak, bez obzira na ovaj opravdan pravnoteorijski stav, kada se analizira poslovna praksa u vezi sa opštim uslovima poslovanja, stiče se utisak da su oni najčešće sastavni deo ponude tako što se u ponudi izričito ukazuje na njihovo uključivanje, primenu, upućivanje, tj. pozivanje na njih ili su sami (po sebi) opšta ponuda, kada sadrže bitne elemente.

U pravnoj teoriji koja je tumačila odredbu člana 33. ZOO koji se odnosi na opštu ponudu, poznato je da Barbić zauzima stav da opšti uslovi poslovanja nisu opšta ponuda, ali istovremeno priznaje da u literaturi Draškić, Perović, Bukljaš i Vizner zauzimaju stavove po kojima se opštim uslovima poslovanja pripisuje svojstvo opšte ponude, a sličnost se obrazlaže time da se opštim uslovima po pravilu nudi sklapanje ugovora pod istim uslovima svim ugovaračima sa kojima se ugovor želi sklopiti, a to se čini i opštom ponudom – ona je upućena neodređenim osobama i sa svakom koja je prihvati biće sklopljen ugovor istog sadržaja.⁴³³ Đurđević takođe zastupa stav da opšti uslovi mogu da budu domen primene člana 33. ZOO, te da mogu ispunjavati i, u većini praktičnih slučajeva, ispunjavaju pretpostavke da bi „važili kao ponuda“, s tim da napominje da postojanje tih pretpostavki treba proveriti u svakom konkretnom slučaju: (1) oni su predlog da se ugovor zaključi i to stalan, jer se namera za zaključenje ugovora kod stipulanta ne iscrpljuje zaključenjem prvog ugovora, niti prestaje nastankom samo jednog ugovora; (2) oni su konačan predlog upućen neodređenim licima, čak i kada su namenjeni zaključenju

⁴³³ Draškić (Draškić, M., u: Blagojević, B., Krulj, V., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1980, str. 122) smatra da se u članu 33. ZOO reguliše ponuda za sklapanje ugovora sadržana u opštim uslovima poslovanja; Perović (Perović, S., Stojanović, D., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Gornji Milanovac – Kragujevac, 1980, str. 201); Bukljaš (Bukljaš, I., *Komentar Zakona o obveznim odnosima – Opći i posebni dio obligacija*, Zagreb, 1978, str. 23); Vizner (Vizner, B., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Zagreb, 1978, str. 179) koji razlikuje opštu ponudu od opštih uslova poslovanja koje naziva generalnom ponudom, što je tautologija. – navedeno prema: Barbić, J., *Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja)*, Informator, Zagreb, 1980, str. 27, koji na istom mestu iznosi stav da sličnost između opštih uslova i opšte ponude ipak nije u tom pogledu potpuna, jer uz opšte uslove dolazi i onaj deo ponude koji mora biti individualizovan, a tu se već mogu pojaviti razlike, dok kod opšte ponude ne može biti ni tih razlika.

ugovora koji po svojoj prirodi vode računa o ličnim kvalitetima i osobinama adheranta ili sadrže klauzulu o tome; (3) opšti uslovi ne sadrže, u principu, bitne sastojke ugovora, ali sadrže podatke na osnovu kojih se bitni sastojci mogu odrediti i koji postaju potpuno određeni u momentu zaključenja ugovora⁴³⁴.

Pored toga što različita nacionalna prava različito uređuju ovo pitanje, treba reći da ga izvori ugovornog prava pojedinih država i ne pominju, tj. posebno ne uređuju.⁴³⁵ Starije međunarodne konvencije, takođe, po pravilu ne uređuju posebno pitanje opštih uslova poslovanja tj. opšte ponude.⁴³⁶ Novije međunarodne konvencije su bliže opredeljenju da ili ne pominju opštu ponudu, tj. ponudu javnosti kao posebnu kategoriju ili ako je i pominju, predviđaju isti pravni režim za ponudu i opštu ponudu.

Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (poznatija kao Bečka konvencija) predlog upućen neodređenom broju lica smatra samo kao poziv da se učini ponuda, izuzev ako lice koje čini takav predlog jasno ne ukaže na suprotno.⁴³⁷

⁴³⁴ Đurđević, M., *op. cit.*, str. 82-83.

⁴³⁵ Tako, na primer, švajcarsko pravo; dok opšte pravilo italijanskog prava (stav 1.) sadrži istovetno rešenje kao i naš ZOO. Konkretno, član 1341. italijanskog građanskog zakonika (Il Codice Civile Italiano, dostupan na: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/codciv/Codciv.htm) propisuje da opšti uslovi ugovora određeni od strane jednog ugovarača obavezuju drugu ugovornu stranu ako je u trenutku zaključenja ugovora bila sa njima upoznata ili je, postupajući sa uobičajenom pažnjom, sa njima morala biti upoznata. Međutim, u stavu 2. ovog člana Il Codice Civile Italiano propisuje da bi bili punovažni, određeni uslovi ugovora koji su unapred pripremljeni od strane jedne ugovorne strane moraju biti posebno odobreni u pisanom obliku od strane druge strane. Ovo se odnosi, između ostalog, na klauzule kojima se isključuje ili ograničava odgovornost, arbitražne klauzule i klauzule koje se odnose na sudsku nadležnost. Italijanski Građanski zakonik se izdvaja jer se smatra prvim građanskim zakonikom u kome su se našle odredbe o regulisanju opštih uslova formularnih ugovora.

⁴³⁶ O tome: Orlić, M., *op. cit.*, str. 294. Tako Haški Jednoobrazni zakon o zaključenju ugovora o prodaji telesnih pokretnih stvari (iz 1964. godine) ne pominje ponudu javnosti, već samo ponudu učinjenu određenom licu. „Ali razlike tu ne prestaju. Ponekad se isti primeri ponuda javnosti drugačije kvalifikuju u pravnim sistemima između kojih inače ima mnogo sličnosti. Tako se u švajcarskom, francuskom i našem pravu izlaganje stvari sa označavanjem cene posmatra kao istinska ponuda, dok se istovetan slučaj prema vladajućem shvatanju u nemačkom i engleskom pravu kvalifikuje kao poziv upućen neodređenom broju lica da učine ponudu pozivaocu.” – Orlić, M., *ibidem*.

⁴³⁷ Videti član 14. stav 2. Zakona o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe („Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, broj 10-1/84). Prema rešenju sadržanom u članu 14. stav 1. Bečke konvencije, predlog za zaključenje ugovora upućen jednom ili više određenih lica predstavlja ponudu ako je dovoljno određen i ako ukazuje na nameru ponudioca da se obaveže u slučaju prihvatanja. Predlog je dovoljno određen ako označava robu i izričito ili prećutno utvrđuje količinu i cenu ili sadrži elemente za njihovo utvrđivanje. Detaljnije videti: Schroeter, U., Article 14, u: *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (Schlechtriem, P., Schwenzer, I., eds.), Oxford University Press, Oxford, 2010, str. 257-296; Ferrari, F., Article 14, u: *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A Commentary* (Kröll, S., Mistelis, L., Perales Viscasillas, P., eds.), C.H. Beck - Hart - Nomos, München, 2018, str. 222-242.

Načela evropskog ugovornog prava ne razdvajaju posebno ponudu (u klasičnom smislu reči, kako je tradicionalno shvataju nacionalna zakonodavstva, kao ponudu za ugovor) od ponude javnosti, odnosno nemaju posebna rešenja u zavisnosti od toga da li je ponuda kao inicijativa za zaključenje ugovora upućena određenom ili neodređenom licu ili krugu lica. Načela evropskog ugovornog prava predviđaju isti – jedinstveni pravni režim i za ponudu upućenu određenom licu (licima) i za ponudu javnosti. Tako, nakon definisanja da je predlog ugovora ponuda: (a) ako je učinjen u nameri da dovede do ugovora ukoliko ga druga strana prihvati i (b) ako sadrži dovoljno određene uslove da bi se mogao zaključiti ugovor, Načela eksplicitno navode da se ponuda može uputiti određenom licu, odnosno određenim licima ili javnosti.⁴³⁸ Stav 3. ovog člana Načela sadrži dodatno pravilo po kome se predlog da se isporuče roba ili usluge po određenoj ceni učinjen u javnom oglasu ili katalogu, ili izlaganjem robe, smatra kao ponuda za prodaju ili isporuku po toj ceni, sve dok se zalihe robe ne isprazne, odnosno dok se ne iscrpi mogućnost isporučioaca da pruža date usluge.⁴³⁹ Kada je reč o opozivosti ponude, Načela sadrže posebno pravilo za ponudu javnosti u članu 2:202, po kome se ponuda upućena javnosti može opozvati istim sredstvima koja su korišćena za upućivanje ponude.⁴⁴⁰

Na sličan način, ponudu regulišu i UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora, pravilom po kome predlog za zaključenje ugovora predstavlja ponudu ako je dovoljno određen i ako izražava nameru ponudioaca da bude vezan ugovorom u slučaju prihvata ponude⁴⁴¹. Iz same formulacije ovog člana proizlazi da pitanje (ne)određenosti lica kome je ponuda upućena nije pravnorelevantno za pojam ponude, već da su to samo dva navedena kriterijuma, čija bi se ispunjenost cenila u svakom konkretnom slučaju. Zvaničan komentar UNIDROIT-a uz ovaj član precizira da će po pitanju ispunjenosti zahteva za izraženom namerom za zaključenje ugovora, od najvećeg značaja biti pitanje sadržine i adresata. Tako, navodi se u komentaru, (1) načelno se može reći da što je predlog detaljniji i određeniji, to je izvesnije da će biti shvaćen kao ponuda; (2) predlog koji je upućen jednom ili više određenih lica je izvesnije da je namenjen kao ponuda nego onaj koji je upućen široj javnosti.⁴⁴²

⁴³⁸ Videti član 2:201 st. 1-2. Načela evropskog ugovornog prava.

⁴³⁹ Član 2:201 stav 3. Načela evropskog ugovornog prava.

⁴⁴⁰ Videti član 2:202 stav 2. Načela evropskog ugovornog prava.

⁴⁴¹ Član 2.1.2. UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora.

⁴⁴² Videti: International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 37.

Dejstvo ponude: Kada opšti uslovi poslovanja imaju karakter ponude javnosti, tj. kada predstavljaju opštu i stalnu ponudu (ili njen sastavni deo), tada oni proizvode pravno dejstvo kao i ponuda. Da bi počeli da važe, tj. da bi proizvodili pravno dejstvo moraju biti saopšteni⁴⁴³, a s obzirom da su upućeni unapred neodređenom i neograničenom krugu lica, važe od kada su objavljeni na adekvatan, tj. uobičajeni način, tako da se zainteresovani subjekti mogu upoznati sa njihovom sadržinom. Dok važe na ovakav način možemo reći da predstavljaju opšte uslove poslovanja *u statici*. Može se zaključiti da opšti uslovi poslovanja *u statici* važe od trenutka objavljivanja na uobičajen (predviđen) način.

Dok važe, oni obavezuju subjekta koji ih je kreirao i objavio da održi ponudu i može se reći da predstavljaju izraz namere subjekta koji ih je kreirao da drži otvorenom⁴⁴⁴ takvu ponudu i bude obavezan⁴⁴⁵ takvom ponudom. Drugim rečima, ponuda kao kvalifikovana inicijativa za zaključenje ugovora ima značajna pravna dejstva koja nastaju u dva pravca – sa jedne strane nastaje obaveza ponuđača da održi ponudu na snazi određeno vreme, a sa druge strane nastaje pravo ponuđenog da blagovremenim prihvatom ponude stvori ugovor (moć prihvata, eng. *power of acceptance*)⁴⁴⁶. Ovakvo dejstvo OUP proizvode ili do trenutka zaključenja ugovora, kada počinju da važe na drugačiji način ili dok privredni subjekt ne stavi van snage svoje opšte uslove poslovanja ili ih zameni novim.

⁴⁴³ Način saopštavanja adresovanih izjava se razlikuje kod prisutih (*inter praesentes*) i odsutnih lica (*inter absentes*), ali u svakom slučaju se polazi od teorije prijema, tj. da lice kome je izjava upućena treba da primi izjavu da bi ona proizvodila pravna dejstva. Razlika između prisutnih i odsutnih lica se ne pravi prema prostornoj, fizičkoj, odnosno geografskoj udaljenosti, već prema tome da li lice odmah saznaje za sadržinu izjave ili je za to potrebno određeno vreme. Tako se prisutnim licem smatra ono kome se izjava upućuje tokom telefonskog razgovora, dok se odsutnim smatra ono kome se izjava upućuje putem pošte, faksa, SMS-a, mejla. Imajući u vidu da je ponudilac vezan ponudom od časa njene perfekcije, kao časa od kada ponuda pravno postoji, čas perfekcije se razlikuje za prisutna i odsutna lica. Izjava prisutnom licu perfektna je odmah, u času saopštenja, dok je izjava volje učinjena odsutnom licu, faktički perfektna u času kada prestane mogućnost izjavioca da utiče na nju, njenu sadržinu i na njeno dalje postojanje. Detaljnije: Vodinić, V., *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd, 2014, str. 443-444.

⁴⁴⁴ Tako: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 266.

⁴⁴⁵ Razmatrajući pitanje uloge opštih uslova u zaključenju ugovora, M. Đurđević ukazuje da pitanje da li je u ugovoru po pristupu ponudilac stipulant ili adherant ima praktični značaj, te da je položaj ponudioca teži jer se on mora pridržavati ponude pod određenim uslovima i za određeno vreme i to nezavisno od toga da li će ponuda biti prihvaćena ili ne. Videti: Đurđević, M., *Ugovor po pristupu* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 56.

⁴⁴⁶ Ova dva pravna dejstva razgraničavaju pojam ponude za ugovor od ostalih inicijativa za zaključenje ugovora, jer je svaka ponuda za ugovor uvek inicijativa za zaključenje ugovora, ali nije nužno svaka inicijativa za zaključenje ugovora istovremeno i ponuda. O tome opširnije videti: Draškić, M., *Ponuda i prihvata prema uniformnim pravilima i uporednom pravu*, u: Vukadinović, R. (ur.), *Načela evropskog ugovornog prava i Jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaće zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001, str. 139 i dalje.

Pitanje obaveznosti, opoziva i povlačenja opštih uslova poslovanja kao sastavnog dela ponude: Ako pitanje OUP u statici posmatramo kao sastavni deo ponude, onda se pitanje obaveznosti i opozivosti OUP u statici može posmatrati suštinski kao pitanje obaveznosti i opozivosti ponude (koja uključuje OUP). U rešenju tog pitanja, različita nacionalna zakonodavstva daju različite odgovore, a odredbe o ovom pitanju su sadržane i u nadnacionalnim izvorima. Uporednopravno posmatrano, može se reći da postoji razlika između opoziva (eng. *revocation*) i povlačenja (eng. *withdrawal*) ponude. Povlačenje ponude poznaju sva nacionalna zakonodavstva, dok njen opoziv nije moguć u svim nacionalnim pravima niti u svim situacijama, pri čemu se, najkraće, prema stanovištu profesora Mladena Draškića razlika pravi na način da je povlačenje akt koji sprečava da ponuda, čak i ako je neopoziva, uopšte stekne svoje pravno dejstvo, dok opoziv okončava dejstvo ponude, koja je već postala efektivna.⁴⁴⁷

Prema rešenju sadržanom u našem pozitivnom pravu, ponudilac je vezan ponudom izuzev ako je svoju obavezu da održi ponudu isključio ili ako to isključenje proizlazi iz okolnosti posla. Ponuda se, u našem pravu, može opozvati samo ako je ponuđeni primio opoziv pre prijema ponude ili istovremeno sa njom.⁴⁴⁸ Ovakvo rešenje pokazuje da je u srpskom pravu ponuda, po pravilu, neopoziva, naročito ako se imaju u vidu i rešenja sadržana u članu 37. ZOO koji uređuje pitanja do kada ponuda obavezuje. Tako, ponuda u kojoj je određen rok za njeno prihvatanje obavezuje ponudioca do isteka tog roka, a ako je ponudilac u pismu ili telegramu odredio rok za prihvatanje, smatraće se da je taj rok počeo teći od datuma označenog u pismu, odnosno od dana kada je telegram predat pošti, dok u

⁴⁴⁷ Tako: Draškić, M., *Ponuda i prihvata prema uniformnim pravilima i uporednom pravu*, u: Vukadinović, R. (ur.), *Načela evropskog ugovornog prava i Jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaće zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001, str. 143-144, koji dalje ukazuje da je gotovo potpuna sloboda opoziva zastupljena u *common law* sistemu, s tim da je ovo striktno pravilo o opozivosti ponude pretrpelo, pod uticajem potreba trgovine u poslednje vreme značajnu evoluciju u nekim zemljama *common law* sistema, te da je tako u čl. 2-205 američkog Jednoobraznog trgovačkog zakonika određeno da je tzv. čvrsta ponuda neopoziva (pri čemu je period neopozivosti ograničen na najduže tri meseca). Romanska prava (francusko i italijansko) smatraju, kako navodi dalje Draškić, takođe ponudu opozivom, ali predviđaju mnogo šira odstupanja od tog pravila, jer u osnovi pravila o opozivosti ponude leži dogma rimskog prava da jedino ugovor može da stvori pravnu obavezu, pa zato ponuda ne može biti obavezna. Ističe da je u toj evoluciji francusko pravo došlo do srednjeg rešenja, po kome je neoročena ponuda uvek opoziva, ali ponudač može ponudi dati obavezno dejstvo određivanjem roka za prihvata, dok nacionalna prava tzv. germanskog pravnog kruga (nemačko, švajcarsko i austrijsko) načelno priznaju ponudi obavezno dejstvo, tako što opoziv ponude u ovim pravima po pravilu nije dozvoljen, što je uticalo i na rešenje u članu 36. našeg Zakona o obligacionim odnosima. Nakon svoje uporednopravne analize, Draškić zaključuje da ponudač može u svim pravima da zadrži pravo opoziva, tj. da je to dozvoljeno i u zemljama u kojima je ponuda u načelu neopoziva i da ovo pravo ponudači u trgovini često koriste, te da ponuda može biti opozvana sve do prihvata, čime ponudač obezbeđuje sebi mogućnost da uzme u obzir i najnoviji razvoj stanja na tržištu prilikom odlučivanja.

⁴⁴⁸ Član 36. Zakona o obligacionim odnosima.

slučaju da pismo nije datirano, rok za prihvatanje ponude teče od dana kad je pismo predato pošti.⁴⁴⁹ Ponuda učinjena odsutnom licu, u kojoj nije određen rok za prihvatanje, vezuje ponudioca za vreme koje je redovno potrebno da ponuda stigne ponuđenom, da je ovaj razmotri, o njoj odluči i da odgovor o prihvatanju stigne ponudiocu.⁴⁵⁰ Zbog toga bi u svakom konkretnom slučaju u kome se procenjuje pitanje vremenskog trajanja obaveznosti ponude koja uključuje OUP trebalo imati u vidu ova tri roka: (1) rok da ponuda stigne, (2) primereni rok za razmatranje, promišljanje i odlučivanje o ponudi i (3) rok da stigne odgovor ponudiocu, ali pri tome trajanje primerenog roka za razmatranje, promišljanje i odlučivanje ponuđenog ne bi moglo biti istovetno i jednako u svakom slučaju, već bi ono moralo da zavisi od obima i složenosti OUP koji su sastavni deo ponude, jer ukoliko su opšti uslovi obimni, detaljni i komplikovani⁴⁵¹, to bi svakako zahtevalo nešto duže vreme nego kada je reč o kraćoj ponudi koja ne uključuje OUP.

Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe sadrži pravila i za povlačenje i za opoziv ponude. Konkretno, ponuda, čak i kad je neopoziva, može da se povuče ako je povlačenje stiglo ponuđenom pre ili u isto vreme kada i ponuda.⁴⁵² Sa druge strane, Bečka konvencija predviđa da sve dok se ugovor ne zaključi, ponuda može da se opozove, ako opoziv stigne ponuđenom pre nego što je on otposlao svoj prihvata. Ponuda, međutim, ne može da se opozove: (a) ako je u njoj naznačeno, bilo time što je određen rok za prihvatanje ili na drugi način, da je neopoziva; (b) ako je ponuđeni razumno verovao da je ponuda neopoziva i ponašao se saglasno tome.⁴⁵³ Slično rešenje sadrže i Načela evropskog ugovornog prava, po kojima se ponuda može opozvati ako opozivanje bude dostavljeno na adresu ponuđenog pre nego što je on otposlao prihvatanje, odnosno, u slučaju prihvatanja koje se sastoji u nekoj radnji, pre nego što je ugovor zaključen. Ponuda upućena javnosti može se opozvati istim sredstvima koja su korišćena za upućivanje ponude. Ali, opozivanje neće proizvoditi dejstvo: (a) ako se u ponudi navodi da je neopoziva; ili (b) ako je u ponudi određen rok za njeno prihvatanje; ili (c) ako je bilo

⁴⁴⁹ Videti član 37. st. 1-3. Zakona o obligacionim odnosima.

⁴⁵⁰ Član 37. stav 4. Zakona o obligacionim odnosima.

⁴⁵¹ Slično, govoreći uopšteno o ponudi (bez opštih uslova poslovanja): Draškić, M., *Ponuda i prihvata prema uniformnim pravilima i uporednom pravu*, u: Vukadinović, R. (ur.), *Načela evropskog ugovornog prava i Jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaće zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001, str. 147-148.

⁴⁵² Videti član 15. stav 2. Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

⁴⁵³ Član 16. Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

razumno očekivati da će se ponuđeni osloniti na to da je ponuda neopoziva i on je to učinio.⁴⁵⁴

U pogledu vremenskog trajanja obaveznosti ponude, Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe propisuje da će prihvatanje ponude biti bez dejstva ako izjava o saglasnosti ne stigne ponudiocu u roku koji je on odredio ili ako nije odredio rok u razumnom roku, vodeći računa o okolnostima posla i brzini sredstava komunikacije koje je koristio ponudilac.⁴⁵⁵ Iz ove formulacije se zaključuje da ponuda obavezuje u roku koji ponudilac sam odredi, a ukoliko rok nije određen, onda se poziva na standard razumnog roka, što znači da će se konkretno vreme kao faktičko pitanje, ceniti u svakom pojedinačnom slučaju, prema opisanim parametrima, odnosno elementima. Pažnje vredno rešenje daju Načela evropskog ugovornog prava, koja nakon određenja značenja termina koja koriste, sadrže i preciziranje šta se smatra razumnim. Tako, u smislu Načela smatra se razumnim ono što bi lica koja postupaju savesno i nađu se u istoj situaciji kao ugovorne strane, smatrala razumnim. Prilikom ocene šta se smatra razumnim treba naročito voditi računa o prirodi i cilju ugovora, okolnostima slučaja i običajima i praksi koji vladaju unutar grane ili profesije o kojoj se radi.⁴⁵⁶

UNIDROIT principi međunarodnih trgovinskih ugovora propisuju da ponuda proizvodi pravno dejstvo od trenutka kada je dostavljena⁴⁵⁷ ponuđenom. Ponuda, čak i kad je neopoziva, može biti povučena ako povlačenje stigne ponuđenom pre ili istovremeno sa ponudom.⁴⁵⁸ Dok se ugovor ne zaključi, ponuda se može opozvati ako opoziv stigne ponuđenom pre nego što je odaslao prihvata. Međutim, ponuda se ne može opozvati: (a) ako ukazuje, bilo navođenjem fiksnog vremena za prihvata ili na drugi način, da je neopoziva ili (b) ako je bilo razumno za ponuđenog da veruje da je ponuda neopoziva i ako je ponuđeni postupao pouzdavši se u ponudu.⁴⁵⁹

Zadocneli prihvata: Iz razloga pravne sigurnosti, zakasneli prihvata (izvan roka koji je ponuđač sam odredio ili koji je određen merodavnim pravom), po pravilu, ne dovodi do zaključenja ugovora. Ukazujući na značaj ovog pitanja naročito kod rokova obaveznosti

⁴⁵⁴ Videti član 2:202. Načela evropskog ugovornog prava.

⁴⁵⁵ Usmena ponuda mora biti prihvaćena odmah, izuzev ako okolnosti ne ukazuju na suprotno. Videti član 18. stav 2. Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

⁴⁵⁶ Član 1:302 Načela evropskog ugovornog prava.

⁴⁵⁷ Prema članu 1.10. stav 3. UNIDROIT principa međunarodnih trgovinskih ugovora, pod pojmom „dostavljena” smatra se kada je saopštena usmeno ili uručena u mestu poslovanja ili na mejl adresu.

⁴⁵⁸ Član 2.1.3. UNIDROIT principa međunarodnih trgovinskih ugovora .

⁴⁵⁹ Videti član 2.1.4. UNIDROIT principa međunarodnih trgovinskih ugovora. Detaljnije, sa komentarom člana i ilustracijama: International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 38-41.

ponude koji proizlaze iz okolnosti slučaja ili su određeni kao „razumni“ ili „primereni“ (koji nisu čvrsto određeni), M. Draškić smatra da se čak može reći da postoji opšta tendencija da se ponuđaču ostavi na volju da dopusti ili ne dopusti važnost zakasnelog prihvata, tj. da li će zakasneli prihvati imati bilo kakve pravne poslednice zavisi u velikoj meri od reakcije ponuđača, te ako ponuđač odmah obavesti ponuđenog da odobrava zakasneli prihvati, ugovor se smatra zaključenim u svim pravnim sistemima, jer se zasniva na teoriji da je zakasneli prihvati protivponuda (povratna ponuda) koju je prvobitni ponuđač prihvatio svojim odobrenjem.⁴⁶⁰ U pogledu zadocnelog prihvatanja i zadocnelog dostavljanja izjave o prihvatanju, naš ZOO najpre propisuje da se prihvatanje ponude izvršeno sa zadocnjenjem smatra kao nova ponuda od strane ponuđenog.⁴⁶¹

Svakako moguća je i situacija da je ponuđeni svoj prihvati poslao u okviru vremenskog roka obaveznosti ponude i pouzdao se da je njegov prihvati stigao, ali da prihvati u praksi stigne sa zadocnjenjem. Za ovu situaciju, naš zakonodavac propisuje da je ugovor zaključen ako je izjava o prihvatanju koja je učinjena blagovremeno, stigla ponudiocu posle isteka roka za prihvatanje, a ponudilac je znao ili je mogao znati da je izjava otposlata blagovremeno. Ipak, ugovor u takvom slučaju nije zaključen ako ponudilac odmah, a najkasnije prvog idućeg radnog dana po prijemu izjave, ili i pre prijema izjave, a po isteku roka za prihvatanje ponude, izvesti ponuđenoga da se zbog zakašnjenja ne smatra vezan svojom ponudom.⁴⁶²

Pitanje zadocnelog prihvata posebno uređuju i nadnacionalni izvori. Tako, Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe propisuje da prihvatanje izvršeno sa zadocnjenjem ipak proizvodi dejstvo prihvatanja ako ponudilac, bez odlaganja, o tome usmeno obavesti ponuđenog ili mu pošalje pismeno obaveštenje u tom smislu. Ako se iz pisma ili drugog pismenog dokumenta koji sadrži zadocnelo prihvatanje vidi da je bilo poslato u takvim okolnostima da bi stiglo ponudiocu na vreme da je njegov prenos bio redovan, zadocnelo prihvatanje će proizvesti dejstvo prihvatanja, izuzev ako ponudilac, bez odlaganja, usmeno obavesti ponuđenog da smatra da se ponuda ugasila ili mu u tom smislu pošalje obaveštenje.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Detaljnije o zakasnelom prihvatu: Draškić, M., *Ponuda i prihvati prema uniformnim pravilima i uporednom pravu*, u: Vukadinović, R. (ur.), *Načela evropskog ugovornog prava i Jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001, str. 154-158.

⁴⁶¹ Član 43. stav 1. Zakona o obligacionom odnosima.

⁴⁶² Videti član 43. st. 2-3. Zakona o obligacionom odnosima.

⁴⁶³ Član 21. Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

Uređujući zadocnelo prihvatanje, Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da se zadocnelo prihvatanje može smatrati kao blagovremeno, pod uslovom da ponudilac bez odlaganja izvesti prihvatioca da ga smatra blagovremenim. Ako se iz pisma ili isprave koja sadrži zadocnelo prihvatanje vidi da je bilo otposlato pod takvim okolnostima da bi bilo blagovremeno uručeno ponudiocu da je prenos poruke tekao uobičajenim tokom, zadocnelo prihvatanje smatraće se kao blagovremeno, ako ponudilac bez odlaganja ne obavesti ponuđenog da smatra da je njegova ponuda otpala.⁴⁶⁴

Može se zaključiti da Bečka konvencija i Načela Evropskog ugovornog prava na suštinski isti način rešavaju pitanje zakasnelog prihvata, a slično rešenje sadrže i UNIDROIT principi, prema kojima zakasneli prihvati ipak proizvodi pravno dejstvo kao prihvati ako, bez neopravdanog odlaganja, ponuđač obavesti ponuđenog ili mu o tome pošalje obaveštenje⁴⁶⁵. Ako komunikacija koja sadrži zakasneli prihvati pokaže da je poslat u takvim okolnostima da bi ponuđaču stigao na vreme da je njegov prenos bio normalan, zakasneli prihvati proizvodi dejstvo kao prihvati, osim ako, bez neopravdanog odlaganja, ponuđač obavesti ponuđenog da smatra da je ponuda otpala.⁴⁶⁶

Sve razmotreno bi, u kontekstu opštih uslova poslovanja u statici kao sastavnog dela ponude, značilo da sve dok ponuda obavezuje, OUP čiju primenu ona uključuje, ne bi mogli biti menjani, odnosno njihova eventualna promena ne bi imala dejstvo na taj ugovorni odnos koji nastaje prihvatom, već samo na buduće ponude koje će uključivati izmenjene OUP.

2.2. OUP kao opšti poziv da se učini ponuda u skladu sa njihovom sadržinom

Iako, po pravilu u skladu sa prethodno analiziranim, opšti uslovi poslovanja od trenutka objavljivanja proizvode pravno dejstvo kao opšta i stalna ponuda, od ovog pravila postoje određena odstupanja, tj. izuzeci. Istraživanjem ovog pitanja, došao sam do zaključka da su moguće tri situacije u kojima opšti uslovi poslovanja neće biti ponuda za zaključenje ugovora, već će predstavljati samo poziv zainteresovanim i potencijalnim subjektima da učine ponudu kreatoru opštih uslova poslovanja.

1. Najpre treba imati u vidu odredbu Zakona o obligacionim odnosima, koja predviđa odstupanje od pravila opšte ponude ukoliko to „proizilazi iz okolnosti slučaja ili

⁴⁶⁴ Videti član 2:207. Načela evropskog ugovornog prava.

⁴⁶⁵ Videti član 2.1.9. stav 1. UNIDROIT principa međunarodnih trgovinskih ugovora.

⁴⁶⁶ Član 2.1.9. stav 2. UNIDROIT principa međunarodnih trgovinskih ugovora.

običaja⁴⁶⁷. Kada je reč o okolnostima slučaja, onda treba imati u vidu različite modalitete pojava oblika opštih uslova poslovanja. Neki od njih mogu biti tako kreirani ili biti sastavni deo različitih obaveštenja da je očigledno i nesporno da ne predstavljaju opštu ponudu. To će, na primer, biti slučaj ako privredni subjekt šalje katalog svojih proizvoda i usluga, cenovnik ili druga obaveštenja sa kojima zajedno i svoje opšte uslove poslovanja. Tada treba poći od rešenja sadržanog u Zakonu o obligacionim odnosima da slanje kataloga, cenovnika, tarifa i drugih obaveštenja, kao i oglasi učinjeni putem štampe, letaka, radija, televizije ili na drugi način, ne predstavljaju ponudu za zaključenje ugovora, nego samo poziv da se učini ponuda pod objavljenim uslovima⁴⁶⁸. To se obično vidi i iz različitih napomena koje privredni subjekt često stavlja – primera radi: da su količine robe ograničene, da se uslovi (npr. trenutne akcije) odnose samo na određene količine robe, da se trenutna ponuda može razlikovati od kataloga, da privredni subjekt nudi i druge proizvode i usluge po želji kupca i slično. Tako je i u poslovnoj praksi običaj da se ovakvi sadržaji najčešće šalju u reklamne i marketingške svrhe, najčešće se pozivaju zainteresovani da posete poslovne prostorije ili veb sajt, kao i stavlja napomena da su moguće pogodnosti ili korekcija cena u slučaju potrebe veće količine robe. Čak i navođenje tačnog iznosa cene je retko, a ako i bude navedeno, najčešće stoji napomena da se cene mogu razlikovati, u zavisnosti od situacije na tržištu ili su izražene u određenim bodovima ili odredive u zavisnosti od kursa određene strane valute. Sve ovakve okolnosti slučaja koje su uobičajene u poslovnoj praksi upućuju na zaključak da ih privredni subjekt poziva na pregovore ili da učine ponudu, što jasno ukazuje da je reč o pozivu da se učini ponuda pod objavljenim uslovima sadržanim u OUP. I pravna nauka je na stanovištu da kada privredni subjekt objavi svoje opšte uslove u katalogu svojih proizvoda, da je njegova svrha isključivo u obaveštavanju zainteresovanih lica o proizvodnim mogućnostima i načinu poslovanja tog preduzeća⁴⁶⁹.

OUP neće biti opšta ponuda ni onda kada nedostaje neki od uslova koji treba da budu ispunjeni da bi opšti uslovi poslovanja delovali kao ponuda javnosti. Predlog upućen neodređenom i neograničenom broju osoba koji nema sve što se inače traži za ponudu nije ponuda nego poziv za stavljanje ponude.⁴⁷⁰ Barbić ističe da će po pravilu obraćanje

⁴⁶⁷ Videti član 33. Zakona o obligacionim odnosima, koji propisuje da predlog za zaključenje ugovora učinjen neodređenom broju lica, koji sadrži bitne sastojke ugovora čijem je zaključenju namenjen, važi kao ponuda, ukoliko drukčije ne proizlazi iz okolnosti slučaja ili običaja.

⁴⁶⁸ Videti član 35. stav 1. ZOO.

⁴⁶⁹ Tako: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 266.

⁴⁷⁰ Tako: Barbić, J., *op. cit.*, str. 27.

neodređenom broju osoba biti poziv na stavljanje ponude ako se ne dokaže da su ispunjeni uslovi koji se traže za opštu ponudu, te da u sumnji treba uzeti da se ne radi o ponudi.⁴⁷¹

U tom smislu, osim kada ne sadrže bitne sastojke ugovora čijem su zaključenju namenjeni, smatram da OUP ne predstavljaju opštu ponudu ni u situacijama kada nisu objavljeni⁴⁷² na uobičajeni način, niti kada su objavljeni bez namere da predstavljaju opštu ponudu. Ovo zato što navedene okolnosti ne upućuju izvesno da je reč o opštoj ponudi, te u slučaju neispunjenja pretpostavki za opštu ponudu, kao i u sumnji u njihovu ispunjenost, treba uzeti da se ne radi o ponudi, već o pozivu da se učini ponuda. To bi, na primer, mogla biti situacija kada su OUP objavljeni kao sastavni deo kataloga proizvoda ili usluga privrednog subjekta, s obzirom da slanje kataloga predstavlja poziv da se učini ponuda.

2. Zatim, privredni subjekt koji kreira ili primenjuje OUP, može im sopstvenim izričitim određenjem oduzeti karakter opšte ponude. Koristeći se načelom autonomije volje, subjekt može samostalno nedvosmisleno odrediti karakter opštih uslova poslovanja, tj. izričito propisati jednom klauzulom da OUP imaju karakter poziva da se učini ponuda. Smatram da je ovo najkorektnije rešenje za sve zainteresovane subjekte i da je u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, jer otklanja mogućnost bilo kakve dileme šta su OUP .

U okviru sopstvenog određenja u klauzulama OUP, posebnu kategoriju treba pomenuti i one OUP u kojima je navedeno da ponudilac ima pravo da odluči da li će prihvatiti učinjeni prihvrat ili ne.⁴⁷³

3. Treće odstupanje se odnosi na određene (posebne) vrste ugovora kada zakon propisuje da opšti uslovi poslovanja za tačno određenu vrstu ugovora predstavljaju poziv da se ponuda učini privrednom subjektu koji je sastavio i objavio, odnosno koji primenjuje opšte uslove poslovanja. U ovakvim situacijama dakle, iako su ispunjeni svi prethodno navedeni uslovi da opšti uslovi poslovanja deluju kao opšta ponuda i jesu objavljeni na odgovarajući način, oni neće važiti kao ponuda, jer je tako zakonom izričito propisano.

⁴⁷¹ *Ibidem*. U nastavku Barbić navodi da opštu ponudu treba smatrati izuzetkom, ako na suprotan zaključak ne upućuje karakter delatnosti onoga ko ponudu upućuje (npr. stalna ponuda organizacije koja obavlja javnu službu). Za ocenu da li se radi o opštoj ponudi pretežno će se uzimati u obzir okolnosti vezane za osobu ponudioca, jer i ponuđeni treba da računa s tim ko mu šalje ponudu, čime se bavi, na šta se ponuda odnosi i šta sadrži. Kod toga će se, ukazuje ovaj autor, okolnosti na strani ponudioca morati oceniti po kriterijumu prosečne pažnje i shvatanju u prometu. - Barbić, J., *op. cit.*, str. 28.

⁴⁷² Pitanje objavljivanja je važno, jer da bi OUP bili opšta ponuda kao vrsta ponude javnosti, treba da budu objavljeni sa ciljem da javnost zna da je reč o ponudi.

⁴⁷³ Barbić ovu okolnost smatra odlučujućom za zaključak da u tom slučaju nije više reč o ponudi nego o pozivu za stavljanje ponude. Detaljnije videti: Barbić, J., *op. cit.*, str. 28.

Iako ne bi delovali kao ponuda, to ne znači da oni ne bi imali nikakav značaj. Naprotiv, njihova sadržina mora biti relevantna za budući ugovor, bez obzira na to koja će strana uputiti ponudu. Naime, kako je ugovor saglasnost volja, a privredni subjekt je svoje opšte uslove objavio, onda bi ponuda koja stigne od zainteresovanog ponudioca imala biti u skladu sa objavljenim opštim uslovima poslovanja⁴⁷⁴ kako bi konsenzus mogao biti postignut i kako se volje ne bi razišle. Privredni subjekt koji je objavio opšte uslove poslovanja, dakle, poziva zainteresovane da mu upute ponudu, ali u skladu sa njegovim opštim uslovima poslovanja. Situacija je slična sa prethodnom u smislu ispunjenosti svih uslova za ponudu, a razlika je u osnovu koji im oduzima to dejstvo, odnosno koji određuje njihov karakter. U prethodnom slučaju to je bila volja samog privrednog subjekta, a u ovom slučaju osnov je volja zakonodavca pretočena u zakonsku normu. Naš zakonodavac je ovakvu situaciju predvideo u Zakonu o obligacionim odnosima. Reč je o zaključenju ugovora o osiguranju. Konkretno, ZOO propisuje da pismena ponuda učinjena osiguravaču⁴⁷⁵ za zaključenje ugovora o osiguranju vezuje ponudioca, ako on nije odredio kraći rok, za vreme od osam dana od dana kad je ponuda prispela osiguravaču, a ako je potreban lekarski pregled, onda za vreme od trideset dana. Ako osiguravač u tom roku ne odbije ponudu koja ne odstupa od uslova (podvukao SV) pod kojima on vrši predloženo osiguranje, smatraće se da je prihvatio ponudu i da je ugovor zaključen. U tom slučaju ugovor se smatra zaključenim kad je ponuda prispela osiguravaču.⁴⁷⁶ Iz ovog zakonskog rešenja proizlazi da opšti uslovi poslovanja osiguravača nemaju dejstvo ponude, već poziva da se učini ponuda koja ne odstupa od uslova koji su u njima sadržani. Ponudu čini lice koje želi da zaključi ovaj ugovor, a ne osiguravač koji je objavio opšte uslove osiguranja.⁴⁷⁷ Iako sa stanovišta doslednosti sprovođenja koncepcije o pismenoj izjavi osiguranika kao ponudi za zaključenje ugovora, ne prigovara našem zakonodavcu, već zakonsko rešenje iz člana 901. ZOO smatra krupnim korakom napred u zaštiti osiguranika kao slabije strane u ugovoru po pristupu, prof. dr Marko Đurđević postavlja i pitanje: ako se osiguravač odlučio da zaključi ugovor i izdao polisu, može li se reći da su klauzule odštampane na polisi „odgovor na ponudu“, ako je taj odgovor, u vidu opštih uslova,

⁴⁷⁴ Svakako je moguće da se zaključi ugovor i pod uslovima različitim od opštih uslova poslovanja. Takvo odstupanje od njihove obaveznosti biće posebno razmotreno u nastavku rada, te kako bih izbegao ponavljanje razmatranja istog pitanja, na ovom mestu na tu moguću situaciju samo ukazujem.

⁴⁷⁵ Pod pojmom osiguravač zakon podrazumeva organizaciju za osiguranje. Videti član 897. ZOO.

⁴⁷⁶ Član 901. st. 2-4. ZOO.

⁴⁷⁷ Na ovo ukazuje i Jankovec, kada razmatra ugovor o kopnenom osiguranju, dodajući da Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi, koji se primenjuje u odnosima plovidbenog osiguranja, ne sadrži sličnu odredbu. Videti: Jankovec, I., op. cit., str. 266, fusnota broj 78.

pripremljen mnogo pre nego što je sama ponuda nastala.⁴⁷⁸ S tim u vezi smatram da, iako je nesporno reč o odstupanju od klasično shvaćenog redosleda ponude i prihvata, ako se prihvati postavka koju sam izneo u ovoj disertaciji, onda vremenski kriterijum nastanka poziva, ponude i odgovora na ponudu nije ključan, jer nalazim da je ovde reč o tome da osiguravač čini opšti poziv da se učini ponuda u skladu sa njegovim opštim uslovima poslovanja, koji su sastavni deo tog opšteg poziva.

Međutim, za opisanu situaciju postoji i specifičan izuzetak. Naime, moguće je da zainteresovani subjekt izričito zatraži i pozove osiguravača da mu uputi ponudu koja obuhvata posebne okolnosti. Na primer, poslodavac koji želi da osigura svoje zaposlene, pa pozove osiguravajuće društvo da sačini ponudu s obzirom na broj zaposlenih koje poslodavac ima u radnom odnosu i koje želi da osigura. U toj situaciji, osiguravajuće društvo čini ponudu koja uključuje opšte uslove poslovanja. Ali, od početnog stava (da su opšti uslovi poslovanja opšta i stalna ponuda), ovde postoji bitna razlika: ovde nije reč o opštoj ponudi (jer ona nije upućena neodređenom krugu lica) već o ponudi *određenom* licu.

⁴⁷⁸ Đurđević, M., *Ugovor po pristupu* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 63, koji se u nastavku poziva na deo presude Vrhovnog suda Srbije, Rev. 392/86 od 17. februara 1987. godine, ocenjujući da Vrhovni suda Srbije nije prihvatio da je u pitanju ponuda osiguranika, već je njegovu izjavu tretirao kao pristanak, odnosno pristupanje opštim uslovima osiguranja. Vrhovni sud Srbije u delu obrazloženja ove presude zaista navodi: „Ugovor o osiguranju je ugovor o pristupu i ugovaralac osiguranja treba i najčešće može da se izjasni samo o tome da li pristaje da zaključi ugovor u okviru opštih uslova pod kojima posluje zajednica osiguranja. Otuda visinu premije i način plaćanja trebalo je da odredi tuženi, s obzirom da je tužilac bio izrazio gotovost da svoju obavezu ispuni.“, iz čega Đurđević zaključuje da Sud jasno izražava svoj stav o suštini „pismene ponude“ ugovaraoca osiguranja, odnosno da je ona, po ovom autoru, u očima suda u stvari adhezija, pristupanje opštim uslovima, a ne ponuda (Đurđević, M., *op. cit.*, str. 64). Treba dodati da u ostatku ove presude Vrhovni sud Srbije jasno ukazuje i nedvosmisleno zaključuje da potvrđuje stanovište prvostepenog (Presuda Opštinskog suda u Ubu P. br. 856/84 od 7. juna 1985. godine) i drugostepenog suda (Presuda Okružnog suda u Valjevu Gž. br. 902/85 od 14. oktobra 1985. godine) koji su se jednodušno izjasnili da treba smatrati da je ugovor o osiguranju zaključen zato što je tuženi osigurač ćutao za sve vreme od kada mu je prispela pismena ponuda (podvukao S.V.) tužioca: „S obzirom na činjenično stanje utvrđeno u postupku pred prvostepenim sudom pravilno je primenjeno pravilo prema kome je ugovor o osiguranju zaključen ako osigurač u roku od osam dana ne odbije ponudu koja ne odstupa od uslova pod kojima vrši predloženo osiguranje (Zakon o obligacionim odnosima, čl. 901. st. 3). Tužilac je u svojoj ponudi, imajući u vidu utvrđenu praksu između njega i tuženog, predložio samo one elemente koji su bili neophodni za produženje dotadašnjeg osiguranja, a to su bili predmet i suma osiguranja. U svemu ostalom, prećutno je pristao na opšte uslove pod kojima je tuženi poslovao (Zakon o obligacionim odnosima, čl. 902. st. 3) i oslanjao se na ona odstupanja od ovih uslova, kao što je plaćanje premije u ratama, koja su bila utvrđena u praksi između ugovornika (Zakon o obligacionim odnosima, čl. 900. st. 2. i čl. 32. st. 2).“ - iz obrazloženja presude Vrhovnog suda Srbije, Rev. 392/86 od 17. februara 1987. godine, navedeno prema: Orlić, M., *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, str. 370. Iz navedenog i Orlić zaključuje da je stanovište Vrhovnog suda Srbije o ćutanju osigurača u ovom slučaju veoma određeno: kada ugovorilac osiguranja uputi pismenu ponudu i ova bude dostavljena osiguraču, a ovaj ćuti, smatraće se da je ponudu prihvatio i da je ugovor zaključen. – tako: Orlić, M., *op. cit.*, str. 371, koji u istoj monografiji daje detaljno obrazloženje citiranog stanovišta Vrhovnog suda Srbije na str. 369-372.

Dilemu o kvalifikovanju opštih uslova poslovanja kao ponude ili poziva da se učini ponuda, najjednostavnije rešava postojanje jasne klauzule kojom sam kreator opštih uslova poslovanja na izričit i nedvosmislen način određuje njihov karakter, tj. opredeljuje se za jednu ili drugu opisanu mogućnost. Ako pak takvog samoodređenja nema, onda u našem pozitivnom pravu treba poći od rešenja sadržanog u Zakonu o obligacionim odnosima koji na opštu ponudu gleda kao na izuzetak od pravila da se ponuda upućuje određenom licu, a izuzeci se u pravu tumače restriktivno.

Ako opšti uslovi poslovanja sadrže sve bitne elemente (sastojke) budućeg ugovora tako da njihovim prihvatanjem ugovor biva zaključen i ako su objavljeni na uobičajeni način i dostupni javnosti, onda predstavljaju opštu ponudu i proizvode pravno dejstvo kao ponuda. Ako neki od ovih uslova nije ispunjen ili ako je tako izričito navedeno ili proizilazi iz teksta opštih uslova poslovanja, zakona ili običaja, onda opšti uslovi poslovanja važe kao poziv da se učini ponuda.

O različitim pogledima na pitanje kvalifikovanja opštih uslova poslovanja kao ponude ili poziva da se ponuda učini, svedoči i činjenica da Komisija za izradu Građanskog zakonika⁴⁷⁹, u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije (u daljem tekstu: Prednacrt) iznosi alternative po ovom pitanju. Naime, nakon identične⁴⁸⁰ definicije opšte ponude kao što je to u važećem ZOO, postoji alternativa o dodavanju dva nova stava. Ono što je novo jeste različito kvalifikovanje predloga koji je upućen većem broju određenih lica i predloga koji je upućen neodređenom broju lica. Predlog dat u Prednacrtu jeste da predlog za zaključenje ugovora upućen većem broju određenih lica predstavlja ponudu ako je dovoljno određen i ako ukazuje na nameru ponudioca da se obaveže u slučaju prihvatanja. Dok će se, po rešenju sadržanom u Prednacrtu, predlog upućen neodređenom broju lica smatrati samo kao poziv da se učini ponuda, izuzev ako lice koje čini takav predlog jasno ne ukaže na suprotno⁴⁸¹.

Nakon razmatranja ovih rešenja koja se predlažu, a posebno imajući u vidu ukazivanje na nameru lica koje čini predlog, može se zaključiti da su ovi predlozi u Prednacrtu formulisani pod uticajem rešenja koje sadrži Konvencija UN o ugovorima o

⁴⁷⁹ Ovu komisiju je obrazovala Vlada Republike Srbije.

⁴⁸⁰ Razlika postoji jedino u numeraciji člana. Naime, važeći član 33. ZOO je u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije član 26.

⁴⁸¹ Videti: *Građanski zakonik Republike Srbije – prednacrt*, knjiga druga: Obligacioni odnosi, Generalni sekretarijat Vlade Republike Srbije, Beograd, 2009, str. 17, član 26.

međunarodnoj prodaji robe⁴⁸². Ovo pokazuje uticaj međunarodnih konvencija na nacionalno zakonodavstvo, koji je danas, naročito u oblasti ugovornog prava, prisutan i u drugim nacionalnim zakonodavstvima, te na opisan način dolazi i do unifikacije prava međunarodne trgovine.

Nakon analize domaćeg pozitivnog prava, može se zaključiti naš ZOO sadrži dva paralelna pravila o ponudi (a ne pravilo i izuzetak): jedno, koje se odnosi na ponudu upućenu određenom licu (ponuda) i drugo, koje se odnosi na ponudu neodređenom broju lica (opšta ponuda). Na osnovu ovakvih rešenja našeg zakonodavstva, može se zaključiti da za kvalifikaciju određene ugovorne inicijative (ili konkretno opštih uslova poslovanja) kao ponude ili poziva da se učini ponuda nije ključno da li je upućena određenom licu ili neodređenom broju lica, jer i jedno i drugo može predstavljati ponudu. Odlučna činjenica jeste nešto drugo, a to je da li konkretna ugovorna inicijativa (u ovom slučaju OUP) sadrži sve bitne elemente budućeg ugovora tako da njenim prihvatom ugovor biva zaključen. Sledeći ovaj kriterijum (bitni elementi ugovora čije se zaključenje inicira, a ne određenost lica kome su upućeni), opšti uslovi poslovanja bi pravnoteorijski podjednako mogli biti (opšta) ponuda, kao i poziv da se učini ponuda.

Na faktičnom nivou, nakon analize pojedinačnih OUP koji se koriste u privrednom prometu, može se zaključiti da su OUP u poslovnoj praksi najčešće (opšti) poziv da se učini ponuda pod uslovima koje oni sadrže. Ovakav karakter OUP koji im izričitim navođenjem ili češće izostavljanjem bitnih elemenata (najčešće cene i količine) određuju privredni subjekti koji ih kreiraju ima i praktični pravni značaj. Ovaj značaj se vidi u nastojanju da se pravno zaštite legitimni interesi kreatora OUP. Naime, OUP u međunarodnom trgovinskom pravu najčešće kreiraju i koriste prodavci robe (i pružaoci usluga), a prodavcu više odgovara da su njegovi OUP opšti poziv da zainteresovani subjekt uputi ponudu pod uslovima koje sadrže ti OUP, jer tako zadržava kontrolu kad postupkom zaključenja ugovora. Kvalifikacijom svojih OUP kao opšteg poziva da se učini ponuda, prodavac može da odbije zaključenje ugovora, tj. da u konkretnom slučaju na primer proceni da li ima traženu količinu robe. Sa druge strane, ukoliko bi njegovi OUP bili

⁴⁸² Nakon poređenja oba teksta, zaključuje se da je rešanje istovetno. Član 14. Zakona o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe propisuje da predlog za zaključenje ugovora upućen jednom ili više određenih lica predstavlja ponudu ako je dovoljno određen i ako ukazuje na nameru ponudioca da se obaveže u slučaju prihvatanja. Predlog je dovoljno određen ako označava robu i izričito ili prećutno utvrđuje količinu i cenu ili sadrži elemente za njihovo utvrđivanje. Predlog upućen neodređenom broju lica smatraće se samo kao poziv da se učine ponude, izuzev ako lice koje čini takav predlog jasno ne ukaže na suprotno.

kvalifikovani kao (opšta) ponuda i kupac učini prihvatanje, ugovor je zaključen, a ukoliko prodavac nema dovoljnu količinu ugovorene robe, on će u tom slučaju odgovarati za neispunjenje ugovora.

Na osnovu izloženog se može zaključiti da razlozi pravne i praktične prirode čine da se najkorisnije da se u praksi OUP kvalifikuju kao opšti poziv (a ne kao opšta ponuda). Pored opisanih razloga, treba dodati i to da u poslovnoj praksi privredni subjekt koji kreira OUP, njih neretko štampa zajedno sa različitim katalogima, oglasima, tarifama, informacijama o vrsti robe koju prodaje, uslugama koje pruža i poslovima koje zaključuje, pa se OUP objavljuju u sklopu aktivnosti marketinga i oglašavanja, koje predstavljaju jednostrane izjave volje koje imaju za cilj da upoznaju javnost sa delatnošću kreatora OUP i pozovu zainteresovane da učine ponudu.

Dakle, zaključak bi bio da, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, opšti uslovi poslovanja mogu biti i (1) opšta ponuda i (2) sastavni deo ponude i (3) poziv da se uputi ponuda pod uslovima sadržanim u OUP. Kada govorimo o okolnostima konkretnog slučaja, pravni pisci ističu da treba voditi računa posebno o dva: o karakteru delatnosti koju obavlja onaj ko šalje predlog i o običajima koji vladaju u određenoj struci (npr. način na koji pripadnici struke obično stavljaju ponude), te ako je karakter ponudiočevog poslovanja u masovnom i standardizovanom sklapanju ugovora i ako iz svrhe obavljanja delatnosti proizlazi stalna dužnost sklapanja ugovora sa svakim interesentom, ne treba tražiti dodatne okolnosti iz kojih bi proizašlo da je predlog opšta ponuda i obratno - tamo gde se ne radi o takvom karakteru ponudiočevog poslovanja treba tražiti dodatne okolnosti da bi se predlogu zaista dao značaj opšte ponude.⁴⁸³

Praktično pravno rešenje bi bilo da kreator, tj. primenjivač opštih uslova poslovanja sam jasno naznači kakav karakter imaju njegovi OUP. Kada je namera primenjivača da OUP predstavljaju ponudu javnosti ili sastavni deo ponude, oni moraju sadržati određene ili određive bitne elemente budućeg ugovora, ali i kada sadrže bitne elemente primenjivač im može oduzeti takvo dejstvo izričitom napomenom da takva ugovorna inicijativa ima karakter poziva da se ponuda učini.

⁴⁸³ Npr. predlog koji upućuje građevinska organizacija nudeći svoje usluge, obraćanje veletrgovačke organizacije potencijalnim kupcima - videti: Barbić, J., *op. cit.*, str. 27-28.

3. ODBIJANJE PRIMENJIVAČA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA DA ZAKLJUČI UGOVOR

3.1. Odbijanje uopšte: pravo na odbijanje zaključenja ugovora primenom OUP

Imajući u vidu da se OUP kreiraju i primenjuju od strane onih subjekata koji masovno zaključuju ugovore, te koji su, sasvim razumljivo, zainteresovani da zaključuju te ugovore sa velikim brojem lica, može se postaviti pitanje da li oni mogu odbiti zaključenje ugovora. Kako sam u odvojenom delu ove disertacije razmatrao pitanje da li primenjivači OUP mogu, delimično ili u celini, odstupiti od sopstvenih OUP, tako je ovde reč o drugom pitanju, a to je: mogu li odbiti da ugovor zakluče. Razmatranjem ovog pitanja bavili su se autori koji su istraživali adhezione ugovore, tj. ugovore po pristupu. Ipak, imajući u vidu sličnosti sa OUP kao i to da, prema opredeljenju zauzetom u ovoj disertaciji, i jedni i drugi predstavljaju izvore formularnog prava, upuštanje u ovo pitanje se čini potrebnim.

U pravnoj teoriji se, u vezi sa ovim pitanjem, uobičajeno poziva na Berlioza i Serna koji su, nakon analize odluka francuskih sudova i zakonodavnih projekata koju su izvršili, izveli zaključak da odbijanje zaključenja ugovora nije dozvoljeno onoj strani u ugovoru po pristupu koja određuje uslove ugovora.⁴⁸⁴ Sa ovim stavom se ne bih mogao saglasiti na način da se on uzdigne do tog nivoa apstrakcije da važi kao opšte pravilo, jer bi to bilo u direktnoj suprotnosti sa načelom autonomije volje kao jednim od fundamentalnih načela ugovornog prava, a ovde i posebno važnog kao načela koje predstavlja osnov sastavljanja i primene opštih uslova poslovanja. Pomenuti stav bi pre mogao biti izuzetak i to opravdan: (1) kod pojedinih subjekata koji jedini posluju u toj grani privrede (gde zainteresovani saugovornik nema izbor, alternativu) ili vrše poslove od šireg društvenog značaja (kriterijum kategorije subjekta) (2) kod pojedinih vrsta ugovora (kriterijum vrste ugovora).

Prof. dr Marko Đurđević navodi da se sa dosta osnova može tvrditi da pomenuti zaključak iz francuske pravne literature, da u ugovoru po pristupu stipulant, kao strana koja određuje uslove ugovora, ne može da odbije zaključenje, proizlazi i iz analize (tada

⁴⁸⁴ Berlioz, G., *Le contrat d'adhésion*, 2^{ème} éd., Paris, 1976, str. 45: „Adhezija stipulaciji ne može biti odbijena”; a slično i Serna, J. C., *Le refus de contracter*, Paris, 1967, str. 172: „Stalni ponudilac – koji znamo ne može izmaći prihvatanju svoje ponude – je moćna strana koja izrađuje ugovor po pristupu.” – navedeno prema: Đurđević, M., op. cit., str. 60 i fusnota br. 151.

pozitivnog domaćeg prava, te tako citira član 20. st. 1-2. tada važećeg Zakona o trgovini⁴⁸⁵, po kome se odbijanje zaključenja ugovora bez opravdanog razloga smatra zloupotrebom dominantnog položaja na tržištu u kome se nalazi trgovac (preduzeće i drugo pravno i fizičko lice koje je registrovano za obavljanje trgovine) koji u trgovini određenom robom na jedinstvenom tržištu, odnosno na njegovom delu, nema znatniju konkurenciju. „Trgovac koji ima dominantan položaj na tržištu, je svakako onaj koji određuje uslove ugovora kojima druga strana pristupa bez pregovora.“⁴⁸⁶

Smatram da nema dovoljno argumenata za prihvatanje prethodno izloženog stava kao opšteg zaključka, već se to odnosi samo na određene (izuzetne) situacije. Ovo zato što se između primenjivača opštih uslova poslovanja i trgovca koji ima dominantan položaj na tržištu ne može staviti znak jednakosti⁴⁸⁷. Tako, na primer, svaka banka koristi OUP u svom poslovanju, ali se ne bi moglo reći da svaka banka ima dominantan položaj u bankarskom sektoru. Slično, OUP koriste sva osiguravajuća društva, ali se ne može reći da svako od njih ima dominantan položaj na tržištu i sl. Opisano pravilo o tome ko ne bi mogao da odbije zaključenje ugovora pod uslovima određenim OUP se odnose samo na one situacije u kojima primenjivači OUP (pružaoci usluga) vrše delatnost od opšteg interesa.⁴⁸⁸ To se odnosi, primerice, na situacije kada građani kupuju voznu kartu⁴⁸⁹ za

⁴⁸⁵ Reč je o Zakonu o trgovini („Sl. list SRJ“, br. 32/93, 50/93, 41/94, 29/96 i 37/2002 - dr. zakon i „Sl. glasnik RS“, br. 101/2005 - dr. zakon i 85/2005 - dr. zakon) koji je važio do 1.1.2011. godine, a odredbe o monopolističkom ponašanju u ovom zakonu (čl. 12-21.) su brisane ranije.

⁴⁸⁶ Đurđević, M., *op. cit.*, str. 60-61, koji se u nastavku poziva na član 47. stav 1. tačka 5. tada važećeg Zakona o trgovini, po kome takav trgovac čini prekršaj ako odbije, bez opravdanog razloga, da zaključi ugovor, te zaključuje da on nema slobodu izbora da ugovor zaključi i nikako se ne može u odnosu prema drugoj strani smatrati ponuđenim, već jedino ponudiocem.

⁴⁸⁷ Sličnu kritiku stava izvedenog iz odredbi Zakona o trgovini o monopolskom ili dominantnom položaju iznosi i prof. dr Miloš Živković: „Pozitivnopravno utemeljenje moglo bi se osporiti zbog toga što se navedene odredbe Zakona o trgovini odnose na poseban slučaj narušavanja konkurencije, koji nije inherentan za sve adhezione ugovore.“ – Živković, M., *op. cit.*, str. 177, fusnota br. 53.

⁴⁸⁸ Pružaoci usluga od opšteg interesa, po pravilu, nemaju značajniju konkurenciju i posluju primenom OUP, ali ih ne donose samostalno OUP, već za njih donosi OUP neko drugi i to na osnovu zakonskog ovlašćenja. Tako, na primer, Privredna komora Srbije propisuje opšte uslove poslovanja autobuskih stanica na osnovu zakonskog ovlašćenja iz člana 48. Zakona o prevozu putnika u drumskom saobraćaju („Sl. glasnik RS“, br. 68/2015, 41/2018, 44/2018 – dr. zakon i 83/2018); Vlada Uredbom propisuje uslove isporuke i snabdevanja električnom energijom („Sl. glasnik RS“, br. 63/2013 i 91/2018) na osnovu zakonskog ovlašćenja iz člana 214. Zakona o energetici („Sl. glasnik RS“, br. 145/2014 i 95/2018 – dr. zakon).

⁴⁸⁹ Srbija Voz (ranije Železnice Srbije) ima opšte uslove za unutrašnji saobraćaj (javno dostupni i objavljeni na internet adresi: <http://www.srbvoz.rs/page11.html>) i opšte uslove za međunarodni saobraćaj (javno dostupni i objavljeni na internet adresi: <http://www.srbvoz.rs/page17.html>). Odlukom Vlade Republike Srbije 05 Broj 023-7361/2015 od 2. jula 2015. godine, osnovano je Akcionarsko društvo za železnički prevoz putnika „Srbija Voz“ Beograd, kao društvo sticalac dela imovine „Železnice Srbije“ a.d. Društvo je upisano u registar Agencije za privredne registre, 10. avgusta 2015. godine, kada je steklo svojstvo pravnog lica i počelo da posluje.

železnički prevoz putnika, kada kupuju električnu energiju za domaćinstva i sl., ali se ne odnosi na građane koji žele da se zaključe ugovor o osiguranju ili otvore štedni račun u banci jer oni imaju izbor između dvadesetak privrednih subjekata koji na tržištu pružaju takve usluge. Treba reći i da ovakve odredbe nisu sadržane u sada važećem Zakonu o trgovini od 2010. godine⁴⁹⁰, već se odredbe koje se odnose na zabranu zloupotrebe dominantnog položaja nalaze tamo gde im je i mesto – u Zakonu o zaštiti konkurencije. U tom smislu su relevantna dva člana koja se odnose na povrede konkurencije, od čega se jedan odnosi na restriktivne sporazume⁴⁹¹, a drugi na zloupotrebu dominantnog položaja⁴⁹², pri čemu ni jedan ne propisuje dužnost zaključenja ugovora.

⁴⁹⁰ Zakon o trgovini („Sl. glasnik RS“, br. 53/2010, 10/2013 i 44/2018 - dr. zakon).

⁴⁹¹ Prema članu 10. stav 1. Zakona o zaštiti konkurencije, restriktivni sporazumi su sporazumi između učesnika na tržištu koji imaju za cilj ili posledicu značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje, konkurencije na teritoriji Republike Srbije. Prema zakonskom određenju, restriktivni sporazumi mogu biti ugovori, pojedine odredbe ugovora, izričiti ili prećutni dogovori, usaglašene prakse, kao i odluke oblika udruživanja učesnika na tržištu, a kojima se naročito, između ostalog: (1) neposredno ili posredno utvrđuju kupovne ili prodajne cene ili drugi uslovi trgovine; (3) primenjuju nejednaki uslovi poslovanja na iste poslove u odnosu na različite učesnike na tržištu, čime se učesnici na tržištu dovode u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurente; (4) uslovljava zaključivanje ugovora ili sporazuma prihvatanjem dodatnih obaveza koje s obzirom na svoju prirodu i trgovačke običaje i praksu nisu u vezi sa predmetom sporazuma. Restriktivni sporazumi zabranjeni su i ništavi, osim u slučajevima izuzeća od zabrane u skladu sa ovim zakonom. Videti član 10. st. 2-3. Zakona o zaštiti konkurencije („Sl. glasnik RS“, br. 51/2009 i 95/2013).

⁴⁹² Prema članu 15. Zakona o zaštiti konkurencije, dominantan položaj ima učesnik na tržištu koji, zbog svoje tržišne snage, može da posluje na relevantnom tržištu u značajnoj meri nezavisno u odnosu na stvarne ili potencijalne konkurente, kupce, dobavljače ili potrošače. Tržišna snaga učesnika na tržištu se utvrđuje u odnosu na relevantne ekonomske i druge pokazatelje, a naročito: (1) strukturu relevantnog tržišta; (2) tržišni udeo učesnika na tržištu čiji se dominantni položaj utvrđuje, naročito ako je veći od 40% na utvrđenom relevantnom tržištu; (3) stvarne i potencijalne konkurente; (4) ekonomsku i finansijsku snagu; (5) stepen vertikalne integrisanosti; (6) prednosti u pristupu tržištima snabdevanja i distribucije; (7) pravne ili činjenične prepreke za pristup drugih učesnika tržištu; (8) snagu kupca; (9) tehnološke prednosti, prava intelektualne svojine. Dva ili više pravno nezavisna učesnika na tržištu mogu da imaju dominantan položaj ako su povezani ekonomskim vezama tako da na relevantnom tržištu zajednički nastupaju ili deluju kao jedan učesnik (kolektivna dominacija). Zakon o zaštiti konkurencije izričito propisuje da je zabranjena zloupotreba dominantnog položaja na tržištu, a zloupotrebom dominantnog položaja, naročito se smatra, između ostalog: (1) neposredno ili posredno nametanje nepravične kupovne ili prodajne cene ili drugih nepravičnih uslova poslovanja; (3) primenjivanje nejednakih uslova poslovanja na iste poslove sa različitim učesnicima na tržištu, čime se pojedini učesnici na tržištu dovode u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurente; (4) uslovljavanje zaključenja ugovora time da druga strana prihvati dodatne obaveze koje po svojoj prirodi ili prema trgovačkim običajima nisu u vezi sa predmetom ugovora. Videti član 16. st. 1-2. Zakona o zaštiti konkurencije („Sl. glasnik RS“, br. 51/2009 i 95/2013).

3.2. Odbijanje zbog okolnosti, tehničkih mogućnosti ili statusa potencijalnog saugovarača

Opšti uslovi poslovanja mogu sadržati specifične uslove, te ukoliko uslovi nisu ispunjeni primenjivač će odbiti zaključenje ugovora.

Kada se analiziraju različiti OUP može se uočiti da iako služe masovnom zaključenju ugovora sa neograničenim brojem neodređenih lica, to u praksi ne znači da su doslovno svakom licu dostupni na način da će njegovim prihvatom nastati ugovor. Nekada se iz samih OUP nedvosmisleno zaključuje da su oni namenjeni određenoj kategoriji lica (npr. zaposleni) ili da je određena kategorija lica isključena (npr. penzioneri, kada su u pitanju određeni krediti ili lica starija od određene starosne granice). Tako npr. u osiguranju zaključenje ugovora i bitni elementi ugovora mogu zavisiti od pola, godina života i zdravstvenog stanja, tj. neće važiti isti uslovi za sva lica, ali hoće biti istovetni uslovi za sva lica unutar iste kategorije. Čini se da se na primerima ugovora o kreditu i ugovora o osiguranju, pravna relevantnost statusa i okolnosti lica zainteresovanog za zaključenje ugovora najlakše uočavaju. Kada je reč o ugovoru o kreditu, pravni pisci čak ističu da je on u izvesnom smislu i ugovor *intuitu personae*, bez obzira na sredstva obezbeđenja koja ga prate, budući da se sva ova sredstva pojavljuju samo kao tzv. dodatna pokrića (*collateral securities*), a kao osnovno pokriće služi poverenje (latinski *credo* – verovati, vera, poverenje) u lice kome se kredit daje i njegovu kreditnu sposobnost.⁴⁹³

Dr M. Đurđević opravdano otvara pitanje koje privlači pažnju, a odnosi se na to može li primenjivač OUP odbiti zaključenje ugovora iz razloga koji se odnose na lična svojstva adheranta, kakav uticaj na pravni režim kome podležu opšti uslovi ima određivanje kvaliteta i osobina ličnosti adheranta u opštim uslovima, tj. da li opšti uslovi koji uzimaju u obzir lične osobine i kvalitet adheranta (kao npr. kod ugovora o kreditu i ugovora o osiguranju života) i tada zadržavaju karakter predloga upućenog neodređenim licima.⁴⁹⁴ U tom smislu, osim pomenutih ugovora koji prema svojoj pravnoj prirodi uzimaju u obzir određene kategorije lica, pravni pisci ističu da opšti uslovi mogu uzeti u obzir lične kvalitete i osobine adheranta na drugi način – posredstvom **klauzule o rezervi prihvatanja**, koja ovlašćuje autora izjave da odbije zaključenje ugovora sa licem koje mu iz nekog razloga ne odgovara, tj. daje mu slobodu i moć da, nakon što proceni osobine

⁴⁹³ Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 724, sa daljim upućivanjem na: Rablot, *Droit commercial*, T. II, Paris, 1981, str. 344 i Rives-Lange-Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Paris, 1986, str. 419.

⁴⁹⁴ Đurđević, M., *op. cit.*, str. 73.

ličnosti lica koja su izrazila nameru da sa njim ugovaraju, odluči sa kime će zaključiti ugovor.⁴⁹⁵ S tim u vezi, Berlioz ispravno podvlači da, u skladu sa principom poverenja, uzimanje u obzir osobina ličnosti adheranta, pri zaključenju ugovora po pristupu mora biti u opštim uslovima posebno naglašeno i ne može se podrazumevati; distinkcija mora biti učinjena prema kategoriji lica, dakle impersonalno, jer je u suprotnom izbor diskriminatorski.⁴⁹⁶

Kako je ranije već pokazano i utvrđeno da opšti uslovi poslovanja mogu biti sastavni deo ponude koja je upućena određenom licu, tako možemo zaključiti da činjenica da se opšti uslovi poslovanja kao deo opšte ponude odnose na određene kategorije lica ili se, prema sopstvenim kriterijuma, ne odnose na neke kategorije lica, ne oduzima njima karakter opšte ponude niti utiče na njihovu pravnu prirodu, već je deo preciziranja - konkretizacije ponude, odnosno poziva da se ponuda učini pod navedenim uslovima. Ovo tim pre, jer opšti uslovi poslovanja mogu biti deo ponude upućene određenom licu, te mogu biti i deo opšte ponude upućene neodređenom broju neodređenih lica koja ispunjavaju određene objektivne kriterijume, koji su navedeni u samim OUP. Pored toga, praksa pokazuje da određene kategorije lica nisu isključene iz ponude, već da, šire gledano, postoje različite vrste ponude prema kategorijama koje su relevantne za bitne elemente budućeg ugovora. Tako npr. jedna vrsta i uslovi kredita se nude zaposlenima na neodređeno vreme, druga vrsta zaposlenima na određeno vreme, treća vrsta penzionerima. Zbog svega toga, za kvalifikaciju opštih uslova poslovanja kao opšte ponude ili opšteg poziva da se učini ponuda pod uslovima sadržanim u OUP, ostaju pravnorelevantni opšti kriterijumi tj. pretpostavke koje su ranije izložene.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, sa upućivanjem na: Aubert, L., *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, 1970, str. 73. Pozivajući se na primer iz francuske sudske prakse, Đurđević na istom mestu u nastavku navodi: kada se među opštim uslovima nalazi odredba po kojoj će se ugovor smatrati zaključenim, a obaveza prodavca punovažnom, tek kada prodavac ratifikuje ugovor, radi se o rezervi prihvatanja, koja podrazumeva da stipulant zadržava moć, da po izraženoj spremnosti nekog lica da sa njim stupi u ugovorni odnos, odluči da li će sa njim da zaključi ugovor.

⁴⁹⁶ Berlioz, G., *Le contrat d'adhésion*, 2^{ème} éd., Paris, 1976, str.47-50; navedeno prema: Đurđević, M., *op. cit.*, str. 74 i 77, koji u fusnoti broj 191 (na str. 74) objašnjava da je stav da rezerva prihvatanja proizvodi pravno dejstvo samo ako je izričito stipulisana u opštim uslovima dobio snagu pravne norme u čl. 311. francuskog Zakonika o potrošnji, koji je u odredbama o ugovoru o potrošačkom kreditu propisao da rezerva prihvatanja ličnosti saugovornika mora biti izričito navedena. U tom smislu i razrađujući stavove koje je izneo Berlioz, Đurđević zaključuje da stipulant nema slobodu da odluči da li će i sa kim da zaključi ugovor, jer je ograničen postojanjem objektivnih kriterijuma koje je sam postavio u izjavi o opštim uslovima, tj. da princip mora da bude da stipulantu nije dozvoljeno da odbije zaključenje ugovora sa licem koje to od njega zatraži, a poseduje kvalitete i osobine koje su navedene u opštim uslovima. Opširnije: Đurđević, M., *op. cit.*, str. 77.

Pored ličnih svojstava ili okolnosti, uslovi sadržani u OUP se mogu odnositi i na **tehničke mogućnosti kao preduslov** da bi zaključenje ugovora uopšte bilo realno moguće. To znači da primenjivač opštih uslova poslovanja u toj situaciji može odbiti zaključenje ugovora zbog neispunjavanja propisanih uslova (tj. preduslova). Tako se u literaturi posebno ukazuje da je to slučaj sa organizacijama koje obavljaju javnu službu, kod kojih će prihvat ponude imati dejstvo samo onda ako se uklapa u te, često tehnički razrađene, uslove – npr. sklapanje ugovora o uvođenju telefona samo ako postoje tehničke i kapacitetne mogućnosti na području osobe koja želi postati pretplatnik; sklapanje ugovora o snabdevanju plinom, vodom, strujom samo ako postoje tehničke i kapacitetne mogućnosti za davanje priključka; sklapanje ugovora o javnom prevozu samo onda ako ima mesta u prevoznom sredstvu i uz pridržavanje režima prevoza, kao što je npr. određenje stanica, pridržavanje voznog reda i sl.⁴⁹⁷

4. OSNOV PRIMENE OUP (NAČINI I TEHNIKE UKLJUČIVANJA U POJEDINAČNI UGOVOR)

4.1. Izričita i prećutna primena

Ukoliko govorimo o opštim uslovima poslovanja koja su kreirale međunarodne organizacije (ili udruženja privrednika), jasno je da stranke izričito ugovaraju njihovu primenu, tj. one će u fazi pregovora postizati saglasnost o tome koje će tačno opšte uslove izabrati, koje organizacije, za koju vrstu robe i koji modalitet, kada postoji više vrsta opštih uslova za istu poslovnu operaciju i istu vrstu robe.

Međutim, kada je opšte uslove doneo jedan (po pravilu veliki) privredni subjekt, situacija je drugačija i ovde vidimo različite načine, tj. tehnike vezivanja opštih uslova poslovanja za pojedinačni (individualni) ugovor. Sam individualni ugovor, po pravilu, nastaje na fizički odvojenom ugovornom dokumentu (papiru), pri čemu je potrebno postići saglasnost volja o uključivanju primene opštih uslova poslovanja.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Videti: Barbić, J., *op. cit.*, str. 29.

⁴⁹⁸ Pojedini pravni pisci ističu da odredbe OUP postaju sadržina konkretnog ugovora na osnovu okvirnog ili pojedinačnog sporazuma između ugovornika, ali odmah dodaju da taj sporazum nije zaseban pravni posao nego je deo ugovora. Tako: Brox, H., *Allgemeines Schuldrecht*, 12. Auflage, München, 1984, str. 29; navedeno prema: Radišić, *op. cit.*, str. 104.

Kod opštih uslova poslovanja koje priprema jedna strana (jedan privredni subjekt) takođe je moguće i najčešće je tako da druga strana **izričito prihvata** opšte uslove poslovanja kao objavljenu opštu ponudu.

Opšti uslovi poslovanja mogu biti u potpunosti sadržani u ugovoru, „*kao njegov opšti deo*“⁴⁹⁹ ili se na njih ugovor može pozvati i to na različite načine. Najčešće i, za obe ugovorne strane, najkorektnije rešenje jeste da ugovor sadrži **upućujuću klauzulu** kojom se **na izričit način** ugovara i uključuje primena opštih uslova poslovanja. Ukoliko sam individualni ugovor iscrpnije reguliše poslovnu operaciju u pitanju, najjednostavnije je stipulisati klauzulu kojom se u svemu što nije uređeno ugovorom primenjuju opšti uslovi poslovanja. Pored toga, pravno je moguće i punovažno i pozivanje na pojedine odredbe⁵⁰⁰ opštih uslova poslovanja. Bilo da se uključuje njihova primena u celini ili u jednom delu, u oba slučaja postoji posebna odredba kojom se utvrđuje da je uključena primena opštih uslova poslovanja.

Osim što se može naći u samom ugovoru kao ugovorna klauzula, ovakva „upućujuća“ klauzula se neretko nalazi i na dnu (podnožju) ugovornog obrasca, ali i sa druge strane obrasca, na kojoj se nekada nalazi i kraća verzija ili jedan deo opštih uslova poslovanja, a moguće je da na toj strani OUP budu odštampani i u celini.

Ako govorimo o izričitom pozivanju na opšte uslove poslovanja kroz upućujuću klauzulu, neophodno je da ova klauzula bude sadržana u samom individualnom ugovoru, a ne kao informacija na obaveštenjima ili dopisima u toku korespondencije koja prethodi zaključenju ugovora, a da se onda u samom tekstu ugovora izostavi. Time se stvara utisak da su strane pregovarale o mogućoj primeni opštih uslova poslovanja, ali kako takva odredba izostaje u konačnom tekstu ugovora, tako savesna strana može imati osnovano uverenje da se od toga odustalo i da se u konačnoj verziji ugovora ne predviđa primena opštih uslova poslovanja. Ne bi se moglo govoriti o izričitom ugovaranju primene opštih uslova poslovanja ni ako se upućujuća klauzula ne nađe u individualnom ugovoru, već se pojavi na dopisima i ispravama u toku izvršenja ugovora⁵⁰¹, u smislu da ugovorna strana tek u fazi realizacije ugovora navodi da očekuje ispunjenje ugovornih obaveza u skladu sa

⁴⁹⁹ Vukadinović, R., *op. cit.*, str. 54.

⁵⁰⁰ U ovom slučaju nije neophodno pozivanje na odgovarajući dokument u celini.

⁵⁰¹ Na to ukazuje i Jankovec: „Ugovor se mora pozvati na opšte uslove. Ne bi bilo dovoljno ako bi ona ugovorna strana koja se u svom poslovanju koristi opštim uslovima navela u nekoj ispravi koja prati izvršenje ugovora (kao što je faktura ili otpremnica) da su ti uslovi sastavni deo ugovora.“. Videti: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 267.

njenim opštim uslovima poslovanja, o čemu nije postignuta saglasnost volja u trenutku zaključenja ugovora.

Kako je, pored izričitom izjavom, ugovor moguće zaključiti i prećutnom (posrednom) izjavom⁵⁰², tj. **konkludentnom radnjom**, tako i opšti uslovi poslovanja mogu postati sastavni deo ugovora istom konkludentnom radnjom (*facta concludentia*) kojom se ugovor zaključuje. Konkludentne radnje predstavljaju ponašanje, propuštanje, radnje i postupke iz kojih se, s obzirom na okolnosti slučaja u kojima se čine, posredno ali sa sigurnošću (izvesnošću) može zaključiti da subjekt njima izražava određenu volju. Pri oceni da li se neka radnja može kvalifikovati kao konkludentna kojom se izjavljuje volja za zaključenje ugovora nije od značaja da li je subjekt svestan da svojom radnjom čini prihvatanje ponude niti kako taj subjekt shvata sopstvenu radnju, već je relevantno shvatanje koje o tome može imati razumno lice uzimajući u obzir sve okolnosti u kojima je radnja preduzeta i životno iskustvo. Treba imati u vidu i da subjekt koji ne želi da se njegova radnja bude shvaćena kao posredna izjava volje za zaključenje ugovora, može toj radnji oduzeti karakter konkludentne - izričitom izjavom volje, koju nazivamo rezervom ili protestom i koju čini pre preduzimanja ili istovremeno sa preduzimanjem svoje radnje.⁵⁰³

Tipičan primer uključivanja opštih uslova poslovanja u ugovor konkludentnom radnjom je slučaj zaključenja ugovora o prevozu kada putnik uđe u prevozno sredstvo⁵⁰⁴ i na taj način konkludentnom radnjom zaključi ugovor o prevozu koji je uređen opštim uslovima prevoza prevozioca.

U nekim slučajevima nije ni moguće učiniti prihvatanje opšte ponude bez ispunjenja sopstvene obaveze koja nastaje iz ugovora koji se zaključuje, tj. prihvatanje se sastoji u ispunjenju te obaveze. Takav je slučaj, na primer, sa zaključenjem ugovora ubacivanjem novca u automat⁵⁰⁵ (aparatus) na kome su istaknuti, odnosno zalepljeni opšti uslovi

⁵⁰² Prećutnu izjavu ne treba izjednačavati sa ćutanjem, jer je pravilo u građanskom pravu da onaj koji ćuti ništa ne izjavljuje. Termin prećutna izjava se u nauci često kritikuje zbog potencijalnog mešanja sa ćutanjem, pa je zato bolje koristiti termin konkludentna radnja. „Retki su slučajevi u kojima ćutanje određenog lica može biti, s obzirom na okolnosti slučaja, sa sigurnošću protumačeno kao kao njegova izjava određene volje.“- videti: Stanković, O., Vodinelić, V., *Uvod u građansko pravo*, NOMOS, Beograd, 2007, str. 160-161.

⁵⁰³ Tako, videti: *Leksikon građanskog prava*, Nomos, Beograd, 1996, leksikološka odrednica: *Konkludentne radnje*, str. 295; Stanković, O., Vodinelić, V., *ibidem*; *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1979, odrednica *Konkludentne radnje*, str. 562.

⁵⁰⁴ Slično: Jankovec, I., *Privredno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 1999, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, str. 266.

⁵⁰⁵ Barbić ukazuje da stavljanje automata predstavlja opštu ponudu upućenu svakome za sklapanje ugovora o prodaji onoga što je na automatu naznačeno i uz cenu koja je navedena. Ubacivanjem novca ili žetona, a najčešće uz to i pritiskanjem određenog dugmeta, ponudeni izjavljuje prihvatanje, uz istovremeno ispunjenje

poslovanja. Ubacivanje novca suštinski predstavlja istovremeno i prihvatanje opšte ponude i ispunjenje ugovorne obaveze - plaćanje cene.

U vezi sa primenom opštih uslova poslovanja, profesor Jankovec navodi da je njihova snaga vrlo ograničena i iznosi stav da mogu biti primenjeni samo ako je ugovoreno da će predstavljati sastavni deo ugovora. „A i kada je tako ugovoreno, oni dejstvuju samo u odnosu između ugovornih strana, kao *lex contractus*. Može biti zaključen ugovor o osiguranju i sa posebno pripremljenim tekstom, uz isključenje primene uslova za vrstu osiguranja u pitanju (osiguranje specifičnih građevinskih objekata u izgradnji, na primer).“⁵⁰⁶

U slučaju da dođe do neslaganja između pojedinih odredbi opštih uslova poslovanja i posebnih pogodbi, važe posebne pogodbe o kojima su stranke postigle saglasnost volja. Ovakvo rešenje izričito je propisano našim Zakonom o obligacionim odnosima⁵⁰⁷, a ono je u skladu sa poznatim načelom u pravu: *lex specialis derogat legi generali*⁵⁰⁸.

U pogledu obaveznosti opštih uslova, Zakon o obligacionim odnosima propisuje da opšti uslovi određeni od strane jednog ugovarača, bilo da su sadržani u formularnom ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva, dopunjuju posebne pogodbe utvrđene među ugovaračima u istom ugovoru, i po pravilu obavezuju kao i ove⁵⁰⁹. Zakon izričito propisuje da opšti uslovi obavezuju ugovornu stranu **ako su joj bili poznati ili morali biti poznati**⁵¹⁰ u času zaključenja ugovora^{511 512}.

ugovorne obaveze (plaćanje cene). Ne izbacili automat robu koja se nudi (npr. zbog kvara ili jer robe više nema u automatu a na njemu nema o tome upozorenja), držalac automata čini povredu ugovora neispunjenjem svoje obaveze (isporuke robe). Tako: Barbić, J., *op. cit.*, str. 28.

⁵⁰⁶ Videti: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 27.

⁵⁰⁷ Član 142. stav 4. ZOO.

⁵⁰⁸ Tako, uređujući zaključenje ugovora o osiguranju, Zakon o obligacionim odnosima propisuje da će se u slučaju neslaganja neke odredbe opštih ili posebnih uslova i neke odredbe polise osiguranja primeniti odredba polise, a u slučaju neslaganja neke štampane odredbe polise i neke njene rukopisne odredbe, primeniće se rukopisna odredba. Videti član 902. stav 5. ZOO.

⁵⁰⁹ Član 142. stav 1. ZOO.

⁵¹⁰ Tako npr. Zakon o obligacionim odnosima, u vezi sa ugovorom o alatmanu (angažovanju ugostiteljskih kapaciteta) i obavezom ugostitelja da turističkoj organizaciji isplati proviziju, u članu 894. stav 3. propisuje da ukoliko procenat provizije nije određen ugovorom, turističkoj organizaciji pripada provizija određena opštim uslovima poslovanja turističke agencije (ili, ako ovih nema, poslovnim običajima).

⁵¹¹ Član 142. stav 3. ZOO.

⁵¹² Primenjujući ove dve zakonske odredbe (član 142. st. 1. 3. ZOO), Viši trgovinski sud je u presudi Pž. 2244/09 od 27.5.2009. god. naveo da su u konkretnom slučaju parnične stranke bile u poslovnom odnosu na osnovu pretplatničkog Ugovora o korišćenju usluga tužiоčeve mreže javnih mobilnih telekomunikacija, te da je tuženi potpisivanjem pretplatničkog ugovora prihvatio Opšte i posebne uslove pretplatničkog ugovora i korišćenje usluga GSM mreže javnih mobilnih komunikacija tužiоca, koji su sastavni deo pretplatničkog Ugovora, a kojim su precizno navedena prava i obaveze ugovornih strana. O spornoj činjenici da li je tuženi u obavezi da plati utuženi iznos, sud je zaključio da tuženi jeste u obavezi na osnovu člana 5. Posebnih

Načini kako jedna ugovorna strana može učiniti poznatim svoje opšte uslove poslovanja zainteresovanim ugovaračima, tj. omogućiti im da se upoznaju sa njihovom sadržinom mogu biti različiti. Zakon o obligacionim odnosima u tom delu kaže da se opšti uslovi moraju **objaviti na uobičajeni način**⁵¹³. U tom smislu, moguće rešenje je da opšti uslovi poslovanja budu objavljeni u određenom, tj. odgovarajućem glasilu, da budu izloženi u poslovnim prostorijama privrednog subjekta ili, što je danas redovna i uobičajena praksa, da su objavljeni i dostupni u elektronskom obliku na veb sajtu. Ipak, iako su danas, po pravilu, dostupni na veb sajtu subjekta koji ih kreira, pitanje je da li je sama okolnost dostupnosti na sajtu po sebi dovoljna da se smatra da je svako ko namerava da zaključi ugovor (i to uživo, a ne preko interneta) svestan njihovog postojanja i upoznat sa njihovom sadržinom, ukoliko nije posebno obavešten o tome da se primenju OUP, gde su sadržani i dostupni. Ovo time pre jer ne postoji obaveza da svako poseduje računar niti da mu je dostupan, da zna da ga koristi, niti da prethodno istražuje veb sajtove, pa se čini da se ne bi moglo reći da je sama činjenica dostupnosti OUP na sajtu po sebi dovoljna, ako korisniku nije posebno skrenuta pažnja na činjenicu postojanja OUP, mesta gde su objavljeni, kako bi znao da postoje i mogao da se upozna sa njihovom sadržinom. Imajući u vidu tendencije savremenog razvoja kada je u pitanju dostupnost dokumenata u elektronskom obliku, objavljivanje OUP samo na veb sajtu je korisno, ali nije dovoljno da bi svako zainteresovano lice znalo da se oni primenjuju na ugovorni odnos u koji namerava da stupi i kakva rešenja sadrže.

Kada su u pitanju OUP koji se koriste u oblasti finansijskih usluga, tu je od 2011. godine Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga izričito propisao da se OUP davalaca finansijskih usluga objavljuju i u poslovnim prostorijama i na internet prezentaciji. Konkretno, davalac finansijske usluge je dužan da na vidnom mestu u poslovnim prostorijama u kojima nudi usluge korisnicima i na Internet stranici obezbedi da se korisnik upozna sa opštim uslovima poslovanja na srpskom jeziku, i to najkasnije 15 dana

uslova da u celosti izmiri iznos dugovanja za pružene GSM mreže za period od dana zaključenja ugovora do dana isteka ugovornog obaveznog trajanja pretplatničkog odnosa. U obrazloženju presude Viši trgovinski sud navodi: „Navodi tuženog da je tužilac propustio da blagovremeno i to svakog meseca dostavi račune za telekomunikacione usluge, koje je izvršio za račun tuženog, nisu od uticaja na pravilnost prvostepene odluke i pravo tužioca da potražuje navedeni iznos, s obzirom da po isteku uobičajenog perioda za prijem mesečnog računa, tuženi nije podnosio reklamaciju na iste, odnosno nije zahtevao duplikat računa, nije se informisao o iznosu koji je dužan da plati, a tu obavezu je imao na osnovu čl. 19. i 20. Opštih i posebnih uslova pretplatničkog ugovora i korišćenju usluga GSM mreže javnih mobilnih komunikacija tužioca.“ - Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 2244/09 od 27.5.2009. godine. (Elektronska baza *Ing-pro*, pristup 18.03.2017. godine).

⁵¹³ Član 142. stav 2. ZOO.

pre dana početka njihove primene. Pored toga, davalac finansijske usluge je dužan da korisniku pruži odgovarajuća objašnjenja i instrukcije koji se odnose na primenu opštih uslova poslovanja u vezi sa određenom finansijskom uslugom, kao i da mu, na njegov zahtev, u pismenoj formi ili na drugom trajnom nosaču podataka, dostavi te uslove bez odlaganja.⁵¹⁴

U pogledu načina saznanja sadržine opštih uslova poslovanja, praksa je različita. Negde se oni uručuju drugoj ugovornoj strani⁵¹⁵, negde druga ugovorna strana potpisuje da je primila opšte uslove poslovanja⁵¹⁶, negde potpisuje da je upoznata sa njihovom sadržinom, a negde se drugoj ugovornoj strani saopštavaju prilikom zaključenja ugovora, ili se, češće, ukazuje (skreće pažnja)⁵¹⁷ na njihovo postojanje i primenu na ugovorni odnos. „*Opšti uslovi poslovanja mogu obavezivati i u drugim situacijama u kojima se može pretpostaviti da ih je druga strana ili upoznala, ili je mogla upoznati njihovu sadržinu.*“⁵¹⁸ U pravnoj teoriji se smatra da je ovaj uslov ispunjen ukoliko su opšti uslovi poslovanja javno objavljeni⁵¹⁹.

Načela Evropskog ugovornog prava predviđaju da se uslovi ugovora o kojima se nije pojedinačno pregovaralo mogu istaći u odnosu na drugu stranu koja za te uslove nije znala, samo ako je strana koja se na te uslove poziva preduzela razumne korake da o njima obavesti drugu stranu (skrene joj pažnju) u trenutku zaključenja ugovora ili pre toga. Ne smatra se da je drugoj strani na odgovarajući način skrenuta pažnja na uslove (da je obavestena o njima) ako ugovorni dokument samo upućuje (poziva se) na njih, čak i ako je druga strana potpisala takav ugovorni dokument.⁵²⁰ Ovo pravno rešenje je veoma dobro jer štiti stranu kada prilikom zaključenja ugovora koji se poziva na opšte uslove poslovanja, nema vremena da ih uoči, a još manje da ih pažljivo i detaljno pročita, s obzirom na činjenicu da su OUP, po pravilu, značajno obimniji od samog pojedinačnog ugovornog dokumenta koji tom prilikom potpisuje.

Kod pojedinih ugovora zakon posebno uređuje pitanje obaveštavanja druge strane (prilikom zaključenja ugovora) o postojanju opštih uslova poslovanja i omogućavanja upoznavanja sa njihovom sadržinom. Tako Zakon o obligacionim odnosima, uređujući

⁵¹⁴ Videti član 10. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 139/2014).

⁵¹⁵ Ovakav način je predviđen za zaključenje ugovora o osiguranju.

⁵¹⁶ Takva je poslovna praksa većine poslovnih banaka i turističkih agencija.

⁵¹⁷ Najkorektnije i u skladu sa načelom savesnosti i poštenja je da se to učini na jasan i izričit način.

⁵¹⁸ Vukadinović, R., *op. cit.*, str. 54.

⁵¹⁹ Tako Velimirović, M., *Poslovno pravo*, Podgorica, 200, str. 28; navedeno prema: Vukadinović, R., *ibidem*.

⁵²⁰ Član 2:104. Načela Evropskog ugovornog prava.

ugovor o osiguranju, nalaže osiguravaču dužnost da upozori ugovarača osiguranja da su opšti i posebni uslovi osiguranja sastavni deo ugovora i preda mu njihov tekst, ako ti uslovi nisu štampani na samoj polisi.⁵²¹ Zakonom je uređeno i da izvršenje ove obaveze mora biti konstatovano na polisi.⁵²² O tome se izjasnila i sudska praksa, tako što je u jednom sporu razmatrana širina pokrića iz ugovora o osiguranju. Šteta je nastala za vreme oluje na taj način što je u stan kroz otvoren prozor upadala kiša i u stanu osiguranika su bili oštećeni zidovi, parket i nameštaj. Prema pravilima za osiguranje domaćinstava na koje se pozivala polisa, osiguranjem od rizika oluje nisu bile pokrivenne štete od prodiranja kiše kroz otvoren prozor. Utvrđeno je da osiguravač nije osiguraniku predao jedan primerak ovih pravila, te je sud osudio osiguravača na plaćanje naknade iz osiguranja, jer, prema stanovištu suda, pravila osiguranja obavezuju osiguranika samo ako je sa njima bio upoznat.⁵²³

Kada se ugovor zaključuje primenom opštih uslova poslovanja, tada postoje posebna pravila koja se primenjuju na tu situaciju, uz opšta pravila o zaključenju ugovora. Tako, na primer, UNIDROIT principi međunarodnih trgovačkih ugovora navode da kada jedna ili obe strane koriste opšte uslove poslovanja, opšta pravila zaključenja ugovora se primenjuju u skladu sa članovima 2.1.20-2.1.22. koji na poseban način uređuju pravna pitanja u vezi sa opštim uslovima poslovanja.⁵²⁴ U Komentaru uz član 2.1.19. se navodi da se opšta pravila o zaključenju ugovora, po pravilu, primenjuju bez obzira na to da li jedna ili obe strane koriste OUP, što znači da se OUP koje predloži jedna strana obavezuju drugu samo na osnovu prihvata, a od okolnosti slučaja zavisi da li obe strane moraju izričito da prihvate OUP ili njihovo uključivanje u ugovor može biti podrazumevano. Tako, opšti uslovi sadržani u samom ugovornom dokumentu će redovno obavezivati na osnovu potpisanog ugovornog dokumenta kao celine, svakako kada se nalaze iznad potpisa, a svakako neće kada se nalaze na poleđini dokumenta; dok sa druge strane, na OUP sadržane u posebnom dokumentu ili elektronskom fajlu, treba da bude izričito upućeno od strane koja ima nameru da ih koristi; a podrazumevano uključivanje se može prihvatiti samo ako

⁵²¹ Član 902. stav 3. ZOO.

⁵²² Videti član 902. stav 4. ZOO.

⁵²³ Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Gž. 1551/74 od 25.04.1974, *Informator*, broj 2124/74, str. 4; navedeno prema: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 267-268, koji na istom mestu, nakon istraživanja ovog pitanja u sudskoj praksi, konstatuje da ako drugoj ugovornoj strani osiguravač nije predao uslove osiguranja, onda je za nju bez značaja klauzula kojom joj se nameću neke dužnosti za koje ona nije znala niti je mogla znati.

⁵²⁴ Član 2.1.19. stav 1. UNIDROIT Principa međunarodnih trgovačkih ugovora.

postoji ustaljena praksa među stranama ili običaj u tom smislu.⁵²⁵ Komentar ovde upućuje na član 1.9. UNIDROIT Principa, prema kome su strane vezane svakim običajem o kojem su se saglasile i svakom praksom koju su međusobno uspostavile.⁵²⁶ U zvaničnom komentaru uz član 1.9. se ukazuje da je moguće i da se strane dogovore o primeni nečega što se ponekad pogrešno naziva običaji, tj. o sistemu pravila koji je pripremio neko od trgovačkih udruženja pod naslovom „Običaji“, a koji delimično predstavljaju ustaljena pravila ponašanja.⁵²⁷ Strane su vezane običajem koji je nadaleko poznat i koji se redovno primenjuje u međunarodnoj trgovini među stranama u konkretnoj vrsti trgovine koja je u pitanju, osim kada bi primena takvog običaja bila nerazumna.⁵²⁸

U ilustraciji 1 uz član 2.1.19. UNIDROIT Principa navodi se situacija u kojoj strana A namerava da zaključi ugovor o osiguranju za slučaj nezgoda na radu lica zaposlenih kod strane A. Strane potpisuju model ugovornog obrasca koji nudi strana B nakon što u prazna polja unosi, uzmeđu ostalog, premiju i maksimalnu osiguranu sumu. Na osnovu svog potpisa, A je vezan ne samo odredbama koje su posebno pregovarane sa stranom B, već i opštim uslovima nacionalnog udruženja osiguravača, koji su odštampani na tom obrascu.⁵²⁹ Ilustracija 2 uz član 2.1.19. predstavlja slučaj da strana A redovno zaključuje ugovore sa svojim kupcima primenom sopstvenih opštih uslova poslovanja koji su odštampani kao poseban dokument. Prilikom slanja ponude licu B kao novom kupcu, A propusti da se izričito pozove na OUP. B prihvata ponudu. Opšti uslovi poslovanja nisu postali sastavni deo ugovora, osim ukoliko A dokaže da je B znalo ili trebalo da zna da je namera A da zaključi ugovor samo na osnovu sopstvenih OUP, npr. zato što su isti OUP redovno primenjivani u prethodnim transakcijama.⁵³⁰

Ilustracija 3 uz član 2.1.19. UNIDROIT Principa pokazuje situaciju u kojoj A namerava da kupi žito robnom razmenom u Londonu. U ugovoru zaključenom između A i B, broker na toj razmeni, nije izričito uputio na primenu OUP, kojima se redovno uređuje brokersko poslovanje, u ugovor o ovoj konkretnoj razmeni. Opšti uslovi poslovanja su ipak

⁵²⁵ International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 68.

⁵²⁶ Član 1.9. stav 1. UNIDROIT Principa međunarodnih trgovačkih ugovora.

⁵²⁷ International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 25.

⁵²⁸ Član 1.9. stav 2. UNIDROIT Principa međunarodnih trgovačkih ugovora.

⁵²⁹ International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 68.

⁵³⁰ *Ibidem*.

uključeni u ugovor jer njihova primena u vrsti ugovora u ovom slučaju predstavlja običaj.⁵³¹

4.2. Primena OUP ćutanjem

Kao posebno pitanje se može razmatrati zakljućenje ugovora i primena OUP ćutanjem. Najpre treba poći od opšteg pravila ugovornog prava da ko ćuti – ništa ne izjavljuje, tj. da se u građanskom pravu ćutanje ne smatra prihvatom. U tom smislu i naše pozitivno pravo sadrži izričitu odredbu da ćutanje ponuđenog ne znači prihvatanje ponude, kao i da nema dejstva odredba u ponudi da će se ćutanje ponuđenog ili neko drugo njegovo propuštanje (na primer, ako ne odbije ponudu u određenom roku, ili ako poslatu stvar o kojoj mu se nudi ugovor ne vrati u određenom roku i sl.) smatrati kao prihvatanje⁵³². Načela Evropskog ugovornog prava, takođe, predviđaju da ćutanje ili nečinjenje ponuđenog samo po sebi ne znači prihvatanje ponude.⁵³³

Pitanje zakljućenja ugovora i primene OUP ćutanjem je u poslovnoj praksi veoma važno kod međunarodne špedicije, tj. u situaciji ćutanja špeditera kome je upućena ponuda (tj. nalog za organizovanje prevoza). Primena OUP u špediciji je u našem pravu propisana Opštim uslovima poslovanja međunarodnih logističara i špeditera Srbije⁵³⁴. Konkretno, ovi opšti uslovi se primenjuju na sve poslove koje logističar i špediter (zajedno obuhvaćeni pojmom: izvršilac) u granicama svojih ovlašćenja obavlja, po ugovoru, dogovoru, nalogu, ili u cilju zaštite interesa poslovnih partnera. Smatraće se da su se ugovorne stranke sporazumele o primeni opštih uslova, ako je izvršilac ukazao svom nalogodavcu i svim drugim učesnicima u realizaciji konkretnog posla da posluje u skladu sa njima, a nalogodavac ili druga lica nisu pre početka realizacije konkretnog posla izričito i pismeno isključili njihovu primenu.⁵³⁵

Opisano posebno pravilo za špeditere je u skladu sa opštim pravilom ZOO kada je reč o poslovnoj delatnosti izvršavanja naloga. Konkretno, ZOO propisuje da je lice koje se ponudilo drugom da izvršava njegove naloge za obavljanje određenih poslova, kao i lice u čiju poslovnu delatnost spada vršenje takvih naloga, dužno da izvrši dobijeni nalog ako ga

⁵³¹ *Ibidem.*

⁵³² Videti član 42. st. 1. i 2. ZOO.

⁵³³ Član 2:204. stav 2. Načela Evropskog ugovornog prava.

⁵³⁴ Opšti uslovi poslovanja međunarodnih logističara i špeditera Srbije („Sl. glasnik RS“, broj 105/08).

⁵³⁵ Videti član 1. Opštih uslova poslovanja međunarodnih logističara i špeditera Srbije.

nije odmah odbilo.⁵³⁶ Shodno tome, u ovakvim situacijama, OUP (kada uređuju takav odnos) će se primeniti ćutanjem lica koje izvršava naloge u vidu poslovne delatnosti.

Naši pravni pisci nisu jedinstveni u stavu kada je reč o primeni OUP ćutanjem špeditera kome je komitent uputio nalog za organizovanje prevoza određene robe. Ukazujući da ponudu za zaključenje ugovora o špediciji po pravilu daje lice koje je zainteresovano da otpremnik organizuje prevoz određenih stvari, profesor Jankovec ističe da će se ugovor smatrati zaključenim i ako otpremnik takvu ponudu odmah ne odbije⁵³⁷. Suprotno ovom tradicionalnom stavu, u našoj pravnoj teoriji dominira stav da se nakon stupanja na snagu ZOO ugovor o otpremanju ne može zaključiti ćutanjem otpremnika povodom naloga komitenta⁵³⁸.

4.3. Automatska (podrazumevana) primena OUP

Smatram da bi se kao o posebnom vidu primene OUP moglo govoriti o **automatskoj ili podrazumevanoj primeni OUP**, koja se sagledava u jednoj situaciji specifičnoj za trgovinsko pravo. Reč je o **stalnom poslovnom odnosu** (ili stalnoj poslovnoj vezi) tačno određenih privrednih subjekata. Ukoliko su subjekti od ranije bili u poslovnom odnosu na koji su se primenjivali OUP, onda se prilikom zasnivanja narednog ugovornog odnosa sa istim subjektom, koji je i ranije koristio OUP, može osnovano reći da je činjenica da saugovornik koristi OUP morala biti poznata drugoj ugovornoj strani, tj. ona se ne bi mogla s uspehom pozivati na to da joj OUP nisu bili poznati.

U ovoj situaciji u kojoj je prilikom ustanovljenja ovog odnosa, tj. prvi put ugovorena primena OUP, smatram da je to dovoljno da bi se oni automatski (podrazumevano) primenjivali u narednim pravnim poslovima koja ta dva subjekta

⁵³⁶ Ako u ovom slučaju ponuda, odnosno nalog nije odbijen, smatra se da je ugovor zaključen u trenutku kad je ponuda, odnosno nalog stigao ponuđenom. Videti član 42. st. 4. i 5. ZOO.

⁵³⁷ Jankovec, I., *Privredno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 1999, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, str. 541.

⁵³⁸ Tako: Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravnikâ u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 596, ukazujući na član 42. st. 4 i 5. u vezi sa članom 750. ZOO (Ko se bavi vršenjem tuđih poslova kao zanimanjem ili se javno nudi za vršenje tih poslova, dužan je, ako neće da prihvati ponuđeni nalog koji se odnosi na te poslove, da o tome bez odlaganja obavesti drugu stranu, inače odgovara za štetu koju bi ova pretrpela zbog toga.) i sa daljim upućivanjem na: Carić, S., *Ugovori u robnom prometu s elementima mandata (nalog, komision, agentura, posredovanje, špedicija)*, Zbornik radova sa savetovanja o Zakonu o obligacionim odnosima, Beograd, 1978, str. 93.

zaključuju, bez potrebe da se u svakom narednom poslu izričito ugovara njihova primena, osim ukoliko se druga strana njima odmah ne usprotivi.

Do ovog stava bi se moglo doći i analogijom sa pravilom koje važi za prihvatanje određene robe kada je reč o stalnoj poslovnoj vezi. Naime, naš ZOO izričito propisuje da kad je ponuđeni u stalnoj poslovnoj vezi s ponudiocem u pogledu određene robe, smatra se da je prihvatio ponudu koja se odnosi na takvu robu, ako je nije odmah ili u ostavljenom roku odbio⁵³⁹.

Pitanje stalnog poslovnog odnosa se, kao faktičko pitanje, ceni prema svim okolnostima konkretnog slučaja i konkretnih subjekata.

U našoj sudskoj praksi postoji i stanovište Vrhovnog suda Srbije u kome se, povodom produženja ugovora o osiguranju, poziva na „utvrđenu praksu“ između strana ugovornica, te na „prećutni pristanak na opšte uslove“. Konkretno, reč je o presudi Vrhovnog suda Srbije, Rev. 392/86 od 17. februara 1987. godine⁵⁴⁰, u čijem obrazloženju se navodi: „S obzirom na činjenično stanje utvrđeno u postupku pred prvostepenim sudom pravilno je primenjeno pravilo prema kome je ugovor o osiguranju zaključen ako osigurač u roku od osam dana ne odbije ponudu koja ne odstupa od uslova pod kojima vrši predloženo osiguranje (Zakon o obligacionim odnosima, čl. 901. st. 3). Tužilac je u svojoj ponudi, imajući u vidu utvrđenu praksu između njega i tuženog, predložio samo one elemente koji su bili neophodni za produženje dotadašnjeg osiguranja, a to su bili predmet i suma osiguranja. U svemu ostalom, prećutno je pristao na opšte uslove pod kojima je tuženi poslovao (Zakon o obligacionim odnosima, čl. 902. st. 3) i oslanjao se na ona odstupanja od ovih uslova, kao što je plaćanje premije u ratama, koja su bila utvrđena u praksi između ugovornika (Zakon o obligacionim odnosima, čl. 900. st. 2. i čl. 32. st. 2).“⁵⁴¹

⁵³⁹ Član 42. stav 3. ZOO. Istovetno pravilo je sadržala uzansa broj 35. Opštih uzansi za promet robom („Službeni list SFRJ“, broj 15/54).

⁵⁴⁰ U ovoj presudi Vrhovni sud Srbije jasno ukazuje da potvrđuje stanovište prvostepenog (Presuda Opštinskog suda u Ubu P. br. 856/84 od 7. juna 1985. godine) i drugostepenog suda (Presuda Okružnog suda u Valjevu Gž. br. 902/85 od 14. oktobra 1985. godine) koji su se jednodušno izjasnili da treba smatrati da je ugovor o osiguranju zaključen zato što je tuženi osigurač ćutao za sve vreme od kada mu je prispela pismena ponuda tužioca. Reč je bila o tome da je tužilac (u konkretnom slučaju mlinar Miliwoje) pre nego što je istekao jednogodišnji rok ranije zaključenog ugovora o osiguranju, uputio pismenu ponudu za produženje ugovora o osiguranju, koja je uručena zastupniku osigurača, koji je ćutao i nije odgovorio na ponudu ni pozitivno ni negativno. Za detaljno obrazloženje ovog stanovišta Vrhovnog suda Srbije u presudi Rev. 392/86 od 17. februara 1987. godine, videti: Orlić, M., *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, str. 369-372.

⁵⁴¹ Iz obrazloženja presude Vrhovnog suda Srbije, Rev. 392/86 od 17. februara 1987. godine, navedeno prema: Orlić, M., *op. cit.*, str. 370.

4.4. Poslovni običaj kao osnov primene

Pored upućivanja na opšte uslove poslovanja, korišćenjem različitih tehnika koje sam izložio, moguće je da osnov njihove primene bude i poslovni običaj. „Zaključenje ugovora u takvim slučajevima pretpostavlja da druga strana zna da se ugovorni partner u svom radu služi općim uvjetima. To vrijedi za velika poduzeća kao što su osiguranje, banke, transport, špedicija ili veća komunalna preduzeća.“⁵⁴² Reč je dakle o onim oblastima poslovanja (ili privrednim granama) za koje se može reći da je primena opštih uslova poslovanja u njima uobičajena, tj. da je redovna praksa.

Profesor Jankovec ukazuje da se samo izuzetno može dozvoliti da određeni opšti uslovi poslovanja regulišu odnose između ugovornih strana mada se ugovor na njih ne poziva, ako su oni u tako širokoj i dugoj upotrebi u određenoj privrednoj delatnosti da su postali opštepoznati običaji. „U takvom slučaju sud može, prilikom rešavanja spora, primeniti opšte uslove mada ne postoji izričita saglasnost ugovornih strana o tome da oni čine deo ugovora, ali ih neće tretirati kao sastavni deo ugovora nego kao običajno pravo.“⁵⁴³

Ovde je dakle reč o tome da su određene odredbe OUP postale poslovni običaj, a u literaturi se navode i primeri da su pojedini opšti uslovi poslovanja u celini postali poslovni običaj, tj. da se direktno primenjuju, osim kada strane isključe njihovu primenu. Tako se, na primer, navodi da je za opšte uslove poslovanja nemačkih špeditera karakteristično da su postali poslovni običaji, pa se primenjuju uvek ako strane ne ugovore suprotno⁵⁴⁴.

Razmatrajući ovo pitanje OUP, profesor Carić ističe kao važno da su mnoge odredbe nacionalnih opštih uslova poslovanja špeditera postale poslovni običaji i da se te odredbe primenjuju kao poslovni običaji, a ne kao sastavni deo ugovora. „Što se tiče obima primene treba istaći da poslovne običaje ne znaju komitenti koji nisu organizacije i nemaju svojstvo trgovca u stranom pravu. Tada se i te odredbe nacionalnih opštih uslova poslovanja špeditera primenjuju samo onda kada su sastavni deo ugovora.“⁵⁴⁵

Ovo pitanje razgraničenja osnova primene OUP, tj. utvrđivanja da li je to saglasnost volja, tj. ugovaranje primene OUP ili je to poslovni običaj ima ne samo pravnoteorijski, već i praktični pravni značaj. On se sagledava u različitim pravilima

⁵⁴² Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1974, str. 142-143.

⁵⁴³ Jankovec, I., *op. cit.*, str. 267.

⁵⁴⁴ Videti: Seljmonaj, A., *Odgovornost špeditera kod ugovora o špediciji* (magistarski rad), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011, str. 21.

⁵⁴⁵ Kapor, V., Carić, S., *Ugovori robnog prometa*, Privredna akademija, Novi Sad, 2007, str. 213.

tumačenja koja postoje za ova dva osnova primene OUP. Konkretno, poslovni običaji se tumače objektivno, a kada je reč o ugovorima kao saglasnosti izjavljenih volja, tumačenje je prevashodno usmereno na iznalaženje smisla i svrhe za ugovorne strane⁵⁴⁶, odnosno na istraživanje izražene volje ugovarača i njihove zajedničke namere⁵⁴⁷, dok određeni međunarodni izvori međunarodnog trgovinskog prava sadrže pravila da se izjave volje i ponašanja tumače prema smislu koji bi im dalo razumno lice istog svojstva kao druga strana, stavljeno u istu situaciju⁵⁴⁸. Kada je reč o tumačenju OUP koje je unapred pripremila i predložila jedna ugovorna strana, pravila tumačenja kazuju da se nejasne odredbe tumače u korist druge strane.⁵⁴⁹

Primenu OUP kao običaja regulišu UNIDROIT Načela, o čemu je već bilo reči na prethodnim stranama u ovom radu.⁵⁵⁰

Na osnovu prethodnog razmatranja možemo zaključiti da postoje četiri osnova za primenu opštih uslova poslovanja: 1) izričito prihvatanje, izričito preuzimanje u ugovor ili izričito pozivanje na njih u ugovoru; 2) (prethodno) ustaljena poslovna praksa zaključivanja ugovora među ugovaračima na osnovu opštih uslova; 3) konkludentnost (konkludentnim radnjama); 4) običaj.⁵⁵¹

5. TRENUTAK ZAKLJUČENJA UGOVORA PRIMENOM OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

Pitanja zaključenja ugovora su u svakoj državi uređena nacionalnim ugovornim, odnosno obligacionim pravom i to najčešće građanskim ili trgovačkim zakonikom ili zakonom (u nas Zakonom o obligacionim odnosima). Nadnacionalni izvori međunarodnog trgovinskog prava nekada sadrže posebne odredbe o ovim pitanjima, a nekada ova pitanja uopšte ne uređuju, već to ostavljaju u domenu merodavnog nacionalnog prava do koga

⁵⁴⁶ Slično: Carić, S. u: Kapor, V., Carić, S., *Ugovori robnog prometa*, Privredna akademija, Novi Sad, 2007, str. 213.

⁵⁴⁷ Tako, naš ZOO propisuje da se pri tumačenju spornih odredaba ne treba se držati doslovnog značenja upotrebljenih izraza, već treba istraživati zajedničku nameru ugovarača i odredbu tako razumeti kako to odgovara načelima obligacionog prava utvrđenim ovim zakonom. Videti član 99. stav 2. ZOO.

⁵⁴⁸ Videti: *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa*, (glavni redaktor D. Mitrović), Savremena administracija, Beograd, 1982, odrednica *Tumačenje ugovora*, str. 489.

⁵⁴⁹ Takvu odredbu sadrži i naše pozitivno pravo. Videti član 100. ZOO.

⁵⁵⁰ Član 2.1.19. UNIDROIT Načela.

⁵⁵¹ Takav stav i: Goldštajn, A., *op. cit.*, str. 141-148; Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 17; Vukadinović, R., *op. cit.*, str. 54.

dolazimo primenom pravila međunarodnog privatnog prava. Svi pomenuti izvori nekada sadrže posebne odredbe o zaključenju ugovora primenom OUP, a u odsustvu ovih, primenjuju se opšta pravila o zaključenju ugovora.

Ako opšti uslovi poslovanja predstavljaju ponudu (preciznije ponudu javnosti i to opštu i stalnu ponudu) onda je ugovor zaključen u trenutku kada ponuđeni učini prihvata⁵⁵² ponude koja uključuje opšte uslove poslovanja ili na njihovu primenu upućuje. Da bi proizveo pravna dejstva, u pravnoj teoriji se smatra da prihvata mora ispuniti određene uslove: (1) mora po svojoj sadržini biti saglasan ponudi (tzv. komplementarni karakter prihvata), (2) mora biti učinjen blagovremeno, tj. dok je ponuda punovažna i obavezuje, (3) prihvata može dati samo ponuđeni ili njegov punomoćnik i (4) prihvata mora biti upućen ponuđaču ili njegovom punomoćniku.⁵⁵³ Gest prihvata definiše kao izjavu, rečima ili ponašanjem, pristanka na uslove ponude na način propisan ili naznačen ponudom, uz isticanje da prihvata treba da u svemu odgovara uslovima ponude, te da bude bezuslovan i saopšten ponudiocu; dok Farnsvort ističe tri zahteva koje mora da ispuni prihvata obećanjem da bi imao dejstvo: izjava o obavezanosti (a ne samo izjava kojom se potvrđuje prijem ponude), bezuslovnost i „barem prema tradicionalnoj doktrini“, potpuna istovetnost uslova ponude i prihvata.⁵⁵⁴

Prema rešenju našeg zakonodavca, ugovor je zaključen kad su se ugovorne strane saglasile o bitnim sastojcima ugovora.⁵⁵⁵

Načela Evropskog ugovornog prava predviđaju da je ugovor zaključen ako ugovorne strane imaju nameru da se pravno obavežu i postignu dovoljnu saglasnost bez ikakvih daljih zahteva⁵⁵⁶, pri čemu se smatra da dovoljna saglasnost postoji ako su

⁵⁵² Ako je reč o opštoj ponudi koja uključuje primenu opštih uslova poslovanja ili su oni takvi (sadrže bitne elemente budućeg ugovora) da po sebi uzuev predstavljaju opštu ponudu, onda tu ponudu može svako da prihvata. U tom smislu Barbić ukazuje da se ne traži da ponuđeni koji izjavljuje prihvata bude spomenut u ponudi, jer je njena karakteristika baš u tome da nije upućena nikome određeno, već da je može prihvatiti samo jedna osoba, ali i više njih. Prihvatanjem od samo jednog ponuđenog ili više njih ne prestaje dejstvo ponude, već ona i dalje važi sve do vremena vezanosti ponudioca ponudom koje se računa prema opštim pravilima, što dovodi do značajne karakteristike opšte ponude da se na temelju nje može sklopiti više ugovora istog sadržaja sa različitim, ali i sa istim ponuđenim. Videti: Barbić, J., *op. cit.*, str. 28.

⁵⁵³ Draškić, M., *Ponuda i prihvata prema uniformnim pravilima i uporednom pravu*, u: Vukadinović, R. (ur.), Načela evropskog ugovornog prava i Jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001, str. 149.

⁵⁵⁴ Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 73, koji ukazuje da iako pojedini autori na različite načine dele opšte zahteve koje mora da ispuni prihvata, zajedničko mesto je isticanje tzv. *mirror image rule*, odnosno zahteva da prihvata u svemu odgovara uslovima ponude (niti ih menja, niti dodaje nove uslove).

⁵⁵⁵ Član 26. Zakona o obligacionim odnosima.

⁵⁵⁶ Član 2:101. Načela Evropskog ugovornog prava.

ugovorne strane dovoljno odredile uslove ugovora da bi se ugovor mogao izvršiti ili ako se uslovi ugovora mogu odrediti na osnovu Načela.⁵⁵⁷ U pogledu prihvata, Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da se prihvata ponude sastoji od bilo kakve izjave ili ponašanja ponuđenog kojom se izražava pristanak na ponudu.⁵⁵⁸

UNIDROIT Principi međunarodnih trgovinskih ugovora sadrže rešenje o načinu zaključenja ugovor, prema kome je ugovor zaključen ili prihvatom ponude ili ponašanjem strana koje je dovoljno da pokaže da je postignuta saglasnost.⁵⁵⁹ U zvaničnom komentaru uz ovaj član se zaključenje ponašanjem koje je dovoljno da pokaže postignutu saglasnost objašnjava činjenicom da se u trgovačkoj praksi ugovori, naročito kada je reč o složenim transakcijama, često zaključuju nakon dugih pregovora bez prepoznatljive ponude i prihvata, te u tim slučajevima može biti teško da se utvrdi kada je ugovorna saglasnost postignuta.⁵⁶⁰ U cilju utvrđivanja da li postoji dovoljno dokaza o nameri strana da budu vezane ugovorom, komentar upućuje da njihovo ponašanje treba tumačiti u skladu sa kriterijumima iz člana 4.1.⁵⁶¹

Ovde se otvara **pitanje** eventualne **razlike između ponude i prihvata**. Naime, šta ako ponuđeni u trenutku prihvata nije znao da opšti uslovi poslovanja postoje i da će ugovorni odnos biti njima regulisan. U traženju odgovora na ovo pitanje, najpre treba utvrditi da li je strana koja posluje prema OUP savesno postupala, tj. objavila na jasan i uobičajeni način opšte uslove poslovanja i da li je drugoj strani to saopšteno i omogućeno joj da se upozna sa njihovom sadržinom. Tako, ukoliko ugovarač nije znao niti je mogao znati da druga strana primenjuje OUP, niti mu je na to druga strana ukazala prilikom zaključenja ugovora niti se pozvala na OUP, čini se da u ovoj situaciji neće doći do primene OUP, već će biti primenjene dispozitivne zakonske odredbe.

Dalje, potrebno je ustanoviti i da li opšti uslovi poslovanja uređuju, sadrže i bitne elemente ugovora (*essentialia negotii*) ili samo prirodne (*naturalia negotii*) i sporedne (*accidentalia negotii*). Naime, teško je zamisliti da su bitni elementi ugovora određeni opštim uslovima poslovanja, a da strana nije znala za njihovo postojanje, jer onda nema ugovora. Ugovor nastaje kada strane postignu saglasnost volja o bitnim sastojcima

⁵⁵⁷ Videti član 2:103. Načela Evropskog ugovornog prava.

⁵⁵⁸ Član 2:204. stav 1. Načela Evropskog ugovornog prava.

⁵⁵⁹ Član 2.1.1 UNIDROIT Principa međunarodnih trgovinskih ugovora.

⁵⁶⁰ International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 34.

⁵⁶¹ Tako, prema članu 4.1. UNIDROIT principa, ugovor treba tumačiti u skladu sa zajedničkom namerom strana. Ako se zajednička namera ne može utvrditi, ugovor treba tumačiti u skladu sa značenjem koja bi mu razumna osoba istih svojstava kao strane dala u istim okolnostima.

ugovora, te ako su se volje razišle, onda ugovora nema. To znači da bi u slučaju suštinskih razlika u ponudi i prihvatu, po pitanju elementarnih uslova ugovora, ugovor izostao, jer stvarne razlike u pogledu bitnih elemenata sprečavaju nastanak ugovora. Postoji samo spoljni privid da je ugovor zaključen, ali pravno je reč o jednom ništa. Takvu vrstu nevažećeg pravnog posla nazivamo nepostojećim pravnim poslom.

U praksi je realno očekivati jednu drugu situaciju. Reč je o tome da su strane postigle saglasnost volja o bitnim elementima ugovora i u skladu sa načelom konsensualizma u našem pravu, tada je ugovor zaključen *solo consensu*, ali da postoje neke razlike između ponude (koja uključuje OUP) i prihvata, ili između ponude i prihvata (koji uključuje OUP) ili između ponude i prihvata koji uključuju primenu različitih OUP. Ovde se suštinski otvara pitanje da li se prihvata može u nečemu razlikovati od ponude, tj. mora li biti u svemu istovetan. Poznato pravilo koje je opšteprihvaćeno kako u nacionalnim pravnim sistemima, tako i u nadnacionalnim izvorima prava, kaže da se prihvata sa izmenama smatra kao odbijanje ponude i istovremeno predstavlja novu ponudu (ili kako se drugačije naziva: protivponudu, obrnutu ponudu, kontra ponudu). Međutim, kako ističe prof. Mladen Draškić, to ne znači da se prihvata mora nužno sastojati u jednom „da“ prihvatitoca, već u tome da obe izjave pokazuju da su stranke htele istu stvar, te zato razlike između ponude i prihvata deli na verbalne i stvarne.⁵⁶² Prof. Draškić jasno ukazuje da su **verbalne razlike** samo prividne i da je princip *in favorem contractus* u svim pravima doveo do evolucije u pravcu odstupanja od neophodne striktnosti saglasnosti ponude i prihvata, tj. da se identičnost traži u pogledu elemenata ugovora (stvarne razlike), a ne u pogledu načina izražavanja prihvata (izuzev ako je ponuđač zahtevao prihvata u posebnoj formi). Tako, ovaj autor, izričito ističe da prihvata nije nečist zbog dodavanja nebitnih reči ili izraza bez značenja, jer je bitno da obe strane žele isto, samo što to izražavaju na različit način.⁵⁶³ U prilog ovom stavu se navodi i jedno od osnovnih pravila tumačenja ugovora, po

⁵⁶² Draškić, M., *Ponuda i prihvata prema uniformnim pravilima i uporednom pravu*, u: Vukadinović, R. (ur.), *Načela evropskog ugovornog prava i Jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001, str. 149 i dalje.

⁵⁶³ Prof. dr Mladen Draškić navodi da se u gotovo svim nacionalnim pravima smatra da ne postoje stvarne razlike između ponude i prihvata u sledećim situacijama:

- (a) Ponuđeni izrazi volju da prihvata, ali pri tom ukaže da nije sasvim zadovoljan ugovorom i da je očekivao bolji posao (tzv. „gundajući“ prihvata);
- (b) Ponuđeni izrazi u prihvatitocu neke nade, želje ili sugestije, koje pravno ne menjaju uslove predloženog ugovora;
- (c) Prihvata se smatra potpunim ako izražava zahtev za obaveštavanjem;
- (d) Prihvata sadrži izraze koji nisu izričito utvrđeni ponudom, ali su u njoj prećutno sadržani (ako npr. ponuđeni doda u prihvatitocu nešto što se u redovnoj trgovačkoj praksi razume samo po sebi, jer to poizlazi iz standarda savesnosti i poštenja);

kome se pri tumačenju spornih odredaba ugovora ne treba držati doslovnog značenja upotrebljenih izraza, već treba istraživati zajedničku nameru ugovarača.⁵⁶⁴

Stvarne razlike između ponude i prihvata odnose se na situacije kada se ponuđeni u prihvatu ponude pozove, tj. uputi na primenu svojih (dakle, dodatnih i/ili različitih) OUP. U tom slučaju postavlja se pitanje da li će i pod kojim uslovima ugovor biti zaključen, a ovo pitanje se najčešće podvodi pod pitanje prihvata ponude sa zahtevom da se izmeni.

U **našem pravu** opšteprihvaćeno je pravilo po kome ako ponuđeni izjavi da prihvata ponudu i istovremeno predloži da se ona u nečemu izmeni ili dopuni, smatra se da je ponudu odbio i da je sa svoje strane učinio drugu ponudu svome ranijem ponudiocu.⁵⁶⁵ Sa druge strane, za pitanje eventualnih razlika između ponude i prihvata, relevanto je i pravilo iz člana 32. stav 2. načeg ZOO, po kome, ako su ugovorne strane posle postignute saglasnosti o bitnim sastojcima ugovora ostavile neke sporedne tačke za docnije, ugovor se smatra zaključenim, a sporedne tačke, ako sami ugovarači ne postignu saglasnost o njima, urediće sud vodeći računa o prethodnim pregovorima, utvrđenoj praksi između ugovarača i običajima^{566 567}.

-
- (e) Prihvat sadrži izraze koji nisu utvrđeni ponudom, ali su u njoj pravno implicirani. Tamo gde zakoni ili drugi izvori prava impliciraju izvesne uslove u ponudi, punovažnost prihvata ne dolazi u pitanje, ako su u njemu izričito navedeni ovi uslovi. Ne smatra se nesaglasnim prihvat, koji upućuje na zakone ili trgovinske običaje koji nisu isključeni ili izmenjeni ponudom, pa se zbog toga može smatrati da su u nju prećutno uključeni. *Naturalia negotii* su uvek implicirana u ponudi koja o njima ćuti i njihovo navođenje u prihvatu ne predstavlja izmenu ponude. Tako, na primer, ako prihvat ponude za prodaju sadrži, kao dopunu, „zahtev“ ponuđenog da ponuđač prenese svojinu predmeta prodaje na njega, onda se samo izričito utvrđuje nešto što je, već po samom pravu, obuhvaćeno ponudom.
- (f) U nekim pravima (američkom, nemačkom, švajcarskom) smatra se da ne postoji stvarna razlika između ponude i prihvata ni onda kad prihvat sadrži dodatni predlog, koji će ako prihvati prvobitni ponuđač, dovesti do posebnog ugovora. Kao klasična navodi se u tom pogledu situacija u kojoj ponuđač ponudi jednu količinu, a ponuđeni prihvati drugu, veću, količinu. Odgovor ponuđenog može imati dva značenja: (1) ponuđeni želi da uzme ponuđenu količinu u svakom slučaju, s tim što izražava želju da zaključi poseban ugovor i za višak količine ukoliko ponuđač njime raspolaze i (2) da ponuđeni nije voljan da zaključi ugovor, ukoliko ponuđač nije u stanju da isporuči celu količinu koju on zahteva. U citiranim pravima se daje prednost prvom tumačenju. Videti: Draškić, M., *Ponuda i prihvat prema uniformnim pravilima i uporednom pravu*, u: Vukadinović, R. (ur.), *Načela evropskog ugovornog prava i Jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001, str. 150-151.

⁵⁶⁴ Videti član 99. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima.

⁵⁶⁵ Član 41. Zakona o obligacionim odnosima.

⁵⁶⁶ Videti član 32. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima.

⁵⁶⁷ Ova pretpostavka da ugovor nastaje se, smatra Živković, obara dokazom da je pojedina sporedna tačka, koja je izmenjena ili dodata, bila subjektivno bitna (da je za stranu koja obara pretpostavku bila bitna, što je

Slično rešenje je zastupljeno i u uporednom pravu i to ne samo u zemljama evropsko-kontinentalnog pravnog kruga, već i anglosaksonskom pravu, u kome se u novije vreme zapaža tendencija da se u gotovo svim *common law* državama neznatne i nebitne izmene mogu zanemariti, tako da prihvatu ne odreknu „ugovornopravno“ svojstvo.⁵⁶⁸ Tako, ukazuje Živković, sadašnje stanje *common law* je takvo da dejstvo izmena uslova ponude ili dodatni uslovi koje ponuđeni predlaže mogu imati dvostruki značaj: s jedne strane, oni mogu voditi (i po tradicionalnom pravilu vode) odbijanju ponude i činjenju protivponude, a sa druge strane oni mogu značiti prihvatanje ponude i zaključenje ugovora prema uslovima sadržanim u ponudi, uz predlog izmena i dopuna tog ugovora. Ono što će biti odlučujuće, zaključuje Živković, jeste način na koji su izmene i dopune upućene ponudiocu od ponuđenog, te ako je ponuđeni nameravao da zaključi ugovor samo ako ponudilac prihvati izmene i dopune (naravno, ne treba zaboraviti da se ova namera ceni po objektivnoj teoriji), onda ugovora nema, a ako je nameravao da do zaključenja dođe i ako ponudilac ne prihvati izmene i dopune, ugovor je zaključen i to pod uslovima iz ponude.⁵⁶⁹

Zanimljivo rešenje ovog pitanja sadrži **Jednoobrazni trgovački zakonik SAD-a** (*Uniform Commercial Code - UCC*), koji posebno uređuje pitanje dodatnih uslova u prihvatu ili potvrdi. Konačna i blagovremena izjava o prihvatu ili pismena potvrda poslata u razumnom roku proizvodi dejstvo kao prihvata čak i ako sadrži uslove koji dopunjuju ili se razlikuju od onih u ponudi ili dogovorenih, osim ako prihvata nije bio izričito uslovljen pristankom na dopunske ili različite uslove.⁵⁷⁰ U nastavku, Jednoobrazni trgovački zakonik SAD-a pravi razliku u pravnim rešenjima u zavisnosti od toga da li se ugovor zaključuje među fizičkim licima (koji nisu trgovci) ili među profesionalcima – trgovcima.

druga strana znala ili morala da zna) i ugovor se ne smatra zaključenim. Videti: Živković, M., *op. cit.*, str. 205.

⁵⁶⁸ Na to ukazuje Živković, koji prati razvoj stavova teorije i sudske prakse, te ukazuje da osnovno pravilo *common law* jeste da svaka izmena ili dodatak uslovima ponude izjavu ponuđenog čini protivponudom, a ne prihvatom, te ugovor ne nastaje. Ovo pravilo se uočava još u sudskoj odluci iz 1819. godine u američkom slučaju *Eliason v. Henshaw*: „ponuda ugovora jednog lica drugome ne nameće nikakvu obavezu prvome sve dok je drugo ne prihvati, u skladu s uslovima pod kojima je ta ponuda učinjena. Svaka kvalifikacija ili odstupanje od tih uslova poništava ponudu, izuzev ako se sâm ponudilac s time ne saglasi“ - Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 74, koji u nastavku navodi slučajeve iz sudske prakse koji se odnose na situacije u kojima izmene ili dopune uslova iz ponude u prihvatu nisu dovele do njegove kvalifikacije kao protivponude.

⁵⁶⁹ Živković, M., *op. cit.*, str. 74-75.

⁵⁷⁰ § 2-207. stav 1. Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD-a (*Uniform commercial code - UCC*). Videti: <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-207>. Prevod prvobitnog teksta Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD-a (koji je do danas pretrpeo više izmena i dopuna) je objavljen u Srbiji u izdanju Instituta za uporedno pravo. Videti: Blagojević, B. (ur.), (preveli: Vilus, J. i Maletić, Č. u saradnji sa Bataveljić, V.), *Jednoobrazni trgovački zakonik Sjedinjenih Američkih Država*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1966.

Tako, kada se ugovor zaključuje među fizičkim licima (koji nisu trgovci) dopunski uslovi (u prihvatu) se imaju smatrati predlozima da se dopuni ugovor (koji je nastao na osnovu sadržine ponude). Kada se ugovor zaključuje između trgovaca, takvi uslovi postaju sastavni deo ugovora, osim:

- (a) ako ponuda izričito ograničava prihvatanje na uslove ponude;
- (b) ako je suštinski menjaju;⁵⁷¹
- (c) ako je saopštenje o njihovom odbijanju već učinjeno ili se učini u razumnom roku po prijemu obaveštenja o njima.⁵⁷²

⁵⁷¹ Zvanički komentari uz ovaj član, koje prenosi M. Živković, kažu da odredbe koje bi rezultirale iznenađenju ili poteškoćama za drugu stranu, ako bi se unele u ugovor bez izričite saglasnosti te strane, predstavljaju suštinske izmene, npr. klauzula kojom se isključuje standardna garancija da je isporučena roba uobičajenog kvaliteta (da ima potrebna svojstva za redovnu upotrebu, tj. promet – *merchantability*) ili da je podobna da služi svrsi koju je namenio kupac (da ima potrebna svojstva za naročitu upotrebu za koju je kupac nabavlja – *fitness for a particular purpose*), kada se takva garancija podrazumeva, ili klauzula kojom prodavac za sebe ugovara pravo da raskine ugovor ako kupac zadocni s isplatom bilo kog računa. S druge strane, donosi Živković, odredbe čije uključivanje u ugovor ne nosi element nerazumnog iznenađenja (*unreasonable surprise*) unose se u ugovor automatski, sem ako druga strana blagovremeno izjavi prigovor, npr. klauzula kojom se određuje razuman period za primedbe u okviru uobičajenih granica, ili klauzula kojom se ustanovljava kamata za zadocnelu isplatu računa. Živković posebno ističe da se u komentaru broj 6 objašnjava da se dodatne odredbe, i kada su shvaćene kao predlozi za dopunu ugovora, mogu prihvatiti i ćutanjem, jer „ako se u razumnom roku po predlaganju dopunskih odredaba ne primi nikakav odgovor, onda je fer i trgovački razumno pretpostaviti da se na njihovo uključivanje u ugovor pristalo“. Međutim, u slučaju „pismenih potvrda“ o ranije zaključenom ugovoru, komentar nalaže da se pretpostavi da se dodatne odredbe u potvrdama (obeju) strana koje su u međusobnoj koliziji međusobno isključuju (jer se ima uzeti da međusobna nesaglasnost ima značenje saopštenja o odbijanju), pa se ugovor sastoji od izričito dogovorenih odredbi iz neformalnog sporazuma, odredbi iz potvrda koje se međusobno ne isključuju i dispozitivnih odredbi UCC. Sedmi deo komentara objašnjava svrhu trećeg stava člana 2-207, čiji je prevashodni cilj da učini nespornim postojanje ugovora u slučaju kad ga obe strane ispunjavaju, bez obzira na to što se iz njihove prepiske ne može iznaći potpuna saglasnost o svim tačkama o kojima je pregovarano. Živković sažeto iznosi da se američka sudska praksa, a za njom i *common law* teorija, nisu pohvalno izrazili o pokušaju učinjenom u § 2-207, te da je sudija Oldrič u jednom slučaju pred Apelacionim sudom SAD rekao da taj član „nije najsrećnije napisan“, a sudija Frontron je otišao još dalje izrazivši se o ovom članu kao o „mračnom delu proze“, dok su Vajt i Samers rekli da je „reč o tenku amfibiji koji je bio napravljen za borbe u močvarama, a naposljetku je poslat u borbu u pustinji“, a razlog za ove kritike je višeznačnost odredaba člana 2-207 koje su, rešavajući jedan problem, stvorile niz novih, sebi svojstvenih problema tumačenja. Analizirajući nacrt izmena ovog člana, Živković ukazuje da se čini da najnoviji nacrt izmena ide za tim da, zadržavajući pristup po kome se pretpostavlja da ugovor postoji kadgod to odgovara očekivanjima trgovaca u praksi („*the deal is on*“ pristup), sadržinu takvog ugovora, pored odredaba o kojima je postignuta saglasnost, pre želi da uredi „neutralnim pravom“, tj. sudskim upotpunjavanjem posredstvom dispozitivnih odredaba, običaja i prethodne poslovne prakse nego što je prepušta prevlasti odredaba sadržanih bilo u originalnoj ponudi bilo u prihvatu s izmenjenim ili dopunjenim odredbama. Stoga, zaključuje, da je američko pravo, barem kad je reč o kupoprodaji, prihvatilo pristup održavanja ugovora – *favor contractus* tumačenje ishoda pregovora, bilo da je reč o „bici formulara“, bilo da se ne radi o njoj. Na taj način je, ukazuje dalje ovaj autor, jednoj strani u pregovorima onemogućeno da se pozove na razlike u formularima, ili manje razlike u prihvatu i ponudi, ako odluči da ne ispunjava ugovor s obrazloženjem da smatra da ovaj ne postoji. S druge strane, time je otvoreno pitanje utvrđivanja tačne sadržine ugovora, jer ako se dozvoli da je ugovor zaključen uprkos odstupanjima ugovornih izjava, teže je u potpunosti i precizno utvrditi koje su obaveze preuzete ugovorom. - Živković, M., *op. cit.*, str. 80-81 i 84-85.

Nadnacionalni izvori prava takođe uređuju pomenuto pitanje zaključenja ugovora, odnosno sadrže pravila koja se primenjuju u situaciji prihvata ponude sa zahtevom da se izmeni, koja obuhvata i prihvata sa dopunskim i/ili različitim OUP.

Kada je reč o **Bečkoj konvenciji**, treba reći da ona polazi od rešenja koje zahteva istovetnost prihvata ponudi da bi ugovor bio zaključen, s obzirom da propisuje da odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje, a koji sadrži dodatke, ograničenja ili druge izmene jeste odbijanje ponude i predstavlja obratnu ponudu⁵⁷³. Primena ovog pravila u situaciji kada se u odgovoru na ponudu ukazuje na prihvatanje uz istovremeno upućivanje na opšte uslove poslovanja, *prima facie* bi se moglo kvalifikovati kao obratna ponuda, jer je reč o dodatku kojim se menjaju pravila. Ovo tim pre što opšti uslovi poslovanja ne samo da predstavljaju sistem dodatnih pravila, već neretko sadrže i određena ograničenja, što su po Bečkoj konvenciji elementi koji ukazuju na stvarne razlike koje predstavljaju odbijanje ponude. Međutim, odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje ali koji sadrži dopunske ili različite uslove koji suštinski ne menjaju uslove ponude predstavlja prihvatanje, izuzev ako ponudilac bez neopravdanog odlaganja stavi usmeno prigovor na razlike ili pošalje obaveštenje u tom smislu. Ako on tako ne postupi, ugovor je zaključen prema sadržini ponude sa izmenama koje se nalaze u prihvatanju. Dopunski ili različiti uslovi koji se odnose, pored ostalog, na cenu, plaćanje, kvalitet i količinu robe, mesto i vreme isporuke, obim odgovornosti jedne ugovorne strane u odnosu na drugu ili na rešavanje sporova, smatraće se da suštinski menjaju uslove ponude.⁵⁷⁴ Iako se, prema radovima pravnih pisaca, dobre strane člana 19. vide u relativnoj lakoći primene, izvesnosti i pravnoj sigurnosti koju donosi jednostavnim i tvrdim rešenjem, u doktrini dominiraju kritike i ukazivanje na mane ovog člana, koje se najsažetije ogledaju u: (1) nejasnoćama usvojenog teksta po pitanju da li se svaka odredba koja ima ikakve veze sa pitanjima navedenim u stavu 3. smatra suštinskom⁵⁷⁵; (2) mogućnosti ponudioca da svojom blagovremenom

⁵⁷² § 2-207. stav 2. Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD-a.

⁵⁷³ Videti član 19. stav 1. Bečke konvencije.

⁵⁷⁴ Član 19. st. 2-3. Bečke konvencije. Ovde se kao poseban slučaj prihvata sa odstupanjem može pojaviti tzv. bitka formulara, koja će zbog teme ove disertacije biti posebno obrađena u delu pod naslovom: konkurencija opštih uslova poslovanja saugovarača.

⁵⁷⁵ Ili je moguće da se svetlu okolnosti pobrojanih u članu 8. Bečke konvencije, u konkretnom slučaju neka izmena koja se odnosi na pitanje sa liste iz stava 3. ipak ne bude suštinska. Živković u tom smislu citira Schlechtriema, koji kaže da, iako istorijat donošenja upućuje na strogost liste iz stava 3., ipak nije nezamislivo da će se neko od pitanja sa liste, u konkretnom slučaju, kada to opravdavaju okolnosti, moći smatrati nebitnim; te nadalje ukazuje da ovaj stav u svom magistarskom radu prihvata i Cvetković. Videti: Živković, M., *op. cit.*, str. 126-127, fusnota 357. Ovakav stav se čini opravdanim i razumnim, naročito što u praksi može biti reči o beznačajnoj izmeni ili o samo drugačijoj jezičkoj formulaciji uslova koji se odnose na

izjavom obesnaži prihvata koji sadrži nebitne izmene ili dopune, jer ovakvo (strogo) rešenje omogućava ponudiocu da se posluži ovom mogućnošću ako želi da se oslobodi ugovora, iako je izmena ili dopuna sadržana u prihvatu minorna, što može protivrečiti principu savesnosti i poštenja.⁵⁷⁶ Drugim rečima, moguća je zloupotreba pozivanjem na ovu odredbu, a da se suštinski ugovor ne želi jer su se okolnosti promenile (npr. dolazi do promene cene na tržištu, nema predviđene količine robe ili iz drugih razloga jedna strana uoči da joj se izvršenje ugovora ne isplati). U sudskoj praksi se mogu naći slučajevi kada su dopunski ili različiti uslovi u prihvatu smatrani kao suštinske izmene ponude, kao i slučajevi u kojima su smatrani kao nebitne izmene.⁵⁷⁷

UNIDROIT Principi predviđaju, u pogledu izmenjenog prihvata, kao osnovno pravilo da odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje, ali sadrži dodatke, ograničenja ili druge modifikacije predstavlja odbijanje ponude i kontraponudu. Međutim, odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje, ali sadrži dodatne ili drugačije uslove koji ne menjaju suštinski uslove ponude, smatra se prihvatom, osim ukoliko se ponudilac bez odlaganja usprotivi razlici. Ukoliko se ponudilac ne usprotivi, ugovor je zaključen prema uslovima ponude sa izmenama sadržanim u prihvatu.⁵⁷⁸ Iako ovo rešenje *prima facie* nalikuje onome sadržanom u Bečkoj konvenciji, značajna razlika je u tome što UNIDROIT Principi ne sadrže spisak elemenata čija se izmena ili dopuna smatra suštinskom izmenom, što je bolje,

neko od pitanja sa liste iz stava 3. Zato se čini da nije dobro rešenje da se bilo kakva drugačija formulacija odredbe samim tim što se odnosi na pomenuta pitanja smatra suštinskom izmenom.

⁵⁷⁶ Živković, M., *op. cit.*, str. 126-127.

⁵⁷⁷ U slučaju *Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabaté USA Inc., Sabaté S.A.* iz 2003. godine (slučaj je dostupan na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030505u1.html> i <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1359801.html>) suštinskom izmenom je smatrana klauzula o nadležnosti suda sadržana u računu koji je prodavac poslao kupcu, pošto nije bilo nikakvih dokaza da se kupac s njim složio, a sud je stao na stanovište da je do pokušaja da se odredba o nadležnosti suda ubaci u ugovor došlo tek docnije, kada su se strane saglasile o vrsti robe, količini i ceni, te je sud uzeo da je ugovor nastao, a u objašnjenju stava da odredba o forumu iz računa (fakture) prodavca nije postala deo ugovora pozvao se, između ostalog, i na član 19. stav 3. Konvencije, kako bi pokazao da prema Bečkoj konvenciji nije moguće suštinsku odredbu prihvatiti prostim ćutanjem. Sa druge strane, M. Živković navodi da su odluke koje se odnose na nebitne izmene ili dopune takođe brojne, te da su sudovi smatrali nebitnom izmenom odredbu kojom je određen rok od 30 dana od dana ispostavljanja računa za davanje primedbi na ispravnost robe, kao i odredbu o količini robe, koja je posebno zanimljiva jer se izmena odnosila na jedno od pitanja pobrojanih kao bitnih u članu 19. stav 3., a sud je izričito stao na stanovište da će izmena koja se tiče elemenata pobrojanih u ovom stavu biti bitna samo ako okolnosti slučaja ili običaji ne ukazuju na suprotno. Pošto je sud našao da je u konkretnom slučaju izmena količine u isključivom interesu ponudioca, odlučio je da je smatra nebitnom, a kako ponudilac nije prigovorio, izmena je postala deo ugovora, te Živković zaključuje da ova odluka predstavlja praktičnu primenu doktrinarnog stava da bitnost izmene ili dopune u vezi sa nekim od elemenata pobrojanih u stavu 3. treba ceniti imajući u vidu okolnosti slučaja, tj. odredbe člana 8. Konvencije, a ne automatski i mehanički smatrati da je takva izmena ili dopuna bitna. Videti: Živković, M., *op. cit.*, str. 127-130.

⁵⁷⁸ Član 2.1.11. UNIDROIT Principa međunarodnih trgovinskih ugovora.

primerenije i elastičnije rešenje, jer omogućava da se pitanje ceni prema svim okolnostima konkretnog slučaja⁵⁷⁹ i ujedno otklanja zamerku koja se osnovano upućivala Bečkoj konvenciji a odnosi se na to da li se svaka odredba koja ima bilo kakve veze sa pitanjima navedenim u članu 19. stav 3. smatra suštinskom. Od značaja je pomenuti i član 2.13. koji predviđa da, kada tokom pregovora jedna strana insistira da ugovor neće biti zaključen dok se ne postigne sporazum o nekoj tački ili dok se ne ispoštuje posebna forma, ugovora nema pre sporazuma o toj tački, odnosno pre oblačenja ugovora u zadatu formu⁵⁸⁰ – ovo ne zbog forme, već zbog činjenice da jedna strana može (a mogu i obe) tokom pregovora otvoreno reći i insistirati da ugovora nema dok se postigne sporazum o primeni određenih opštih uslova poslovanja ili da ugovor zaključuje isključivo primenom sopstvenih OUP.

Načela evropskog ugovornog prava sadrže rešenje po kome ako ponuđeni u svom odgovoru navede ili podrazumeva dodatne ili različite uslove koji bi suštinski⁵⁸¹ izmenili uslove ponude, smatra se da je ponudu odbio i da je dao novu ponudu. Ako ponuđeni u svom odgovoru definitivno pristane na ponudu, smatra se da je ponudu prihvatio, čak i ako je u odgovoru naveo ili podrazumevao dodatne ili različite uslove,

⁵⁷⁹ U vezi sa izmenama koje ne menjaju suštinski ponudu, zvaničan komentar UNIDROIT-a uz ovaj član navodi da se ne može na apstraktan način i unapred odrediti koja će izmena ili dopuna biti suštinska, već da to zavisi od okolnosti svakog pojedinačnog slučaja, te dodatni ili različiti uslovi koji se odnose na cenu i način plaćanja, mesto i vreme ispunjenja nenovčane obaveze, širinu međusobne ugovorne odgovornosti strana i način rešavanja sporova će po pravilu, ali ne i nužno, biti smatrane kao suštinska izmena ponude. Komentar izričito navodi da kao važan faktor koji treba uzeti u obzir jeste pitanje da li se dodatni ili različiti uslovi uobičajeno koriste u datoj vrsti trgovine i da li kao takvi mogu da iznenade ponudioca. Nalazim da su ilustracije koje se navode uz ovu odredbu, na primeru dodavanja arbitražne klauzule, od značaja i za uključivanje opštih uslova poslovanja u odgovor na ponudu jer OUP najčešće, između ostalih, sadrže arbitražne klauzule ili druge klauzule o rešavanju sporova, kao i zbog toga što se određene klauzule u OUP smatraju standardnim u pojedinim granama trgovine. Tako se, kao ilustracija 1, navodi situacija u kojoj lice A naručuje mašinu od lica B da bi je testiralo u svojim prostorijama. Lice B prihvata ponudu, ali dodaje da želi da bude prisutno tokom testiranja mašine. Ovaj dodatni uslov ne predstavlja „suštinsku“ izmenu ponude i zato će postati deo ugovora, osim ako A prigovori bez neopravdanog odlaganja. Međutim, navodi se dalje u ilustraciji 2, ako u istom činjeničnom opisu kao u ilustraciji 1, lice B u svom prihvatu doda arbitražnu klauzulu, ako okolnosti ne upućuju na nešto drugo, ovakva klauzula će predstavljati „suštinsku“ promenu uslova ponude, te će navodni prihvati lica B predstavljati protivponudu. Ilustracija 3 donosi slučaj u kome A naručuje navedenu količinu pšenice od lica B. U svojoj potvrdi porudžbine B dodaje arbitražnu klauzulu koja predstavlja standardnu praksu u toj grani trgovine. Kako A ne može biti iznenađeno ovakvom klauzulom, ona nije „suštinska“ izmena uslova ponude, te, osim ukoliko A ne prigovori bez nepotrebnog odlaganja, arbitražna klauzula postaje deo ugovora. Videti: International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 50-51.

⁵⁸⁰ Opširnije o ovome, kao subjektivno bitnim elementima ugovora, koji predstavljaju proširenje obima saglasnosti neophodnog za nastanak ugovora: Živković, M., *op. cit.*, str. 139-140.

⁵⁸¹ Načela Evropskog ugovornog prava u članu 1:301, u kome određuju značenje upotrebljenih reči i izraza, u alineji 5 navode da je suštinski ono što bi razumno lice u istoj situaciji kao jedna strana trebalo da zna da bi uticalo na odluku druge strane da li da zaključi ugovor prema predloženim uslovima ili da li da uopšte zaključuje ugovor.

ukoliko oni suštinski ne menjaju uslove ponude. U tom slučaju, dodatni ili različiti uslovi postaju sastavni deo ugovora.⁵⁸² Međutim, prema stavu 3. ovog člana koji uređuje prihvatanje ponude sa zahtevom da se izmeni, odgovor na ponudu će se smatrati odbijanjem: (a) ako je u ponudi izričito navedeno da se može prihvatiti samo pod uslovima koji su u njoj navedeni ili (b) ako ponudilac bez odlaganja stavi prigovor na dodatne ili različite uslove ili (c) ponuđeni uslovi svoje prihvatanje prijemom obaveštenja od ponudioca da je saglasan sa dodatnim ili različitim uslovima, a ponudilac ne dostavi takvo obaveštenje ponuđenom u razumnom roku.⁵⁸³

Načela evropskog ugovornog prava na sličan način uređuju i pitanje pismene potvrde profesionalnog trgovca. Prema članu 2:210 Načela, ako su profesionalni trgovci zaključili ugovor koji nisu sastavili u vidu konačne isprave, pa jedan od njih bez odlaganja pošalje drugom pismeno koje treba da bude potvrda ugovora, ali koje sadrži dodatne ili različite uslove, ti uslovi će se smatrati sastavnim delom ugovora, izuzev u slučaju: (a) kada ti uslovi suštinski menjaju uslove ugovora ili (b) kada primalac stavi bez odlaganja prigovor na te uslove.⁵⁸⁴

Kada se sagledaju u celini sva pravila nadnacionalnih izvora koja se odnose na rešenje situacije u kojoj se pojavljuju razlike između ponude i prihvata, može se zaključiti da postoji tendencija ublažavanja početnog rigidnog stava da nema ugovora (koji je sadržan u prvim stavovima članova i predstavlja osnovno pravilo o odbijanju ponude i protivponudi), tj. da postoji tendencija razvoja dodatnih pravila (u drugim stavovima istih članova) koja podržavaju princip *in favorem contractus*.

6. ZAKLJUČENJE UGOVORA BEZ PREGOVORA

Zaključenje ugovora primenom opštih uslova poslovanja često podrazumeva da strane nisu vodile pregovore o sadržini ugovora. Pregovori jesu neobavezna faza u zaključenju ugovora, ali u praksi, a naročito u međunarodnoj poslovnoj praksi oni su česti, ali neretko i dugi i skupi, a podrazumevaju pogađanje i dogovaranje o elementima budućeg ugovora. Ovde treba imati u vidu sve ranije opisane izvore formularnog prava, jer je situacija, generalno posmatrano, slična i za athezione i za tipske ugovore i za opšte uslove

⁵⁸² Član 2:208 (Prihvatanje ponude sa zahtevom da se izmeni) st. 1-2. Načela Evropskog ugovornog prava.

⁵⁸³ Član 2:208 stav 3. Načela Evropskog ugovornog prava.

⁵⁸⁴ Član 2:210 Načela Evropskog ugovornog prava.

poslovanja, utoliko što, po pravilu, pregovora o njihovoj sadržini neće biti. U tom pogledu, tehnika zaključenja ugovora primenom OUP je slična kao i tehnika zaključenja athezionih i tipskih ugovora, koji su takođe izvori formularnog prava. Ali pravno posmatrano, razlika postoji, jer je kod nekih moguće, a kod nekih nije voditi pregovore.⁵⁸⁵

Profesor Jakov Radišić ugovore koji se sklapaju na temelju opštih uslova poslovanja smatra posebnim načinom sklapanja ugovora⁵⁸⁶, u koje, osim OUP, ubraja i tzv. „faktički ugovorni odnos“⁵⁸⁷. U pravnoj teoriji se sreće i stav da se samo „tzv. velike mušterije“ korisnika OUP mogu upustiti u njihovu izmenu.⁵⁸⁸

Svakako da se i kod ugovora koji se zaključuju primenom OUP (kao i kod svih ugovora) kao ključno posmatra da li je postignuta saglasnost volja. Iako se možda nisu detaljno sporazumevale i zajednički utvrđivale sadržinu svake pojedinačne odredbe OUP, ugovorne strane su se saglasile o primeni OUP na svoj ugovorni odnos. Ako smatramo da je po sebi uzev problem to što jedna strana nije pregovarala, učestvovala u formulisanju i razmatranju svake odredbe OUP (a saglasila se sa njihovom primenom), onda se isto tako možemo pitati i to da li je relevantno da li je ugovorna strana detaljno razmotrila sve odredbe dispozitivnih normi pozitivnog prava (u čijem formulisanju takođe nije učestvovala), na primer Zakona o obligacionim odnosima, pre zaključenja ugovora na koji se primenjuju, te da li odsustvo saglasnosti sa svakim pojedinačnim rešenjem dispozitivnih normi čiju je primenu mogla da otkloni i drugačije reši pitanje u svom ugovornom odnosu, po sebi čini dovoljnim da se dovede u pitanje primena istih dispozitivnih normi ili iste označe kao diktat zakonodavca? Čini se da sa tog aspekta razlika između samoodređenih i dispozitivnih normi ne postoji, ali postoji osnovana pretpostavka da je međusobni odnos ugovornih strana u dispozitivnim (i uzajamo određenim) normama bolje odmeren i pravično postavljen, za razliku od pravnih rešenja sadržanih u samoodređenim (npr. OUP)

⁵⁸⁵ O razlikama između navedenih izvora formularnog prava, videti prvi deo ove doktorske disertacije.

⁵⁸⁶ Videti: Radišić, J., *Obligaciono pravo Opšti deo*, NOMOS, Beograd, 2000, str. 103 i dalje.

⁵⁸⁷ Pojam „faktičkog ugovornog odnosa“, za koji se u pravnoj literaturi ističe da je izgrađen sa ciljem da se njime objasni međusobni položaj pružalaca i korisnika masovnih usluga i položaj strana u trajnom obligacionom odnosu, nakon izloženosti kritici danas većina autora odbacuje i smatra da ovo učenje ne samo da nije nužno, već da je pogrešno i nepotrebno. Kao argument se ističe da je sve ono što se pojmom „faktičkog ugovornog odnosa“ htelo objasniti, već objašnjeno i obuhvaćenom teorijom o konkludentim radnjama. O tome detaljnije: Radišić, J., *op. cit.*, str. 106-108, sa daljim upućivanjem na: Flume, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2. Band: *Das Rechtsgeschäft*, 3. Auflage, Berlin-New York, 1979, str. 96, 99-100 i Larenz, K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5. Auflage, München, 1980, str. 490-493.

⁵⁸⁸ Videti: Đurđević, N., *Kontrola opštih uslova poslovanja po osnovu pravičnosti*, Pravni život, br. 11-12/1994, str. 1541.

kojime se obično pogoduje onoj strani ugovornici koja kreira i predlaže primenu OUP, a druga strana ih prihvata.

Govoreći o adheziji, M. Đurđević ukazuje da je ugovor po pristupu saglasnost volja kao i ugovor čiju su sadržinu strane sporazumno uredile, ali istovremeno smatra da teorijski koncept po kome se odvija zaključenje ugovora sa sporazumno određenom sadržinom ne može u čistom vidu biti primenjen na ugovor po pristupu, te čini se da prihvata Berlozov koncept koji je u krajnjem rezultatu napustio klasičnu analizu zaključenja ugovora i pojmove ponude i prihvatanja zamenio „stipulacijom“ i „adhezijom“⁵⁸⁹. Ovom razmatranju treba dodati i Karbonijeov stav da saugovornik koji ima ugovornu inicijativu ne mora nužno da bude onaj ko je emitovao prvu izjavu volje.⁵⁹⁰ Đurđević navodi da se saglasnost (volja) sastoji iz dve izjave: izjave stipulanta i izjave adheranta, pri čemu je izjava stipulanta sadržana u opštim uslovima, a izjava adheranta u adheziji, pristupanju opštim uslovima, uz ukazivanje da u zaključenju ugovora po pristupu nema sledoreda, sukcesije volja, tj. nijedna od dve izjave koje čine ugovor po pristupu, ne može se razmatrati kao izjava koja prethodi drugoj izjavi koja joj sledi.⁵⁹¹ Na kraju, u zaključku svoje doktorske disertacije, M. Đurđević izričito navodi da je dejstvo adhezije „isto sa dejstvom koje ima bilo koji drugi pristanak“; „bez obzira što adhezija nije voljni, željeni pristanak ucelo, objektivno pravo izjednačava je u primarnom dejstvu sa željenim pristankom na ponudu u celini“, „moć pristupanja jednaka je moći prihvatanja ponude“, jer i jednom i drugom izjavom nastaje ugovor (u prvom slučaju, ugovor po pristupu, u drugom, ugovor sa sporazumno određenom sadržinom), te „sa stanovišta funkcije koju ima u formiranju ugovora, za adheziju se može reći da je prihvatanje ponude, naravno, pod uslovom da su opšti uslovi ponuda“⁵⁹².

Vezivanje adhezije kao isključivog načina zaključenja ugovora primenom OUP, kao što to navodi M. Đurđević⁵⁹³ je, po mom mišljenju, usko i samo delimično tačno, ako se imaju u vidu međusobne razlike između izvora formularnog prava, koje su postavljene i

⁵⁸⁹ Detaljnije: Đurđević, M., *Ugovor po pristupu* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 59, sa daljim upućivanjem na: Berlioz, G., *Le contrat d'adhésion*, 2^{ème} éd., Paris, 1976.

⁵⁹⁰ Carbonnier, J., *Les obligations*, Paris, 1998, str. 87, navedeno prema: Đurđević, M., *op. cit.*, str. 58.

⁵⁹¹ Đurđević, M., *op. cit.*, str. 55-56 i 59.

⁵⁹² Đurđević, M., *op. cit.*, str. 322.

⁵⁹³ „Adhezijom se ne određuju uslovi ugovora. Oni su određeni od strane stipulanta u opštim uslovima. Adhezija je pristanak na opšte uslove. (podvukao SV) Pristankom adheranta nastaje ugovor. Ovo je danas u nauci izgleda sasvim nesporno.“ - Đurđević, M., *op. cit.*, str. 321.

analizirane u ovoj disertaciji⁵⁹⁴. Čini se da bi o adheziji, tj. pristupanju moglo biti reči kod svih izvora formularnog prava u širem smislu, a u užem smislu ona bi kao način zaključenja ugovora najadekvatnije izražavala način zaključenja tipskog (standardnog) ugovora, te da se najpre na njega odnosi. Ovome se može dodati i to da se čini da M. Đurđević pod pojmom ugovora po pristupu (ne pod pojmom pristupanja, adhezije) ima u vidu način zaključenja ugovora, što je mogući uzrok razlika u gledanjima. „Ugovor po pristupu je uistinu drugačija tehnika zaključenja ugovora.“⁵⁹⁵ Iako razmatranje pristupanja (ne ugovora po pristupu) jeste relevantno za izvore formularnog prava u celini, u skladu sa određenjem pojmova datim na početku ove disertacije, ugovor (po pristupu) ne bismo mogli smatrati tehnikom. Adhezija je ugovorna tehnika i način zaključenja ugovora⁵⁹⁶, ali ugovor po pristupu je ugovor (tip, kategorija ili vrsta ugovora) koji ima određene posebne karakteristike⁵⁹⁷, a ne tehnika. Reč je o različitim pojmovima, tj. različitim pravnim kategorijama⁵⁹⁸, koje se pri tom ne odnose isključivo i nužno neophodno samo na opšte uslove poslovanja, niti OUP postaju izvor regulisanja ugovornog odnosa isključivo adhezijom. Moguće je da ugovorne strane pođu od OUP kao od modela (nacrtu ugovornih odredbi), te da određene delove koriste, da određena pitanja drugačije urede ili ih prepuste

⁵⁹⁴ Videti prvi deo ove disertacije. Imajući u vidu da podela na koju upućujem ne postoji u disertaciji M. Đurđevića, moguće je da on opšte uslove posmatra kao sinonim za različite izvore formularnog prava, što nije stav sa kojim se možemo složiti iz razloga navedenih u prvom delu ove disertacije.

⁵⁹⁵ Đurđević, M., *op. cit.*, str. 321.

⁵⁹⁶ Da je karakteristika adhezije poseban način zaključenja ugovora (prihvatanje *en bloc*) u domaćoj teoriji je, nakon uporednopravnog istraživanja, obrazložila dr Jelena Vilus. Videti: Vilus, J., *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Institut za uporedno pravo i Savremena administracija, Beograd, 1976, str. 14 i dalje.

⁵⁹⁷ Sličan stav zastupa i profesor Perović, koji ugovore deli na ugovore po pristupu i ugovore sa sporazumno određenom sadržinom, kao tradicionalni tip ugovora u kome se saglasnost volja javlja kao rezultat prethodnog pogađanja. Za razliku od njih, Perović ugovore po pristupu definiše kao takve ugovore kod kojih jedna strana unapred određuje elemente i uslove ugovora preko jedne opšte i stalne ponude, a druga strana samo pristupa tako učinjenoj ponudi. Videti: Perović, S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990, str. 217. Iz ovih navoda se može zaključiti da i pomenuti autor smatra da je pristupanje način i tehnika zaključenja, a da je ugovor po pristupu jedna vrsta (kategorija) ugovora.

⁵⁹⁸ Na sličnom stanovištu je i prof. dr Silvija Petrić, koja ukazuje da se pod pojmom adhezijskog zaključivanja ugovora ili zaključivanja ugovora po pristupu podrazumeva tehnika koja isključuje mogućnost pregovaranja o sadržaju ugovora, već pristupnik ima samo slobodu odlučiti hoće li sklopiti ugovor ili ne (po načelu *à prendre ou à laisser*). Petrić naglašava da adhezijska tehnika zaključivanja ugovora ne zahteva nužno da ugovor ujedno bude i tipski ugovor, te da je moguće da je ugovor adhezijski, iako je sklopljen samo u jednom slučaju, pod uslovom da je jedna strana isključivo odredila sadržaj ugovora i uslovia njegovo zaključenje po načelu *à prendre ou à laisser*. Videti: Petrić, S., *Koncept nepoštenih ugovornih odredbi s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore*, u: *Nepoštene ugovorne odredbe: evropski standardi i hrvatska provedba* (ur. Tomljenović, V., Petrić, S., Mišćenić, E.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013, str. 17-18, sa daljim upućivanjem na: Wilhelmsson, T., *Standard Form Conditions*, u: *Towards a European Civil Code* (eds. Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Mak, C., du Perron, E.) Fourth Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International – Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2011, str. 571-573.

dispozitivnim zakonskim odredbama. Dakle, moguće je da ugovorni odnos delimično bude uređen sporazumno primenom OUP, a delimično posebnim pogodbama. Moguće je i da strane ugovornice sporazumno izaberu jedne od više ponuđenih UOP za uređenje svog ugovornog odnosa. Moguće je da se jedni isti opšti uslovi poslovanja u jednom slučaju postanu izvor regulisanja ugovornog odnosa pristupom (adhezijom), a da isti OUP u drugom slučaju budu polazni model od koga ugovorne strane odaberu određene odredbe, a određene isključe ili izmene. Sa druge strane, može doći do zaključenja ugovora tehnikom adhezije i bez OUP, kao, na primer, u slučaju ugovora po pristupu, odnosno standardnog (tipskog) ugovora. Između adhezije i OUP ne može se staviti znak jednakosti, jer nije reč o sinonimima.

7. PRAVO NA ODUSTANAK OD UGOVORA ZAKLJUČENOG PRIMENOM OUP

U pravnoj teoriji i pozitivnom pravu mogu se naći pravni instituti koji omogućavaju da ne nastane pravno dejstvo zaključenja ugovora primenom OUP u trenutku zaključenja, već da postoji zadržka u vidu roka za razmišljanje, odnosno da se pravne posledice zaključenja otklone kroz predomišljanje ili odustanak od ugovora. Različita zakonodavstva predviđaju različita rešenja, pri čemu se po pravilu propisuju kratki prekluzivni rokovi u kojima se ovo pravo može ostvariti.

Pojedini pravni pisci navode da je moguće da se opšta ponuda da sa zadržkom, te da zato ipak treba prihvatiti da u nekim slučajevima iz opravdanih razloga ponudilac (npr. kreator opšte ponude koja sadrži opšte uslove poslovanja) može otkloniti sklapanje ugovora, iako je primio prihvata. U vezi sa tim, Barbić ukazuje da u tumačenju šta se smatra opravdanim razlogom treba postupati restriktivno i to dozvoliti samo u zaista izuzetnim slučajevima, te da bi tako npr. trebalo dozvoliti ponudiocu, koji je poslao opštu ponudu pozivajući izlagače da izlože knjige na sajmu knjiga, otklanjanje ugovora koji bi nastao prihvatom da se izlože knjige opscenog karaktera⁵⁹⁹, izdavaču pravo da npr. otkloni

⁵⁹⁹ Barbić, J., *op. cit.*, str. 28.

štampanje oglasa kojim se vređa javni moral⁶⁰⁰, čini krivično delo ili po svom sadržaju ne odgovara karakteru publikacije u kojoj bi trebalo da bude štampan.⁶⁰¹

Rok za predomišljanje su propisali francusko, belgijsko, švedsko, švajcarsko, austrijsko i luksemburško pravo, kod pojedinih vrsta ugovora po pristupu, a smatra se da im je kao uzor u tom pogledu poslužio institut anglosaksonskog prava „cooling of period“.⁶⁰² Đurđević ukazuje da se rok za predomišljanje, za razliku od roka za razmišljanje⁶⁰³, adherantu ostavlja nakon što je ugovor zaključen, kako bi za vreme njegovog trajanja adherant imao mogućnost da razmisli o poslu koji je zaključen i pravo da od njega odustane⁶⁰⁴, a dok rok ne istekne ugovor ga ne obavezuje, već tek nakon njegovog završetka, ako se adherant ne predomisli, ugovor se smatra definitivno zaključenim i počinje da proizvodi dejstvo prema njemu. Đurđević prenosi da je ovu karakteristiku lepo izrazio švajcarski Zakonik o obligacijama, naglasivši, u odredbama o ugovoru o kupoprodaji na poček, da kupac ima pravo da odustane od ugovora i da „ugovor za kupca važi tek pet dana po prijemu kopije koju su potpisale ugovorne strane“, a da naš Zakon o obligacionim odnosima u pravilima o ugovoru o prodaji sa obročnim otplatama cene predviđa rok od tri dana od dana potpisivanja isprave, unutar koga „kupac može odustati od ugovora“⁶⁰⁵, što, iako zakonski tekst ne omogućava pouzdani zaključak, ipak pre smatra rokom za odustanak (nego rokom za predomišljanje), pri čemu se razlika između roka za

⁶⁰⁰ Ovaj primer navodi Cigoj, S., *Obligacijska razmerja*, Ljubljana, 1978, str. 29, navedeno prema: Barbić, J., *op. cit.*, str. 28-29.

⁶⁰¹ Barbić, J., *op. cit.*, str. 29.

⁶⁰² Ghestin, J., Marchessaux - Van Melle, I., *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens*, u: *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons franco-belges)*, Paris, 1996, str. 22; navedeno prema: Đurđević, M., *op. cit.*, str. 230.

⁶⁰³ Rok za razmišljanje je vreme koje se adherantu ostavlja pre potpisivanja formularnog ugovora, da bi odlučio da li da ugovor zaključi, te ugovor punovažno nastaje tek nakon njegovog isteka. Za vreme trajanja roka stipulant je obavezan da ponudu održi, a adherant ima mogućnost da razmotri opšte uslove bez žurbe i odluči da li da ih prihvati. Rok za razmišljanje u pravima u kojima je propisan ima imperativni karakter, tako da ni adherant ne može da dâ izjavu o adheziji pre njegovog isteka. Pristanak dat pre isteka roka ne proizvodi pravno dejstvo. Đurđević navodi da naše pravo ne poznaje ovu vrstu roka, ali je, na primer, u francuskom pravu, rok za razmišljanje predviđen kod određenih vrsta kredita i kod nekih vrsta zajma u domenu ugovora o prometu nepokretnosti. Potpunije: Đurđević, M., *op. cit.*, str. 230.

⁶⁰⁴ Ferier, D., *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, 1980, str. 30; Đurđević, M., *op. cit.*, str. 231.

⁶⁰⁵ Član 544. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima propisuje da isprava o ugovoru (o prodaji pokretne stvari sa obročnim otplatama cene) mora pod pretnjom ništavosti sadržati odredbu da kupac može odustati od ugovora ako to pismeno saopšti prodavcu u roku od tri dana od potpisivanja isprave i da se ovog prava kupac ne može odreći unapred.

odustanak i roka za predomišljanje oglada u tome što u vreme trajanja roka za odustanak od ugovora, ugovor proizvodi pravno dejstvo prema adherantu.⁶⁰⁶

Kada je reč o ugovoru o kreditu koji je jedan od ugovora koji se, po pravilu, zaključuje primenom opštih uslova poslovanja, od značaja je odredba našeg Zakona o obligacionim odnosima, koja propisuje da korisnik kredita može odustati od ugovora pre nego što je počeo koristiti kredit.⁶⁰⁷ Ovaj zakon propisuje pravo na odustanak od ugovora i u još nekim slučajevima, od čega su od značaja oni koji se često zaključuju primenom OUP, a to su: ugovor o prevozu⁶⁰⁸, otpremanje (špedicija)⁶⁰⁹, ugovor o organizovanju putovanja⁶¹⁰, ugovor o alotmanu⁶¹¹, kupovina na probu⁶¹², prodaja sa obročnim otplatama cene⁶¹³.

Pored razmatranja ovakve mogućnosti prema opštim pravilima ugovornog prava, treba reći da je u našem pozitivnom pravu posebnim zakonom koji ima za cilj zaštitu potrošača⁶¹⁴ uvedeno i detaljno regulisano pravo na odustanak od ugovora, u delu kojim je uređena zaštita potrošača u ostvarivanju prava iz ugovora na daljinu i ugovora koji se zaključuju izvan poslovnih prostorija. Upravo ove dve vrste ugovora se veoma često zaključuju primenom opštih uslova poslovanja. Shodno navedenom zakonu, potrošač ima pravo da odustane od ugovora zaključenog na daljinu, odnosno izvan poslovnih prostorija u roku od 14 dana⁶¹⁵, bez navođenja razloga i dodatnih troškova, osim troškova koji su

⁶⁰⁶ Đurđević, M., *op. cit.*, str. 231-232, koji na istom mestu ukazuje da je u francuskom pravu, uprkos kritici kojoj je izloženo propisivanje roka za predomišljanje i ukazivanja da se njime ugrožava princip obavezne snage ugovora, on određen kod ugovora koji se zaključuju preko trgovačkih putnika i kod ugovora o kupoprodaji sa obročnim otplatama cene, a da je u švajcarskom pravu predviđen kod ugovora o prodaji koji se zaključuju preko trgovačkih putnika, kod ugovora o kupoprodaji na poček i ugovora o pretplatnoj kupoprodaji.

⁶⁰⁷ Član 1068. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima.

⁶⁰⁸ Videti član 650. ZOO.

⁶⁰⁹ Videti član 828. ZOO.

⁶¹⁰ Videti čl. 877-879. ZOO.

⁶¹¹ Ugovor o angažovanju ugostiteljskih kapaciteta, videti član 895. ZOO.

⁶¹² Videti član 534. ZOO.

⁶¹³ Videti član 544. ZOO.

⁶¹⁴ Zakon o zaštiti potrošača („Službeni glasnik RS“, br. 62/2014, 6/2016 - dr. zakon i 44/2018 - dr. zakon).

⁶¹⁵ Zakon o zaštiti potrošača je detaljno propisao i računanje rokova za odustanak potrošača od ugovora. Tako, kod ugovora o pružanju usluga, rok od 14 dana računa se od trenutka zaključenja ugovora između potrošača i trgovca. Kod ugovora o prodaji robe, rok od 14 dana računa se od trenutka kada roba dospe u državinu potrošača, odnosno trećeg lica koje je odredio potrošač, a koje nije prevoznik. Kada potrošač jednom porudžbenicom naruči više vrsta roba koje se isporučuju zasebno, rok od 14 dana počinje da teče kada poslednja vrsta naručene robe dospe u državinu potrošača, odnosno trećeg lica koje je odredio potrošač, a koje nije prevoznik. Kada se isporuka robe sastoji iz više pošiljki i delova, rok od 14 dana počinje da teče kada je poslednja pošiljka ili deo, dospeo u državinu potrošača, odnosno trećeg lica koje je odredio potrošač, a koje nije prevoznik. Kada je zaključen ugovor na neodređeno vreme sa periodičnim isporukama robe, rok od 14 dana počinje da teče kada prva pošiljka robe dospe u državinu potrošača, odnosno trećeg lica koje je

izričito navedeni Zakonom o zaštiti potrošača.⁶¹⁶ Potrošač ostvaruje pravo na odustanak od ugovora izjavom koju može dati na posebnom obrascu za odustanak od ugovora zaključenog na daljinu, odnosno izvan poslovnih prostorija ili na drugi nedvosmislen način. Izjava o odustanku od ugovora proizvodi pravno dejstvo od dana kada je poslata

odredio potrošač, a koje nije prevoznik. Ako trgovac ne preda potrošaču obaveštenje iz člana 27. stav 1. tačka 4) Zakona o zaštiti potrošača, na način iz člana 30. stav 1. istog zakona i člana 31. stav 2. istog zakona, potrošač može odustati od ugovora u roku od 12 meseci od dana isteka roka za odustanak od ugovora. Ako trgovac nije predao potrošaču obaveštenje iz člana 27. stav 1. tačka 4) Zakona o zaštiti potrošača, na način iz člana 30. stav 1. istog zakona i člana 31. stav 2. istog zakona, pa to učini u roku od 12 meseci od dana zaključenja ugovora, rok od 14 dana počinje da teče kada potrošač dobije obrazac za odustanak. Rok ističe protekom poslednjeg časa poslednjeg dana roka, a protekom roka prestaje pravo potrošača na odustanak od ugovora. Videti član 29. Zakona o zaštiti potrošača.

⁶¹⁶ Ako potrošač ostvari pravo na odustanak od ugovora, smatra se da ugovor nije ni zaključen i nastaju sledeće obaveze trgovca i obaveze potrošača. U slučaju odustanka od ugovora, trgovac je dužan da bez odlaganja izvrši povraćaj uplata koje je primio od potrošača, uključujući i troškove isporuke, a najkasnije u roku od 14 dana od dana kada je primio obrazac za odustanak. Trgovac vrši povraćaj koristeći ista sredstva plaćanja koja je potrošač koristio u prvobitnoj transakciji, osim ako se potrošač nije izričito saglasio sa korišćenjem drugog sredstva plaćanja i pod uslovom da potrošač zbog takvog povraćaja ne snosi nikakve troškove. Izuzetno, trgovac nije dužan da izvrši povraćaj dodatnih troškova koji su posledica izričitog zahteva potrošača za dostavu koja odstupa od najjeftinije uobičajene dostave koju je ponudio trgovac. Trgovac može da odloži povraćaj sredstava dok ne dobije robu koja se vraća, ili dok potrošač ne dostavi dokaz da je poslao robu trgovcu u zavisnosti od toga šta nastupa prvo, osim u slučaju kada je trgovac ponudio da sam preuzme robu. Trgovac o sopstvenom trošku preuzima robu koja je bila isporučena potrošaču u njegovom domu u momentu zaključenja ugovora izvan poslovnih prostorija ako roba po svojoj prirodi ne može da se vrati na uobičajen način preko poštanskog operatora. Kada je reč o obavezama potrošača u slučaju odustanka od ugovora, potrošač je dužan da vrati robu trgovcu ili licu ovlašćenom od strane trgovca, bez odlaganja, a najkasnije u roku od 14 dana od dana kada je poslao obrazac za odustanak. Smatraće se da je roba vraćena u roku ako je potrošač poslao robu pre isteka roka od 14 dana. Potrošač snosi isključivo direktne troškove vraćanja robe, osim ako se trgovac saglasio sa tim da ih on snosi ili ako nije prethodno obavestio potrošača da je potrošač u obavezi da ih plati. Potrošač je isključivo odgovoran za umanjenu vrednost robe koja nastane kao posledica rukovanja robom na način koji nije adekvatan, odnosno prevazilazi ono što je neophodno da bi se ustanovili priroda, karakteristike i funkcionalnost robe. Potrošač neće biti odgovoran za umanjenu vrednost robe u slučaju kada mu trgovac nije dostavio obaveštenje o pravu na odustanak, u skladu sa Zakonom o zaštiti potrošača. Kada potrošač ostvaruje pravo na odustanak od ugovora nakon što je dostavio zahtev, dužan je da plati trgovcu iznos koji je srazmeran sa izvršenim uslugama do momenta kada je potrošač obavestio trgovca o ostvarivanju prava na odustanak od ugovora. Srazmerni iznos koji potrošač treba da plati trgovcu obračunava se na osnovu prodajne cene dogovorene ugovorom, koja ne može biti viša od tržišne vrednosti onoga što je bilo isporučeno. Zakon o zaštiti potrošača izričito propisuje da potrošač ne snosi troškove za: 1) pruženu uslugu ili snabdevanje vodom, gasom ili električnom energijom kada oni nisu ponuđeni na prodaju u ograničenoj ili unapred određenoj količini, ili potpuno ili delimično snabdevanje toplotnom energijom tokom roka za odustanak kada: (1) trgovac nije dostavio obaveštenje u skladu sa članom 27. stav 1. tač. 4) i 5) Zakon o zaštiti potrošača ili (2) potrošač nije izričito zahtevao da se sa izvršenjem počne u toku roka za odustanak od ugovora u skladu sa članom 30. stav 4. ili članom 31. stav 8. Zakona o zaštiti potrošača; 2) isporuku digitalnog sadržaja, u potpunosti ili delimično, koji nije dostavljen na trajnom nosaču zapisa kada: (1) potrošač nije dao prethodnu izričitu saglasnost za početak izvršenja pre isteka roka od 14 dana; (2) potrošač nije potvrdio da zna da dajući saglasnost gubi pravo na odustanak od ugovora; ili (3) trgovac nije dostavio potvrdu u skladu sa članom 30. stav 2. ili članom 31. stav 3. Zakona o zaštiti potrošača. Osim u slučajevima predviđenim ovim članom, potrošač ne snosi odgovornost kao posledicu ostvarivanja prava na odustanak od ugovora. Videti čl. 34-35. Zakon o zaštiti potrošača.

trgovcu, a smatra se blagovremenom ukoliko je poslata trgovcu u roku od 14 dana. Ako trgovac omogući potrošaču da elektronski popuni i pošalje obrazac za odustanak, dužan je da ga o prijemu obrasca bez odlaganja obavesti u pisanoj formi ili na drugom trajnom nosaču zapisa.⁶¹⁷ Zakon o zaštiti potrošača predviđa i izuzetke od prava na odustanak od ugovora, tj. taksativno navodi 13 slučajeva⁶¹⁸ u kojima potrošač nema pravo da odustane od ugovora, a izričito je propisao i dužnost trgovca da pre zaključenja ugovora na daljinu, odnosno izvan poslovnih prostorija na jasan i razumljiv način na srpskom jeziku potrošača obavesti, između ostalog, i o uslovima, vremenskom roku i postupku za ostvarivanje prava na odustanak od ugovora, odnosno kada pravo na odustanak od ugovora nije predviđeno, o podatku da potrošač ne može koristiti pravo na odustanak ili, gde je primenjivo, okolnostima pod kojima potrošač gubi pravo na odustanak od ugovora.⁶¹⁹

Pravo na odustanak je posebno uređeno i kod najčešćih ugovora koje građani zaključuju sa bankama, jer se upravo ti ugovori, po pravilu, zaključuju primenom OUP. Tako, prema Zakonu o zaštiti korisnika finansijskih usluga⁶²⁰, korisnik ima pravo da

⁶¹⁷ Teret dokazivanja da je postupio u skladu sa navedenim pravilima, radi ostvarivanja prava na odustanak od ugovora, je na potrošaču. Videti član 28. Zakona o zaštiti potrošača.

⁶¹⁸ Konkretno, potrošač nema pravo da odustane od ugovora u slučaju: 1) pružanja usluga, nakon što je usluga u potpunosti izvršena ako je pružanje usluge počelo nakon izričite prethodne saglasnosti potrošača i uz njegovu potvrdu da zna da gubi pravo na odustanak od ugovora kada trgovac u potpunosti izvrši ugovor; 2) isporuke robe ili pružanja usluga čija cena zavisi od promena na finansijskom tržištu na koje trgovac ne može da utiče i koje mogu nastati u toku roka za odustanak; 3) isporuke robe proizvedene prema posebnim zahtevima potrošača ili jasno personalizovane; 4) isporuke robe koja je podložna pogoršanju kvaliteta ili ima kratak rok trajanja; 5) isporuke zapečaćene robe koja se ne može vratiti zbog zaštite zdravlja ili higijenskih razloga i koja je otpečaćena nakon isporuke; 6) isporuke robe koja se, nakon isporuke, zbog svoje prirode neodvojivo meša sa drugom robom; 7) isporuke alkoholnih pića čija je cena dogovorena u vreme zaključivanja ugovora o prodaji i čija se isporuka može izvršiti tek nakon 30 dana od dana zaključenja ugovora, a čija stvarna cena zavisi od promena cena na tržištu na koje trgovac ne može da utiče; 8) ugovora kojima potrošač izričito zahteva posetu od strane trgovca u cilju sprovođenja hitnih popravki ili održavanja; ukoliko prilikom ove posete trgovac pruži i druge usluge osim onih koje je potrošač konkretno zahtevao ili dostavi drugu robu osim delova za zamenu koji su neophodni za održavanje ili izvršenje popravke, pravo na odustanak od ugovora se odnosi na ove dopunske usluge ili robu; 9) isporuke zapečaćenih audio, video zapisa ili računarskog softvera, koji su otpečaćeni nakon isporuke; 10) isporuke novina, periodičnih izdanja ili časopisa osim pretplatničkih ugovora za isporuku ovih izdanja; 11) ugovora zaključenih na javnoj aukciji; 12) pružanja smeštaja koji nije u stambene svrhe, transporta robe, usluga iznajmljivanja automobila, usluga pripreme i dostavljanja hrane ili usluga povezanih sa slobodnim aktivnostima ukoliko ugovor predviđa konkretni rok ili period izvršenja; 13) isporuke digitalnog sadržaja koji nije isporučen na trajnom nosaču zapisa ako je izvršenje započelo posle prethodne izričite saglasnosti potrošača i njegove potvrde da zna da na taj način gubi pravo na odustanak od ugovora. Videti član 37. Zakona o zaštiti potrošača.

⁶¹⁹ Kao i o obavezi da plati trgovcu razumne troškove u skladu sa članom 35. stav 3. Zakona o zaštiti potrošača, ako potrošač ostvaruje pravo na odustanak od ugovora nakon što je podneo zahtev u skladu sa članom 28. stav 2. i članom 29. istog zakona. Teret dokazivanja izvršenja ovih obaveza je na trgovcu. Videti član 27. stav 1. tačke 4-6. i st. 8. i 10. Zakona o zaštiti potrošača.

⁶²⁰ „Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 139/2014.

odustane od zaključenog ugovora o kreditu, ugovora o dozvoljenom prekoračenju računa, ugovora o izdavanju i korišćenju kreditne kartice, ugovora o lizingu i finansijske pogodbe - u roku od 14 dana od dana zaključenja ugovora, bez navođenja razloga za odustanak.⁶²¹

Od 2018. godine donošenjem Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga kod ugovaranja na daljinu⁶²², posebno je propisano i da korisnik ima pravo da odustane od ugovora na daljinu u roku od 14 dana od dana zaključenja tog ugovora, bez navođenja razloga za odustanak.⁶²³

8. OPŠTI USLOVI POSLOVANJA KAO SASTAVNI DEO UGOVORA

Kada je druga ugovorna strana učinila prihvat ponude koja uključuje opšte uslove poslovanja, tada opšti uslovi poslovanja postaju sastavni deo zaključenog ugovora. To znači da oni postaju izvor pravila za regulisanje prava i obaveza strana ugovornica, tj. oni uređuju konkretan pravni odnos koji je nastao i određuju dejstvo ugovora. Da bi do toga

⁶²¹ Kod ugovora o kreditu koji je obezbeđen hipotekom, kao i kod ugovora čiji je predmet kupovina, odnosno finansiranje kupovine nepokretnosti, korisnik može odustati od ugovora pod uslovom da nije počeo da koristi kredit, odnosno finansiranje. Pri odustanku od ugovora iz člana 12. stav 1. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, a pre isteka roka iz tog stava, korisnik je dužan da o svojoj nameri da odustane obavesti banku, davaoca lizinga, odnosno trgovca na način kojim se potvrđuje prijem ovog obaveštenja, pri čemu se datum prijema tog obaveštenja smatra datumom odustanka od ugovora. Ovo obaveštenje dostavlja se u pisanoj formi ili na drugom trajnom nosaču podataka. Korisnik koji odustane od ugovora o kreditu, ugovora o dozvoljenom prekoračenju računa i ugovora o izdavanju i korišćenju kreditne kartice dužan je da odmah, a najkasnije u roku od 30 dana od dana slanja pomenutnog obaveštenja, vrati banci glavnici i kamatu iz osnovnog posla za vreme korišćenja kredita. Videti član 12. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

⁶²² „Sl. glasnik RS“, broj 44/2018.

⁶²³ Izuzetno od navedenog, korisnik ima pravo da odustane od ugovora na daljinu u sledećim rokovima: 1) ako je predmet ugovora na daljinu životno osiguranje - u roku od 30 dana od dana dostavljanja korisniku obaveštenja o zaključenju ovog ugovora; 2) ako su predmet ugovora na daljinu usluge u vezi s dobrovoljnim penzijskim fondom - u roku od 30 dana od dana zaključenja ovog ugovora. Korisnik nema pravo na odustanak u slučaju zaključenja sledećih ugovora: 1) ugovora na daljinu čiji su predmet finansijske usluge čija cena zavisi od kretanja na finansijskom tržištu na koje pružalac usluge ne može da utiče, a do kojeg može doći u toku roka za odustanak i koje se odnose na: (1) devizne, devizno-valutne i menjačke poslove, (2) instrumente tržišta novca, (3) prenosive hartije od vrednosti, (4) jedinice institucija kolektivnog investiranja, (5) terminske ugovore i druge instrumente koji moraju biti namireni u novcu, (6) kamatne forvarde, (7) valutne, kamatne i akcijske svopove, (8) opcije na osnovu kojih se stiču instrumenti iz ovog stava ili na osnovu kojih se raspolaze tim instrumentima, a naročito valutne i kamatne opcije; 2) ugovora na daljinu o osiguranju pomoći na putovanju ili ugovora na daljinu o drugim kratkoročnim osiguranjima u trajanju do jednog meseca; 3) ugovora na daljinu kod kojih su ugovorne strane na izričit zahtev korisnika izvršile svoje obaveze pre isteka roka za korišćenje prava na odustanak; 4) ugovora na daljinu o kreditu koji je obezbeđen hipotekom, kao i ugovora na daljinu čiji je predmet kupovina nepokretnosti, odnosno finansiranje takve kupovine, ako su korisniku preneti sredstva kredita, odnosno sredstva za ovo finansiranje. Videti član 13. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga kod ugovaranja na daljinu.

došlo potrebno je da postoji saglasnost volja da se njihov međusobni pravni odnos uredi prema pravilima sadržanim u opštim uslovima poslovanja. Tada su moguće tri različite situacije.

1. Kako je privredni subjekt kreirao sopstvene opšte uslove poslovanja prema uslovima pod kojima želi da zaključuje ugovore, to će redovna situacija i po pravilu biti da oni u celini sa svim odredbama postaju sastavni deo ugovora. Kada predstavljaju opštu ponudu, tada možemo reći i da postoji obaveznost njihove primene, te zainteresovani subjekti i ne očekuju izmene.

2. Međutim, moguće je da opšti uslovi poslovanja ne budu uključeni u konkretan individualni ugovorni odnos u celini, već samo njihov deo ili određene odredbe.

Uključivanje samo jednog dela biće onda kada su opšti uslovi poslovanja tako sastavljeni da se odnose na sve vrste pravnih poslova koje će privredni subjekt preduzimati, pa se onda uključuje primena samo onog dela koji je relevantan za individualni ugovor koji se zaključuje.

Zatim, moguće je da strane ugovornice pregovaraju, te da postignu dogovor da se određene odredbe primene, a određene ne primene na ugovorni odnos, tj. da pojedina pitanja uredi drugačije u odnosu na rešenje sadržano u OUP. Moguće je da o svojoj postignutoj saglasnosti izričito u ugovoru navedu koje odredbe opštih uslova poslovanja postaju sastavni deo ugovora, a koje ne. Pored toga, dovoljno je i da pojedino pitanje koje jeste uređeno opštim uslovima poslovanja, strane u ugovoru uredi drugačije i tada, iako su opšti uslovi poslovanja u celini postali sastavni deo ugovora, u slučaju kolizije, važe posebne odredbe u individualnom ugovoru.

3. Moguće je da strane, nakon pregovora, postignu saglasnost da se ne primene opšti uslovi poslovanja. Ova situacija je pravno moguća, ali se u praksi izuzetno retko dešava. Tada opšti uslovi poslovanja nisu izvor pravila za individualni ugovor. Ukoliko su strane izričito u ugovoru navele da se isključuje primena opštih uslova poslovanja, tada, ukoliko neko pitanje nije uređeno individualnim ugovorom, primeniće se dispozitivne zakonske odredbe.

Ove tri situacije je moguće posmatrati i kao dve. Prvu u kojoj se ispoljava obaveznost opštih uslova poslovanja, te se oni imaju u celini primeniti na ugovorni odnos koji nastaje i drugu u kojoj dolazi do ostupanja, bez obzira na obim odstupanja (primene samo jednog dela, određenih odredbi ili isključenja primene).

9. OBAVEZNOST PRIMENE OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

Pokazano je da opšti uslovi poslovanja u našem pravu, primarno i u praksi, predstavljaju opštu i stalnu ponudu. Kada je reč o stalnosti, treba pridodati i pitanje obaveznosti opštih uslova. Zakon o obligacionim odnosima sadrži posebne odredbe o ovom pitanju.

Odredbe opštih uslova poslovanja obavezuju kao i odredbe ugovora, s obzirom da su trenutkom zaključenja ugovora postale sastavni deo ugovora. Pri tome, nije od značaja koja je od tehnika uključivanja opštih uslova poslovanja u ugovor primenjena. Takvo rešenje sadržano je i u našem ZOO: opšti uslovi određeni od strane jednog ugovarača, bilo da su sadržani u formularnom ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva, dopunjuju posebne pogodbe utvrđene među ugovaračima u istom ugovoru, i po pravilu obavezuju kao i ove.⁶²⁴ Iako eksplicitno pominje opšte uslove formularnih ugovora, smatram da se ova odredba odnosi i na opšte uslove poslovanja.

Imajući u vidu da se u našem pravu pravi razlika između OUP koje samostalno donose privredni subjekti koji ih i primenjuju, sa jedne strane i, sa druge, OUP koje za privredne subjekte koji ih primenjuju donosi neko drugi - određena udruženja ili državni organi (npr. za privredne subjekte koji imaju javna ovlašćenja i pružaju usluge od opšteg interesa) potrebno je ukazati na razlike u pogledu obaveznosti primene OUP kod ove dve grupe subjekata.

9.1. Obaveznost primene OUP za subjekte koji ih samostalno donose

Da bi opšti uslovi poslovanja **obavezivali** drugu stranu ugovornicu, potrebno je da su toj strani **bili poznati ili morali biti poznati** u trenutku zaključenja ugovora. Ovakvo pravilo eksplicitno sadrži i naš ZOO⁶²⁵, a sintagmu „morali biti poznati“ treba dovesti u vezu sa obavezom kreatora opštih uslova poslovanja da ih objavi na uobičajeni način⁶²⁶. Ovakva zakonska norma je neophodna i proizlazi iz njihovog karaktera da predstavljaju ponudu javnosti, što čini pitanje objavljivanja opštih uslova poslovanja naročito važnim. Kako su upućeni javnosti, tako javnost mora imati mogućnost da se na uobičajeni način

⁶²⁴ Videti član 142. stav 1. ZOO.

⁶²⁵ Tako član 142. stav 3. ZOO: Opšti uslovi obavezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u času zaključenja ugovora.

⁶²⁶ Ovakva obaveza je propisana članom 142. stav 2. ZOO: Opšti uslovi moraju se objaviti na uobičajeni način.

upozna sa njihovom sadržinom, te prosudi da li ima ili nema interesa da zaključi ugovor pod uslovima sadržanim u opštim uslovima poslovanja.

Treba jasno reći da je potrebno i dovoljno da je ugovorna strana koja prihvata opšte uslove poslovanja po kojima posluje druga strana mogla (imala realnu mogućnost) da se upozna sa sadržinom OUP, a nije neophodno za punovažnost ugovora da je ona to zaista i učinila. Ukoliko je ugovorna strana imala mogućnost da pročita opšte uslove poslovanja, a odlučila je da ih prihvati bez upoznavanja sa njihovom sadržinom, neće moći da se, sa uspehom, poziva da joj sadržina opštih uslova poslovanja nije bila poznata⁶²⁷. Kako bi to bilo teško dokazati, V. Kapor smatra da se ovde polazi od pretpostavke da su OUP bili poznati strani ugovornici koja ih prihvata, ako su joj pre zaključenja ugovora bili predati, odnosno ako su bili objavljeni na propisan ili uobičajen način, smatra se da su joj tada morali biti poznati.⁶²⁸

Kako bi se izbegle nejasnoće u smislu da li su OUP u trenutku zaključenja ugovora bili poznati ili morali biti poznati drugoj ugovornoj strani, privredni subjekti danas praktikuju da strana koja prihvata opšte uslove poslovanja potpisuje da su joj uručeni OUP i/ili da je upoznata sa njihovom sadržinom⁶²⁹.

Različiti načini upoznavanja druge strane sa sadržinom opštih uslova poslovanja zavise od modaliteta njihovog objavljivanja, tj. od oblika u kome se pojavljuju. Kako je ovo pitanje već razmotreno ranije u okviru posebnog podnaslova o modalitetima javnih oblika opštih uslova poslovanja, to se ovde neće ponavljati.⁶³⁰

Imajući u vidu da opšti uslovi poslovanja predstavljaju, po pravilu, opštu i stalnu ponudu, a s obzirom da se na određeni način objavljuju i čine dostupnim javnosti, jasno je da je intencija subjekta koji ih kreira da važe i da ih u pravnom prometu primenjuje u celini i na način kako su sastavljeni i objavljeni, te po pravilu, odstupanje od njihove sadržine redovno nije moguće. Obaveznost proizilazi i iz cilja i razloga zbog kojih privredni subjekt posluje i zaključuje ugovore na osnovu svojih opštih uslova poslovanja. Iako se privredni subjekti u poslovnom pravu rukovode profitom, u današnjem poslovanju odgovarajuća

⁶²⁷ Slično smatra i Jankovec. Videti: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 267.

⁶²⁸ Videti: Kapor, V. u: Kapor, V., Carić, S., *Ugovori robnog prometa*, Privredna akademija, Novi Sad, 2007, str. 44.

⁶²⁹ Tako, na primer, u ugovorima o putovanju koje zaključuje turističko preduzeće „Kon Tiki Travel” neposredno iznad prostora za potpis putnika koji zaključuje ugovor zadebljanim slovima (bold) naznačena je odredba/izjava: „Potvrđujem da su mi uručeni program, opšti uslovi putovanja i da sam upoznat sa uslovima osiguranja.”. Ovaj privredni subjekt utvrdio je svoje opšte uslove putovanja po kojima posluje na osnovu člana 56. Zakona o turizmu i Zakona o obligacionim odnosima.

⁶³⁰ Videti deo prvi (pojam opštih uslova poslovanja) u ovoj disertaciji.

cena najčešće nije dovoljna, već neretko zaključenje ugovora zavisi od spremnosti druge strane da se u ugovorni odnos uključe opšti uslovi poslovanja, jer je privredni subjekt koji ih je kreirao siguran da je njima dobro zaštitio svoje interese. Kako je jedna od najvažnijih prednosti opštih uslova poslovanja što zaključenje ugovora čine lakim i brzim i što to za privrednog subjekta mogu činiti i zaposleni koji nemaju stručno znanje, tako je logično da je cilj kreatora OUP da njegovi zaposleni ne odstupaju od opštih uslova poslovanja prilikom zaključenja ugovora.⁶³¹ Takođe je i praktično nezamislivo da zaposleni prihvataju sugestije zainteresovanih da se isključi primena opštih uslova poslovanja ili nekih njihovih odredbi. U svakom slučaju to i nije pravno moguće bez posebnog ovlašćenja.

Ukoliko bi ovakvo ovlašćenje postojalo kao diskreciono (da zaposleni odstupi od opštih uslova poslovanja prilikom zaključenja ugovora), to bi moglo da omogući različite vidove zloupotreba⁶³² i da u praksi vodi neravnopravnom tretmanu saugovarača, što bi se negativno odrazilo i na poslovni ugled privrednog subjekta, te je sasvim razumljivo zbog čega se oni u praksi toga i klone. Često jedan od razloga zbog koga privredni subjekt koristi opšte uslove poslovanja jeste da svim zainteresovanim saugovaračima ponudi i omogući jednake uslove, pa se odstupanje od njihove primene kosi sa ovom idejom.

Pored teorijskog razmatranja o potrebi i logici obaveznosti opštih uslova poslovanja, ovo pitanje je u domaćem pravu bilo uređeno i posebnom zakonskom normom. Prethodno važeći Zakon o trgovini⁶³³ koji je važio do 1.1.2011. godine⁶³⁴ izričito je propisao da ako trgovac⁶³⁵ utvrdi i na propisan ili uobičajen način objavi uslove poslovanja (način plaćanja, bonifikacije, način isporuke i druge uslove), dužan je da ih se pridržava.⁶³⁶

⁶³¹ Iznoseći stav da, u načelu, nije dozvoljeno nikakvo odstupanje od opštih uslova, profesor Jankovec ističe: „Ako je jedna privredna organizacija donela odluku da će zaključivati određenu vrstu ugovora samo tako da određeni opšti uslovi budu sastavni deo tih ugovora, onda je dužnost svih njenih zastupnika da se prilikom zaključivanja ugovora one vrste na koju se odnose opšti uslovi pridržavaju tih uslova. Opšti uslovi određuju obim ovlašćenja zastupnika u pogledu onih pitanja koja su u njima regulisana.” – Jankovec, I., *op. cit.*, str. 268.

⁶³² O različitim vidovima zloupotrebe prava detaljnije videti: Vodinelić, V., *Takozvana zloupotreba prava*, Nomos, Beograd, 1997.

⁶³³ „Sl. list SRJ”, br. 32/93, 50/93, 41/94, 29/96 i 37/2002 - dr. zakon i „Sl. glasnik RS”, br. 101/2005 - dr. zakon i 85/2005 - dr. zakon.

⁶³⁴ Do početka primene Zakona o trgovini („Sl. glasnik RS”, br. 53/2010, 10/2013 i 44/2018 - dr. zakon), koji ovakvu odredbu ne sadrži.

⁶³⁵ Pod pojmom trgovac se, u smislu pomenutog Zakona o trgovini, podrazumevaju preduzeća i druga pravna i fizička lica koja su registrovana za obavljanje delatnosti trgovine, a trgovinom se u smislu istog zakona, smatra kupovina i prodaja robe i vršenje trgovinskih usluga. Videti član 1. Zakona o trgovini („Sl. list SRJ”, br. 32/93, 50/93, 41/94, 29/96 i 37/2002 - dr. zakon i „Sl. glasnik RS”, br. 101/2005 - dr. zakon i 85/2005 - dr. zakon).

⁶³⁶ Član 9. Zakona o trgovini („Sl. list SRJ”, br. 32/93, 50/93, 41/94, 29/96 i 37/2002 - dr. zakon i „Sl. glasnik RS”, br. 101/2005 - dr. zakon i 85/2005 - dr. zakon).

Ovu dužnost pridržavanja objavljenih (sopstvenih) opštih uslova poslovanja u našem pravu profesor Ivica Jankovec naziva „administrativno-pravnom dužnošću”.⁶³⁷ Pomenuti (prethodno važaći) Zakon o trgovini je predvideo i kaznene odredbe, odnosno novčanu kaznu (od 10.000 do 3.000.000 dinara) za privredni prestup preduzeća ili drugog pravnog lica ako se ne pridržava objavljenih uslova poslovanja.⁶³⁸ Važeći Zakon o trgovini⁶³⁹ ne sadrži ovakvu odredbu.

9.2. Obaveznost primene OUP za subjekte koji vrše javna ovlašćenja

O obaveznosti primene opštih uslova poslovanja se naročito može govoriti kod subjekata koji vrše javna ovlašćenja⁶⁴⁰, kod javnih preduzeća, odnosno organizacija koje vrše delatnosti od šireg društvenog značaja – kao što je, na primer, snabdevanje električnom energijom, ptt saobraćaj, javni previz ili komunalna delatnost. Ovi subjekti, koji su nekada i jedini koje obavljaju takvu delatnost na području države ili jedne opštine (tako danas, na primer, Javno preduzeće „Elektroprivredna Srbije“⁶⁴¹) imaju obavezu zaključenja ugovora sa svim zainteresovanim licima, te moraju sa svim subjektima postupati ravnopravno. Čak i autori koji u načelu negiraju da su OUP opšta ponuda, kada je reč o ovom segmentu delatnosti, tj. pružanju usluga organizacija koje obavljaju javnu službu, izričito zauzimaju stav da se opšta ponuda poklapa sa upotrebnom opštih uslova poslovanja, jer se s obzirom na prirodu delovanja tih organizacija delatnost može obavljati samo tako da se ponuda stalno daje neodređenom i neograničenom broju osoba i pod istim uslovima, što se, između ostalog, postiže i određivanjem unapred uslova koji jednako važe za sve ugovore koje takva organizacija sklapa.⁶⁴²

⁶³⁷ Videti: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 268.

⁶³⁸ Član 47. stav 1. tačka 1. Zakona o trgovini („Sl. list SRJ”, br. 32/93, 50/93, 41/94, 29/96 i 37/2002 - dr. zakon i „Sl. glasnik RS”, br. 101/2005 - dr. zakon i 85/2005 - dr. zakon).

⁶³⁹ „Sl. glasnik RS”, br. 53/2010, 10/2013 i 44/2018 - dr. zakon.

⁶⁴⁰ Ovde treba imati u vidu i da se u našem pravnom sistemu pojedina javna ovlašćenja mogu zakonom poveriti i preduzećima, ustanovama, organizacijama i pojedincima. Videti član 137. stav 2. Ustava Republike Srbije („Službeni glasnik RS”, broj 98/2006).

⁶⁴¹ Koja je 100% u vlasništvu Republike Srbije, a u okviru koje je 11 privrednih društava. Videti: www.eps.rs.

⁶⁴² Tako: Barbić, J., *Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja)*, Informator, Zagreb, 1980, str. 27. Barbić ističe da su oni sastavni deo ponude za pružanje usluga bilo da su određeni propisom bilo da su sastavljeni od stručnih službi tih organizacija, bez obzira na to da li se traži odobrenje nadležnog organa, te da su opšti uslovi poslovanja tu samo sredstvo koje doprinosi jednoobraznosti ponude, ali ne i ono što ponudu čini opštom.

Kod ovakvih subjekata, po pravilu, na opšte uslove poslovanja koje sastavljaju, a pre početka primene, saglasnost daje država⁶⁴³, te postoji obaveza da ugovore zaključuju uz primenu takvih opštih uslova. Pored toga, opšti uslovi za pružanje usluga određenih javnih preduzeća sadrže izričite odredbe po kojima niko od zaposlenih u tom pravnom licu nema pravo da ukine ili jednostrano izmeni opšte uslove. Tako, na primer, Javno preduzeće „Pošta Srbije“ ima odštampane opšte uslove za pružanje post express usluga na poleđini svake potvrde o prijemu post express pošiljke, koji pod tačkom 10. eksplicitno propisuju da niko od zaposlenih Pošte Srbije nema pravo da ukine ili jednostrano izmeni Uslove za pružanje Post express usluga.⁶⁴⁴

Imajući u vidu neke od karakteristika opštih uslova poslovanja koje kreiraju privredni subjekti, kao i činjenicu da ih privredni subjekt kreira i objavljuje sa namerom da ih, po pravilu, uključi u svaki ugovor koji zaključuje, tj. da u zasnivanju obligacionih odnosa postupa u skladu sa svojim OUP, u vezi sa obaveznošću primene OUP bi se moglo postaviti pitanje da li OUP privrednih društava potpadaju pod domašaj člana 22. našeg ZOO. Ovim članom je propisano da pravna lica u zasnivanju obligacionog odnosa postupaju u skladu sa svojim opštim aktima.⁶⁴⁵ Međutim, s obzirom da, prema stavu koji sam zauzeo ranije u ovoj disertaciji, OUP u dinamici imaju ugovornu pravnu prirodu (ne predstavljaju propis) i da oni regulišu međusobna prava i obaveze ugovornih strana uključivanjem u ugovor, tj. da se njihovo dejstvo u ovom smislu ne proteže na isti način na neodređeni broj lica, mislim da se oni ne mogu smatrati opštim aktom pravnog lica, te ne potpadaju pod domašaj ove zakonske odredbe. U prilog ovom stavu, treba ukazati i da se prvobitna formulacija člana 22. ZOO (prilikom njegovog donošenja) odnosila na statute i druge opšte akte (pa su reči: „statuti i drugi“ brisani⁶⁴⁶ 1993. god.), te se nakon obuhvatnije analize i stava 2. ovog člana, kao i dovođenjem u vezu sa članom 54. ZOO⁶⁴⁷ čini da se pod opštim aktima pravnog lica imaju u vidu oni kojima se određuje (između ostalog)

⁶⁴³ Tako je, na primer, Odluku o opštim uslovima za isporuku električne energije („Sl. glasnik RS“, br. 39/2001 - prečišćen tekst, 130/2003 i 73/2004) utvrdio Upravni odbor Javnog preduzeća „Elektroprivreda Srbije“ (na sednici od 3. maja 2001. godine), a ova odluka je stupila na snagu po dobijanju saglasnosti Vlade Republike Srbije (i onda osmog dana od dana objavljivanja u republičkom službenom glasilu) i bila je na snazi do 01.01.2006. godine kada je derogirana Uredbom o uslovima isporuke električne energije („Sl. glasnik RS“, broj 107/2005).

⁶⁴⁴ Videti: <http://www.postexpress.rs/struktura/lat/kako-da/uslovi-za-pruzanje-usluga.asp>.

⁶⁴⁵ Ali, ugovor koji je zaključen ili druga pravna radnja koja je preduzeta suprotno tim aktima ostaje na snazi, osim ako je za to druga strana znala ili morala znati ili ako je ovim zakonom drukčije određeno. Videti član 22. ZOO.

⁶⁴⁶ Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima („Sl. list SRJ“, broj 31/93).

⁶⁴⁷ Pravno lice može zaključivati ugovore u pravnom prometu u okviru svoje pravne sposobnosti. Ugovor zaključen protivno odredbi stava 1. ovog člana nema pravno dejstvo.

obim pravne (a time i poslovne) sposobnosti⁶⁴⁸ tog pravnog lica, a ne OUP. I komentatori ZOO ukazuju da se odredba ovog člana odnosi na propise kojima se reguliše rad tog pravnog lica⁶⁴⁹, kao i da opšti akti mogu biti pravilnici i odluke ako se njima reguliše pitanje na opšti način, kojima se utvrđuje pravni subjektivitet, prava, obaveze i odgovornosti pravnog lica⁶⁵⁰ itd. Pored navedenih argumenata, OUP ne treba smatrati opštim aktom pravnog lica, tim pre što se, uprkos obaveznosti primene OUP koja je pravilo, od njih ipak može odstupiti.

10. Odstupanje od opštih uslova poslovanja

S obzirom na konstatovanu obaveznost primene objavljenih opštih uslova poslovanja, postavlja se pitanje da li je moguće zaključenje ugovora uz odstupanje od pravila sadržanih u opštim uslovima poslovanja. Smatram da je to pravno moguće, iako u praksi to nije realno često očekivati, jer se radi o poslovima koji se masovno zaključuju pod istim uslovima.

Ipak, služeći se slobodom ugovaranja, zainteresovane strane i pored činjenice postojanja opštih uslova poslovanja, **mogu pregovarati** o posebnim uslovima različitim od onih sadržanih u OUP. Mogućnost vođenja pregovora o sadržini ugovornog obrasca ujedno je jedan od kriterijuma po kojima se može uočiti razlika između opštih uslova poslovanja i atezionih ugovora⁶⁵¹ (ugovora po pristupu). Tada, kao moguće, vidim dve situacije.

Prva, da opšti uslovi poslovanja **u celosti budu isključeni** iz ugovornog odnosa kao izvor pravila za regulisanje međusobnih prava i obaveza, tako što ugovarači o tome postignu saglasnost volja. Tada bi strane sporazumno uredile međusobna prava i obaveze individualnim ugovorom, a na pitanja koja nisu uređena, bile bi primenjene dispozitivne zakonske norme i za određena pitanja poslovni običaji. Kod ugovora sa stranim elementom koji su u nadležnosti određene međunarodne konvencije (kao npr. Konvencije UN o

⁶⁴⁸ O obimu pravne i poslovne sposobnosti pravnog lica, videti: Stanković, O., Vodinić, V., *Uvod u građansko pravo*, NOMOS, Beograd, 2007, str. 94-97.

⁶⁴⁹ Finzgar, A., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 95.

⁶⁵⁰ Finzgar, A., *op. cit.*, str. 96.

⁶⁵¹ Kod atezionih ugovora, pregovori o sadržini ugovora nisu mogući. Ovi ugovori se zaključuju bez pregovaranja, jer ih privredni subjekt koji ih sastavlja nudi zainteresovanim licima po sistemu: uzmi ili ostavi. Kada mogućnost pregovora postoji, tada se ne može govoriti o atezionim ugovorima, već eventualno o tipskim ugovorima ili, ukoliko ispunjavaju prethodno navedene uslove, o opštim uslovima.

ugovorima o međunarodnoj prodaji robe), mogu biti primenjena i pravila date konvencije⁶⁵², ukoliko se radi o situaciji koja spada u domen njene primene.

Pojedini opšti uslovi poslovanja mogu da sadrže i tzv. „odbrambenu klauzulu“ (eng. *defense clause*; nem. *Abwehrklausel*)⁶⁵³ kojom se predviđa da njihov kreator, odnosno primenjivač prilikom zaključenja ugovora pristaje na odstupanje od njih samo kada je to izričito potvrdio u pisanom obliku.⁶⁵⁴

Druga, pravno moguća situacija jeste da strane postignu sporazum da uključe **neka pravila opštih uslova poslovanja, a neka ne**. Tada mogu da u ugovoru navedu koje se odredbe ili deo opštih uslova poslovanja primenjuje u ugovornom odnosu. Ali, izričito navođenje u ovom smislu nije neophodno – biće dovoljno i da u ugovoru na drugačiji način urede neko pitanje nego što je ono uređeno opštim uslovima poslovanja. Tada, ukoliko ugovorne strane postignu saglasnost volja o uslovima koji se razlikuju od OUP, važiće ono što je posebno ugovoreno, kao što je u pravu opšte pravilo da ukoliko postoji, važi posebna norma umesto opšte⁶⁵⁵. To može biti u ugovoru posebno naglašeno, a i ako nije, važiće posebno ugovorene odredbe. Takvo rešenje izričito predviđa i naš ZOO, koji propisuje da u slučaju neslaganja opštih uslova i posebnih pogodbi važe ove poslednje⁶⁵⁶. U ovoj situaciji opšti uslovi poslovanja mogu poslužiti kao model, nacrt od koga ugovorne strane polaze, te OUP u ovoj situaciji mogu olakšati pregovore kao početni tekst na osnovu koga se mogu voditi pregovori. To naročito ima smisla kada ugovarači biraju neki od opštih uslova koje su sastavile međunarodne organizacije ili udruženja privrednih subjekata i onda nakon odabira, tekst opštih uslova prilagođavaju sopstvenim potrebama,

⁶⁵² U našem pravnom sistemu opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava. Videti čl. 16. i 194. Ustava Republike Srbije („Službeni glasnik RS”, broj 98/2006). Prilikom razmatranja pitanja primata normi međunarodnog ili nacionalnog prava, profesor Stefanović iznosi zanimljivo zapažanje: „Danas se uglavnom smatra da međunarodni izvori imaju prednost nad domaćim, tj. da su međunarodni izvori – izvori sa jačom pravnom snagom. Međutim, to nije jednostavno zaključiti iz postojećih odnosa ili normi. Ako međunarodno pravo ima prednost nad domaćim pravom, onda bi to trebalo da proizađe iz normi međunarodnog prava. Međutim, redovno se normama koje pripadaju nacionalnom pravu propisuje da norme međunarodnog prava imaju prednost nad normama koje potiču iz nacionalnog prava. Dakle, nacionalno pravo daje međunarodnom pravu prednost, a to znači da međunarodne norme crpu svoju pravnu snagu i mesto u hijerarhiji propisa iz normi nacionalnog prava. Ako je tako, teško je prihvatljiv stav da norme međunarodnog karaktera imaju jaču pravnu snagu od normi koje potiču iz nacionalnog prava.” Stefanović, Z., *Međunarodno privredno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 68.

⁶⁵³ Videti: Kötz, H., Flessner, A., *European Contract Law*, Oxford, 2002, str. 32.

⁶⁵⁴ Videti: Šoljan, V., *O konkurenciji općih uvjeta poslovanja dviju ugovornih strana*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56, Posebni broj, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2006, str. 181.

⁶⁵⁵ Slično, kada je reč o zakonima važi pravilo: *lex specialis derogat legi generali*.

⁶⁵⁶ Videti član 142. stav 4. ZOO.

interesima i okolnostima u konkretnom slučaju. U ovoj situaciji se uočava sličnost (ili približavanje) između tipskih ugovora i opštih uslova poslovanja. Pravna logika je ista, kao što kod opštih uslova, prednost imaju posebne pogodbe, tako i kod tipskih ugovora, ukoliko su strane na samom obrascu ugovora nešto dodale, precrtale, izmenile, dopunile, onda važi takva izmena i/ili dopuna, a ne tipsko rešenje sadržano u ponuđenom tekstu. Ova rešenja (i kada su u pitanju opšti uslovi poslovanja i kada su u pitanju tipski ugovori) imaju isti smisao, a to je da važi ono što adekvatnije izražava saglasnost volja ugovarača, tj. njihovu zajedničku volju koju su izričito izrazili na taj način što su pojedine odredbe posebno ugovorili.

Kada je reč o fizičkim licima koja u pravnom licu, po opisu radnog mesta, neposredno rade na zaključenju ugovora⁶⁵⁷ (u starijoj teoriji se nazivaju punomoćnicima po zaposlenju), jasno je da ona redovno nemaju ovlašćenja da odstupanju od opštih uslova poslovanja. Tako, jasno je da, na primer, u poslovnoj banci ne može svaki šalterski radnik imati ovlašćenje da zainteresovanim subjektima ponudi drugačije uslove od onih sadržanih u opštim uslovima, ali istovremeno je zamislivo, što se u poslovnoj praksi i dešava, da pojedina lica koja (na primer, šefovi ekspozitura) imaju posebno ovlašćenje da za određene kategorije subjekata⁶⁵⁸ ponude povoljnije uslove. Takva mogućnost bi u posebnom ovlašćenju morala biti izričito i precizno određena, a moguće je i rešenje da ovakva mogućnost postoji u načelu, a da se u svakom konkretnom slučaju može realizovati tek nakon prethodno dobijene saglasnosti ovlašćenog lica u pravnom licu.

U trgovinskom pravu, kako unutrašnjem, tako i međunarodnom, postoji mogućnost da zaključenje ugovora koji uključuje primenu opštih uslova poslovanja za određenog privrednog subjekta vrše druga lica, s tim da ta lica moraju biti ovlašćena da bi takav ugovor zaključen u ime organizacije bio punovažan. Izuzimajući organe (koji su sastavni deo organizacije) i punomoćnike po zaposlenju (koji su prethodno razmotreni), to mogu biti: punomoćnik, trgovinski putnik⁶⁵⁹ kada je ovlašćen da zaključuje ugovore ili trgovački

⁶⁵⁷ Reč je o licima koja rade na takvim poslovima čije je obavljanje vezano za zaključenje (i ispunjenje) određenih ugovora, kao što su prodavci u prodavnicama, lica koja obavljaju određene usluge u ugostiteljstvu, lica na poslovima šalterske službe u pošti, u banci i sl. koja su ovlašćena samim tim, u skladu sa članom 98. ZOO, na zaključenje (i ispunjenje) tih ugovora.

⁶⁵⁸ Tako, na primer, kada su u pitanju poslovne banke, one to mogu učiniti za klijenta koji je spreman da uplati na oročenje značajan (visok) iznos novca; osiguravajuća društva to mogu učiniti za klijenta koji želi da osigura veliki broj svojih zaposlenih; turistička organizacija kada ugovara organizaciju kongresa za veliki broj ljudi i sl.

⁶⁵⁹ Trgovinski putnik je ovlašćen da preduzima samo one poslove koji se odnose na prodaju robe i koji su navedeni u punomoćju koje mu je preduzeće dalo. U slučaju neizvesnosti, smatra se da trgovinski putnik nije ovlašćen da zaključuje ugovore, nego samo da prikuplja porudžbine, ali će ipak ugovor koji je zaključio

zastupnik (agent) koji ima ovlašćenje za zaključenje ugovora. Tada se, u vezi sa temom ovog rada, može postaviti pitanje da li ova lica mogu prilikom zaključenja ugovora odstupiti od opštih uslova poslovanja, tj. prihvatiti predlog druge strane da isključe primenu pojedinih odredbi (ili čitavih delova) opštih uslova poslovanja. I ako bi se to desilo, da li bi takav ugovor obavezivao privrednog subjekta u čije ime i za čiji račun agent zaključuje takav ugovor? Odgovor na ovo pitanje treba tražiti u obimu ovlašćenja za zaključenje ugovora, koje može biti uređeno kako propisima (u nas Zakonom o obligacionim odnosima⁶⁶⁰), tako i aktima tog privrednog subjekta, pa je moguće da to bude uređeno i samim opštim uslovima poslovanja. Ovlašćenje za odstupanje od OUP je ključno, jer ugovor koji zaključi zastupnik obavezuje neposredno zastupanog (i drugu ugovornu stranu) ako se kretao u granicama ovlašćenja⁶⁶¹.

Kada je reč o trgovačkom zastupniku (agentu)⁶⁶², on pored obaveze da se stalno stara da treća lica zaključuju ugovore sa njegovim nalogodavcem, tj. komitentom, principalom (i da, u tom smislu, posreduje između njih i nalogodavca), sa trećim licima može da zaključuje ugovore po dobijenom ovlašćenju, u ime nalogodavca i za njegov račun.⁶⁶³ Dakle, trgovački zastupnik ne može na osnovu samog ugovora o trgovinskom zastupanju, već tek po dobijenom ovlašćenju može da u ime i za račun komitenta zaključuje ugovor. Takvim ovlašćenjem biće uređeno da li ima pravo da odstupi od sadržine opštih uslova poslovanja ili će biti predviđeno da mu je za takvo, eventualno odstupanje, potrebna prethodna (ili eventualno naknadna) saglasnost nalogodavca. Kako, po pravilu, postoji obaveznost primene opštih uslova poslovanja, tako smatram da je neophodno da ovlašćenje da se od njih odstupi prilikom zaključenja ugovora, bude izričito navedeno u ovlašćenju, te ukoliko ono nije posebno navedeno, u sumnji treba uzeti da ono ne postoji. Ovakvo ovlašćenje bi moglo biti sadržano i u samim opštim uslovima

ostati na snazi ako ga vlastodavac naknadno odobri. Trgovinski putnik koji je ovlašćen da prodaje robu nije ovlašćen da naplati cenu, kao ni da prodaje na kredit, osim ako ima posebno ovlašćenje za prodaju na kredit. Trgovinski putnik je ovlašćen da za vlastodavca prima reklamacije zbog nedostatka robe i ostale izjave u vezi sa izvršenjem ugovora zaključenog njegovim posredovanjem, kao i da u ime vlastodavca preduzima potrebne mere za očuvanje njegovih prava iz tog ugovora. Videti član 97. ZOO. U uporednom pravu se o prodaji robe koju obavlja trgovinski putnik, govori kao o tzv. prodaji od vrata do vrata.

⁶⁶⁰ Videti: čl. 55. i 84-98. ZOO.

⁶⁶¹ Videti član 85. ZOO.

⁶⁶² O ugovoru o trgovinskom zastupanju (agenturi) videti: čl. 790-812. ZOO; Stefanović, Z., *Privredno ugovorno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 164-172; Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 528-538; Jankovec, I., *op. cit.*, str. 524-531; Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004, str. 329-336.

⁶⁶³ Tako: Stefanović, Z., *op. cit.*, str. 164.

poslovanja⁶⁶⁴. Ovo s obzirom na zakonska rešenja, po kojima, kada zastupnik prekorači granice ovlašćenja, zastupani je u obavezi samo ukoliko odobri prekoračenje⁶⁶⁵. Ovo odobrenje (koje se naziva i ratifikacija, odnosno *ratihabitio*) ima povratno dejstvo⁶⁶⁶, ako strane ne odrede drugačije.⁶⁶⁷ Ako druga strana nije znala niti morala znati za prekoračenje ovlašćenja, može odmah po saznanju za prekoračenje, ne čekajući da se zastupani o ugovoru izjasni, izjaviti da se ne smatra ugovorom vezanom.⁶⁶⁸ Kako je trgovački zastupnik⁶⁶⁹ koji ima i ovlašćenje da zaključuje ugovore u ime i za račun nalogodavca, istovremeno i punomoćnik⁶⁷⁰ nalogodavca, te je dužan da postupa u granicama punomoćja, tako treba imati u vidu i postojanje odgovornosti agenta zbog prekoračenja ovlašćenja⁶⁷¹.

⁶⁶⁴ Konstatujući da privredna organizacija koja u svom poslovanju koristi opšte uslove može u tim uslovima ovlastiti svoje zastupnike da u određenom smislu mogu odstupiti od tih uslova, ako tako druga strana zahteva, profesor Jankovec navodi primer u odnosima osiguranja imovine gde se premija plaća unapred za ceo period osiguranja, ali može biti ugovoreno da će se premija plaćati i u ratama ili unazad. Važnost ovakve mogućnosti odstupanja je u tome što ukoliko zastupnik osiguravača postupi u skladu sa opisanim ovlašćenjem, onda je takva ugovorna klauzula punovažna i obavezuje osiguravača. Videti: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 268.

⁶⁶⁵ Član 87. stav 1. ZOO.

⁶⁶⁶ Što znači da su proizvedena pravna dejstva ista kao da je punomoćnik od početka preduzima poslove na osnovu ovlašćenja (*ratihabitio mandato aequiparatur*). Razmatrajući pitanje prekoračenja granica ovlašćenja O. Stanković ukazuje: „Zakon o obligacionim odnosima (čl. 87-88.) nepotrebno pravi razliku (u više pravaca) između ove situacije (kad je posao zaključen u prekoračenju granica ovlašćenja) i one kad je zaključen od strane neovlašćenog lica (koje nema nikakvo ovlašćenje za zastupanje). U uporednom pravu se ne pravi nikakva razlika između ove dve situacije, a i u Skici su bila predložena jedinstvena pravila (čl. 58).“ Videti: Stanković, O., Vodinelic, V., *Uvod u građansko pravo*, NOMOS, Beograd, 2007, str. 203. O lažnom punomoćniku (*falsus procurator*) i pravnim posledicama ugovora koje on zaključuje, videti i: Kapor, V., Carić, S., *Ugovori robnog prometa*, Privredna akademija, Novi Sad, 2007, str. 47. Naše pozitivno ugovorno pravo sadrži posebnu odredbu koja uređuje pitanja zaključenja ugovora od strane neovlašćenog lica, videti: član 88. ZOO.

⁶⁶⁷ Videti član 87. st. 2-3. ZOO. Ako zastupani ne odobri ugovor u roku koji je redovno potreban da se ugovor takve vrste razmotri i oceni, smatraće se da je odobrenje odbijeno.

⁶⁶⁸ Član 87. stav 4. ZOO.

⁶⁶⁹ Zastupnik je dužan starati se o interesima nalogodavca i u svim poslovima koje preduzima dužan je postupati sa pažnjom dobrog privrednika. Pri tome je dužan držati se uputstava koja mu je dao nalogodavac i dužan je davati nalogodavcu sva potrebna obaveštenja o tržišnoj situaciji, naročito ona koja su od značaja za svaki pojedini posao. Videti član 797. ZOO.

⁶⁷⁰ Ne treba zaboraviti da vlastodavac može po svojoj volji suziti ili opozvati punomoćje, čak i ako se ugovorom odrekao tog prava. Videti član 92. stav 1. ZOO.

⁶⁷¹ Odgovornost agenta iz ugovora o trgovinskom zastupanju pojavljuje se u četiri grupe slučajeva: odgovornost za izbor trećeg lica (mogućeg ugovarača), odgovornost zbog odavanja značajnih informacija, odgovornost zbog prekoračenja ovlašćenja i odgovornost za štetu zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora po opštim pravilima o ugovornoj odgovornosti za štetu. Razmatrajući pitanje odgovornosti agenta nalogodavcu u slučaju prekoračenja ovlašćenja, Z. Stefanović ističe: „Ako prekorači svoja ovlašćenja i sa trećim licem zaključi ugovor u ime i za račun svog nalogodavca izvan granica ovlašćenja ili pod drugačijim uslovima od onih za koje je dobio ovlašćenje, on odgovara svom vlastodavcu ako ugovor koji zaključi proizvede pravna dejstva prema nalogodavcu mimo dobijenog naloga. On može biti odgovoran za štetu trećem licu samo po opštim pravilima o odgovornosti za štetu po osnovu delikta, pri čemu bi trebalo imati u vidu zbog toga što on nema dužnost da vodi računa o interesima trećeg lica, on trećem licu može biti

Ako zastupani odbije odobrenje, zastupnik i zastupani su solidarno odgovorni za štetu koju je druga strana pretrpela, ako ona nije znala niti je morala znati za prekoračenje ovlašćenja⁶⁷², tj. ako je bila savesna.

Kada je opštim aktom pravnog lica određeno i u registar upisano da njegov zastupnik može zaključiti određeni ugovor samo uz saglasnost nekog organa, to znači da mu je ista vrsta saglasnosti (koja se može dati prethodno, istovremeno ili naknadno, ako šta drugo nije upisano u registar)⁶⁷³ potrebna i da bi zastupnik zaključio ugovor kojim se odstupa od opštih uslova poslovanja tog pravnog lica.

Kada je reč o punomoćniku (koji može biti i pravno lice⁶⁷⁴), on se mora kretati u granicama ovlašćenja, tj. može preduzimati samo one pravne poslove za čije je preduzimanje ovlašćen⁶⁷⁵. S obzirom da punomoćnik kome je dato opšte punomoćje može preduzimati samo pravne poslove koji dolaze u redovno poslovanje⁶⁷⁶, a imajući u vidu da je pravilo da se OUP primenjuju na sve situacije (sa tom namerom ih kreator objavljuje), pa se redovnim poslovanjem može smatrati zaključenje ugovora primenom OUP, čini se da punomoćnik kome je dato opšte punomoćje da zaključuje pravne poslove primenom OUP nema prava da od njih odstupa, tj. nema ovlašćenje da zaključi ugovor uz odstupanje od OUP. Za odstupanje od OUP prilikom zaključenja ugovora, punomoćnik bi morao biti posebno ovlašćen. Ovakvo rezonovanje je u skladu i sa članom 91. stav 3. ZOO, po kome posao koji ne dolazi u redovno poslovanje može punomoćnik preduzeti samo ako je posebno ovlašćen za preduzimanje tog posla, odnosno vrste poslova među koje on spada. Ukoliko bi se primena OUP ili odstupanje od njih odnosilo na preuzimanje meničke obaveze, zaključenje ugovora o jemstvu, o poravnanju, o izbranom sudu, kao i na odricanje

odgovoran samo za štetu koju bi mu vršeci posao agenta prouzrokovao namerno. Osim odgovornosti za štetu koju bi agent trećem licu prouzrokovao namerno, on može biti odgovoran trećem licu i za štetu koju ono trpi u slučaju prekoračenja ovlašćenja u zastupanju, ako obaveze koje je zastupnik preuzeo za račun nalagodavca, nalagodavac ne prihvati niti pravo predviđa da je dužan da ih prihvati. U tom slučaju on može biti odgovoran trećem licu tako što će biti dužan da sam preuzme obaveze čije preuzimanje nalagodavac zbog prekoračenja ovlašćenja nije odobrio.“ O tome detaljnije: Stefanović, Z., *op. cit.*, str. 169-171.

⁶⁷² Videti član 87. stav 5. ZOO.

⁶⁷³ Druga strana ima pravo da pozove pravno lice da se njegov ovlašćeni organ u primerenom roku izjasni da li daje saglasnost, pa ako to ovaj ne učini, smatraće se da saglasnost nije data. Naknadna saglasnost ima povratno dejstvo, ako drukčije nije ugovoreno. Ako saglasnost nije data, smatra se da ugovor nije ni zaključen. Kad se prema odredbama ovog člana smatra da ugovor nije zaključen, savesna strana može zahtevati od pravnog lica pravičnu naknadu. Odredbe prethodnih stavova primenjuju se i u slučaju kad je opštim aktom pravnog lica određeno da zastupnik može zaključiti neki ugovor samo zajedno s određenim organom tog pravnog lica. Videti član 55. ZOO.

⁶⁷⁴ Videti član 89. stav 3. ZOO.

⁶⁷⁵ U skladu sa članom 91. stav 1. ZOO.

⁶⁷⁶ Videti član 91. stav 2. ZOO.

od nekog prava bez naknade, za svaki takav pojedinačni slučaj punomoćniku je neophodno posebno ovlašćenje.⁶⁷⁷

Naš ZOO sadrži i posebne odredbe o poslovnom punomoćju, koje može dati, u granicama zakona, preduzeće, odnosno drugo pravno lice i njime ovlastiti punomoćnika da zaključuje ugovore i obavlja ostale poslove koji su uobičajeni⁶⁷⁸ u vršenju njihove poslovne delatnosti, a imajući u vidu prethodna razmatranja, uobičajenim se može smatrati zaključenje ugovora primenom OUP, dok bi na odstupanje od OUP poslovni punomoćnik morao imati posebno punomoćje za svaki takav posao.

Kada je reč o opštim uslovima poslovanja subjekata koji vrše javna ovlašćenja, tj. organizacija koje vrše delatnosti od šireg društvenog značaja i javnih preduzeća, treba reći da na njihove OUP, po pravilu, pre početka primene, saglasnost daje država, te se bez saglasnosti države od njih ne bi moglo odstupiti. Ako bi se i dopustila mogućnost odstupanja od obaveznosti primene ovakve vrste opštih uslova poslovanja, to bi potencijalno moglo dovesti do izigravanja⁶⁷⁹ date saglasnosti. Takva diskreciona mogućnost odstupanja od opštih uslova protivna je i samoj ideji prethodne kontrole njihove sadržine, koju kod ovih subjekata država vrši kroz davanje mišljenja, tj. saglasnosti. Teorijski zamislivo i jedino pravno moguće odstupanje bi moglo postojati ukoliko se ova mogućnost izričito predvidi u samim opštim uslovima poslovanja ili u odluci o davanju saglasnosti na njihov tekst, ali bi tada istovremeno bilo neophodno vrlo precizno odrediti uslove kod kojima je takvo odstupanje dozvoljeno. Međutim, iako teorijski zamislivo, ono bi u praksi moglo dovesti zainteresovane ugovarače u neravnopravni položaj, pa se ova mogućnost odstupanja u praksi ne sreće i ne treba je ni očekivati (kada je reč o pomenutim subjektima).

⁶⁷⁷ To proizlazi iz člana 91. stav 4. ZOO.

⁶⁷⁸ Poslovni punomoćnik ne može otuđiti ili opteretiti nepokretnosti, preuzeti menične obaveze ili obaveze jemstva, uzeti zajam i voditi spor, ako nije dobio posebno punomoćje za svaki takav posao. Poslovno punomoćje može biti ograničeno na određenu vrstu poslova, ili na određene poslove, ali ova ograničenja imaju dejstvo prema trećem samo ako je za njih znao ili morao znati. Videti član 95. ZOO.

⁶⁷⁹ Na ovakvu opasnost ukazuje i Jankovec. Videti: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 268.

11. KONKURENCIJA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA SAUGOVARAČA

11.1. Pravni problem

Kako su u fokusu ovog rada OUP u (međunarodnom i domaćem) trgovinskom pravu, tako treba razmotriti pitanje kada oba profesionalca – trgovca⁶⁸⁰ koji žele da zaključe ugovor imaju svoje OUP i oba nastoje da ugovorni odnos podrede pravilima sadržanim u OUP koje su sami kreirali.⁶⁸¹ Kada se sadržina opštih uslova ugovornih strana razlikuje, tada dolazi do problema konkurencije⁶⁸² opštih uslova poslovanja saugovarača. Ovakva situacija je u praksi moguća i realno do nje dolazi u privrednim odnosima, naročito kada ugovore međusobno zaključuju multinacionalne kompanije i/ili drugi veliki privredni subjekti, koji po pravilu imaju sopstvene OUP po kojima posluju i zaključuju ugovore. Svaki privredni subjekt, po pravilu, sastavlja sopstvene OUP u skladu sa svojim interesima i poslovnom politikom, te u poslovnoj komunikaciji, po pravilu, upućuje na sopstvene OUP. U početku se ukazivalo da ovaj problem srećom ne nastaje često⁶⁸³, ali da pravni sistemi još uvek nisu našli zadovoljavajući način da odluče šta su se strane dogovorile kada

⁶⁸⁰ Ovakva situacija ne postoji kada fizičko lice-potrošač zaključuje ugovor sa pravnim licem koje koristi OUP, pa ovo pitanje nije predmet izučavanja potrošačkih prodaja, ali je zanimljivo pitanje za trgovinsko pravo.

⁶⁸¹ Kako je reč o domenu ugovornog prava, tako treba poći od volje i slobode da se dispozitivne zakonske norme zamene drugačijim pravilima koja ustanovljavaju ugovorne strane za uređenje svojih međusobnih prava i obaveza. Kako ugovarači mogu sami postaviti sopstvena pravila, tako mogu i izabrati pravila sadržana u nekim opštim uslovima poslovanja, bilo da je OUP kreirala jedna od strana ugovornica, bilo neko treće lice. I u jednoj i u drugoj (sa dva modaliteta) situaciji bitno je da postoji saglasnost volja kako bi takva pravila postala sastavni deo ugovora. Problem nastaje kada nije jasno da li su i koji su, tj. čiji su opšti uslovi poslovanja postali sastavni deo ugovora ili šire posmatrano: da li ima saglasnosti volja da se uopšte primene OUP kao izvor za regulisanje prava i obaveza.

⁶⁸² U domaćem pravu ovo pitanje profesor Jakov Radišić naslovljava kao situaciju obostrane upotrebe opštih uslova poslovanja. Videti: Radišić, J., *op. cit.*, str. 106.

⁶⁸³ Zanimljivo je da Macaulay u svojoj preliminarnoj studiji o neugovornim odnosima u poslovanju citirao proste reči jednog poslovnog čoveka: „Možeš da rešiš svaki spor ako držiš pravnike i računovođe što dalje. Oni jednostavno ne razumeju princip daj-i-uzmi (eng. *give-and-take*) potreban u poslu.“ – Macaulay, S., *Non-contractual relations in business: a preliminary study*, American Sociological Review, vol. 28., no. 1 (Feb.), 1963, str. 61. Studija je dostupna na: http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/Macaulay%20class%20%20background.pdf. Slično apostrofira i Živković koji navodi da su trgovci spremniji da smatraju da postoji ugovor kada su postigli sporazum u pogledu bitnih uslova i kada prihvate rizik mogućeg spora, nego da se upuste u dugotrajne pregovore o svakoj pojedinoj tački. To, uostalom, odgovara i potrebi brzog odvijanja trgovačkog prometa. – videti: Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 77.

su izvršile transakciju na osnovu rutinske razmene međusobno nesaglasnih opštih uslova.⁶⁸⁴

Iako veoma zanimljivo, ovo pitanje nije posebno zakonski uređeno u našem pravu niti ga, po pravilu, uređuju nacionalna zakonodavstva, dok pojedini nadnacionalni (uniformni) izvori prava, u prvom redu Načela evropskog ugovornog prava i UNIDROIT Principi međunarodnih trgovinskih ugovora sadrže izričita, tj. posebna rešenja ovog pravnog problema. Pažnju je privuklo pojedinim stranim istraživačima u čijim radovima je prepoznato i naslovljeno kao *the battle of forms*⁶⁸⁵, dok se u pojedinim radovima domaćih autora može videti prevod „bitka formulara“⁶⁸⁶, koji polazi od toga da je reč o situaciji kada je ponuda data na formularu jedne strane, a prihvatanje na formularu druge.

Kada dođe do opisane situacije, tada se kao prvo pitanje može postaviti da li je ugovor uopšte zaključen. Ako jedna strana nastoji da ugovor zaključi u skladu sa sopstvenim OUP, a druga strana da njeni opšti uslovi poslovanja postanu sastavni deo ugovora, a OUP tih subjekata sadrže različita rešenja, onda je pitanje ima li saglasnosti volja da nastane neko pravno dejstvo. Ovo naročito u situaciji kada su opštim uslovima poslovanja uređeni i bitni elementi budućeg ugovora, te oni predstavljaju ponudu, onda se naknadno upućivanje na OUP ponuđenog ima smatrati kao neprihvatanje učinjene ponude

⁶⁸⁴ Honnold, J., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, str. 182.

⁶⁸⁵ Videti: Zeller, B., *The CISG and the Battle of the Forms*, u: DiMatteo, L. (ed), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge University Press, New York, 2014, str. 203-214; Furmston, M., Tolhurst, G., *Contract Formation: Law and Practice*, Oxford University Press, 2016, str. 121-137 (Standard Form Contracting and the "Battle of the Forms"); Schmitthoff, C., *Schmitthoff's export trade – The Law & Practice of International Trade*, Stevens & Sons, London, 1990, str. 99-100; Blodgett, P. C., *The U.N. Convention on the Sale of Goods and the 'Battle of the Forms'*, Colorado Lawyer, 1989; Hesselink, M.W., de Vries, G.J.P., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2001, str. 121-124; von Mehren, A. T., *The 'Battle of the Forms': A Comparative View*, The American Journal of Comparative Law, 1990, str. 265 i dalje; Pohl, T., *The "Battle of the Forms" under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with the UNIDROIT Principles, the European Principles and some domestic laws*, University of Cape Town, 2005, http://lawspace2.lib.uct.ac.za/dspace/bitstream/2165/258/1/PohlT_2005.pdf; Del Pilar, P. V. M., *"Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles*, http://www.jus.uio.no/pace/battle_of_forms_under_cisg_comparison_with_ucc_2-207_and_upicc.maria_perale_viscasillas/landscape.pdf; Sukurs, C., *Harmonizing the Battle of the Forms: A Comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2001, str. 1481-1515.

⁶⁸⁶ Tako: Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 76 i dalje, sa pozivanjem na: Vilus, J., *Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, Informator, Zagreb, 1981, str. 70. Isti prevod koristi i Đurđević, M., *Ugovor po pristupu* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 8, sa upućivanjem na: Furmston, M., Norisada, T., Poole, J., *Contract formation and letters of intent*, London, 1997, str. 103-105.

i upućivanje nove ponude. Ako tada prvi ponudilac obavesti ponuđenog da ne prihvata takvu izmenjenu (tj. novu) ponudu, nema dileme da ugovor nije zaključen.⁶⁸⁷ Ali bez obaveštavanja o neprihvatanju, ukoliko prvi ponudilac po prijemu izmenjene sopstvene ponude koja se kvalifikuje kao nova ponuda⁶⁸⁸, ne učini ništa, tj. ćuti⁶⁸⁹ pitanje je da li se uopšteno može reći da ugovor nije zaključen ili to zavisi od stepena u kome je njegova prvobitna ponuda izmenjena. Iako je jedan od teorijski mogućih odgovora na pitanje konkurencije opštih uslova poslovanja saugovarača, da ugovora zapravo i nema, u radovima pravnih pisaca se ističe da će sudovi „pokušati da priznaju dejstvo volji (nameri) stranaka“.⁶⁹⁰ Ovom pravnom problemu bi se moglo pristupiti i kao jednom od pitanja u okviru razmatranja razlika između ponude i prihvata, pri čemu, ako bi se pošlo od važnih pitanja koja su, po pravilu, uređena opštim uslovima poslovanja i činjenice da celovito regulišu različite pravne situacije kojima najčešće zamenjuju dispozitivne zakonske norme za taj konkretan ugovorni odnos, čini da ovakva situacija predstavlja stvarnu (suštinsku) razliku između ponude i prihvata koja sprečava nastanak ugovora. Kako navodi M. Draškić, prema stavu pravne doktrine treba, ukoliko stranke nisu prethodno međusobno poslovale, pa ne postoji prethodna praksa među njima koja bi mogla da ukaže na drukčije rešenje, smatrati da se ovde radi o suštinskoj razlici između ponude i prihvata koja sprečava nastanak ugovora, te da se ovo rešenje primenjuje ako ponuđeni ćuti ili ostane neaktivan posle prijema takvog prihvata. Međutim, ako on prihvati naknadno delimično izvršenje ponuđenog ili mu plati delimično cenu s pozivom na takvo izvršenje, treba smatrati da je ugovor nastao, ali pod uslovima koji su određeni u prihvatu, jer se ovde radi o prećutnom prihvatu od strane prvobitnog ponuđača ponude koju mu je učinio raniji

⁶⁸⁷ Slično i: Šoljan, V., *O konkurenciji općih uvjeta poslovanja dviju ugovornih strana*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56, Posebni broj, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2006, str. 180.

⁶⁸⁸ U pravnoj literaturi može se videti i termin protivponuda.

⁶⁸⁹ Pravilo je da ko ćuti – ništa ne izjavljuje, odnosno da ćutanje ne znači prihvatanje ponude. Tako se u literaturi ističe da čak i ako ponudilac navede u svojoj ponudi da će ćutanje ponuđenog biti tumačeno kao prihvatanje ponude, takve klauzule nemaju dejstvo prema ponuđenom, niti stvaraju obavezu da ponuđeni odgovori na ponudu (u smislu da izbegne tumačenje koje priželjkuje ponudilac da će ćutanje smatrati prihvatom). Od ovog opšteg pravila, navode se tri izuzetka kada se ćutanje tumači kao prihvatanje ponude: 1.) stalna poslovna veza između ponudioca i ponuđenog u odnosu na određenu robu; 2.) ponuđeni je ponudiocu nudio svoje usluge postupanja po njegovim nalogima; 3.) ponuđeni obavlja određene delatnosti čija je suština postupanje po nalogima. Videti: Stefanović, Z., *Privredno ugovorno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 86-87.

⁶⁹⁰ Cheshire, Fifoot and Furmston's, *Law on Contract*, 12. izdanje, Butterworths, London – Dublin – Edinburgh, 1991, str. 162, navedeno prema: Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 76.

ponuđeni.⁶⁹¹ Kada se šire sagledaju moguće različite situacije i važnost rešavanja ovog pitanja od koga zavisi činjenica da li ugovor postoji i kojim je pravilima uređen, moglo bi se reći da bi pitanju konkurencije OUP saugovarača treba pristupiti kao posebnom pravnom pitanju, tj. dati posebno rešenje za ovaj pravni problem.

U trgovinskoj praksi se neretko dešava da jedan privredni subjekt ponudu čini na memorandumu (svom poslovnom papiru)⁶⁹² kroz porudžbinu i da na njemu bude napisana napomena da ugovori koje taj privredni subjekt zaključuje uključuju njegove opšte uslove poslovanja (i podatak o tome gde su dostupni, tj. objavljeni). Moguće je da ponuđeni neuidajući takvu napomenu (neuočavajući upućivanje na tuđe OUP) mehanički prihvati ponudu i to na svom memorandumu⁶⁹³, npr. kroz prihvatanje porudžbine, predračun, fakturu ili drugu formu poslovnog odgovora na porudžbinu, koja sadrži upućivanje na njegove OUP i isporuči robu⁶⁹⁴, tj. preduzme ispunjenje u skladu sa sadržinom ponude. Kupac može primiti ispunjenje obaveze prodavca i ispuniti svoje obaveze verujući da je ugovor zaključen uključivanjem njegovih (sopstvenih) OUP (u skladu sa ponudom koju je uputio). Ovo naročito jer se često dešava da se pozivanje na opšte uslove poslovanja vrši u fontu, odnosno veličini sloga koja je vizuelno manja od fonta ili veličine sloga same ponude, prihvata ili ugovornog dokumenta (sitnim slovima). Dakle, moguće je da se obe ugovorne strane automatski (mehanički) pozivaju na sopstvene OUP a da pitanje primene OUP uopšte ne bude posebno razmatrano, tj. da nije predmet pregovora, koji su neretko zbog brzine fokusirani na kvalitet robe, količinu, rok isporuke i cenu. Ukoliko obe ugovorne strane ispune svoje obaveze, tj. dođe do realizacije ovakve poslovne operacije, tada razlozi praktične prirode čine da problem i ne bude uočen - pa se i ne postavlja, jer su obe strane zadovoljne ispunjenjem obaveza druge strane.

⁶⁹¹ Draškić, M., *Ponuda i prihvata prema uniformnim pravilima i uporednom pravu*, u: Vukadinović, R. (ur.), *Načela evropskog ugovornog prava i Jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001, str. 153.

⁶⁹² O zaključenju ugovora na poslovnom papiru (memorandumu): Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 465.

⁶⁹³ Na ovakav način je moguće i zaključenje ugovora kada se zahteva pisana forma kao uslov njegove punovažnosti. „Tako, na primer, ako se zahteva da ugovor bude zaključen u pisanoj formi, smatra se da je ovaj uslov ispunjen ako je ponuda data u pisanoj formi i ako je prihvata učinjen u pisanoj formi, iako ne postoji jedan dokument koji je naslovljen kao „ugovor” koji je sačinjen u pisanoj formi.” – Stefanović, Z., *Privredno ugovorno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 87.

⁶⁹⁴ Ukoliko bi ponuđeni, nakon prijema ponude, učinio (samo) ponuđeno (traženo) ispunjenje obaveze, na primer, isporuku saobrazne robe u navedenoj količini, onda je reč o prihvatu koji je učinjen konkludentnom radnjom, koji je jedan od tri načina izražavanja prihvata (usmeno, pismeno i konkludentno). Tada su OUP (kupca - ponudioca) koji su bili sastavni deo ponude postali sastavni deo ugovora, a eventualno naknadno pozivanje prodavca, koji bi se, nakon isporuke robe pozivao sa sopstvene OUP bilo bi bez dejstva, pa u ovoj situaciji nema problema konkurencije OUP.

Međutim, ispunjene ugovorne obaveze prodavca ne mora biti istovremeno sa njegovim prihvatom ponude, ukoliko se on čini pisanim putem. U praksi od vremena prijema ponude do predviđenog (traženog) roka za ispunjenje obaveze (na primer, isporuku određene robe) može proteći određeni vremenski rok u kome ponuđeni može da iskoristi nesaglasnost svojih i ponuđenih OUP kao razlog da ne prihvati predložene ugovorne obaveze ukoliko utvrdi da mu situacija na tržištu u pogledu cene ne odgovara ili da nema na raspolaganju traženu količinu robe ili iz drugog razloga nema interes za taj pravni posao. Šoljan smatra da u ovom vremenskom periodu jedna od strana može delovati u uverenju da je sklopljen ugovor⁶⁹⁵.

Pored opisanog problema do koga može doći u fazi zaključenja ugovora, pitanje konkurencije opštih uslova poslovanja može se postaviti ukoliko dođe do spora u vezi sa neispunjenjem ugovornih obaveza, tj. povredom ugovora. U pravnoj teoriji se ističe da se ovaj problem svodi na pitanja da li može (i ako može kada može) prihvrat koji odstupa od ponude dovesti do zasnivanja ugovornih obaveza, a ako može – koja je sadržina ugovora kada se svaka ugovorna strana poziva na svoje opšte uslove poslovanja⁶⁹⁶. Problem je naročito složen tokom pregovora u međunarodnom poslovanju kada se razmeni više inicijativa, namera, poziva, ponuda, izmena, dopuna, protivponuda (koje su sve na obrascima u kojima se strane pozivaju na sopstvene OUP), pa nije uvek jednostavno odrediti koji je trenutak relevantan, što je prepoznao još Lord Kairnz, koji je u slučaju *Hussey v. Horne-Payne* rekao: „Kada morate da iznađete ugovor ili zapis o ugovoru iz pisama, morate uzeti u obzir celokupnu korespodenciju. Ne smete u jednom trenutku povući liniju i reći: „Gledaćemo samo pisma do ove granice i u njima naći ili ne naći ugovor, ali ništa više nećemo gledati“⁶⁹⁷.

Pravni pisci navode da ukoliko obe strane ispune svoje obaveze, može se smatrati da su ispunjenjem obaveza nedosmisleno iskazale volju za zaključenjem ugovora, ali nema saglasnosti volja o sadržini ugovora, te da su se istovremeno time odrekle uključivanja svojih opštih uslova poslovanja u onom delu u kome su ti OUP međusobno u neskladu⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ Šoljan, V., *O konkurenciji općih uvjeta poslovanja dviju ugovornih strana*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56, Posebni broj, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2006, str. 180.

⁶⁹⁶ *Ibidem*.

⁶⁹⁷ Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 75.

⁶⁹⁸ Barbić, J., *Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja)*, Informator, Zagreb, 1980, str. 62; Drobing, U., *Standard Forms and General Conditions in International Trade: Dutch, German and Uniform Law*, u: Hague-Zagreb Essays 4 on the Law of International Trade, The Hague, 1983, str. 124-125, navedno prema: Šoljan, V., *op. cit.*, str. 180-181.

Samo je teorijski zamisliva situacija primene OUP obe ugovorne strane, a da oni sadrže istovetna rešenja po svim pitanjima⁶⁹⁹ – moguće da pojedina pitanja budu uređena isto, ali će makar o jednom pitanju sadržati različita rešenja, te postoji potreba da se razreši pitanje konkurencije OUP.

Šoljan ukazuje da nesklad opštih uslova poslovanja saugovarača ne mora biti očigledan, jer je moguća i situacija u kojoj OUP ponuđenog uređuju neko pitanje, dok OUP ponudioca isto pitanje uopšte ne uređuju, kada se smatra da je ponudilac, izostavljajući to uređenje (na poseban način kroz OUP), očekivao da se na to pitanje primenjuju dispozitivne norme merodavnog prava, koje su, po pravilu, u neskladu sa rešenjima u OUP ponuđenog⁷⁰⁰.

Postojanje tzv. „odbrambenih klauzula“ u OUP kojima se predviđa da samo ti opšti uslovi poslovanja (subjekta koji zaključuje ugovor) mogu postati sastavni deo ugovora, tj. da subjekt pristaje na odstupanje od njih samo kada je to izričito potvrdio u pisanom obliku, ne rešava problem konkurencije OUP saugovarača, jer su ovakve „odbrambene klauzule“ često sadržane u OUP oba subjekta-ugovarača⁷⁰¹.

Pojedini autori su stava da pitanje konkurencije OUP po pravilu uopšte ne dira u pitanje zaključenja ugovora. Tako, na primer, profesor Klaus Peter Berger ističe da različiti i potencijalno suprotstavljeni OUP saugovarača obično ne sprečavaju zaključenje ugovora, već češće otvaraju pitanje čiji od dva seta OUP postaju sastavni deo ugovora. Sa druge strane, François Vergne ukazuje da se konkurencija opštih uslova poslovanja češće koristi kao način da se ugovor izbegne, nego što je razuman osnov za spor.⁷⁰²

11.2. Različiti pristupi rešavanju ovog problema u pravnoj teoriji

Iako nacionalna zakonodavstva, po pravilu, ne daju eksplicitan odgovor na ovaj problem, u pravnoj doktrini se razvilo pet teorijskih pristupa u pokušaju da se odgovori na pitanje čiji će (i da li će ičiji) opšti uslovi poslovanja biti merodavni kada su OUP saugovarača različite sadržine i oba, kroz upućivanje, nastoje da ih uključe u ugovor koji

⁶⁹⁹ Ovo ne treba poistovećivati sa situacijom kada strane postignu saglasnost volja da uključe primenu OUP koje je kreirao treći subjekt koji ne učestvuje u zaključenju ugovora, što je najčešće situacija kada se koriste OUP međunarodnih organizacija ili udruženja.

⁷⁰⁰ Šoljan, V., *op. cit.*, str. 181.

⁷⁰¹ *Ibidem.*

⁷⁰² Vergne, F., *The "Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 33, No. 2 (Spring), Oxford University Press, 1985, str. 236.

zaključuju. Različita pravna rešenja koja daju odgovor na problem konkurencije OUP saugovarača se mogu sistematizovati u sledeće pristupe u rešavanju ovog pravnog pitanja: (1) teorija poslednje reči, (2) teorija prve reči, (3) teorija delimične nesaglasnosti (pravilo međusobnog isključivanja), (4) teorija činidbe tipične za ugovor i (5) pravično rešenje (pravilo „najbolje“ reči).

11.3. Teorija poslednje reči

Teorija poslednje reči (ili: doktrina poslednjeg hica, koja se u stručnoj literaturi na engleskom jeziku navodi pod nazivima: „*last shot doctrine*“, „*theory of the last word*“, „*last in time rule*“, „*last-shot rule*“, a na nemačkom „*Theorie des letzten Wortes*“)⁷⁰³ polazi od stava da odgovor ponuđenog koji sadrži upućivanje na sopstvene OUP predstavlja razliku u sadržaju ponude, pa samim tim ne može predstavljati prihvatanje ponude, već predstavlja odbijanje ponude druge strane (zbog neistovetnosti sadržaja ponude i prihvata) i ima karakter nove ponude. Tako pristalice ove teorije smatraju da su merodavni opšti uslovi poslovanja one strane koja je poslednja uputila (pre trenutka zaključenja ugovora) na sopstvene OUP isključivši time OUP druge strane koja se tome nije blagovremeno usprotivila, te pobornici ovog pristupa ističu da prilikom rešavanja spora u vezi sa pitanjem konkurencije OUP „primarni zadatak sudova odnosno arbitara jest da utvrdi koja je od ugovornih strana posljednja uputila na svoje opće uvjete prije momenta sklapanja ugovora.“⁷⁰⁴ Primena teorije poslednje reči moguća je i prilikom konkludentnog načina zaključenja ugovora u situaciji kada ispunjenje ili prihvatanje ispunjenja proizvode pravno dejstvo prihvata nove (poslednje) ponude i time zaključenja ugovora. Tako, Šoljan ukazuje da ako izvorni (prvi) ponudilac ispuni svoju obavezu ili primi ispunjenje druge strane i pri tom ne prigovori upućivanju na OUP druge strane, takvo ponašanje se može smatrati objektivnom manifestacijom prihvata protivponude sa dejstvom zaključenja ugovora u koji su uključeni OUP na koje upućuje protivponuda.⁷⁰⁵ Slično navode i

⁷⁰³ Videti: Treitel, G. H. - Peel, E., *The Law of Contract*, twelfth edition, London, 2007, Sweet & Maxwell, str. 22-23; Markesinis, S. B., Unberath, H., Johnston, A., *The German Law of Contract*, Second Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, str. 79-81, sa daljim upućivanjem na slučajeve iz nemačke sudske prakse; Hesselink, M. W. - de Vries, G. J. P., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2001, str. 123; Whincup, M., *Contract Law and Practice: The English System, with Scottish, Commonwealth, and Continental Comparisons*, fifth edition, 2006, Kluwer Law International, str. 52-55.

⁷⁰⁴ Šoljan, V., *op. cit.*, str. 182.

⁷⁰⁵ *Ibidem*.

Furmston, Norisada i Poole da je formular koji je neposredno prethodio započinjanju ispunjenja zapravo prihvaćena protivponuda.⁷⁰⁶

Teorija poslednje reči se u literaturi navodi i u vezi sa **konceptom potvrde ugovora** (a pominju se i nazivi: potvrda naloga i potvrda narudžbine, a ponegde i: nota o prihvatanju). Potvrda ugovora nakon što je ugovor zaključen u teoriji se smatra instrumentom koji služi otklanjanju nesigurnosti u preciznu sadržinu ugovora, naročito u situacijama kada je ugovor zaključen razmenom niza predloga, poziva, ponuda, koje su delimično modifikovane tokom pregovora, tako da je sadržina ugovora postepeno formirana korak po korak⁷⁰⁷. Primena teorije poslednje reči u konceptu potvrde ugovora znači da su sastavni deo ugovora postali (tj. da su merodavni) OUP one strane koja nakon zaključenja ugovora pošalje potvrdu ugovora (tj. naloga) u kojoj upućuje na primenu sopstvenih OUP, a druga strana se tome blagovremeno ne usprotivi (ne prigovori) i primi ispunjenje obaveze ili ispuni svoju obavezu.⁷⁰⁸ Stav koji je već davno formiran u nemačkoj praksi⁷⁰⁹ govori da je na primaocu potvrde ugovora da, u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, istakne prigovor sadržini potvrde ugovora što pre, a ukoliko to ne učini, smatra se da je prećutno prihvatio takvu sadržinu.

Iako se primena pravila poslednje reči kao pristup rešavanju problema konkurencije OUP saugovarača tradicionalno vezuje za *common law*, a u današnje vreme je u većini zemalja ovog pravnog kruga potpuno napuštena ili je drastično ograničen domen primene ovog pravila, ipak ono je ostalo kao preovlađujuće rešenje u engleskom pravu, što se objašnjava činjenicom da engleski sudovi pristupaju ovom problemu kroz opšte pravilo o ponudi i prihvatu, po kome je ugovor zaključen samo ako su uslovi prihvata podudarni sa uslovima ponude, odnosno ako je jedna strana prihvatila uslove druge strane, uključujući opšte uslove.⁷¹⁰

⁷⁰⁶ Furmston, M., Norisada, T., Poole, J., *Contract formation and letters of intent*, London, 1997, str. 106-107, navedeno prema: Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 76.

⁷⁰⁷ Koncept potvrde ugovora obuhvata „pismena utvrđenja sadržaja ugovora koji sastavlja i šalje jedna strana drugoj nakon što je ugovor već sklopljen, sa svrhom unapređenja sigurnosti o sadržaju ugovora, osiguranja dokaza sadržaja ugovora koji je usmeno sklopljen te uklanjanja sumnji o pravima i obavezama koje proizlaze iz ugovora.“- Šoljan, V., *op. cit.*, str. 182.

⁷⁰⁸ Tako: Kötz, H., Flessner, A., *European Contract Law*, Oxford, 2002, str. 31. Slično i: Radišić, J., *Obligaciono pravo Opšti deo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 106.

⁷⁰⁹ Videti: Bundesgerichtshof (BGH), presuda od 24. septembra 1952. godine, 7 BGHZ; BGH, presuda od 3. juna 1967. godine, Juristenzeitung 1967, 575. Schlechtriem, P. H., *The Battle of the Forms under German Law*, *The Business Lawyer*, April 1968, str. 657, navedeno prema: Šoljan, V., *op. cit.*, str. 182.

⁷¹⁰ Detaljnije, sa izuzecima od ovog pravila: Rühl, G., *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observation*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Spring 2003, str. 190-192.

Pristalice teorije poslednje reči kao njenu najveću prednost u prvi plan ističu predvidivost. Naime, primena ove teorije u praksi omogućava da se lako odredi koja je strana poslednja uputila na sopstvene OUP. Sa druge strane, kritičari ove teorije ukazuju da upravo ona ne omogućava u svim slučajevima da se dođe do sigurnog rezultata. Kao primer, Šoljan navodi situaciju u kojoj prodavac isporuči robu i preda je kupcu sa otpremnicom ili drugim dokumentom u kome upućuje na svoje OUP, a kupac primi robu i istovremeno izjavi da prihvatom robe ne smatra i prihvata OUP prodavca (tj. da sastavni deo ugovora ostaju njegovi OUP), onda niti izjave niti ponašanje ugovornih strana nije moguće tumačiti kao prihvata OUP druge strane, čak iako obe strane ispune ono što je predmet njihovog sporazuma; međutim njihovo ponašanje jasno upućuje da one smatraju da je ugovor zaključen, iako ne postoji istovetnost ponude i prihvata⁷¹¹. Pored toga, Rühl iznosi mišljenje da primena ove teorije podstiče ekstenzivnu razmenu opštih uslova poslovanja, s obzirom da su obe strane svesne da uključivanje OUP zavisi od toga ko je poslednji uputio na svoje OUP.⁷¹²

Pravni pisci teoriji poslednje reči zameraju i što neopravdano daje prednost onoj strani koja je poslednja uputila na svoje OUP, s obzirom da u poslovnoj praksi subjekti u najvećem broju slučajeva mehanički upućuju na svoje OUP, ne obraćajući pažnju da i druga strana upućuje na svoje OUP.⁷¹³ Zbog toga se ovom pristupu u rešavanju problema konkurencije OUP saugovarača, zemera njegova formalistička priroda i ističe činjenica da u praksi favorizuje prodavca⁷¹⁴, s obzirom da u poslovnim odnosima, po pravilu, kupac reaguje na različite cenovnike, kataloge, obaveštenja koja dobija od prodavca, tako što prodavcu šalje porudžbinu u kojoj se poziva na svoje OUP. Tako posmatrano, upravo je prodavac ona strana koja upućuje poslednju reč (eng. *fires the last shot*), tj. poslednja upućuje na primenu svojih OUP, što predstavlja suštinski odbijanje ponude kupca i upućivanje nove ponude sa uključenim OUP prodavca, koju onda kupac prihvata, najčešće istovremeno sa primanjem ispunjenja i to konkludentim radnjama.⁷¹⁵ Na ovaj način, analiza aspekta pogodovanja jednog od ugovornih strana, pokazuje da pravilo poslednje

⁷¹¹ Šoljan, V., *op. cit.*, str. 183.

⁷¹² Rühl, G., *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observation*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Spring 2003, str. 191, navedeno prema: Šoljan, V., *op. cit.*, str. 183.

⁷¹³ Videti detaljnije: Sukurs, C., *Harmonizing the Battle of the Forms: A Comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2001, str. 1481-1515.

⁷¹⁴ Videti: Keating, D., *Exploring the Battle of the Forms in Action*, Michigan Law Review, vol. 98, str. 43.

⁷¹⁵ Tako: Kötz, H., Flessner, A., *op. cit.*, str. 32.

reči (*last-shot*) više pogoduje prodavcu, čak ga neopravdano favorizuje, što je još jedan razlog za napuštanje ovog pristupa rešavanju problema konkurencije OUP saugovača.

Zbog navedenih kritika, izloženu teoriju poslednje reči, čiji pobornici smatraju da su merodavni OUP one strane, koja je u svojoj potvrdi naloga, ukazala na sopstvene uslove (dok se druga strana toj ponudi nije usprotivila), većina pravnih pisaca danas odbacuje.⁷¹⁶

Čak i u Engleskoj, u kojoj se ovo pravilo tradicionalno smatralo primarnim prilikom rešavanja problema konkurencije OUP saugovarača, došlo je do preispitivanja njegove primene u slučaju *Butler Machine Tool Co., Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England), Ltd.*⁷¹⁷ kada je ugledni engleski pravnik i sudija Lord Denning predložio da se pri rešavanju problema konkurencije OUP saugovarača pitanje zaključenja ugovora odvoji od pitanja njegove sadržine i naglasio da ne samo ovaj, već i u mnogi drugi slučajevi u kojima se otvara ovo pravno pitanje, pokazuju da je princip poslednje reči zastareo, odnosno prevaziđen. U pogledu zaključenja ugovora, kao prvog pravnog pitanja, predložio je da se pregleda celokupna dokumentacija koja je razmenjena među stranama, te da se iz nje ili iz ponašanja strana sagleda da li su postigli saglasnost o svim bitnim elementima - bez obzira ako ima razlika među formularima i uslovima koji su odštampani na njihovoj poleđini. U pogledu pitanja sadržine ugovora, kao drugog pravnog pitanja, Lord Denning je predložio da, u zavisnosti od okolnosti slučaja, ugovor treba da bude uređen opštim uslovima koji su poslednji poslani (ako je potom bez primedaba započelo ispunjenje), uslovima koji su prvi poslani (ako su uslovi koji su poslednji poslani sadržali bitnu izmenu u pogledu cene a onaj ko je poslednji slao ovakve uslove nije posebno skrenuo pažnju na tu izmenu drugoj strani) ili „pomirljivim“ uslovima (imajuću u vidu oba seta OUP) koji bi razumno zamenili nepomirljive uslove (drugim rečima: da se zajedno prouče uslovi obe strane i da se otud izvuče sadržina ugovora, a ako ima nepomirljivih razlika, međusobno suprotstavljeni uslovi bi se brisali i namesto njih bi se implicirale razumne odredbe)⁷¹⁸.

⁷¹⁶ To konstatuje još: Radišić, J., *op. cit.*, str. 106, pozivajući se na: Bucher, E., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich, 1988, str. 158.

⁷¹⁷ Detaljan prikaz slučaja *Butler Machine Tool Co., Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England), Ltd.* dostupan je na: <http://www.diprist.unimi.it/fonti/851.pdf>.

⁷¹⁸ Videti: Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 77-78, koji uz pozivanje na strane autore (Rawlings, Adams, Furnston, Norisada, Poole), ukazuje da se u engleskoj teoriji primećuje da ovakav pristup zahteva da se uslovi ugovora kategorizuju na bitne (eng. *material*) i nebitne (eng. *non-material*), ali da stav lorda Deninga nije prihvaćen u sudskoj praksi, kao i da je njegovo shvatanje kritikovano i u teoriji, s obrazloženjem da je kategorizacija uslova ugovora arbitrerana a sâmo rešenje nedovoljno da spreči međusobno zasipanje strana formularima, te da je pomešao različite stvari – jedno je pitanje kada prihvati s izmenama uslova ponude predstavlja njeno odbijanje, a drugo je pitanje postoji li ugovor, odnosno da u mnogim slučajevima prihvati s izmenama uslova ne mora da se shvati kao odbijanje, ali ne mora ni da u tim situacijama postoji pravno obavezujući ugovor. Živković dalje navodi da je

Lond Denning naglašava da će OUP na koje je upućeno u poslednjoj reči biti odlučujući ukoliko je bilo prihvata, izričitog ili posrednog iz ponašanja, a da će OUP na koje je upućeno u prvoj reči biti merodavni ako prihvata sadrži bitne razlike koje utiču na cenu, a da će biti merodavni OUP obe ugovorne strane ako su i u meri u kojoj su ti uslovi pomirljivi.⁷¹⁹ Opisano mišljenje Lorda Denninga je izazvalo oštru akademsku polemiku u britanskoj pravničkoj javnosti, ali njegov predlog za rešavanje problema konkurencije OUP saugovarača nije naišao na većinsko prihvatanje.⁷²⁰

11.4. Teorija prve reči

Teorija prve reči ili prvog „hica“ (engl. „*first shot rule*“⁷²¹) polazi od ideje, tj. pitanja čija je inicijativa za zaključenje ugovora. Teorijski posmatrano, kako inicijativa potiče od ponudioca, tako ova teorija favorizuje ponudioca, oslanjajući se na logiku da onome ko inicira zaključenje ugovora treba da pripada i pravo kontrole njegovog sadržaja, pa bi se tako, kada je o kupoprodaji reč, prednost dala prodavcu. Šoljan, koji ukazuje da se za teoriju prve reči, odnosno prvog „hica“, opredelio i Građanski zakonik Holandije u članu 6:225, ističe da primena ove teorije znači da kupcu ne treba dozvoliti menjanje sadržaja ponude pozivanjem na svoje OUP, već da je njegovim prihvatom ugovor zaključen, a pozivanje ponuđenog na svoje OUP nema pravno dejstvo – izuzetno, ugovor ne bi bio zaključen ako je ponuđeni izričito (a ne samo pozivanjem na svoje OUP) odbio primenu OUP sadržanih u ponudi.⁷²²

iako odbačeno u sudskoj praksi, ovo shvatanje lorda Denninga pokazatelj da se i u tradicionalističkoj Engleskoj pojavljuju ideje koje više nalikuju kontinentalnom rezonovanju, pogotovo kada je tradicionalno *common law* rešenje u velikoj meri u raskoraku sa shvatanjima trgovaca, kao i da je pre ove temeljne promene koju je zagovarao lord Denning, englesko ugovorno pravo pokušavalo da prevaziđe ovaj problem na nekoliko načina: bilo time što će implicirati (uneti) ostale odredbe iz formulara u ugovor, pozivajući se na utvrđenu praksu među ugovornicima (*course of dealing*), bilo tako što će se pozvati na poslovni običaj (*trade usage*) koji su obe strane imale u vidu, ali da ni ovi pokušaji nisu dali značajnije rezultate i da su vrlo argumentovano kritikovani.

⁷¹⁹ Opširnije: Rühl, G., *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observation*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Spring 2003, str. 193-194.

⁷²⁰ O uticaju predloga Lorda Denninga na britansko pravo, kritičarima njegovog predloga i drugim rešenjima: Rühl, G., *op. cit.*, str. 195-196.

⁷²¹ Videti: Whincup, M., *Contract Law and Practice: The English System, with Scottish, Commonwealth, and Continental Comparisons*, fifth edition, 2006, Kluwer Law International, str. 56; Hesselink, M. W., de Vries, G. J. P., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2001, str. 122-123.

⁷²² Videti: Šoljan, V., *op. cit.*, str. 184, sa pozivanjem na član 6:225(3) holandskog Građanskog zakonika (BW).

11.5. Teorija delimične nesaglasnosti (pravilo međusobnog isključivanja)

Teorija delimične nesaglasnosti, koja preovlađuje među nemačkim i švajcarskim pravicima, rešenje vidi u primeni dispozitivnih pravnih normi *lex contractus*, umesto primene bilo kojih od oprečnih opštih uslova poslovanja, s obzirom da postoji delimična nesaglasnost ugovornika u tom delu.⁷²³

Ova teorija ima potpuno drugačiji pristup u rešavanju problema konkurencije OUP saugovarača, od prethodno izložene dve teorije, jer za razliku od njih nema cilj da utvrdi čiji će se OUP primeniti. Logika pobornika ove teorije je da treba konstatovati da se strane nisu saglasile o tome čiji će se OUP primeniti, pa se zbog toga u onom delu u kome se rešenja njihovih OUP razlikuju neće primeniti ni jedna ni druga, već dispozitivne norme merodavnog prava. Sa druge strane gledano, primena ove teorije znači da se ugovor smatra zaključenim i da su u njega uključeni OUP obe strane u onom delu u kome nisu međusobno kontradiktorni, a da se kontradiktorna rešenja sadržana u OUP obe strane međusobno isključuju, zbog čega se ovakvo pravilo u stranoj literaturi označava kao „*knock-out rule*“⁷²⁴ (ili „*knock-out doctrine*“⁷²⁵) odnosno pravilo međusobnog isključivanja. Pravna teorija je na stanovištu da je ovo pravilo izraz načela *favor contractus*, tj. da se temelji na ideji da uprkos nedostacima koji se mogu pojaviti kako prilikom ispunjenja, tako i prilikom zaključenja ugovora (što je ovde konkretno slučaj), obe ugovorne strane pokazuju interes da se ugovor održi na snazi i nađe odgovarajuće rešenje za sukob njihovih OUP, jer ne žele da dođu u situaciju da dalje traže druge prilike na tržištu⁷²⁶.

Kao prednost primene ovog pravila za rešenje problema konkurencije OUP saugovarača, pravni pisci u prvi plan ističu neutralnost, odnosno da primena pravila međusobnog isključivanja ne favorizuje ni jednu od ugovornih strana, čime se ne nameću

⁷²³ Radišić, J., *Obligaciono pravo Opšti deo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 106.

⁷²⁴ Videti: Morrissey, J., Graves, J., *International Sales Law and Arbitration: Problems, Cases and Commentary*, Kluwer Law International, 2008, New York, str. 123-125; Hesselink, M. W., de Vries, G. J. P., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2001, str. 124; Lando, O., Beale, H. (ur.) *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, prepared by The Commission of European Contract Law, 2005, The Hague: Kluwer Law International, str. 182-184.

⁷²⁵ Videti: Vogenauer, S., Kleinheisterkamp, J., *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009, New York, str. 341-347; Letterman, G., *UNIDROIT's Rules in Practice: Standard International Contracts and Applicable Rules*, Kluwer Law International, 2001, The Hague-London-Boston, str. 140-141.

⁷²⁶ Takvu argumentaciju iznosi Šoljan, sa pozivanjem na Bonella i Landa. Videti: Šoljan, V., *op. cit.*, str. 184.

klausule sadržane u OUP za koje se ne može pretpostaviti da su predmet saglasnosti ugovornih strana.⁷²⁷

Ovo pravilo polazi od faktičkog stanja da u realnosti mnogi subjekti mehanički upućuju na primenu sopstvenih OUP, te da po pravilu, niti čitaju OUP druge strane, niti razmišljaju o tome da li je druga strana pročitala njihove OUP, a neretko nisu ni svesni da postoji međusobni nesklad OUP saugovarača. Kao argument u prilog ovog stava, u literaturi se navodi istraživanje koje je u Sjedinjenim Američkim Državama sproveo profesor Daniel Keating (Washington University Law School) u kome su privredni subjekti ispitivani o postupanju sa OUP u praksi prilikom zaključenja ugovora. Rezultati ovog istraživanja su pokazali da većina ugovarača (i zaposlenih u tim kompanijama) nikada ne čita ili retko čita OUP (bez obzira na način kako su objavljeni i da li se nalaze sa druge strane ugovornog dokumenta), a polovina ispitanika je izjavila da veruje da ni druga strana nikada ne čita ili vrlo retko čita OUP saugovarača.⁷²⁸ Subjekti istraživanja smatraju da odluka ugovarača da se upozna (ili ne) sa sadržinom OUP druge strane, zavisi od niza faktora, pa je tako istraživanje konstatovalo sledeće pravilnosti u praksi privrednih subjekata: OUP čitaju češće kupci nego prodavci, posebno „novi“ kupci, a naročito ukoliko razmišljaju o dugoročnom poslovnom odnosu;⁷²⁹ OUP se čitaju ukoliko je u pitanju ugovor velike vrednosti, a činjenica da li ih subjekt čita ili ne zavisi jednim delom i od radnog mesta na kome je taj subjekt zaposlen u hijerarhiji kompanije, pri čemu ih češće čitaju oni na višem radnom mestu u hijerarhiji kompanije⁷³⁰. Iako se smatra da je verovatno najsigurniji pokazatelj da je druga strana zaista pročitala OUP saugovarača, situacija u kojoj se usprotivi (prigovori) nekoj odredbi sadržanoj u njima, istraživanje je pokazalo da se to u praksi retko dešava, a kada postoje primedbe na OUP, one se, zaključuje profesor Keating nakon sprovedenog istraživanja, najčešće odnose na garancije, pravna sredstva za neizvršenje ugovora i naknadu indirektno štete. Kada se prilikom zaključenja ugovora uputi ovakva primedba na OUP druge strane, unutrašnje procedure većine kompanija predviđaju zajednički rad ekonomskog i pravnog tima sa ciljem da

⁷²⁷ Šoljan, V., *ibidem*.

⁷²⁸ Videti detaljno: Keating, D., *Exploring the Battle of the Forms in Action*, Michigan Law Review, vol. 98, str. 35-40.

⁷²⁹ Neki ispitanici smatraju da pre velike kompanije (nego male) imaju zaposlene koji čitaju OUP. Videti: Keating, D., *op. cit.*, str. 39-40.

⁷³⁰ Keating, D., *op. cit.*, str. 41.

odrede značaj konkretne odredbe OUP u pitanju sa pravne tačke gledišta i ekonomski značaj očuvanja konkretnog posla.⁷³¹

Istraživanje prof. Keatinga je potvrdilo da je pitanje sukoba OUP veoma značajno pitanje u praksi za kompanije koje kupuju i prodaju robu⁷³², a nekoliko pravnika je, tokom istraživanja, ukazalo da je jedna od osnovnih stvari koje su naučili svoje kolege u kompaniji to da nikada ne prihvataju primenu OUP saugovarača bez prethodnog čitanja i konsultovanja pravne službe kompanije.⁷³³

Pored ovog istraživanja koje je dalo konkretne rezultate o nečitanju OUP, pravni pisci navode da i onda kada se OUP čitaju, većina subjekata, zbog razloga psihološke prirode, nastoji da prilikom zasnivanja poslovnog odnosa izbegne razvijanje sumnje u njegovo ispunjenje (na obostrano zadovoljstvo), kao i veruje da se većina problema može rešiti vanpravnim sredstvima, zbog čega nastavljaju sa zaključenjem ugovora uprkos nesaglasnosti OUP, bilo zbog odsutnosti svesti o posledicama nesklada, bilo zbog uverenja da su troškovi daljih pregovora o sadržini ugovora neproporcionalni koristima koje bi se ostvarile, zbog male verovatnoće budućeg spora i eventualnih pravnih posledica koje bi time nastale⁷³⁴.

Uprkos ovakvom stavu koji se sreće u pravnoj teoriji, smatram da je pitanje OUP, naročito zbog mogućih veoma nepovoljnih klauzula koje često sadrže, veoma važno, te da se ne treba rukovoditi navedenim razlozima psihološke prirode, već pre svega imati u vidu pravne posledice primene OUP na ugovorni odnos i rešenja koja su u njima sadržana.

Iako opisano pravilo međusobnog isključivanja suprotstavljenih odredbi OUP saugovarača i primene dispozitivnih pravnih normi merodavnog prava *prima facie* izgleda korektno i efikasno, njegova striktna primena u praksi može dovesti do apsurdnih situacija i osujetiti namere stranaka. Imajući u vidu činjenicu da OUP vrlo često sadrže arbitražnu klauzulu (jer je u savremenoj praksi međunarodne trgovine arbitražni put rešavanja sporova postao pravilo), Pilar Perales Viscasillas del Maria ukazuje na nedostatak ovog pristupa u situaciji kada OUP svake od strana upućuju na nadležnost različitih institucionalnih arbitraža (različite arbitražne klauzule), jer se primenom ove teorije, te klauzule međusobno isključuju, pa ukoliko se naknadno ne bi postigao sporazum o arbitraži, spor bi se morao rešavati pred sudom neke države, iako su obe strane ugovornice želele arbitražu, što se već dogodilo u slučaju *Lea Tai Textile Co. v. Manning Fabrics*, koji

⁷³¹ Tako: Keating, D., *op. cit.*, str. 40.

⁷³² Videti: Keating, D., *op. cit.*, str. 28.

⁷³³ Keating, D., *op. cit.*, str. 41.

⁷³⁴ Videti: Šoljan, V., *op. cit.*, str. 185.

je rešen pred sudom SAD⁷³⁵. Isti autor ukazuje na sličan nedostatak ove teorije na primeru kada se ugovorne garancije sadržane u OUP saugovarača zbog međusobne nesaglasnosti, primenom pravila međusobnog isključivanja, međusobno isključuju, što dovodi do primene zakonske garancije, uprkos nameri ugovarača da ovo pitanje regulišu ugovorom, na osnovu čega Del Pilar zaključuje da se neutralno⁷³⁶ pravilo *knock-out rule* nekada pokazuje kao fer, a nekada ne, zbog čega smatra da ovi primeri pokazuju da teorija poslednje reči može imati prednosti nad pravilom međusobnog isključivanja, posebno što skreće pažnju potencijalnim ugovaračima da unapred reše pitanje konkurencije OUP⁷³⁷.

Kako bi se izbegle nepovoljne posledice primene ovog pravila za pojedinačnog subjekta, tj. u cilju da se izbegne zaključenje ugovora u koji nisu u celosti uključeni OUP ugovarača kome je odlučujuće važno da njegovi OUP u celini postanu sastavni deo ugovora, pravna teorija je odgovor ponudila u navođenju klauzule kojom subjekt predviđa da bilo kakvo odstupanje od njegovih OUP ne proizvodi dejstvo ako nije potvrđeno u pisanom obliku, kao i da subjekt treba unapred da izjavi da se ne smatra vezanim ugovorom u kome njegovi OUP nisu u celosti uključeni⁷³⁸.

11.6. Teorija činidbe tipične za ugovor

Po teoriji činidbe tipične za ugovor, merodavni su opšti uslovi poslovanja onog ugovornika koji se obavezao na karakterističnu prestaciju, tj. na činidbu koja je tipična za odnosni ugovor.⁷³⁹

11.7. Pravično rešenje (pravilo „najbolje“ reči)

Ovaj pristup rešenju problema konkurencije OUP saugovarača, u pravnoj teoriji je izneo profesor Victor Goldberg⁷⁴⁰, koji je u svojim radovima⁷⁴¹ predložio rešenje koje

⁷³⁵ Videti detaljno: Del Pilar, P. V. M., *“Battle of the Forms” Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles*, str. 16, dostupno na: http://www.jus.uio.no/pace/battle_of_forms_under_cisg_comparison_with_ucc_2-207_and_upicc._perales_viscasillas/landscape.pdf, 10. juna 2016.

⁷³⁶ Neutralnim se smatra, jer u slučaju međusobnog nesklada ne dozvoljava primenu OUP samo jednog ugovarača.

⁷³⁷ Del Pilar, P. V. M., *ibidem*.

⁷³⁸ Takvo rešenje nudi Šoljan. Videti: Šoljan, V., *op. cit.*, str. 185.

⁷³⁹ Videti, sa daljim upućivanjem na nemačku literaturu: Radišić, J., *Obligaciono pravo Opšti deo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 106.

sadrži dva stava (retko povezana sa ekonomistima): pravičnost i zlatno pravilo („postupaj prema drugima kao što bi želeo da drugi postupaju prema tebi“⁷⁴²). Profesor Goldberg je predložio da sud, prilikom tumačenja ugovora sa protivurečnim OUP saugovarača, treba da bira one OUP koji su pravičniji da urede ugovorni odnos.⁷⁴³ Primenom ovog predloženog rešenja, kada se suočava sa dva neusaglašena teksta OUP, sud treba da izabere samo jedne OUP za uređenje celokupne date poslovne operacije. Na pitanje koje od dva teksta OUP saugovarača, profesor Goldberg odgovara da to treba da budu OUP koje sud vidi kao pravičnije - one koji su bliži „centru“, čime sud ne traži ni prvu, ni poslednju reč, već „najbolju reč“ (Best-Shot rule)⁷⁴⁴.

S obzirom da primena ovog pravila dovodi do toga da strana koja formuliše rešenja u OUP previše u svoju korist, rizikuje da se njeni OUP u potpunosti zanemare, autor ovaj pristup naziva i „sve ili ništa“ (the all-or-nothing approach), dodajući da ovaj pristup daje podsticaj obema stranama da odredbe u svojim OUP kreiraju više ka „centru“⁷⁴⁵. Svestan da operacionalizacija, tj. utvrđivanje pravičnosti⁷⁴⁶ nije lak zadatak, profesor Goldberg smatra da je jedan od dokaza pravičnosti ponašanje strana. Konkretno, s obzirom da su privredni subjekti najčešće i u ulozi kupca i u ulozi prodavca, ovaj autor iznosi stav da OUP koje subjekti koriste i kada su na drugoj strani poslovne operacije, treba uzeti kao dokaz onoga što je za njih pošteno, pravično, tj. fer.⁷⁴⁷ Tako, na primer, ako OUP predviđaju oslobođenje od odgovornosti kada je privredni subjekt u položaju prodavca, a isti subjekt odbija primenu takvih klauzula kada je u položaju kupca, onda se OUP ovog privrednog subjekta neće primeniti, već takvo ponašanje vodi primeni OUP druge strane.⁷⁴⁸ Zlatno pravilo dakle zahteva da stranke u nekom (sudskom ili arbitražnom) postupku obrazlože odstupanje između OUP koji su predmet konkretnog spora i onih koje bi koristio taj ugovarač da je na suprotnoj (drugoj) strani transakcije (poslovne operacije)⁷⁴⁹.

⁷⁴⁰ Columbia Law School.

⁷⁴¹ Videti: Goldberg, V., *The 'Battle of the Forms': Fairness, Efficiency, and the Best Shot Rule*, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=10366>, pristup 07. jula 2016. god.

⁷⁴² Goldberg, V., *Framing contract law: an economic perspective*, Harvard University Press, 2006, str. 189.

⁷⁴³ *Ibidem*.

⁷⁴⁴ Goldberg, V., *op. cit.*, str. 196.

⁷⁴⁵ *Ibidem*.

⁷⁴⁶ Ovde ne treba zaboraviti da su moguća različita shvatanja pojma pravičnosti.

⁷⁴⁷ Videti: Goldberg, V., *op. cit.*, str. 196.

⁷⁴⁸ Goldberg, V., *op. cit.*, str. 196-197.

⁷⁴⁹ Goldberg, V., *op. cit.*, str. 197.

Ovaj pravni pisac je i sam svestan da primena predloženog „zlatnog pravila“ pokazuje brojne poteškoće u praksi, počev od realne situacije u kojoj jedan privredni subjekt, po pravilu, ima veliki broj različitih porudžbenica (sa različitim OUP kupaca), pa se otvara pitanje koje OUP izabrati primenom zlatnog pravila, odnosno da li da sud gleda najčešće korišćene OUP i da li po broju transakcija ili po vrednosti transakcija koju regulišu, zbog čega se na prvi pogled čini da bi primena ovog pravila bila skuplja za parnicu i da će dati manje pouzdan i izvestan rezultat⁷⁵⁰. Zbog toga, profesor Goldberg i sam ispravno konstatuje da je pravilo međusobnog isključivanja (knock-out rule) više predvidivo, jer je jasno: kada su OUP u sukobu, direktno primeniti zakonska pravila, što nosi veću sigurnost u poređenju sa testom pravičnosti kada je u pitanju pravilo „najbolje“ reči (best-shot rule)⁷⁵¹.

Uprkos navedenim zamerkama, koje nisu bez osnova, čini se da bi ovaj pristup rešenju problema konkurencije OUP saugovarača mogao biti primenjen kada se sporovi iz međunarodnog trgovinskog prava rešavaju pred arbitražom po pravičnosti, tj. u situaciji kada je arbitraža izričito ovlašćena da odluči „po pravičnosti“ (odlučivanje *ex aequo et bono*⁷⁵²). To se čini logičnim, jer se ovo rešenje konkurencije OUP saugovarača suštinski temelji na pravičnosti i poštovanju starog pravnog principa *bona fides*⁷⁵³ o savesnosti i poštenju, kao što se i pristalice arbitraže po pravičnosti pozivaju na Justinijanovu misao da se u svemu, a najviše u pravu, mora voditi računa o pravičnosti (D. 50.17.90: *In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.*^{754,755}).

S obzirom da strane moraju izričito zahtevati, tj. ugovoriti arbitražu po pravičnosti (bilo da to čine kompromisornom klauzulom, kompromisom ili naknadnom saglasnošću u

⁷⁵⁰ Detaljnije: Goldberg, V., *op. cit.*, str. 197.

⁷⁵¹ Detaljnije: Goldberg, V., *op. cit.*, str. 198-200.

⁷⁵² Arbitraža po pravičnosti se u stručnoj literaturi sreće i pod nazivima: *amiable composition, nach Billigkeit, en équité*, arbitraža *de facto*, a pojedini pravni pisci pominju da se u ovim slučajevima primenjuje *lex arbitri*, koji se ne zasniva na pravu, već na osećaju pravičnosti i fer procenjivanju arbitara. O tome i o pitanjima koja se otvaraju u vezi sa arbitražom po pravičnosti, videti: Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje pravnika Jugoslavije, Beograd, 2000, str. 110-114.

⁷⁵³ Videti: Stanojević, O., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za publikacije i Dosije, Beograd, 1998, str. 269-270; *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1979, odrednica *Bona fides*, str. 107.

⁷⁵⁴ Danilović, J., Stanojević, O., *Tekstovi iz rimskog prava: praktikum za vežbe*, Službeni list SRJ, Beograd, 1996, str. 137.

⁷⁵⁵ Premda se u pravnoj literaturi, ne samo za arbitražu po pravičnosti, već za arbitražu kao takvu u celini navodi citat da je arbitraža izreka dobrog (poštenog, uglednog) čoveka, o onome što je pravo i dobro (D. 17.2.76: *Arbitrum est iudicium boni viri, secundum aequum et bonum.*).

toku arbitražnog postupka⁷⁵⁶), a imajući u vidu dosadašnju praksu rešavanja sporova iz međunarodnog trgovinskog prava, može se reći da primenu ovog pristupa u praksi ne treba često očekivati, s obzirom da je arbitraža po pravičnosti, iako pravno posebno zanimljiva⁷⁵⁷, u praksi retka i predstavlja izuzetak.

11.8. Rešenja u nadsudnacionalnim izvorima ugovornog prava

Kada je reč o **Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe**, *prima facie* se može se reći da ona posebno ne uređuje pitanje opštih uslova poslovanja. Ono što se sa sigurnošću može zaključiti jeste da Bečka konvencija to ne čini direktno, tj. eksplicitno i ne pod terminom OUP. Međutim, detaljnija analiza relevantnih odredbi drugog dela Konvencije, koje se odnose na zaključenja ugovora, odnosno čl. 14-18. koji uređuju ponudu, a posebno člana 19. pokazuje da se rešenje nalazi u odgovoru na pitanje mogućih razlika između ponude i prihvata. Tako, po Konvenciji, odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje, a koji sadrži dodatke, ograničenja ili druge izmene jeste odbijanje ponude i predstavlja obratnu ponudu.⁷⁵⁸ Polazeći od člana 19. Konvencije jasno je da prihvrat ponude može imati dodatke u odnosu na ponudu i da dovede do zaključenja

⁷⁵⁶ Tako: Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje pravnika Jugoslavije, Beograd, 2000, str. 112, dodajući da ovu arbitražu više praktikuju zemlje kontinentalnog prava, dok je ona retka u anglosaksonskom pravnom sistemu.

⁷⁵⁷ O arbitraži po pravičnosti u pravnoj nauci postoje oprečna mišljenja. Zbog većeg stepena fleksibilnosti u radu, pristalice ove arbitraže ističu da je upravo ona adekvatan odgovor na pravne izazove, potrebe i zahteve savremene međunarodne trgovine, posebno zbog činjenice da se odgovori na specifične probleme ne mogu (ili teško mogu) uvek naći u međunarodnim konvencijama ili nacionalnom zakonodavstvu, dok joj protivnici zameraju da stvara opštu nesigurnost, kao i da otvara mogućnosti zloupotrebe ovlašćenja stranaka i njihove autonomije volje. S obzirom da Velika Britanija ne prihvata ovu arbitražu, zanimljivim se čini navesti obrazloženje suda ove države: „Pravna politika ove zemlje je da arbitri u toku arbitraža moraju da primenjuju utvrđen i prepoznatljiv sistem prava...a ne da koriste različite kriterijume, kao što je stav individualnog arbitra ili umpire-a o apstraktnoj pravdi ili pravičnim principima...” – *Orion Compania Espanola de Seguros v. Belfort Maatschappij Voor Algemeine Verzekeringen* (1962) 2 Lloyd’s Rep. 257, 264 i *Eagle Star Insurance Co. Ltd. v. Yuval Insurance Co. Ltd.* (1978) 1 Lloyd’s Rep. 357, navedeno prema: Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, str. 112. U vezi sa mogućim različitim shvatanjima pojma pravičnosti i širih pitanja – da li je pravičnost uopšte pravna kategorija i kako je treba shvatiti u teorijskom, a naročito u praktičnom smislu, profesor Trajković odgovara da „nije reč o neodređenoj ili apstraktnoj pravičnosti, koja bi mogla da se pretvori u samovolju i improvizaciju, već o poštovanju pravila međunarodnog trgovinskog prava i *Lex mercatoria*, kao skupa međunarodnih trgovinskih običaja, brojnih pravnih standarda, praktičnih uzusa i drugih elemenata.” - Tako: Trajković, M., *op. cit.*, str. 113, sa daljim upućivanjem na izlaganje specijalnog izvestioca UNCITRAL-a J. Nestora o suđenju arbitra *ex aequo et bono*, *UN Common International Trade Law Yearbook*, vol. III, 1972, str. 242, koji ističe da: „arbitraža po pravičnosti ne znači da odluka počiva na praktičnim obzirima, jer pravičnost nije izvan područja prava.”

⁷⁵⁸ Član 19. stav 1. Zakona o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe („Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, broj 10-1/84).

ugovora, ali to mogu biti samo dodaci koji ne menjaju suštinski uslove ponude. Tačnije, odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje ali koji sadrži dopunske ili različite uslove koji suštinski ne menjaju uslove ponude predstavlja prihvatanje, izuzev ako ponudilac bez neopravdanog odlaganja stavi usmeno prigovor na razlike ili pošalje obaveštenje u tom smislu. Ako on tako ne postupi, ugovor je zaključen prema sadržini ponude sa izmenama koje se nalaze u prihvatanju.⁷⁵⁹ Ovde se postavlja logično pitanje kako razlikovati i razgraničiti uslove koji suštinski menjaju uslove ponude od onih koji ih ne menjaju suštinski. Odgovor na ovo pitanje je sadržan u stavu 3. koji bliže određuje i navodi elemente ugovora čija se izmena smatra suštinskim menjanjem uslova ponude, iako se može uočiti da su ti elementi značajno širi od onih koji se tradicionalno smatraju bitnim elementima ugovora (kao što su predmet i cena). Tako, prema samoj Konvenciji, dopunski ili različiti uslovi koji se odnose, pored ostalog, na cenu, plaćanje, kvalitet i količinu robe, mesto i vreme isporuke, obim odgovornosti jedne ugovorne strane u odnosu na drugu ili na rešavanje sporova, smatraće se da suštinski menjaju uslove ponude.⁷⁶⁰ Imajući u vidu da opšti uslovi poslovanja, po pravilu, sadrže upravo odredbe o obimu odgovornosti i rešavanju sporova, a neretko i odredbe koje se odnose na plaćanje, mesto i vreme isporuke, čini se da će u praksi prihvatanje ponude koji se poziva odnosno uključuje opšte uslove poslovanja te strane koja odgovara na ponudu biti smatran (prema rešenju Konvencije) suštinskom izmenom uslova ponude, te neće predstavljati prihvatanje, već protivponudu.

Iako rešenje sadržano u članu 19. Konvencije daje mogućnost da formalno-pravno gledano nema ugovora, iako se obe strane faktički ponašaju kao da je zaključen i optočnu sa ispunjenjem obaveza, Živković ukazuje da doktrina i sudska praksa nalaze načina da, koliko je to moguće, ublaže strogost i ne primenjuju tekst Bečke konvencije mehanički, već da će sud nastojati, posebno kada strane započinjanjem ispunjenja potvrde da ugovor postoji uprkos varijacijama u prihvatu, da zaključi da ugovor nastaje, bilo posredstvom prihvata koji sadrži nebitnu varijaciju, bilo kao prihvaćena protivponuda, te da ovakvo ponašanje sudova (i arbitraža) pokazuje da postoji tendencija elastičnije primene prava u

⁷⁵⁹ Član 19. stav 2. Bečke konvencije.

⁷⁶⁰ Član 19. stav 3. Bečke konvencije. Zbog ovakve formulacije, Farnsworth napominje da mu je teško da zamisli izmene koje neće biti suštinske. Videti: Živković, M., *op. cit.*, str. 126-127, koji ukazuje da mnogi autori smatraju da je primena ovog člana na bitku formulara nepodesna, zalažući se za drugačije rešenje. Konkretno, Vergne smatra bitku formulara „nerešenim problemom” u analizi člana 19.; Schlechtriem koji bitku formulara svrstava u „otvorena pitanja”, sa žaljenjem konstatuje da je odbijen predlog Belgije da se to pitanje posebno uredi. Viskasiljas je uočio tri različita moguća pristupa bitki formulara prema Konvenciji: jedan je da je ovo pitanje van domena Konvencije pa se rešava po merodavnom nacionalnom pravu, drugi je da se ovo pitanje ima rešiti uzimajući u obzir opšte principe na kojima se Konvencija zasniva, i treći je da treba primeniti član 19. – Živković, M., *op. cit.*, str. 127, fusnota 359.

pravcu priznavanja namere strana i opstanka ugovora čak i kada su pravila koja se primenjuju prilično tvrda i stroga.⁷⁶¹

Zanimljivo je da je, osim što dominira u engleskom pravu, pravilo poslednje reči (*the last-shot rule*) preovlađujuće rešenje za ugovore na koje se primenjuje Bečka konvencija, a u kojima se postavlja pitanje konkurencije OUP saugovarača. Primena se, kao i u engleskom pravu, zasniva na činjenici da se problem konkurencije OUP saugovarača rešava primenom opštih pravila o ponudi i prihvatu, koja su u Bečkoj konvenciji ista kao i u engleskom pravu.⁷⁶² Treba reći da i je prilikom pripreme teksta Bečke konvencije upravo ovaj član 19. bio jedan od četiri glavna pitanja po kojima su (tada) socijalističke države imale različita pravna rešenja, te su se razmimoilaženja u pogledu rešenja koja sadrže pravni sistemi Zapada i Istoka pojavila već na sastancima Radne grupe UNCITRAL-a. Suprotstavljeni stavovi su bili najizraženiji tokom pripreme XI sednice UNCITRAL-a u proleće 1978. godine, kada su Čehoslovačka, Jugoslavija i Demokratska Republika Nemačka ukazale da, iako nacrt Konvencije predstavlja dobru osnovu za predlog koji bi mogao da rezultira uniformnim izvorom prava, žele da istaknu posebnu zabrinutost u pogledu sledećeg: (a) da odgovor na ponudu koji sadrži dopunske ili različite uslove ne bi trebalo nikada shvatiti kao prihvati i da strane treba da postignu saglasnost o svim pitanjima o kojima se ugovor zaključuje; (b) da je formulacija „suštinsko

⁷⁶¹ Tako Živković navodi slučaj iz Holandije *ICT GmbH v. Princen Automatisering* u kojem su obe strane koristile standardizovane opšte uslove ugovora, a situacija je rešena zahvaljujući prodavčevoj izjavi prema kojoj se njegovi opšti uslovi primenjuju samo kad suprotno nije predviđeno opštim uslovima (pisanoj potvrdi) kupca, pa je tako sitno odštampana odredba kupčevih opštih uslova o međunarodnoj nadležnosti bila sastavni deo ugovora, a kao posebno zanimljivo u ovom slučaju ističe to da je izjava prodavca dovela do toga da se primenjuje tzv. „pravilo prvog hica” (*first shot rule*), inače najređe zagovaran mogući odgovor na pitanje sadržine ugovora u situaciji bitke formulara, dodajući da možda za ovakav ishod nije bez značaja član 6:225 Građanskog zakonika Holandije, koji propisuje upravo pravilo prvog hica za bitku formulara. U nastavku Živković navodi dve nemačke odluke koje su rešile tipične slučajeve bitke formulara nalazeći da razlike u korišćenim opštim uslovima nisu sprečile nastanak ugovora, uz primenu tzv. *knock-out-rule* u vezi sa određivanjem sadržine ugovora. Konkretno, u prvom slučaju je bila reč o međusobno suprotstavljenim odredbama o merodavnom pravu, a sud je zaključio da su strane, otpočevši ispunjenje uprkos neusaglašenim formularima u pogledu te odredbe, zapravo prećutno derogirale član 19. stav 1. pristajući na to da ugovor čine dogovorene odredbe i odredbe opštih uslova koje se međusobno ne isključuju, dok se međusobno suprotstavljene odredbe isključuju. U drugom slučaju, sud je zauzeo isti stav – delimična nesaglasnost opštih uslova ne sprečava nastanak ugovora pošto njegovo izvršenje čini izmene iz prihvata nebitnim, a u pogledu sadržine treba se držati dogovorenih odredbi i međusobno uskladivih odredaba opštih uslova, dok suprotstavljene odredbe opštih uslova ne čine deo ugovora. - Živković, M., *op. cit.*, str. 130-131.

⁷⁶² Rühl, G., *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observation*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Spring 2003, str. 196.

menjanje“ suviše nejasna i (c) da nacrt ne razmatra pitanje tipskih ugovora i konkurencije opštih uslova poslovanja.⁷⁶³

Za razliku od Bečke konvencije, koja kao i većina nacionalnih pravnih sistema, na ovo pitanje primenjuje opšta pravila o ponudi i prihvatu, Načela evropskog ugovornog prava i UNIDROIT Principi međunarodnih trgovinskih ugovora sadrže posebne odredbe koje su namenjene rešavaju problema konkurencije opštih uslova poslovanja saugovarača.

Značajan iskorak u pravnom uređenju zaključenja ugovora primenom opštih uslova poslovanja učinjen je u Načelima evropskog ugovornog prava. Naime, **Načela Evropskog ugovornog prava** sadrže posebna rešenja za situacije u kojima postoje razlike u opštim uslovima. Prema članu 2: 209 stav 1. Načela, ako su ugovorne strane postigle saglasnost, osim utoliko što se u ponudi i u prihvatu ponude svaka od njih poziva na drugačije opšte uslove ugovora, smatra se da je ugovor zaključen. Međutim, u stavu 2. ovog člana, Načela predviđaju da ugovor ne nastaje ako je jedna strana:

- (a) unapred izričito, a ne putem opštih uslova, izjavila da se neće smatrati obavezanom ugovorom zaključenim na osnovu stava (1); ili
- (b) bez odlaganja obavesti drugu stranu da se neće smatrati obavezanom takvim ugovorom.⁷⁶⁴

Načela u stavu 3. ovog člana definišu pojam opštih uslova, tako što propisuju da su opšti uslovi ugovora uslovi koji su unapred sastavljeni za neodređeni broj ugovora određene vrste, i o kojima ugovorne strane nisu pojedinačno pregovarale.⁷⁶⁵ Iako je definisanje pojmova koji se koriste u svakom tekstu, pa i zakonskom, bez sumnje izuzetno važno i korisno, čini se da je, u pogledu sistematizacije, definisanje ovog pojma trebalo učiniti ranije na mestu gde se on prvi put pominje, a to je kod člana 2:104 koji uređuje uslove o kojima se nije pojedinačno pregovaralo ili na samom početku kako je to nomotehnički i uobičajeno⁷⁶⁶.

⁷⁶³ Detaljnije videti: Vergne, F., *The "Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, The American Journal of Comparative Law, vol. 33, No. 2 (Spring), Oxford University Press, 1985, str. 233-258. Sveobuhvatnije o razlikama u predlozima pravnih rešenja socijalističkih i zapadnih zemalja tokom izrade teksta Bečke konvencije: Eörsi, G., *A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, American Journal of Comparative Law 31, 1983, str. 333-356.

⁷⁶⁴ Član 2:209 st. 1-2. Načela evropskog ugovornog prava.

⁷⁶⁵ Član 2:209 stav 3. Načela evropskog ugovornog prava.

⁷⁶⁶ U našoj zemlji se, na primer, definisanje zakonskih pojmova vrši na početku propisa u tzv. uvodnom delu. Prema članu 7. Jedinstvenih metodoloških pravila za izradu propisa („Sl. glasnik RS”, broj 21/2010),

UNIDROIT Principi međunarodnih trgovinskih ugovora sadrže posebnu odredbu koja se odnosi na pitanje konkurencije opštih uslova poslovanja saugovarača. Tako, prema članu 2.1.22. UNIDROIT Principa, kada obe strane koriste svoje opšte uslove i postignu sporazum o svemu osim oko opštih uslova, ugovor je zaključen na osnovu odredaba koje su dogovorene i onih klauzula opštih uslova koje su u suštini zajedničke, osim ukoliko jedna strana ne obavesti jasno unapred ili naknadno, ali bez neosnovanog odlaganja, drugu stranu da nema nameru da bude vezana takvim ugovorom.⁷⁶⁷ Zvanični komentar UNIDROIT-a uz ovaj član pokazuje da su tvorci želeli da posebnom odredbom spreče primenu opštih pravila o ponudi i prihvatu na ovu situaciju, jer bi to vodilo ili pravnoj konstataciji da ugovora nema (s obzirom na to da bi se izmenjeni prihvati u skladu sa odredbom člana 2.1.11. smatrao kao protivponuda⁷⁶⁸) ili bi strane počele sa izvršenjem bez međusobnog prigovaranja na OUP druge strane, te bi se smatralo da je ugovor zaključen uključivanjem opštih uslova koji su poslednji odaslati ili na koje je poslednje upućeno (pravilo „poslednje reči“ – *the last shot*)⁷⁶⁹ U Komentaru se u nastavku objašnjava da je pravilo „poslednje reči“ možda odgovarajuće ako su strane jasno naznačile da je primena njihovih OUP bitan uslov zaključenja ugovora, ali da, sa druge strane, u praksi strane najčešće upućuju na sopstvene OUP manje-više po automatizmu, na primer, razmenom odštampanih porudžbenica i potvrda porudžbine sa njihovim OUP odštampanim na poleđini, pri čemu po pravilu neće biti čak ni svesni sukoba među njihovim opštim uslovima poslovanja. U ovakvim slučajevima, navodi se u zvaničnom komentaru uz ovaj član, nema razloga dozvoliti stranama da naknadno postavljaju pitanje postojanja ugovora ili, ako je izvršenje već nastupilo da insistiraju na primeni OUP koji su poslednji poslani ili na koje je poslednje upućeno. Zato ovaj član predviđa, uprkos opštim pravilima o ponudi i prihvatu, da ako su strane postigle sporazum osim o svojim OUP, da je ugovor zaključen na bazi dogovorenih odredaba i onih klauzula opštih uslova koje su u

definicija je deo uvodnog dela propisa koji se nalazi posle predmeta uređivanja, a sadrži objašnjenje značenja pojedinih pojmova koji se koriste u propisu.

⁷⁶⁷ Član 2.1.22. UNIDROIT Principa međunarodnih trgovačkih ugovora. Videti i: Vogenauer, S., Kleinheisterkamp, J. (ur.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009, New York, str. 341-347.

⁷⁶⁸ Član 2.1.11. UNIDROIT Principa predviđa da odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje, ali sadrži dodatke, ograničenja ili druge modifikacije predstavlja odbijanje ponude i kontraponudu. Međutim, odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje, ali sadrži dodatne ili drugačije uslove koji ne menjaju suštinski uslove ponude, smatra prihvatom, osim ukoliko se ponuđač bez odlaganja usprotivi razlici. Ukoliko se ponuđač ne usprotivi, ugovor je zaključen prema uslovima ponude sa izmenama sadržanim u prihvatu.

⁷⁶⁹ International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, (dostupni i na: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>), str. 73.

suštini zajedničke (teorija delimične nesaglasnosti, tj. pravilo međusobnog isključivanja – „knock-out“ doktrina).⁷⁷⁰ Ilustracija 1 uz ovaj član navodi situaciju u kojoj lice A naručuje mašinu od lica B navodeći tip mašine, cenu i način plaćanja, kao i vreme i mesto isporuke. A koristi obrazac porudžbenice na čijoj su poleđini odštampani njegovi Opšti uslovi kupovine. Lice B prihvata, šaljući obrazac potvrde porudžbine, na čijoj su poleđini odštampani njegovi Opšti uslovi prodaje. Lice A naknadno traži povlačenje iz dogovora tvrdeći da ugovor nije zaključen jer nije postignut sporazum o tome čiji će opšti uslovi poslovanja biti primenjeni. Kako su strane, svakako postigle sporazum o bitnim elementima ugovora, ugovor je zaključen prema tim elementima i prema onim odredbama opštih uslova poslovanja koje su suštinski zajedničke.⁷⁷¹ U Komentaru se u nastavku pojašnjava da strane uvek mogu da isključe primenu teorije delimične nesaglasnosti („knock-out“ doktrine) ako jasno obaveste unapred ili naknadno, bez neosnovanog odlaganja, da nemaju nameru da budu vezane ugovorom u koji nije uključena primena njihovih opštih uslova poslovanja. Kada će u praksi biti dovoljno „jasno“ obaveštenje ne može se reći apsolutno precizno, ali uključivanje ovakve vrste klauzule u OUP neće po pravilu biti dovoljno, jer je neophodna posebna izjava strane kojoj je upućena ponuda ili prihvata. U ilustraciji 2 se u Komentaru navodi da u slučaju istih činjenica iz ilustracije 1, osim što lice A tvrdi da je ugovor zaključen primenom njegovih OUP jer oni sadrže klauzulu koja glasi: „Odstupanje od opštih uslova poslovanja ove strane prihvatanjem narudžbenice nije punovažno ako nije pisanim putem potvrđeno sa naše strane.“ Rezultat će biti isti kao u ilustraciji 1, jer prosto uključivanje ovakve klauzule u opšte uslove poslovanja lica A ne pokazuje dovoljnu jasnoću da bi se zaključilo da je ugovor zaključen samo prema njegovim OUP. Ilustracija 3 polazi od istih činjenica kao u ilustraciji 1, osim što posebne odredbe ponude lica A sadrže izjavu da lice A namerava da ugovor zaključi isključivo uz primenu sopstvenih OUP. Sama činjenica da lice B dodaje sopstvene OUP u svom prihvatu ne sprečava zaključenje ugovora primenom opštih uslova poslovanja lica A.⁷⁷²

Čini se da su UNIDROIT principi ne samo posebno rešili pitanje konkurencije opštih uslova poslovanja opravdanim odstupanjem od primene opštih pravila o ponudi i prihvatu, nego da su i odabirom teorije delimične nesaglasnosti i davanjem odgovora na

⁷⁷⁰ *Ibidem.*

⁷⁷¹ *Ibidem.*

⁷⁷² International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 74.

odbrambene klauzule sadržane u OUP adekvatno⁷⁷³ i sveobuhvatno rešili pitanja u vezi sa OUP, što bi moglo da posluži kao inspiracija mnogim nacionalnim zakonodavcima, među kojima i našem, budući da domaće pravo ne rešava izričito ovaj problem.⁷⁷⁴ Kada je reč o nacionalnom nivou, zanimljivo je da se različiti pristupi u rešavanju ovog problema mogu uočiti i kroz oprečne stavove koji su zauzimani u nemačkoj sudskoj praksi. Konkretno, najpre je Savezni vrhovni sud Nemačke (Bundesgerichtshof - BGH) zauzeo stanovište da je u bici formulara pobedio ponudilac koji je izričito predvideo da će opšti uslovi ponuđenog važiti samo ako ih on prihvati u pisanoj formi, te je formulacija iz prihvata („u ostalom važe naši opšti uslovi prodaje i isporuke“) ostala bez dejstva, jer je sud smatrao da je, s obzirom na okolnosti, ponuđeni morao jasno i nesumnjivo izraziti svoje nepristajanje na opšte uslove ponudioca.⁷⁷⁵ U jednom drugom slučaju je isti sud zauzeo suprotan stav, za koji se smatra da je pravilnija eksplikacija pravila § 150 II BGB-a, te je češće zastupan i u kasnijim sudskim odlukama: da je ugovor zaključen pod uslovima iz prihvata – iako je ponuda sadržala upućivanje na opšte uslove ponudioca, uz ogradu da će opšti uslovi ponuđenog važiti samo ako su izričito pismeno prihvaćeni, s obrazloženjem da je ponuđeni jasno stavio do znanja da prihvata čini samo pod svojim opštim uslovima, a ponudilac nije tome prigovorio već je primio delimičnu isporuku i izvršio delimično plaćanje.⁷⁷⁶ Međutim, Savezni vrhovni sud Nemačke (BGH) je zauzeo i treće stanovište, prema kome odredbe opštih uslova strana koje su međusobno suprotstavljene ne mogu postati deo ugovora upravo zbog međusobne nesaglasnosti, pa se ugovor smatra zaključenim u pogledu onoga o čemu postoji sporazum, a u pogledu ostalog ga treba dopuniti

⁷⁷³ Delimično suprotno stanovište iznosi Živković, koji zamera delu člana 2.1.22. UNIDROIT Principa što omogućava jednoj strani da naknadnom izjavom datom bez odlaganja spreči nastanak ugovora iako neslaganje postoji samo u vezi s opštim uslovima, te smatra da je mogućnost prigovora ovde manje opravdana, jer bi onemogućavanje jedne strane da insistira na sadržini svoje ponude bilo ničim opravdano ograničenje autonomije volje, pošto ovde nema mogućnosti da prigovor dovede do nastanka ugovora prema opštim uslovima ponudioca jer je verovatnije da ponuđeni to ne želi. Živković navodi da je možda ponuđenom trebalo ostaviti mogućnost da u slučaju prigovora prihvati uslove ponudioca i time održi ugovor na snazi. Videti: Živković, M., *op. cit.*, str. 143.

⁷⁷⁴ U pogledu bitke formulara, navodi M. Živković, valja prvo naglasiti da ona u našoj praksi ne postoji, pošto nema objavljenih sudskih odluka niti napisa o tom problemu. – Živković, M., *op. cit.*, str. 205.

⁷⁷⁵ Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 49, koji ističe da iako strogo poštovanje pravila iz § 150 II BGB-a dovodi do toga da se u takvom slučaju smatra da ugovor nije nastao, pošto ponuđeni, upućivanjem na svoje opšte uslove, zapravo čini prihvata s odstupanjima od ponude; dakle, odbija ponudu i čini protivponudu – sa druge strane, ukoliko ponudilac u svojoj ponudi istakne da će opšti uslovi ponuđenog važiti samo ako ih on pismeno potvrdi, upućivanje prihvata na opšte uslove ponuđenog ostaje bez dejstva.

⁷⁷⁶ Živković, M., *op. cit.*, str. 49, sa daljim upućivanjem na: Flume, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2. Band: *Das Rechtsgeschäft*, 3. Auflage, Berlin-New York, 1979, str. 674.

dispozitivnim pravom.⁷⁷⁷ M. Živković navodi da je teorija prilično jednoglasna u stavu da poslednji pristup (prema kojem međusobno protivrečne odredbe opštih uslova ne mogu tvoriti deo ugovora već namesto njih dolaze dispozitivne odredbe) najviše odgovara realnosti (pošto nijedna strana zapravo ne čini nastanak ugovora zavisnim od postizanja saglasnosti o tim tačkama), te da se istorijski ovo shvatanje pripisuje Rajzeru (Raiser) koji je u svom delu „Pravo opštih uslova poslovanja“ (*Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) iz 1935. godine predložio da se umesto protivrečnih odredaba opštih uslova primene dispozitivne zakonske odredbe, ukoliko postoji saglasnost strana o onome što je suština.⁷⁷⁸

Treba pomenuti i da je problem konkurencije OUP saugovarača naročito prisutan kod međunarodne špedicije, jer su ovoj oblasti (ponajviše usled nepostojanja međunarodne

⁷⁷⁷ Živković, M., *op. cit.*, str. 50.

⁷⁷⁸ M. Živković (uz pozivanje na: Schlechtriem, P., *Die Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsschluß*, u: *Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Eduard Wahl, Heidelberg, 1973*, str. 71-76 i dalje) prenosi da je zanimljiv i način na koji se ovo rešenje, koje zapravo mnogo više nalikuje rešenju koje u švajcarskom i francuskom pravu važi uopšte za slučaj prihvata s odstupanjima, obrazlaže u nemačkom pravu, te da najtemeljnije obrazloženje daje Šlehtim, koji polazi od toga da je pretpostavka primene § 150 (o prihvatu s odstupanjima) i § 151 (o prećutnom prihvatu, ovde protivponude u smislu prethodnog paragrafa) izostanak zaključenja ugovora, što kod suprotstavljenih opštih uslova zapravo nije slučaj. Šlehtim dalje kaže da sprečavanje nastanka ugovora usled delimičnog nesporazuma zavisi od značaja koje takvom nesporazumu pridaju ugovornici, pri čemu saglasnost o *essentialia negotii* može biti dovoljna za nastanak ugovora uprkos razlikama u unapred formulisanim klauzulama. U slučaju otvorene nesaglasnosti ugovor ne mora propasti, jer je moguće da strane sasvim jasno žele da ugovor važi uprkos nesaglasnosti u vezi s objektivno nebitnim. Tada se odredba § 154 I, prema kojoj u sumnji ugovor nije zaključen ako nije postignuta saglasnost o svim tačkama od kojih makar jedna strana čini zavisnim zaključenje ugovora, primenjuje suženo, tj. samo na razlike u sporednim tačkama koje ne postaju deo ugovora, ako u pogledu nastanka ugovora koji obuhvata bitne elemente nema sumnje. Živković navodi da je rešenje koje zagovara nemačka teorija prihvaćeno i u Švajcarskoj, s tim što se tamo ono ne razlikuje od opšteg režima prihvata s odstupanjima, dok holandski BW, nasuprot tome, prihvata rešenje prema kojem prednost imaju opšti uslovi ponudioca. Živković smatra da je činjenica što je nemačka teorija i sudska praksa uglavnom prihvatila rešenje prema kojem protivrečnost opštih uslova ne sprečava nastanak ugovora još jedan dokaz u prilog tvrdnji da se § 150 II BGB-a tamo i inače prestrogo primenjuje, te da tako kruto pravilo očigledno može voditi nelogičnom ishodu u pojedinačnom slučaju. Dalje navodi da pravilo iz § 150 II BGB-a polazi od zahteva da strane postignu potpunu saglasnost o svemu onome o čemu su pregovarale, bez obzira na to je li posredi bitna ili nebitna odredba, i na taj način daju neelastično i formalističko rešenje koje ne odgovara stvarnosti. Ovakva kvalifikacija vidljivija je, ukazuje Živković, u bici formulara, jer je tu jasnije da strane žele ugovor kad se dogovore o bitnom i da neusaglašenost formulara po pravilu ne utiče na njihovu nameru obvezivanja, ali jednako postoji i kod odstupajućeg prihvata običnih ponuda (bez pozivanja na opšte uslove). Isti autor ocenjuje da je stroga primena § 150 II u Nemačkoj, čini se, posledica jakog uticaja teorije volje i načela privatne autonomije, dok su rešenja švajcarskog i francuskog prava više orijentisana na teoriju poverenja i zaštitu sigurnosti prometa. Jer, navodi Živković, u potonja dva pravna sistema presudan značaj u regulisanju prihvata s odstupanjima ima zaštita interesa strane koja se opravdano mogla pouzdati da je ugovor nastao, pošto je ponuda u bitnom prihvaćena, dok se u Nemačkoj presudan značaj daje dogmi da niko ne može biti vezan ugovorom koji, makar i u nebitnom detalju, nije želeo. Videti: Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 50-51.

konvencije koja se primenjuje) primarni izvor regulisanja međusobnih prava i obaveza upravo opšti uslovi poslovanja. Situacija je kod međunarodne špedicije specifična utoliko što ove OUP ne kreiraju ugovarači (privredni subjekti), već je reč o nacionalnim OUP špeditera prema kojima posluju svi špediteri koji pripadaju određenoj državi, odnosno svaki špediter posluje prema pravilima OUP svoje države. Pitanje konkurencije OUP je u međunarodnoj špediciji rešeno tako da se primenjuju OUP špeditera koji izvršava nalog⁷⁷⁹ (dispoziciju).

Nakon razmatranja svih izloženih teorija za rešenje problema konkurencije OUP saugovarača, čini se da u skladu sa načelima i logikom ugovornog prava najadekvatnije rešenje daje pravilo međusobnog isključivanja, tj. teorija delimične nesaglasnosti. S obzirom da je ugovor u svojoj suštini saglasnost izjavljenih volja da nastane pravno dejstvo, (to znači da se ponuda i prihvata moraju podudariti, a ne razići) kao i da se OUP uključuju u ugovor saglasnošću volja, logičnim se čini upravo pomenuti pristup, jer u slučaju međusobno neusklađenih odredbi OUP saugovarača, dovodi do primene dispozitivnih normi merodavnog prava.

12. PITANJE IZMENE OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA NAKON ZAKLJUČENJA UGOVORA

Važno pravno pitanje se otvara u slučaju da jedna ugovorna strana izmeni opšte uslove poslovanja nakon zaključenja ugovora. Smatram da su u trenutku zaključenja ugovora, opšti uslovi poslovanja koji su važili u tom momentu i na koje se ugovor poziva u tom obliku i sa tom sadržinom postali sastavni deo ugovora i da kasnije jednostrane izmene nisu moguće, već bi one bile moguće samo ukoliko na njih pristane druga strana ugovornica, po pravilima koja važe za izmene i dopune ugovora. Kako je ugovor saglasnost izjavljenih volja da nastane pravno dejstvo, jednostrane izmene zaključenog ugovora nisu moguće.

⁷⁷⁹ Kod špedicije otpremnik se obavezuje da radi prevoza određene stvari zaključi u svoje ime i za račun nalogodavca ugovor o prevozu, kao i da obavi ostale uobičajene poslove i radnje po nalogu nalogodavca. – *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa* (glavni redaktor D. Mitrović), Savremena administracija, Beograd, 1982, str. 287. Otpremu stvari, kao i poslove u vezi sa otpremom stvari, izvršilac vrši na osnovu naloga (dispozicije) nalogodavca. Nalog (dispozicija) sadrži sve potrebne podatke o stvarima i njenim osobinama, tačne upute u pogledu njene otpreme i izvršenja poslova u vezi sa otpremom, a isto tako i druge podatke koji su potrebni za pravilno i blagovremeno izvršavanje datog naloga. Videti član 6. Opštih uslovi poslovanja međunarodnih logističara i špeditera Srbije („Sl. glasnik RS“, broj 105/08).

Ovaj stav je pravilo. Međutim, postavlja se pitanje da li je moguć (punovažan) izuzetak, a po kome strane ugovornice prilikom zaključenja ugovora dogovore pravo na jednostranu izmenu ugovora, tj. da postignu saglasnost volja da jedna strana koja je i kreirala i primenjuje opšte uslove poslovanja ima pravo da izmeni sadržinu svojih OUP. U ovom slučaju postavlja se pitanje važenja i primene novih ili izmenjenih opštih uslova poslovanja na postojeći ugovorni odnos, ali i načina obaveštavanja druge strane i pravnih mogućnosti koje joj stoje na raspolaganju u slučaju da ne želi da se saglasi sa primenom izmenjenih OUP na postojeći ugovorni odnos. U ovim situacijama se uobičajeno predviđa da je ugovorna strana koja vrši izmenu opštih uslova poslovanja dužna da drugu stranu o tome, tj. o novim OUP obavesti i uobičajeno se, u cilju olakšanja odvijanja pravnog prometa i brzine koja je naročito važna u trgovinskom pravu, drugoj strani ostavlja primereni rok da odgovori ukoliko se protivi, tj. ne prihvata nove, tj. izmenjene opšte uslove.

Nekada strana koja menja OUP nastoji da situaciju postavi na način: ukoliko druga strana ne odgovori na obaveštenje o izmeni OUP u naznačenom roku, tj. ako ne prigovori, ne usprotivi ili otpočne ispunjenje prema izmenjenim uslovima, smatra se da se na taj način prećutno saglasila sa izmenjenim OUP. Kao dan početka važenja novih, tj. izmenjenih opštih uslova poslovanja uzima se prvi dan po proteku naznačenog roka, ukoliko u samom obaveštenju (koje se ponegde označava i kao obaveštavanje o nameri izmene opštih uslova) nije naznačen dan početka važenja novih, tj. izmenjenih i/ili dopunjenih opštih uslova. To se, na primer, može uočiti u situaciji kada građanin ima otvoreni tekući račun u poslovnoj banci, koji se otvara i vodi na neodređeno vreme, da banka s vremena na vreme, menja svoje OUP, što zbog usklađivanja sa propisima koje donosi država, što zbog usklađivanja sa sopstvenom poslovnom politikom. Mogućnost primene izmenjenih OUP na zaključeni ugovor zavisi od vrsta promene koje oni sadrže. Da li je reč o izmeni OUP kao posledici promene zakona i podzakonskih akata ili poslovne politike, kao i na koje elemente ugovora se izmene odnose. U nas posebnu pažnju privlače izmene OUP nakon zaključenja ugovora kada su u pitanju pretplatnički ugovori (internet, kablovska televizija i sl.) i ugovori o kreditu uzeti kod poslovnih banaka.

Jednostrane izmene uslova ugovora su u pojedinim oblastima posebno uređene zakonom. Tako, na primer, Zakon o elektronskim komunikacijama⁷⁸⁰ posebno uređuje način jednostrane izmene uslova ugovora, način obaveštavanja o ovoj nameri i prava

⁷⁸⁰ „Sl. glasnik RS“, br. 44/2010, 60/2013 - odluka US, 62/2014 i 95/2018 - dr. zakon.

pretplatnika u tom slučaju. Zakonodavac je, pod određenim uslovima, dozvolio operatoru ovu mogućnost, ali je istovremeno omogućio pretplatniku da se ne saglasi sa nameranim izmenama. Konkretno, shodno ovom zakonu, operator⁷⁸¹ je dužan da pretplatnika⁷⁸², najmanje mesec dana unapred, obavesti na pogodan način o nameri jednostrane izmene uslova ugovora, kao i pravu pretplatnika na raskid ugovora pre isteka perioda na koji je zaključen. Pretplatnik ima pravo da, po prijemu pomenutog obaveštenja, raskine ugovor bez obaveze plaćanja troškova u vezi sa raskidom, ako se najavljenim jednostranim izmenama bitno menjaju uslovi pod kojima je ugovor zaključen, na način koji nije na korist pretplatnika, a naročito u pogledu specifikacije usluga (sadržaj paketa) i uslova za korišćenje usluga u vezi sa ponuđenim promotivnim pogodnostima.⁷⁸³ Iako bi se moglo reći da je suštinski cilj ove odredbe da zaštiti pretplatnike (korisnike, potrošače) od jednostrane promene OUP operatora, načinu na koji je zakonska odredba formulisana bi se moglo uputiti više zamerki. Za neke od njih, koje se odnose na nepreciznost upotrebljenih izraza, a naročito na to: (1) šta je pogodan način obaveštavanja i (2) šta je bitno menjanje uslova ugovora, učinjen je pokušaj, u kome se delimično i uspelo u smislu da je bolje od zakonske odredbe, ali nije potpuno, donošenjem Pravilnika o opštim uslovima za obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija po režimu opšteg ovlašćenja⁷⁸⁴. Prema rešenju sadržanom u ovom pravilniku, pogodnim načinom obaveštavanja smatra se: štampani prilog mesečnom računu, SMS poruka, štampana brošura na prodajnom mestu, na samom mesečnom računu, odnosno njegovoj poledini, na svojoj internet stranici, info kanalu, putem sredstava javnog informisanja i sl. Ovde se može postaviti razumno pitanje da li je obaveštavanje na veb sajtu operatora ili info kanalu uistinu pogodan i primeren način za pretplatnika i može li se osnovano očekivati da je svaki građanin osposobljen i ima mogućnosti da redovno prati novosti na veb sajtovima pružaoca usluga ili da redovno uključuje info kanal kako bi bio obavešten da dolazi do promene elemenata ugovora koji je zaključio? I šire od ove konkretne odredbe, način obaveštavanja druge ugovorne strane o izmeni OUP je neretko problematičan i može biti sporan. Može se uočiti da pojedini OUP sadrže generalne formulacije da ugovorna strana zadržava pravo na izmenu opštih uslova poslovanja, o čemu će drugu stranu obavestiti na uobičajeni način. Tako se otvara pitanje

⁷⁸¹ Operator je, u smislu ovog zakona, lice koje obavlja ili je ovlašćeno da obavlja delatnost elektronskih komunikacija. Videti član 4. tačka 30. Zakona o elektronskim komunikacijama.

⁷⁸² Pretplatnik je, u smislu ovog zakona, fizičko ili pravno lice koje je zaključilo ugovor sa operatorom javno dostupnih elektronskih komunikacionih usluga o pružanju tih usluga. Videti član 4. tačka 41. Zakona o elektronskim komunikacijama.

⁷⁸³ Videti član 107. Zakona o elektronskim komunikacijama.

⁷⁸⁴ „Službeni glasnik RS“, broj 58/2018.

tumačena sintagme „na uobičajeni način“. Smatram da bi savesno i pošteno bilo da se drugoj ugovornoj strani dostave opšti uslovi poslovanja. Međutim, problem u praksi nastaje što neretko subjekti obaveštenja o izmeni OUP objavljuju na svom veb sajtu i u svojim poslovnim prostorijama, čime smatraju da su postigli obaveštavanja na uobičajeni način. Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga⁷⁸⁵ propisuje da je davalac finansijske usluge dužan da na vidnom mestu u poslovnim prostorijama u kojima nudi usluge korisnicima i na Internet stranici obezbedi da se korisnik upozna sa opštim uslovima poslovanja na srpskom jeziku, i to najkasnije 15 dana pre dana početka njihove primene, kao i da je dužan je da korisniku pruži odgovarajuća objašnjenja i instrukcije koji se odnose na primenu opštih uslova poslovanja u vezi sa određenom finansijskom uslugom, kao i da mu, na njegov zahtev, u pismenoj formi ili na drugom trajnom nosaču podataka, dostavi te uslove bez odlaganja.⁷⁸⁶

Pravilnik o opštim uslovima za obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija po režimu opšteg ovlašćenja pominje bitne uslove ugovora, za razliku od Zakona o elektronskim komunikacijama koji ukazuje na bitnu promenu uslova ugovora, te ako se jednostranom izmenom menjaju bitni uslovi ugovora (promena cene, načina tarifiranja, specifikacija paketa i dr.) na način koji nije u korist pretplatnika, pretplatnik ima pravo da, po prijemu pomenutog obaveštenja, raskine ugovor bez obaveze plaćanja troškova u vezi sa raskidom, u skladu sa propisima koji regulišu zaštitu potrošača i Zakonom o elektronskim komunikacijama.⁷⁸⁷ Pravilnik je adekvatno uredio pitanje sadržine obaveštenja pretplatniku o nameri jednostrane izmene uslova ugovora, tako što izričito navodi da ovo obaveštenje mora sadržati jasnu, detaljnu i nedvosmislenu informaciju o opisu planirane promene, pouku pretplatniku da ima pravo na jednostrani raskid ugovora pre isteka perioda na koji je zaključen, bez obaveze plaćanja troškova u vezi sa raskidom, ako se najavljenim izmenama bitno menjaju uslovi pod kojima je ugovor zaključen, kao i da ovo obaveštenje mora sadržati opis uslova pod kojima je ugovor zaključen⁷⁸⁸, kao i podatke o tome na koji način se menjaju ti uslovi, tako da pomenute informacije budu međusobno uporedive (tabelarni prikaz i sl.).⁷⁸⁹

⁷⁸⁵ „Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 139/2014.

⁷⁸⁶ Videti član 10. Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

⁷⁸⁷ Član 28. stav 2. Pravilnika o opštim uslovima za obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija po režimu opšteg ovlašćenja.

⁷⁸⁸ Na način koji nije na korist pretplatnika, a naročito u pogledu specifikacije usluga (sadržaj paketa) i uslova za korišćenje usluga u vezi sa ponuđenim promotivnim pogodnostima.

⁷⁸⁹ Član 28. st. 3 i 4. Pravilnika o opštim uslovima za obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija po režimu opšteg ovlašćenja.

Kada se pažljivije sagleda ova zakonska mogućnost jednostrane promene uslova ugovora, stiže se utisak da je Zakon omogućio (uz određene uslove, tj. na određeni način) operatoru da jednostrano menja uslove ugovora, a pretplatniku u toj zatečenoj situaciji dao mogućnost: uzmi ili ostavi, odnosno samo pravo da raskine ugovor. Nigde se ne pominju druge mogućnosti i druga prava pretplatnika. Načelo pravne sigurnosti, klasično pravilo *Pacta sunt servanda* i druga osnovna načela (opšti principi) ugovornog prava, kao što su načelo savesnosti i poštenja, zabrana zloupotrebe prava, pravičnost, dobri običaji, ravnopravnost ugovornih strana itd, trebalo bi da omoguće korisniku, tj. pretplatniku da zahteva izvršenje ugovora prema uslovima pod kojima je ugovor zaključen, tj. ne da raskida ugovor već da odbaci novu ponudu operatora (ako za nju nije zainteresovan) i da nastavi sa svojim pravima i obavezama iz zaključenog ugovora u periodu na koji se taj ugovor odnosi.

Opisani način izmene OUP nakon zaključenja ugovora mogao bi biti opravdan samo ako je privredni subjekt „primoran“ da izmeni svoje OUP u cilju usklađivanja sa zakonskim odredbama ili drugim propisima državnih organa koji su doneti nakon zaključenja ugovora. Npr. bankama se naloži određena izmena načina poslovanja ili se zabrane određene odredbe u njihovim OUP, tako što se uvoji novi zakon⁷⁹⁰, izmene i/ili dopune postojećeg zakona ili Narodna banka donese određenu odluku⁷⁹¹. U tim situacijama, kako je reč o propisu, ni banka niti druga ugovorna strana nemaju mogućnost da ne prihvate usklađivanje sa zakonskim odredbama. Međutim, problem može nastati kada banka jednostrano menja svoje OUP zbog promene sopstvene poslovne politike, jer bi takva promena mogla voditi ka jednostranoj izmeni ugovora, što ne bi bilo dozvoljeno.

U vezi sa ugovorima o kreditu, naročito dugoročnom (stambenom), u našoj praksi je poslednjih godina pažnju i opšte i stručne javnosti privuklo postojanje odredbi koje ovlašćuju banku na jednostrano menjanje uslova ugovora, što je u praksi činjeno i izmenama OUP koje su sastavni deo zaključenih ugovora, a i same ove odredbe su sadržane ili u ugovornom dokumentu ili u opštim uslovima poslovanja na koje se ugovor poziva. Jednostrane izmene uslova ugovora o kreditu od strane banaka su naročito postale aktuelne od izbijanja svetske ekonomske krize⁷⁹² i njenih efekata i u Srbiji, od kada se

⁷⁹⁰ Npr. Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

⁷⁹¹ Videti niz odluka i uputstava Narodne banke Srbije (po oblastima): <http://nbs.rs/internet/latinica/20/index.html>.

⁷⁹² Za razmatranje pitanja da li je ekonomska kriza ugovorni rizik videti: Nochta, T., *Ist die Wirtschaftskrise ein Vertragsrisiko?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2011, str. 527-540, koji, imajući u vidu zajedničke interese strana koje mogu biti narušeni nepredviđenim okolnostima kao jedno od mogućih

pojavljuju i sudski sporovi u vezi sa promenama kamata kredita, koji su indeksirani u stranoj valuti, a naročito u švajcarskim francima. Kako navode profesori Hiber i Živković, u kreditnoj praksi poslovnih banaka u Republici Srbiji, do donošenja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga 2011. godine, bilo je uobičajeno ugovaranje promenljive kamatne stope na način da jedan deo ugovorene kamatne stope zavisi od tzv. referentne kamatne stope davaoca kredita (ili kamatne stope koja se određuje „u skladu sa poslovnim politikom banke“), koja je zavisila od različitih parametara, nekad subjektivnih a nekad objektivnih. Pri tome vrlo često je ugovarana varijabilna kamatna stopa tako da je predviđano da njena visina bude u skladu sa „poslovnim politikom banke“, odnosno banke su ugovorom predviđale pravo da promene visinu kamatne stope sopstvenom jednostranom izjavom, bez pozivanja na bilo kakve objektivne kriterijume⁷⁹³. Ako su kamatne stope definisane opštim uslovima poslovanja, to znači da bi banka jednostranom izmenom svojih OUP i objavljivanjem na svom sajtu mogla težiti tome da izmenjene OUP primeni na već zaključeni ugovor, što se svodi na jednostranu volju. Ovakve ugovorne odredbe, tj. odredbe OUP po kojima je jedna strana ovlašćena da menja visinu kamate kredita (u skladu sa svojom poslovnim politikom) sudovi su oglašavali ništavim, jer je kamata bitan element kao deo cene (predmeta) i ne može biti neodrediva tako da ga naknadno, nakon zaključenja ugovora, određuje i menja jedna od ugovornih strana, u zavisnosti od svoje volje, odnosno subjektivnih kriterijuma. Zakonodavstvo⁷⁹⁴, pravna teorija⁷⁹⁵ i sudska

rešenja nastalog problema predlaže unošenje klauzule u ugovor kojom se strane obavezuju da će srazmerno snositi negativne ekonomske posledice nastupanja nepredviđenih okolnosti koje pogađaju jednu stranu u meri za koju se ne može razumno zahtevati da je snosi ona sama ili kojom se obavezuju da će u takvom slučaju započeti pregovore u okviru nekog postupka medijacije s ciljem da se ugovor izmeni. Nohta ovo navodi kao alternativu drugom metodu sanacije posledica nastupanja nepredviđenih okolnosti, a to je sudska ili zakonodavna intervencija u sadržinu ugovora, spoljašnji uticaj na ugovornu volju strana, kojom se iznalazi rešenje koje se ne zasniva uvek na volji obeju ugovornih strana.

⁷⁹³ Hiber, D., Živković, M., *Zaštita korisnika kredita od jednostrane izmene visine ugovorene kamate*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 70, 2015, str. 575.

⁷⁹⁴ Na nivou zakona, problem se svodi na pitanje određenosti, tj. odredivosti predmeta ugovora, tj. ugovorne obaveze, što je izričit zahtev i našeg ZOO u članu 46. stav 2. Ugovorna obaveza mora biti moguća, dopuštena i određena, odnosno odrediva. Ako to nije slučaj, zakon kao sankciju, tj. posledicu propisuje ništavnost ugovora zbog predmeta (Kad je predmet obaveze nemoguć, nedopušten, neodređen ili neodrediv, ugovor je ništav (član 47. ZOO). Odredivost predmeta je posebno uređena članom 50. ZOO, po kome je predmet obaveze odrediv ako ugovor sadrži podatke pomoću kojih se može odrediti ili su strane ostavile trećem licu da ga odredi. (Ako to treće lice neće ili ne može da odredi predmet obaveze, ugovor je ništav).

⁷⁹⁵ Prof. dr Živković navodi da je u doktrini zasnovanoj na ZOO jedino stav ljubljanskog profesora Cigoja išao u pravcu dopuštenosti odredbe koja određivanje predmeta prepušta jednoj od ugovornih strana (videti: Cigoj, S., u: Blagojević, B., Krulj, V. (redaktori), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga prva, Savremena administracija, Beograd, 1980, str. 159, odnosno u drugom izdanju: Beograd, 1983, str. 177) uprkos odredbi člana 466. ZOO koja predviđa da se odredba o prepuštanju uređenja prodajne cene jednom ugovorniku smatra kao da nije ni ugovorena. - Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje*

praksa⁷⁹⁶ su na stanovištu da je ovakvo postupanje nedozvoljeno, tj. da su ove ugovorne odredbe ništave.⁷⁹⁷

Ako se uopšte pitamo (nevezano od postojanja posebnog zakona od 2011. godine koji je rešio ovo pitanje na izričit način) da li banka ili druga finansijska organizacija jednostranom izjavom može promeniti kamatu (povećati je) zbog promene sopstvene poslovne politike, polazeći od načela ravnopravnosti ugovornih strana, možemo se isto tako pitati da li građanin može zbog svoje politike, npr. ušteda u kućnom budžetu poslati banci 30 dana ranije obaveštenje da smanjuje ratu kredita zbog promene svoje kućno-budžetske politike, pa ako banka ne prigovori u tom roku (ili ne raskine ugovor), da građanin smatra da se sa smanjenjem kamate, tj. rate saglasila? Odgovor je jasan – nijedna strana ne može menjati bitne elemente jednostranom odlukom uz prosto obaveštavanje druge strane.

Pored toga, kada je reč o izmenama i dopunama ugovora koje se odnose na bitne elemente ugovora, one bi, prema zakonskim pravilima, trebalo da su u istoj formi kao i osnovni ugovor.⁷⁹⁸ Dakle, ako je zaključen pisani ugovor, onda bi i izmene i/ili dopune takođe trebalo da budu u pisanoj formi koju potpisuju obe ugovorne strane (kao što su

ugovora, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 177. U vezi sa ovim pitanjem, Hiber i Živković ukazuju da, prema preovlađujućem shvatanju u našoj doktrini i praksi, nije dozvoljeno da stranke prepuste jednoj od njih da predmet odredi, ali i upućuju na drugačije rešenje nemačkog Građanskog zakonika iz § 315. BGB-a, po kome ako je određenje predmeta povereno jednoj strani, ona to mora učiniti poštujući pravičnost. Ako druga strana ospori pravičnost, određenje je prepušteno sudu. Ovi autori upućuju i na član 1129. stav 2. francuskog Građanskog zakonika (CC), kao i na promene u francuskoj praksi koje idu za restriktivnim tumačenjem odredivosti: Malaurie, P., Aynès, L., Stoffel-Munck, P., *Droit civil, Les Obligations*, 4. éd., Paris, 2009, str. 303, navedeno prema: Hiber, D., Živković, M., *op. cit.*, str. 577 i 578, fusnota br. 7.

⁷⁹⁶ Ukazujući na određene sudske odluke u vezi sa ovim pitanjima, bez namere da prerano uopštavaju, profesorima Hiberu i Živkoviću se čini da je sud na stanovištu da sankcija ništavosti pogađa samo nezakonitu ugovornu klauzulu o visini, odnosno određivanju kamatne stope, a da ugovor u celini opstaje. Videti: Hiber, D., Živković, M., *op. cit.*, str. 581. Njihova analiza sudske prakse (na istom mestu) pokazuje da odgovor na pitanje punovažnosti odredbe o promenljivoj kamati pokazuje da odgovor na postavljeno pitanje u velikoj meri zavisi od detalja u pogledu formulacija ugovora kojima je predviđena varijabilna kamata. Za analizu sudske prakse u vezi sa ovim pitanjem videti i: Dudaš, A., *Dopuštenost jednostranog povećanja kamate u ugovorima o kreditu u pravu Srbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2016, str. 549-567.

⁷⁹⁷ U pogledu delimične ništavosti, član 105. našeg ZOO propisuje da ništavost neke odredbe ugovora ne povlači ništavost i samog ugovora, ako on može opstati bez ništave odredbe, i ako ona nije bila ni uslov ugovora niti odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen. Stav 2. istog člana određuje da će ugovor ostati na snazi i ako je ništava odredba bila uslov ili odlučujuća pobuda ugovora u slučaju kad je ništavost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i važio bez nje.

⁷⁹⁸ Naš ZOO izričito propisuje da zahtev zakona da ugovor bude zaključen u određenoj formi važi i za sve docnije izmene ili dopune ugovora. Ali su punovažne docnije usmene dopune o sporednim tačkama u kojima u formalnom ugovoru nije ništa rečeno ukoliko to nije protivno cilju radi koga je forma propisana. Videti član 67. st. 2-3. ZOO. Kada je reč o ugovoru o kreditu, zakon izričito zahteva pismenu formu. Prema članu 1066. ZOO ugovor o kreditu mora biti zaključen u pisanoj formi, a njime se utvrđuju iznos, kao i uslovi davanja, korišćenja i vraćanja kredita.

osnovni ugovor), sa čim se dostavljanje jednostrane izjave (obaveštavanje) ne može izjednačiti, posebno ne u situaciji kada dolazi do povećanja kamate ili uopšte povećanja obaveze jedne strane.⁷⁹⁹

Naš zakonodavac je ispravno reagovao donošenjem Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga⁸⁰⁰ i postavljanjem zakonskih kriterijuma, tj. uvođenjem elemenata odredivosti ugovorne obaveze. U vezi sa pravilima ugovaranja, Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga najpre polazi od opšteprihvaćenog stava da ugovorna obaveza mora biti određena, odnosno odrediva i bliže propisuje šta se smatra odredivom obavezom. Tako, novčana ugovorna obaveza je odrediva što se tiče njene visine ako zavisi od ugovorenih promenljivih elemenata, odnosno promenljivih i fiksnih, s tim što su promenljivi elementi oni koji se zvanično objavljuju (referentna kamatna stopa, indeks potrošačkih cena i dr.)⁸⁰¹, dok je novčana ugovorna obaveza vremenski odrediva ako se na osnovu ugovorenih elemenata može utvrditi kad dospeva. Zakon izričito propisuje da navedeni elementi odredivnosti moraju biti takve prirode da na njih ne može uticati jednostrana volja nijedne od ugovornih strana, kao i da ugovori ne mogu da sadrže upućujuću normu na poslovnu politiku i druge akte davaoca finansijskih usluga kad su u pitanju oni elementi koji su ovim zakonom predviđeni kao obavezni elementi ugovora.⁸⁰² U delu u kome uređuju obavezne elemente⁸⁰³ ugovora o bankarskim uslugama i lizingu, Zakon je kod ugovora o kreditu

⁷⁹⁹ To je važno istaći, jer član 67. stav 4. ZOO propisuje punovažnost docnijih usmenih pogodbi kojima se smanjuju ili olakšavaju obaveze jedne ili druge strane, ako je posebna forma propisana samo u interesu ugovornih strana.

⁸⁰⁰ „Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 139/2014.

⁸⁰¹ Banka, odnosno davalac lizinga dužni su da u poslovnim prostorijama u kojima nude usluge korisnicima i na Internet stranici drže istaknuto obaveštenje o vrednosti ugovorenih promenljivih elemenata na dnevnom nivou. Videti član 8. st. 2. i 5. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

⁸⁰² Član 8. st. 4. i 6. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

⁸⁰³ Zakon je propisao (čl. 19-23.) obavezne elemente ugovora za sledeće ugovore o bankarskim uslugama i lizingu: ugovor o kreditu, ugovor o dozvoljenom prekoračenju računa, 3. Ugovor o lizingu, 4. Ugovor o izdavanju i korišćenju kreditne kartice, (5) ugovor o depozitu. Tako, na primer, Zakon je u članu 19. propisano da ugovor o kreditu sadrži sledeće obavezne elemente: 1) vrstu kredita; 2) period na koji se kredit odobrava; 3) poslovno ime, ime i adresu ugovornih strana; 4) iznos kredita koji se odobrava i uslove povlačenja sredstava; 5) kod kredita indeksiranog u stranoj valuti - valutu indeksacije, naznaku da se pri odobravanju i otplati kredita primenjuje zvanični srednji kurs i datum obračuna; 6) visinu nominalne kamatne stope uz određenje da li je fiksna ili promenljiva, a, ako je promenljiva - elemente na osnovu kojih se određuje (referentna kamatna stopa, indeks potrošačkih cena i dr.), njihovu visinu u vreme zaključenja ugovora, periode u kojima će se menjati, kao i fiksni element ako je ugovoren; 7) efektivnu kamatnu stopu i ukupan iznos koji korisnik treba da plati a izračunat je na dan zaključenja ugovora; 8) plan otplate kredita i pravo korisnika da u toku trajanja ugovora, u slučaju promene plana otplate, odnosno jedanput godišnje ako nije došlo do ove promene, može besplatno dobiti taj plan; ako se kamata i troškovi otplaćuju bez istovremene otplate glavnice - plan otplate kredita treba da sadrži samo rokove i uslove otplate kamate i troškova; 9) metod koji se primenjuje kod obračuna kamate (konformni, proporcionalni i dr.); 10) obaveštenje o kamatnoj stopi koja se primenjuje u slučaju docnje u skladu sa ovim zakonom; 11) upozorenje

izričito propisao da kamatna stopa, naknade i drugi troškovi, ako su promenljivi, moraju zavisiti od ugovorenih elemenata koji se zvanično objavljuju (referentna kamatna stopa, indeks potrošačkih cena i dr.) i čija je priroda takva da na promenu njihove vrednosti ne može uticati jednostrana volja nijedne od ugovornih strana.⁸⁰⁴

Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga je posebno uredio i pitanje promenljive nominalne kamatne stope, na način što je najpre definisao da promenljiva nominalna kamatna stopa jeste kamatna stopa čija visina zavisi od ugovorenih promenljivih elemenata, odnosno promenljivih i fiksnih, s tim što su promenljivi elementi oni koji se zvanično objavljuju (referentna kamatna stopa, indeks potrošačkih cena i dr.). Zakon izričito propisuje da priroda navedenih elemenata mora biti takva da na njih ne može uticati jednostrana volja nijedne od ugovornih strana.⁸⁰⁵ Ovim je ugovaranje varijabilne kamatne stope sa neodredivim elementom ili elementom na koji banka jednostrano može da utiče, mehanizam koji su banke često primenjivale i u slučajevima kada to ekonomski nije bilo opravdano, postalo i zakonom izričito zabranjeno.⁸⁰⁶

o posledicama u slučaju neizmirivanja obaveza, uslove, postupak i posledice otkaza, odnosno raskida ugovora o kreditu u skladu sa zakonom kojim se uređuju obligacioni odnosi, kao i obaveštenje o uslovima i načinu ustupanja potraživanja u slučaju neizmirenja obaveza; 12) vrstu i visinu svih naknada koje padaju na teret korisnika kredita, uz određenje da li su fiksne ili promenljive, a ako su promenljive - periode u kojima će ih banka menjati, kao i vrstu i visinu drugih troškova (porezi, naknade nadležnim organima i dr.); 13) vrste sredstava obezbeđenja, mogućnost za njihovu zamenu tokom perioda otplate kredita, kao i uslove aktiviranja tih sredstava u slučaju neizmirivanja obaveza; 14) uslove i način prevremene otplate kredita i visinu naknade u vezi s tim; 15) pravo korisnika na odustanak od ugovora, uslove i način odustanka; 16) pravo na prigovor i mogućnost pokretanja postupka posredovanja radi vansudskog rešavanja spornog odnosa; 17) adresu Narodne banke Srbije kao organa koji vrši kontrolu banaka.

⁸⁰⁴ Član 19. stav 3. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

⁸⁰⁵ Banka, odnosno davalac lizinga dužni su da promenljivu nominalnu kamatnu stopu utvrđuju na način određen odredbama ovog člana. Videti član 26. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

⁸⁰⁶ Dudaš, A., *Dopuštenost jednostranog povećanja kamate u ugovorima o kreditu u pravu Srbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2016, str. 549-567, koji ukazuje i da su do usvajanja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga 2011. godine, sudovi odluku o delimičnoj ništavosti zasnivali na pravilima opšteg ugovornog prava prema Zakonu o obligacionim odnosima. O razvojnem putu pitanja dopuštenosti klauzula koje ovlašćuju banke na jednostranu izmenu ugovora o kreditu u mađarskom pravu, videti: Dudaš, A., *Jednostrana izmena ugovora o kreditu u pravu Mađarske*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2017, str. 785-805. Ovaj autor navodi da se danas u Mađarskoj jednostrana izmena ugovora o kreditu na uštrb potrošača može ostvariti samo pod izuzetno strogim pravnim režimom - prema izmenama Zakona o potrošačkom kreditu, usvojenog 2009. godine, iz 2014. godine, ugovori sa rokom otplate do tri godine ne mogu biti jednostrano izmenjeni na uštrb potrošača, dok u onima sa dužim rokom otplate kamatna stopa može da bude povećavana najviše u pet navrata i mora ostati nepromenjena najmanje tri godine, pri čemu raspon u kojem finansijske organizacije mogu povećavati kamatnu stopu kontroliše Narodna banka Mađarske: stepen povećanja kamatne stope ne sme da bude veći od indeksa promene kamatne stope koje zvanično objavljuje Narodna banka na svojoj internet stranici.

13. TUMAČENJE OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

U međunarodnom i domaćem trgovinskom pravu koje koristi OUP, potreba za tumačenjem je naročito naglašena, jer se trgovinski poslovi zaključuju u velikom broju i po pravilu brzo (zbog čega se, između ostalog i koriste OUP), a ugovarači neretko potiču iz različitih sredina i okruženja, različitih struka, različitih privrednih grana, različitih delova države, kao i iz različitih država (pa i kontinenata), te daju različita značenja pojedinim izrazima upotrebljenim u OUP. Pored toga, usled pomenute brzine i velikog broja ugovora koji se zaključuju primenom OUP, ugovarači često nemaju niti vremena niti *de facto* mogućnosti da pažljivo razmotre svaku upotrebljenu formulaciju ili izraz, a one, po pravilu, nisu ni predmet pregovora⁸⁰⁷ jer se OUP prihvataju *en bloc*. Zato se potreba za tumačenjem pojedinih odredbi OUP najčešće javlja u fazi izvršenja ugovora⁸⁰⁸, kao i kada dođe do spora.

Nakon istraživanja pitanja tumačenja opštih uslova poslovanja, smatram da se može govoriti o četiri vrste tumačenja, a kriterijum razlikovanja je ovlašćenje za tumačenje i subjekt koji tumači, tj. daje tumačenje. Tako se može govoriti o tumačenju koje određuje zakon propisivanjem pravila, o autentičnom tumačenju koje daje sâm privredni subjekt koji sastavlja opšte uslove poslovanja, o običajnim pravilima tumačenja i tumačenju koje vrši sud ili arbitraža u slučaju spora.

13.1. Zakonska pravila (*Contra proferentem*)

Zakoni, po pravilu sadrže opšte odredbe o tumačenju ugovora (koje neretko određuju relevantne okolnosti koje treba uzeti u obzir prilikom tumačenja ili daju smernice), a pojedini zakoni sadrže i posebne (specijalne) odredbe koje se odnose na nejasne odredbe u ugovorima koje sastavlja jedna strana, što je primenljivo (osim na athezione i tipske ugovore) i na opšte uslove poslovanja.

Kada je reč o opštim odredbama o tumačenju ugovora koje se mogu primeniti i na ugovor čiji su sastavni deo postali opšti uslovi poslovanja, naš ZOO najpre propisuje da se

⁸⁰⁷ Slično videti: Kapor, V., Carić, S., *Ugovori robnog prometa*, Privredna akademija, Novi Sad, 2007, str. 77-78.

⁸⁰⁸ Kada u fazi izvršenja ugovora strane ugovornice uvide da imaju različita shvatanja o svojim pravima i obavezama na osnovu zaključenog ugovora, tada one mogu pokušati da dođu do zajedničkog tumačenja, odnosno da se dogovore, ali ako u tome ne uspeju, onda će nastati spor, u kome će tumačenje dati nadležni sud ili arbitraža.

odredbe ugovora primenjuju onako kako glase (što se odnosi na slučajeve u kojima su ugovorne klauzule jasne), a da se pri tumačenju spornih odredaba ne treba držati doslovnog značenja upotrebljenih izraza, već treba istraživati zajedničku nameru ugovarača⁸⁰⁹ i odredbu tako razumeti kako to odgovara načelima obligacionog prava (koja su utvrđena Zakonom o obligacionim odnosima).⁸¹⁰ Ovakvo pravilo odgovara subjektivno-objektivnom

⁸⁰⁹ Zajedničkoj nameri ugovarača se, pri tumačenju, daje prednost u odnosu na doslovno značenje upotrebljenih izraza i u Načelima evropskog ugovornog prava. Tako, prema članu 5:101. Načela, ugovor treba tumačiti prema zajedničkoj nameri ugovornih strana, čak iako se ona razlikuje od doslovnog značenja upotrebljenih izraza. Ako je utvrđeno da je jedna strana imala nameru da ugovor dobije određeno značenje, a u vreme zaključenja ugovora druga strana je morala znati za tu nameru, ugovor treba tumačiti na način koji je u skladu sa namerom prve strane. Ako se na osnovu ova dva stava ne može utvrditi namera ugovornih strana, Načela u stavu 3. predviđaju da onda ugovor treba tumačiti onako kako bi ga shvatila razumna lica istih svojstava u istim okolnostima kao ugovorne strane. U članu 5:102. Načela navode relevantne okolnosti, odnosno upućuju da prilikom tumačenja ugovora, posebnu pažnju treba obratiti na: (a) okolnosti u kojima je zaključen, uključujući i prethodne pregovore; (b) ponašanje ugovornih strana, čak i nakon zaključenja ugovora; (c) prirodu i svrhu ugovora; (d) tumačenje koje su ugovorne strane već primenile na slične odredbe i praksu koju su međusobno uspostavile; (e) značenje koje se obično pridaje odredbama i izrazima u datoj struci ili grani i tumačenju koje je eventualno već primenjeno na slične odredbe; (f) savesnost i poštenje.

UNIDROIT Principi međunarodnih trgovačkih ugovora kao osnovno pravilo tumačenja ugovora postavlja nameru strana. Tako, prema članu 4.1. UNIDROIT principa, ugovor treba tumačiti u skladu sa zajedničkom namerom strana. Ako se zajednička namera ne može utvrditi, ugovor treba tumačiti u skladu sa značenjem koja bi mu razumna osoba istih svojstava kao strane dala u istim okolnostima. Na sličan način UNIDROIT principa, prema članu 4.2. predviđaju da se izjave i ponašanja strane tumače u skladu sa namerom te strane ako je druga strana znala ili morala znati za tu nameru, a ako se ovo rešenje ne može primeniti, onda prema shvatanju koje bi razumna osoba istih svojstava kao kao druga strana imala u istim okolnostima. U primeni ova dva člana (prema rešenju člana 4.3.) moraju se uzeti u obzir sve okolnosti, uključujući: (a) preliminarne pregovore među stranama, (b) praksu koju su strane međusobno uspostavile, (c) ponašanje strana nakon zaključenja ugovora, (d) prirodu i svrhu ugovora, (e) značenje pojmova i izraza koje je uobičajeno u toj grani trgovine, (f) običaje. Od značaja je i član 4.8. koji posebno uređuje upotpunjavanje propuštene odredbe, tj. praznine (dakle nije reč o tumačenju odredbi koje ugovor sadrži, iako su donosioci ovaj član sistematizacijski smestili u okviru dela o tumačenju). Prema ovom članu kada ugovorne strane nisu dogovorile odredbu koja je važna za određivanje njihovih prava i obaveza, biće primenjena odredba koja je odgovarajuća u datim okolnostima. Prilikom određivanja koja je odredba odgovarajuća, biće uzeto u obzir, između ostalog: (a) namera strana, (b) priroda i svrha ugovora, (c) savesnost i poštenje, (d) razumnost. Videti: International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 137-150.

⁸¹⁰ Videti član 99. Zakona o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“, 6p. 29/78, 39/85, 57/89-Odluka USJ i 57/89, „Službeni list SRJ“, broj 31/93 i „Službeni list SCG“, broj 1/03-Ustavna povelja). U prednacrtnu Građanskog zakonika Republike Srbije predviđene su dve varijante kojima se drugi stav ovog člana menja. Varijanta I: Pri tumačenju spornih odredbi ne treba se držati doslovnog značenja upotrebljenih izraza, nego istraživati zajedničku nameru ugovornih strana i odredbu tako razumeti kako se najbolje slaže sa svrhom koju su one imale u vidu zaključujući ugovor. Varijanta II: Pri tumačenju spornih ugovornih odredbi nije odlučujuće značenje upotrebljenih izraza već zajednička namera ugovornih strana koju su želele da ostvare u skladu sa načelima utvrđenim ovim zakonikom. Zanimljivo je da, osim izmena ovog člana, Prednacrt Gz predviđa i dva nova člana kojima razrađuje i proširuje pravila o tumačenju ugovora. Najpre, član 110. Prednacrt Gz (o utvrđivanju namere ugovornih strana): Zajednička namera ugovornih strana utvrđuje se prema predmetu i pravnom osnovu ugovora, odnosno prema onome što je jedna strana izjavila i kako je trebalo da druga strana to razume u smislu sa kojim može imati pravno dejstvo, u skladu sa načelima poštenog prometa. Ako se ne može utvrditi zajednička namera ugovornih strana odlučujuća je namera koju bi

principu⁸¹¹ tumačenja ugovora. ZOO sadrži i dopunsko pravilo o tumačenju prema vrsti ugovora, po kome nejasne odredbe u ugovoru bez naknade treba tumačiti u smislu koji je manje težak za dužnika, a u teretnom ugovoru u smislu kojim se ostvaruje pravičan odnos uzajamnih davanja.⁸¹² Zakon ovlašćuje ugovorne strane i da predvide da će, u slučaju nesaglasnosti u pogledu smisla i domašaja ugovornih odredbi, neko treći tumačiti ugovor, u kom slučaju, ako ugovorom nije drukčije predviđeno, strane ne mogu pokrenuti spor pred sudom ili drugim nadležnim organom dok prethodno ne pribave tumačenje ugovora, osim ako treće lice odbije da dâ tumačenje ugovora.⁸¹³

Nemaju svi izvori prava posebna pravila o tumačenju OUP, što je posledica toga što ne uređuju svi nacionalni izvori posebno opšte uslove poslovanja. Ali većina izvora, naročito građanski i trgovački zakoni ili zakonici na nacionalnom nivou sadrže posebne odredbe o tumačenju ugovora koje priprema jedna ugovorna strana. Pod tim uobičajeno podrazumevajući nekoliko srodnih pravnih instituta i pojava oblika koje sam u ovom radu razmatrao kao izvore formularnog prava. Tako se može zaključiti da se opšti uslovi poslovanja tumače primenom odgovarajućih pravila koja su formulisana za sve ugovore koje unapred priprema jedna strana, bez obzira na to koji je termin za njih upotrebio nacionalni zakonodavac (kako ih je imenovao). U takvim pravilima ideja i intencija zakonodavaca je ista: nejasne odredbe ugovora (tj. svih izvora formularnog prava) tumače se u korist druge strane.

Ovakvo posebno pravilo o tumačenju izvora formularnog prava sadrži i naš ZOO, propisujući posebnu normu koja se odnosi na nejasne odredbe u posebnim slučajevima. U

redovno imala razumna lica istog svojstva u odgovarajućim okolnostima. Ako je utvrđeno da je jedna strana imala nameru da ugovor dobije određeno značenje, a u vreme zaključenja ugovora druga strana je morala da zna za tu nameru, ugovor treba tumačiti u skladu sa tom namerom. Potom, član 111. Prednacrta Gz (o okolnostima za tumačenje ugovora): Pri tumačenju ugovora uzeće se u obzir prethodni pregovori, okolnosti u kojima je ugovor zaključen, ponašanje ugovornih strana i posle zaključenja ugovora, međusobno uspostavljena dobra poslovna praksa, uobičajeno značenje pojedinih izraza u odgovarajućoj profesionalnoj delatnosti, priroda i opšta svrha ugovora. Isti Prednacrt Gz predviđa kao alternativu stav 2 ovog člana koji glasi: Ugovorne strane mogu isključiti prethodne pregovore kao okolnost od značaja za tumačenje ugovora samo ako to nije suprotno načelu savesnosti i poštenja. Videti: *Građanski zakonik Republike Srbije – prednacrt, knjiga druga: Obligacioni odnosi*, Generalni sekretarijat Vlade Republike Srbije, Beograd, 2009, str. 43-44.

⁸¹¹ O tome detaljnije: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 320.

⁸¹² Videti član 101. Zakona o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“, 6p. 29/78, 39/85, 57/89-Odluka USJ i 57/89, „Službeni list SRJ“, broj 31/93 i „Službeni list SCG“, broj 1/03-Ustavna povelja).

⁸¹³ Takvo rešenje o vansudskom tumačenju ugovora sadrži član 102. ZOO. Alternativa sadržana u prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije predviđa da se ovaj član briše. Videti: *Građanski zakonik Republike Srbije – prednacrt, knjiga druga: Obligacioni odnosi*, Generalni sekretarijat Vlade Republike Srbije, Beograd, 2009, str. 45.

slučaju kad je ugovor zaključen prema unapred odštampanom sadržaju, ili kad je ugovor bio na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačiće se u korist druge strane.⁸¹⁴

Opisano rešenje u domaćem zakonu je pravni izraz poznatog pravila: *in dubio contra proferentem* ili *in dubio contra stipulatorem*, koje je bilo poznato već u rimskom pravu i pripisivalo se Celzusu (*Celsus*)⁸¹⁵, a koje u savremenom pozitivnom pravu sadrže i druga nacionalna zakonodavstva.

Tako, italijanski Građanski zakonik (*Il Codice Civile Italiano*) od 16. marta 1942. god. (stupio na snagu 21. aprila 1942. god. sa poslednjim izmenama 2000. god.) sadrži pravilo o tumačenju protiv autora klauzule, te propisuje „odredbe unete u opšte uslove ugovora ili obrasce ili formulare sačinjene od strane jednog ugovarača tumače, u sumnji, u korist druge strane“⁸¹⁶.

Građanski zakonik Francuske (*Code Civil*) od 1804. god. u članu 1162. sadrži pravilo, koje važi za sve ugovore, a koje glasi: „u slučaju sumnje, ugovor će se tumačiti na štetu strane koja ga je sastavila, a u korist one koja je preuzela obavezu“.⁸¹⁷

Neograničenu primenu ovog pravila kod svih vrsta ugovora zastupa i Građanski zakonik Austrije (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, skraćeno: ABGB): „kod dvostrano obaveznih ugovora nejasna izjava se tumači na štetu onoga ko se njom služi“, a ovo pravilo je takođe predviđeno i u članu 1385. Holandskog građanskog zakonika, dok član 1278. španskog *Código civile* izričito predviđa „kod tumačenja nejasnih klauzula jednog ugovora ne sme se povlađivati ona strana koja je kriva za nejasnoće“.⁸¹⁸

Osim u građanskim zakonicima, odredbe o tumačenju OUP se u uporednom pravu mogu naći i u nacionalnom zakonodavstvu onih država koje su donosile posebne zakone kojima uređuju materiju opštih uslova poslovanja. Tako, ranije važeći nemački Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen*

⁸¹⁴ Videti član 100. Zakona o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 57/89-Odluka USJ i 57/89, „Službeni list SRJ“, broj 31/93 i „Službeni list SCG“, broj 1/03-Ustavna povelja).

⁸¹⁵ Pun latinski tekst ovog pravila glasi: „*Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.*“ (Celsus u D. 34.5.26). Citira se i kao: „*verba chartarum fortius accipuntur contra proferentem*“. Videti: Vilus, J., *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1976, str. 152.

⁸¹⁶ Član 1370. italijanskog Građanskog zakonika (*Il Codice Civile Italiano*). Za prevod italijanskog Gz na naš jezik, videti: *Italijanski građanski zakonik* (preveo V. Radmilović, redakcija i predgovor R. Đurović), Institut za uporedno pravo, Beograd, 1964, str. 40.

⁸¹⁷ Videti član 1162. Građanskog zakonika Francuske (*Code Civil*). Tekst francuskog Cc dostupan je i na: http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf.

⁸¹⁸ *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori S. Perović i D. Stojanović), Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 1980, str. 356.

Geschäftsbedingungen, skraćeno: AGB - Gesetz) od 9. decembra 1976. godine⁸¹⁹ u § 5. sadržao je sledeće pravilo: „Nejasne odredbe opštih uslova poslovanja tumačiće se na štetu korisnika“.⁸²⁰ Važeći Građanski zakonik Nemačke u članu kojim uređuje pitanja iznenađujućih i višeznačnih (dvosmislenih) klauzula⁸²¹, odnosno pogodbi, sadrži pravilo da nedoumice u pogledu tumačenja opštih uslova poslovanja padaju na teret korisnika (primenjivača).⁸²²

U prednacrtnu Građanskog zakonika Republike Srbije (knjiga druga: Obligacioni odnosi) zadržana je istovetna sadržina pravila ZOO o tumačenju u korist jedne strane (iako su ostale odredbe o tumačenju promenjene), dok je promenjen samo naslov iznad ovog člana i njegova numeracija. Konkretno, umesto sadašnjeg naslova iznad člana 100. ZOO *Nejasne odredbe u posebnim slučajevima*, predložen je naslov *Tumačenje u korist jedne strane* (s tim da sadašnji član 100. ZOO postaje član 112. Gz).⁸²³

Pored opisanog pravila, u izvorima prava, se sreće i pravilo da se prilikom sukoba odredbe opštih uslova poslovanja i odredbe koja je bila predmet posebnih pregovora među stranama, prednost daje ovoj drugoj. To je logično rešenje, jer se polazi od činjenice da, po pravilu, jedna strana koristi (najčešće sopstvene) OUP, a druga strana ih samo prihvata, tj. da se o sadržini OUP ne vode pregovori i da odredbe OUP nisu bile predmet posebnog razmatranja među stranama, već ih u praksi strana koja im pristupa u celini prihvata. Sa druge strane, razumno je pretpostaviti da odredbe o kojima se pojedinačno pregovaralo izražavaju zajedničku nameru ugovornih strana, koja, po pravilu, predstavlja, jedan od osnovnih kriterijuma za rukovođenje prilikom tumačenja svakog ugovora.

Suštinski isto pravilo, samo drugačije ili različito formulisano, sadrže i nadnacionalni izvori i nacrti kojima se teži harmonizaciji privatnog prava. Tako, Načela Evropskog ugovornog prava u članu 5:103. sadrže pravilo *Contra proferentem*: kada postoji sumnja o značenju ugovornih odredaba o kojima se nije pojedinačno pregovaralo,

⁸¹⁹ Nemački Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) primenjivao se do 1. januara 2002. godine, kada je prestao da važi, jer su tada stupile na snagu izmene i dopune Građanskog zakonika Nemačke (BGB-a) koje su uključile odredbe o opštim uslovima poslovanja, uz određene modifikacije, u skladu sa savremenim tendencijama i razvojem prava u pogledu OUP na nivou EU.

⁸²⁰ § 5. nemačkog Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja. Za prevod ovog zakona na srpski jezik, videti: *Strani pravni život*, br. 100, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1978, str. 26.

⁸²¹ U stavu 1. § 305c BGB-a sadrži pravilo po kome ne postaju sastavni deo ugovora one odredbe u opštim uslovima poslovanja koje su toliko neobične s obzirom na okolnosti, a naročito s obzirom na fizički oblik u kome se ugovor pojavljuje, da saugovarač korisnika (primenjivača) ne treba s njima da računa.

⁸²² § 305c stav 2. BGB-a.

⁸²³ Videti: *Građanski zakonik Republike Srbije – prednacrt, knjiga druga: Obligacioni odnosi*, Generalni sekretarijat Vlade Republike Srbije, Beograd, 2009, str. 44.

prednost treba dati onom tumačenju koje je manje povoljno za stranu koja je tu odredbu predložila.⁸²⁴ Od značaja može biti i pravilo koje daje prednost odredbama koje su bile predmet pregovora. Ovo pravilo iz člana 5:104. Načela određuje da odredbe koje su bile predmet posebnih pregovora imaju prednost u primeni u odnosu na one odredbe o kojima se nije pregovaralo.⁸²⁵ Načela sadrže i pravilo o tumačenju kojim se odredbe održavaju na snazi. Prema članu 5:106, treba dati prednost tumačenju na osnovu kojeg bi ugovorne odredbe bile zakonite ili bi imale dejstvo, u odnosu na ono po kojem bi bile nezakonite ili bez dejstva.⁸²⁶

UNIDROIT Principi međunarodnih trgovinskih ugovora sadrže pravilo koje uređuje pitanje sukoba odredaba opštih uslova i individualno dogovorenih odredaba. Prema članu 2.1.21. u slučaju sukoba između odredbe opštih uslova poslovanja i individualno dogovorene odredbe, prednost imaju poslednje.⁸²⁷ U zvaničkom komentaru uz ovaj član se ukazuje da se posebno dogovorene odredbe mogu nalaziti u istom dokumentu u kome su sadržani i opšti uslovi ili u odvojenom, te da u prvom slučaju mogu lako biti prepoznate na osnovu toga što su napisane drugačijim fontom i načinom ispisa nego OUP, dok u drugom slučaju može biti teže razlikovati odredbe koje su deo OUP od onih koje nisu i teže je utvrditi njihovo tačno mesto u hijerarhiji različitih dokumenata, te u ovom smislu strane često uključuju u ugovor odredbu koja izričito navodi dokumente koji čine sastavni deo njihovog ugovora i ukazuje na njihov odgovarajući značaj. Posebni problemi, navodi se u Komentaru, mogu da nastanu kada su izmene opštih uslova poslovanja dogovorene samo usmeno, bez da su sporne odredbe sadržane u OUP izbrisane ili precrtane, a ti OUP sadrže odredbu koja predviđa isključivu važnost pisanog dokumenta potpisanog od strane ugovornica, kao i da bilo kakve izmene ili dopune sadržine moraju biti u pisanom obliku.⁸²⁸

Od značaja za tumačenje opštih uslova poslovanja je i član 4.6. UNIDROIT principa koji sadrži pravilo *contra proferentem*, po kome se nejasni uslovi ugovora koje je predložila jedna strana tumače na njenu štetu.⁸²⁹ Zvaničan komentar UNIDROIT-a uz ovaj član polazi od toga da strana mora biti odgovorna za formulacije pojedinačnih ugovornih

⁸²⁴ Član 5:103. Načela Evropskog ugovornog prava.

⁸²⁵ Videti član 5:104. Načela Evropskog ugovornog prava.

⁸²⁶ Član 5:106. Načela Evropskog ugovornog prava.

⁸²⁷ Član 2.1.21. UNIDROIT Principa međunarodnih trgovinskih ugovora.

⁸²⁸ Videti: International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 72, gde se za ovo pitanje dalje upućuje na čl. 2.1.17. i 2.1.18.

⁸²⁹ Član 4.6. UNIDROIT Principa međunarodnih trgovinskih ugovora.

odredbi, bilo da ih je sama pisala ili je predložila primenu opštih uslova koje je pripremio neko drugi. Ta strana treba da snosi rizik moguće nedovoljne jasnoće odredbi koje je izabrala, a do kog nivoa će ovo pravilo biti primenjeno, zavisi od okolnosti slučaja – što su te odredbe ugovora u manjoj meri bile predmet pregovora među stranama, to je veća opravdanost da se prilikom tumačenja tumače protiv strane koja ih je uključila u ugovor.⁸³⁰

Prethodno izložena posebna pravila tumačenja imaju za cilj da spreče iskorišćavanje nadmoćnosti, dominantnog ili monopolističkog položaja jedne strane koja sastavlja i koristi OUP, tj. da onemoguće iskorišćavanje „slabijeg“ položaja drugog ugovarača.

Pitanje o tome da li ovakva posebna pravila tumačenja treba da postoje za izvore koje danas naslovljavamo izvorima formularnog prava ili i za njihovo tumačenje važe ista pravila kao i za tumačenje „običnih“ ugovora, postavljeno je u pravnoj teoriji odmah po stvaranju instituta ugovora po pristanku⁸³¹. Pravna teorija, sudska praksa, a potom izričito i zakonodavac dali su odgovor kroz posebna pravila tumačenja ovih izvora. U tom smislu se u našoj sudskoj praksi i pre stupanja na pravnu snagu ZOO (koji sadrži izričito pravilo o tumačenju *in dubio contra proferentem*) mogu naći slučajevi u kojima je sud stao na stanovište da treba primeniti opisano pravilo tumačenja. Tako je u jednom slučaju iz naše sudske prakse, koji navodi I. Jankovec, bilo sporno da li je oštećenje osigurane zgrade i inventara bilo prouzrokovano manifestacijama ili demonstracijama. Uslovi osiguranja, čija je primena bila ugovorena, predviđali su da je rizik manifestacija pokriven osiguranjem, a da rizik demonstracija nije – međutim, u uslovima osiguranja nije bilo precizirano kada će se smatrati da postoje manifestacije, a kada demonstracije. Sud je stao na stanovište da kada osiguravač u svojim uslovima za osiguranje neprecizno navede šta obuhvata određeni pojam i obim rizika, nepreciznost ide na njegovu štetu, pa je osiguraniku dosudio naknadu

⁸³⁰ International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 146-147. Ilustracija uz ovaj član, data u nastavku komentara, prikazuje situaciju da između lica A kao izvođača radova i lica B postoji ugovor o izgradnji industrijskog pogona koji sadrži odredbu koju je sastavilo lice A i koja nije dalje razmatrana, a po kojoj će „izvođač radova biti odgovoran i dužan da nadoknadi štetu naručiocu za sve gubitke, troškove i potraživanja po osnovu bilo kakvog gubitka ili oštećenja imovine (pored one na kojoj se radi), smrti ili telesne povrede izazvane nepažnjom izvođača radova, njegovih zaposlenih ili izvršilaca koje angažuje“. Jedan od zaposlenih lica A se igrao opremom lica B nakon radnog vremena i oštetio je. A odriče odgovornost, tvrdeći da pomenuta odredba pokriva samo slučajeve kada zaposleni lica A deluje u okviru svoje radne obaveze. U odsustvu bilo kakve naznake suprotnog, odredba će biti protumačena na način koji je manje povoljan za lice A, tj. kao da pokriva i slučajeve kada njegovi zaposleni deluju van svoje radne obaveze.

⁸³¹ Detaljnije videti: Blagojević, B., *Ugovori po pristanku – formularni ugovori* (doktorska rasprava), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1934, str. 85.

iz osiguranja.⁸³² Pravna teorija je obrazloženje za ovo pravilo našla u potrebi da se privredna organizacija koja pristaje da zaključi određene vrste ugovora samo prema unapred pripremljenim uslovima, učini odgovornom za jasnoću tih uslova, bez obzira na to da li je te uslove pripremila ona sama ili neko treći.⁸³³

13.2. Ograničenja u primeni posebnog pravila tumačenja OUP *in dubio contra proferentem* (ili *in dubio contra stipulatorem*)

Iako se na osnovu prethodno izloženih zakonskih pravila tumačenja OUP u uporednom i domaćem pravu, može zaključiti da skoro svaki pravni poredak ima posebno pravilo tumačenja nejasnih odredbi OUP, koje suštinski predstavlja izraz jednog istog principa *in dubio contra proferentem* (ili *in dubio contra stipulatorem*), inostrani pravni pisci su ovom pravilu uputili i značajne kritike, koje su poistekle iz sagledavanja neadekvatnih posledica koje uzrokuje njegova bezuslovna i neograničena primena u sudskoj praksi. Tako, analizirajući švajcarsku sudsku praksu E. Auer ističe da se kod sudova prilikom primene principa o nejasnoćama oseća „želja sudije da iskoristi povoljnu priliku koju mu pruža nespretna formulacija da bi se time malo svetio formularnim ugovorima koji mu baš nisu simpatični, ali se ne bi mogli pobijati“.⁸³⁴ U skandinavskom pravu je sličnu tendenciju konstatovao O. Lando, koji navodi da neke odluke predstavljaju „nasilje nad opštim uslovima“.⁸³⁵ U sličnom smislu, ilustrujući različitim primerima u kojima je manifestovan *a priori* stav suda protiv opštih uslova⁸³⁶ i drugi strani pravni pisci ukazuju na zloupotrebe ovog pravila tumačenja od strane sudova, te ukazuju da u primeni ovog pravila treba biti naročito obazriv. Pravna teorija sadrži i stavove da je ovo pravilo nastalo pod uticajem emocija, da ima penalni efekat, da je ono sredstvo za skrivenu

⁸³² Presuda Vrhovnog privrednog suda, Sl. 136/70 od 13.1.1971, Zbirka sudskih odluka, knjiga XVI, sveska 3, odluka pod brojem 410; navedeno prema: Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 30.

⁸³³ Tako: Stojanović, D., *Tumačenje ugovora, samoupravnih sporazuma i društvenih dogovora*, Beograd, 1982, str. 116; navedeno prema: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 31.

⁸³⁴ Auer, E., *Die richterliche Korrektur von Standardverträgen*, Bern, 1964, str. 12, sa daljim pozivanjem i na članak Recht, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 79, 1961, str. 67; navedeno prema: Vilus, J., *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1976, str. 154.

⁸³⁵ Lando, O., *Scandinavien*, u: *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (ed. E von Caemmerer), Frankfurt/M – Berlin, 1968, str. 116; navedeno prema: Vilus, J., *ibid.*

⁸³⁶ U uporednom pravu se s tim u vezi ističe da sudovi ponekad neku odredbu opštih uslova koja nije dovoljno razumljiva tumače onako kako odgovara drugoj strani iako to tumačenje nije pravično. Videti: Vilus, J., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 321.

korekturu ugovora od strane suda (da se uzima kao dobrodošlo sredstvo da se u odori tumačenja izvrši korektura opštih uslova)⁸³⁷ i sl.

Različite kritike ovog pravila tumačenja i zamerke načinu njegove primene u praksi, mogle bi se sistematizovati kao sledeća ograničenja (ili pretpostavke) primene pravila *in dubio contra proferentem* (ili *in dubio contra stipulatorem*).

1. Prvo, najpre treba biti siguran da je zaista reč o nejasnoći (kao pretpostavci za primenu ovog posebnog pravila tumačenja). O (stvarno postojećoj) nejasnoći bi se u ovom smislu moglo govoriti ako se prethodna opšta pravila tumačenja primene i iscrpe, a da se ne postigne rezultat. Komentatori našeg ZOO-a ističu da se pravilo o nejasnoći ne može primeniti u svakom slučaju u kome između stranaka postoji spor o tumačenju pojedine ugovorne klauzule, tj. ako se dve strane pozivaju na različito tumačenje jednog pojma, a nejasnoća se može ukloniti putem objektivnog tumačenja po kriterijumu razumnosti i korektnosti, ne postoji nejasnoća u tehničkom smislu reči.⁸³⁸ Zbog toga se naglašava da ovo pravilo važi kao sekundarni, tj. supsidijerni⁸³⁹ princip tumačenja, čijoj primeni ima mesta tek ako druge metode tumačenja ne postignu rezultat, tj. ako i posle primene svih ostalih principa ostaje sumnja koja se ne može na drugi način otkloniti, kao i da se, pravno posmatrano, mogu zastupati najmanje dva tumačenja.⁸⁴⁰ U tom smislu se u delu literature podvlači da je pravilo o nejasnoći *ultima ratio* postupka tumačenja: tek ako sve druge mogućnosti tumačenja otkazu, postoji pravna nejasnoća i samo u tom slučaju može doći do primene pravila o nejasnim klauzulama.⁸⁴¹

2. Drugo ograničenje pojedini domaći autori vide u primatu načela jednake vrednosti (ekvivalentnosti) uzajamnih davanja⁸⁴² u odnosu na pravilo *contra stipulatorem*, kada je reč o obostrano obavezujućim ugovorima. U tom smislu I. Jankovec iznosi stav da sud može tumačiti nejasne odredbe opštih uslova poslovanja koje je predložila jedna

⁸³⁷ Videti: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori S. Perović i D. Stojanović), Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 1980, str. 355.

⁸³⁸ *Ibidem*.

⁸³⁹ Videti i: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 320, gde se ukazuje da primeni ovog pravila nema mesta ako se nejasnoća u opštim uslovima može i bez njega otkloniti.

⁸⁴⁰ Videti: Vilus, J., *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1976, str. 153. Slično i: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 320.

⁸⁴¹ Tako: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori S. Perović i D. Stojanović), str. 355.

⁸⁴² Članom 15. ZOO-a propisano je da u zasnivanju dvostranih ugovora strane polaze od načela jednake vrednosti uzajamnih davanja.

ugovorna strana na teret te strane samo do one mere dok se na taj način ne vredi načelo jednake vrednosti davanja.⁸⁴³

3. Treće ograničenje se odnosi na to da ovo specijalno pravilo tumačenja ne treba primenjivati na sve OUP, već samo na one koje je kreirala ili na čijoj primeni insistira⁸⁴⁴ jedna ugovorna strana, što znači da ga ne treba primenjivati u onim situacijama u kojima su strane pregovarale o izboru OUP koje je kreirala treća strana. U međunarodnim poslovnim operacijama se neretko dešava da ugovarači izaberu neke od OUP koje su kreirale međunarodne organizacije ili udruženja (npr. FIDIC-ove ili ženevske opšte uslove). Pravna teorija ukazuje da u slučajevima kada se koriste opšti uslovi koje je sastavila treća strana, ne postoje razlozi da se odgovornost za nejasne klauzule prebaci na bilo koju stranu ugovornicu, a tome se dodaje i napomena da se ovakvi opšti uslovi sastavljaju dovoljno brižljivo da se jedva može pojaviti neka nejasnoća koja se ne bi mogla otkloniti iz smisla celine.⁸⁴⁵

4. Imajući u vidu da se OUP pripremaju da važe za unapred neodređeni broj subjekata i situacija, ovim pravilom tumačenja OUP štiti se pravna sigurnost, tj. opšti i nadindividualni interes, zbog čega u primeni ovog pravila treba poći od objektivnog stanovišta. U tom smislu, strani pravni pisci ukazuju da je ovo tumačenje nezavisno od okolnosti pojedinog slučaja. Tako, M. Wolf navodi da nije od značaja da li je dotični kupac razumeo nejasne odredbe u smislu kakav im je dao sastavljač ili ih je prema svojim

⁸⁴³ Ovaj stav profesor Jankovec objašnjava i na primeru klauzule o ograničenju odgovornosti. „Zato pravilo contra stipulatorem ne može biti primenjeno, ili se može primeniti samo u ograničenoj meri, ako opšti uslovi ugovora o prodaji sadrže klauzulu o ograničenju odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke stvari koja se prodaje. Cena u takvim ugovorima redovno je niža nego kad bi prodavac u punoj meri odgovarao za materijalne nedostatke stvari. Ako bi se u slučaju spora pokazalo da je odredba opštih uslova o ograničenju odgovornosti prodavca nejasna, a opšte uslove je predložio prodavac, možemo je tumačiti u korist kupca samo do one mere do koje to s obzirom na načelo ekvivalencije dozvoljava ugovorna cena.“ – Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 32.

⁸⁴⁴ Ovde je reč o situacijama kada jedna ugovorna strana nije sama kreirala OUP, već u svojoj poslovnoj praksi koristi postojeće (gotove) OUP koje je kreirao neko treći, ali insistira na njihovoj primeni u ugovornim odnosima u koje stupa.

⁸⁴⁵ Tako: Vilus, J., *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1976, str. 153. Sličan stav o tome da pravilo contra stipulatorem ne može biti primenjeno u onim slučajevima u kojima je formularni tekst primenjen kao rezultat pregovora ugovornih strana, zastupa i I. Jankovec, koji ukazuje da ono ne može biti primenjeno ni u onim slučajevima u kojima su se ugovorne strane sporazumele da njihova međusobna prava i obaveze budu uređeni opštim uslovima koje ni jedna od njih ne koristi stalno u svom poslovanju, jer su u takvim situacijama opšti uslovi poslužili samo radi olakšanja pregovaranja i sastavljanja teksta ugovora, te oni nisu postali sastavni deo ugovora na insistiranje jedne ugovorne strane. Videti: Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 31.

znanjima i sposobnostima mogao da razume, već da se mora voditi računa o interesu svih potencijalnih kupaca, određene grane ili slojeva kojima pripada druga ugovorna strana.⁸⁴⁶

5. U domaćoj pravnoj teoriji I. Jankovec ukazuje da i kod primene pravila *contra stipulatorem* treba voditi računa o načelu savesnosti i poštenja, te navodi da ako je prilikom zaključenja ugovora druga ugovorna strana mogla primetiti da je neka odredba predloženih opštih uslova nejasna i neodgovarajuća s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, pa je zbog te nejasnoće kasnije u primeni ugovora nastao spor, ne može se primeniti pravilo *contra stipulatorem*.⁸⁴⁷ Profesor Jankovec zastupa stav da je i ugovorna strana koja pristupa opštim uslovima na kojima insistira druga ugovorna strana dužna da postupi sa odgovarajućom pažnjom, te ako je olako prihvatila ponuđene opšte uslove mada oni nisu u svemu bili odgovarajući konkretnoj situaciji, onda je i ona odgovorna za nejasnoće u tekstu ugovora.⁸⁴⁸

6. Pravni pisci ukazuju da u uporednom pravu postoje i slučajevi u kojima su sudovi nejasne odredbe OUP tumačili *pro stipulatorem*, polazeći od načela savesnosti, dobre vere i sličnih načela, smatrajući da ona idu ispred pravila *in dubio contra stipulatorem*.⁸⁴⁹

Iako se uočava da većina pravnih sistema sadrži posebno pravilo tumačenja opštih uslova poslovanja koje sa varijacijama izražava princip *in dubio contra proferentem* (ili *in dubio contra stipulatorem*, na osnovu svega izloženog se, u vezi sa njegovom primenom u praksi, mogu izvesti sledeća dva zaključka.

1. Prvo, ovo specijalno pravilo tumačenja ne treba primenjivati kao isključivo i jedino kada je reč u ugovorima koji uključuju OUP, već supsidijerno u odnosu na opšta pravila tumačenja. Dakle, najpre treba uzeti u obzir opšta pravila tumačenja, pa tek ako se njima ne može utvrditi značenje upotrebljenog izraza, onda primeniti pomenuto posebno pravilo tumačenja.

⁸⁴⁶ Wolf, M., *Gesetz und Richterrecht bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Juristenzeitung 15/16, 1974, str. 456-470, navedeno prema: Vilus, J., *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1976, str. 153, koja na istom mestu ukazuje da navedeni stav zastupa i G. Raiser (*Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe, 1966, str. 20) navodeći da ovakvo shvatanje zastupaju kako nemački, tako i američki pravници. Identična argumentacija potom i u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 320.

⁸⁴⁷ Videti: Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 31.

⁸⁴⁸ *Ibidem*.

⁸⁴⁹ Vilus, J., *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1976, str. 154, a isto potom i u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 321.

2. Drugo, u primeni ovog posebnog pravila treba biti oprezan (zbog uočenih zloupotreba u uporednom pravu), tj. ne treba ga primenjivati bezuslovno i neograničeno, već imati u vidu ograničenja u njegovoj primeni.

Nakon razmatranja svih aspekata zakonskih pravila tumačenja opštih uslova poslovanja čini se da treba dodati još dve zaključne napomene, koje proizlaze iz različitog karaktera OUP (imajući u vidu subjekta koji ih kreira), sa jedne strane i vrste ugovornog odnosa u kome se primenjuju, sa druge.

Prvo, pri tumačenju OUP, tj. primeni posebnih pravila tumačenja treba voditi računa o tipu ugovornog odnosa u kome se primenjuju OUP, tj. pravilo *in dubio contra proferentem* (ili *in dubio contra stipulatorem*) bi trebalo shvatiti kao prvenstveno namenjeno za potrošačko pravo, tj. ugovorne odnose profesionalaca i potrošača, dok bi ono u trgovačkim poslovnim operacijama, tj. ugovornim odnosima među trgovcima-profesionalcima trebalo da ima ograničen i uslovni domašaj.⁸⁵⁰

Drugo, kada je reč o opštim uslovima poslovanja koje ne priprema jedna strana, već ih donosi država (državni organi, odnosno organi vlasti) i organizacije koje vrše javna ovlašćenja, privredne komore i sl. pravila sadržana u njima imaju karakteristike (apstraktna, opšta pravila namenjena neodređenom broju lica) koje ih približavaju pravnim normama, tj. propisima, zbog čega se kod njih ne primenjuju prethodno izneta pravila tumačenja koja su karakteristična za ugovore, već se istražuje smisao koji ta odredba OUP ima uopšte⁸⁵¹.

13.3. Autentično tumačenje

Moguće i u praksi korišćeno rešenje jeste da sami opšti uslovi poslovanja sadrže pravila o značenju pojedinih termina i/ili nejasnih odredbi. Od ove dve grupe pravila češća je prva, tj. opšti uslovi poslovanja češće sadrže odredbe kojima se precizira značenje i

⁸⁵⁰ Ipak, u praksi, a posebno danas u uslovima globalizacije postoji bitna razlika između ekonomske i socijalne snage privrednih subjekata: s jedne strane multinacionalne kompanije, a sa druge strane preduzetnici i mala i srednja preduzeća. Na prvi pogled bi se moglo reći da je pitanje da li tu ima prave ravnopravnosti (u svakodnevnoj praksi, ne u pravnoteorijskom smislu) i da postoji realna mogućnost da „veliki igrači“ u tim uslovima zloupotrebljavaju svoj položaj. Ako bi se pošlo tim putem, onda bi se moglo postaviti i pitanje da li malim i srednjim preduzećima treba obezbediti posebnu pravnu zaštitu, npr. da li proširiti dejstvo Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga i na ova privredna društva.

⁸⁵¹ Tako i Kapor. Videti: Kapor, V. u: Kapor, V., Carić, S., *Ugovori robnog prometa*, Privredna akademija, Novi Sad, 2007, str. 78.

sadržina upotrebljenih pojmova i termina, a ređe pravila o tumačenju nejasnih odredbi ugovora (što je u nas uređeno zakonom). S obzirom da ovakvo tumačenje daje sam kreator (stvaralac) opštih uslova poslovanja, ono se može nazvati autentičnim tumačenjem.

U pogledu sistematike i mesta u strukturi, kod OUP koji sadrže pravila o značenju, odnosno tumačenju upotrebljenih termina, takve odredbe se najčešće nalaze u početnom (uvodnom) delu OUP (ređe na kraju), čime i sistematizacijski slede logiku zakonodavca, imajući u vidu da i zakoni, po pravilu, u uvodnim odredbama sadrže pravila o značenju upotrebljenih pojmova. U nas od 2010. godine postoji i izričita norma da objašnjenje značenja pojedinih pojmova koji se koriste u propisu, u pogledu sistematizacijskog mesta, treba da bude sadržano u uvodnom delu propisa.⁸⁵² Ova sličnost sa propisom i ujedno još jedna odlika OUP, opravdava njihovo poimanje kao malih zakonika i jedan je od razloga zbog koga se smatra da stavovi pojedinih autora o njihovom nalikovanju propisima, te normativnoj pravnoj prirodi nisu sasvim bez osnova.

Potencijalni problem u ovim situacijama autentičnog tumačenja jeste da kreator opštih uslova poslovanja nejasne termine tumači u svoju korist, tj. realno je očekivati da kada ih sam sastavlja da je prefektno vodio računa o zaštiti svojih interesa - u svakom slučaju više nego interesa druge strane. To može biti nefer situacija, tj. protivna načelu savesnosti i poštenja, a pravnim sredstvima u ovim situacijama se danas bavi pravo potrošača.

Pored toga, kada je reč o OUP koje su sastavila udruženja privrednika, odnosno trgovačke organizacije, moguće je da donosilac tih OUP dâ autentično tumačenje upotrebljenih izraza koje se odnosi na sve vrste OUP koje donosi, jer je u prethodnom delu pokazano da pojedina udruženja i organizacije donose više vrste OUP, u zavisnosti od predmeta, tj. vrste robe.

13.4. Običajna pravila tumačenja

Kako opšti uslovi poslovanja uobičajeno važe i sastavljaju se da važe određeni relativno duži vremenski period, kako bi bili ponuđeni neograničenom broju neodređenih lica, postepeno dolazi do približavanja i u određenoj meri ujednačavanja sadržine opštih uslova poslovanja različitih subjekta, tj. pojmova i odredbi koji su u njima sadržani. Tako se protekom vremena u privrednoj grani, odnosno sektoru postepeno stvara poslovni,

⁸⁵² Videti član 7. stav 1. Jedinjstvenih metodoloških pravila za izradu propisa („Sl. glasnik RS”, broj 21/2010).

privredni, odnosno trgovački običaj i formira se jedno uobičajeno značenje određenih pojmova i odredbi, te iako nije zapisano značenje upotrebljenih pojmova u OUP, kada su strane savesne ili kada među njima postoji odnos međusobnog poverenja, onda obe strane razumeju smisao (s obzirom na cilj zaključenog posla) i nemaju dilemu šta tačno podrazumeva upotrebljeni pojam, odnosno odredba.

Tako se u slučaju potrebe za tumačenjem, može primeniti običajno pravilo o uobičajenom značenju koje takva odredba ili pojam ima u datoj privrednoj grani ili sektoru u kome privredni subjekt posluje i zaključuju ugovore služeći se opštim uslovima poslovanja.

Na značenje izraza koje je uobičajeno u (trgovinskoj) praksi ukazuje i V. Kapor: „Ako se pri tumačenju ne može ustanoviti prava i saglasna volja stranaka, onda se reči i izrazi upotrebljeni u ugovoru imaju tumačiti u značenju koje je uobičajeno u odgovarajućoj privrednoj sredini. Zbog potreba prometa i velike povezanosti u privredi je više nego igde uobičajeno izražavanje na isti način i jednoobrazno postupanje (kod pakovanja robe, kod slanja robe, kod prevoza, kod plaćanja, itd.), stoga je u slučaju sumnje opravdano uzeti da su stranke htele ono što je uobičajeno u privrednom prometu. U privrednom prometu pojedine reči i izrazi imaju drugo značenje nego u redovnom građansko-pravnom prometu dobara. Tako, npr. rok „bez odlaganja“ ne znači uvek neodložno pristupanje izvršenju određene radnje, nego jedan kratak rok vremena, ili izraz „circa“, „oko“ i sl. ne znači da privredna organizacija može da odstupi koliko hoće od ugovorene količine, nego samo za izvestan mali procenat, koji je uobičajen u praksi, npr. 5% od ugovorene količine, itd. ...⁸⁵³ Međutim, treba imati u vidu da je upotreba reči i izraza u uobičajenom smislu u odgovarajućoj sredini samo pretpostavka, stranke mogu dokazati da su izraz upotrebile u drugom, a ne u uobičajenom smislu, i ono što su same stranke htele merodavno je na prvom mestu.“⁸⁵⁴

⁸⁵³ „Zatim, u privrednom prometu uobičajeni su izvesni izrazi u cilju reklame robe ili usluga, kao i izvesni izrazi učtivosti. Stoga valja razlikovati obavezu za koju se odgovara od reklama i hvalisanja, npr. u ponudi koja je prihvaćena stajalo je da je to „najbolja roba što postoji“, što ne treba shvatiti bukvalno, itd. Isto tako izrazi učtivosti ne menjaju obligatornu prirodu posla, ako je ova inače ustanovljena. - Pri ovom tumačenju treba voditi računa o značenju reči i izraza u raznim situacijama („odmah“ ne znači isto kod isporuke i kod plaćanja, itd.)“ - Kapor, V. u: Kapor, V., Carić, S., *Ugovori robnog prometa*, Privredna akademija, Novi Sad, 2007, str. 77-78.

⁸⁵⁴ Kapor, V. u: Kapor, V., Carić, S., *op. cit.*, str. 77-78.

13.5. Sudsko tumačenje i tumačenje arbitraže

Sud, odnosno arbitraža će, u slučaju spora, u prvom redu primenjivati zakonska pravila tumačenja, odnosno pravila tumačenja koje sadrži određena međunarodna konvencija, ukoliko se ta konvencija primenjuje na dati slučaj.

Moglo bi se, u mogućem sudskom ili arbitražnom sporu, kao prethodno pitanje postaviti pitanje i problem tumačenja pojedinih pojmova i/ili odredbi sadržanih u OUP, a koje su postale sastavni deo ugovora.

U takvoj situaciji sud ili arbitraža može se koristiti generalnim standardima koje predviđaju pojedini nacionalni i međunarodni izvori prava, kao što je: šta bi pod tim podrazumevalo razumno lice, lice istih osobina, savesna strana, dobar privrednik i sl.

Pojedini izvori, kao Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, ovde uključuju i pregovore, tj. značenje koje su strane podrazumevale prilikom pregovora. Ali ovo pravilo u praksi ima ograničen domašaj, jer imajući u vidu cilj i svrhu postojanja opštih uslova poslovanja, ugovori koji uključuju njihovu primenu se u najvećem broju slučajeva zaključuju bez pregovora.

Mogla bi od koristi biti i korespodencija ukoliko je bilo te se iz sadržaja njihovih pisama o zainteresovanosti ili pisama o namerama ili uzajamnih poziva na pregovore ili ponuda može sagledati šta su imale u vidu i koji je bio cilj.

Situacija je čini se nešto lakša ukoliko je već postojala poslovna saradnja ili dugoročna poslovna kooperacija, te bi se moglo koristiti ono što su strane ranije u poslovnom odnosu podrazumevale pod tim pojmom ili odredbom.

Takođe sud ili arbitraža bi ovde mogao problem rešiti primenom običaja, naročito poslovnog, privrednog ili trgovinskog običaja, primenjujući uobičajeno značenje koje takva odredba ili pojam ima u određenoj privrednoj grani ili sektoru.

Deo III

(NEKE) TIPIČNE KLAUZULE U OPŠTIM USLOVIMA POSLOVANJA

1. POSTOJE LI TIPIČNE ILI NEKE TIPIČNE KLAUZULE OUP?

Kada se analiziraju opšti uslovi poslovanja najpre se uočava da se oni međusobno veoma razlikuju i po obimu i po sadržini i po pojavnom obliku. Uz to, činjenica da se koriste u mnogim, međusobno različitim oblastima poslovanja, čini značajnu prepreku da se na uopšten način dođe do pravilnosti u njihovoj sadržini i da se utvrdi zajednička struktura, a pitanje je da li ona i postoji na takav način da svi opšti uslovi poslovanja slede isti raspored odredbi.

U stranoj literaturi, ovakvo istraživanje sproveo je Berlioz, koji je primenom opštijih kriterijuma klasifikacije, podelio, odnosno razvrstao klauzule opštih uslova na osam kategorija: (1) klauzule koje pokazuju dublju nameru strana, (2) klauzule tehničke prirode (granice tolerancije, tehničke garancije, garancije radnih karakteristika, itd.), (3) klauzule o isporuci (datum i mesto isporuke), (4) klauzule o sredstvima obezbeđenja, (5) klauzule koje se odnose na određivanje cene i modaliteta plaćanja, (6) klauzule o ugovornoj kazni, (7) klauzule o prestanku ugovora, (8) klauzule koje se mogu kvalifikovati kao procesne (klauzula o mesnoj nadležnosti, kompromisorna klauzula, klauzula o gubitku prava na tužbu).⁸⁵⁵ Imajući u vidu da je ovakva struktura upitna sa aspekta da li važi za sve oblasti u kojima se OUP koriste, moguće je da se istražuje pravilnost u strukturi i sadržini, tj. da se traga za zajedničkim klauzulama na nivou svake od oblasti u kojima se koriste OUP – dakle, posebno u bankarskim poslovima, posebno u oblasti osiguranja, posebno u oblasti prevoza, posebno u oblasti trgovine na internetu i sl. Takvu analizu različitih OUP u jednoj oblasti – konkretno oblasti prodaje i to samo trgovačke, izvršio je Keller, koji je nakon svog istraživanja, izdvojio sledećih 12 različitih vrsta klauzula koje se sreću u OUP: (1) klauzula koja se odnosi na cenu, (2) klauzula o modalitetima plaćanja, (3) klauzula o raspodeli rizika, (4) klauzula o mestu prodaje i transportu stvari, (5) klauzula koja se odnosi na ambalažu, (6) klauzula o docnji prodavca, (7) klauzula o docnji kupca, (8) klauzula koja reguliše posledice naknadne nemogućnosti izvršenja, (9) klauzula o ugovornoj kazni, (10) klauzula o zadržavanju prava svojine, (11) klauzula o odgovornosti za fizičke nedostatke, (12) klauzula o nadležnosti suda.⁸⁵⁶

⁸⁵⁵ Berlioz, G., *Le contrat d'adhésion*, 2^{ème} éd., Paris, 1976, str. 36, navedeno prema: Đurđević, M., *Ugovor po pristupu* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 47.

⁸⁵⁶ Keller, M., *Die Auslegung obligationenrechtlicher verträge*, 1961, navedeno prema: Đurđević, M., *op. cit.*, str. 46.

Međutim, čak i kada bi se uložio značajan trud da se dođe do zajedničke strukture i klauzula OUP u svakoj od oblasti u kojoj se koriste (a kojih je sve više i više), pitanje je da li bi to omogućilo izvođenje opšteg zaključka o strukturi i zajedničkim klauzulama za sve opšte uslove poslovanja, a da se takva struktura i klauzule razlikuju od strukture ugovora⁸⁵⁷ uopšte.

Drugo je pitanje, možda i važnije, da li bi takav rezultat osim saznanje funkcije, imao ikakvu upotrebnu vrednost u smislu praktične pravne primenjivosti i značaja. Čini se da bi bilo korisnije tragati za tipičnim klauzulama koje su najčešće (ili po pravilu) sadržane u većini OUP, a čija su sadržina, pravna priroda, cilj, pravna dejstva ili posledice takve zahtevaju posebno razmatranje u smislu potrebe za kontrolom, posebnim pravnim uređenjem, a neke i od njih i za intervencijom. Zato će u nastavku ovog istraživanja fokus biti usmeren na takve tipične klauzule sadržane u opštim uslovima poslovanja.

Analizom sadržaja opštih uslova poslovanja različitih privrednih subjekata u raznovrsnim privrednim delatnostima, može se uočiti da postoji određeni broj klauzula koje su često, skoro po pravilu, sadržane u najvećem broju OUP. Tako bi se *prima facie* moglo zaključiti da je reč o klauzulama karakterističnim za OUP, ali kako se one ne nalaze nužno sve u svakim opštim uslovima poslovanja, ne može se zaključiti da one predstavljaju karakteristiku OUP, odnosno takav zaključak se ne bi mogao argumentovano braniti. Osim toga, iako su specifične za OUP, neke od klauzula takve sadržine se mogu sresti i u drugim izvorima formularnog prava, što ne dovodi u pitanje činjenicu da su one redovno sadržane u OUP. S obzirom na navedeno, naziv (i naslov) *tipične* klauzule nameće se kao odgovarajući i adekvatniji od drugih mogućih naslova (na primer: najčešće, karakteristične, uobičajene, specifične i sl.). Uz to, dodatno preciziranje *neke* ukazuje da je reč o izboru onih koje su u ovom trenutku posebno pravno zanimljive. Kasnija analiza pokazala je i da neke tipične klauzule odabrane u ovom radu imaju i potencijal da utiču da balans između prava i obaveza (čak i pravnog položaja) strana koje zaključuju ugovor primenom OUP, što je potvrdilo korist ovog dela istraživanja. U tom kontekstu i primenom navedenih kriterijuma, kao sastavni deo OUP najčešće se pojavljuju neke tipične klauzule: klauzule egzoneracije, ugovorne garancije, tzv. „odbrambene“ klauzule, klauzule o

⁸⁵⁷ Istražujući standardne klauzule koje se redovno unose u ugovore međunarodnog poslovnog prometa, prof. dr Jelena Perović, kao takve izdvaja sledeće: klauzula o promenjenim okolnostima, klauzula o višoj sili, klauzule o isključenju i ograničenju odgovornosti, klauzula o merodavnom pravu, klauzula o arbitraži. Videti: Perović, J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2012.

neopozivosti, različite nepoštene i nefer klauzule, kao i klauzule o načinima rešavanja spora (koje uključuju i prorogacione, arbitražne i klauzule o alternativnim načinima rešavanja spora). Zbog pomanjkanja empirijskog istraživanja u ovoj oblasti, moguće je da ovaj spisak nije iscrpan, ali postoji prostor i potreba da se navedene klauzule, koje su nesporno sadržane u OUP, detaljnije razmotre i istraže njihove specifičnosti u opštim uslovima poslovanja.

Neke od navedenih klauzula su znatno češće sadržane u OUP koje kreiraju privredna društva (na primer, klauzule o neopozivosti, nefer klauzule, klauzule egzoneracije) i sastavljene su u korist tog privrednog društva koje ih kreira, tj. imaju za cilj da maksimalno jednostrano zaštite njegove interese, na taj način što ga neopravdano oslobađaju odgovornosti, kao i ograničavaju prava drugog ugovarača. Sa druge strane, pojedine od navedenih klauzula karakterističnih za OUP podjednako se nalaze u OUP koje su kreirala privredna društva, kao i u onima koje su kreirale međunarodne organizacije, udruženja i drugi subjekti. Takav je slučaj, na primer, sa prorogacionim, arbitražnim i klauzulama o alternativnim načinima rešavanja sporova.

2. KLAUZULE EGZONERACIJE

Ugovori, u skladu sa načelom *pacta sunt servanda*, predstavljaju zakon za one koji su ih zaključili i činjenica da dužnik ne ispuni neku obavezu koju je ugovorom preuzeo, u celini ili delimično, proizvodi određene pravne posledice, uključujući i pravo na naknadu pretrpljene štete.⁸⁵⁸ Ova obaveza na naknadu štete, koja stupa na mesto neispunjene ugovorne obaveze, predstavlja ugovornu odgovornost dužnika.⁸⁵⁹ Koristeći se načelom autonomije volje i slobode ugovaranja, koje je sa njim povezano, strane ugovornice slobodno uređuju sadržinu svog ugovornog odnosa, u granicama određenim merodavnim pravom.⁸⁶⁰ Sloboda ugovaranja, međutim, često se za slabiju ugovornu stranu pretvara u nužnost te ona, da bi zadovoljila svoju neophodnu potrebu, ali delom i usled svog pasivnog držanja u procesu zaključenja ugovora, pristaje na ugovorne uslove koje je unapred opštim

⁸⁵⁸ Jovičić, K., Vukadinović, S., *Ugovorna odgovornost - pravni režim u uporednom pravu*, Teme br. 2/2018, str. 648.

⁸⁵⁹ Jankovec, I., *Ugovorna odgovornost*, Poslovna politika, Beograd 1993, str. 11, koji na istom mestu podseća da je naš Nacrt zakona o naknadi štete iz 1961. godine u članu 1. stav 2. sadržao u ovom pogledu sledeću formulaciju: „Ugovornom odgovornošću se naziva obaveza dužnika, da svome poveriocu naknadi štetu, koju mu je prouzrokovao povredom ugovorne ili koje druge obaveze, koja između njih postoji.“

⁸⁶⁰ Po pravilu, sloboda ugovaranja ograničena je imperativnim normama merodavnog prava, javnim poretkom i dobrim običajima. U našem pravu videti član 10. ZOO.

uslovima poslovanja odredila druga strana. Ovi ugovorni uslovi su prilagođeni potrebama strane koja ih je kreirala i oni redovno sadrže ugovorne klauzule o ograničenju ili isključenju ugovorne odgovornosti, poznate i pod nazivom klauzule egzoneracije. Ugovorno ograničenje ili isključenje odgovornosti donosi prednost strani u čiju korist je predviđeno, naročito u situaciji kada za drugu stranu nije ugovoreno isto pravo. Jasno je da se u tom slučaju narušava ravnoteža međusobnih ugovornih davanja i da strana koja je kreirala OUP sa takvim pogodbama ostvaruje povoljnosti, često i na štetu druge strane koja je te uslove prihvatila.

Klauzule egzoneracije se u opštim uslovima poslovanja javljaju u različitim formulacijama, ali sve one imaju za cilj pokušaj da suštinski isključe ili tako ograniče da obesmisle odgovornost za neispunjenje ugovora, čak i kada je dužnik za to kriv. Ovo isključenje odgovornosti može da bude sveukupno, tako da obuhvati sve ugovorne obaveze dužnika, a može da se odnosi i samo na pojedine njegove obaveze. U praksi se, za postizanje ovog cilja, pored direktnog isključenja ugovorne odgovornosti, koriste i druge formulacije kojima se teži postizanju istog dejstva – kao, na primer, uklanjanje neke ugovorne obaveze koju bi dužnik po redovnom toku stvari trebalo da ispuni; prebacivanje tereta dokazivanja na drugu ugovornu stranu; predviđanje uslova pod kojima jedna obaveza dužnika prestaje da postoji itd.

Razvrstavanje klauzula odgovornosti i njihovo sistematizovanje moguće je vršiti primenom različitih kriterijuma. Polazeći od osnovnih elemenata ugovorne odgovornosti, profesor Dobrosav Mitrović u svojoj doktorskoj disertaciji, klauzule neodgovornosti shvata u njihovom najširem smislu i razvrstava ih koristeći kao kriterijume pojedine konstitutivne elemente ugovorne odgovornosti. Sledeći taj pravac, Mitrović pravi trodeobu na: (1) klauzule o isključenju, izmeni i sužavanju pojedinih ugovornih obaveza; (2) klauzule o okolnostima koje sprečavaju izvršenje ugovora i eliminišu ugovornu odgovornost i (3) klauzule o isključenju i ograničenju odgovornosti u slučaju postojanja krivice.⁸⁶¹ Profesor Aleksandar Ćirić, pored izložene trodeobe za koju konstatuje da je (pod uticajem stavova francuske doktrine) posebno naglašena u domaćoj pravnoj literaturi, izdvaja tri kriterijuma podela klauzula egzoneracije: (1) prema obimu oslobođenja od odgovornosti vrši se podela

⁸⁶¹ Mitrović, D., *Klauzule neodgovornosti u trgovačkoj kupoprodaji sa stranim elementom* (doktorska disertacija), Univerzitet u Beogradu, Beograd, 1966, str. 19-23, koji na istom mestu (str. 19) definiše klauzule neodgovornosti kao sve odredbe ugovora kroz koje ugovorne strane regulišu na za njih povoljniji način svoj položaj u ugovoru u pogledu njihove odgovornosti, s obzirom na vrstu ugovora i njegovo zakonsko regulisanje, i to isključujući ili modifikujući izvesne svoje obaveze ili isključujući ili ograničavajući svoju odgovornost, po svim ili pojedinim obavezama iz ugovora, uz navođenje određenih okolnosti ili bez njihovog navođenja.

na klauzule o isključenju i ograničenju odgovornosti; (2) prema stepenu određenosti oslobađajućih okolnosti razlikuju se specijalne (kod kojih se okolnosti nabrajaju - npr. rat, poplava, požar, štrajk, lokaut, embargo, sneg, karantin itd.) i generalne klauzule (kod kojih se na uopšten način predviđa oslobođenje ili ograničenje od odgovornosti, te se one najčešće sreću kao dodatak specijalnim klauzulama, tako što se posle njihovog nabiranja dodaje izraz „i sve druge okolnosti iste vrste” i sl.); (3) prema kriterijumu vremenskog trajanja oslobođenja, mogu se razlikovati klauzule koje trajno oslobađaju i one koje odlažu dejstvo odgovornosti (npr. elementarna nepogoda ograničenog trajanja), a kao tri posebne vrste klauzula egzoneracije izdvaja: (a) odredbe ugovora kojima se teret dokazivanja (*onus probandi*) prebacuje sa ekonomski jače na ekonomski slabiju stranu; (b) klauzule kojima se ograničava odgovornost do određenog iznosa (na primer, za svaki dan docnje sa isporukom robe, prodavac je dužan da plati ugovornu kaznu u visini od 0,005%, ali ne više od 8% od vrednosti predmeta isporuke) i (c) poseban vid egzoneracije kod tzv. „ugovornog proširenja pojma više sile” kada svojom saglasnošću ugovorne strane vrše izmenu pojma više sile tako što za njeno dejstvo vezuju i obične, svakodnevne pojave, kao što je na primer poledica na putu, kiša, sneg, nedostatak deviznih sredstava, teškoće u transportu i sl. a nekada se teži čak sveobuhvatnom proširenju ovog pojma upotrebnom uopštenih izraza, koji obično čine završni deo teksta klauzule, kao npr. „i druge nepredviđene okolnosti koje su van kontrole ugovornih strana”.⁸⁶²

Posmatrano na konkretnom nivou, na primer, kada su predmet prodaje generične stvari, a prodavac koji je sačinio OUP njima obuhvati i klauzulu koja predviđa da će se smatrati da je ispunjenje obaveze postalo nemoguće ako su sve stvari određenog roda koje se nalaze kod njega propale, tada takva klauzula bez sumnje predstavlja klauzulu o isključenju njegove odgovornosti za neispunjenje ugovora na taj način što ugovorom derogira opšte zakonsko pravilo da rod ne propada.⁸⁶³ Slično je i kada OUP sadrže pravilo po kome prodavac neće biti dužan da izvrši predaju robe koja se nalazi u hladnjačama u njegovom specijalizovanom skladištu, ako je ona propala usled kvara na instalacijama.⁸⁶⁴ Isključenje ili ograničenje odgovornosti vrši se i kada OUP sadrže klauzule koje pomeraju

⁸⁶² Ćirić, A., *Klauzule egzoneracije u uporednom i međunarodnom trgovačkom pravu*, u: Liber amicorum Dobrosav Mitrović, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 137-138.

⁸⁶³ Ovaj primer navodi: Jankovec, I., *Komentar uz član 265. ZOO*, u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (Perović, S., glavni redaktor), Beograd, 1995, str. 603. Prema članu 355. našeg ZOO, ako su predmet obaveze stvari određene po rodu, obaveza ne prestaje čak i kad sve što dužnik ima od takvih stvari propadne usled okolnosti za koje on ne odgovara. Ali, kad su predmet obaveza stvari određene po rodu koje se imaju uzeti iz određene mase tih stvari, obaveza prestaje kad propadne cela ta masa.

⁸⁶⁴ *Ibidem*.

trenutak prelaska rizika za slučajnu propast ili uništenje stvari kod ugovora o prodaji, što može da bude povoljnost za kupca ili za prodavca, u zavisnosti od toga da li rizik prelazi u nekom ranijem ili kasnijem momentu u odnosu na onaj koji je predviđen merodavnim pravom. Ove klauzule su naročito aktuelne u međunarodnom trgovinskom pravu, u kome se pitanje prelaska rizika redovno uređuje pozivanjem na INCOTERMS pravila, koje kao transportne klauzule, uređuju i pitanje prelaska rizika.⁸⁶⁵

Nije retka ni neobična praksa da strana koja je kreirala OUP svoje obaveze ne odredi dovoljno precizno i tako rezerviše za sebe pravo da naknadno, prilikom izvršenja obaveze, učini njeno konačno preciziranje, na primer, ugovaranjem roka isporuke neodređenim terminima kao što su: „čim bude moguće”, „oko tog roka” i sl. čime obezbeđuje sebi mogućnost da robu isporuči u trenutku kada je to kreatoru OUP najpogodnije (istovremeno „razmekšavajući” rokove) ili predvidi odstupanja od ugovorene količine robe u većem procentu nego što je uobičajeno ili ugovori poseban, dopunski rok u kome dužnik može da ispuni svoju obavezu u slučaju da propusti da to učini na vreme itd.⁸⁶⁶ Tako je u praksi međunarodne trgovine, a u vezi sa naknadnim produženjem roka isporuke, odavno isticano da svi ugovori London Corn Trade Association (sa izuzetkom ugovora za Kanadu i SAD) sadrže odredbu po kojoj se previđa dodatni rok od 8 dana za ukrcaj u odnosu na ugovorom predviđeni, dok sa druge strane svi ženevski tipski ugovori i opšti uslovi predviđaju mogućnost produženja roka isporuke izuzev slučaja kada je rok bitni uslov ugovora (čvrsti rok⁸⁶⁷).⁸⁶⁸ U vezi sa opisanim načinima preciziranja izvršenja obaveza, ako dužnik u konačnom preciziranju opštih uslova poslovanja svoju ugovornu obavezu umanji, može se reći da je onda on isključio svoju ugovornu odgovornost za neispunjenje te obaveze.⁸⁶⁹

⁸⁶⁵ Tako, na primer, klauzula EXW (*Franko fabrika*) predviđa da kupac snosi sve rizike od momenta kada mu je roba stavljena na raspolaganje u fabrici ili skladištu prodavca, dok klauzula FCA (*Franko prevoznik*) momenat prelaska rizika vezuje za momenat kad roba bude predata prevoziocu u mestu isporuke tj. mestu prodavca. Klauzule CIF, FOB i CFR predviđaju da rizik prelazi u momentu kada je roba stvarno ukrcana (prešla ogradu broda u ugovorenoj luci ukrcaja) itd.

⁸⁶⁶ Mitrović, D., *Klauzule neodgovornosti u trgovačkoj kupoprodaji sa stranim elementom* (doktorska disertacija), Univerzitet u Beogradu, Beograd, 1966, str. 62-63.

⁸⁶⁷ Određivanje čvrstog roka za izvršenje obaveze, smatra se prvim uslovom za nastanak fiksnog ugovora. O nastanku fiksnog ugovora, fiksnom klauzuli, pravnim posledicama zakašnjenja u ispunjenju obaveze kod koje je ispunjenje o roku bitan uslov ugovora i fiksnom ugovoru kod ugovornih odnosa sa stranim elementom: Slavnić, J., *Fiksni ugovor* (doktorska disertacija), Univerzitet u Beogradu, Beograd, 1968.

⁸⁶⁸ Opširnije: Vilus, J., *Tipski ugovori o međunarodnoj kupoprodaji* (doktorska disertacija), Univerzitet u Beogradu, Beograd, 1963, str. 44-45.

⁸⁶⁹ U sudskoj praksi ranije zajedničke države zabeležen je slučaj da je građevinsko preduzeće u OUP unelo klauzulu po kojoj se oslobađa odgovornosti za štetu zbog zakašnjenja sa izgradnjom stana, ako do kašnjenja dođe zbog nedostatka stručne radne snage ili pomanjkanja građevinskog materijala. Sud je odlučio da

Prof. dr Jelena Perović ukazuje da se klauzule o isključenju odgovornosti ne unose u ugovore međunarodnog poslovnog prometa tako često kao klauzule o ograničenju odgovornosti, što objašnjava time da ove klauzule često bivaju pogođene sankcijom ništavosti, kao i činjenicom su učesnici međunarodnog poslovanja po pravilu dovoljno stručni da prepoznaju takve klauzule i da na njih ne pristanu.⁸⁷⁰ Sa druge strane, pojedini autori koji se takođe bave međunarodnim trgovinskim pravom su na stanovištu da su se klauzule i o isključenju i o ograničenju odgovornosti kroz dosadašnju praksu „ustalile, pa je zbog toga pitanje o njihovoj dopuštenosti postalo suvišno”⁸⁷¹, kao i da je opravdanje njihovog ugovaranja (izvedeno iz ideje autonomije volje učesnika posla) sadržano u činjenici o sigurnosti u pogledu obima odgovornosti koja se ugovorom u trenutku njegovog zaključenja želi preuzeti, kao i da se time predupređuju eventualni sporovi koji bi mogli biti posledica isključenja ili ograničenja odgovornosti po osnovu zakona ili opštih normi drugih izvora prava.

Suprotno snazi i znanju subjekata međunarodne trgovine, u potrošačkim ugovorima potrošač nema pregovaračku snagu da se izbori sa trgovcem za uklanjanje ovakvih klauzula iz opštih uslova poslovanja, a kada zbog toga odbije da zaključi ugovor, neretko može da utvrdi da i trgovčevi konkurenti, koji nude istu vrstu robe ili usluge, posluju pod gotovo identičnim OUP. Klauzule egzoneracije sadržane u opštim uslova poslovanja mogu istovremeno predstavljati i nepoštene ugovorne odredbe, te pitanje njihove punovažnosti i opstanka može biti postavljeno, tj. dovedeno u pitanje po više osnova. U praksi, one su najviše zastupljene u sledećim delatnostima: prodaja vozila, televizora, usluge vezane za parkiranje vozila, turistički aranžmani⁸⁷² sa „all inclusive” uslugom, osiguranje protiv

navedni razlozi ne mogu osloboditi građevinsko preduzeće odgovornosti da kupcu stana naknadi štetu nastalu neispunjenjem ugovora o roku. - Presuda Vrhovnog suda Hrvatske GŽ br. 1426/71, navedeno prema: Mitrović, D., komentar uz član 263. ZOO u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (Blagojević, B. i Krulj, V. redaktori), Beograd, 1983, str. 919.

⁸⁷⁰ Perović, J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 125.

⁸⁷¹ Ćirić, A., *Klauzule egzoneracije u uporednom i međunarodnom trgovačkom pravu*, u: *Liber amicorum Dobrosav Mitrović, Službeni glasnik*, Beograd, 2007, str. 148, koji na istom mestu dodaje i da su ove klauzule „stekle pravo građanstva”, ali istovremeno ukazuje i da su moćni poslovni krugovi određenih profesija veoma uspešno, najpre kroz praksu, a kasnije i posredstvom normativne delatnosti, princip autonomije volje doveli do njene suprotnosti, te upozorava da je neophodno imati u vidu da svaki ugovorni odnos, po oceni ovog autora, sadrži motive špekulativnog karaktera, jer svi trguju sa osnovnim ciljem da zarade.

⁸⁷² Kada je reč o opštim uslovima poslovanja turističkih agencija (nekada i pod nazivom opšti uslovi putovanja), može se oučiti da neki od njih sadrže i klauzule kojima se predviđa zadržavanje određenog procenta cene aranžmana (20-30-50-60%, čak u pojedinim situacijama i 100% iako putnik ne koristi uslugu putovanja) od strane organizatora putovanja, u zavisnosti od broja dana pre putovanja kada putnik otkaže

krađa i požara, zdravstveno osiguranje, ugovori o kreditu, usluge mobilne telefonije i sl.⁸⁷³ Ovde treba imati u vidu i činjenicu da većina pravnih sistema, među kojima i naš, ne dozvoljava klauzule egzoneracije kojima bi se saglasnošću volja (ugovornom) isključila ugovorna odgovornosti za nameru ili krajnju nepažnju, jer ta pravila nisu dispozitivne prirode, te ne ovlašćuju strane ugovornice da postave u vezi sa ovim pitanjem drugačije pravilo za svoj ugovorni odnos, već su imperativnog karaktera. Tako, naš ZOO izričito propisuje da se odgovornost dužnika za nameru ili krajnju nepažnju ne može unapred ugovorom isključiti.⁸⁷⁴ Slično tome, italijansko pravo (član 1229. Građanskog zakonika Italije) proglašava nevažećim sve klauzule egzoneracije ugovorene za umišljajnu povredu ugovora ili grubu nepažnju učesnika u poslu; Građanski zakonik Ruske Federacije u članu 400. predviđa da je sporazum o isključenju ili ograničenju odgovornosti dužnika u ugovoru u kome je poverilac fizičko lice (građanin), koji istupa u ulozi potrošača – ništav, a prema pravu Bugarske, a slično i Češke, poverilac i dužnik su u obavezi da se pridržavaju uzajamnih obaveza uz poštovanje morala i savesnosti, a realizacija prava koja su suprotna principima trgovačkih odnosa ne uživa pravnu zaštitu.⁸⁷⁵

Međutim, u ugovorima koje zaključuju privredni subjekti relativno su češće klauzule o ograničenju, odnosno umanjenju ugovorne odgovornosti (nego klauzule o isključenju odgovornosti). Na primer, predviđanjem da dužnik obaveze odgovara samo za stvarnu štetu, a ne i za izgublenu dobit, ili ugovaranjem unapred određenog iznosa na ime naknade štete u slučaju da dužnik ne ispuni ugovor. Ovakav dogovor je suprotan principu potpune naknade štete koji prihvata većina pravnih sistema, uključujući i naš ZOO.⁸⁷⁶

putovanje, tj. izjavi da raskida ugovor. Ovakav pokušaj oslobođenja obaveze vraćanja cene u slučaju raskida ugovora, tj. smanjenja obaveze vraćanja cene, predstavlja klauzulu egzoneracije u širem smislu. Pored toga, pojedini OUP predviđaju da turistička organizacija ne odgovara za političke rizike, nemire, štrajkove i sl. (poput nedavnih dešavanja u Egiptu, Tunisu, Grčkoj) koji mogu nastati u inostranstvu i usled kojih nije moguće realizovati ugovoreni program putovanja, što se takođe može smatrati klauzulom egzoneracije, ali i ugovorenom višom silom.

⁸⁷³ Alpa, G., *Standard Contract Terms: The Role of the Courts and Moral Persuasion by Independent Authorities*, u: Collins, H. (ed.), *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2008, str. 86.

⁸⁷⁴ Ali sud može na zahtev zainteresovane ugovorne strane poništiti i ugovornu odredbu o isključenju odgovornosti za običnu nepažnju, ako je takav sporazum proizašao iz monopolskog položaja dužnika ili uopšte iz neravnopravnog odnosa ugovornih strana. Videti član 265. st. 1-2. ZOO.

⁸⁷⁵ Za uporedno-pravni pregled rešenja o klauzulama egzoneracije videti, sa daljim upućivanjem na izvore u nacionalnom zakonodavstvu pojedinih država: Ćirić, A., *Klauzule egzoneracije u uporednom i međunarodnom trgovačkom pravu*, u: Liber amicorum Dobrosav Mitrović, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 139-144.

⁸⁷⁶ Član 155. našeg ZOO predviđa da šteta obuhvata običnu štetu i izmaklu korist. Šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist), kao i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta).

Razlog zbog koga se ove klauzule tako često koriste, a naročito u međunarodnom poslovnom prometu, jeste činjenica da bi dužnik, bez navedenog ograničenja, bio izložen riziku plaćanja enormnih iznosa na ime izgubljene dobiti, što naročito dolazi do izražaja u slučaju kada iznos moguće štete zbog povrede ugovora u velikoj meri prevazilazi korist koju dužnik ugovorom ostvaruje.⁸⁷⁷

I na kraju, tipične klauzule u OUP koje ograničavaju odgovornost dužnika obaveze su i klauzule o garanciji za materijalne nedostatke i funkcionalnost proizvoda, kojima se uvodi poseban režim odgovornosti u tom slučaju u odnosu na onaj koji je predviđen merodavnim pravom. Iako se na prvi pogled čini da se radi o klauzulama kojima se poveriocu (koji pristupa OUP) daju određene povoljnosti, pažljivija analiza pokazuje da su one, zapravo, ugovorene u korist dužnika (koji je kreirao OUP). Ove klauzule će u radu biti obrađene u okviru posebnog, sledećeg podnaslova s obzirom da njihova analiza zahteva nešto detaljnija razmatranja.

3. KLAUZULE O GARANCIJI

Institut garancije, koji je nastao u trgovačkoj praksi, u savremenim uslovima se vezuje za masovnu, serijsku proizvodnju tehničke robe, opreme, uređaja i industrijskih proizvoda. Reč je o izjavi davaoca garancije da će predmet ugovora zadržati određeni kvalitet⁸⁷⁸ i svojstva u toku garantnog roka, pod uslovom da ga druga strana pravilno upotrebljava i čuva kako je propisano. Po pravilu, punovažnost garancije je vezana za izdavanje garantnog lista.

Garanciju obično izdaje proizvođač određene stvari ili njen prodavac, koji na taj način prihvata obavezu da u garantnom roku otkloni sve ili određene nedostatke⁸⁷⁹ koji se

⁸⁷⁷ Perović, J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Beograd, 2012, str. 129. Na istom mestu Perović ukazuje i da se klauzulama o ograničenju odgovornosti može isključiti odgovornost dužnika i za druge posebne vrste štete, kao što su na primer indirektna šteta i predvidljiva šteta, ali da u tim situacijama može doći do problema u tumačenju i interpretaciji ovih klauzula OUP zbog činjenice da vrste štete u uporednom pravu nemaju ista značenja niti ista terminološka određenja.

⁸⁷⁸ Osiguranju potrebnog kvaliteta stvari koja je predmet ugovora služe dva pravna instituta: jedan (klasični) je odgovornost za materijalne nedostatke, a drugi (savremeni) garancija za ispravno funkcionisanje stvari.

⁸⁷⁹ Materijalni nedostatak se u teoriji najčešće definiše kao nedostatak prirodne ili normalne savršenosti, koja se menja prema svakoj stvari i koju kupac ima pravo da očekuje, pri čemu se istovremeno postavlja pitanje da li kao nedostatak treba tretirati svaku imperfekciju stvari (konceptualni pojam nedostatka) ili samo imperfekciju koja onemogućava ili ometa upotrebu (funkcionalni pojam nedostatka)? Sva nacionalna prava, pa i unifikovani akti, polaze od funkcionalnog pojma nedostatka, te uzimaju da nedostatak postoji ako stvar čini nepodobnom za upotrebu kojoj je namenjena ili tu upotrebu umanjuje. Tako posmatrano, ista činjenica

pojave na predmetu ugovora. Drugim rečima, davalac garancije jednostrano, kreiranjem OUP u statici koji je sadrže, proširuje svoje građanskopravne obaveze i odgovornost za materijalne nedostatke⁸⁸⁰ i preko granica određenih merodavnim pravom za ugovor. S tim u vezi, može se postaviti pitanje zašto bi davalac garancije to činio, odnosno zašto bi on dobrovoljno nudio, te samoinicijativno prihvatio teži položaj nego što bi imao da garanciju nije dao? Da li je nesumnjivi marketinški efekat takvog postupka jedini, tj. dovoljan razlog?

Analiza dejstva ovog pravnog instituta pokazuje da davalac garancije, i pored pozitivnog efekta na obim poslovanja, isključenjem zakonskog režima odgovornosti putem klauzule o garanciji nastoji da ostvari i druge pogodnosti. Pre svega, proizvođač, odnosno prodavac je veoma zainteresovan da jednom prodata roba ostane kod kupca i to mu ekonomski daleko više odgovara nego da se kupac poziva na zakonsku ugovornu odgovornost prodavca, raskine ugovor i vrati neispravnu stvar, a prodavac tada pored vraćanja cene može biti u obavezi i na naknadu štete. Profesor Dobrosav Mitrović naglašava značaj ovakvih pogodnosti naročito u međunarodnom trgovinskom pravu, gde je roba prevalila daleko veći put od proizvođača do potrošača, nego što se to slučaj u unutrašnjem pravu, te troškovi raskida ugovora i prevoza mogu biti izuzetno veliki, a naročito ako treba preuzeti takvu stvar od kupca, transportovati, opraviti, ponovno pakovati (ukoliko više uopšte može da se proda kao nova), prevoziti do novog mesta prodaje itd, te se iz ovih razloga garancije u OUP tako konstituišu da ugovor ostane na snazi, i pored nedostataka na isporučenoj stvari, dokle god to želi prodavac.⁸⁸¹ Ovakve pogodnosti su glavni motiv zbog koga se klauzule o garanciji unose u opšte uslove poslovanja, a one se ogledaju u tome što se ugovorni položaj davaoca garancije navedenim klauzulama jača u odnosu na drugu ugovornu stranu. Na koji način se to postiže pokazaće prikaz i analiza tipičnih, uobičajenih formulacija klauzula o garanciji, koje su sastavni deo OUP (kao i drugih izvora formularnog prava) koje sačinjava njihov davalac.

može, zavisno od upotrebe stvari, biti i ne biti nedostatak. Detaljnije: Draškić, M., Stanivuković, M., *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Službeni list SCG, Beograd, 2005, str. 318-320 i dalje.

⁸⁸⁰ O odgovornosti proizvođača za štetu od neispravnog proizvoda videti: Ivančević, K., *Građanskopravna odgovornost proizvođača za štetu od neispravnog proizvoda*, Pravni zapisi, br. 2/2012, str. 323-351.

⁸⁸¹ Mitrović, D., *Ugovorna garancija za kvalitet i funkcionisanje kod međunarodne prodaje industrijske robe serijske proizvodnje*, u: Pravni opus, izbor iz radova 1957-2007, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 158, koji u istom radu (str. 163) ukazuje iako je osnov upotrebe i primene ugovorne garancije sloboda ugovornih strana, da su formularni i athezioni ugovori postali veoma pogodan put da prodavac jednostavno utvrdi i reguliše garanciju za robu koju prodaje.

Tako, među redovnim formulacijama je ona kojom proizvođač ili prodavac garantuje za sasvim određena svojstva ili za kvalitet materijala ili određene funkcije proizvoda. Na taj način on zapravo ograničava (umanjuje) svoju odgovornosti za nedostatke samo na svojstva koja su izričito navedena u garanciji,⁸⁸² što se odražava na drugu stranu ugovornicu tako da ograničava njena prava na pravna sredstva samo za slučaj da se pojavi nedostatak koji je u garanciji izričito naveden. Da ugovor ne sadrži klauzulu o garanciji primenio bi se zakonski režim odgovornosti za materijalne nedostatke, koji po pravilu ne predviđa navedena ograničenja. Pored toga, davalac garancije redovno ustanovljava redosled upotrebe pravnih sredstava druge strane, namećući joj da ona prvo mora da zahteva opravku stvari, pa tek ako ne uspe da otkloni nedostatak u roku predviđenom garancijom onda druga strana stiče pravo da traži da se stvar zameni. U toj situaciji pravo druge strane da raskine ugovor⁸⁸³ ili da zahteva snižene cene nastupa samo pod uslovom da davalac garancije ne uspe da otkloni nedostatke u roku predviđenom garancijom. Da nije ugovorena garancija, druga strana ne bi imala posebna ograničenja u pogledu redosleda upotrebe pravnih sredstava jer nacionalni propisi, po pravilu, takva ograničenja ne sadrže. Takođe, nije neobično ni da se klauzulom o garanciji ugovori garantni rok u kraćem trajanju nego što je rok u kome prodavac odgovara za materijalne nedostake po merodavnom pravu, što je još jedno očigledno ograničenje odgovornosti davaoca garancije u odnosu na drugu ugovornu stranu.

Navedene formulacije jasno pokazuju da klauzula o garanciji predstavlja jednu vrstu klauzule neodgovornosti (egzoneracije). Kao takva, ona je nastala u trgovačkoj praksi i dugo vremena je bila isključivo ugovorne prirode. Međutim, zbog učestalosti upotrebe, pa i zloupotreba od strane davaoca garancija, institut garancije je vremenom postao predmet zakonskog regulisanja i to, po pravilu, normama obavezujuće prirode.⁸⁸⁴ Ovo je bilo

⁸⁸² Perović, S., Komentar uz član 501. ZOO, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* Knjiga prva, (Perović, S. glavni redaktor), Beograd 1995, str. 944; Mitrović, D., *op. cit.*, str. 159;

⁸⁸³ U slučaju postojanja garancije raskid ugovora ne može nastupiti po sili zakona, već kupac mora izjaviti da ugovor raskida. Na taj način njemu se očigledno otežava ostvarivanje prava na raskid ugovora.

⁸⁸⁴ U našem pravu ovo pitanje uređuju čl. 501-507. Zakona o obligacionim odnosima, kao i čl. 54-55. Zakona o zaštiti potrošača. Norme Zakona o zaštiti potrošača su imperativne prirode. Njihova obavezujuća priroda podrazumeva da se potrošač ne može odreći prava utvrđenih ovim zakonom, da su odredbe ugovora koje direktno ili indirektno uskraćuju ili ograničavaju prava potrošača koja proizilaze iz ovog zakona ništave, kao i da se ovaj zakon primenjuje i na ugovore koji za cilj ili posledicu imaju izigravanje primene njegovih odredaba. Videti član 3. Zakona o zaštiti potrošača.

potrebno da bi se zaštitila prava kupaca od mogućih zloupotreba, ali i opravdani interesi savesnih proizvođača odnosno prodavaca robe.⁸⁸⁵

U ugovornom potrošačkom pravu, zaštita kupaca u ugovorima koji sadrže klauzulu garancije dobila je još veći značaj. Tako je važećim Zakonom o zaštiti potrošača, a u skladu sa Direktivom 1999/44 o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama za takvu robu,⁸⁸⁶ izričito propisano da je garancija svaka izjava kojom njen davalac daje obećanje u vezi sa robom, i da je ta izjava pravno obavezujuća ne samo pod uslovima koji su u njoj dati, već i pod uslovima datim u oglašavanju u vezi sa tom robom.⁸⁸⁷ Isti zakon izričito zabranjuje zloupotrebu izraza garancija, te nalaže da je pri zaključenju ugovora o prodaji robe i oglašavanju povodom prodaje, trgovac dužan da se uzdrži od upotrebe izraza „garancija“ i izraza s tim značenjem, ako po osnovu ugovora o prodaji potrošač ne stiče više prava nego iz zakonske odgovornosti trgovca za nesaobraznost robe ugovoru, odnosno drugih prava u skladu sa ovim zakonom.⁸⁸⁸ Na taj način ZZP predviđa stroži režim odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke nego što ih propisuje opšti propis za ugovore⁸⁸⁹ i potrošači su, zahvaljujući tome, bolje zaštićeni od kupaca koji nemaju status potrošača.

⁸⁸⁵ O nastanku instituta garancije videti detaljnije: Mitrović, D., *Ugovorna garancija za kvalitet i funkcionisanje kod međunarodne prodaje industrijske robe serijske proizvodnje*, u: Pravni opus, izbor iz radova 1957-2007, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 157-160.

⁸⁸⁶ Direktiva 1999/44/EC Evropskog parlamenta i Saveta o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama za takvu robu (Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ L 171, 07.07.1999, pp. 12-16, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1999/44/oj>) doneta 25. maja 1999. godine, postavlja temelje (minimalne zahteve) za regulisanje garancije trgovca u potrošačkim ugovorima. Tako je članom 6. Direktive predviđeno da je garancija pravno obavezujuća za ponudioca prema uslovima u izjavi o garanciji, ali i povezanom reklamnom oglašavanju. Garancija je, prema ovoj direktivi, svaka izjava data bez posebne nadoknade kojom prodavac ili proizvođač preuzima obavezu prema potrošaču da će vratiti primljenu cenu ili zameniti, popraviti ili preuzeti potrošačku robu na bilo koji način, ukoliko roba ne odgovara specifikacijama koje su navedene u izjavi o garanciji ili u reklamama za tu robu. O ovoj direktivi detaljnije: Stanivuković, M., *Direktiva 1999/44/EC o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama za robu (1999) i Direktiva 93/13/EEC o nepoštenim odredbama u ugovorima sa potrošačima (1993)*, Evropsko zakonodavstvo, br. 2/2002, str. 67-71.

⁸⁸⁷ Videti član 54. stav 1. Zakona o zaštiti potrošača („Sl. glasnik RS“, br. 62/2014, 6/2016 - dr. zakon i 44/2018 - dr. zakon).

⁸⁸⁸ Član 55. Zakona o zaštiti potrošača („Sl. glasnik RS“, br. 62/2014, 6/2016 - dr. zakon i 44/2018 - dr. zakon).

⁸⁸⁹ Zakon o obligacionim odnosima u načelu dozvoljava ugovorno ograničenje ili isključenje prodavčeve odgovornosti za materijalne nedostatke. Prema članu 486. ZOO ugovarači mogu ograničiti ili sasvim isključiti prodavčevu odgovornost za materijalne nedostatke stvari, s tim da je odredba ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za nedostatke stvari ništava ako je nedostatak bio poznat prodavcu, a on o njemu nije obavestio kupca, kao i kad je prodavac nametnuo tu odredbu koristeći svoj poseban monopolski položaj. Kupac koji se odrekao prava da raskine ugovor zbog nedostatka stvari zadržava ostala prava zbog tih nedostataka.

Oba relevantna zakona koja uređuju garanciju, kako ZOO⁸⁹⁰ tako i ZZP, izričito propisuju da garancija ne utiče na prava kupca odnosno potrošača koja on ima po osnovu zakonske odgovornosti prodavca odnosno trgovca za materijalne nedostatke, odnosno nesaobraznost robe⁸⁹¹. O značenju pomenutog pravila u svetlu pravnog režima ZOO su u domaćoj literaturi zabeleženi oprečni stavovi. Po jednom mišljenju, koje zastupaju profesori Mitrović i Perović, zakonska odgovornost prodavca po osnovu materijalnih nedostataka je supsidijerna u odnosu na odgovornost po garanciji, pa se zakonski režim može primeniti samo ako prodavac nije postupio po odredbama o garanciji.⁸⁹² Suprotno tome, Kapor i Vizner smatraju da su ove dve odgovornosti ravnopravne u tom smislu da je kupac taj koji bira da li će pozvati prodavca po osnovu zakonske odgovornosti ili po osnovu date garancije.⁸⁹³

Za razliku od ZOO, u ZZP je ovo pitanje uređeno tako da ne ostavlja prostor za bilo kakvu dilemu o odnosu između odgovornosti trgovca po osnovu garancije i njegove zakonske odgovornosti za nesaobraznost. To se zaključuje na osnovu pravila koje izričito predviđa da je zabranjeno zloupotrebljavati izraz garancija ako se potrošaču ne pruži više prava od onih koje ima na osnovu ZZP.⁸⁹⁴ Iako je Zakon o zaštiti potrošača predvideo da

⁸⁹⁰ Ovde treba napomenuti da se garancija u ZOO odnosi na tehničku robu i usmerena je na njeno ispravno funkcionisanje. Konkretno, ZOO u članu 501, stav 2. predviđa da kad je prodavac neke mašine, motora, kakvog aparata ili drugih sličnih stvari koje spadaju u takozvanu tehničku robu predao kupcu garantni list kojim proizvođač garantuje ispravno funkcionisanje stvari u toku određenog vremena, računajući od njene predaje kupcu, kupac može, ako stvar ne funkcioniše ispravno, zahtevati kako od prodavca tako i od proizvođača da stvar opravi u razumnom roku ili ako to ne učini da mu umesto nje preda stvar koja funkcioniše ispravno. Sa druge strane, Zakon o zaštiti potrošača, u pogledu garancije ne sadrži ograničenje u pogledu vrste robe, na način kako je to sadržano u Zakonu o obligacionim odnosima.

⁸⁹¹ Zakon o obligacionim odnosima u članu 501. stav 2. izričito propisuje da se pravilima o garanciji za ispravno funkcionisanje prodane stvari ne dira u pravila u odgovornosti prodavca za nedostatke stvari. Zakon o zaštiti potrošača u članu 54. stav 6. propisuje da garancija ne isključuje niti utiče na prava potrošača u vezi sa saobraznošću robe ugovoru.

⁸⁹² Mitrović D., *Ugovorna garancija za kvalitet i funkcionisanje kod međunarodne prodaje industrijske robe serijske proizvodnje*, u: Pravni opus, izbor iz radova 1957-2007, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 159; Perović, S., Komentar uz član 501. ZOO, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* Knjiga prva, (Perović, S., glavni redaktor), Beograd 1995, str. 944.

⁸⁹³ Kapor, V., Komentar uz član 501. ZOO u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* Knjiga druga, (Blagojević, B. i Krulj, V., redaktori), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 1320; Vizner, B., Komentar uz član 501. ZOO u: Bukljaš, I., Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 3, Zagreb, 1979, str. 1659.

⁸⁹⁴ Zakon je jasan da se pod pojmom garancije podrazumevaju samo one izjave, date pri zaključenju ugovora ili u oglasu o ponudi trgovca, koje potrošaču daju više prava nego iz zakonske odgovornosti trgovca za nesaobraznost robe ugovoru (član 55. ZZP). U suprotnom slučaju smatraće se da trgovac zloupotrebljava izraz garancije, što je sankcionisano kao prekršaj (novčana kazna od 300.000,00 do 2.000.000,00 dinara) na osnovu člana 160. stav 1. tačka 29. ZZP. Za zloupotrebu izraza garancija predviđena je i građanskopravna sankcija u vidu ništavosti takvih ugovornih klauzula (videti član 3. st. 1-2. ZZP).

se na potrošačke prodaje Zakon o obligacionim odnosima primenjuje na odnose koji nisu uređeni Zakonom o zaštiti potrošača⁸⁹⁵ (što bi se možda moglo tumačiti da ZOO ima karakter dopunskog, odnosno supsidijernog izvora prava u ugovornom potrošačkom pravu), moglo bi se postaviti pitanje da li potrošač, ako mu to više odgovora može primarno i direktno koristiti prava iz ZOO u onim pravnim pitanjima koja jesu uređena Zakonom o zaštiti potrošača. Imajući u vidu i odredbu koja propisuje da se potrošač ne može odreći prava iz ZZP-a⁸⁹⁶, pitanje je da li je opravdano faktički „primoravati“ jednu ugovornu stranu da se legitimise kao potrošač i koristi put predviđen ZZP-om ako mu ZZP u određenoj situaciji umanjuje pravnu zaštitu koju ima po opštim pravilima ugovornog prava, tj. po Zakonu o obligacionim odnosima i šta se time postiže?⁸⁹⁷ Čini se da sama činjenica pozitivnopravnog određenja sadržanog u ZZP kojim se na određeni način uređuje odnos ZZP i ZOO, kao i karakter normi ZZP-a po sebi ne bi bio dovoljan argument da je takvo rešenje u svakom slučaju opravdano i nužno, te da u svakoj situaciji potrošač mora prioritarno da koristi pravna sredstva ZZP-a, a tek podredno mogućnosti koje daje ZOO. Pored toga, nije li postojeće rešenje da je isti organ izvršne vlasti (konkretno i aktuelno Ministarstvo trgovine, turizma i telekomunikacija) nadležan da vodi politiku, osmišljava nacрте zakona, te sprovodi zakone i u oblasti trgovačkih i u oblasti potrošačkih prodaja, tj. istovremeno se stara i o trgovcima i potrošačima (kao slabijoj strani u ugovornim odnosima) pomalo neobično ili eventualno kontradiktorno?

⁸⁹⁵ Član 3. stav 7. Zakona o zaštiti potrošača propisuje da se na odnose između potrošača i trgovca koji nisu uređeni odredbama ovog zakona, primenjuje zakon kojim se uređuju obligacioni odnosi.

⁸⁹⁶ Članom 3. stav 1. Zakona o zaštiti potrošača izričito je propisano da potrošač ne može da se odrekne prava utvrđenih ovim zakonom.

⁸⁹⁷ Slično stanovište zastupa i K. Jovičić, koja to ilustruje sledećim primerom: potrošač kupi televizor pre sedam meseci uz garantni list za ispravno funkcionisanje stvari, u kome se daje obećanje da će televizor biti zamenjen u roku od tri dana zbog bilo kog nedostatka koji se pojavi tokom godinu dana od preuzimanja, koliko traje garantni rok. U toj situaciji garancija proizvođača nije punovažna po ZZP (zbog kraćeg trajanja roka odgovornosti trgovca za nesaobraznost od zakonskog režima) pa bi potrošač, primenjujući pravila ZZP kao *lex specialis* imao pravo da se poziva na opšti režim odgovornosti trgovca za nesaobraznost. S obzirom da je proteklo šest meseci u okviru kojih potrošač po ZZP ima pravo izbora pravnog sredstva u slučaju reklamacije, kao i da je usled protoka tog roka na njega prešao teret dokazivanja da je nedostatak ili njegov uzrok postojao u momentu prelaska rizika, kupac uviđa da mu bolje odgovara zaštita po garantnom listu koji je punovažan po ZOO. Ovakve situacije (kad garantni list koji je punovažan po ZOO nije punovažan po ZZP) nameću sledeća pitanja: da li garantni list koji je punovažan po ZOO gubi svoje pravno dejstvo u potrošačkim prodajama ako istovremeno ne ispunjava uslove za punovažnu garanciju po ZZP? Pitanje je i da li bi u tom slučaju trebalo kazniti davaoca garantnog lista zbog zloupotrebe izraza „garancija“ (što ZZP sankcioniše kao prekršaj u članu 160. stav 1. tačka 29.)? Ako bi odgovor na ova pitanja bio potvrđan onda bi to značilo da je trgovac dužan da kod svake konkretne prodaje utvrđuje da li kupac istovremeno ima status potrošača pa da onda, s obzirom na tu okolnost, odlučuje da li će predati garantni list ili ne. S tim u vezi, Jovičić zaključuje da nije realno od trgovca očekivati da rešavaju to pitanje a i da bi nametanje takve obaveze značajno ometalo promet roba. Videti: Jovičić, K., *Garancija prodavca u Zakonu o obligacionim odnosima i Zakonu o zaštiti potrošača*, Pravo i privreda, br. 4-6/2018, str. 720.

4. „ODBRAMBENE“ KLAUZULE

Pojedini opšti uslovi poslovanja sadrže i tzv. „odbrambenu klauzulu“ (eng. *defense clause*; nem. *Abwehrklausel*)⁸⁹⁸ kojom se predviđa da njihov kreator prilikom zaključenja ugovora pristaje na odstupanje od njih samo kada je to izričito potvrdio u pisanom obliku.⁸⁹⁹

Drugim rečima, cilj ove klauzule je da ukaže na primat OUP čiji je sastavni deo, tj. da će se OUP u kojima se nalazi ovakva klauzula primenjivati čak i u slučaju kada se druga strana poziva na svoje ili neke druge OUP.

Postojanje ovakvih „odbrambenih klauzula“ u OUP *prima facie* rešava problem konkurencije⁹⁰⁰ opštih uslova poslovanja saugovarača. Međutim, njima se pomenuti problem ne rešava ukoliko oba teksta opštih uslova poslovanja sadrže ovakve klauzule, te u tom slučaju problem se može rešavati različitim pristupima (koji su ranije detaljno izloženi u ovom radu).

5. KLAUZULE O NEOPOZIVOSTI

Pojedini izvori formularnog prava (samim tim i OUP) sadrže klauzule o neopozivosti. Evropski standardi, kada je reč o ugovorima po pristupu, zabranjuju klauzule o neopozivosti i omogućavaju strani koja nije formulisala ugovor, već mu pristupa da može u razumnom roku da odustane od ugovora, „bez posledica“, tj. bez ikakve odgovornosti. U ovim situacijama suština je u odustanku od ugovora na način da kupac kao ugovorna strana koja pristupa OUP ima pravo da u kratkom roku jednostrano raskine ugovor bez potrebe da drugoj strani bilo šta dokazuje (u vezi sa nedostacima robe ili usluge). Dakle, čak i da je prodavac pružio saobrazno ispunjenje, pravo na odustanak od ugovora omogućava strani koja pristupa OUP da tog ugovora odustane, što polazeći od činjenice da je ugovor zaključen praktično znači pravo da ga jednostrano raskine.

⁸⁹⁸ Videti: Kötz, H., Flessner, A., *European Contract Law*, Oxford, 2002, str. 32.

⁸⁹⁹ Videti: Šoljan, V., *O konkurenciji općih uvjeta poslovanja dviju ugovornih strana*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56, Posebni broj, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2006, str. 181.

⁹⁰⁰ O ovom pravnom problemu, videti razmatranje u okviru drugog dela ove doktorske disertacije (Zaključenje ugovora primenom OUP).

Naša sudska praksa takođe potvrđuje da prema evropskim standardima „ugovori zaključeni na vratima“, kao unapred pripremljeni tipski ugovori zaključeni po pristupu u poslovnim prostorijama drugih pravnih lica kojima je ponuđeno da zaključe ugovor ili domovima fizičkih lica (kao ponuđenih), ne mogu sadržati ugovorne klauzule o neopozivosti, tj. kod ovih ugovora klijentima se omogućava da u razumnom roku koji najčešće iznosi dve nedelje, odustanu od tako zaključenog ugovora. „Osim toga, kada su u pitanju tipski ugovori, sačinjeni od jedne ugovorne strane u vezi sa obavljanjem njene registrovane privredne delatnosti, a koji se zaključuju po pristupu i to tako što predstavnici strane koja sačinjava tipski ugovor odlaze u poslovne prostorije drugih privrednih subjekata radi zaključenja ugovora ili u domove fizičkih lica („ugovori zaključeni na vratima“), prema evropskim standardima kojima se i na domaćem tržištu i u domaćem pravnom sistemu mora težiti, nije dozvoljeno ugovorom predvideti da su neopozivi, jer je to suprotno slobodnoj volji stranaka. Prema evropskim standardima, upravo suprotno, klijenti koji zaključe ugovor pod navedenim okolnostima imaju na raspolaganju određeni rok koji najčešće iznosi dve nedelje, da odustanu od tako zaključenog ugovora, bez bilo kakve obaveze u odnosu na drugu ugovornu stranu.“⁹⁰¹

6. NEPRAVIČNE KLAUZULE

Treba najpre reći da postoje terminološki razložiti nazivi, pri čemu se podrazumeva ista sadržina pojma, pa se pored termina nepravične, koriste i termini: nefer, nekorektne, iznenađujuće, nepoštene, neobične klauzule.

Savet Evropske ekonomske zajednice (EEZ)⁹⁰² je doneo **Direktivu 93/13/EEZ o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima**⁹⁰³. Prema članu 3. stav 1. Direktive, ugovorna odredba čija sadržina nije sporazumno ugovorena smatra se nepravičnom ako, suprotno savesnosti i poštenju, dovodi do bitne nejednakosti u ugovornim pravima i

⁹⁰¹ Iz obrazloženja presude Privrednog apelacionog suda, Pž. 14301/2010(2) od 23.12.2010. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 4/2010. Navedeno prema elektronskoj bazi *Paragraf Lex*, pristup 27.03.2017. god.

⁹⁰² The European Economic Community (EEC).

⁹⁰³ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34, dostupna na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:EN:NOT>, pristup 03.01.2018.god. Prevod na srpski jezik dostupan je na: http://www.apos.org.rs/files/direktive%20/Direktiva_93-13_Nepравичне_ugovorne_odredbe_.pdf, pristup 03.01.2018.god.

obavezama stranaka na štetu potrošača. Ova odredba Direktive, koja utvrđuje opšti kriterijum za prepoznavanje nepravičnih odredbi (standard nekorektnosti⁹⁰⁴), isključuje primenu Direktive na posebno ugovorene klauzule ugovora, odnosno ugovorne odredbe koje su pojedinačno individualno ugovarane, što je pravna teorija obrazložila privrženošću ideji autonomije volje i slobode ugovaranja u granicama koje određuje Direktiva⁹⁰⁵. Uporednopravna analiza koju su 2008. godine objavili Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner i Martin Ebers pokazuje da je većina zemalja članica ovu odredbu na isti način ugradila u nacionalne zakone⁹⁰⁶.

Direktiva 93/13 nadalje precizira da se uvek smatra da se o nekoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo (tj. da nije sporazumno ugovorena) ako je ona sastavljena unapred pa potrošač nije mogao uticati na njenu sadržinu, posebno u kontekstu unapred formulisanog standardnog ugovora. Činjenica da se o određenim aspektima neke odredbe ili o nekoj određenoj odredbi posebno pregovaralo, ne isključuje primenu ovog člana na ostatak ugovora, ako sveukupna procena ugovora ukazuje na to da se ipak radi o unapred formulisanom standardnom ugovoru. Kad god prodavac robe ili pružalac usluga izjavi (tvrđi) da se o nekoj standardnoj odredbi pojedinačno (posebno) pregovaralo, teret dokazivanja je na njemu.⁹⁰⁷

Direktiva u članu 3. stav 3. izričito upućuje na aneks, koji sadrži spisak odredbi koje se mogu smatrati, tj. kvalifikovati kao nepravične, pri čemu spisak ne predstavlja

⁹⁰⁴ Polazeći od člana 3. Direktive 93/13 prema kome svaka država članica ima obavezu da propiše opšte merilo, tj. kriterijum za utvrđivanje da li je odredba u potrošačkom ugovoru koju je unapred formulisao trgovac pravična prema potrošačima, a u vezi sa činjenicom da su države slobodne da sudsku kontrolu prošire na posebne pogodbe, tj. na ugovorne odredbe o kojima je trgovac posebno pregovarao sa određenim potrošačem, prof. dr Marija Karanikić Mirić izvršila je analizu kriterijuma pravičnosti ugovornih odredbi, merila pravičnosti u državama regiona jugoistočne Evrope, kao i načina na koje je Aneks Direktive 93/13 transponovan u državama učesnicama. Videti: Karanikić Mirić, M. u: Karanikić Mirić, M., Čadenović, Z., *Transponovanje pojedinih direktiva: Direktiva o nepravičnim ugovornim odredbama (93/13)*, u: Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses – First Regional Conference, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit: Offener Regionalfonds für Südosteuropa - Rechtsreform, Cavtat, 2010, vol. III, str. 635-641.

⁹⁰⁵ Videti: Ivančević, K., *Pravna zaštita potrošača korisnika usluge osiguranja i bankarske usluge* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2010, str. 251.

⁹⁰⁶ *EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis* (ur. Schulte-Nölke, H, Twigg-Flesner, C. i Ebers, C.), European Commission - University of Bielefeld, 2008, str. 341-437, dostupno na: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf, pristup 05.01.2018. god. Ova analiza pokazuje da preostale države članice dozvoljavaju nacionalnim sudovima (odnosno nadležnim organima) da nadgledaju posebno ugovorene odredbe, dok se posebno ukazuje na Nemačku, u kojoj se individualno ugovorene odredbe ne mogu revidirati, pri čemu se smatra da potrošač mora potpuno da razume ugovor i bude svestan njegovih posledica, da bi jednu odredbu individualno ugovorio. – Videti: Ivančević, K., *ibid.*

⁹⁰⁷ Član 3. stav 2. Direktive 93/13/EEC, dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31993L0013>.

numerus clausus, već navođenje *exempli causa*. Spisak, koji ima orijentacioni i otvoreni karakter⁹⁰⁸, sadrži 17 takvih odredbi.⁹⁰⁹ Pravni pisci ukazuju da ovaj spisak treba da posluži nacionalnim sudovima kao sredstvo za tumačenje (kada u konkretnom slučaju određenu odredbu treba kvalifikovati kao nepravičnu), te ove odredbe svrstavaju u tri grupe: (1) odredbe koje su jednostrane, tj. koje predviđaju određeno pravo samo za prodavca ili pružaoca usluge (npr. ovlašćenje prodavca da raskine ugovor po svojoj volji, ukoliko potrošač to pravo nema; ovlašćenje pružaoca usluga da zadrži iznose uplaćene za usluge koje nije pružio, a sam je raskinuo ugovor; ovlašćenje prodavca da jednostrano izmeni odredbe ugovora bez opravdanog razloga navedenog u ugovoru); (2) odredbe koje

⁹⁰⁸ U originalu: „The Annex shall contain an indicative and non-exhaustive list of the terms which may be regarded as unfair”.

⁹⁰⁹ To su odredbe koje imaju za cilj ili posledicu: (a) isključenje ili ograničenje zakonske odgovornosti prodavca ili pružaoca usluga za slučaj smrti ili telesnih povreda potrošača koje nastaju iz radnji ili propusta tog prodavca ili pružaoca usluga; (b) neprihvatljivo isključenje ili ograničenje zakonskih prava potrošača prema prodavcu, pružaocu usluga ili trećem licu u slučaju potpunog ili delimičnog neizvršenja ili neadekvatnog izvršenja bilo koje ugovorne obaveze od strane prodavca ili pružaoca usluga, uključujući i mogućnost prebijanja duga prema prodavcu ili pružaocu usluga sa bilo kojim potraživanjem koje potrošač ima prema njemu; (c) zaključenje ugovora koji obavezuje potrošača, dok je postojanje ugovorne obaveze na strani prodavca ili pružaoca usluga vezano za uslov čije ostvarenje zavisi jedino od njihove volje; (d) dopuštanje da prodavac ili pružalac usluge zadrži iznose koje je platio potrošač u situaciji kada potrošač odluči da ne zaključi ugovor ili ga ne izvrši, bez ugovaranja istog prava za potrošača da zahteva kompenzaciju u ekvivalentnom iznosu u slučaju da prodavac ili pružalac usluge otkáže ugovor; (e) zahtevanje od bilo kojeg potrošača koji ne ispuni svoju obavezu da plati nesrazmerno veliku sumu na ime naknade; (f) davanje ovlašćenja prodavcu ili pružaocu usluga da samovlasno odustane od ugovora ako isto ovlašćenje nije garantovano potrošaču, ili davanje ovlašćenja prodavcu ili pružaocu usluga da zadrži primljene iznose za usluge koje još nije izvršio, u slučaju da upravo prodavac ili davalac usluge odustaje od ugovora; (g) omogućavanje prodavcu ili davaocu usluge da otkáže ugovor zaključen na neodređeno vreme bez primerenog otkaznog roka, izuzev kada za to postoje ozbiljni razlozi; (h) prećutno produženje ugovora zaključenog na određeno vreme, kada je rok u kojem potrošač treba da se izjasni o svojoj nespremnosti da ostane pri ugovoru nerazumno kratak; (i) neopozivo obavezivanje potrošača odredbama sa kojima nije imao stvarne mogućnosti da se upozna pre zaključenja ugovora; (j) ugovaranje da prodavac ili pružalac usluga ima pravo da bez opravdanog razloga navedenog u ugovoru, jednostrano izmeni ugovornu odredbu; (k) ugovaranje da prodavac ili pružalac usluga ima pravo da bez opravdanog razloga jednostrano izmeni karakteristike proizvoda ili usluge koju treba da pruži; (l) ugovaranje da će se cena roba odrediti u vreme isporuke ili omogućavanje prodavcu roba ili pružaocu usluga da poveća svoju cenu bez davanja mogućnosti potrošaču, u oba slučaja, adekvatnog prava da otkáže ugovor ako konačna cena bude previsoka u odnosu na cenu koja je usaglašena u vreme zaključenja ugovora; (m) davanje prodavcu ili pružaocu usluga prava da odredi da li su dobra ili usluge u skladu sa ugovorom ili ugovaranje isključivog prava prodavca ili pružaoca usluga da tumači ugovorne odredbe; (n) ograničenje obaveze prodavca ili pružaoca usluge da se povinuje obavezama koje je preuzeo njegov zastupnik ili uslovljavanje izvršenja njegove obaveze ispunjenjem neke formalnosti; (o) obavezivanje potrošača da ispuni sve obaveze, iako prodavac ili pružalac usluge ne ispunjava svoje; (p) davanje mogućnosti prodavcu ili pružaocu usluga da prenese svoja prava i obaveze iz ugovora kada to može poslužiti da se, bez njegove saglasnosti, smanje garancije date potrošaču; (q) isključenje ili otežavanje prava potrošača da podnese tužbu ili iskoristi bilo koje drugo pravno sredstvo, posebno ako se od njega zahteva da spor isključivo rešava putem arbitraže koja nije uređena zakonom, bezrazložno ograničavanje pristupa dokazu ili prebacivanje na potrošača tereta dokazivanja koji, prema merodavnom pravu, treba da bude na drugoj ugovornoj strani.

predviđaju nesrazmerne obaveze za ugovorne strane (npr. obaveza potrošača da plati neopravdano visok iznos kao naknadu ako ne ispuni svoju obavezu); (3) odredbe koje uskraćuju potrošaču neophodne informacije (npr. stvaranje neopozive obaveze za potrošača na osnovu odredaba sa kojima nije imao mogućnosti da se upozna pre zaključenja ugovora)⁹¹⁰.

Pored toga, treba reći i da se nepoštenost ugovorne odredbe procenjuje tako da se u obzir uzimaju priroda robe ili usluga na koje se ugovor odnosi u vreme kada je ugovor zaključen, sve propratne okolnosti sklapanja ugovora i sve ostale odredbe tog ugovora ili drugog ugovora od koga on zavisi, dok se procena ne odnosi na definiciju glavnog predmeta ugovora ni na primerenost cene i naknade na jednoj strani, i isporučene usluge i robu, na drugoj, sve dok su te odredbe jasno i razumljivo sastavljene.⁹¹¹ Direktiva 93/13 sadrži i posebna pravila o jeziku i tumačenju, kojima je predviđeno da u slučaju ugovora u kojima se potrošaču sve ili određene odredbe nude u pisanom obliku, te odredbe uvek moraju biti formulisane jasno i razumljivo. Ako postoji sumnja oko značenja neke odredbe, prednost ima tumačenje koje je najpovoljnije za potrošača.⁹¹² Ova direktiva obavezuje države članice da u interesu potrošača i tržišnih konkurenata, obezbede postojanje odgovarajućih i efikasnih sredstava za sprečavanje stalnog korišćenja nepoštenih odredaba u ugovorima koje prodavci ili pružaoci usluga zaključuju sa potrošačima.⁹¹³

O Direktivi 93/13 je objavljeno na stotine članaka i monografija, u kojima su se još pre deset godina stavovi autora mogli svrstati u dve osnovne grupe: one koji je podržavaju i one koji je osporavaju. Tako, jedna grupa autora smatra da ova direktiva reguliše materiju koja je već uređena nacionalnim propisima država članica, te da čak nije postojalo ni ovlašćenje za donošenje ove direktive jer odredba Ugovora (tada član 100a, kasnije član 95.), po stanovištu ovih autora, ne dopušta da se Zajednica upliće u nacionalno ugovorno pravo, dok suprotno tome, druga grupa autora zastupa stav da opšti ciljevi Ugovora (odnosno njegovi uvodni delovi) koji govore o ciljevima Evropske Zajednice i instrumentima njegovog ostvarivanja, a pre svega o uspostavljanju jedinstvenog tržišta ne

⁹¹⁰ Videti: Ivančević, K., *op. cit.*, str. 81.

⁹¹¹ Član 4. Direktive 93/13/EEC.

⁹¹² Videti član 5. Direktive 93/13/EEC.

⁹¹³ Član 7. stav 1. Direktive 93/13/EEC.

samo da pružaju mogućnost za harmonizaciju ugovornog prava u oblasti potrošačkih ugovora već ga na to upućuju i moguće čak i obavezuju.⁹¹⁴

Međutim, iako su danas sve države članice transponovale⁹¹⁵ pravila ove direktive u svoja nacionalna zakonodavstva, primenom različitih nomotehničkih postupaka, rešenja koja su usvojena u pojedinim nacionalnim pravima zemalja članica se u određenoj meri međusobno razlikuju, zbog čega se u vezi sa ovom direktivom minimalne harmonizacije, neretko ističe da u ovom segmentu pravo na teritoriji EU nije unifikovano, već u određenom stepenu harmonizovano⁹¹⁶. Iako je razlika između prava zaštite potrošača EU i zemalja članica jasno vidljiva, što se smatra posledicom nedostatka (horizontalne) međusobne povezanosti prava EU, potrošačko pravo Evropske unije predstavlja oko 80% ugovornog prava EU⁹¹⁷, a jedna od direktiva koja i danas ima centralno mesto kao relevantan izvor i glavni instrument za harmonizaciju privatnog prava država članica jeste upravo Direktiva 93/13 čiji se ciljevi i pravila, transponovani u nacionalne propise 28 država članica, danas primenjuju na skoro 500 miliona stanovnika.

Načela Evropskog ugovornog prava sadrže poseban član koji se odnosi na pravni režim nepravičnih odredbi o kojima se nije pojedinačno pregovaralo. Tako, prema članu 4:110. Načela, strana može zahtevati poništaj odredbe o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, ukoliko, suprotno zahtevima savesnosti i poštenja, ona dovodi do značajne

⁹¹⁴ Tako, i detaljnije: Ivančević, K., *Pravna zaštita potrošača korisnika usluge osiguranja i bankarske usluge* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2010, str. 249-256.

⁹¹⁵ O transponovanju Direktive 93/13 u nacionalna zakonodavstva videti pojedinačno, po državama članicama: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:31993L0013>.

⁹¹⁶ Petrić, S., *Institut općih uvjeta poslovanja u potrošačkom pravu Bosne i Hercegovine*, u: Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse (zbornik radova devetog međunarodnog savjetovanja u Neumu), Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2011, str. 59, sa daljim upućivanjem na: Tenreiro, M., *The Integration of Directive 93/13 into the National Legal Systems*, Conclusion (baza podataka o nepravičnim klauzulama ugovora CLAB). Prof. dr Silvija Petrić na istom mestu ukazuje na različite nomotehničke postupke koji su primenjeni prilikom transponovanja Direktive 93/13 u nacionalna prava, pa tako navodi da je u Francuskoj 1995. god. donet poseban zakon kojim su pravila Direktive uvrštena u postojeće potrošačko zakonodavstvo, kojim su stavljene van snage odgovarajuće odredbe Zakona o zaštiti i informisanju potrošača proizvoda i usluga; u Italiji je 1996. godine u tekst *Codice civile* uvršten poseban odeljak koji integralno preuzima pravila Direktive, ali je 2005. godine donet *Codice del consumo*, čijim stupanjem na snagu prestaju da važe odredbe čl. 1469 bis *Codice civile* i u gotovu neizmenjenom obliku su sada u ovom zakonu; u Nemačkoj odredbe čl. 305-310. izmenjenog Građanskog zakonika preuzimaju pravila Direktive; u Velikoj Britaniji je donet *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1994. godine, s tim da je i dalje na snazi *Unfair Contract Terms Act* iz 1977. godine, budući da delom imaju različito polje primene.

⁹¹⁷ Rösler, H., *Osnove potrošačkog prava Evropske unije*, Nova pravna revija (časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo), br. 1/2013, str. 23 i 21.

neravnoteže u pravima i obavezama ugovornika na štetu te strane, uzimajući u obzir prirodu ispunjenja koje se traži na osnovu ugovora, sve druge odredbe ugovora i okolnosti koje su postojale u vreme zaključenja ugovora - s tim da se ovaj član ne primenjuje na: (a) odredbu koja određuje glavni predmet ugovora, ukoliko je ta odredba jasna i razumljiva, niti na (b) srazmeru između vrednosti obaveza jedne i vrednosti obaveza druge strane.⁹¹⁸ U pogledu roka u kome se druga strana obaveštava⁹¹⁹ o zahtevu za poništaj, Načela propisuju da jedna strana može zahtevati poništaj pojedinačne odredbe na osnovu člana 4:110. ako pošalje obaveštenje o tom zahtevu u razumnom roku od momenta kada se druga strana pozvala na tu odredbu.⁹²⁰ Ovde će, po pravilu, biti reči o delimičnom poništaju - ako se razlog nepunovažnosti odnosi samo na određene odredbe ugovora, dejstvo poništaja se ograničava na te odredbe, osim ukoliko bi, s obzirom na sve okolnosti slučaja, bilo nerazumno da se preostali deo ugovora ostane na snazi.⁹²¹ Važno je još reći da Načela, u vezi sa isključenjem i ograničenjem pravnih sredstava, između ostalog, izričito propisuju da se pravo zahtevati poništaj nepravične odredbe o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, ne može isključiti niti ograničiti.⁹²²

UNIDROIT Principi sadrže poseban član koji se odnosi na neočekivane (iznenadujuće) odredbe (eng. *Surprising terms*). Prema odredbi člana 2.1.20. uslovi sadržani u OUP koji su takvog karaktera da ih druga strana nije razumno mogla očekivati, nemaju pravno dejstvo, osim ukoliko ih je druga strana izričito prihvatila. Prilikom određivanja da li neka odredba ima ovakav karakter, treba uzeti u obzir njenu sadržinu, formulaciju i prezentaciju.⁹²³ Zvaničan UNIDROIT komentar uz ovaj član polazi od toga da je strana koja prihvata OUP druge strane, po pravilu, obavezana njima bez obzira da li je zaista detaljno upoznata sa njihovom sadržinom i da li u potpunosti razume njihove posledice. Značajan izuzetak od ovog pravila je upravo ovaj član po kome, bez obzira na svoj pristanak na OUP u celini, strana koja prihvata OUP nije vezana odredbama koje, imajući u vidu njihovu sadržinu, formulaciju i izraz nije mogla razumno da očekuje, a razlog ovog izuzetka jeste želja da se izbegne strana koja koristi OUP koristeći neprikladnu

⁹¹⁸ Videti član 4:110. Načela Evropskog ugovornog prava.

⁹¹⁹ Načela Evropskog ugovornog prava u članu 4:112. propisuju da druga strana mora biti obaveštena o zahtevu za poništaj.

⁹²⁰ Član 4:113. stav 2. Načela Evropskog ugovornog prava.

⁹²¹ Videti član 4:116. Načela Evropskog ugovornog prava.

⁹²² Član 4:118. stav 1. Načela Evropskog ugovornog prava.

⁹²³ Videti član 2.1.20. st.1-2. UNIDROIT Principa.

prednost svog položaja prikriva pokušaj nametanja uslova drugoj strani, koja bi ih teško prihvatila da ih je bila svesna.⁹²⁴

Kao prvi kriterijum koji se uzima u obzir kada se jedna odredba opštih uslova poslovanja shvata kao neočekivana, član 2.1.20. UNIDROIT Principa navodi njenu sadržinu, tj. kada je sadržaj odredbe o kojoj je reč takav da razumna osoba istih svojstava kao strana koja pristupa OUP ne bi mogla očekivati da je takva odredba uključena u tu vrstu OUP. U komentaru uz ovaj član se ukazuje da prilikom utvrđivanja da li je odredba neobična, u obzir treba uzeti, sa jedne strane, odredbe koje se uobičajeno nalaze u opštim uslovima koji se po pravilu koriste u toj vrsti trgovine, a sa druge, individualne pregovore među stranama. Tako se, primera radi, navodi da odredba koja isključuje ili ograničava ugovornu odgovornost predlagača može, ali i ne mora biti shvaćena kao „neočekivana”, i posledično bez dejstva u konkretnom slučaju, jer njeno dejstvo zavisi od toga da li su odredbe takve vrste uobičajene u toj vrsti trgovine i da li su u skladu sa načinom na koji su strane vodile pregovore.⁹²⁵ Ilustracija 1 u Komentaru donosi situaciju u kojoj strana A, turistička agencija, nudi paket-aranžmane za poslovna putovanja. Iz odredbi sadržanih u oglasu (reklami) se stiče utisak da A posluje kao tur-operator koji preuzima svu odgovornost za različite usluge koje paket-aranžman sadrži. B rezerviše aranžman uz primenu opštih uslova poslovanja strane A. Uprkos tome što je B prihvatio OUP u celini, A se ne može osloniti na odredbu koja navodi da, u pogledu hotelskog smeštaja, deluje samo kao posrednik hotelijera i zato odriče svaku odgovornost.⁹²⁶

Kada je reč o drugim razlozima koji mogu dovesti do kvalifikacije jedne odredbe sadržane u OUP kao iznenađujuće, to su: jezik na kome su formulisane (koji može biti nejasan) ili način na koji su topografski predstavljene (na primer sitnim slovima) - zato prilikom utvrđivanja da li je ovo slučaj, u obzir treba uzeti ne samo formulaciju i prezentaciju koja se uobičajeno koristi u toj vrsti OUP, već pre svega profesionalnu veštinu i iskustvo osobe istih svojstava kao strana koja pristupa OUP. Tako, navodi se dalje u Komentaru, pojedine reči mogu biti u isto vreme i nejasne i jasne, zavisno od toga da li strana koja pristupa pripada istoj profesionalnoj kategoriji kao strana koja koristi OUP. Faktor jezika može da igra značajnu ulogu i u kontekstu međunarodnih transakcija – ako su OUP napisani na stranom jeziku, ne može se isključiti da se neke odredbe, koliko god

⁹²⁴ International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 69.

⁹²⁵ International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 69-70.

⁹²⁶ *Ibidem*, str. 70.

sasvim jasne po sebi, preokrenu u iznenađujuće za stranu koja pristupa i koja ih razumno ne bi očekivala. Ilustracija 2 uz ovaj član govori da je A, kao osiguravajuća kompanija koja posluje u državi X, predstavništvo strane B - kompanije koja posluje u državi Y. Opšti uslovi sadrže 50 odredbi odštampanih sitnim slovima, a jedna od tih odredbi određuje da je merodavno pravo države Y. Osim ako ova odredba nije predstavljena boldovanim slovima ili na bilo koji drugi način pogodan da skrene pažnju strani koja pristupa, ona neće proizvoditi pravno dejstvo jer klijenti u državi X ne mogu razumno da očekuju da nađu klauzulu o izboru prava koja određuje strano pravo kao merodavno za njihove ugovore i to u okviru opštih uslova poslovanja kompanije koja posluje u njihovoj državi. Ilustracija 3 prikazuje slučaj u kome A, kao trgovac robom, posluje u Hamburgu i u svojim ugovorima koristi OUP koji sadrže, između ostalog, odredbu koja navodi „Hamburg – prijateljska arbitraža”. U lokalnim poslovnim krugovima ova klauzula se uobičajeno razume u smislu da će u slučaju eventualnih sporova oni biti rešavani od strane posebne arbitraže koja primenjuje posebna pravila postupka prema mestu sedišta. U ugovorima sa stranim klijentima ova klauzula može ostati bez dejstva, bez obzira na prihvatanje opštih uslova poslovanja u celini, jer strani klijent ne može razumno da očekuje da razume tačne posledice, bez obzira na to da li je klauzula prevedena na maternji jezik klijenata.⁹²⁷

U vezi sa UNIDROIT Principima treba još reći da se u članu 2.1.20. pominje mogućnost izričitog prihvatanja iznenađujuće odredbe, što znači da se u toj situaciji strana više ne može osloniti na „iznenađujuću” prirodu odredbe, tj. da je ne može lišiti dejstva ako je druga strana skrenula pažnju na tu odredbu strani koja pristupa i ona je izričito prihvatila.⁹²⁸

Naše pravo: Srpsko pravo sadrži posebne odredbe o nepravničnim ugovornim odredbama u zakonu kojim se uređuje zaštita potrošača, što je u skladu sa danas opšteprihvaćenim stavom da se zaštita od nepravničkih opštih uslova poslovanja smatra sastavnim delom zaštite potrošača.⁹²⁹ Tako, naš Zakon o zaštiti potrošača izričito propisuje da su nepravnične ugovorne odredbe ništave i istovremeno definiše da je nepravnična

⁹²⁷ International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 70-71.

⁹²⁸ Detaljnije u komentaru člana 2.1.20: International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, str. 71.

⁹²⁹ Takav stav zastupa još: Jayme, E., *Allgemeine Geschaeftsbedingungen und internationales Privatrecht*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, br. 2, 1978, str. 106; navedeno prema: Đurđević, N., *Kontrola opštih uslova poslovanja po osnovu pravičnosti*, Pravni život, br. 11-12/1994, str. 1544.

ugovorna odredba svaka odredba koja, protivno načelu savesnosti i poštenja, ima za posledicu značajnu nesrazmeru u pravima i obavezama ugovornih strana na štetu potrošača. Ovaj zakon određuje i četiri kriterijuma na osnovu kojih se utvrđuje da li je određena odredba ugovora nepravična. To su:

- 1) priroda robe ili usluga na koje se ugovor odnosi;
- 2) okolnosti pod kojima je ugovor zaključen;
- 3) ostale odredbe istog ugovora ili drugog ugovora sa kojim je ugovor u vezi;
- 4) način na koji je postignuta saglasnost o sadržini ugovora i način na koji je potrošač obavešten o sadržini ugovora.⁹³⁰

Nadalje, ovaj zakon sadrži i dva spiska ugovornih odredbi – jedan, onih odredbi koje se uvek smatraju nepravničnim bez obzira na okolnosti pojedinačnog slučaja i, drugi, ugovornih odredbi za koje se pretpostavlja da su nepravične ugovorne odredbe ako se ne dokaže drugačije. Konkretno, Zakon o zaštiti potrošača određuje da se ugovorne odredbe smatraju nepravničnim bez obzira na okolnosti pojedinačnog slučaja ako imaju za predmet ili posledicu:

1) isključenje ili ograničenje odgovornosti trgovca za slučaj smrti ili telesnih povreda potrošača usled činjenja ili nečinjenja trgovca;

2) ograničenje obaveze trgovca da izvrši, odnosno preuzme obaveze koje je u njegovo ime ili za njegov račun preuzeo punomoćnik, odnosno nalogoprimac ili povezivanje obaveze trgovca da izvrši, odnosno preuzme obaveze koje je u njegovo ime ili za njegov račun preuzeo punomoćnik, odnosno nalogoprimac sa uslovom čije ispunjenje zavisi isključivo od trgovca;

3) isključenje ili ograničenje prava potrošača da pokrene određeni postupak ili da upotrebi određeno pravno sredstvo za zaštitu svojih prava, a naročito nametanje obaveze potrošaču da sporove rešava pred arbitražom na način koji je u suprotnosti sa odredbama ovog zakona;

4) sprečavanje ili ograničavanje mogućnosti da se potrošač upozna sa dokazima ili prebacivanje tereta dokazivanja na potrošača u slučaju kada je teret dokazivanja na trgovcu, u skladu sa zakonom;

5) određivanje mesne nadležnosti suda van prebivališta, odnosno boravišta potrošača.

⁹³⁰ Član 43. Zakona o zaštiti potrošača.

Nepravičnom ugovornom odredbom bez obzira na okolnosti pojedinačnog slučaja smatra se i ugovorna odredba na osnovu koje trgovac ima:

- 1) isključivo pravo da utvrdi da li su isporučena roba ili pružene usluge u skladu sa ugovorom;
- 2) isključivo pravo tumačenja ugovornih odredaba.⁹³¹

Kada je reč o ugovornim odredbama za koje se pretpostavlja da su nepravične ugovorne odredbe ako se ne dokaže drugačije, Zakon o zaštiti potrošača nabroja da su to sledeće odredbe čiji je predmet ili posledica:

1) ograničenje ili isključenje prava potrošača prema trgovcu ili trećoj strani u slučaju potpunog ili delimičnog neispunjenja bilo koje ugovorne obaveze trgovca, uključujući ograničenje ili isključenje prava potrošača da prebije potraživanje koje ima prema trgovcu sa potraživanjem koje trgovac ima prema potrošaču;

2) davanje ovlašćenja trgovcu da zadrži sve što je primio od potrošača u slučaju da potrošač povredi ugovornu obavezu ili odbije da zaključi ugovor, ako isto pravo nije garantovano potrošaču;

3) obavezivanje potrošača koji je povredio ugovornu obavezu da trgovcu plati naknadu u iznosu koji značajno premašuje iznos pretrpljene štete;

4) pravo trgovca da jednostrano raskine ugovor u bilo kom trenutku, ako isto pravo nije garantovano potrošaču;

5) pravo trgovca da jednostrano raskine ugovor zaključen na neodređeno vreme bez ostavljanja primerenog otkaznog roka, osim u slučaju ako potrošač ne izvršava svoje ugovorne obaveze;

6) prećutno produženje ugovora zaključenog na određeno vreme, ako je potrebno da potrošač izjavi da ne pristaje na produženje ugovora u roku koji je neprimereno dugačak u odnosu na rok na koji je ugovor zaključen;

7) pravo trgovca da na bilo koji način poveća ugovorenu cenu, ako nije ugovoreno pravo potrošača da u tom slučaju raskine ugovor;

8) obavezivanje potrošača da izvrši sve svoje ugovorne obaveze u slučaju da trgovac ne izvrši svoje ugovorne obaveze u celosti;

9) davanje ovlašćenja trgovcu da prenese svoje ugovorne obaveze na treće lice bez saglasnosti potrošača;

⁹³¹ Videti član 44. Zakona o zaštiti potrošača.

10) ograničavanje prava potrošača da preproda robu ograničavanjem prenosivosti garancije koju je dao trgovac;

11) davanje ovlašćenja trgovcu da jednostrano menja sadržinu ugovornih odredaba, uključujući obeležja robe ili usluga;

12) jednostrana izmena ugovornih odredaba koje su potrošaču saopštene na trajnom nosaču zapisa, saopštavanjem novih odredaba sa kojima se potrošač nije saglasio putem sredstava komunikacije na daljinu.⁹³²

7. KLAUZULE O NAČINU REŠAVANJA SPORA

Sve prethodno analizirane klauzule često pokazuju svoj praktični pravni značaj tek kada, u fazi izvršenja ugovora, dođe do određene sporne situacije, a tada i za stranu koja pristupa OUP a koja se sa njihovom sadržinom možda nije detaljno upozнала pre ili u toku zaključenja ugovora ili nije razumela značaj, domašaj i posledice predviđenih pravnih rešenja, može biti i iznenađujuće da OUP sadrže i klauzulu kojom je predviđeno da se spor rešava na način drugačiji od onog koji je možda uobičajen ili očekivan. To se može odnositi kako na organ ili telo koje rešava sporove, npr. da se umesto suda predviđa da se spor rešava putem alternativnih načina rešavanja spora, na izbor merodavnog prava, tako i da umesto uobičajene nadležnosti postoji posebno ugovorena nadležnost, odnosno da je predviđena prorogacija nadležnosti. To može biti i jedno od poslednjih (ne uvek prijatnih) iznenađenja ukoliko prilikom zaključenja ugovora nije posvećena potrebna pažnja ovim klauzulama. Ove klauzule se obično nalaze na kraju i OUP, ali i ugovora o kojima se pregovara, zbog čega ih pojedini autori nazivaju „šampanj klauzule” ili „ponoćne klauzule”, s obzirom na to da se o njima najčešće raspravlja na kraju pregovora – „u ponoć”, kad su ugovorne strane iscrpljene pregovorima i nestrpljive da „uz šampanjac” proslave zaključenje ugovora, zbog čega se čak i među privrednicima na ova važna pitanja ne obraća dovoljno pažnje.⁹³³

Kako se sistematizacijski uobičajeno klauzule o načinu rešavanja spora nalaze na kraju opštih uslova poslovanja, tako se čini logičnim i da budu razmatrane na kraju ovog dela o tipičnim klauzulama u OUP. Svakako, u ugovornom pravu je poželjno i očekivano

⁹³² Član 45. Zakona o zaštiti potrošača.

⁹³³ Perović, J., Politika, 22.07.2017., tekst dostupan i na: <http://www.politika.rs/sr/clanak/385400/Ekonomija/Najopasnije-su-sampanj-klauzule>.

da sve klauzule, pa time i one o načinu rešavanja spora nisu iznenađenje za stranu koja pristupa OUP, već da su obe strane želele da postignu sporazum o nadležnom sudu, odnosno svesno i saglasnošću volja ugovorile arbitražu ili drugi način rešavanja spora. Sporazumi o mesno nadležnom sudu, tj. prorogacione klauzule, nalaze se u OUP koji se primenjuju u domaćem⁹³⁴ pravu, u međunarodnom poslovanju⁹³⁵, kao i u ugovornom potrošačkom⁹³⁶ pravu.

Klauzule o načinu rešavanja spora, izboru merodavnog prava, nadležnosti i foruma za rešavanje spora su izuzetno važne, jer nekada upravo ove klauzule mogu biti od presudnog značaja za uspeh u eventualnom sporu koji proistekne iz ugovora.

Kada je reč o klauzulama o načinu rešavanja sporova, OUP često sadrže arbitražne klauzule, odnosno klauzule o alternativnim načinima rešavanja spora.

7.1. Arbitražne klauzule i klauzule o alternativnim načinima rešavanja sporova

Arbitražna klauzula je bila jedna od glavnih karakteristika opštih uslova poslovanja već od njihovog nastanka, tj. pojave prvih OUP koji su predviđali da će sporove rešavati arbitražni tribunali po pravilima koja su ustanovila trgovačka udruženja⁹³⁷, a ostala je i danas kao pravilo da većina OUP za način rešavanja eventualnih sporova predviđa arbitražu ili druge alternativne načine rešavanja sporova, tj. da se najčešće izbegava upućivanje na redovne nacionalne sudove. Profesor Klaus Peter Berger navodi podatak da

⁹³⁴ O pojmu, elementima, obliku i dejstvu sporazuma o mesnoj nadležnosti, kao i o prećutnoj prorogaciji: Poznić, B., Rakić-Vodinić, V., *Građansko procesno pravo*, šesnaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 2010, str. 99-100.

⁹³⁵ O sporazumno određenoj međunarodnoj nadležnosti (prorogaciji nadležnosti): Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., *Međunarodno privatno pravo*, Forum, Novi Sad, 2003, str. 493-495; *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa*, glavni redaktor Dobrosav Mitrović, Savremena administracija, Beograd, 1982, str. 398-399.

⁹³⁶ Videti: Meškić, Z., *Prorogacija nadležnosti u opštim uslovima potrošačkih ugovora*, u: Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse (zbornik radova trinaestog međunarodnog savjetovanja u Neumu), Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2015, str. 323-335; Petrović, M., *Prorogacija nadležnosti suda za potrošačke sporove sa stranim elementom: rešenja prava EU i prava Srbije*, Glasnik prava, br. 3/2015, str. 1-21, dostupno na: <http://www.jura.kg.ac.rs/gp/17/1/clanci/petrovic.htm>.

⁹³⁷ O važnosti arbitražnih klauzula u prvim opštim uslovima: Petersson, N., Legal Institutions and the World Economy, 1900-1930, u: Dejung, C., Petersson, N. (ed.), *The Foundations of Worldwide Economic Integration: Power, Institutions, and Global Markets, 1850-1930*, Cambridge Studies in the Emergence of Global Enterprise, Cambridge University Press, New York, 2013, str. 33.

danas skoro 90% značajnijih međunarodnih ugovora sadrži arbitražnu klauzulu⁹³⁸, što svedoči o visokom nivou prihvatanja arbitražnog načina rešavanja sporova u vremenu kada se kontinuirano povećava obim međunarodnih ekonomskih odnosa.

Arbitražno rešavanje sporova danas predstavlja poželjan i faktički primaran način rešavanja sporova u poslovnom svetu. Razlozi se nalaze u višestrukim prednostima arbitraže u odnosu na državne (nacionalne) sudove, a to su: brzina, jednostavnost, veća elastičnost i manja formalnost u odnosu na sud, jednostепенost, pa time i manji troškovi, stručnost i neutralnost arbitara, psihološki osećaj prijateljskog rešavanja spora, poverenje i tajnost postupka.⁹³⁹ Pored toga što vrše izbor načina rešavanja spora, stranke mogu da biraju i institucionalnu ili *ad hoc* arbitražu, sedište arbitražnog tribunala i merodavno pravo, imajući u vidu kolizionopravni aspekt načela autonomije volje koji omogućava da strane ugovornice izaberu pravo koje će se primenjivati na njihov ugovorni odnos. Rešavanje spora od strane arbitraže može da omogući i da se izbegnu razlike između nacionalnih pravnih sistema, te da se ugovori primena pravila koja su opšteprihvaćena u poslovnom svetu, odnosno koja su u skladu sa poslovnom praksom i običajima na globalnom nivou.

Savremeno poslovanje, pored suda i arbitraže⁹⁴⁰, danas poznaje različite alternativne načine rešavanja sporova (uobičajeno skraćeno: ADR⁹⁴¹ - od naziva na engleskom jeziku: Alternative Dispute Resolution), za koje se u stručnoj literaturi ističe da su potekli i prve primene zabeležili u SAD-u, koje su tragale za praktičnim načinima rešavanja spornih odnosa. Analizirajući alternativno rešavanje trgovinskih sporova, profesor Trajković navodi sledeće oblike: sporazum o neutralnom slušanju (The Neutral Listener Agreement)⁹⁴², tzv. mini-spor (Mini-Trial)⁹⁴³, mičigensko posredovanje

⁹³⁸ Berger, K. P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 2010, str. 145.

⁹³⁹ O argumentima za i protiv međunarodne trgovinske arbitraže, videti Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje pravnika Jugoslavije, Beograd, 2000, str. 25-32, koji sažeto ističe da međunarodna trgovinska arbitraža privlači stranke svojim praktičnim i racionalnim osobinama, čime se najbolje objašnjava stepen popularnosti ove institucije kod poslovnog sveta.

⁹⁴⁰ Detaljnije o arbitraži i alternativnom rešavanju sporova videti: Knežević, G., Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.

⁹⁴¹ Uobičajeno korišćenu skraćenicu u stranoj literaturi ADR koriste i domaći pravni pisci - tako: Trajković, M., Knežević, G., Pavić, V., dok Karamarković, L. koristi ARS što je skraćena za naziv na srpskom jeziku (od: alternativno rešavanje sporova).

⁹⁴² Reč je o jednoj vrsti prethodnog ispitivanja sa ciljem da se utvrdi da je moguće ići na pomirenje ili bi to bilo gubljenje vremena, pa treba odmah ići na arbitražu.

⁹⁴³ Trajković navodi da se kod tzv. mini spora (koji postoji i u Engleskoj, a predviđen je i Pravilima Ciriške arbitraže) angažuje neutralni savetodavac koji prethodno diskutuje o sporu sa predstavnicima poslovnog

(Michigan Mediation)⁹⁴⁴, tzv. skraćeni spor pred porotom (Summary Jury Trial)⁹⁴⁵, iznajmljivanje sudije (rent-a-judge)⁹⁴⁶, a ovom spisku dodaje i angažovanje eksperata (specijalista) da „preseku“ neki najčešće tehnički problem u specifičnoj oblasti⁹⁴⁷, kao i posredovanje i mirenje (koncilijacija)^{948, 949}.

Razmatrajući alternativno rešavanje sporova (uopšteno - dakle ne samo trgovinskih), Karamarković pravi podelu na: 1) osnovne modele, u koje ubraja: medijaciju, direktne pregovore i arbitražu⁹⁵⁰ i 2) hibridne modele, u okviru kojih navodi: nagodbu (poravnanje), evaluaciju slučaja, ročište poravnanja, med-arb, mini-parnicu, apelacioni ARS, nedelju poravnanja i ombudsmana⁹⁵¹.

Profesor Gašo Knežević, povodom klasifikacije alternativnog rešavanja sporova, govori o sledećim metodama: 1) sila (sindrom sile – pravo jednoga); 2) direktni pregovori stranaka (koje dalje deli na: vansudsko poravnanje i sudsko poravnanje [*res iudicialiter*

organa stranaka (menadžmentom), sa ciljem postizanja saglasnosti stranaka o osnovnim pitanjima i pravilima ponašanja na sudu, tj. reč je o pripremi sudskog procesa, koji posle ovakvog sastanka i prethodne rasprave može biti efikasniji. Posle održane prethodne rasprave, ističe Trajković, predstavnici menadžmenta stranaka se ponovo sastaju i pokušavaju da postignu poravnanje, uz procenu neutralnog savetnika o toku rasprave i izgledima za sudsko rešenje spora, pri čemu je ovaj postupak poverljive prirode i njegovi nalazi ne mogu biti korišćeni pred sudom.

⁹⁴⁴ Iako nosi naziv posredovanja, u literaturi se navodi da je ovo više intervencija suda u vezi sa posredovanjem, nego samo posredovanje, jer se svodi na to da sud obavezuje stranke da se sastanu i pokušaju da brzo reše spor pre rasprave na sudu.

⁹⁴⁵ Ovaj način rešavanja sporova karakteriše da nakon obavljene rasprave, porota (koju ne moraju činiti pravnici) donosi odluku o sporu, koja nije obavezujuća, već služi kao osnov za dalje pregovore stranaka, u cilju da im omogući da se upoznaju sa mogućim ishodom spora (sudskog ili arbitražnog), te da sebe ubede u nužnost međusobnog dogovora.

⁹⁴⁶ Pravni pisci navode da je ovaj način rešavanja sporova karakterističan za američke države Njujork i Kalifornija, a sastoji se u tome da stranke sporazumno traže od suda da im odredi kvalifikovano lice sposobno da presudi spor (u praksi je to najčešće neki poznati penzionisani sudija), čija je odluka-presuda o sporu obavezujuća, a sud joj daje izvršnu snagu.

⁹⁴⁷ Ovde se dakle ne misli na angažovanje eksperta kao veštaka koji iznosi stručno mišljenje, već na tzv. ekspertize-arbitraže (nem. Schiedsgutachten), koje postoje i kod specijalizovanih arbitraža namenjenih članovima stručnog udruženja ili prometa određenih proizvoda.

⁹⁴⁸ Različite definicije mirenja mogu se sažeti u dva pristupa: sa jedne strane, mirenje je pokušaj da se postigne prijateljsko rešenje u sporu uz pomoć treće osobe, čija je preporuka obavezujuća za stranke ako je prihvate; dok se sa druge strane definiše kao metod, kojim se pre pokretanja arbitražnog ili sudskog spora, na dobrovoljnoj osnovi, nastoji postići nagodba među strankama. Tako: Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje pravnik Jugoslavije, Beograd, 2000, str. 51.

⁹⁴⁹ Detaljnije videti: Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje pravnik Jugoslavije, Beograd, 2000, str. 47-56.

⁹⁵⁰ Karamarković daje i koristan tabelarni prikaz osnovnih razlika između parnice, arbitraže i medijacije. Videti: Karamarković, L., *Poravnanje i medijacija*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2004, str. 313, fusnota br. 781, sa daljim upućivanjem na: Holbrook, J., Gray, L., *Court-Annexed Alternative Dispute Resolution*, Journal of Contemporary Law, 1995.

⁹⁵¹ Detaljnije o svakom od navedenih modela videti: Karamarković, L., *Poravnanje i medijacija*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2004, str. 312-316.

transacta]); 3) posredni pregovori uz pomoć i podršku trećeg (koje dalje deli na: medijaciju, med-arb, koncilijaciju, mini-trial [mini-parnica], evaluaciju, odbor za razmatranje/rešavanje sporova i veštačenje); 4) adjudikacija (sindrom nepristrasnosti): arbitraže.⁹⁵²

Navedeni oblici alternativnih načina rešavanja sporova danas nalaze sve češću primenu u praksi, a pravni pisci im upućuju i pohvale i kritike. Prilikom kreiranja OUP privredni subjekt bira onaj način rešavanja eventualnog spora koji mu najviše odgovara, bilo u cilju efikasnosti, brzine rešavanja, mesta, tj. sedišta organa koji će rešavati spor i sl. Tako, kada je reč o arbitražnom rešavanju spora, koje je danas u trgovinskom pravu, a naročito u međunarodnom trgovinskom pravu, postalo skoro pravilo (jer prednjači kao način rešavanja sporova), privredni subjekt bira onu arbitražu za koju smatra da najviše odgovara njegovim interesima. Kada se analiziraju klauzule o načinima rešavanja sporova koje su sadržane u različitim opštim uslovima poslovanja, čini se da danas postoji tendencija da OUP najređe upućuju na sudski način rešavanja sporova, jer on očigledno kreatorima OUP najmanje odgovara.

Kako bi se izbegao sudski način rešavanja sporova, OUP najčešće predviđaju da se sporna pitanja rešavaju pregovaranjem, medijacijom⁹⁵³, mirenjem, arbitražom i ostalim alternativnim načinima rešavanja sporova⁹⁵⁴. Kao zajedničke prednosti uobičajeno se ističu: brzina, pragmatičan i fleksibilan pristup, ušteta, kao i postizanje praktičnog rešenja koje održava i poboljšava (ili bar ne narušava) poslovne odnose, kao i poverljivost postupka, a kod pojedinih (kao npr. kod medijacije) i zadržavanje kontrole nad postupkom rešavanje spora od strana učesnika (ugovarača). Zbog toga, kreatori OUP usmeravaju rešavanje spornih pitanja na brže i efikasnije načine rešavanja sporova (nego što je to sud), a nekada se ovi mehanizmi predviđaju kao primarni način rešavanja spornih pitanja, dok ukoliko se njima ne postigne rešenje (ili se ne postigne u određenom roku), predviđa se redovan način rešavanja sporova.

⁹⁵² Knežević, G. u: Knežević, G., Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 206.

⁹⁵³ O medijaciji: Spencer, D., Brogan, M., *Mediation law and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; Bercovitch, J., Gartner, S. (ur.), *International conflict mediation : new approaches and findings*, Routledge, London, 2009; Kovach, K., *Mediation: principles and practice*, Thomson/West, 2004.

⁹⁵⁴ O alternativnim načinima rešavanja sporova u međunarodnom poslovanju, s posebnim osvrtom na ADR u međunarodnim građevinskim poslovima, videti: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 438-460.

7.2. Pozivanje na OUP koji sadrže arbitražnu klauzulu

U delu u kome uređuje pitanje forme sporazuma o arbitraži, naš Zakon o arbitraži⁹⁵⁵ pominje opšte uslove poslovanja – tačnije opšte uslove za zaključenje pravnog posla. Konkretno, Zakon o arbitraži propisuje da sporazum o arbitraži mora da se zaključi u pismenoj formi⁹⁵⁶, kao i da se sporazum o arbitraži smatra zaključenim i ako se stranke u pismenom ugovoru pozovu na drugo pismeno koje sadrži sporazum o arbitraži (opšti uslovi za zaključenje pravnog posla, tekst drugog ugovora i sl.) ako je cilj tog pozivanja da sporazum o arbitraži postane sastavni deo ugovora.⁹⁵⁷

U vezi sa pitanjem pismene forme arbitražnog sporazuma, u uporednopravnoj i domaćoj doktrini postoje suprotstvaljena stanovišta pri čemu je većinski stav da zahtev za pismenom formom predstavlja bitan element sporazuma (*ad solemnitatem, ad substantiam*), a ne samo dokaznu formu (*ad probationem*)⁹⁵⁸, ali se istovremeno ukazuje da u savremenom arbitražnom pravu postoji tendencija ublažavanja strogosti zahteva pismene forme arbitražnog ugovora.⁹⁵⁹

Pre donošenja posebnog zakona o arbitraži, u našem pravu je pitanje arbitražne klauzule sadržane u OUP bilo izričito uređeno Zakonom o parničnom postupku⁹⁶⁰ (donetim još u vreme SFRJ), čija je glava 31. uređivala postupak pred izbranim sudovima i važila decenijama od 1977. godine, tačnije do stupanja na pravnu snagu Zakona o arbitraži

⁹⁵⁵ „Sl. glasnik RS“, br. 46/2006. Važeći Pravilnik o Stalnoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 101/16) ne sadrži odredbe o arbitražnom sporazumu u OUP ili sličnim opštim uslovima za zaključenje pravnog posla.

⁹⁵⁶ Shodno članu 12. st. 2-3. Zakona o arbitraži, sporazum o arbitraži je zaključen u pismenoj formi ako je sadržan u ispravama koje su stranke potpisale. Smatra se da je sporazum o arbitraži u pismenoj formi ako je zaključen razmenom poruka putem sredstava komunikacije, koja omogućavaju pismeni dokaz o sporazumu stranaka, bez obzira da li su te poruke stranke potpisale.

⁹⁵⁷ Videti član 12. stav 4. Zakona o arbitraži. Shodno stavu 5. istog člana, smatra se da postoji sporazum o arbitraži i ako tužilac pismenim putem pokrene arbitražni spor, a tuženi izričito prihvati arbitražu i s tim se saglasi u pismenoj formi ili u izjavi na zapisniku na ročištu, kao i ako uzme učešće u arbitražnom postupku i do upuštanja u raspravljanje o predmetu spora ne istakne prigovor da ne postoji sporazum o arbitraži, odnosno ne ospori nadležnost arbitražnog suda. Videti i: Miljković, M., *Komentar Zakona o arbitraži*, Poslovni biro, Beograd, 2007, str. 30-32.

⁹⁵⁸ Videti: Knežević, G., *Međunarodna trgovačka arbitraža: osnovna pitanja i problemi*, Dosije i Savet projekta *Konstituisanje Srbije kao pravne države*, Beograd, 1999, str. 42, sa daljim upućivanjem na radove profesora Paka, Goldštajna, Trive, Perovića, Sajka i Dike.

⁹⁵⁹ O tome: Perović, J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 215-217.

⁹⁶⁰ „Sl. list SFRJ“, br. 4/77, 36/77 - ispr., 6/80 - dr. zakon, 36/80, 43/82 - dr. zakon, 69/82, 72/82 - ispr. dr. zakona, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91 i „Sl. list SRJ“, br. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 - ispr. i 3/2002 i „Sl. glasnik RS“, br. 125/2004 - dr. zakon.

10. juna 2006. god. Prema članu 471. ovog ZPP-a, ugovor o izbranom sudu je punovažno zaključen i kad je odredba o nadležnosti izbranog suda sadržana u opštim uslovima za zaključenje pravnog posla.⁹⁶¹ Sličnu odredbu sadržao je i ranije važeći Pravilnik o Spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije koji propisuje da je arbitražni ugovor punovažno zaključen i kada je odredba o nadležnosti Arbitraže sadržana u opštim uslovima ako su oni sastavni deo pravnog posla.⁹⁶² Ono što je zanimljivo i što je i isticano u našoj pravnoj doktrini u godinama nakon donošenja tadašnjeg ZPP-a jeste da je posebna odredba o zasnivanju arbitražne nadležnosti prihvatanjem opštih uslova uneta u naš Zakon o parničnom postupku iz 1977. godine iako Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961. godine⁹⁶³ nije izričito predvidela mogućnost zaključenja ugovora o nadležnosti arbitraže (izbranog suda) prihvatanjem opštih uslova za zaključenje pravnog posla koji sadrže i odredbe o toj nadležnosti.⁹⁶⁴ U vezi sa odredbom čl. 471. ranije važećeg ZPP-a, za koju ukazuje da treba smatrati da se odnosi i na opšte uslove i na tipske ugovore, profesor Gašo Knežević ističe da je arbitražna praksa čvrsto na stanovištu da upućivanje na opšte uslove znači i prihvatanje arbitražne klauzule u njima sadržane makar da osnovni ugovor ništa o tome (o arbitražnoj klauzuli) ne govori.⁹⁶⁵ Profesor Borivoje Poznić, polazeći od pravila sadržanom u tada važećem ZPP-u i Pravilniku o spoljnotrovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije, smatra da, ako se citirana odredba tumači u skladu sa shvatanjem da se znanje za arbitražnu klauzulu, odnosno postojanje nužnosti tog znanja može dokazivati, da je smisao te odredbe bio u tome da bi za punovažno zasnivanje nadležnosti Arbitraže bilo dovoljno da izjava kojom se nudi zaključenje glavnog ugovora ili izjava kojom se ta ponuda prihvata, sadrži upućivanje na opšte uslove kao na sastavni deo ugovora, te preimućstvo ovog mišljenja vidi u tome što ono sprečava da arbitražno suđenje izbegne onaj tuženi koji je u vreme zaključenja

⁹⁶¹ Videti član 471. Zakona o parničnom postupku („Sl. list SFRJ“, br. 4/77, 36/77 - ispr., 6/80 - dr. zakon, 36/80, 43/82 - dr. zakon, 69/82, 72/82 - ispr. dr. zakona, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91 i „Sl. list SRJ“, br. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 - ispr. i 3/2002 i „Sl. glasnik RS“, br. 125/2004 - dr. zakon) koji sledi posle člana koji propisuje pismenu formu ugovora o arbitraži.

⁹⁶² Član 13. stav 3. Pravilnika o Spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije („Sl. list SRJ“, br. 52/97 i 64/2001 i „Sl. glasnik RS“, br. 74/2004).

⁹⁶³ Videti Uredbu o ratifikaciji Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži sa završnim aktom specijalnog sastanka punomoćnika („Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi“, br. 12/63).

⁹⁶⁴ Više o tome: Poznić, B., *Opšti uslovi ugovora i nadležnost arbitraže*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 5/1984, str. 670.

⁹⁶⁵ Knežević, G., *Međunarodna trgovačka arbitraža: osnovna pitanja i problemi*, Dosije i Savet projekta *Konstituisanje Srbije kao pravne države*, Beograd, 1999, str. 43, sa daljim pozivanjem na stavove prof. Goldštajna i Trive u smislu da treba razumeti da se odredba člana 471. ranije važećeg ZPP-a odnosi i na tipske ugovore.

pravnog posla očigledno pristao da spor bude rešen tim putem i istovremeno ističe da se iz prakse Arbitraže vidi da ona smatra da se njena nadležnost može zasnovati i pozivanjem na opšte uslove koji sadrže arbitražnu klauzulu⁹⁶⁶. Još šezdesetih, sedamdesetih i osamdesetih godina prošlog veka pojedini strani pravni pisci, kao na primer, Fouchard, ukazuju da se praksa međunarodne trgovinske arbitraže nesumnjivo izjasnila u korist prećutnog prihvatanja opštih uslova koji u ugovoru nisu sadržani, ali na koje se ugovor poziva; Waehler navodi praksu Spoljnotrgovinske arbitraže SSSR-a, po kojoj je za nadležnost te arbitraže dovoljno generalno upućivanje na opšte uslove koji su sadržani u ranijem ugovoru istih stranaka, a u koje je uključena arbitražna klauzula, dok Ellilä ističe za finsko pravo jednu odluku vrhovnog suda te zemlje još iz 1953. godine, po kojoj je za punovažnost kompromisorne klauzule dovoljno pozivanje u ugovoru na opšte uslove koji tu klauzulu sadrže.⁹⁶⁷ Iako je gledište mnogih pravnih pisaca zasnovano na shvatanju da je pismena forma za arbitražni sporazum propisana *ad solemnitatem*, pa da bi takav ugovor bio punovažan potrebno je da njegov predmet bude izričito naveden u izjavi kojom se zaključuje, profesor Poznić smatra da pismena forma nema kod arbitražnog ugovora tako dalekosežan značaj da bi prosto upućivanje na odvojene opšte uslove u koje je unesena kompromisorna klauzula povuklo uvek nepunovažnost tog ugovora, te ocenjuje da se konsekvenca tog shvatanja čini preterano strogom, jer pravilo o pismenoj formi arbitražnog ugovora ima za cilj da stranku zaštiti od olakog prihvatanja arbitražnog suđenja, tj. da ne bude zbog svoje neobazrivosti lišena redovnog pravosuđa, u koje ona može imati više poverenja nego u arbitražno rešavanje spora, te polazeći od čl. 1005. Građanskog zakonika Francuske o kome preovlađuje mišljenje da je propisana forma *ad probationem*, smatra da

⁹⁶⁶ Pritom, prof. dr Poznić ističe i da se ne može odbaciti mogućnost da navedena odredba Pravilnika bude protumačena u suprotnom smislu da se arbitražnom klauzulom, unesenom u opšte uslove, nadležnost Arbitraže zasniva samo ako stranka koja potpisuje izjavu o prihvatanju opštih uslova ima u tom trenutku pred sobom njihov tekst koji je druga strana priložila svojoj izjavi ili se on nalazi na poleđini te izjave, u kojoj se na opšte uslove upućuje kao na njen sastavni deo, ali da ipak smatra da gorenavedeno stanovište ima preimućstvo, tj. da pretežu argumenti u prilog gorenavedenom tumačenju, koje je, po oceni ovog autora, u skladu sa praksom Arbitraže. Videti: Poznić, B., *Opšti uslovi ugovora i nadležnost arbitraže*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 5/1984, str. 675, koji u istom radu (str. 671) istražuje i uporednu praksu i stavove stranih autora, te ukazuje da Vecchione za italijansko pravo smatra da je za punovažno ugovorenu nadležnost arbitraže potrebno da pristanak na kompromisornu klauzulu bude posebno pismeno potvrđen i kad je stranci koja pristanak daje poznato da je klauzula sadržana u opštim uslovima, kao i da slično tome Fasching za austrijsko pravo kaže da je nepunovažan i potpisani kupoprodajni ugovor u kome se stranke uopšteno pozivaju na obrazac ugovora u koji je unesena klauzula o nadležnosti arbitraže. Poznić nadalje (str. 672) ukazuje da se u sudskoj praksi SAD kompromisorna klauzula koja je odštampana u tipskom ugovoru smatra redovno za punovažnu ako je na njeno postojanje skrenuta pažnja drugoj ugovornoj strani ili ako je ovaj poznat trgovinski običaj koji se tiče upotrebe takve klauzule, međutim ipak se preporučuje da se klauzula izričito unese u sam pravni posao ili da u korespondenciji bude pomenuta.

⁹⁶⁷ Detaljnije, sa daljim upućivanjem: Poznić, B., *op. cit.*, str. 672.

ako ovo drugo shvatanje pruža tuženoj strani istu ili približno jednaku zaštitu, kao i prvo, da onda ono zaslužuje prednost, kao shvatanje koje bolje odgovara potrebama trgovinske arbitraže.⁹⁶⁸

Pored stavova vrsnih poznavalaca arbitraže i arbitražne prakse, pitanje arbitražne klauzule sadržane u opštim uslovima poslovanja, iako pitanje koje je, kao što je pokazano, sadržano u procesnim zakonima, odnosno zakonima o arbitraži, moglo bi se dovesti u vezi i sa materijalnopravnim odredbama sadržanim u materijalnom pravu. Tu pre svega mislim na član 142. stav 3. našeg Zakona o obligacionim odnosima, prema kome opšti uslovi obavezuju drugu ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u času zaključenja ugovora. U vezi sa izrazom „morali biti poznati“ postavlja se pitanje mogućnosti prećutne inkorporacije, kojom se još ranije naročito bavila nemačka sudska praksa koja, kao i nemačko materijalno pravo, razdvaja situaciju u kojoj je jedan od ugovarača neiskusnan, od one u kojoj su oba ugovarača iskusni trgovci, te za prvu traži izričito ukazivanje na opšte uslove, dok u drugoj dozvoljava prećutnu inkorporaciju.⁹⁶⁹ Rešavanje pravnog problema prećutne inkorporacije nije put kojim bi se u potpunosti rešio problem primene arbitražne klauzule sadržane u OUP na koje se ugovor poziva, jer se u savremenom obligacionom pravu, a naročito međunarodnom trgovinskom pravu neretko dešava da se obe strane pozivaju na sopstvene (ili tuđe, a različite) OUP koji sadrže klauzule koje na različit način rešavaju pitanje načina rešavanja spora. Mogući problem istovremenog pozivanja ugovarača na različite arbitražne klauzule sadržane u OUP se svodi na pitanje konkurencije opštih uslova poslovanja saugovarača, koje je već detaljno razmatrano u prethodnom delu ove disertacije posvećenom zaključenju ugovora primenom

⁹⁶⁸ Poznić, B., *op. cit.*, str. 673-674.

⁹⁶⁹ Drobing, U., *Standard forms and general conditions in international trade; Dutch, German and Uniform law*, u: *The Hague-Zagreb essays on the law of international trade*, 1984, str. 130-131 navedeno prema: Knežević, G., *Međunarodna trgovačka arbitraža: osnovna pitanja i problemi*, Dosije i Savet projekta *Konstituisanje Srbije kao pravne države*, Beograd, 1999, str. 43. Profesor Gašo Knežević na istom mestu ukazuje da pitanje može li se jedan ugovarač pozvati na svoje opšte uslove poslovanja, ako u toku ugovaranja o njima nije bilo reči, niti su oni prosleđeni drugoj strani (pitanje da li je moguća prećutna inkorporacija opštih uslova poslovanja u ugovor), u sebi, zapravo sadrži dva pitanja: (1) Mogu li se opšti uslovi poslovanja jedne firme inkorporisati u ugovor a da o njima nije bilo ni reči u postupku zaključenja ugovora? i (2) Može li se smatrati da je ćutanje druge strane saglašavanje sa ovim vidom inkorporacije?, te, ukoliko ovo pitanje ne može rešiti međunarodna konvencija, polazi od kolizione tehnike i pristupa, pa iznosi stav da je sa kolizionopravnog aspekta mnogo pametnije rešenje primena, na sporna pitanja, prava zemlje prebivališta (sedišta) ponudnog, koje bi ga štitilo od neočekivanih zamki formularnog prava i to na osnovu pretpostavke da on najbolje zna norme svoje zemlje. O tome detaljnije, sa kolizionopravnog aspekta: Knežević, G., *Merodavno pravo za trgovački ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1989, str. 177.

OUP⁹⁷⁰, jer ovaj problem i predstavlja jedno od pravnih pitanja koja predstavljaju specifičnost zaključenja ugovora primenom opštih uslova poslovanja.

7.3. Arbitražna klauzula u OUP kojima pristupa potrošač

U pravnoj teoriji se smatra da prorogaciona⁹⁷¹ i arbitražna klauzula sadržana u OUP, posebno kada je reč o potrošaču koji prihvata OUP trgovca, može značajno da ograniči ustavno pravo potrošača na pristup sudu u cilju zaštite svojih prava, kao i da je to naročito izraženo u situacijama kada je takva klauzula deo OUP koje priprema jedna strana, tako da potrošač ne može da utiče na sadržinu ugovora.⁹⁷² To je još jedan primer klauzula o kojima se strana koja pristupa OUP, kao i drugim izvorima formularnog prava, može samo izjasniti da prihvati tako kako je ili da ostane bez robe, odnosno usluge koju želi, odnosno ako joj je roba, tj. usluga nužno neophodna, strana koja pristupa je faktički prinuđena da prihvati i takav način rešavanja sporova koji je osmislio ili odabrao prodavac, odnosno ponudilac, koji se pri njenoj formulaciji, odnosno izboru načina i mesta rešavanja eventualnog budućeg spora rukovodio sopstvenim interesima. Zbog toga, postojanje arbitražne i prorogacione klauzule u OUP može biti sporno sa aspekta prava potrošača, jer pojedine arbitražne klauzule sadržane u OUP mogu predstavljati, tj. podvesti se pod nepoštene ugovorne odredbe, čime njihova pravna sudbina može biti dovedena u pitanje, tj. pratiti zakonom propisanu sudbinu nepoštenih ugovornih odredbi, što se praktičnopravno svodi na sankciju ništavosti. Na nivou Evropske unije, koja je i razumljivo značajna za naše pravo⁹⁷³ koje pripada evropsko-kontinentalnom pravnom krugu, postoji

⁹⁷⁰ O tome videti drugi deo ove disertacije (Zaključenje ugovora primenom opštih uslova poslovanja).

⁹⁷¹ O kontroli formalne i materijalne punovažnosti prorogacione klauzule u opštim uslovima potrošačkih ugovora: Meškić, Z., *Prorogacija nadležnosti u opštim uslovima potrošačkih ugovora*, u: Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse (zbornik radova trinaestog međunarodnog savjetovanja u Neumu), Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2015, str. 323-335. O posebnom režimu prorogacije nadležnosti za potrošačke sporove (u pravu EU i pravu Srbije) videti: Petrović, M., *Prorogacija nadležnosti suda za potrošačke sporove sa stranim elementom: rešenja prava EU i prava Srbije*, Glasnik prava, br. 3/2015, str. 1-21, dostupno na: <http://www.jura.kg.ac.rs/gp/17/1/clanci/petrovic.htm>.

⁹⁷² Sein, K., *Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice*, *Juridica International*, 18/2011, str. 54, dostupno i na: <https://www.juridicainternational.eu/index.php?id=14840>.

⁹⁷³ O zakonskom okviru arbitralnosti potrošačkih sporova u srpskom pravu i predlogu de lege ferenda, videti: Petrović Tomić, N., *Rešavanje potrošačkih sporova pred arbitražom*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/2014, str. 86-114, a o pitanju održivosti arbitraže kao načina rešavanja domaćih (unutrašnjih) i prekograničnih (međunarodnih) potrošačkih sporova: Stanivuković, M., *Arbitration – is it a viable option for resolution of consumer disputes in Serbia*, u: *Strengthening Consumer Protection in Serbia - Liber*

određena sudska praksa Evropskog suda pravde, čije presude ne daju odgovor na pitanje da li je konkretna ugovorna odredba pojedinih OUP ništava, ali imaju značaj prethodnog mišljenja koje se odnosi na tumačenje prava EU, što uključuje i poznatu Direktivu 93/13/EEZ. Na taj način, ova mišljenja Evropskog suda pravde su i značajna i korisna, a imajući u vidu da je reč o ugovorima koji se često zaključuju, u svim evropskim zemljama su zato danas poznate i u naučnim radovima često analizirane i citirane najvažnije odluke koje je Evropski sud pravde donosio u slučajevima koji se odnose na prorogacione i arbitražne klauzule u potrošačkim ugovorima: *Océano Grupo Editorial Sa i Salvat Editores SA v Rocío Murciano Quintero i drugi*, *Cofidis SA v Jean-Louis Fredout*, *Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium SL*⁹⁷⁴, *Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodríguez Nogueira*, *Pannon GSM Zrt. v Erzsébet Sustikné Györfi*, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v Ferenc Schneider i Hypotečni banka a.s. v Udo Mike Lindner*.⁹⁷⁵

Odluku o (eventualnoj) ništavosti određene arbitražne klauzule sadržane u pojedinim OUP utvrđuju nacionalni sudovi (kao što to čine i u našoj zemlji) prema svim okolnostima konkretnog slučaja. U uporednom pravu se najpre ukazivalo na postojanje razlike u pogledu rešenja pitanja da je uopšte arbitražna klauzula, osim ako nije reč o potrošačkoj arbitraži, dopuštena, tj. da li je svaka takva klauzula ništava (osim ako nije reč o posebnoj potrošačkoj arbitraži koja je predviđena nacionalnim propisima), ili se to ima utvrđivati u svakom konkretnom slučaju, prema svim okolnostima slučaja. Tako Reich, a slično nešto kasnije i Sein ukazuju, da se u španskom pravu zastupa mišljenje da je svaka arbitražna klauzula u potrošačkom ugovoru nefer i ništava (osim ako nije reč o posebnoj potrošačkoj arbitraži koja je predviđena nacionalnim propisima), dok se u nemačkoj sudskoj praksi ona ne smatra *a priori* nefer i ništavom, već se to utvrđuje s obzirom na pojedinačne okolnosti konkretnog slučaja, uzimajući u obzir, na primer udaljenost

Amicorum Svetislav Taboroši (Bourgoignie, T., Jovanić, T., eds.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 227-247.

⁹⁷⁴ Evropski sud pravde se u slučaju C-165/05 *Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium SL* izjasnio da se Direktiva 93/13 o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima mora tumačiti na način da nacionalni sud pred kojim se vodi postupak za poništaj arbitražne odluke mora utvrditi da li je arbitražni sporazum nepunovažan i poništiti tu arbitražnu odluku, ako taj arbitražni sporazum sadrži ili predstavlja nepoštenu odredbu, čak i ako potrošač nije prigovorio toj nepunovažnosti tokom arbitražnog postupka, već samo u postupku za poništaj. Cela presuda je dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CJ0168&from=EN>.

⁹⁷⁵ Za detaljan prikaz navedenih najvažnijih predmeta videti: Kunda, I., *Ništetnost prorogacijske i arbitražne klauzule u potrošačkim ugovorima u praksi Suda EU-a*, u: *Nepoštene ugovorne odredbe: evropski standardi i hrvatska provedba* (ur. Tomljenović, V., Petrić, S., Mišćenić, E.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013, str. 258-275.

arbitražnog tribunala od prebivališta potrošača i troškove postupka za potrošača.⁹⁷⁶ Nakon toga, u okviru propisa EU 2013. godine je doneta i Direktiva 2013/11/EU o alternativnom rešavanju sporova⁹⁷⁷, koja je shvaćena kao indirektno ohrabrenje da se razvija sistem potrošačkih arbitraža u državama članicama EU.⁹⁷⁸ Pored toga, u EU je prisutno nastojanje da se potrošačima omogući *online* elektronsko rešavanje potrošačkih sporova koji nastaju sa prodavcem, pa je tako 2013. godine doneta i Uredba o rešavanju sporova putem interneta⁹⁷⁹, a sve sa ciljem da se uvede obaveza državama članicama da osnuju tela za rešavanje sporova između potrošača i trgovaca u svim sektorima.⁹⁸⁰ Evropska unija je na različite načine preporučivala i podsticala alternativno (vansudsko) rešavanje potrošačkih sporova⁹⁸¹, pa je tako još 25. maja 2000. godine Savet EU doneo Rezoluciju o stvaranju mreže nacionalnih tela za vansudsko rešavanje potrošačkih sporova⁹⁸², kojom je pozvao države članice da podstaknu osnivanje i rad (aktivnosti) tela za vansudsko rešavanje sporova potrošača, a odredbom 10.2. se preporučuje da se u svakoj državi članici stvori

⁹⁷⁶ Sein, K., *Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice*, *Juridica International*, 18/2011, str. 54-62, dostupno i na: <https://www.juridicainternational.eu/index.php?id=14840>. Slično i Reich, N., *More clarity after 'Claro'? Arbitration clauses in consumer contracts as an ADR (alternative dispute resolution) mechanism for effective and speedy conflict resolution, or as 'deni de justice'*, *European Review of Contract Law*, vol. 3, br. 1, 2007, str. 41-61, koji u ovom radu zaključuje da ne treba slediti američki model koji velikodušno dozvoljava arbitražne klauzule u potrošačkom ugovoru. Članak je dostupan i na: <https://www.degruyter.com/view/j/ercl.2007.3.issue-1/ercl.2007.003/ercl.2007.003.xml>.

⁹⁷⁷ Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR), *OJ L 165*, 18.6.2013, p. 63–79, dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0011>. O iskustvima Francuske i Ujedinjenog Kraljevstva u primeni ove direktive, videti: Biard, A., *Impact of Directive 2013/11/EU on Consumer ADR Quality: Evidence from France and the UK*, *Journal of Consumer Policy*, vol. 42, issue 1, March 2019, pp. 109-147, dostupno i na: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-018-9394-z>.

⁹⁷⁸ O kontraverzama arbitražne klauzule u SAD, Kanadi i Evropskoj uniji, sa posebnom analizom Direktive 2013/11/EU o alternativnom rešavanju sporova, videti: Reich, N., *Party autonomy and consumer arbitration in conflict: a "Trojan horse" in the access to justice in the E.U. ADR – Directive 2013/11?*, *Penn State Journal of Law & International Affairs*, vol. 4, issue 1, 2015, str. 290-332, dostupno i na: <http://elibrary.law.psu.edu/jlia/vol4/iss1/14>.

⁹⁷⁹ Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR) *OJ L 165*, 18.6.2013, p. 1–12, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013R0524>.

⁹⁸⁰ Videti detaljnije: Ivančević, K., *Uvod u potrošačko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2014, str. 158.

⁹⁸¹ O evropskom okviru za rešavanje potrošačkih sporova, novim trendovima i načinu rešavanja potrošačkih sporova u pojedinačnim državama: Cortes, P. (ed.), *The new regulatory framework for consumer dispute resolution*, Oxford University Press, 2016.

⁹⁸² Council Resolution of 25 May 2000 on a Community-wide network of national bodies for the extrajudicial settlement of consumer disputes, *OJ C 155*, 6.6.2000, p. 1–2, dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32000Y0606%2801%29>.

jedno centralno telo, klirinška kuća (*Clearing House*) koja bi davala informacije, uputstva ili praktične savete potrošačima u cilju lakšeg pristupa vansudskim telima na nacionalnom nivou.⁹⁸³

Arbitražne i prorogacione klauzule u opštim uslovima poslovanja kojima pristupa potrošač mogu biti sporne kada je mesto arbitraže značajno udaljeno od mesta prebivališta potrošača, te on ima značajne putne troškove, a nekada i troškove smeštaja, pa moguće i neophodnost da zbog toga odsustvuje sa posla, te ima smanjenje prihoda uz povećanje troškova, a možda zbog porodičkih obaveza ili finansijskog stanja i ne može da putuje u tom periodu. Sve te okolnosti mogu obeshrabriti i faktički odvratiti potrošača da se uopšte upusti u spor, posebno kada sagleda da troškovi koje može imati mogu i značajno (nekada i višestruko) prevazići vrednost predmeta spora. Sa druge strane, kreator opštih uslova poslovanja, koji nastoji da zaštiti svoje interese može predvideti rešenje da svi eventualni sporovi budu rešavani u mestu njegovog sedišta, što pogoduje isključenju putnih i pratećih troškova za kreatora OUP, ali stvara neravnotežu ugovornih strana i međusobni nefer odnos.

U vezi sa pitanjem (ne)punovažnosti arbitražne klauzule koje je postavljeno u predmetu *C-40/08 Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira*⁹⁸⁴ pred Evropskim sudom pravde, nezavisni advokat Verica Trstenjak je u svom mišljenju navela da postoje ozbiljne sumnje u pogledu nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara, koji moguće imaju i lični interes da se sprovede arbitražni postupak, pa su zato i zainteresovani da se održi arbitražna klauzula⁹⁸⁵. Iako se sa ovim stavom saglašavaju pojedini pravni

⁹⁸³ Takođe je predložena tešnja saradnja između stručnih i privrednih organizacija sa organizacijama za zaštitu potrošača kojom bi se podstakle aktivnosti vansudskih tela i klirinške kuće i podstaklo stvaranje novih šema za rešavanje sporova, naročito u vezi sa korišćenjem *on-line* poslovnih transakcija. Videti: Vilus, J., *Sudsko i vansudsko rešavanje sporova potrošača po pravu Evropske unije*, Pravo i privreda, br. 1/4, 2003, str. 76. Slično videti: Vilus, J., *Vansudsko rešavanje sporova potrošača*, Evropsko zakonodavstvo, br. 4/2003, str. 45-48.

⁹⁸⁴ Slučaj dostupan na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0040>. Nacionalni sud je smatrao da je odredba nepoštena, naročito zbog udaljenosti mesta arbitraže od prebivališta potrošača, usled čega bi potrošač imao veći putni trošak do mesta arbitraže nego što je vrednost predmeta spora čime su znatno umanjene potrošačeve praktične mogućnosti iznošenja odbrane, a pored toga sud je naveo da to udaljeno mesto arbitraže nije bilo ni navedeno u samom ugovoru. – Opširnije videti: Kunda, I., *Ništetnost prorogacijske i arbitražne klauzule u potrošačkim ugovorima u praksi Suda EU-a*, u: *Nepoštene ugovorne odredbe: evropski standardi i hrvatska provedba* (ur. Tomljenović, V., Petrić, S., Mišćenić, E.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013, str. 266.

⁹⁸⁵ Mišljenje nezavisnog advokata Verice Trstenjak od 14. maja 2009. god. (Opinion of Advocate General Verica Trstenjak in Case 14.5.2009.) u predmetu *C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL gegen Cristina Rodríguez Nogueira*, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:62008CC0040>.

pisci⁹⁸⁶, u pravnoj teoriji koja je tumačila ovaj slučaj se navedeni argument ocenjuje kao nesaglasan doktrini Kompetenz-Kompetenz⁹⁸⁷ po kojoj su arbitri nadležni da odlučuju o svojoj nadležnosti, pa tako i o punovažnosti arbitražne klauzule i da se upravo to smatra posebno bitnim obeležjem arbitraže, jer bi u suprotnom proračunati tuženi vrlo lako mogao izigrati sporazum o arbitraži ili odložiti njegovo sprovođenje osporavajući valjanost takvog sporazuma pred sudom.⁹⁸⁸ Polazeći od činjenice da je arbitražni sporazum vrsta ugovora, kojim se izražava saglasnost volja stranaka da svoje buduće sporove ili već nastali spor imovinsko-pravne prirode povere na rešavanje određenoj arbitraži⁹⁸⁹, nesporno je njegova suština u saglasnosti slobodnih volja, tj. da osnov za arbitražno rešavanje spora jeste činjenica da su strane svojom slobodnom voljom odustale od nadležnosti nacionalnih sudova i podvrgle rešavanje sporova u nadležnost arbitraži. Upravo zbog toga pojedini pravni pisci, kao na primer, Karin Sein, ističu da je postojanje istinske slobodne volje potrošača u situaciji kada on prihvata opšte uslove poslovanja koji sadrže arbitražnu klauzulu, sporno (dubiozno) zbog nejednakih pregovaračkih pozicija dveju strana.⁹⁹⁰ Pravna teorija je danas na stanovištu da je za punovažnost arbitražnog rešavanja potrošačkih sporova ključno obezbediti slobodan i informisan pristanak potrošača na

⁹⁸⁶ Sa gorepomenutim stavom nezavisnog advokata V. Trstenjak se saglašava Karin Sein. Videti: Sein, K., *Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice*, *Juridica International*, 18/2011, str. 54-62.

⁹⁸⁷ Princip „Kompetenz-Kompetenz”, odnosno kako se prevodi, kompetencija za kompetenciju, podrazumeva da su arbitri kompetentni da sami odluče o svojoj kompetentnosti (nadležnosti), jer bi se bez ovog principa lako osujetila efikasnost arbitražnog postupka. Danas je princip „Kompetenz-Kompetenz” široko prihvaćen, te arbitri mogu sami da odluče o tome da li je osporeni arbitražni sporazum punovažan ili nije. Arbitražna nadležnost se može osporiti kako iz razloga što je punovažnost arbitražnog sporazuma zaista sporna, tako i zbog taktike odugovlačenja spora, te ako arbitri ne bi imali „Kompetenz-Kompetenz”, čim neko otvori pitanje nadležnosti, arbitri bi trebalo da stanu i da sačekaju koji je stav nadležnog suda o punovažnosti arbitražnog sporazuma. Detaljnije videti: Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., *Međunarodno privatno pravo*, Forum, Novi Sad, 2003, str. 572.

⁹⁸⁸ Kunda, I., *Ništetnost prorogacijske i arbitražne klauzule u potrošačkim ugovorima u praksi Suda EU-a*, u: *Nepoštene ugovorne odredbe: evropski standardi i hrvatska provedba* (ur. Tomljenović, V., Petrić, S., Mišćenić, E.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013, str. 277.

⁹⁸⁹ Pojedini autori (Poznić, Goldštajn, Triva) čak koriste i termine arbitražni ugovor i ugovor o arbitraži kao sinonime za arbitražni sporazum, koji se pojavljuje u dva oblika – kao arbitražna klauzula (kompromisorna klauzula) u rešavanju budućih sporova, i kao naknadni dogovor – kompromis, o rešavanju spora koji je već nastao u praksi. O arbitražnom sporazumu detaljno, sa analizom uporednog zakonodavstva: Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Udruženje pravnika Jugoslavije, Beograd, 2000, str. 231-323.

⁹⁹⁰ Sein, K., *Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice*, *Juridica International*, 18/2011, str. 54-62, dostupno i na: <https://www.juridicainternational.eu/index.php?id=14840>.

arbitražu⁹⁹¹, propisati posebnu formu za potrošački sporazum, kao i propisati obavezu za trgovca da upozna potrošača sa posledicama arbitražnog sporazuma, te zato profesorka Katarina Ivančević ukazuje na rešenje hrvatskog zakonodavca kojim je izbegnuta mogućnost da se u opšte uslove poslovanja unese arbitražna klauzula.⁹⁹² Konkretno, iz razloga zaštite potrošača hrvatski zakonodavac izričito zahteva da arbitražni sporazum, tj. ugovor o arbitraži (ako je spor nastao ili bi mogao nastati iz potrošačkog ugovora) mora biti napisan u posebnoj ispravi koju su potpisale obe strane i da u toj ispravi, osim ako je sastavljena kod javnog beležnika, ne sme biti drugih dogovora (utanačenja) osim onih koji se odnose na arbitražni postupak.⁹⁹³

7.4. Klauzule o rešavanju sporova u međunarodnoj trgovini i u FIDIC-ovim opštim uslovima

Tradicionalno se, kada je reč o međunarodnom trgovinskom pravu, sporovi najčešće rešavaju pred arbitražom, od čega je danas to u najvećem broju slučajeva arbitraža Međunarodne trgovinske komore u Parizu (ICC). Prema dostupnim istraživanjima, tokom 2010. godine, 50% svih arbitražnih sporova je rešeno pred arbitražnim sudom ICC-a⁹⁹⁴, a u periodu 2005-2010. godine ICC arbitraža je bila izbor strana u 56% svih arbitražnih

⁹⁹¹ Tako i: Petrović Tomić, N., *Rešavanje potrošačkih sporova pred arbitražom*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/2014, str. 102.

⁹⁹² Ivančević, K., *Rešavanje potrošačkog spora pred arbitražom*, u: Strengthening Consumer Protection in Serbia - Liber Amicorum Svetislav Taboroši (Bourgoignie, T., Jovanić, T., eds.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 268-269.

⁹⁹³ Videti član 6. stav 6. Zakona o arbitraži Republike Hrvatske, „Narodne novine”, broj 88/01, dostupan i na: <https://www.zakon.hr/z/250/Zakon-o-arbitra%C5%BEi>. Ovome treba dodati i činjenicu da naš Zakon o zaštiti potrošača propisuje da se ugovorne odredbe smatraju nepravičnim bez obzira na okolnosti pojedinačnog slučaja ako imaju za predmet ili posledicu isključenje ili ograničenje prava potrošača da pokrene određeni postupak ili da upotrebi određeno sredstvo za zaštitu svojih prava, a naročito nametanje obaveze potrošaču da sporove rešava pred arbitražom na način koji je u suprotnosti sa odredbama ovog zakona. Videti član 44. stav 1. tačka 3. Zakona o zaštiti potrošača („Sl. glasnik RS“, br. 62/2014, 6/2016 – dr. zakon i 44/2018 – dr. zakon).

⁹⁹⁴ Pored ICC-a, u 2010. godini od poznatijih arbitraža u svetu: 14% LCIA (London Court of International Arbitration), 8% AAA/ICDR (American Arbitration Association/International Centre for Dispute Resolution), 5% SIAC (Singapore International Arbitration Centre), 4% JCAA (Japan Commercial Arbitration Association), 4% HKIAC (Hong Kong International Arbitration Centre) i 14% su ostale arbitraže. Za detaljne statističke rezultate ovog istraživanja, videti: *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, Quenn Mary University of London – School of International Arbitration, http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf, str. 23, pristup 16.04.2017. god.

slučajeva⁹⁹⁵. Rezultati istraživanja iz 2018. godine, koje je kao i prethodno citirano istraživanje sproveo Queen Mary Univerzitet u Londonu, pokazuju da je 97% ispitanika odgovorilo da je međunarodna arbitraža njihov poželjan način rešavanja sporova, bilo kao samostalan način (u 48% slučajeva) ili zajedno sa ADR (u 49%), kao i da 99% ispitanika preporučuje međunarodnu arbitražu kao način rešavanja prekograničnih sporova u budućnosti.⁹⁹⁶ Na pitanje o najpoželjnijim arbitražnim institucijama (od ponuđenih), ispitanici ovog istraživanja iz 2018. god. su se izjasnili da su među prvih pet: u 77% slučajeva ICC arbitraža, zatim u 51% LCIA (Londonski međunarodni arbitražni sud), u 36% SIAC (Singapurska međunarodna arbitraža), 27% HKIAC (Međunarodni arbitražni centar u Hong Kongu) i u 16% SCC (Privredna komora u Stokholmu).⁹⁹⁷

Od ukupnog broja slučajeva koji su rešeni pred ICC arbitražom tokom 2009. godine bilo je 4,04% slučajeva u kojima su korišćeni FIDIC-ovi opšti uslovi, a u 2010. godini taj procenat je iznosio 3,15%. Ovi podaci, iako jednocifreni u odnosu na ukupan broj sporova rešenih pred ICC arbitražom, ipak govore o značajnom korišćenju FIDIC-ovih opštih uslova u građevinarstvu, što se može bolje sagledati kada se oni dovedu u odnos sa ukupnim brojem građevinskih slučajeva rešenih pred najpoznatijim međunarodnim arbitražnim sudom. Tako je tokom 2009. godine pred ICC arbitražom bilo 15,54% građevinskih slučajeva, od čega je 25,98% onih u kojima su ugovorni odnosi bili uređeni FIDIC-ovim opštim uslovima, dok je tokom 2010. godine pred ICC arbitražom bilo 16,65% građevinskih slučajeva, od čega 18,94% slučajeva sa FIDIC-ovim opštim uslovima.⁹⁹⁸

⁹⁹⁵ Učestalost ostalih pojedinačnih institucionalnih arbitraža ne prelazi 10 %. Konkretno: 10% AAA/ICDR, 10% LCIA, 6% DIS (The German Institution for Arbitration - Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit), 3% SCC (The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce), 3% ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), 2% SIAC i 9% ostale arbitraže. Videti: *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, str. 23.

⁹⁹⁶ Istovremeno 66% ispitanika ovog istraživanja smatra da će u budućnosti biti u porastu korišćenje međunarodne arbitraže u rešavanju sporova na relaciji investitor-država. Detaljnije: *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, Queen Mary University of London – School of International Arbitration, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey-report.pdf>, str. 2-3.

⁹⁹⁷ Isto istraživanje pokazuje da su, prema odgovoru ispitanika, najpoželjnija sedišta arbitraže: u 64% London, 53% Pariz, 39% Singapur, 28% Hong Kong, 26% Ženeva, 22% Njujork i 12% Stokholm, dok su kao najpopularniji izbor za *ad hoc* arbitražu identifikovana UNCITRAL-ova arbitražna pravila. Videti: *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, str. 9 i 13.

⁹⁹⁸ Izvor: Arbitražni sud ICC, navedeno prema: Topalović, S., *Praktična primena alternativnog rešavanja sporova u građevinarstvu – medijacija i Odbori za sporove (DB – Dispute Boards)*, referat izložen na Konferenciji „Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održanoj 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

Pored arbitraže, FIDIC-ovi opšti uslovi za ugovore o građenju⁹⁹⁹ predviđaju i specifičan način rešavanja spornih pitanja – tzv. odbore za sporove¹⁰⁰⁰, koji se razlikuju od svih drugih oblika ADR-a po tome što aktivno deluju tokom celog perioda izvršenja ugovora - ne samo kad nastane spor¹⁰⁰¹, već i preventivno da to toga i ne dođe. FIDIC-ovi odbori za sporove, iako nedovoljno istraženi u domaćem trgovinskom pravu, čine se posebno interesantnim iz navedenih razloga i u skladu su sa opštim shvatanjem koje je formirano osamdesetih i početkom devedesetih godina prošlog veka da je savremenom društvu potreban ne samo odgovarajući mehanizam rešavanja sporova, već na prvom mestu metod izbegavanja sporova¹⁰⁰², s obzirom da spor predstavlja „*najteži oblik društvene patologije u građanskopravnim odnosima*“¹⁰⁰³.

Odbor za sporove (predviđen FIDIC-ovim opštim uslovima) definiše se kao odbor sastavljen od jednog ili više (obično tri) nezavisnih i nepristrasnih stručnjaka, koji su kvalifikovani, imaju iskustva i znanja u tehničkom aspektu projekta, imenovanih na početku projekta da prate njegov napredak i budu dostupni u kratkom roku da spreče da neslaganja prerastu u sporove, kao i da rešavaju sporove koji nastanu.¹⁰⁰⁴ Kako bi ove zadatke efikasno ostvarivao, smatra se da je idealno da Odbor bude imenovan na početku projekta, kako bi se veoma brzo upoznao sa njegovim tehničkim i ugovornim karakteristikama i zatim nastavio da prati njegov napredak sve do okončanja projekta, bez obzira da na to da li se spor pojavio.

⁹⁹⁹ Ovde se pojam ugovora o građenju shvata u širem smislu, te on obuhvata: ugovore o građenju, inženjeringu i infrastrukturnim radovima. Ova tri ugovora se neretko obuhvataju pojmom ugovori o infrastrukturnom građevinarstvu. Tako, videti: Knežević, G., Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 251.

¹⁰⁰⁰ U manjem delu stručne javnosti, odbori za sporove se navode kao komisije za sporove. O FIDIC-ovim odborima za sporove, s posebnim osvrtom na FIDIC-ov Odbor za presuđivanje u sporovima, detaljno: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 599-634.

¹⁰⁰¹ Pojam spora se ovde koristi u širem smislu kao nesaglasnost strana ugovornica o određenom (time: spornom) pitanju iz ugovornog odnosa. U pravnoj teoriji se spor, kao materijalnoppravna kategorija (a ne procesni fenomen) definiše: „*kao nesaglasnost stranaka o postojanju i/ili sadržini jednog pravnog odnosa, njegovim bitnim elementima (subjektima, ovlašćenjima i obavezama), ili o obavezi jedne stranke na određeno ponašanje prema drugoj.*” – Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, šesnaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 2010, str. 6. „*Pod sporom se ne smatra samo sudski postupak nego svako sporenje o postojanju jednog pravnog odnosa i sadržini prava i obaveza, bez obzira da li je o tome pokrenut spor.*“ – Karamarković, L., *Poravnanje i medijacija*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2004, str. 63. „*Spor postoji ako se osporava postojanje nekog prava nezavisno od okolnosti da li je ili nije, povodom njega pokrenut sudski postupak.*“ - *Leksikon građanskog prava*, Nomos, Beograd, 1996, str. 71.

¹⁰⁰² Detaljnije o tome videti: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 599.

¹⁰⁰³ Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., *op. cit.*, str. 7.

¹⁰⁰⁴ Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 600.

Razlog pojave odbora za sporove, kao specifičnog ADR metoda, baš u građevinarstvu leži u tome što se zbog složenosti i obima građevinskih radova i veličine investicije često događa da se u realizaciji jednog ugovora simultano ili sukcesivno pojavi više konflikata, koje sve treba rešavati, a da se ne zastane sa izvršenjem ugovora, odnosno da se istovremeno održe i dinamika građenja i dinamika rešavanja sporova.¹⁰⁰⁵

Danas postoje tri glavne vrste ovih odbora:

1. Odbor za razmatranje spora¹⁰⁰⁶ (u originalu: *Dispute Review Board* – skraćeno: DRB) kontinuirano prati napredovanje projekta i pomaže stranama u rešavanju tački neslaganja ukoliko se one pojave među stranama. Članovi ovog odbora povremeno (najmanje tri puta godišnje) posećuju gradilište kako bi pratili izgradnju i moguće probleme. Na kraju svake posete gradilištu, Odbor sastavlja izveštaj i dostavlja ga obema stranama. Strana koja želi da se obrati Odboru čini to podnošenjem pisane predstavlke, odnosno pisane izjave koja sadrži zahtev i praćena je kompletnom korespondencijom i dokumentacijom. Kopija se dostavlja svim članovima Odbora i drugoj strani, koja ima mogućnost da u kratkom vremenskom roku odgovori u pisanoj formi. Odbor može da održi slušanje, pregleda arhivu projekta i uzme izjave strana ugovornica i njihovih tehničkih predstavnika. Odbor izdaje **neobavezujuće preporuke** za strane, ostavljajući stranama da odluče da li žele ili ne žele da prihvate neobavezujuću preporuku Odbora. Nijedna strana nije dužna da prihvati preporuku Odbora, već može uputiti pisanu izjavu da je nezadovoljna preporukom¹⁰⁰⁷ i u tom slučaju se spor rešava na drugi način rešavanja sporova (predviđen ugovorom), najčešće pred arbitražom. Ukoliko

¹⁰⁰⁵ Tako: Knežević, G., Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 251.

¹⁰⁰⁶ Prevod stranih stručnih naziva ponekad je teško izvršiti zbog nepostojanja reči sa doslovno identičnim značenjem u oba jezika. Nakon istraživanja nadležnosti i načina rada ovog odbora, opredelio sam se za termin Odbor za razmatranje spora koji se čini najadekvatnijim, ali su moguća i drugačija rešenja, npr. Odbor za procenu spora, Odbor za pregled spora i sl. U našoj stručnoj javnosti do sada je korišćen termin Odbor za reviziju spora. Tako, npr. Topalović, S., *op. cit.* Ovaj termin smatram neodgovarajućim, jer se revizija u pravničkom vokabularu vezuje za vanredne pravne lekove i podrazumeva da je o tom pitanju doneta odluka i da je spor okončan, pa je reč o ispitivanju pravnosnažne odluke. (O reviziji videti: Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, šesnaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 2010, str. 414-426.) Suprotno tome, pred ovim odborom se ne polazi ni od kakve odluke, niti će ona biti doneta. Ovaj odbor pre svega razmatra situaciju, tj. napredak projekta i daje neobavezujuće preporuke, a strane imaju mogućnost da spor iznesu pred arbitražom. Polazeći od ovih argumenata, opredelio sam se za termin Odbor za razmatranje sporova. S obzirom da prevod FIDIC-ovih odbora za sporove nije ustaljen u domaćoj stručnoj literaturi, pored svakog prevoda navodim i nazive u originalu.

¹⁰⁰⁷ *Notice of dissatisfaction.*

nijedna strana ne pošalje u određenom roku (od dana prijema preporuke) pismeno obaveštenje drugoj strani izražavajući svoje nezadovoljstvo preporukom, smatra se da je preporuka postala obavezujuća odluka i strane su dužne da po njoj postupe.¹⁰⁰⁸ Nael ukazuje da u suštini koncept ovog odbora predstavlja oblik sporazumnog rešavanja sporova u kome neobavezujuća preporuka pruža stranama određeno vreme pre nego što odluče da li će da je prihvate ili da spor iznesu dalje na arbitražni tribunal ili sud.¹⁰⁰⁹

2. Odbor za presuđivanje u sporovima (u originalu: *Dispute Adjudication Board* – skraćeno: DAB¹⁰¹⁰) donosi **obavezujuće odluke**. Ovaj odbor nema ulogu sporazumnog (tzv. mirnog) načina rešavanja sporova, već ulogu odlučivanja, nalik tradicionalnoj ulozi inženjera¹⁰¹¹ koji je rešavao sve sporove „u hodu”. Usvajanjem koncepta Odbora za sporove, FIDIC je suštinski preneo ulogu presuđivanja u sporovima, koja je do tada tradicionalno pripadala inženjeru, na ovaj nezavisni i nepristrasni odbor. Zbog toga je bilo potrebno da odluka Odbora ima isto dejstvo kao ranija odluka inženjera, tj. da ima obavezujuće dejstvo¹⁰¹² i na naručioca i na izvođača radova. Ovakav obavezujući karakter odluka Odbora za presuđivanje u sporovima se smatra potrebnim kako bi se nastavilo izvođenje građevinskih radova. Upravo se kroz karakter odluka koje donose, može sagledati ključna konceptijska razlika između Odbora za razmatranje sporova koji daje neobavezujuću preporuku i Odbora za presuđivanje u sporovima, koji donosi odluku koja mora da se sprovede. Ova odluka se u pravnoj literaturi označava u tehničkom smislu i kao **privremeno obavezujuća**, zbog toga što ona ostaje obavezujuća, osim i sve dok ne bude revidirana (izmenjena): (1.) sporazumom strana¹⁰¹³ ili (2.) arbitražnom odlukom. S

¹⁰⁰⁸ Videti detaljnije: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 604-605.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, str. 605.

¹⁰¹⁰ Ovaj odbor je predviđen u: crvenoj knjizi, ružičastoj knjizi (MDB harmonizovanom izdanju), žutoj i srebrnoj knjizi.

¹⁰¹¹ U smislu člana 67. četvrtog izdanja Crvene knjige.

¹⁰¹² Zbog toga nije bilo moguće da Odbor za presuđivanje u sporovima deluje kao Odbor za razmatranje sporova, odnosno nije mogao da donosi neobavezujuće preporuke.

¹⁰¹³ Ovaj sporazum strana, tj. ugovor investitora i izvođača radova, prof. dr Gašo Knežević naziva „nekim vidom poravnanja zaključenog posle donošenja odluke Odbora“. Iako ovaj pravni pisac konstatuje da se odluka ovog odbora svojom obaveznošću za stranke približava klasičnoj sudskoj i arbitražnoj odluci, zbog činjenice da se ova odluka može izmeniti na dva načina, u klasifikaciji se opredeljuje da je svrsta „u podgrupu posrednih pregovora“. Videti: Knežević, G. u: Knežević, G., Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 252.

obzirom da se ove odluke mogu izmeniti (na opisana dva načina), one nisu konačne. Iako su obavezujuće dok se ne izmene, njihova obaveznost je ugovornog karaktera (one nisu uređene zakonom) i nisu izjednačene sa sudskim i arbitražnim odlukama (nemaju karakter pravosnažne sudske odluke). Idući korak dalje, može se reći da ove odluke nisu podobne za izvršenje, odnosno da nemaju svojstvo izvršne isprave (starijom terminologijom: izvršni naslov, odnosno *titulus executionis*), jer se svojstvo izvršne isprave određuje zakonom¹⁰¹⁴, a odluka ovog odbora je zasnovana na opštim uslovima koji su postali sastavni deo ugovora. U cilju izvršnosti ovih odluka (ako strane ne izvrše dobrovoljno odluku), neophodno je pokrenuti postupak pred arbitražom.

Postoji sistem pravila sadržanih u opštim uslovima koji se odnosi na rad Odbora za presuđivanje u sporovima. Ovi opšti uslovi su najčešće objavljeni kao dodatak¹⁰¹⁵ FIDIC-ovim knjigama opštih uslova, pod nazivom: *General Conditions of Dispute Adjudication Agreement* i sadržani su u FIDIC-ovoj crvenoj, žutoj i srebrnoj knjizi (sve tri su objavljene 1999. godine). Zbog mogućnosti da se ova odluka „izmeni“ pred arbitražom, kao i sporazumom ugovornih strana, nazivu *Dispute Adjudication Board* se u stranoj stručnoj literaturi zamera da je reč *Adjudication* neprimereno uključena u naziv odbora, jer može dovesti od zabune i

¹⁰¹⁴ Prema članu 41. Zakona o izvršenju i obezbeđenju („Sl. glasnik RS”, br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje i 113/2017 - autentično tumačenje), izvršne isprave jesu: 1) izvršna sudska odluka i sudsko poravnanje koji glase na davanje, činjenje, nečinjenje ili trpljenje; 2) izvršna odluka doneta u prekršajnom ili upravnom postupku i upravno poravnanje koji glase na novčanu obavezu ako posebnim zakonom nije drukčije određeno; 3) izvod iz Registra zaloge i izvod iz Registra finansijskog lizinga; 4) ugovor o hipoteci i založna izjava; 5) plan reorganizacije u stečajnom postupku čije je usvajanje rešenjem potvrdio sud; 6) javnobeležničke isprave koje imaju snagu izvršne isprave; 7) sporazum o rešavanju spora putem posredovanja, koji ispunjava uslove određene zakonom kojim se uređuje posredovanje u rešavanju sporova; 8) isprava koja je drugim zakonom određena kao izvršna isprava. Ugovor o hipoteci i založna izjava jesu izvršne isprave ako su zaključeni, odnosno dati u formi koju određuje zakon kojim se uređuje hipoteka, ako sadrže odredbe koje on predviđa i ako su upisani u katastar nepokretnosti kao izvršna vansudska hipoteka. Treba dodati i da se sudskom odlukom, u smislu ovog zakona, smatraju presuda, rešenje i druga odluka doneta u postupku pred sudom, domaćim arbitražnim sudom i sudom časti pri privrednoj komori, a sudskim poravnanjem smatra se poravnanje zaključeno pred sudom, domaćim arbitražnim sudom ili sudom časti pri privrednoj komori; kao i da se upravnom odlukom smatraju rešenje ili zaključak doneti u upravnom postupku, a upravnim poravnanjem - poravnanje zaključeno u upravnom postupku. Videti član 42. Zakona o izvršenju i obezbeđenju („Sl. glasnik RS”, br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje i 113/2017 - autentično tumačenje). O izvršnoj ispravi: Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, šesnaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 2010, str. 484-488.

¹⁰¹⁵ Videti dodatak A1: Totterdill, W. B., *FIDIC users' guide: A practical guide to the 1999 red and yellow books*, Thomas Telford Publishing, London, 2006, str. 311-316.

konfuzije sa drugim postupcima presuđivanja,¹⁰¹⁶ a ova se zamerka, smatram, jednako odnosi i na reč *presuđivanje* u prevodu naziva ovog odbora na naš jezik (Odbor za presuđivanje u sporovima). S tim u vezi, možda bi se kao adekvatan mogao ponuditi prevod: Odbor za odlučivanje o sporovima¹⁰¹⁷. Međutim, ako se ima u vidu da je presuda vrsta odluke, odnosno da je presuđivanje u suštini odlučivanje, čini se da se promena ovog termina ne bi u potpunosti otklonila zabunu do koje naziv može dovesti, te smatram da rešenje kao i u sličnim situacijama, treba tražiti u autonomnom tumačenju autonomnih izvora, u koje spadaju i FIDIC-ovi opšti uslovi, koji predviđaju ove odbore za sporove.

S obzirom na ugovorni karakter ovih odbora, kao i mogućnost da se odluka koju donesu izmeni sporazumom ugovornih strana, čini se da ima elemenata sličnosti sa vansudskim poravnanjem¹⁰¹⁸, mada bi se mogle analizirati sličnosti i razlike i sa drugim načinima rešavanja sporova, naročito sa arbitražom i medijacijom.

3. Kombinovani odbor za sporove (u originalu: *Combined Dispute Board* – skraćeno: CDB). Ovaj, treći, koncept Odbora za sporove razvila je Međunarodna trgovinska komora u Parizu i nazvan je Kombinovani odbor za sporove, a (ako je potrebno) praćen je ICC arbitražom. Sama reč kombinovani (u nazivu ovog odbora) već ukazuje na osnovnu ideju, a to je da se stranama omogući sloboda izbora između preporuke Odbora za razmatranje sporova i privremeno obavezujuće odluke Odbora za presuđivanje u sporovima, te ovaj mehanizam predstavlja svojevrsno srednje rešenje prethodna dva koncepta odbora za sporove. U stranoj stručnoj literaturi se navodi da ovaj odbor počiva na sledećim principima:

- (a) Svi sporovi koji nastanu iz ili u vezi sa ugovorom podležu u prvom stepenu Kombinovanom odboru za sporove u skladu sa ICC pravilima odbora za sporove.

¹⁰¹⁶ O tome i o Odborima za presuđivanje u sporovima, videti: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 606-607. O ulozi ovog odbora, obavezama strana i članova Odbora, nagradi članova Odbora i odlukama Odbora za presuđivanje u sporovima, detaljno: Bunni, N., *op. cit.*, str. 610-633.

¹⁰¹⁷ Zanimljiv prevod naziva ovog odbora (Dispute Adjudication Board) nudi i prof. dr Gašo Knežević, koji koristi naziv: Odbor za arbitriranje sukoba. Videti: Knežević, G. u: Knežević, G., Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 252.

¹⁰¹⁸ O vansudskom poravnanju detaljno: Karamarković, L., *Poravnanje i medijacija*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2004, str. 39-165.

- (b) Za bilo koji spor, Kombinovani odbor za sporove daje preporuku, osim ako se strane dogovore da će Odbor doneti odluku ili Odbor odluči da donese odluku na zahtev jedne strane, u skladu sa Pravilima.
- (c) Ako bilo koja strana ne postupi u skladu sa preporukom ili odlukom kada se to zahteva, shodno Pravilima, druga strana može da se obrati arbitraži prema Pravilima ICC arbitraže.
- (d) Ako bilo koja strana pošalje pisano obaveštenje drugoj strani i Kombinovanom odboru za sporove, izražavajući svoje nezadovoljstvo zbog preporuke ili odluke, ili ako Kombinovani odbor za sporove ne donese odluku u roku propisanom Pravilima, ili ako je Kombinovani odbor za sporove raspušten u skladu sa Pravilima, spor će konačno biti rešen po Pravilima ICC arbitraže.¹⁰¹⁹

Na osnovu navedenih principa, može se uopšteno reći da se obraćanje Kombinovanom odboru za sporove tretira kao zahtev za neobavezujućom preporukom, uz ogradu da se strane mogu sporazumeti da je neophodno da zahtevaju da Kombinovani odbor za sporove donese privremeno obavezujuću odluku. Ukoliko se stavovi strana razlikuju po pitanju vrste akta koji traže (da li preporuku ili odluku), jedna strana može zahtevati od ovog odbora da donese odluku i tada Odbor mora prvo da odluči da li je opravdano, tj. da li je adekvatno da donese odluku ili preporuku, pri čemu uzima u obzir važnost i hitnost pitanja, kao i to da li ono izaziva smetnje ili pretili da ometa nastavak radova ili ispunjenje ugovornih obaveza strana.¹⁰²⁰

Treba reći da pored opisane tri glavne vrste odbora za sporove, postoje i brojne podvrste, što je za građevinske projekte veoma važno i čak neophodno, jer se svaki projekat razlikuje (sve i da je rešenje projekta isto, razlikuju se okolnosti, konfiguracija tla, sastav zemljišta i sl.), što uzrokuje da vrsta odbora koja je odgovarala jednom projektu, može biti neodgovarajuća za drugi. U toj raznolikosti velikog broja podvrsta odbora za sporove leži još jedna prednost FIDIC-ovih opštih uslova. Podvrste ovih odbora se odnose na različite kriterijume – npr. na dan imenovanja članova odbora (određenog dana navedenog u ugovoru ili kada nastane spor - *ad hoc* Odbor), zatim postoje različiti modaliteti tri osnova tipa odbora za sporove; zatim različite podvrste koje se odnose na

¹⁰¹⁹ Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 607.

¹⁰²⁰ *Ibidem*.

broj članova odbora, tako da on može imati samo jednog člana, dva člana, tri člana ili veći broj članova. Svetska banka zahteva da Odbor ima tri člana kada vrednost projekta prelazi 50 miliona USD¹⁰²¹ ¹⁰²².

7.4.1. Prednosti FIDIC-ovih odbora za sporove

Detaljno istražujući iskustva i praksu članova FIDIC-ovih Odbora za sporove, Nael Bunni navodi niz prednosti ovih odbora, koje bih mogao sažeti i grupisati u nekoliko osnovnih:

1. kratko vreme za rešenje spornog pitanja, tj. brzina prevazilaženja problema, s obzirom da postupak traje najduže 84 dana;
2. objektivna neutralnost, nezavisnost, nepristrasnost i stručnost članova Odbora, koji su izabrani uz saglasnost obe strane ugovornice;
3. činjenica da je Odbor ustanovljen konsensusom u vreme kada su se strane ugovornice fokusirale na sam ugovor, a ne na spor. Ova činjenica utiče i na to da je poverenje u integritet i sposobnost članova Odbora od početka projekta bez sumnje;
4. članovi Odbora su u mogućnosti da se od početka upoznaju sa projektom i kontinuirano prate izvršenje kroz periodične posete gradilištu. Na taj način mogu da razmotre svaki mogući konflikt i preduprede sukob, čime se može izbeći spor;
5. s obzirom da su ugovorne strane svesne da će njihova međusobna poslovna korespondencija pre ili kasnije biti poznata članovima Odbora, izbegavaju oštru korespondenciju koja može naškoditi dobrim međusobnim odnosima. Time se postiže proaktivni, a ne optužujući, pristup ugovornica (u cilju da reše problem) čime se podstiče njihov fer odnos;
6. Odbor predstavlja efikasan instrument za izbegavanje nastanka sporova (ili makar minimizaciju njihovog broja) i ima manje formalan i jeftiniji postupak za rešavanje sporova od arbitraže. Fleksibilnost Odbora, njegova proaktivna funkcija i „mekši“ postupak čuvaju dobre odnose i poverenje među stranama ugovornicama, što je od vitalnog značaja za okončanje projekta. Pored toga, „mekša“ procedura

¹⁰²¹ Tako je, na primer, DRB klauzula bila predviđena u Ugovoru o izgradnji tunela ispod Lamanša (veće od tri stručnjaka i dva zamenika). Inače, način formiranja odbora od tri člana sličan je proceduri koja važi za arbitražna veća: svaka ugovorna strana imenuje svog predstavnika, a oni zajednički, sporazumno imenuju predsednika odbora koji je njegov treći član. Za svoj angažman članovi odbora su plaćeni na mesečnoj bazi, a kada su na terenu plaćeni su po satu. O tome: Knežević, G., Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 251.

¹⁰²² O raznim podvrstama Odbora za sporove, videti: Bunni, N., *op. cit.*, str. 607-610.

predviđena FIDIC-ovim pravilima, znači minimalan upliv pravnčkog rezona, a maksimalno stručno-tehničko rasuđivanje. Ovakvim mehanizmom, odnosno primenom FIDIC-ovih opštih uslova izbegava se scenario „plati ili prestajemo da radimo“¹⁰²³, koji dovodi do obustavljanja projekta.¹⁰²⁴

Odbori za sporove predviđeni FIDIC-ovim opštim uslovima su se i u praksi pokazali kao isplativ, efikasan i brz metod rešavanja sporova, o čemu svedoče i empirijski podaci. Zbog opisanih prednosti, tokom 2008. godine bilo je 2.357 projekata koji su koristili Odbore za sporove; broj rešenih sporova u završenim projektima u istoj godini je bio 2.132, a ukupna vrednost ugovora koji su (uz korišćenje FIDIC-ovih opštih uslova) rešavani pred Odborima za sporove tokom 2008. godine iznosila je 154,6 milijardi USD\$.¹⁰²⁵ Postupak pred odborima za sporove koji su predviđeni FIDIC-ovim opštim uslovima predstavlja prethodni, odnosno „pred-arbitražni postupak“¹⁰²⁶, jer konačnu reč o spornom pitanju koje nastane iz ugovornog odnosa uređenog FIDIC-ovim uslovima, daje arbitraža¹⁰²⁷. Zbog toga što sporno pitanje najpre razmatra (ili rešava) Odbor za sporove, a potom, ako nema zadovoljavajućih rezultata, spor se iznosi pred arbitražu, ovaj specifični ADR metod se može okarakteristi kao kombinovani sistem prevazilaženja¹⁰²⁸ sporova iz ugovora o infrastrukturnom građevinarstvu.

Koncept Odbora za sporove je nastao kasnih šezdesetih godina prošlog veka u SAD-u u formi koja bi danas bila najsljednija Odboru za razmatranje sporova, a mehanizam ovih odbora je, u obliku u kome danas postoje (sa ciljem da zamene tradicionalnu ulogu inženjera kao kvazi-arbitra), prvi put uveden 1995. godine u članu 20. narandžaste knjige i potom primenjen i 1999. godine u novoj crvenoj, novoj žutoj i srebrnoj knjizi.¹⁰²⁹

¹⁰²³ Eng. “pay-up or we’ll stop work”.

¹⁰²⁴ O glavnim prednostima Odbora za sporove, detaljno: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 599-602.

¹⁰²⁵ Izvor: The Dispute Board Federation (DBF), navedeno prema: Topalović, S., *op.cit.* Videti i: <http://dbfederation.org>, pristup 02.05.2017.god.

¹⁰²⁶ Ovaj naziv koristi i: Nikčević, J., *Prethodni (pred-arbitražni) postupak za rešavanje sporova prema FIDIC-ovim opštim uslovima ugovora*, referat izložen na Konferenciji „Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održanoj 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

¹⁰²⁷ O arbitraži kao načinu rešavanja spora iz ugovornog odnosa uređenog FIDIC-ovim opštim uslovima, videti: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 385-437.

¹⁰²⁸ Knežević, G., Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 251.

¹⁰²⁹ O nastanku i evoluciji Odbora za sporove: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 602-604.

Ideja Odbora za sporove jeste da se kroz postupak pred njima napravi jeftin i efikasan filter za nepotrebne sporove pred arbitražom, tj. da na arbitražu odu samo oni sporovi u kojima nije bilo uspeha da se postigne dogovor (sporazum). Zbog toga je celokupan postupak za rešavanje sporova prema FIDIC-ovim opštim uslovima, podeljen u tri faze: prvu - pred inženjerom, drugu - pred Odborom za sporove i treću - pred arbitražom. Obraćanje inženjeru¹⁰³⁰ je predviđeno u slučaju zahteva za produžetak roka i zahteva za dodatno plaćanje, tj. kada se sporno pitanje odnosi na vreme ili novac¹⁰³¹. Ova uloga inženjera kao „kvazi-arbitra“ (u prvoj instanci) se opravdano i argumentovano kritikuje, ponajviše zbog činjenice da inženjera plaća naručilac¹⁰³², što može uticati na naklonost i popustljivost inženjera prema naručiocu, tj. u praksi dovesti do nedostatka nepristrasnosti, koja je neophodna za pravilno rešavanje spornog pitanja. Zbog toga, prema rešenju u novoj crvenoj knjizi (iz 1999. godine), obe strane mogu i direktno da se obrate Odboru za sporove, čime je tradicionalna uloga inženjera da „u hodu“ rešava sporne situacije preneti na Odbor za rešavanje sporova¹⁰³³, koji predstavlja stručan i nezavistan, a istovremeno fleksibilan organ koji ima kratak rok za rešavanje sporova.

¹⁰³⁰ O složenoj ulozi inženjera, prema FIDIC-ovim uslovima, naročito ulozi „kvazi-arbitra“, videti detaljnije: Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, str. 155-183.

¹⁰³¹ Videti član 67. četvrtog izdanja crvene knjige. O tome i: Bunni, N., *op. cit.*, str. 180-181.

¹⁰³² Ovome se dodaje i to da inženjeru nastavak zaposlenja, odnosno buduće zaposlenje, zavisi od naručioca. Videti: Bunni, N., *op. cit.*, str. 182.

¹⁰³³ *Ibid.*, str. 183.

Deo IV

KONTROLA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

1. RAZLOZI KONTROLE OUP: POTREBA ILI NEOPHODNOST?

Kontrola OUP, tj. kontrola njihove sadržine nameće se kao potreba, kako zbog njihovih karakteristika (sastavljanja unapred, odsustva pregovora, insistiranja jedne strane na njihovoj primeni, primene u velikom broju slučajeva, i sl.), tako i zbog nekih tipičnih klauzula koje su često u njima sadržane (koje su izložene u prethodnom delu ovog rada) a koje imaju potencijal i u praksi neretko dovode do nepravičnog ugovornog disbalansa. Činjenica da OUP, po pravilu, sastavlja jedna ugovorna strana vodeći računa o što boljoj zaštiti svojih interesa, može u praksi dovesti strane ugovornice u neravnopravan položaj, tj. jednu od njih u nepravičan položaj. Druga strana koja prihvata primenu OUP najčešće nije ni svesna svih odredbi sadržanih u njima, nekada nije u mogućnosti da razume celokupan domašaj OUP, te se neretko dešava da svoj pravni položaj sagleda tek kada dođe do spora. Zbog toga, kao i zbog različitih nepravičnih (nefer, nekorektnih i iznenađujućih) klauzula, pravni poredak mora da omogući zaštitu one ugovorne strane koja pristaje na OUP koje je kreirala i/ili čiju primenu „nameće“ druga strana ugovornica, jer to u praksi predstavlja svojevrsno ograničenje slobode ugovaranja, koje je praćeno opasnošću od narušavanja ravnopravnosti strana u obligacionom odnosu, kao i mogućim zloupotrebama u domenu tumačenja nejasnih odredbi OUP. Ta zaštita se ostvaruje na različite načine, od strane različitih organa i tela, primenom različitih postupaka, kroz kontrolu punovažnosti primene ili sadržine OUP.

Kada je reč o narušavanju ravnopravnosti strana zbog primene OUP jedne od strana, pravna teorija ističe da ravnopravnost u ovom smislu može biti narušena jer je druga strana ekonomski slabija od strane koja diktira OUP, zbog toga što ta strana ima monopolski ili dominantan položaj na tržištu, kao i da može nastupiti zbog boljeg pravnog ili drugog stručnog znanja strane koje koristi OUP.¹⁰³⁴

Imajući u vidu činjenicu da se OUP sastavljaju da bi se primenjivali na brojne slučajeve (masovno), pravni pisci ističu da iz tog razloga javni interes dolazi do mnogo većeg izražaja nego kod pojedinačnog ugovora¹⁰³⁵, te je zbog toga nužna kontrola ovako zaključenih ugovora. Kontrola OUP predstavlja nužnost kako u pravnom životu ne bi važio „zakon jačeg“, tj. kako kreator OUP ne bi diktirao svoju volju uobličenu u OUP na štetu

¹⁰³⁴ Videti detaljnije: Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 35.

¹⁰³⁵ Babić, I., *Građansko pravo: uvod u građansko pravo*, JP Službeni glasnik i Fakultet za evropske pravno-političke studije Univerziteta Singidunum, Beograd-Novi Sad, 2011, str. 64.

druge ugovorne strane. Opravdanje za neophodnost i potrebu kontrole OUP, teorija je nalazila i u zahtevu društvenog morala da ne dopusti iskorišćavanje predominantnog ekonomskog položaja na štetu drugih pojedinaca, pa čak i celog društva¹⁰³⁶. Ovakav značaj dolazi posebno do izražaja kada građani, kao potrošači, pristaju na opšte uslove poslovanja zaključujući ugovore u cilju zadovoljenja elementarnih potreba, a strana koja nudi usluge koje se masovno koriste upravo zbog te masovnosti sama kreira OUP ne bi li ubrzala zaključenje ugovora, ali i time adekvatno (bolje) zaštitila sopstvenu pravnu poziciju.

O potrebi zaštite (pod pojmom intervencionizam) ugovorne strane koja zaključuje ugovor pristupanjem, pisano je još u našoj starijoj građanskoj teoriji. Tako još profesor Borislav Blagojević u svojoj doktorskoj disertaciji razmatra pitanje da li je potrebno, da bi se omogućili jednaki uslovi za život pojedincima, pomoći slabije, omogućiti im opstanak, onemogućiti zloupotrebe ekonomske nejednakosti i otkloniti eventualne štetne posledice. Ukazuje da društvo to čini intervenišući u odnose koji se zasnivaju između pojedinaca ekonomski nejednakih snaga i ističe da je, u principu, intervencija društva u privredne odnose, putem njihovog pravnog regulisanja, ne samo korisna jer potpomaže pravilan razvitak društva, ona je potrebna jer otklanja disharmoniju i moguće sukobe između ekonomski nejednako jakih pojedinaca, pa čak i nužna jer otklanja „pobunu stvarnosti protiv prava“¹⁰³⁷. U skladu sa tim i radi sprečavanja opasnosti da se pravna jednakost, kod ugovora gde je ekonomska nejednakost jako istaknuta i gde predmet ugovora predstavlja nužnost za ekonomski slabiju stranu, tj. kod ugovora po pristanku, ne pretvori u fiktivnu, dolazi do intervencije društva i to u raznim oblicima: (1) intervencionizam državnih vlasti (preko svih državnih organa - i zakonodavne i administrativne i sudske vlasti), (2) intervencionizam od strane samih ekonomski slabijih lica.¹⁰³⁸ U smislu opisanog intervencionizma, zakonodavni organi donose opšte norme

¹⁰³⁶ O tom gledištu detaljnije: Blagojević, B., *Ugovori po pristanku – formularni ugovori* (doktorska rasprava), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1934, str. 87-89.

¹⁰³⁷ Blagojević, B., *op. cit.*, str. 73-74, koji na istom mestu ukazuje da pravne norme regulišu odnose između pojedinaca samo na bazi pravne jednakosti, ne obraćajući, po pravilu, pažnju na ekonomsku nejednakost.

¹⁰³⁸ Tako: Blagojević, B., *op. cit.*, str. 76, koji istovremeno ističe da je zakonodavna intervencija najbolji način državne intervencije u društvenim odnosima, jer propisujući opšta pravila vodi računa o društvenim i pojedinačnim interesima kao takvim (nemajući u vidu određenog pojedinca) i sa druge strane, propisujući unapred opšte norme, država daje podlogu za stvaranje izvesne stabilnosti u društvenim odnosima. Blagojević, u kontekstu korigovanja i intervencionizma, iznosi i stav (str. 80 navedenog dela) da ukoliko novi zakon sadrži norme imperativnog karaktera koje su u suprotnosti sa ugovorima zaključenim pre tog zakona, te imperativne norme predstavljaju *ordre public* i klauzule suprotne njihovoj sadržini ne mogu se izvršavati ili se bar ne može sudskim putem tražiti njihovo izvršenje. Na taj način smatra (sa pozivanjem na francusku pravnu misao) da socijalni interes dobija prevagu nad ličnim, te ističe da se ne može braniti prigovor da se na ovaj način dovodi u opasnost stabilnost i sigurnost zasnovanih pravnih odnosa, jer načelo sigurnosti pravnih

kojima žele da regulišu pravne odnose na drugoj bazi od one koja je dotle postojala, imajući za cilj zaštitu ekonomski slabijih. Administrativni (upravni) organi preduzimaju bilo na osnovu zakonskog propisa, bilo na osnovu ideje opšteg interesa i javne koristi, izvesnu prethodnu kontrolu nad zaključenjem ugovora, naročito u pogledu njihove sadržine. Sudski organi nastoje da tumačenjem zakonskih propisa ili klauzula ugovora stvore što povoljniju situaciju za stranu koja je ekonomski slabija. Sa druge strane, Blagojević ukazuje da društvo dopušta, pa čak i potpomaže stvaranje kolektivnih organizacija ekonomski slabijih pojedinaca koji imaju iste privredne interese, da bi na taj način oni otklonili njihovu ekonomsku inferiornost, i, ukoliko je to moguće, stali, ekonomski, na ravnu nogu sa drugom, dotle ekonomski jačom stranom, i time sprečili njihovo ekonomsko iskorišćavanje.¹⁰³⁹

Kada je u pitanju zaštita slabije strane u našem pravu, može se reći da Srbija spada u red zemalja, koje u ovom pogledu imaju dugu i bogatu tradiciju, na šta su uticale različite okolnosti. Istražujući uzroke, prof. dr Dušan Nikolić najpre ukazuje da su Srbi, poput drugih slovenskih naroda, zahvaljujući istorijskim prilikama dugo živeli u velikim porodičnim zajednicama, što je uslovalo razvoj kolektivnog duha, osećaja zajedništva i visokog stepena uzajamne solidarnosti.¹⁰⁴⁰ Iako je nakon donošenja Srpskog građanskog zakonika, pod uticajem ekonomskog liberalizma, decenijama jačala individualistička koncepcija prava, u drugoj polovini XX veka, u periodu socijalističke Jugoslavije, oblikovan je specifičan pravni sistem. Kreatori su nastojali da pronađu ravnotežu između individualizma i kolektivizma u privatnom pravu i istovremeno, između tržišnog (liberalnog) modela ekonomije i državnog intervencionizma. Srbija je od bivše jugoslovenske federacije nasledila savremenu pravnu regulativu koja je i danas, u pojedinim segmentima, zaključuje Nikolić, naprednija od normativnih rešenja koja postoje u mnogim razvijenim zapadnoevropskim zemljama.¹⁰⁴¹ Taj duh humanizacije i moralizacije može se uočiti ne samo u odeljcima Zakona o obligacionim odnosima koji su posvećeni ugovornim odnosima, već i u onima u kojima se govori o naknadi štete, te su

odnosa postoji da osigura pravni poredak, a pravni poredak je najbolje izražen u normama prinudnog karaktera, te zaključuje da se ne može nikako usvojiti dopuštanje povrede pravnog poretka, zbog načela sigurnosti pravnih odnosa.

¹⁰³⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁰ Nikolić, D., *Legal protection of the weaker side in private law of the Republic of Serbia*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 70/2015, str. 499-516. U ovom radu se ukazuje da je ovakav model društvene organizacije očuvan sve do donošenja Srpskog građanskog zakonika 1844. godine.

¹⁰⁴¹ Nikolić, D., *op. cit.*, str. 514-515.

pod opisanim uticajem pisani i različiti zakoni, kako oni iz domena stvarnog i naslednog prava, tako i različiti propisi iz domene zaštite potrošača i sl, zbog čega, kao i zbog određenih ustavnih odredbi, ovaj autor zaključuje da je u Srbiji reč o obuhvatnijem pristupu i da ne govorimo samo o zaštiti slabije ugovorne strane (weaker party protection), već o zaštiti slabije strane (weaker side protection).¹⁰⁴²

Za odgovorima na sporna pitanja koja se javljaju u vezi sa OUP i njihovim tipičnim klauzulama, danas tragaju sve zemlje sveta, a pravna teorija naglašava da se već duže vreme u većini pravnih poredaka postavlja pitanje u kojoj meri opšti uslovi poslovanja smeju odstupati od zakonskog dispozitivnog prava.¹⁰⁴³

Kontrola OUP (shvaćena u najširem smislu te reči) poznata je u svim savremenim pravnim sistemima, a opravdanje vidi u sve aktuelnijoj potrebi zaštite „slabije“ strane. Činjenica da je ova kontrola tako široko shvaćena ukazuje na to da različiti činioci utiču na promenu sadržine OUP sa ciljem da uspostave (vrate) balans pravnih pozicija ugovarača, tj. uspostave pravnu ravnotežu i ugovornu pravičnost u situacijama kada jedna ugovorna strana sastavlja OUP ili insistira na njihovoj primeni u čijem sastavljanju druga strana nije učestvovala. Zbog toga se prema činiocima koji, vršeći kontrolu, utiču na sadržinu i/ili važenje OUP, može govoriti o različitim vrstama kontrole OUP. Među njima se tradicionalno prepoznaje država, koja na različite načine vrši kontrolu sadržine i/ili važenja OUP, ali se u savremenom pravu sve više govori o uticaju različitih udruženja potrošača, kao i o autonomnoj kontroli.

¹⁰⁴² Analizirajući prilike u kojima se nalazi savremeno društvo, ali i neka istorijska iskustva koje je čovečanstvo sticalo prethodnih decenija i vekova, prof. Dušan Nikolić ukazuje da je privatno pravo oduvek bilo u snažnoj interakciji sa ekonomijom (promene u jednoj sferi uslovljavale su promene u drugoj i obratno), što znači da su privatno pravo i ekonomija najčešće imali isti razvojni put i iste oscilacije. U osnovi, smatra ovaj autor, moglo bi se govoriti o dva razvojna pravca koja se ciklično smenjuju tokom istorije: postoje periodi koje karakterišu ekonomski liberalizam, ograničavanje uticaja države, težnja za deregulacijom, naglašena autonomija volje i široka sloboda ugovaranja, a nakon toga, po pravilu, sledi period koji je karakterističan po jačanju uticaja države, državnom intervencionizmu u sferi ekonomije, sužavanju autonomije volje i ograničavanju slobode ugovaranja. Do promene pravca razvoja dolazi kada aktuelni model postane nefunkcionalan ili kada usled njegove primene tenzije unutar određenog društva dostignu kritičnu tačku. Nikolić ističe da se čovečanstvo trenutno nalazi na jednoj takvoj prekretnici, da je klatno ekonomske i pravne istorije, izgleda, doseglo krajnje tačke neoliberalnog modela, te da velika recesija (depresija), ekonomska kriza i rastući državni intervencionizam, ukazuju na to da se mogu očekivati značajne promene. U takvim okolnostima, stabilnost mnogih društvenih zajednica će biti dovedena u pitanje, a tenzije će biti, prema Nikoliću, manje u društvima koje imaju pravičnije i izbalansirano pravo, korektivne regulativne mehanizme i, u tom kontekstu, pravila o zaštiti slabije strane. Videti: Nikolić, D., *op. cit.*, str. 514.

¹⁰⁴³ Videti: Đurđević, N., *Kontrola opštih uslova poslovanja po osnovu pravičnosti*, Pravni život, br. 11-12/1994, str. 1543.

Pravila od značaja za kontrolu OUP u kontekstu pravičnosti nalazimo u Zakonu o zaštiti korisnika finansijskih usluga, koji navodi četiri kriterijuma kojima bi kreator OUP (u ovom konkretnom slučaju davalac finansijske usluge) trebalo da se rukovodi prilikom izrade sopstvenih OUP, te propisuje da je opštim uslovima poslovanja¹⁰⁴⁴ davalac finansijske usluge dužan da obezbedi primenu dobrih poslovnih običaja, dobru poslovnu praksu i fer odnos prema korisniku, kao i usklađenost ovih uslova s propisima¹⁰⁴⁵. Različitim vrstama kontrole se može proveravati da li su ove smernice poštovane, odnosno da li OUP sadrže klazule koje predstavljaju suprotnost ovakvim zahtevima.

2. VRSTE (OBLICI) KONTROLE OUP

Kontrola OUP bi se mogla klasifikovati (podeliti) prema različitim kriterijumima: (1) prema grani vlasti koja ustanovljava ili vrši kontrolu: zakonodavna, administrativna i sudska; (2) prema podeli prava na javno i privatno: javnopravna i privatnopravna kontrola; (3) prema sadržini kontrole, predmetu, tj. težištu kontrole: kontrola punovažnosti, tj. zaključenja, kontrola sadržine i kontrola tumačenja; (4) prema subjektu koji vrši kontrolu i postupku koji se sprovodi: upravna i sudska; (5) prema vremenskom kriterijumu (kada se sprovodi): prethodna i naknadna, odnosno, kako se ponegde drugačije navodi: preventivna (*ex ante*) i reaktivna (*ex post*).

Kada je u pitanju kontrola prema težištu kontrolnog mehanizma, pravna teorija ukazuje da iako kontrolni mehanizmi OUP nisu istovetni u pravnim sistemima, usled činjenice da težište u jednoj zemlji može biti na zaključenju (kako je tradicionalno u Italiji i Velikoj Britaniji), drugoj na tumačenju (kako je tradicionalno u Grčkoj, Portugaliji i Brazilu), a trećoj na sadržini (kako je tradicionalno u Nemačkoj i SAD-u), olakšano zaključenje se može kompenzovati putem stroge kontrole sadržine i obrnuto: strogi propisi

¹⁰⁴⁴ Opštim uslovima poslovanja davalaca finansijskih usluga se, u smislu ovog zakona, smatraju uslovi poslovanja koji se primenjuju na korisnike, uslovi za uspostavljanje odnosa između korisnika i davaoca finansijske usluge i postupak komunikacije između njih i uslovi za obavljanje poslovanja između korisnika i davaoca ove usluge. Ovaj zakon izričito određuje da opšti uslovi poslovanja obuhvataju i akte kojima se utvrđuju naknade i drugi troškovi koje davalac finansijskih usluga naplaćuje korisnicima (npr. tarifa naknade). Videti član 9. st. 1. i 3. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 139/2014).

¹⁰⁴⁵ Član 9. stav 2. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 139/2014).

u pogledu zaključenja ugovora putem opštih uslova poslovanja mogu voditi ka tome da kontrola sadržine postane potpuno izlišna.¹⁰⁴⁶

Kada govorimo o kontroli OUP sa aspekta zaštite potrošača, a imajući u vidu podelu prava na javno i privatno¹⁰⁴⁷ tradicionalno se svi instrumenti i postupci, koji zajedno čine sistem zaštite potrošača, dele na: (1) javnopravne, u koje se ubraja zaštita potrošača u upravnom postupku i sudska zaštita pred prekršajnim, krivičnim i upravnim sudovima i (2) privatnopravne, u koje se ubraja sudska zaštita u parničnom postupku, uključujući tu i parnični postupak za zaštitu kolektivnih potrošačkih interesa, kao i različiti oblici vansudskog rešavanja potrošačkih sporova.¹⁰⁴⁸ Podržavajući stanovište koje su u svojim radovima iznosili G. Betlem i S. Taboroši da danas više ne možemo govoriti o čistoti podele na javnopravni i privatnopravni model zaštite potrošača zbog složenosti pitanja uloge države u ispravljanju nedostataka tržišta, prof. dr Tatjana Jovanić u svom istraživanju ukazuje da je čak i jasna linija između upravnoopravne i sudske zaštite potrošača dovedena u pitanje akcesornom ulogom u zaštiti kolektivnih interesa potrošača.¹⁰⁴⁹ Jasno je da se ukazivanje prof. Jovanić odnosi na tadašnje stanje važećih propisa, koje se danas promenilo.

Iz ugla saugovarača koji prihvata primenu OUP, a nije učestvovao u njihovom kreiranju, sa aspekta kontrole OUP trebalo bi najpre poći od kontrole punovažnosti. Navedeno podrazumeva ispitivanje da li OUP obavezuju u konkretnom slučaju, tj. da li se primenjuju na pojedinačni ugovorni odnos koji je predmet razmatranja. Potom proveru nekoliko pravnih pitanja koja se odnose na zaključenje ugovora primenom OUP, odnosno njihovu punovažnost u dinamici. Ukoliko su OUP punovažno uključeni u ugovorni odnos kao izvor uređenja međusobnih prava i obaveza ugovornih strana, onda se može postavljati pitanje kontrole njihove sadržine, tj. preispitivanja pojedinačnih klauzula koje oni sadrže.

Pojedini autori kombinuju različite vrste kontrole OUP, bez klasifikacije, te postavljaju sistem pitanja. Jedan takav sistem pitanja, kreiran prema domaćem pravnom okviru koji daje Zakon o obligacionim odnosima, u cilju provere punovažnosti opštih

¹⁰⁴⁶ Ukazuje se i da postoje zemlje kod kojih sva tri kontrolna mehanizma imaju isti značaj (npr. Holandija), kao i one u kojima opšti uslovi podležu apstraktnoj prethodnoj kontroli putem upravnog odobrenja ili provere od strane tzv. ombudsmana (npr. Norveška, Švedska). Videti detaljnije: Đurđević, N., *Kontrola opštih uslova poslovanja po osnovu pravičnosti*, Pravni život, br. 11-12/1994, str. 1544.

¹⁰⁴⁷ O podeli prava na javno i privatno, iscrpno, sa naknadnom rečju unapred (povratak podele prava na javno i privatno): Vodinelić, V., *Javno i privatno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2016.

¹⁰⁴⁸ Jovanić, T., *Uloga uprave u zaštiti kolektivnih interesa potrošača*, u: *Strengthening Consumer Protection in Serbia - Liber Amicorum Svetislav Taboroši* (Bourgoignie, T., Jovanić, T., eds.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 312.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*.

uslova poslovanja, daje prof. dr Nenad Đurđević, koji je predložio da se pomenuta provera može sastojati prema našem ZOO, najšire gledano, u šemi sledećih pitanja: 1. *pitanje*: Da li je u konkretnom slučaju reč o opštim uslovima (poslovanja) – član 142. stav 1. ZOO? 2. *pitanje*: Da li su opšti uslovi postali sastavni deo ugovora – član 142. stav 1. ZOO? 3. *pitanje*: Postoje li protivrečnosti između opštih uslova i posebnih pogodbi – član 142. stav 4. ZOO? 4. *pitanje*: Da li su opšti uslovi objavljeni na uobičajeni način (nisu li u pitanju tzv. iznenađujuće klauzule) – član 142. stav 2. ZOO? 5. *pitanje*: Postoje li nejasnoće u pogledu pojedinih opštih uslova koje treba raščistiti putem tumačenja – čl. 100. i 101. ZOO? 6. *pitanje*: Da li su opšti uslovi bili poznati, odnosno morali biti poznati drugoj ugovornoj strani u času zaključenja ugovora – član 142. stav 3.? 7. *pitanje*: Nisu li odredbe opštih uslova ugovora potpuno ili delimično ništave zbog protivnosti samom cilju zaključenja ugovora ili dobrim poslovnim običajima (generalna klauzula o ništavosti – član 143. stav 1. ZOO)? 8. *pitanje*: Ne treba li sudija da odbije primenu pojedinih odredbi opštih uslova zato što lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, vode gubitku prava iz ugovora ili rokova ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj (specijalni slučajevi ništavosti – član 143. stav 2. ZOO)?¹⁰⁵⁰

Postojeća šema je korisna, s tim da ona kombinuje kako pitanje punovažnosti zaključivanja, transparentnosti, tako i sadržine, pri čemu se pitanja 7 i 8 odnose na kontrolu sadržine. Imajući u vidu vreme predlaganja ove šeme, sa današnjeg stanovišta bi ona mogla biti dopunjena i novim zakonima koji su doneti nakon ZOO, a koji sadrže odredbe koje se odnose na OUP, kao što su zakoni kojima je uređena zaštita potrošača i zaštita korisnika finansijskih usluga. Sa druge strane, pozivanje na jedno od opštih pravila tumačenja iz člana 101. ZOO¹⁰⁵¹ nije isključivo vezano samo za OUP, pa se ne čini dovoljno jasnim izdvajanje samo tog pravila tumačenja u odnosu na ostala opšta pravila tumačenja.

Imajući u vidu da se kontrola prema subjektu koji je sprovodi i postupku koji se sprovodi može odnositi i na kontrolu ponovažnosti (zaključenja), sadržaja i načina tumačenja nejasnih odredbi, čini se da je prikaz kontrole prema podeli na subjekte i postupak koji se prilikom kontrole primenjuje sveobuhvatan, jer isti može obuhvatiti i

¹⁰⁵⁰ Đurđević, N., *Kontrola opštih uslova poslovanja po osnovu pravičnosti*, Pravni život, br. 11-12/1994, str. 1553-1554.

¹⁰⁵¹ Po kome nejasne odredbe u ugovoru bez naknade treba tumačiti u smislu koji je manje težak za dužnika, a u teretnom ugovoru u smislu kojim se ostvaruje pravičan odnos uzajamnih davanja.

prethodnu i naknadnu kontrolu, te će u daljem radu sistematizacijski biti primenjena ova podela.

Zbog opasnosti od jednostranog nametanja volje strane koja sastavlja opšte uslove poslovanja, nacionalna prava¹⁰⁵² predviđaju različite vrste kontrole opštih uslova. Tako se uobičajeno navode četiri vrste kontrole: upravna, kontrola javnog mnjenja, autonomna kontrola i sudska kontrola.¹⁰⁵³

Razlike postoje od države do države, uglavnom ne toliko u smislu postojanja ili odsustva nekog mehanizma, već načina na koji se ti mehanizmi međusobno dopunjuju, tj. njihove kombinacije.

3. UPRAVNA KONTROLA

Upravna kontrola postoji u slučajevima kada je potrebna saglasnost, tj. dozvola ili odobrenje, nadležnog organa uprave. Može se postaviti pitanje da li je u ovakvim situacijama reč o kontroli ili o učešću određenog organa u postupku donošenja opštih uslova (upravni rad). Kako u situaciji kada daje saglasnost, bilo prethodnu bilo naknadnu, određeni organ utvrđuje sadržinu opštih uslova, te ako smatra da ona nije adekvatna, uskraćuje saglasnost i time opšti uslovi u pitanju neće biti važeći, smatram da takav oblik učešća u donošenju OUP ipak predstavlja kontrolu, barem sa aspekta ove disertacije. Upravna kontrola je uobičajeno prethodna, tj. preventivna, ali može biti i naknadna, tj. posteriorna (u fazi primene opštih uslova u praksi). Treba reći i da odobrenje ne menja karakter opštih uslova poslovanja, tj. ne utiče na njihovu pravnu prirodu - ne pretvara ih u propis¹⁰⁵⁴, već oni zadržavaju ugovornu pravnu prirodu.

Naša starija pravna teorija je isticala da je udeo administrativne vlasti u intervenciji kod ugovora po pristanku, tj. u zaštiti ekonomski slabijeg ugovarača, manji od udela zakonodavne i sudske vlasti, te da se administrativna vlast u ovo pitanje nije ni mešala sve do polovine XIX veka¹⁰⁵⁵, kada se rad administrativne vlasti prevashodno sastojao u

¹⁰⁵² O uporednopravnim rešenjima u engleskom, francuskom, nemačkom, skandinavskom, švajcarskom i italijanskom pravu, videti: Goldštajn, A., *Opći uvjeti poslovanja*, materijal za poslediplomski studij iz privrednog prava, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1970, str. 20-42.

¹⁰⁵³ O kontroli opštih uslova detaljnije videti: Vilus, J., *op. cit.*, str. 192-300; Goldštajn, A., *op. cit.*, 17-20; Vasiljević, M., *op. cit.*, str. 17; Stefanović, Z., *Privredno ugovorno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 50-51.

¹⁰⁵⁴ Uporedi: Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1974, str. 37.

¹⁰⁵⁵ Tada administrativna vlast počinje da preuzima izvesne mere u cilju zaštite ekonomski slabijih pojedinaca, pravdajući to idejom javnog interesa, pa tako ona počinje npr. da vodi nadzor nad uslovima pod

preventivnoj kontroli, sa tendencijom proširenja delokruga, koji se potom ogledao u intervenisanju u domenu stvaranja monopola, davanja koncesija i vršenja kontrole sadržine ugovora po pristanku. Blagojević ukazuje da je ova kontrola najpre bila samo opšta - kontrola koju administracija vrši nad uslovima ugovora po pristanku, podstaknuta idejom javnog interesa. Ocenjuje da ovakva kontrola nije bila ni dovoljna ni uspešna, te zakonodavac priznaje pravo kontrole administraciji kod pojedinih vrsta ugovora, kako dolazi do kontrole koja se označava kao posebna.¹⁰⁵⁶

U našem današnjem, pozitivnom pravu, Zakon o obligacionim odnosima propisuje ništavost odredbi opštih uslova koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima, čak i ako su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od nadležnog organa.¹⁰⁵⁷ Tako, npr. u našem pravu, kada je reč o ugovoru o prevozu stvari, koji često prati ugovor o prodaji robe, izričito se propisuje ništavost odredaba opštih uslova prevoza kojima se smanjuje odgovornost prevozioca za gubitak ili oštećenje pošiljke koji bi se dogodili od časa preuzimanja do njene predaje.¹⁰⁵⁸ Dalje, predviđa se ništavost opštih uslova prevoza kojim se smanjuje odgovornost prevozioca za sigurnost putnika.¹⁰⁵⁹ Postojanje ovakvih zakonskih pravila je od izuzetnog značaja, jer opšti uslovi poslovanja pojedinih privrednih subjekata neretko sadrže klauzule egzoneracije (neodgovornosti) koje mogu postojati u različitim oblicima, pa čak biti i prikrivene.¹⁰⁶⁰

Pored postojanja pozitivnog zakonskog pravila, i pravna teorija je još pre donošenja Zakona o obligacionim odnosima naglašavala da postojanje odobrenja opštih uslova poslovanja ne isključuje mogućnost da sudovi i arbitraže podvrgnu OUP oceni u okviru konkretnog slučaja, odnosno da će i inače odobreni opšti uslovi poslovanja biti predmet

kojima radnici rade u pojedinim preduzećima, obraća pažnju na rad velikih preduzeća koja uživaju faktički monopol i na njihovo držanje prema potrošačima. Detaljnije: Blagojević, B., *Ugovori po pristanku – formularni ugovori* (doktorska rasprava), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1934, str. 81.

¹⁰⁵⁶ Profesor Blagojević ukazuje da ovakva opšta intervencija nije bila dovoljna, jer se pojam javnog interesa, ne samo u raznim zemljama, nego i u istoj zemlji od strane raznih organa različito shvatao, te je zato intervencija bila vrlo nesigurna, a osim toga administracija je vrlo bojažljivo širila ovaj domen svoje delatnosti, te zaključuje da u to vreme nije otišla mnogo dalje od radnih odnosa, s tim da ne samo da je opšta kontrola bila nedovoljna, navodi da je ona bila vrlo često čak i bezuspešna, jer se poslodavac nije mnogo na nju obazirao, a pred sudovima je negirao pravo administracije da se meša. Detaljnije: Blagojević, B., *op. cit.*, str. 82-83.

¹⁰⁵⁷ Član 143. stav 1. ZOO.

¹⁰⁵⁸ Videti član 671. ZOO.

¹⁰⁵⁹ Videti član 684. ZOO.

¹⁰⁶⁰ O klauzulama neodgovornosti u međunarodnoj prodaji videti: Mitrović, D., *Klauzule neodgovornosti u međunarodnoj trgovačkoj kupoprodaji*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1966. Za uporednopravni prikaz ovih klauzula videti: Ćirić, A., *Klauzule egzoneracije u uporednom i međunarodnom trgovačkom pravu*, u: Liber amicorum Dobrosav Mitrović, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 135-150. O klauzulama egzoneracije u OUP videti treći deo ove disertacije o (nekim) tipičnim klauzulama u OUP.

ispitivanja od strane suda ili arbitraže u pogledu usklađenosti sa propisima. Konkretno, profesor Goldštajn ukazuje da odobrenje predstavlja konstataciju *nihil obstat*, ali ne i poslednju saglasnost na sve što opšti uslovi sadrže, te da kako pravni sistem dozvoljava da sud ne primeni propis koji nije u skladu sa višim propisom (ekscepcija ilegalnosti), tako činjenica da su opšti uslovi poslovanja odobreni ili da je nadležni organ dao saglasnost ne isključuje pravo preispitivanja da li su opšti uslovi u skladu sa propisima.¹⁰⁶¹

Zakon o trgovini iz 1993. godine sadržao je izričitu odredbu po kojoj Savezno ministarstvo za poslove trgovine utvrđuje da li formularni ugovori sadrže klauzule kojima se narušava ravnopravnost saugovarača¹⁰⁶². Pravni pisci su smatrali da postojanje ovakve odredbe nije dovoljno, već da je treba značajno upotpuniti. Tako, na primer, Jankovec ukazuje da nije određeno da pomenuti organ ima pravo da zabrani privrednoj organizaciji ugovaranje takvih klauzula i nije predviđeno da nepoštovanje takve zabrane predstavlja privredni prestup¹⁰⁶³. Ovakva izričita zakonska odredba nije sadržana u važećem Zakonu o trgovini, a oblast zaštite potrošača danas je uređena posebnim zakonom.¹⁰⁶⁴

O upravnoj kontroli se može govoriti i u kontekstu upravne kontrole pravičnosti odredaba koje su sadržane u OUP. Pojedini pravni pisci o ulozi organa uprave (barem u regionu) u vezi sa upravnom kontrolom nepravičnih odredaba govore sa tri aspekta: (1) učešće u pregovorima i davanje smernica; (2) istražna ovlašćenja državnih organa i (3) ovlašćenja javnih organa da izdaju naloge.¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶¹ Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1974, str. 37-38, koji na istom mestu ukazuje da je kod nas u tom vremenu po pitanju odobrenja postojala različita praksa: za opšte uslove poslovanja komunalnih preduzeća tražilo se odobrenje, dok se za neka druga preduzeća samo tražilo da posluju na osnovu opštih uslova poslovanja, ali se odobrenje nije tražilo, jer je u tom slučaju zakonodavac samo hteo da osigura jednako postupanje sa svim komitentima.

¹⁰⁶² Član 39. stav 1. Zakona o trgovini („Sl. list SRJ“, br. 32/93): Savezno ministarstvo nadležno za poslove trgovine prati stanje u oblasti zaštite potrošača i, na zahtev potrošača ili na sopstvenu inicijativu, utvrđuje da li formularni ugovori sadrže klauzule kojima se narušava ravnopravnost saugovarača i preduzima mere za zaštitu potrošača, naročito u pogledu kvaliteta i cene robe i u pogledu trgovinskih usluga.

¹⁰⁶³ Videti: Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 34.

¹⁰⁶⁴ Videti: Zakon o zaštiti potrošača („Sl. glasnik RS“, br. 62/2014, 6/2016-dr. zakon i 44/2018-dr. zakon).

¹⁰⁶⁵ Ovlašćenje da izdaje naloge u našoj državi pripada inspektor u okviru inspeksijskog nadzora, a ovakva ovlašćenja poznaju i druge države i ona pripadaju pojedinim subjektima koji su odgovorni za zaštitu potrošača prema sistemu koji je primenjen u određenoj državi. Tako, na primer, u Albaniji (pored sudova) ovlašćenje da trgovcima izdaje naloge u pogledu nepravičnih odredbi u potrošačkim ugovorima ima i Komisija za zaštitu potrošača, a u Bosni i Hercegovini je propisana dužnost ombudsmana za zaštitu potrošača da donosi odluke i preduzima druge mere u slučajevima pritužbi potrošača ili kršenja dobrih poslovnih običaja, te ima i nadležnost da izdaje instrukcije za prestanak aktivnosti koje su u suprotnosti sa potrošačkom legislativom i da iznosi te instrukcije pred sud. Detaljnije: Karanikić Mirić, M., Čadenović, Z., *Transponovanje pojedinih direktiva: Direktiva o nepravičnim ugovornim odredbama (93/13)*, u: Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses – First Regional Conference, Deutsche

U pogledu preporuka i smernica, što bi se moglo smatrati svojevrsnom prethodnom kontrolom, regionalna iskustva pokazuju da treba razmotriti mogućnost da državne institucije učestvuju u pregovorima i daju smernice u pogledu pravičnosti opštih uslova formularnih potrošačkih ugovora.¹⁰⁶⁶ Takva mogućnost postoji u Bosni i Hercegovini, gde je dužnost ombudsmana za zaštitu potrošača da preporučuje upotrebu određenih standardnih ugovornih odredaba u ugovorima koji se koriste u posebnim sektorima poslovanja, kao i da pregovara s predstavnicima određenih trgovinskih udruženja o modelima ugovora koji se primenjuju u specifičnim sektorima poslovanja; dok u Albaniji ministarstva u čiju nadležnost spadaju poslovi iz oblasti ekonomije, trgovine i energetike učestvuju u izradi kodeksa ponašanja i tipskih ugovora, u saradnji sa privrednim subjektima.¹⁰⁶⁷ Imajući u vidu terminološke različitosti kada jer reč o izvorima formularnog prava, te uobičajenu sličnost tipskih ugovora i OUP, nalazim da bi trebalo razumeti da se prethodno navedeno za tipske ugovore, shodno odnosi i na OUP.

U okviru upravne kontrole, tj. kontrole od strane upravnih organa spada i nadzor nad tržištem, kontrola tržišta. U tom smislu, a imajući u vidu da je pravni režim nekih tipičnih klauzula OUP uređen zakonom kojim se uređuje zaštita potrošača, od značaja za pitanje upravne kontrole OUP su i odredbe tog zakona koje uređuju **inspekcijski nadzor**. Kontrola je povezana sa zaštitom potrošača, na način da se, kako kontrola transparentnosti i uključivanja OUP u ugovor, tako i kontrola njihove sadržine, smatra i sastavnim delom zaštite potrošača. Zato su sa aspekta kontrole OUP relevantni i određeni zaštitni mehanizmi usmereni na zaštitu potrošača.

Naš važeći Zakon o zaštiti potrošača predviđa da nadzor nad sprovođenjem ovog zakona i propisa donetih na osnovu ovog zakona vrši ministarstvo nadležno za zaštitu potrošača, kao i da organi državne uprave i organi autonomne pokrajine i jedinice lokalne

Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit: Offener Regionalfonds für Südosteuropa - Rechtsreform, Cavtat, 2010, vol. III, str. 650-651, koji na istom mestu ukazuju da u nekim od zemalja u okruženju, osim inspektora, određeni državni organi imaju određena istražna ovlašćenja, pa tako navode da Ombudsman za zaštitu potrošača u Bosni i Hercegovini ima dužnost da istražuje aktivnosti na tržištu usmerene prema potrošaču po službenoj dužnosti i po osnovu žalbe, kao i da istražna ovlašćenja ima i organ nadležan za nadzor nad tržištem u Albaniji.

¹⁰⁶⁶ Karanikić Mirić, M., Čađenović, Z., *op. cit.*, str. 650.

¹⁰⁶⁷ Karanikić Mirić, M., Čađenović, Z., *Ibid*, koji na istom mestu (str. 650) ukazuju i na mehanizme koji postoje u Crnoj Gori, a koji se mogu primeniti u slučaju nepravilnih opštih uslova formularnih potrošačkih ugovora, pa tako navode da crnogorsko ministarstvo nadležno za poslove zaštite potrošača proučava i daje predloge koji se odnose na potrošače i politiku zaštite potrošača; vanskudska zaštita se ostvaruje preko Arbitražnog odbora za vanskudsko rešavanje sporova potrošača, a bankarski ombudsman daje preporuke bankama i mikrokreditnim finansijskim institucijama i kreditnim unijama za poboljšanje odnosa prema klijentima.

samouprave u delokrugu obavljanja svojih poslova vrše nadzor nad sprovođenjem propisa u oblasti zaštite potrošača i preduzimaju radnje propisane ovim zakonom i drugim propisima. Inspekcijski nadzor nad sprovođenjem ovog zakona i propisa donetih na osnovu ovog zakona vrši ministarstvo nadležno za poslove trgovine, preko tržišnih inspektora, kao i ministarstvo nadležno za poslove turizma, preko turističkih inspektora, u skladu sa ovlašćenjima propisanim ovim zakonom i propisima kojima se uređuje inspekcijski nadzor u ovim oblastima.¹⁰⁶⁸ U vršenju inspekcijskog nadzora nadležni inspektor ima sva prava, dužnosti i ovlašćenja koja su propisana ovim zakonom i zakonima kojima se uređuje inspekcijski nadzor u oblasti trgovine, odnosno turizma.¹⁰⁶⁹ U slučaju utvrđivanja povrede

¹⁰⁶⁸ Član 154. Zakona o zaštiti potrošača („Službeni glasnik“, br. 62/2014, 6/2016 - dr. zakon i 44/2018 - dr. zakon), koji u narednom članu uređuje saradnju u nadzoru, tako što pripisuje da navedeni organi u vršenju nadzora međusobno saraduju i dostavljaju jedni drugima podatke i obaveštenja potrebna za rad po pitanjima zaštite potrošača, kao i da u cilju unapređenja saradnje i rešavanja pitanja nadležnosti, Vlada na predlog ministra nadležnog za zaštitu potrošača može da osnuje koordinaciona tela. Kako shodno zakonu, ministarstvo nadležno za zaštitu potrošača upravlja poslovima zaštite potrošača, tako su gore navedeni organi dužni da dostavljaju ovom ministarstvu analizu stanja u oblasti iz svog delokruga koja se odnose na zaštitu potrošača i daju mišljenje o pitanjima od značaja za zaštitu potrošača.

¹⁰⁶⁹ Nadležni inspektor u vršenju nadzora ispituje da li trgovac, odnosno prodavac: 1) ističe cene, u skladu sa čl. 6. do 10. ovog zakona; 2) oglašava prodajnu cenu, u skladu sa članom 11. ovog zakona; 3) izdaje račun, u skladu sa članom 12. ovog zakona; 4) obaveštava potrošače, u skladu sa čl. 13, 27, 87, 88, 93. i 111. ovog zakona; 5) naplaćuje dodatne troškove bez prethodne izričite saglasnosti potrošača, u skladu sa članom 14. ovog zakona; 6) obavlja nepoštenu poslovnu praksu, u skladu sa čl. 19-23. ovog zakona; 7) prodaje, uslužuje i poklanja maloletniku duvanske, odnosno alkoholne proizvode i pivo, kao i pirotehnička sredstva, suprotno članu 24. ovog zakona; 8) postupa, suprotno članu 26. ovog zakona; 9) predaje potrošaču obrazac za odustanak od ugovora na daljinu i ugovora koji se zaključuju izvan poslovnih prostorija, u skladu sa čl. 30. i 31. ovog zakona; 10) isporučuje robu, u skladu sa članom 32. stav 1. ovog zakona; 11) je izvršio povraćaj plaćenog iznosa koje je primio od potrošača, kao i troškove isporuke, u slučaju odustanka od ugovora u zakonskom roku od 14 dana, u skladu sa članom 34. stav 1. ovog zakona; 12) vrši neposredno oglašavanje, u skladu sa članom 38. ovog zakona; 13) šalje pošiljke koje potrošač nije naručio, u skladu sa članom 39. stav 1. ovog zakona; 14) vrši oglašavanje putem sredstava komunikacije na daljinu, u skladu sa članom 40. ovog zakona; 15) isporučuje robu potrošaču, u skladu sa članom 46. stav 1. ovog zakona; 16) dostavlja potrošaču prateću dokumentaciju uz robu, u skladu sa članom 47. ovog zakona; 17) postupa u skladu sa članom 48. stav 4. ovog zakona; 18) izdaje potrošaču garantni list, u skladu sa članom 54. i članom 81. stav 3. ovog zakona; 19) upotrebljava izraz "garancija" i izraz s tim značenjem, u skladu sa članom 55. ovog zakona; 20) prima, evidentira, odgovara na reklamaciju, u skladu sa članom 56. i članom 81. stav 3. ovog zakona; 21) obavlja dodatne radove bez izričite saglasnosti potrošača, suprotno članu 71. ovog zakona; 22) obustavlja potrošaču pružanje usluge od opšteg ekonomskog interesa, suprotno članu 86. ovog zakona; 23) vrši specifikaciju računa, u skladu sa članom 91. ovog zakona; 24) uspostavlja kontakt liniju u vezi sa priključenjem na distributivnu mrežu, kvalitetom i korišćenjem usluga od opšteg ekonomskog interesa, u skladu sa članom 92. ovog zakona; 25) oglašava ili nudi na prodaju turistička putovanja, u skladu sa članom 95. ovog zakona; 26) obaveštava potrošača o podacima koji se odnose na porodicu domaćina i odgovorno lice kome učenik, odnosno student može da se obrati za pomoć u mestu boravka, u skladu sa članom 101. stav 3. ovog zakona; 27) dostavlja garanciju za slučaj nesposobnosti plaćanja, u skladu sa čl. 108. i 121. ovog zakona; 28) oglašava i nudi vremenski podeljeno korišćenje nepokretnosti, trajne olakšice za odmor, pomoć prilikom preprodaje vremenski podeljenog korišćenja nepokretnosti i trajnih olakšica za odmor, odnosno razmenu vremenski podeljenog korišćenja nepokretnosti, u skladu sa članom 111. ovog zakona; 29) omogućava posebno potpisivanje ugovornih odredaba o pravu potrošača na odustanak od ugovora, o trajanju tog prava i

zakona inspektor nalaže trgovcu, odnosno prodavcu da otkloni utvrđenu nepravilnost. Inspektor će rešenjem odrediti i rok u kojem će trgovac, odnosno prodavac biti dužan da otkloni nepravilnost, a koji ne može biti kraći od 24 sata niti duži od dva meseca, ako drugačije nije propisano. Ako trgovac, odnosno prodavac ne postupi po ovom nalogu, inspektor će rešenjem izreći meru privremene zabrane prometa robe, odnosno vršenja usluge na koju se mera odnosi.¹⁰⁷⁰

Zakonom o zaštiti potrošača predviđena je nadležnost ministarstva nadležnog za zaštitu potrošača¹⁰⁷¹ za pokretanje i vođenje **postupka za zaštitu kolektivnih interesa potrošača**¹⁰⁷² u okviru koga se ispituje i pravičnost ugovornih odredaba. Ako se utvrdi postojanje povrede kolektivnog interesa može se, između ostalog, izreći mera obustavljanja ugovaranja nepravičnih ugovornih odredaba. Konkretno, prema zakonskom određenju, povreda kolektivnog interesa potrošača, između ostalog, postoji u slučaju nepoštene poslovne prakse, odnosno nepravičnih odredbi u potrošačkim ugovorima.¹⁰⁷³ Postupak zaštite kolektivnog interesa pokreće i vodi Ministarstvo, po zahtevu ovlašćenog lica ili po službenoj dužnosti. Ako u postupku nadzora Ministarstvo oceni da neko činjenje ili nečinjenje učesnika na tržištu, a posebno postojanje nepoštene ugovorne odredbe ili nepoštene poslovne prakse, ugrožava ili preti da ugrozi kolektivni interes potrošača, pokrenuće postupak utvrđivanja povrede kolektivnog interesa potrošača po službenoj

o zabrani plaćanja unapred za vreme trajanja prava na odustanak, u skladu sa članom 112. st. 7. i 8. ovog zakona; 30) sprovodi meru zaštite kolektivnog interesa potrošača iz člana 150. ovog zakona. Nadležni inspektor u vršenju nadzora proverava da li davalac garancije: 1) prodaje robu uz garantni list koji je sačinjen, u skladu sa članom 54. stav 2. ovog zakona; 2) upotrebljava izraz „garancija“ i izraz s tim značenjem, u skladu sa članom 55. ovog zakona. Videti član 156. Zakona o zaštiti potrošača.

¹⁰⁷⁰ Član 157. Zakona o zaštiti potrošača. Inspeksijski nadzor u smislu ovog zakona vrši se po službenoj dužnosti i započinje preduzimanjem prve radnje inspektora u postupku inspeksijskog nadzora. Prijave povrede zakona, odnosno druge informacije, dojave, podnesci i zahtevi podneti radi preduzimanja inspeksijskog nadzora imaju dejstvo inicijative za pokretanje postupka, a podnosioci tih inicijativa nemaju svojstvo stranke u postupku. O svim radnjama u postupku inspeksijskog nadzora od značaja za utvrđivanje činjeničnog stanja inspektor sastavlja zapisnik. O pitanjima koja nisu od neposrednog značaja za utvrđivanje činjeničnog stanja inspektor sastavlja službenu belešku. Ako utvrdi povredu zakona, inspektor donosi i dostavlja rešenje u skladu sa svojim ovlašćenjem u roku od pet dana od dana otpočinjanja, odnosno okončanja kontrole. Protiv ovog rešenja može se izjaviti žalba u roku od osam dana Ministru, koja ne odlaže izvršenje rešenja. Protiv drugostepene odluke Ministra stranka kojoj je izrečena upravna mera može da pokrene postupak pred Upravnim sudom u roku od 14 dana, ali žalba ne odlaže izvršenje rešenja. Videti čl. 158-159. Zakona o zaštiti potrošača.

¹⁰⁷¹ U ovom trenutku, u Republici Srbiji je za zaštitu potrošača nadležno Ministarstvo trgovine, turizma i telekomunikacija, u okviru koga postoji poseban Sektor za zaštitu potrošača. Videti: <https://mtt.gov.rs/sektori/sektor-za-zastitu-potrosaca/>.

¹⁰⁷² ZZP sadrži posebne odredbe (čl. 145-153.) o zaštiti kolektivnog interesa potrošača. Detaljno o ovom vidu zaštite potrošača: Jovičić, K., Dabetić-Trogrlić, V., *Komentar Zakona o zaštiti potrošača*, Glosarijum, Beograd, 2016, str. 325-348.

¹⁰⁷³ Videti član 145. stav 1. tačka 2. Zakona o zaštiti potrošača.

dužnosti.¹⁰⁷⁴ U pogledu odluke o postupku zaštite kolektivnog interesa potrošača, Ministarstvo rešenjem odlučuje o postojanju povrede i određivanju mere, pri čemu rešenje sadrži i rok za sprovođenje izrečene mere¹⁰⁷⁵, a istim rešenjem Ministarstvo može trgovcu da naloži obavezu da u utvrđenom roku izvesti Ministarstvo o sprovođenju izrečenih mera.¹⁰⁷⁶ Član 149. ZZP propisuje da lice protiv kojeg se vodi postupak može u svom odgovoru dati predlog obaveza koje je spremno da preduzme radi otklanjanja povrede zakona, sa uslovima i rokovima za sprovođenje (korektivna izjava). Ako je utvrđeno postojanje povrede kolektivnog interesa, određuje se mera zaštite kolektivnog interesa potrošača, kojom se može naložiti licu protiv koga je vođen postupak da preduzme određeno ponašanje ili da mu se zabrani određeno ponašanje, a naročito da: (1) prekine sa kršenjem odredbi ovog zakona ili drugog propisa kojom se ugrožava kolektivni interes potrošača i uzdrži se od toga ubuduće; (2) da otkloni utvrđenu nepravilnost; (3) prestane sa nepoštenom poslovnom praksom i da mu zabrani takvo ili slično postupanje ubuduće; (4) bez odlaganja obustavi ugovaranje nepravičnih ugovornih odredaba. Rešenje kojim se određuje neka od navedenih mera objavljuje se na internet stranici Ministarstva.¹⁰⁷⁷ Ako postoji opasnost od nastupanja štetnih posledica po prava i interese potrošača Ministarstvo, na predlog podnosioca zahteva, može da naloži prestanak vršenja određenih radnji, odnosno obavezu preduzimanja radnji kojima se sprečava ili otklanjaju štetne posledice.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷⁴ Ministarstvo pokreće postupak zaštite kolektivnog interesa potrošača po službenoj dužnosti, kada na osnovu dostavljenih inicijativa, informacija i drugih raspoloživih podataka, oceni postojanje povrede kolektivnog interesa potrošača. U postupku zaštite kolektivnog interesa primenjuju se pravila opšteg upravnog postupka, ako ovim zakonom nije drugačije propisano. Videti član 146. ZZP. Zahtev za zaštitu kolektivnog interesa potrošača mogu da podnesu evidentirana udruženja odnosno savezi iz člana 132. ovog zakona. Videti član 147. ZZP.

¹⁰⁷⁵ Član 149. stav 2. ZZP propisuje da će Ministarstvo obavestiti lice protiv kojeg je pokrenut postupak zaštite kolektivnog interesa potrošača o bitnim činjenicama, dokazima i ostalim elementima zbog kojih se postupak vodi i pozvati da se izjasni u roku od 15 dana od dana prijema ovog obaveštenja.

¹⁰⁷⁶ Videti član 150. stav 2. ZZP.

¹⁰⁷⁷ Ukoliko Ministarstvo utvrdi da je došlo do povrede kolektivnog interesa potrošača, podnosi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka nadležnom organu, za prekršaje predviđene ovim zakonom. Videti član 150. ZZP.

¹⁰⁷⁸ Ovakva privremena mera može da traje do donošenja rešenja u tom postupku. Videti član 151. ZZP. Ministarstvo prekida postupak ako se trgovac korektivnom izjavom obaveže da neće nastaviti ili ponoviti radnju ili akt kojim se šteti kolektivnom interesu potrošača, a prekid postupka može da traje najduže tri meseca. Ako stranka protiv koje se vodi postupak ne ispuni ili prekrši preuzete obaveze pre isteka roka od tri meseca ili u međuvremenu učini novu povredu, Ministarstvo nastavlja postupak. Ako stranka protiv koje se vodi postupak ispuni preuzete obaveze u propisanom roku Ministarstvo će obustaviti postupak. Pokretanje ili vođenje postupka za zaštitu kolektivnog interesa potrošača ne sprečava potrošača kome je prouzrokovana šteta da pokrene pred nadležnim sudom postupak za naknadu te štete ili da pred sudom pokrene postupak za

Na internet prezentaciji Ministarstva redovno se javno objavljuju doneta rešenja o povredi kolektivnog interesa potrošača, koja uključuju i zabranu daljeg korišćenja nepravilnih ugovornih odredaba. Na ovaj način Ministarstvo postiže dvostruko dejstvo, tj. dvojaku svrhu donošenja rešenja i objavljivanja: osim reaktivnog dejstva za trgovca (stranke) u konkretnom slučaju u kome je u predviđenom postupku utvrđena povreda kolektivnog interesa potrošača, javno objavljivanje primerom preventivno deluje na ostale učesnike na tržištu da ne primenjuju nepravilne ugovorne odredbe.

Tokom 2018. godine Ministarstvo trgovine, turizma i telekomunikacija donelo je tri rešenja koja se odnose na odredbe sadržane u opštim uslovima poslovanja. Ministarstvo je 12. juna 2018. godine donelo rešenje kojim je utvrdilo da je Telenor doo učinio povredu kolektivnog interesa potrošača tako što u Opštim uslovima pružanja i korišćenja usluga u javnoj mobilnoj komunikacionoj mreži Telenor doo Beograd, koji su počeli da se primenjuju dana 09.12.2015. godine i dalje, u članu 11. stav 2. ugovora nepravilnu ugovornu odredbu u korist trgovca, propisujući da se naknada štete koju se pretplatnik obavezuje da Telenoru isplati zbog prevremenog raskida ugovora, utvrđuje u iznosu koji odgovara zbiru svih preostalih mesečnih pretplata počev od raskida pretplatničkog ugovora do isteka inicijalno ugovorenog obaveznog trajanja pretplatničkog odnosa za izabrani tarifni paket ukoliko pretplatnik raskine ili uzrokuje raskid pretplatničkog ugovora pre isteka perioda na koji je zaključen. Istim rešenjem, Ministarstvo je naložilo imenovanom pravnom licu da obustavi ugovaranje navedene odredbe Opštih uslova za koju je utvrđeno da predstavlja nepravilnu ugovornu odredbu.

Nadalje, Ministarstvo je 04. juna 2018. godine donelo rešenje kojim utvrđuje da je „Brunata“ doo učinilo povredu kolektivnog interesa potrošača, tako što obmanjujućom poslovnom praksom daje netačna obaveštenja potrošačima o njihovim pravima na taj način što je odredbom člana 8.5. Opštih uslova prodaje i isporuke i članom 13. Ugovora o isporuci i ugradnji delitelja toplote i očitavanja potrošnje propisao da prima reklamacije potrošača samo u pismenoj formi. Istim rešenjem je naloženo imenovanom pravnom licu da prestane sa nepoštenom poslovnom praksom i zabranjeno mu je ugovaranje navedenih odredbi.

Ministarstvo je 14. maja 2018. godine donelo rešenje kojim utvrđuje da je VIP Mobile doo učinilo povredu kolektivnog interesa potrošača tako što u Opštim uslovima ugovora o pretplatničkom i korisničkom odnosu mobilne telekomunikacione mreže koji su

poništaj ili utvrđivanje ništavosti ugovora, odnosno da pred sudom pokrene bilo koji drugi postupak zahtevajući ostvarenje svojih prava. Videti čl. 152-153. ZPP.

počeli da se primenjuju dana 17.06.2017. godine i dalje, u članu 17. stav 1. ugovara nepravilnu odredbu u korist trgovca, propisujući da u slučaju da pretplatnik raskine ili svojim ponašanjem dovede do raskida odnosno prestanka pretplatničkog odnosa pre isteka minimalnog predviđenog perioda njegovog trajanja, pretplatnik se obavezuje da plati VIP- u ugovornu kaznu zbog neizvršenja ugovorne obaveze, u iznosu svih preostalih mesečnih pretplata počev od dana raskida pretplatničkog odnosa do dana isteka minimalnog predviđenog perioda njegovog trajanja, dakle obavezuje potrošača koji je povredio ugovornu obavezu da trgovcu plati naknadu u iznosu koji značajno premašuje iznos pretrpljene štete. Istim rešenjem je imenovanom pravnom licu naloženo da obustavi ugovaranje citirane odredbe svojih Opštih uslova, koja predstavlja nepoštenu ugovornu odredbu.¹⁰⁷⁹

3.1. Tržišni nadzor od strane nezavisnih ili „polunezavisnih“ državnih organa

Pravna teorija danas često ukazuje na efikasnost upravnopravne zaštite, sa argumentacijom da je organ uprave, naročito ako je reč o organu koji vrši tržišni nadzor nad pojedinim tržištem, zbog činjenice poznavanja tržišta i poslovnih praksi (ekspert u datoj oblasti, posebno ako je reč o institucionalnom regulatornom telu, odnosno javnoj agenciji kao posebnom organu uprave) u prednosti u poređenju sa sudovima, te da na taj način nadzor nad tržištem od strane uprave predstavlja ne samo efikasniji, već i jeftiniji model koji ima bolju preventivnu ulogu u odnosu na sudsku zaštitu, a ima i mogućnost brzog reagovanja.¹⁰⁸⁰

Danas postoje i posebni specijalizovani organi koji obavljaju ulogu nadzora nad tržištem ili je ta uloga pridodata organima koji imaju i druge nadležnosti, npr. onima koji su nadležni i za zaštitu konkurencije (tzv. antimonopolska tela). Njihov odnos prema izvršnoj grani vlasti je različito postavljen od toga da su oni sastavni deo upravnih ograna, do polunezavisnog položaja kroz određena savetodavna ili regulatorna tela, odbore, javne agencije, do samostalnog i nezavisnog položaja posebnih državnih organa. Razmatranje

¹⁰⁷⁹ Sva citirana rešenja, kao i rešenja iz prethodnih godina, dostupna su na internet adresi:

<http://mtt.gov.rs/informacije/zastita-potrosaca/resenje-o-povredi-kolektivnog-interesa-potrosaca/>.

¹⁰⁸⁰ Jovanić, T., *Uloga uprave u zaštiti kolektivnih interesa potrošača*, u: Strengthening Consumer Protection in Serbia - Liber Amicorum Svetislav Taboroši (Bourgoignie, T., Jovanić, T., eds.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 313. Na istom mestu se ukazuje i na argumentaciju suprotnog stanovišta koje se zasniva na činjenici da nezavisno sudstvo umanjuje mogućnost pristrasnosti organa uprave.

njihovog karaktera i pitanje položaja nezavisnih državnih organa ili posebnih državnih organa u pravnom sistemu je šire pitanje čije razmatranje nije u fokusu ove disertacije, a kako su ti organi u određenom odnosu sa upravom i pre svega zato što primenjuju upravni postupak, čini se primerenim da razmatranje njihove uloge u kontroli OUP bude sistematizovano nakon prethodnog izlaganja o upravnoj kontroli ili kao poseban vid upravne kontrole. Prethodno pomenuta tela prof. dr Tatjana Jovanić sistematizuje u tri organizaciona modela: nezavisne regulatorne agencije, organizacione jedinice pri nekom ministarstvu i specijalizovane vladine organizacije, istovremeno ukazujući da nezavisne javne agencije po pravilu imaju i finansijsku samostalnost, dok druga dva oblika često nemaju sopstvene izvore prihoda, već se finansiraju iz državnog budžeta.¹⁰⁸¹ Postojanje, uloga, nadležnost i ovlašćenja ovakvih organa u uporednom pravu različiti su od države do države, a u kontekstu teme ove disertacije zanimljivo je ukazati da je u Francuskoj pri ministarstvu nadležnom za zaštitu potrošača obrazovana Komisija za nepravične klauzule (fr. *Commission des clauses abusives*)¹⁰⁸², koja pored nadzora nad tržištem ima i savetodavnu ulogu. Komisija za nepravične klauzule nadgleda tržište i prati formularne ugovore, daje preporuke u vezi sa pojedinačnim ugovornim odredbama na svoju inicijativu ili zahtev, dok na zahtev suda u postupku ocene pravičnosti ugovornih odredbi daje mišljenje.¹⁰⁸³

Pored različitih komisija i agencija, posebnu pažnju pravnih pisaca je iz razloga postizanja efikasne zaštite potrošača privukao **skandinavski model potrošačkog ombudsmana**, tj. institucija specijalizovanog ombudsmana za zaštitu potrošača. Iako postoje razlike u pogledu načina njihovog osnivanja, finansiranja, organizovanja, načina postupanja, prirode i obima ovlašćenja koja su im data, ovaj institut je pokazao pozitivne efekte u zaštiti potrošača u državama u kojima postoji, zbog čega se prof. dr Katarina Ivančević zalaže da se i u Republici Srbiji i država i privrednici organizuju radi uspostavljanja specijalizovanih ombudsmana za zaštitu potrošača, po skandinavskom modelu.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸¹ Osim ukoliko nemaju mogućnost da zadrže deo novčanih sredstava koje potiču od kazni koje se izriču zbog povrede propisa. Tako: Jovanić, T., *op. cit.*, str. 318.

¹⁰⁸² Internet prezentacija ove komisije dostupna je na adresi: <http://www.clauses-abusives.fr>.

¹⁰⁸³ Jovanić, T., *op. cit.*, str. 322, koja na istom mestu (fusnota br. 52) kao interesantnu navodi činjenicu da u sastav ove komisije, pored profesionalnih državnih službenika, ulaze i predstavnici regulisanih profesija, trgovaca, kao i predstavnici potrošačkih organizacija.

¹⁰⁸⁴ Ivančević, K., *Specijalizovani ombudsman za zaštitu potrošača*, *Pravo i privreda*, br. 4-6/2013, str. 342 i 355.

Imajući u vidu činjenicu da je ombudsman kao institucija prvi put uveden u Švedskoj Ustavom iz 1809. godine, pa zatim u drugim skandinavskim zemljama: Finskoj Ustavom iz 1919. godine, zatim Danskoj 1953. godine, pa u Norveškoj 1962. godine¹⁰⁸⁵, ne čudi činjenica da je prva Kancelarija ombudsmana za zaštitu potrošača osnovana upravo u Švedskoj 1971. godine, a u Norveškoj Ombudsman za zaštitu potrošača 1972. godine¹⁰⁸⁶, nakon čega i druge evropske države slede ovaj put skandinavskih država. U Švedskoj, Finskoj, Danskoj i Norveškoj, potrošački ombudsman obavlja javnu funkciju, bira ga parlament, finansira se iz budžeta, a osnovni zadatak je nadzor nad primenom zakona na tržištu i formiranje dobre prakse ponuđača roba i usluga, zbog čega se ovi ombudsmeni ne bave konkretnim pojedinačnim zahtevima potrošača i, po pravilu, ne rešavaju potrošačke sporove, već su formirani sa ciljem da zaštite kolektivne interese potrošača.¹⁰⁸⁷

Švedska potrošačka agencija je vladina agencija odgovorna Ministarstvu poljoprivrede, hrane i zaštite potrošača, čiji je generalni direktor istovremeno i Ombudsman za zaštitu potrošača i on je najviše usmeren na zaštitu ekonomskih interesa potrošača u domenu fer trgovačke prakse. Agencija, odnosno Ombudsman ima mogućnost davanja preporuka i sugestija trgovcima, te u slučaju da po njima ne postupe, Ombudsman može pokrenuti postupak u kome zastupa interes potrošača.¹⁰⁸⁸ Pored toga što štiti interese potrošača posebno u pogledu sigurnosti roba i usluga, reklama i uslova ugovora, Agencija sprovodi i obuku opštinskih savetnika za potrošačka pitanja i savetnika za pitanja budžeta i dugova. Švedski potrošački ombudsman pokreće postupke na osnovu direktnih prijava potrošača, onih koje su mu upućene posredno preko savetovaništa za potrošače koja rade pri opštinskim upravama i na osnovu sopstvenih saznanja koja stiče prateći dešavanja na tržištu, a aktivnost ombudsmana je usmerena i na sprečavanje korišćenja nepoštenih odredbi u opštim uslovima i potrošačkim ugovorima.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁵ Nakon čega ga uvode i druge države. Reif, L., *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, str. 4-6 o kratkoj istoriji ombudsmana i dalje do str. 413 detaljno o ovoj instituciji širom sveta.

¹⁰⁸⁶ Ivančević, K., *op. cit.*, str. 343, fusnota broj 5.

¹⁰⁸⁷ Izuzetak predstavlja finski Ombudsman koji pomaže individualnom potrošaču ukoliko se na taj način indirektno odlučuje i o generalnom interesu potrošača, odnosno o važnom aspektu politike zaštite potrošača. Detaljnije, sa pregledom posebnih tela koja rešavaju pojedinačne žalbe i potrošačke sporove (kao što je Nacionalni odbor za potrošačke sporove) videti: Ivančević, K., *op. cit.*, str. 344.

¹⁰⁸⁸ Jovanić, T., *Uloga uprave u zaštiti kolektivnih interesa potrošača*, u: *Strengthening Consumer Protection in Serbia - Liber Amicorum Svetislav Taboroši* (Bourgoignie, T., Jovanić, T., eds.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 319.

¹⁰⁸⁹ Ivančević, K., *Specijalizovani ombudsman za zaštitu potrošača*, *Pravo i privreda*, br. 4-6/2013, str. 344-345.

U Norveškoj, Potrošačkog ombudsmana imenuje vlada, ali on je nezavisan organ koji vrši nadzor nad sprovođenjem propisa iz oblasti nadzora nad tržištem. Potrošački ombudsman u Norveškoj je ovlašćen da donosi odluke o zabrani nezakonitog i nepoštenog poslovanja i ima mogućnost da izriče određene mere, protiv kojih se može izjaviti žalba Tržišnom savetu.¹⁰⁹⁰ Ovaj specijalizovani ombudsman u Norveškoj ima ovlašćenja da donosi odluke o zabrani upotrebe nepoštenih odredbi ugovora i opštih uslova ugovora kada smatra da je to neophodno u interesu potrošača i kada proceni da bi čekanje odluke Tržišnog saveta nanelo štetu potrošačima.¹⁰⁹¹

Sledeći opisani skandinavski model potrošačkog ombudsmana kao uzor, Bosna i Hercegovina je, od država u regionu, primenila ovaj institut i uvela ga u svoj pravni sistem i sistem zaštite potrošača 2006. godine Zakonom o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini¹⁰⁹², čiji je rad i pravna teorija pozitivno ocenila u smislu da je pokazao dobre rezultate¹⁰⁹³. Između ostalog, zakonska obaveza Ombudsmana za zaštitu potrošača u Bosni i Hercegovini je da preporučuje upotrebu određenih uslova ugovora u ugovorima koji se koriste u posebnim sektorima poslovanja, kao i da pregovara sa predstavnicima određenih trgovinskih udruženja o modelima ugovora koji se primjenjuju u specifičnim sektorima poslovanja.¹⁰⁹⁴

Specijalizovani ombudsmani (zaštitnici prava) za određene sektore privrede (naročito u oblasti osiguranja) koji imaju različita ovlašćenja¹⁰⁹⁵, među kojima i nadzor nad tržištem ili nadzor nad primenom kodeksa ponašanja, što uključuje i odredbe opštih uslova poslovanja koji se primenjuju na ugovore u tim sektorima, postoje i u: Velikoj Britaniji, Nemačkoj, Poljskoj, Slovačkoj, Sloveniji, Hrvatskoj, Republici Srpskoj, a u uporednom pravu postoje i drugi organi koji su od značaja za ovaj vid kontrole OUP, kao što su Odbor za pritužbe potrošača (u Švedskoj, Holandiji, Finskoj, Danskoj), odeljenja za pritužbe pri nadzornim organima (npr. u Španiji, Nemačkoj, Čileu, Sjedinjenim Američkim Državama, itd.).¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁰ Jovanić, T., *op. cit.*, str. 319.

¹⁰⁹¹ Ivančević, K., *op. cit.*, str. 345.

¹⁰⁹² „Sl. glasnik BiH“, br. 25/2006 i 88/2015. Videti čl. 100-105. ovog zakona.

¹⁰⁹³ Takvu ocenu daje: Jovanić, T., *op. cit.*, str. 318.

¹⁰⁹⁴ Član 101. stav 1. tačke f) i g) Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini.

¹⁰⁹⁵ Pojedini specijalizovani ombudsmani u određenim državama imaju ulogu i u alternativnom načinu rešavanja potrošačkih sporova.

¹⁰⁹⁶ Detaljno o navedenom videti doktorsku disertaciju: Ivančević, K., *Pravna zaštita potrošača korisnika usluge osiguranja i bankarske usluge*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2010, str. 362-378.

Imajući u vidu činjenicu postojanja institucije Zaštitnika građana u našem pravnom sistemu, možda bi se moglo, osim ideje ka uvođenju specijalizovanog potrošačkog ombudsmana, raditi na tome da nadležnost Zaštitnika građana posebno obuhvati one nadležnosti koje imaju sektorski i specijalizovani ombudsmani u prethodno analiziranim državama, naročito skandinavskim, na način što bi se ustanovio poseban sektor u Stručnoj službi Zaštitnika građana¹⁰⁹⁷ koji bi imao delokrug rada koji odgovara potrošačkom ombudsmanu, te između ostalog i vršio nadzor nad odredbama opštih uslova poslovanja i davao preporuke u vezi sa njima. U ovom trenutku, a uzimajući u obzir aktuelne prilike u Srbiji ovako rešenje se čini ekonomičnije i realnije u odnosu na uvođenje specijalizovanog ombudsmana za zaštitu potrošača, što bi svakako bilo idealno rešenje, na način koji se već pokazao uspešnim u uporednom pravu.

3.2. Kontrola od strane Narodne banke Srbije

Narodna banka Srbije je poseban državni organ koji je samostalan i nezavistan u obavljanju funkcija, a njena kontrola je od posebnog značaja kada je reč o bankama i drugim finansijskim organizacijama, dobrovoljnim penzijskim fondovima i osiguravajućim društvima, jer svi ovi subjekti, po pravilu, u svom poslovanju koriste OUP. Narodna banka je nadležna i da izdaje i oduzima dozvole za rad poslovnim bankama i drugim finansijskim organizacijama, vrši kontrolu njihovog boniteta i zakonitosti poslovanja itd.¹⁰⁹⁸

Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga¹⁰⁹⁹ u odeljku 6. koji se odnosi na nepoštenu poslovnu praksu i nepravilne ugovorne odredbe¹¹⁰⁰, ovlašćuje Narodnu banku Srbije da može utvrđivati da li je davalac finansijske usluge obavljao nepoštenu poslovnu praksu ili ugovarao nepravilne odredbe. Narodna banka Srbije može utvrđivati ove okolnosti na osnovu sopstvenih saznanja, prigovora, pritužbi i obaveštenja korisnika ili drugih zainteresovanih lica, kao i drugih podataka s kojima raspolaže. Ako utvrdi da je

¹⁰⁹⁷ Trenutna unutrašnja organizacija Zaštitnika građana je dostupna na: <https://www.ombudsman.rs/index.php/o-nama/organizaciona-sema>.

¹⁰⁹⁸ Videti: Zakon o Narodnoj banci Srbije („Sl. glasnik RS“, 72/2003, 55/2004, 85/2005 - dr. zakon, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 - odluka US i 44/2018).

¹⁰⁹⁹ „Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 139/2014. Za razumevanje domena primene Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga videti čl. 1-3. ovog zakona (odredbe o predmetu, značenju pojedinih termina i oblasti primene).

¹¹⁰⁰ Nepoštena poslovna praksa i nepravilne ugovorne odredbe imaju značenje utvrđeno zakonom kojim se uređuje zaštita potrošača.

davalac finansijske usluge obavljao nepoštenu poslovnu praksu ili ugovarao nepravilne odredbe, Narodna banka Srbije je ovlašćena i da to sankcioniše, tako što rešenjem može naložiti obustavu primene takve poslovne prakse, odnosno zabranu primene i ugovaranja tih odredaba, a može izreći i novčanu kaznu u iznosu od 200.000 do 2.000.000 dinara.¹¹⁰¹

Moglo bi se diskutovati da li ovaj specifičan vid kontrole nalikuje upravnoj ili sudskoj kontroli. Postoje argumenti zbog kojih se kontrola od strane Narodne banke Srbije može podvesti u širem smislu pod određeni oblik upravne kontrole, a oni se pre svega odnose na činjenicu da Narodna banka ima upravna ovlašćenja i donosi upravne akte kojima preduzima određene mere, kao što su: upućivanje pismene opomene i nalogodavnog pisma, izricanje naloga za otklanjanje nepravilnosti uz izricanje novčane kazne, uvođenje prinudne uprave i oduzimanje dozvole za rad.¹¹⁰²

Sa druge strane, ako bi se ova vrsta kontrole koju sprovodi Narodna banka Srbije posmatrala sa stanovišta funkcije, moglo bi se uočiti da, iako postoji razlika u postupku i vrsti akta koji donose (sud presudu, a Narodna banka rešenje), postoji i sličnost funkcija ovlašćenja koja imaju Narodna banka i sud utoliko što se odnose na mogućnost obustave primene, odnosno zabrane primene određenih odredbi, sa tom razlikom što će se sudska odluka odnositi na konkretan slučaj u kome se OUP primenjuju kao OUP u dinamici (kao deo zaključenog ugovora), a odluka Narodne banke Srbije će obuhvatiti istovremeno i OUP u statici jer ona može naložiti zabranu primene takvih odredaba i za sve buduće potencijalne saugovarače. Sa treće strane, razumno je očekivati, kada sud odbije primenu pojedinih odredaba OUP, da će savestan i pošten kreator tih OUP sam izmeniti ili ukloniti takve odredbe iz OUP u statici.

4. KONTROLA JAVNOG MNJENJA

O kontroli pod uticajem javnog mnjenja se može govoriti nakon što se opšti uslovi objave, kada javnost, tj. društvo (u sociološkom smislu) pokazuje osetljivost na neprihvatljive odredbe koje vređaju opšti, tj. javni interes. Taj proces bi se, zajedno sa procesom autonomne kontrole koju vrše udruženja trgovaca i kreatora OUP, mogao zajedno označiti kao (privatna) samoregulacija ili nedržavna intervencija. Oba procesa u

¹¹⁰¹ Videti član 41. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

¹¹⁰² Videti detaljnije: Milosavljević, B., *Upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2017, str. 190-191.

razvijenim i reagujućim društvima mogu biti veoma delotvorna, posebno kada postoji sinergija reagovanja i udruženja potrošača, sa jedne i udruženja privrednika i trgovaca, sa druge strane. Pretpostavka za ovakve vidove kontrole OUP jeste obrazovano ili bar dovoljno informisano društvo, osetljivo na nepoštene i nekorektne pojave, što uključuje i sadržinu i načine uključivanja OUP i potrebu da njihove tipične klauzule budu razumljive građanima, te voljno da dovoljno glasno reaguje na nefer situacije i prakse.

Do kontrole OUP od strane javnog mnjenja može dovesti samo informisano društvo i obrazovani potrošači. Smatra se da osnov uspešne privrede i boljeg načina života čine, između ostalog, obrazovani potrošači, koji razumeju svoja prava i znaju kako da ih koriste.¹¹⁰³ To se postiže kako podizanjem nivoa svesti kada je u pitanju zrelo, poslovno aktivno stanovništvo, tako i obrazovnim programima u školama za decu i mlade.¹¹⁰⁴ O značaju potrošačkog obrazovanja devedesetih godina XX veka govorilo se i u Ujedinjenim nacijama, što je 1999. godine posebno naglasio i tadašnji generalni sekretar Ujedinjenih nacija Kofi Anan, a i OECD smernice i preporuke stavljaju akcenat na finansijsku i potrošačku pismenost odraslog stanovništva.¹¹⁰⁵ Navedeno uključuje i rizike zaključivanja ugovora primenom OUP, tj. učenje pažljivog čitanja i adekvatnog razumevanja opštih uslova poslovanja čija se primena prihvata. Reč je o kombinaciji formalnog i neformalnog obrazovanja koje treba da postigne da ljudi pažljivo čitaju OUP i da traže dodatne informacije i pojašnjenja kada neke odredbe ne razumeju, tj. da ne potpisuju olako da prihvataju OUP, kao i da znaju svoja prava. To se pored školskog obrazovanja, postiže i različitim sredstvima: javnim diskusijama, kampanjama, obukama, okruglim stolovima, potrošačkim sajmovima, posebnim internet sajtovima i platformama, postojanjem savetovališta za građane, novinskim tekstovima, televizijskim i radio emisijama i sl. Formalno i neformalno obrazovanje o OUP se danas smatra sastavnim delom kako sistema zaštite potrošača, tako i finansijskog obrazovanja. Projekte finansijske pismenosti potpomažu i podstiču Svetska banka, OECD i Evropska komisija.

¹¹⁰³ Ivančević, K., *Finansijsko obrazovanje potrošača i delatnost osiguranja*, u: Jovanović, S., Slavnić, J., Marano, P. (ur.), *Reforme i novi izazovi u pravu osiguranja*, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Palić, 2016, str. 231.

¹¹⁰⁴ O finansijskom obrazovanju mladih se u poslednje vreme dosta i govori i piše, pa je pored velikog broja članaka objavljeno i više priručnika, zbornika i monografija. Videti: Lucey, T., Cooter, K. (eds.), *Financial Literacy for Children and Youth*, Peter Lang Publishing, New York, 2018; Fabris, N., Luburić, R., *Finansijsko obrazovanje dece i omladine*, HERAedu, Beograd, 2017.

¹¹⁰⁵ Detaljnije: Ivančević, K., *Pravna zaštita potrošača korisnika usluge osiguranja i bankarske usluge* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2010, str. 379-380. Ista autorka u nastavku (str. 383 i fusnota br. 1515) ukazuje i na mnogobrojne studije i istraživanja koja su pokazala da potrošači slabo razumeju finansijske usluge i osnove ekonomije.

Na nivou Evropske unije čine se posebni i značajni naponi na polju kako finansijskog obrazovanja, tako i potrošačkog savetovanja kao i saradnje sa potrošačkim organizacijama, što sve ukupno ima i ulogu podizanja nivoa znanja. Takvi naponi se čine od strane različitih aktera i institucionalizovani su kroz: Evropsku savetodavnu grupu za potrošače (ECCG), koja je glavni forum Komisije za konsultacije sa nacionalnim i evropskim potrošačkim organizacijama; Mrežu evropskih centara za potrošače (ECC-Net – The European Consumer Centres Network) koja potrošačima daje informacije i pruža im pomoć u vezi sa prekograničnim transakcijama i sporovima; mrežu FIN-NET koja pruža pomoć potrošačima prilikom rešavanja sporova sa pružaocima finansijskih usluga; mrežu za unutrašnje tržište SOLVIT, Evropsku pravosudnu mrežu za civilna i poslovna pitanja, a postojao je i poseban projekat namenjen obrazovanju potrošača Dolceta (Development of on line education tools for adults), na čijoj internet platformi su bili dostupni programi za učenje za sve članice EU na njihovim jezicima.¹¹⁰⁶

Pored državnih organa, škola i medija, značajan činilac u informisanju i edukovanju građana o OUP imaju i udruženja potrošača. U našoj zemlji su veoma aktivne potrošačke organizacije. Ministarstvo trgovine, turizma i telekomunikacija, Sektor za zaštitu potrošača¹¹⁰⁷, vodi Evidenciju udruženja za zaštitu potrošača i saveza, a spisak se ažurira i javno je dostupan na zvaničnoj internet prezentaciji ovog ministarstva¹¹⁰⁸. Udruženja koja su evidentirana u Ministarstvu mogu da konkurišu za sredstva koja su obezbeđena u budžetu Republike Srbije i namenjena za pomoć radu savetovaništva koja pružaju informacije, savete i pravnu pomoć potrošačima (tzv. regionalna savetovaništva¹¹⁰⁹).

Naš Zakon o zaštiti potrošača kao jedno od osnovnih prava potrošača definiše pravo na edukaciju – sticanje osnovnih znanja i veština neophodnih za pravilan i pouzdan izbor proizvoda i usluga, kao i znanja o osnovnim pravima i dužnostima potrošača i načinu njihovog ostvarivanja.¹¹¹⁰ Pored toga, Zakon sadrži i posebne odredbe o edukaciji i informisanju potrošača koje sprovode udruženja za zaštitu potrošača i savezi udruženja, prema kojima udruženja i savezi udruženja pružaju i sprovode edukaciju i informisanje potrošača, na nezavisan i objektivan način, koji ne sme da sadrži bilo kakav oblik

¹¹⁰⁶ Detaljnije: Ivančević, K., *Uvod u potrošačko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2014, str. 27.

¹¹⁰⁷ <https://mtt.gov.rs/sektori/sektor-za-zastitu-potrosaca/>.

¹¹⁰⁸ <http://zastitapotrosaca.gov.rs/evidentirana-udruzenja.php?pismo=latinica>.

¹¹⁰⁹ Spisak regionalnih savetovaništva je dostupan na: <http://zastitapotrosaca.gov.rs/regionalna-savetovalista.php>.

¹¹¹⁰ Videti član 2. stav 1. tačka 7. Zakona o zaštiti potrošača („Sl. glasnik RS“, br. 62/2014, 6/2016 - dr. zakon i 44/2018 - dr. zakon).

oglašavanja. Nastavni program osnovnog i srednjeg obrazovanja treba da obuhvati i obrazovanje učenika osnovnih i srednjih škola o osnovnim principima zaštite potrošača, kao i o pravima i obavezama potrošača. Ministarstvo nadležno za zaštitu potrošača i evidentirana udruženja i savezi saraduju sa osnovnim i srednjim školama u cilju edukacije učenika o potrošačkim pravima i obavezama.¹¹¹¹

Posebne aktivnosti u vezi sa obrazovanjem predviđa i Strategija zaštite potrošača za period 2013-2018. godine¹¹¹². Cilj 5 Strategije koji se odnosi na jačanje udruženja potrošača i individualnih potrošača polazi od stava da se visok nivo zaštite potrošača ne može ostvariti bez učešća informisanih i aktivnih potrošača, te da bi se potrošači ojačali i bili aktivni, moraju imati pristup jasnim, pouzdanim i razumljivim informacijama i savetima. Udruženje potrošača je organizacija osnovana da deluje i sprovodi aktivnosti usmerene ka zaštiti potrošača, a ove aktivnosti imaju zajednički cilj - da poboljšaju položaj potrošača na tržištu. Najčešći obim ovih aktivnosti je u vezi sa: pružanjem informacija i saveta, edukovanjem, testiranjem roba i usluga, istraživanjem, pravnom zaštitom i drugo. U tom smislu su za jačanje kontrole javnog mnjenja od značaja aktivnosti 5.1 i 5.2. ove strategije. Aktivnosti 5.1. Strategije odnose se na razvoj i sprovođenje obrazovnih programa, uz polaznu osnovu da unapređenje obrazovanja i podizanja svesti potrošača predstavljaju najveće dugoročne izazove, što podrazumeva aktivnosti edukovanja koje bi sprovodila udruženja potrošača, kao i uvođenje promena u nastavnim planovima i programima škola, na osnovnom, srednjem i visokom nivou. Strategija ističe da je neophodno uvođenje potrošačkih tema u nastavne planove i programe, uz podršku organa nadležnog za obrazovanje. Program obrazovanja o potrošačkim pitanjima može da se uvede u nastavni plan i program srednjih škola i, da kao takav, bude deo njihovih redovnih aktivnosti. Da bi se to ostvarilo, neophodna je saradnja institucija nadležnih u oblasti zaštite potrošača i obrazovanja. U okviru ove aktivnosti Strategijom su predviđene tri mere: (1) analiza postojećih nastavnih programa u cilju uvođenja potrošačkih tema u nastavne planove i programe; (2) uvođenje potrošačkih tema u nastavne planove i programe; (3) organizovanje redovnih sastanaka sa nadležnim institucijama za obrazovanje. Strategija predviđa i aktivnost 5.2 koja je usmerena na veću informisanost i podizanje svesti javnosti o pravima i interesima potrošača. Strategija kao polazište sadrži stav da građani moraju biti bolje informisani o svojim potrošačkim pravima, kao i o

¹¹¹¹ Član 16. Zakona o zaštiti potrošača („Sl. glasnik RS“, br. 62/2014, 6/2016 - dr. zakon i 44/2018 - dr. zakon).

¹¹¹² „Sl. glasnik RS“, br. 71/2013.

institucijama koje pružaju savete i informacije potrošačima, a posebno je važna uloga udruženja potrošača u postizanju veće informisanosti potrošača i pružanju saveta i pravne pomoći potrošačima, kao i podizanju nivoa svesti javnosti o pravima i interesima potrošača i načinima njihovog ostvarivanja. Strategija u okviru aktivnosti 5.2 sadrži i predviđene mere: (1) organizovanje aktivnosti i kampanja podizanja svesti o ključnim pitanjima u oblasti zaštite potrošača u saradnji sa udruženjima potrošača; (2) organizovanje događaja kojima se obeležava Svetski dan prava potrošača (15. mart) u saradnji sa udruženjima potrošača; (3) unapređenje internet stranice kojom upravlja Odeljenje za zaštitu potrošača kao platforme za pružanje informacija potrošačima, trgovcima i drugim akterima i sredstva za interaktivnu komunikaciju; (4) uvođenje novih emisija o zaštiti prava i interesa potrošača u televizijske i radijske programske šeme.¹¹¹³

Na faktičkom nivou, u našoj državi je od septembra 2018. godine omogućeno finansijsko obrazovanje i vaspitanje u osnovnim školama, tako što su izrađeni priručnici o finansijskom obrazovanju u nastavi (priručnici za finansijsku pismenost)¹¹¹⁴, a u 34 osnovne škole se sprovodi program obuke nastavnika. Na taj način je i u našoj zemlji počela realizacija projekata čiji je cilj da najpre nastavnici unaprede svoja znanja iz domena finansijskog obrazovanja i vaspitanja i da se upoznaju sa didaktičko-metodološkim modelima za uključivanje finansijskog obrazovanja, kako bi se ovo međupredmetno obrazovanje uključilo u nastavu, kao i omogućilo deci da pomoću radnih svezaka, didaktičkih igara, radionica i edukativnih online igrica, uče na interaktivan i zabavan način, kao i da se pokretanjem prve obrazovno-digitalne interaktivne platforme za finansijsku pismenost u Srbiji, ljudima svih uzrasta omogući da unaprede svoje finansijsko znanje i informišu se o važnim temama iz oblasti finansija, što uključuje i primenu opštih uslova poslovanja.¹¹¹⁵

Podizanje nivoa finansijske pismenosti građana i potrošačko obrazovanje, direktno uključuje podizanje nivoa znanja o OUP i pravima u vezi sa njima. Što je viši nivo znanja i obrazovanja građana i što se više otvoreno govori u medijima o tome npr. koje su klauzule

¹¹¹³ Videti aktivnosti 5.1 i 5.2 Strategije zaštite potrošača za period 2013-2018. godine („Sl. glasnik RS“, br. 71/2013).

¹¹¹⁴ Videti: <http://www.mpn.gov.rs/predstavljeni-prirucnici-za-finansijsku-pismenost/>.

¹¹¹⁵ Prvi ovakav pilot-projekat se u našoj zemlji sprovodi tokom školske 2018/19. godine. Priprema je počela oktobra 2017. godine i planirano je da ovaj projekat pod nazivom *FinPis – Uključivanje finansijskog opismenjavanja u sistem obrazovanja i vaspitanja Republike Srbije* obuhvati 1.260 nastavnika i 15.000 dece iz 34 škole širom Srbije. Više informacija je dostupno na prethodno navedenoj veb prezentaciji Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja, kao i na interaktivnoj veb platformi ovog projekta (koja uključuje i online igrice za decu): <http://finpis.mi.sanu.ac.rs>.

OUP nedopuštene, koja poslovna praksa je nepoštena, to je ovaj svojevrсни oblik kontrole oštiji, tj. veći je uticaj javnog mnjenja na kreatore OUP da koriguju klauzule OUP i načine kako građane upoznaju sa pravnim posledicama njihove primene na ugovorni odnos koji zaključuju. Opisani uticaj obrazovanog društva i medija kao budnih čuvara zdravih društvenih vrednosti u reagujućim društvima predstavlja poseban vid kontrole OUP od strane javnog mnjenja, koja se u odnosu na sudsku i upravnu kontrolu (koje su direktne) može smatrati indirektnom (posrednom) kontrolom, ali i vrlo korisnom i delotvornom.

5. AUTONOMNA KONTROLA

Autonomna kontrola je kontrola samih privrednika, tj. trgovačkih subjekata, u smislu njihovog profesionalnog reagovanja i solidarnosti.

5.1. Sud časti

Udruženja privrednika neretko imaju sopstvene mehanizme reagovanja na „neprimerene“ opšte uslove poslovanja. Privrednici koji posluju u Srbiji su u obavezi da primenjuju u svom poslovanju odredbe Kodeksa poslovne etike¹¹¹⁶, a u slučaju da iste krše, može se pokrenuti postupak pred Sudom časti.

Kodeks poslovne etike sadrži posebne odredbe koje se odnose na povredu poslovnog morala u vezi sa sastavljanjem ugovornih odredaba, te propisuje da je prilikom zaključenja ugovora privredni subjekt dužan da sačini ugovorne odredbe na način koji ne ostavlja sumnju u pogledu njihovog smisla i značenja. U slučaju kad je ugovor zaključen prema unapred odštampanom sadržaju, ili kada je ugovor na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačiće se u korist druge strane.¹¹¹⁷ Ovaj kodeks izričito propisuje da nisu u skladu sa poslovnom etikom elementi ugovora koji su nametnuti putem tipskih ugovora, korišćenjem teške ekonomske situacije, pretnje, prevare ili dovođenjem u zabludu, ako dovode do narušavanja ravnopravnog položaja ugovornih strana, kao i da će se suprotnim poslovnom moralu smatrati i sastojci ugovora koji nisu u srazmeri sa poslovnim rizikom koji se ugovorom preuzima.¹¹¹⁸

¹¹¹⁶ „Sl. glasnik RS“, br. 1/2006.

¹¹¹⁷ Videti član 15. st. 1-2. Kodeksa poslovne etike („Sl. glasnik RS“, br. 1/2006).

¹¹¹⁸ Član 15. st. 3-4. Kodeksa poslovne etike („Sl. glasnik RS“, br. 1/2006).

Zakon o privrednim komorama iz 2015. god. propisuje da se pri Privrednoj komori Srbije i privrednim komorama autonomnih pokrajina obrazuje Sud časti. Odeljenja Suda časti Privredne komore Srbije mogu se obrazovati pri regionalnim privrednim komorama, odnosno privrednoj komori glavnog grada, a Sud časti se može obrazovati pri ugovornim privrednim komorama. Sud časti odlučuje u slučajevima povrede dobrih poslovnih običaja i poslovnog morala. Sud časti je nezavisan i samostalan u svom radu, a njegove odluke su konačne i izvršne¹¹¹⁹ i imaju snagu pravosnažne sudske odluke¹¹²⁰.

Sud časti je od značaja sa aspekta kontrole opštih uslova poslovanja, jer on može da utvrđuje odgovornost i da izriče određene mere kada primena određenih OUP ili odredbi koje oni sadrže predstavlja povredu dobrih poslovnih običaja i poslovnog morala, kao i povredu kojom se narušava jedinstvo tržišta¹¹²¹, s tim da treba reći da Sud časti ne odlučuje u potrošačkim sporovima. Konkretno, Sud časti utvrđuje odgovornost i izriče mere u postupku¹¹²² protiv članova Privredne komore Srbije i drugih privrednih subjekata, koji posluju na teritoriji Republike Srbije, a protiv kojih se podnosi zahtev zbog povreda dobrih poslovnih običaja i poslovnog morala. Sud časti je nadležan da utvrđuje i povrede dobrih poslovnih običaja i poslovnog morala koje učine strani privredni subjekti koji imaju registrovan ogranak, odnosno predstavništvo kod organa nadležnog za registraciju privrednih subjekata.¹¹²³

Kao povreda dobrih poslovnih običaja mogu se, prema okolnostima slučaja, smatrati i postupci članova Komore kojima se nanosi šteta društvenoj zajednici, drugim privrednim subjektima i potrošačima, izigrava duh i smisao zakona i drugih propisa i ruši ugled zemlje u inostranstvu.¹¹²⁴

¹¹¹⁹ Videti član 30. Zakona o privrednim komorama („Sl. glasnik RS“, broj 112/2015), koji propisuje i da se organizacija, sastav, postupak, način rada Suda časti i mere koje izriče uređuju opštim aktom koje donosi Skupština Privredne komore Srbije. Slično je bilo predviđeno i čl. 30. i 31. stav 1. Zakona o privrednim komorama („Sl. glasnik RS“, 65/2001, 36/2009 i 99/2011-dr. zakon).

¹¹²⁰ Snaga pravosnažne sudske odluke nije određena Zakonom o privrednim komorama, već Statutom Privredne komore. Videti član 65. stav 9. Statuta Privredne komore Srbije („Sl. glasnik RS“, broj 39/2016).

¹¹²¹ Član 65. stav 5. Statuta Privredne komore Srbije („Sl. glasnik RS“, broj 39/2016).

¹¹²² O postupku pred Sudom časti, videti čl. 24-69. Pravilnika o Sudu časti pri Privrednoj komori Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 114/2017), koji, pored postupka, uređuje i organizaciju, sastav, način rada i mere koje izriče Sud časti.

¹¹²³ Član 3. Pravilnika o Sudu časti pri Privrednoj komori Srbije („Sl. glasnik RS“, broj 114/2017).

¹¹²⁴ Član 65. stav 6. Statuta Privredne komore Srbije („Sl. glasnik RS“, broj 39/2016), koji u narednom stavu 7. propisuje i da Sud časti odlučuje i zbog povreda Statuta, kodeksa i drugih akata organa Komore sa obaveznom snagom. Slično je i ranije bilo predviđeno čl. 99-100. Statuta Privredne komore Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 45/2002, 107/2003, 44/2005, 29/2009, 35/2011, 46/2011 i 103/2011) i članom 9. Pravilnika o Sudu časti pri Privrednoj komori Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 39/2006), s tim da je sada važećim (gorecitiranim) određenjem povrede poslovnih običaja proširen ovaj pojam, te on sada izričito obuhvata i

Mere koje Sud časti može izreći zbog povrede dobrih poslovnih običaja i poslovnog morala su:

- (1.) opomena;
- (2.) javna opomena sa objavljivanjem na Upravnom odboru Komore;
- (3.) javna opomena sa objavljivanjem na internet stranici Komore.¹¹²⁵

Pored navedenih mera, koje se u pravnoj teoriji uobičajeno nazivaju merama društvene discipline¹¹²⁶, Sud časti može izreći i zaštitne mere, utvrđene posebnim zakonom.¹¹²⁷ Trenutno postoje dve vrste zaštitnih mere koje su predviđene u dva posebna zakona:

- (1) brisanje reda vožnje, odnosno polaska prevozniku. Tačnije, prema članu 74. stav 2. Zakona o prevozu putnika u drumskom saobraćaju, u slučaju kada Sud časti Privredne komore Srbije utvrdi da je prevoznik povredio dobre poslovne običaje u prevozu, Ministarstvo nadležno za poslove saobraćaja donosi rešenje o brisanju registrovanog reda vožnje odnosno polaska iz reda vožnje iz registra.¹¹²⁸
- (2) mera zabrane obavljanja delatnosti preduzetniku. Tačnije, prema članu 91. stav 6. tačka 5. Zakona o privrednim društvima, preduzetnik prestaje sa obavljanjem delatnosti ako mu je izvršnom odlukom suda časti komore u koju je učlanjen izrečena mera zabrane obavljanja delatnosti¹¹²⁹.

Prethodno važeći Statut Privredne komore Srbije predviđao je pet zaštitnih mera i to: (1.) zabranu učešća u radu organa i tela Komore; (2.) zabranu učešća na sajmovima i izložbama; (3.) zabranu poslovanja u spoljnoj trgovini u trajanju od tri do šest meseci; (4.)

postupke članova Komore kojima se nanosi šteta potrošačima, dok su ranije važeći propisi navodili samo štetu koja se nanosi društvenoj zajednici i drugim privrednim subjektima.

¹¹²⁵ Izuzev gorenavedenih mera, Sud časti može izreći i druge mere koje su mu zakonskim propisima stavljene u nadležnost. Videti član 56. Pravilnika o Sudu časti pri Privrednoj komori Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 114/2017). Prema članu 104. ranije važećeg Statuta Privredne komore Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 45/2002, 107/2003, 44/2005, 29/2009, 35/2011, 46/2011 i 103/2011), Sud časti je mogao izreći sledeće mere: (1.) javna opomena sa objavljivanjem na Upravnom odboru Komore; (2.) javna opomena sa objavljivanjem u jednom dnevnom listu; (3.) javna opomena sa objavljivanjem u više dnevnih listova.

¹¹²⁶ Tako: Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 34.

¹¹²⁷ Videti član 57. Pravilnika o Sudu časti pri Privrednoj komori Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 114/2017).

¹¹²⁸ Videti član 74. stav 2. Zakona o prevozu putnika u drumskom saobraćaju („Sl. glasnik RS“, br. 68/2015, 41/2018, 44/2018 – dr. zakon, 83/2018).

¹¹²⁹ Videti član 91. stav 6. tačka 5. Zakona o privrednim društvima („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018 i 95/2018).

zabranu samostalnog obavljanja delatnosti preduzetnika za određeno vreme; (5.) brisanje reda vožnje, odnosno polazaka prevozniku, tj. preduzeću ili preduzetniku koji obavlja delatnost javnog prevoza.¹¹³⁰

Sud časti koji je funkcionisao pri Privrednoj komori Beograda je bio veoma uspešan u radu¹¹³¹. Danas Privredna komora Beograda ima, između ostalog, zadatak da se stara o negovanju dobrih poslovnih običaja i poslovnog morala i o poštovanju pravila dobrog poslovnog ponašanja privrednika koji posluju na području glavnog grada.¹¹³²

Osim na nacionalnom¹¹³³ ili regionalnom nivou svih sektora privrede u celini, autonomna kontrola bi mogla postojati i u pojedinim posebnim sektorima privrede u kojima deluju udruženja¹¹³⁴ ili asocijacije trgovaca ili pružaoca usluga. Sektorska autonomna kontrola kod nas u ovom trenutku još uvek nije razvijena.

¹¹³⁰ Videti član 105. Statuta Privredne komore Srbije („Sl. glasnik RS”, br. 45/2002, 107/2003, 44/2005, 29/2009, 35/2011, 46/2011 i 103/2011).

¹¹³¹ Podaci dostupni u literaturi govore da je Sud časti pri Privrednoj komori Beograda primao značajan broj prijava. Tako je, na primer, u 2012. godini imao u radu 193 predmeta (uz ostvareni priliv u toku godine od 109 novih predmeta), od čega je rešen 101 predmet, a mere su izrečene u 42 predmeta. Videti detaljnije: Ivančević, K., *Uvod u potrošačko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2014, str. 161-162 i fusnota br. 611. Za povredu dobrih poslovnih običaja i poslovnog morala, Sud časti Privredne komore Beograda je mogao izreći sledeće mere društvene discipline: (1) usmena opomena, (2) pisana opomena, (3) javna opomena sa objavljivanjem na odboru udruženja, (4) javna opomena sa objavljivanjem na Upravnom odboru komore, (5) javna opomena sa objavljivanjem u sredstvima javnog informisanja. Uz navedene mere društvene discipline, Sud časti je mogao izreći zaštitnu meru, i to: (1) zabranu učešća u radu u organima i telima komore u trajanju od tri meseca do godinu dana, (2) zabranu učešća na sajmovima i izložbama u trajanju od tri meseca do godinu dana, (3) zabranu obavljanja delatnosti u trajanju od tri meseca do godinu dana. Izuzev navedenih mera, Sud časti je mogao izreći i druge mere koje mu zakonskim propisima stavljene u nadležnost. Videti član 55. Statuta Privredne komore Beograda („Sl. list grada Beograda“, br. 86/2014, 20/2015 i 80/2015) i član 71. Pravilnika o organizaciji, sastavu i radu Suda časti pri Privrednoj komori Beograda („Sl. list grada Beograda“, br. 16/2003, 6/2009 i 86/2014).

Privredna komora Beograda je 2016. godine izgubila samostalnost. U skladu sa novim Zakonom o privrednim komorama, Upravni odbor Privredne komore Srbije je 28. novembra 2016. godine doneo Odluku o obrazovanju Privredne komore Srbije – Privredne komore Beograda.

¹¹³² Videti: <https://beograd.pks.rs/strana/pk-beograd-o-nama>.

¹¹³³ Pri Privrednoj komori Srbije, kao posebno telo za rešavanje sporova, obrazovana je Arbitraža Privredne komore Srbije. Kao ugledna arbitražna institucija u našoj zemlji, ova arbitraža odlučuje, miri i posreduje u privrednim sporovima između domaćih i/ili stranih privrednih subjekata, kada je ugovorena njena nadležnost. Arbitraža Privredne komore Srbije je nezavisna i samostalna u svom radu, a njena odluka je konačna i izvršna. Videti član 30. Zakona o privrednim komorama („Sl. glasnik RS“, br. 112/2015).

¹¹³⁴ Jedno od najuticajnijih udruženja koje u ovom obliku postoji i deluje na našem tržištu i to u sektoru turističkih usluga jeste YUTA – Nacionalna asocijacija turističkih agencija Srbije. Članice YUTA su u ovom trenutku 173 turističke agencije koje imaju YUTA garanciju putovanja, čija tehnička podrška putnicima obuhvata: (1) garanciju povraćaja novca putnicima u najkraćem mogućem roku (do 15 dana od prijave svih oštećenih) za nezapočeta putovanja u slučajevima insolventnosti i naknade štete; (2) garanciju hitnog obezbeđivanja besplatnog smeštaja na destinaciji u slučaju kada turistička agencija nije obezbedila ili platila smeštaj; (3) garanciju organizacije besplatnog povratka sa destinacije; (4) mogućnost obezbeđivanja alternativnih putovanja u slučaju kada putnici nisu otputovali, preko agencija koje imaju YUTA

6. SUDSKA KONTROLA

Ako subjekti prava ne uspeju da razreše različite poglede na međusobni odnos, uobičajeno poslednji način kome pribegavaju jeste obraćanje sudu. Sudska kontrola se, u poređenju sa ostalim vidovima kontrole, najčešće ocenjuje kao najdelotvornija¹¹³⁵, a smatra se i tradicionalnim ili klasičnim tipom kontrole. Za ovaj vid kontrole se uobičajeno ističe kao prednost nezavisnost i nepristrasnost, ali se kao negativne strane ističu dužina trajanja sudskog postupka i visina troškova.

Kada je reč o sudskoj kontroli OUP,¹¹³⁶ naš Zakon o obligacionim odnosima ovlašćuje sud da može odbiti primenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj.¹¹³⁷ U našoj pravnoj dogmatici se, u vezi sa sudskom kontrolom OUP prema mogućnostima koje daje ZOO, ističe da je profesor Mihailo Konstantinović još šezdesetih godina XX veka vizionarski formulisao odredbe koje omogućavaju da sud prepozna i uvaži specifičnu poziciju slabije strane i da, potom, na adekvatan način zaštiti njene interese.¹¹³⁸

Ovakve zakonske odredbe štite od nametanja volje jedne (po pravilu ekonomski jače) ugovorne strane i predstavljaju branu različitim vidovima zloupotrebe prava¹¹³⁹, kršenju načela savesnosti i poštenja, kao i narušavanju ravnoteže ugovornih strana sa

GARANCIJU; (5) besplatnu arbitražu za slučajeve delimičnog neispunjenja programa putovanja; (6) pravnu pomoć korisnicima-putnicima i turističkim agencijama. Činjenica da YUTA ima organizovano arbitražno rešavanje sporova (pred Arbitražnim sudom YUTA) u kojima se kao stranke pojavljuju njene članice, po prirodi i karakteristikama ugovora koji se zaključuju u ovom sektoru, podrazumeva i svojevrsnu kontrolu OUP koje turističke agencije-članice YUTA donose i primenjuju u ugovorima o pružanju turističkih usluga koje zaključuju. U nadležnosti Arbitražnog suda YUTA je utvrđivanje osnovanosti zahteva za naknadu materijalne štete i sniženja cene zbog nesaobrazne usluge (neizvršene ili delimično neizvršene usluge) iz programa putovanja. Pred ovim arbitražnim sudom nisu dopuštene grupne žalbe putnika, već samo pojedinačne - putnika iz jednog ugovora o putovanju. Prema YUTA pravilima, dok traje, tj. dok se ne završi arbitražni postupak, stranke u sporu ne mogu istovremeno pokrenuti sudski ili neki drugi postupak, niti o predmetu spora obavestavati medije. Detaljnije videti: <http://www.yuta.rs>.

¹¹³⁵ Tako, na primer: Babić, I., *Građansko pravo: uvod u građansko pravo*, JP Službeni glasnik i Fakultet za evropske pravno-političke studije Univerziteta Singidunum, Beograd-Novi Sad, 2011, str. 64.

¹¹³⁶ Pored kontrole pred redovnim sudovima, opšti uslovi poslovanja bili su i predmet ocene ustavnosti i zakonitosti pred Ustavnim sudom, koji se odlukama izjašnjavao o ustavnosti i zakonitosti pojedinih odredbi opštih uslova. O kontroli pred Ustavnim sudom, sa daljim upućivanjem na odluke Ustavnog suda, videti: Stefanović, Z., *op. cit.*, str. 50-51.

¹¹³⁷ Član 143. stav 2. ZOO.

¹¹³⁸ Videti: Nikolić, D., *Legal protection of the weaker side in private law of the Republic of Serbia*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 70/2015, str. 515.

¹¹³⁹ O različitim vidovima zloupotrebe prava detaljnije videti monografiju: Vodinec, V., *Tzv. zloupotreba prava*, Beograd, 1997.

aspekta pravne jednakosti. U istom cilju veoma je značajna i korisna odredba Zakona o obligacionim odnosima o tumačenju ugovora koji se zaključuju bez pregovaranja, odnosno njegovih nejasnih odredbi, koja predviđa da u slučaju kad je ugovor zaključen prema unapred odštampanom sadržaju, ili kad je ugovor bio na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačiće se u korist druge strane¹¹⁴⁰. Ovakve odredbe imaju poseban značaj u potrošačkim prodajama, tj. za zaštitu potrošača u ugovorima koji uključuju primenu opštih uslova poslovanja, što je predmet uređenja prava potrošača kao posebne pravne discipline.

Sudska kontrola OUP je prevashodno usmerena na kontrolu punovažnosti OUP ili njihovih pojedinih odredaba. Sudske mere u pogledu OUP za posledicu mogu imati utvrđenje da su određene odredbe OUP nepunovažne, tj. nevažeće, te da kao takve ne proizvode pravno dejstvo.

Potreba, a moglo bi se reći i neophodnost za kontrolom postoji u prvom redu (najčešće) zbog nepravičnih (nekorektih i iznenađujućih) klauzula u potrošačkim ugovorima, s tim da se u početku isticalo da se to ne odnosi na ugovore koje zaključuju trgovci-profesionalci. Ovakav stav se sreće i u stranoj pravnoj literaturi i stranoj sudskoj praksi kada je reč o sudskim merama u slučaju nepravičnih odredbi OUP. Tako, još Baumann¹¹⁴¹ ističe da francuska sudska praksa smatra nepunovažnim klauzule opštih uslova kojima se ograničava ugovorna odgovornost profesionalca u odnosima prema neprofesionalcima, dok takve klauzule mogu proizvoditi dejstvo samo u odnosima između profesionalaca. Ovakvo rešenje je dugo bilo i deo pozitivnog francuskog prava do skora, tj. do reforme francuskog ugovornog prava koja je uvela značajne promene u Građanski zakonik Francuske i stupila na pravnu snagu 1. oktobra 2016. godine. Inovacije se, između ostalog, odnose i na nepravične odredbe, tako što su uvedena (dodata) dva člana kojima je suštinski proširena pravna zaštita od nepravičnih odredaba. Tako je, sada aktuelnim članom 1170. Građanskog zakonika Francuske predviđeno da svaka ugovorna odredba koja lišava dužnika osnovne obaveze (obesmišljava je) ne proizvodi pravno dejstvo.¹¹⁴² Član 1171. CC propisuje da ne proizvode pravno dejstvo ugovorne odredbe sadržane u ugovorima po pristupu koje unapred bez pregovora priprema jedna strana, kao što su OUP,

¹¹⁴⁰ Član 100. ZOO. Takvo rešenje, koje poznaju i druga nacionalna zakonodavstva, odraz je poznatog pravila: *in dubio contra proferentem* ili: *in dubio contra stipulationem*.

¹¹⁴¹ Baumann, D., *Droit de la consommation*, Paris, 1977, str. 117, navedeno prema: Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 33.

¹¹⁴² Član 1170. Građanskog zakonika Francuske (Code civile), dostupan i na: <http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>.

a koje stvaraju značajan disbalans (neravnotežu) u pravima i obavezama ugovornih strana.¹¹⁴³ Ova dva pravila imaju svoje poreklo u pravu zaštite potrošača, ali se danas šire primenjuju kao opšta zaštita od nepravičnih ugovornih odredbi sa ciljem da se promoviše ugovorna pravičnost ili „ugovorna pravda“.¹¹⁴⁴

Prema engleskoj sudskoj praksi, nerazumne klauzule opštih uslova na teret ugovorne strane koja je bila prinuđena da ih prihvati smatraju se zloupotrebom slobode ugovaranja i ne uživaju sudsku zaštitu.¹¹⁴⁵

U domaćoj pravnoj teoriji Jankovec iznosi stav da se kod sudske kontrole OUP načelo slobode ugovaranja, u slučaju nepravičnih odredbi i narušavanja ravnopravnosti, povlači pred načelom pravde i pravičnosti, budući da ono ograničava slobodu ugovaranja¹¹⁴⁶, koja kao takva dozvoljava ugovornim stranama da svoja prava i obaveze urede sporazumno, pa time i primenom OUP, ali ne i neograničeno. Slično i Goldštajn ukazuje da sud, odnosno arbitraža ne mogu poći samo od formalnopravne pretpostavke da je stranama slobodno zaključiti ugovor kakav žele, već treba uzeti u obzir stvarne mogućnosti „slobode ugovaranja“ naročito sa preduzećima koja dominiraju na tržištu. Tako, uklanjanjem onih ugovornih klauzula kojima se narušava ravnoteža između prava i obaveza ugovornih strana postiže se pravično rešenje za slučaj koji se prosuđuje, a preveniraju se i budući slučajevi jer će se o ustaljenoj sudskoj praksi morati voditi računa.¹¹⁴⁷

Iako se sudska kontrola OUP „aktivira“ u vezi sa konkretnim slučajem koji je sporan, pravna teorija ispravno ukazuje da sudska kontrola opštih uslova poslovanja nije ograničena samo na pojedinačne sporne slučajeve o kojima je odlučivao sud¹¹⁴⁸, već vidi i njen širi krajnji značaj, koji se po Lediću ogleda u mogućnosti uticaja na privredne subjekte, koji u svom poslovanju primenjuju OUP, da vode računa o stavovima sudske prakse¹¹⁴⁹, jer im ona može biti putokaz da sami izmene sopstvene OUP i nezavisno od

¹¹⁴³ Procena značajne neravnoteže se ne odnosi na glavni predmet ugovora niti na adekvatnost cene. Videti član 1171. Građanskog zakonika Francuske (*Code civil*).

¹¹⁴⁴ O ovom pitanju sa aspekta reforme francuskog ugovornog prava detaljnije: Rowan, S., *The new French law of contract*, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 66, issue 4/2017, str. 815-816, dostupno na: <http://eprints.lse.ac.uk/75815/> (str. 11-12).

¹¹⁴⁵ Guest, A. G., *Anson's Law of Contract*, Oxford, 1975, str. 185, navedeno prema: Jankovec, I., *ibid*.

¹¹⁴⁶ Videti: Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, *Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja*, Niš, 1997, str. 35.

¹¹⁴⁷ Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1974, str. 38.

¹¹⁴⁸ Tako: Jankovec, I., *op. cit.*, str. 34.

¹¹⁴⁹ Detaljnije: Ledić, D., *Kontrola općih uvjeta poslovanja i zaštita potrošača u ugovorima o prodaji*, *Pravni fakultet Banjaluka*, Banjaluka, 1987, str. 43.

nastanka spornog slučaja, koji bi rešavao sud. Na ovaj način se može zaključiti da iako je sudska kontrola, po pravilu naknadna, ona kao takva ima i svoj preventivni karakter i može doprineti autonomnoj kontroli OUP.

6.1. Kontrola pred redovnim sudom

Kada je reč o kontroli OUP od strane redovnog suda, naš ZOO predviđa mešoviti sistem sudske kontrole, odnosno kombinuje pravne standarde (sistem generalne klauzule) i sistem enumeracije, tj. prvi sistem dopunjuje preciznim navođenjem klauzula koje nisu dopuštene i propisuje dve vrste građanskopravnih posledica koje izriče redovni sud.¹¹⁵⁰

Prva pravna posledica koju ZOO izričito propisuje jeste ništavost odredaba opštih uslova koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima, čak i ako su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od nadležnog organa. Ova generalna klauzula propisana je članom 143. stav 1. našeg ZOO¹¹⁵¹ i iz njene formulacije proizlazi da je sud obavezan da utvrdi ništavost odredbi OUP kada nađe da je u konkretnom slučaju ispunjen bilo koji od dva navedena uslova - protivnost cilju ugovora ili dobrim poslovnim običajima.

Pored navedene opšte odredbe o ništavosti određenih odredaba OUP, naš ZOO sadrži i posebnu odredbu o ništavosti određenih odredaba ugovora o osiguranju, a budući da se ugovori o osiguranju najčešće zaključuju primenom opštih uslova poslovanja, ovo pravilo domaćeg zakona se odnosi i na OUP. Ništave su odredbe ugovora koje predviđaju gubitak prava na naknadu ili svotu osiguranja, ako osiguranik posle nastupanja osiguranog slučaja ne izvrši neku od propisanih ili ugovorenih obaveza.¹¹⁵²

Druga pravna posledica koju naš ZOO izričito predviđa (članom 143. stav 2.) jeste ovlašćenje koje daje sudu da može odbiti primenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj¹¹⁵³. Iz same formulacije ovog stava našeg zakonodavca proizlazi da ne postoji obaveza suda¹¹⁵⁴,

¹¹⁵⁰ Videti: Babić, I., *Građansko pravo: uvod u građansko pravo*, JP Službeni glasnik i Fakultet za evropske pravno-političke studije Univerziteta Singidunum, Beograd-Novı Sad, 2011, str. 64.

¹¹⁵¹ Videti član 143. stav 1. ZOO.

¹¹⁵² Član 918. ZOO.

¹¹⁵³ Član 143. stav 2. ZOO. Pravilo člana 143. ZOO sadrže i zakonodavstva drugih država koje su nastale raspadom SFRJ, budući da je ono zadržano kao rešenje jugoslovenskog ZOO iz 1978. god.

¹¹⁵⁴ Dok, suprotno tome, ona postoji u slučaju iz člana 143. stav 1. ZOO.

već da je reč o ovlašćenju, tj. mogućnosti koja se sudu daje u zavisnosti od procene suda. Sud će ovo ovlašćenje primeniti donoseći odluku u svakom konkretnom sporu, ceneći sve okolnosti slučaja koji je predmet razmatranja, te kada nađe da je primena ovog ovlašćenja potrebna, tj. opravdana.

Pravna teorija smatra da prilikom ove procene sud naročito treba da vodi računa o osnovnim načelima našeg obligacionog prava, a posebno o načelu savesnosti i poštenja (član 12. ZOO), zabrani zloupotrebe prava (čl. 13. ZOO) i zabrani stvaranja i iskorišćavanja monopolskog položaja (čl. 14. ZOO).¹¹⁵⁵ Član 143. stav 2. daje sudu i ovlašćenje da može odbiti primenu pojedinih odredbi OUP koje su prema drugoj strani „inače nepravične ili preterano stroge prema njoj“. Način vezivanja načela pravičnosti, odnosno poremećaja ravnoteže i pravičnog balansa u ovom članu, pored ukazivanja na dobre strane, kritikuje dr Jelena Vilus iz ugla komentatora ZOO sa argumentacijom da se načinom formulacije zakonodavac opredelio za subjektivnu teoriju. Vilus smatra da rešenje vezano isključivo za procenu situacije u kojoj se našla druga ugovorna strana, te ističe da bi bilo bolje da je i ove situacije zakon vezao za princip savesnosti i poštenja, koji je našim sudovima dobro poznat, koji se često koristi u uporednom pravu i koji je objektiviziran, pa nema prizvuk „pravde“ i „pravičnosti“ koji je teško utvrditi i koji podseća, u stvari, na princip pravičnosti (*equity*) u engleskom pravu.¹¹⁵⁶ Sa stanovišta sadašnjeg vremena, čini se da je formulacija „nepravične odredbe“ postala uobičajena ne samo u domaćem zakonodavstvu, teoriji i praksi, već svuda u svetu, pa se postojanje ovakve formulacije ne čini neobičnim, već je u skladu sa tendencijama koje postoje u savremenom razvoju prava, a naročito u potrošačkom pravu. Pravna posledica nepravičnosti ugovornih odredbi je ništavost takvih odredbi bez obzira na to da li su one sadržane u OUP ili nekom drugom obliku potrošačkog ugovora. Na nivou potrošačkog prava EU, takvo pravilo proističe iz člana 6 (1) Direktive 93/13, prema kome je država dužna da propiše da potrošača ne obavezuje nepravična odredba iz ugovora koji je prema pravilima domaćeg prava potrošač zaključio sa trgovcem, dok zaključeni ugovor dalje obavezuje ugovorne strane ako može da opstane bez te nepravične ugovorne odredbe, što znači da ništavost jedne ugovorne odredbe ne povlači za sobom ništavost ugovora u celini, a domaći sudovi su dužni da kontrolišu pravičnost odredaba u potrošačkim ugovorima po službenoj dužnosti. Prof. dr Marija Karanikić Mirić, koja se iscrpno bavila ovim pitanjima, ukazuje i da formalna

¹¹⁵⁵ Videti: Đurđević, N., *Kontrola opštih uslova poslovanja po osnovu pravičnosti*, Pravni život, br. 11-12/1994, str. 1553.

¹¹⁵⁶ Videti: Vilus, J., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 436.

ravnoteža između prava i obaveza jedne i druge ugovorne strane nije dovoljna, kao i da je danas jasno da isključivo apsolutna ništavost nepravilne odredbe u potrošačkim ugovorima odgovara shvatanjima Evropskog suda pravde.¹¹⁵⁷

Danas odredbe o nepravilnim ugovornim odredbama postoje kako u našim novijim zakonima, tako i u stranim zakonima, kao i u nadnacionalnim izvorima.¹¹⁵⁸ Kada se sagledaju izričite zakonske odredbe o nepravilnim ugovornim odredbama u našim novijim zakonima donetim značajno kasnije u odnosu na ZOO (Zakon o zaštiti potrošača¹¹⁵⁹, Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga¹¹⁶⁰), moglo bi se reći da je ZOO na neki način išao i korak ispred svog vremena i da je generalnom klauzulom iz člana 143. omogućio sudovima da u konkretnim slučajevima mogu da donose odgovarajuće odluke, kakve su danas eksplicitno uređene zakonima kojima je regulisana zaštita potrošača i korisnika finansijskih usluga. Sa druge strane, nalazim da je upitno opisano svojevrsno suprotstavljanje načela pravičnosti sa načelom savesnosti i poštenja (koje je u citiranom komentaru okarakterisano kao bolje u datoj situaciji), budući da ova dva načela nisu u koliziji. Načelo savesnosti i poštenja¹¹⁶¹, načelo pravičnosti i načelo zabrane zloupotrebe prava¹¹⁶² su povezani i dopunjujući u nastojanju da se obezbedi da vršenje prava bude

¹¹⁵⁷ Karanikić Mirić, M. u: Karanikić Mirić, M., Čađenović, Z., *Transponovanje pojedinih direktiva: Direktiva o nepravilnim ugovornim odredbama (93/13)*, u: Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses – First Regional Conference, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit: Offener Regionalfonds für Südosteuropa - Rechtsreform, Cavtat, 2010, vol. III, str. 642.

¹¹⁵⁸ O pravnom režimu nepravilnih ugovornih odredbi u evropskom pravu, Načelima evropskog ugovornog prava, UNIDROIT Principima međunarodnih trgovinskih ugovora, bilo je reći u trećem delu ove disertacije posvećenom nefer klauzulama.

¹¹⁵⁹ Videti čl. 43-45. Zakona o zaštiti potrošača („Službeni glasnik“, br. 62/2014, 6/2016 - dr. zakon i 44/2018 - dr. zakon).

¹¹⁶⁰ Videti član 41. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 139/2014).

¹¹⁶¹ Govoreći o oceni klauzula opštih uslova, tj. o odnosu načela savesnosti i poštenja i pitanja (ne)pravičnosti ugovornih odredbi u OUP, prof. dr Jelena Vilus ukazuje da potreba da se ispituje pravičnost ugovornih klauzula u toku izvršenja nije umanjena, već je naprotiv pojačana, zbog opravdanih sumnji da je još prilikom pregovaranja ili u toku zaključenja ugovora došlo do povrede načela savesnosti i poštenja. Detaljnije videti: Vilus, J., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 437.

¹¹⁶² Povezanost i međusobna neisključivost ovih načela, može se posmatrati i kroz analizu prakse naših sudova, koji su do 1996. godine, na primer, neadekvatno vršenje prava (zloupotrebu prava) koje je beskorisno, nesrazmerno, nemoralno, nepravilno i sl. proglašavali za protivciljno ili nemoralno vršenje prava, kako bi (u skladu sa dugo dominirajućim zakonskim pozitivizmom u pravničkom obrazovanju i radu) obezbedili formalni legitimitet svojim odlukama jer su ti izrazi (protiviciljno i nemoralno vršenje) jedini bili sadržani u zakonu. O opisanom, međusobnom odnosu vidova nedopuštenog (zabranjenog) vršenja prava, kao i mogućnosti da jedno isto neadekvatno vršenje prava sadrži u sebi konstituense više vidova zloupotrebe prava (da na primer bude u isto vreme i nemoralno i nepravilno) na primeru instituta privida prava – tzv. zloupotrebe prava, videti: Vodinić, V., *Takozvana zloupotreba prava*, Nomos, Beograd, 1997, naročito str. 98-101.

adekvatno, tj. komplementarni i mogu se posmatrati i kao zajednička načela koja doprinose procesu moralizacije i socijalizacije građanskog prava¹¹⁶³, koji danas ima svoje brojne izraze, a među kojima je i ideja zaštite slabijeg. Zato se pre može reći da je ovakva formulacija pravni standard dragocen u praksi kao dopunski kriterijum koji omogućava sudu da u zavisnosti od okolnosti slučaja, kada je to potrebno i utemeljeno primeni građanskopravnu sankciju koja je danas izričito propisana i u slučajevima koji su taksativno navedeni Zakonom o zaštiti potrošača i Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga. Pored svega izloženog, smatram da je prilikom prethodno citiranog ukazivanja na načela o kojima sud treba da vodi računa prilikom odlučivanja o primeni ovlašćenja iz člana 143. ZOO (gde se ukazuje na: načelo savesnosti i poštenja, zabrane zloupotrebe prava i zabrane stvaranja i iskorišćavanja monopolskog položaja) izostavljeno jedno načelo sa kojim bi pomenutu zakonsku formulaciju (predviđenu ZOO) neizostavno trebalo dovesti u vezu, a to je načelo ravnopravnosti ugovornih strana. U tom smislu smatram da bi i ovo načelo trebalo uključiti u razmatranje prilikom odmeravanja argumenata koji pretežu u oceni da li da se primeni ili ne ovo zakonsko ovlašćenje u konkretnom slučaju. Primenu principa ravnopravnosti ugovornih strana u pravilima o sudskoj kontroli opštih uslova formularnih ugovora izričito pominje Građanski zakonik Albanije iz 1994. godine, prema kome su ugovorne odredbe koje je unapred formulisala jedna ugovorna strana ništave ako nisu bile poznate drugoj strani, ako narušavaju princip ravnopravnosti ugovornih strana i remete ravnotežu među njihovim interesima, ili ako ograničavaju odgovornost one strane koja ih je formulisala.¹¹⁶⁴

U vezi sa prethodno analiziranim situacijama, treba reći da shodno zakonskom rešenju, sam ugovor ostaje na snazi, jer propisana sankcija nije usmerena na ugovor u celini, već na konkretne pojedinačne klauzule OUP koje su predmet razmatranja i ocene. Takva delimična ništavost podrazumeva da ništavost neke odredbe ugovora ne povlači ništavost i samog ugovora, ako on može opstati bez ništave odredbe, i ako ona nije bila ni uslov ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen. Ali će ugovor ostati na

¹¹⁶³ O socijalizaciji (moralizaciji) građanskog prava: Stanković, O., u: Stanković, O., Vodinić, V., *Uvod u građansko pravo*, NOMOS, Beograd, 2007, str. 221-224.

¹¹⁶⁴ Član 686. Građanskog zakonika Albanije („Sl. list RA”¹, br. 11/94), navedeno prema: Karanikić Mirić, M., Čađenović, Z., *Transponovanje pojedinih direktiva: Direktiva o nepravilnim ugovornim odredbama (93/13)*, u: Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses – First Regional Conference, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit: Offener Regionalfonds für Südosteuropa - Rechtsreform, Cavtat, 2010, vol. III, str. 627.

snazi čak i ako je ništava odredba bila uslov ili odlučujuća pobuda ugovora u slučaju kad je ništavost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i važio bez nje.¹¹⁶⁵

U vezi sa opisanom sudskom kontrolom OUP, prof. dr Nenad Đurđević ukazuje da je sloboda sudije da odbije primenu pojedine odredbe OUP jer je nepravična ili preterano stroga prema jednoj strani ugovornici, omeđena načelom autonomije volje, te da kontrolna funkcija suda ne sme postati instrument pravnog kanalisanja autonomnog odlučivanja ugovornih strana, već da volja ugovornih strana, koja svoje granice, po pravilu, nalazi samo u *ius strictum*, mora za sudiju pri njegovom odlučivanju imati primarnu ulogu, a da je zadatak sudije prvenstveno da ispita da li se ugovor, odnosno opšti uslovi poslovanja, kreću u granicama zakona.¹¹⁶⁶ Kada sudija utvrdi, bez ikakve sumnje, da je ugovorna strana svesno prihvatila odredbe OUP, odnosno da one odgovaraju njenoj volji, N. Đurđević smatra da tada sudija nije ovlašćen da iz razloga pravičnosti odbije primenu određene odredbe ugovora (opštih uslova) i time ugovor podvrgne korekturi, već čak obrnuto, da je zadatak sudije da obezbedi striktnu primenu ugovornih odredaba, čak iako su one teške za jednu stranu, osim ako ne nađe da je određena odredba nedopuštena.¹¹⁶⁷

U odnosu na izloženi stav prof. Đurđevića koji nije bez osnova, moglo bi se razmatrati da li je svesno prihvatanje dovoljno, jer je moguće da strana jeste svesno prihvatila OUP, ali da nije razumela njihov domašaj, tj. pravne posledice u mogućim situacijama u kojima se može naći tokom faze izvršenja ugovora. Osim toga, kada je reč o opštim uslovima i drugim izvorima formularnog prava, nije isključeno ni to da strana svesno prihvati OUP, iako joj pravna rešenja koja sadrže OUP ne odgovaraju i uviđa da su npr. nepravična¹¹⁶⁸, samo jer je to nužnost, tj. alternativa činjenici da ostane bez zaključenog ugovora koji joj je neophodan u tom trenutku u cilju zadovoljenja određene opravdane potrebe ili interesa. Na primer, jedna strana može prihvatiti zelenaški posao jer u tom trenutku nema drugog načina da dođe do potrebne pozajmice, ali bez obzira na činjenicu da je strana svesno prihvatila takav pravni posao, sud će sankcionisati taj pravni posao sankcijom ništavosti. Sud će tako postupiti uprskos i nezavisno od postojanja

¹¹⁶⁵ Član 105. ZOO.

¹¹⁶⁶ Đurđević, N., *Kontrola opštih uslova poslovanja po osnovu pravičnosti*, Pravni život, br. 11-12/1994, str. 1554.

¹¹⁶⁷ Đurđević, N., *op. cit.*, str. 1554-1555.

¹¹⁶⁸ Zanimljivo je da je još u sedamnaestom veku francuski teoretičar Doma, koji je bio veoma blizu izraza javni poredak, ukazivao i na mogućnost povrede društvenog poretka putem odricanja od nekog prava koje je dato pojedincu. U svim ugovorima, kaže Doma, svako može da se odrekne svoga prava rukovodeći se svojim koristima, ali sve to pod uslovom da se time ne vredi pravičnost, zakoni, dobri običaji i interesi trećih lica. Preuzeta obaveza u tom smislu, navodi Doma, bila bi ništava. Detaljnije: Perović, S., *Pravno filozofske rasprave*, Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 240.

činjenice da je ugovorna strana svesno prihvatila takav posao, tj. da on odgovora njenoj volji u trenutku zaključenja ugovora jer ZOO uslove postavlja alternativno: da je reč o stanju nužde ili nedovoljnom iskustvu itd.¹¹⁶⁹. Po analogiji bi se na sličan način moglo rezonovati i kada su u pitanju nepravilne odredbe sadržane u OUP, tj. da ovlašćenje sudije ne treba da bude nužno povezano isključivo sa činjenicom da je strana svesno prihvatila takve odredbe, već to pre može biti jedna od činjenica koje će sud ceniti, uz sve druge pravnorelevantne činjenice konkretnog slučaja. Pitanje (ne)pravičnosti određenih odredbi OUP je po mom mišljenju u Zakonu o obligacionim odnosima dobro rešeno, a sa stanovišta današnjeg vremena se potvrđuje i adekvatnost i aktuelnost odabranih formulacija jer upravo pitanje (ne)pravničnosti, zajedno sa načelima savesnosti i poštenja i ravnopravnosti ugovornih strana, leži u osnovi zabrane nefer klauzula i nepoštene (nefer) prakse poslovanja.

Ovakav stav ima svoje uporište i u pravnoj teoriji, koja je još u prošlom veku, kritikujući teoriju autonomije volje osamnaestog i devetnaestog veka, ukazala da jedan ugovor sa trajnim izvršenjem obaveze koji je u momentu zaključenja bio „pravičan“ može postati u toku izvršenja nepravilan, jer su se docnije izmenile prilike tako da je jedna ugovorna strana u očiglednoj zavisnosti i teškom položaju, što zahteva intervenciju zakonodavca u smislu ustanovljenja imovinske ravnoteže strana ili raskida ugovora.¹¹⁷⁰

Dovodeći u vezu pomenuta pravila o sudskoj kontroli OUP, sa odredbama ZOO o ograničenju i isključenju odgovornosti, profesor Jankovec ističe da sud ne bi smeo pružiti pravnu zaštitu takvim klauzulama iz opštih uslova poslovanja prodavca kojima se zbog neravnopravnog odnosa ugovornih strana odgovornost prodavca za materijalne nedostatke stvari koju prodaje neuobičajeno ograničava ili klauzulu kojom se odgovornost prodavca za slučaj zakašnjenja sa predajom stvari ograničava na neki minorni iznos.¹¹⁷¹

¹¹⁶⁹ Prema članu 141. Zakona o obligacionim odnosima, ništav je ugovor kojim neko, koristeći se stanjem nužde ili teškim materijalnim stanjem drugog, njegovim nedovoljnim iskustvom, lakomislenošću ili zavisnošću, ugovori za sebe ili za nekog trećeg korist koja je u očiglednoj nesrazmeri sa onim što je on drugom dao ili učinio, ili se obavezao dati ili učiniti. Na zelenaški ugovor shodno se primenjuju odredbe ovog zakona o posledicama ništavosti i o delimičnoj ništavosti ugovora. Ako oštećeni zahteva da se njegova obaveza smanji na pravičan iznos, sud će udovoljiti takvom zahtevu ako je to moguće, a u tom slučaju ugovor sa odgovarajućom izmenom ostaje na snazi. Oštećenik može podneti zahtev za smanjenje obaveze na pravičan iznos u roku od pet godina od zaključenja ugovora.

¹¹⁷⁰ Marty, Raynaud, *Droit civil, II, Les obligations*, Paris, 1962, str. 29; Bruzin, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, le Puy, 1922, str. 23, navedeno prema: Perović, S., *Pravno filozofske rasprave*, Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 246.

¹¹⁷¹ Videti: Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 33.

U domaćoj sudskoj praksi mogu se pronaći primeri sporova u vezi sa odnosom opštih i posebnih uslova ugovora, u kojima su sudovi primenjivali odredbe ZOO, po kojima opšti uslovi ugovora određeni od strane jednog ugovarača, bilo da su u sadržani u formalnom ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva, dopunjuju posebne pogodbe utvrđene među ugovaračima u istom ugovoru i po pravilu obavezuju kao i ove. Opšti uslovi obavezuju ugovornu stranu ako su bili poznati ili morali biti poznati u času zaključenja ugovora. Tako u obrazloženju presude Viši trgovinski sud¹¹⁷² navodi: „*Navodi tuženog da je tužilac propustio da blagovremeno i to svakog meseca dostavi račune za telekomunikacione usluge, koje je izvršio za račun tuženog, nisu od uticaja na pravilnost prvostepene odluke i pravo tužioca da potražuje navedeni iznos, s obzirom da po isteku uobičajenog perioda za prijem mesečnog računa, tuženi nije podnosio reklamaciju na iste, odnosno nije zahtevao duplikat računa, nije se informisao o iznosu koji je dužan da plati, a*

¹¹⁷² U konkretnom slučaju parnične stranke su bile u poslovnom odnosu po osnovu pretplatničkog Ugovora o korišćenju usluga tužiočeve mreže javnih mobilnih telekomunikacija. Zasnovan je ugovorni odnos za 19 pretplatničkih brojeva i po zaključenom Ugovoru pretplatnik tuženi dobio je 10 mobilnih aparata. Pretplatnički brojevi tuženog su dana 30.4.2007. godine privremeno isključeni, a dana 30.5.2007. godine isti su trajno isključeni. Članom 5. navedenih posebnih uslova predviđeno je da se pretplatnik obavezuje da "Telenoru" u celosti izmiri iznos dugovanja za pružene usluge GSM mreže za period od dana zaključenja Ugovora pa sve do dana isteka ugovorenog obaveznog trajanja pretplatničkog odnosa za odobreni tarifni paket, prema računu ispostavljenom od strane "Telenora" po prestanku pretplatničkog odnosa zasnovanog ugovora. Tuženi je potpisivanjem pretplatničkog ugovora prihvatio Opšte i posebne uslove pretplatničkog ugovora i korišćenje usluga GSM mreže javnih mobilnih komunikacija tužioca, koji su sastavni deo pretplatničkog Ugovora, a kojim su precizno navedena prava i obaveze ugovornih strana. Odredbom člana 142. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima propisano je da opšti uslovi određeni od strane jednog ugovarača, bilo da su u sadržini u formalnom ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva, dopunjuju posebne pogodbe utvrđene među ugovaračima u istom ugovoru, i po pravilu obavezuju kao i ove. Odredbom člana 142. stav 3. ZOO propisano je da opšti uslovi obavezuju ugovornu stranu ako su bili poznati ili morali biti poznati u času zaključenja ugovora. Odredbom člana 262. stav 1. ZOO propisano je da je poverilac u obaveznom odnosu ovlašćen da od dužnika zahteva ispunjenje obaveze, a dužnik je dužan ispuniti je savesno u svemu kako ona glasi. Odredbom člana 220. Zakona o parničnom postupku propisano je da je svaka stranka dužna da iznese činjenice i predloži dokaze na kojima se zasniva svoj zahtev ili kojima osporava navode i dokaze protivnika. Odredbom člana 223. stav 2. ZPP propisano je da stranka koja tvrdi da ima neko pravo, snosi teret dokazivanja činjenice koje je bitna za nastanak ili ostvarivanja prava, ako zakonom nije drugačije određeno, a u stavu 3. propisano je da stranka koja osporava postojanje nekog prava, snosi teret dokazivanja činjenice koja je sprečila nastanak ili ostvarivanja prava ili usled koje pravo postalo da postoji, ako zakonom nije drugačije određeno. O spornoj činjenici da li je tuženi u obavezi da plati utuženi iznos prvostepeni sud je zaključio primenom pravila o teretu dokazivanja na osnovu čl. 220. i 223. ZPP, jer tuženi do zaključenja glavne rasprave nije dostavio dokaze da je svoju obavezu izvršio ili da je obaveza prestala na neki drugi zakonom propisan način. Tuženi je u obavezi na osnovu člana 5. Posebnih uslova da u celosti izmiri iznos dugovanja za pružene usluge GSM mreže za period od dana zaključenja ugovora do dana isteka ugovornog obaveznog trajanja pretplatničkog odnosa, za period od 24 meseca, prema računu ispostavljenom od strane tužioca. Prvostepeni sud je utvrdio da tuženi duguje tužiocu iznos od 298.641,40 dinara na ime naknade za pružene usluge GSM mreže. Viši trgovinski sud je ocenio da je prvostepeni sud pravilno odlučio kada je usvojio tužbeni zahtev i obavezao tuženog na isplatu navedenog iznosa sa zateznom kamatom zbog docnje u isplati glavnog duga, na osnovu člana 142. st. 1. i 3, člana 262. stav 1. i člana 277. stav 1. ZOO.

*tu obavezu je imao na osnovu čl. 19. i 20. Opštih i posebnih uslova pretplatničkog ugovora i korišćenju usluga GSM mreže javnih mobilnih komunikacija tužioca.*¹¹⁷³

Posebno su zanimljivi slučajevi u kojima je sud koristio ovlašćenje iz člana 143. stav 2. ZOO da odbije primenu pojedinih odredbi opštih uslova koje su nepravične ili preterano stroge prema drugoj strani. Tako su u sporu, koji je nastao u vezi sa opštim uslovima za izdavanje i korišćenje viza kartice¹¹⁷⁴, prvostepeni i drugostepeni sud odbili tužbeni zahtev kojim je tužilačka banka tražila da joj tuženi naknadi štetu u visini iznosa koje je isplatila za robu kupljenu u inostranstvu na osnovu ukradene kartice. Banka je svoj zahtev postavila na osnovu Opštih uslovima za izdavanje i korišćenje VIZA platne kartice, koje je propisala banka i koji čine sastavni deo ugovora, a po kojima svu materijalnu štetu proisteklu iz gubitka ili krađe kartice zajedno sa eventualnim kamatama i kursnim razlikama snosi korisnik kartice. Tuženom je platna kartica ukradena već sutradan po njenom izdavanju i on je tu krađu uredno prijavio banci (tužilji), ukradena kartica je docnije korišćena za kupovinu robe u inostranstvu, a iz pasoša tuženog je utvrđeno da on u tom periodu nije putovao u inostranstvo. Kod takvog stanja stvari, nižestepeni sudovi su odbili tužbeni zahtev kojim je tužilačka banka tražila da joj tuženi naknadi štetu u visini iznosa koje je isplatila za robu kupljenu u inostranstvu na osnovu ukradene kartice. Po stanovištu nižestepeni sudova, tuženi nije odgovoran tužilji za naknadu štete, bez obzira što je opštim uslovima za izdavanje i korišćenje platne kartice predviđeno da svu materijalnu štetu proisteklu iz gubitka ili krađe kartice snosi njen korisnik, jer je ova odredba opštih uslova nepravična i preterano stroga prema korisnicima platnih kartica, a prema odredbi čl. 143. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima, sudovi su ovlašćeni da odbiju primenu takvih odredaba opštih uslova.

Protiv nižestepeni presuda javni tužilac je podigao zahtev za zaštitu zakonitosti, nalazeći da su nižestepeni sudovi pošli od pogrešne primene materijalnog prava i propustili da utvrde sve odlučne činjenice za pravilno presuđivanje o istaknutom tužbenom zahtevu.

¹¹⁷³ Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 2244/09 od 27.5.2009. god. Elektronska baza *Ing-pro*, pristup 18.03.2017. godine.

¹¹⁷⁴ U ovom sporu je tužilačka banka, kao članica VIZA sistema, zaključila sa tuženim ugovor o izdavanju i korišćenju platne kartice JU-VIZA. Prema sadržini zaključenog ugovora izdavanjem platne kartice VIZA, koja je vlasništvo banke-izdavaoca, korisnik može koristiti tu karticu za bezgotovinska plaćanja robe u zemlji i inostranstvu kod lica koja su u VIZA sistemu, a osim toga kartica se može koristiti za gotovinske isplate kod svih banaka u zemlji i inostranstvu, kod kojih je istaknut znak VIZA. Prema opštim uslovima za izdavanje i korišćenje navedene platne kartice, koje je propisala tuženička banka i koji čine, sastavni deo ugovora, svu materijalnu štetu proisteklu iz gubitka ili krađe kartice, zajedno sa eventualnim kamatama i kursnim razlikama, snosi korisnik kartice.

Po mišljenju javnog tužioca, široka mogućnost korišćenja VIZA kartice za njenog korisnika predstavlja veliku pogodnost i istovremeno za banku posao velikog rizika, jer plaćanja prema trećim licima vrši bez obzira na sredstva kojima korisnik kartice raspolaže na svom dinarskom ili deviznom računu. U takvim odnosima - banke-izdavaoca kao vlasnika platne kartice i njenog korisnika primena odredaba opštih uslova prema kojoj svu materijalnu štetu proisteklu iz gubitka ili krađe kartice snosi korisnik, ne može se smatrati nepravičnom niti preterano strogom. Vrhovni sud Srbije je u svom rešenju Gzz. 40/96 od 21.5.1996. godine zauzeo stav da je sud, odlučujući o odgovornosti imaoca kartice za štetu nastalu gubitkom ili krađom iste, dužan da utvrdi da li banka kao izdavalac kartice preduzima sve potrebne mere da spreči nastanak štete. U obrazloženju svog rešenja Vrhovni sud Srbije navodi da pomenuta odredba opštih uslova predstavlja vid obezbeđenja banke-izdavaoca od nemarnog ponašanja korisnika kartice i mogućih zloupotreba kartice od strane trećih lica. *„Kada je korisniku na njegov zahtev izdata VIZA kartica u cilju korišćenja pogodnosti koje ona pruža, onda je on prihvatio i one odredbe opštih uslova kojima se tužilac kao vlasnik kartice štiti od mogućih štetnih posledica iz ovakvog odnosa, pa nema zakonskih razloga zbog kojih se ne bi primenila i sporna odredba opštih uslova. Ugovorni odnos uspostavljen između stranaka izdavanjem platne kartice, u svom preovlađujućem delu sadrži elemente ugovora o nalogu. Dosledno tome, za ovaj odnos i kao merilo ocene pravičnosti opštih uslova, merodavne su odgovarajuće dispozitivne norme Zakona o obligacionim odnosima. To je između ostalih i odredba čl. 760. navedenog zakona. Tom odredbom je propisano da je nalogodavac dužan da naknadi nalogoprimcu štetu koju je ovaj pretrpeo bez svoje krivice, u vršenju naloga. Dakle, u suštini ono isto što je predviđeno i spornom odredbom opštih uslova u konkretnom slučaju. Za pravilno presuđenje o tužbenom zahtevu u konkretnom slučaju nižestepeni sudovi su morali da utvrde šta je tužilja kao banka-izdavalac VIZA kartice preduzela da spreči nastanak štete, nakon prijavljivanja krađe kartice. Ukoliko je banka ispoštovala proceduru propisanu Operativnim pravilima VIZA sistema i u okviru tog sistema obavestila sve lance o mogućoj zloupotrebi ukradene kartice tuženom, pa i pored toga nije uspela da spreči njeno korišćenje od neovlašćenog lica, onda bi tuženi kao imalac kartice bio odgovoran za štetu koju je tužilja pretrpela.*”¹¹⁷⁵

¹¹⁷⁵ Iz obrazloženja Rešenja Vrhovnog suda Srbije, Gzz. 40/96 od 21.5.1996. godine; Elektronska baza *Ingpro*, pristup 18.03.2017. godine.

U sporu u vezi sa opštim uslovima osiguranja i autoodgovornosti, Viši privredni sud¹¹⁷⁶ je presudio da osiguranik gubi pravo na osiguranje kada ga nije vršio na način određen opštim uslovima.¹¹⁷⁷

Pravni pisci koji su analizirali zakonska pravila obligacionog prava, procesnog prava i zakona kojima se štite prava potrošača u regionu, ukazuju na različite mogućnosti i različite postupke koji imaju za cilj zaštitu od nepoštenih OUP odnosno nepoštenih klauzula koje oni sadrže. Tako je moguće tražiti: zabranu određenog postupanja, utvrđivanje ništavosti ugovora ili ugovorne odredbe, određivanje privremene mere, objavljivanje presude, kolektivne postupke, tj. mogućnost da potrošačke organizacije samostalno (kao u Makedoniji i Crnoj Gori) ili preko udruženja potrošačkih organizacija (kao u Albaniji, Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini) podnose predloge za izricanje zabrane nepravilnih odredbi sudu, a pojedini nacionalni propisi dopuštaju da se postupak pokrene protiv više trgovaca koji posluju u istom privrednom sektoru ili udruženja trgovaca i da se na taj način dođe do sudske odluke koja obavezuje veći broj trgovaca.¹¹⁷⁸ Prema važećem Zakonu o zaštiti potrošača, zaštita kolektivnih interesa potrošača se u Srbiji ostvaruje u

¹¹⁷⁶ U presudi Višeg privrednog suda, Pž. 3660/94 od 10.10.1994. godine.

¹¹⁷⁷ Konkretno, ako vozač posle saobraćajne nezgode izbegne ili odbije da se podvrgne ispitivanju alkoholisanosti, te onemogućiti utvrđivanje prisustva alkohola u krvi u trenutku nastanka udesa, osiguranik gubi pravo na osiguranje. U obrazloženju presude Viši privredni sud navodi da iz predmeta spora proizilazi da je do saobraćajne nezgode koja se desila dana 30.3.1993. godine došlo krivicom tužiočevog vozača D.D. koji je nakon saobraćajne nezgode napustio lice mesta pre dolaska saobraćajne milicije. „*Pravilno je prvostepeni sud utvrdio da ponašanje vozača tužioca ukazuje na njegovu nameru da izbegne utvrđivanje alkoholisanosti u trenutku saobraćajne nezgode. Tvrdnja tužioca da je vozač napustio lice mesta zbog povrede, nije osnovana jer je u toku postupka bilo nesporno da vozač toga dana kada se desila nezgoda kao i sledećih 5 dana nije potražio pomoć lekara. Prema tome, prvostepeni sud je pravilno utvrdio činjenično stanje kada je našao da je vozač tužioca napustio lice mesta, ne da bi se javio lekaru zbog povreda, nego zbog onemogućavanja da se izvrši analiza krvi na alkoholisanost. Vozač tužioca sa lica mesta nije otišao kući, te ni tu nije mogla da se izvrši analiza krvi (i ako je pokušano), što sve jasno upućuje na izbegavanje vozača tužioca da se analizom krvi utvrdi eventualna alkoholisanost. Na pravilno utvrđeno činjenično stanje, prvostepeni sud je pravilno primenio materijalno pravo. Sastavni deo ugovora o osiguranju su Uslovi za osiguranje od autoodgovornosti. U smislu čl. 3. navedenih uslova ako posle saobraćajne nezgode izbegne ili odbije da se podvrgne ispitivanju alkoholisanosti tako da onemogućiti utvrđivanje prisustva alkohola u krvi u trenutku nastanka udesa, osiguranik gubi pravo na osiguranje.*“ – Iz obrazloženja presude Višeg privrednog suda, Pž. 3660/94 od 10.10.1994. godine; Elektronska baza *Ing-pro*, pristup 18.03.2017. godine.

¹¹⁷⁸ Detaljnije: Karanikić Mirić, M., Čađenović, Z., *Transponovanje pojedinih direktiva: Direktiva o nepravilnim ugovornim odredbama (93/13)*, u: Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses – First Regional Conference, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit: Offener Regionalfonds für Südosteuropa - Rechtsreform, Cavtat, 2010, vol. III, str. 651-654. Ova veoma korisna uporedna analiza je rađena prema stanju zakonodavstva 2010. godine, nakon čega su i u Srbiji (2014. godine) i u drugim zemljama u regionu donošeni novi zakoni o zaštiti potrošača.

okviru upravne kontrole i nadzora koje sprovodi Ministarstvo trgovine, turizma i telekomunikacija.¹¹⁷⁹

Kao važnu sudsku odluku u novijoj sudskoj praksi u Evropi u vezi sa OUP, treba posebno ukazati na odluku Saveznog suda Nemačke (Bundesgerichtshof, skraćeno: BGH) kao najviše sudske instance, iz maja 2014. godine, kojom je BGH stao na stanovište da je naplata troškova obrade kredita čija je naknada predviđena opštim uslovima poslovanja nedozvoljena u ugovorima o kreditu s potrošačima, odnosno da je pogođena sankcijom ništavosti.¹¹⁸⁰ To faktički znači da je zabranjeno da opšti uslovi poslovanja uređuju naknadu troškova kredita. Iako se ovakvo rezonovanje uobičajeno vezuje za zaštitu potrošača, naročito je značajno podvući da je jula 2017. godine BGH doneo još dve presude kojima je utvrdio da je ugovaranje i naplata troškova obrade kredita u opštim uslovima poslovanja prema nemačkom pravu ništava i kad korisnik kredita nije potrošač. Iako potvrđujući da u nepotrošačkim ugovorima korisnik kredita načelno uživa manju zaštitu, BGH je 2017. god. stao na stanovište da se rezonovanje, po kom jednostrano prevaljivanje obaveza odredbama opštih uslova nije punovažno, primenjuje i kada je korisnik kredita sasvim informisan i ekonomski jednake snage.¹¹⁸¹

Imajući u vidu činjenicu da je reč o skorašnjim sudskim odlukama o aktuelnom pitanju o kojima su zauzimate različite odluke tokom višestepenog sudskog odlučivanja, nije moguće izvesti pouzdan zaključak da li je reč o tendenciji koja se može očekivati i u drugim evropskim državama. Ono što se za sada može uočiti jeste da, pored toga što postoje suprotstavljene odluke sudova različitih stepena u istim predmetima, postoji i različitost odluka u sličnim predmetima u različitim evropskim državama. Uz to, činjenica

¹¹⁷⁹ Videti deo o upravnoj kontroli OUP u ovoj doktorskoj disertaciji.

¹¹⁸⁰ Odluke BGH od 13.5.2014, Az. XI ZR 170/13 i Az. XI ZR 405/12, navedeno prema: Živković, M., *O dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita u pravu Srbije*, Bankarstvo, br. 2/2018, str. 18-20 i 36, koji ukazuje da prema nemačkom pravu opštih uslova poslovanja (tačnije, sudskoj praksi), nije dozvoljeno opštim uslovima prevaljivati obaveze jedne strane na drugu (BGH XI ZR 170/13, Rn. 73 i dalje), a da logika tog rešenja polazi od stava da je dispozitivnim zakonskim odredbama uređen pravičan raspored međusobnih obaveza ugovornih strana u imenovanim ugovorima, te da je jednostrano menjanje tog rasporeda opštim uslovima, u smislu prevaljivanja troškova ili obaveza jedne ugovorne strane na drugu, nedozvoljeno, jer se uzima da se protivno načelu savesnosti i poštenja preterano tereti strana koja pristupa opštim uslovima. BGH je, prenosi ovaj autor, našao da sve ono što je podnosilac revizije naveo da bi trebalo da „pokrivaju“ troškovi obrade kredita (provera kreditne sposobnosti, aktivnosti oko zaključenja ugovora, obaveze dostavljanja primeraka itd.) zapravo predstavlja troškove u interesu davaoca kredita, a ne posebne usluge za korisnika kredita, pa je zbog toga, prvo, sudu dozvoljeno da kontroliše sadržinu ove odredbe opštih uslova, i drugo, prevaljivanje ovih troškova na korisnika kredita putem opštih uslova poslovanja po nemačkom pravu zabranjeno.

¹¹⁸¹ Odluke BHG od 4.7.2017, br. XI ZR 233/16, kojom je ukinuta drugostepena odluka Hanseatisches OLG Hamburg i vraćeno na ponovno odlučivanje i br. XI ZR 562/15, kojom je potvrđena drugostepena odluka OLG Celle, navedeno prema: Živković, M., *op. cit.*, str. 20.

da se u obrazloženjima svojih odluka, sudovi pozivaju i na odredbe nacionalnog zakonodavstva, govori u prilog stavu da se ova različitost, trenutno, može pripisati i pojedinim razlikama između nacionalnih pravnih sistema. Donekle sličan stav zauzima i prof. dr Živković, koji praksu BGH smatra nacionalnom specifičnošću vezanom za razvoj prava opštih uslova poslovanja u Nemačkoj, s tim da zastupa stav da nemačko pravo u ovom konkretnom slučaju predstavlja izuzetak, a da je opšteusvojeni uporedni (minimalni) standard u Evropi onaj o dozvoljenosti ugovaranja naknade za troškove odobrenja kredita, čak i posredstvom opštih uslova i u ugovorima s potrošačima, pod uslovom da su poštovani zahtevi transparentnosti i obaveštavanja potrošača. Pri tom ukazuje da je austrijski Vrhovni sud, suprotno drugačijim odlukama nižih sudova (Oberste Gerichtshof, skraćeno: OGH) i iako su mu bile poznate odluke BGH iz 2014. o potrošačkim kreditima, po reviziji preinačio odluku nižih sudova i izričito se izjasnio da odredba o naknadi troškova obrade kredita po austrijskom pravu nije ništava i ako je deo opštih uslova poslovanja¹¹⁸², kao i da su stav o dozvoljenosti ugovaranja naknade za troškove obrade kredita zauzeli i sudovi Češke Republike.¹¹⁸³ Smatram da činjenica da su i austrijski sudovi različitog stepena i u istom predmetu zauzimali međusobno suprotstavljene stavove, govori u prilog stavu da je u ovom trenutku možda i preuranjeno govoriti o preovlađujućem stanovištu sudova i zaključivati o tendencijama na nivou Evrope. Odluke suda najvišeg stepena Nemačke koje su konzistentne svakako ne treba zanemariti, jer su i odluke iz 2014. i 2017. god. BGH-a na istoj progresivnoj liniji. Pored toga, posebno zbog argumentacije BGH koja se zasniva i na univerzalnim opštim pravnim principima i osnovnim načelima ugovornog prava koja su suštinski važila i važe u svim pravnim sistemima i kroz prostor i kroz vreme, kao što su načelo savesnosti i poštenja, pravičnost, pravičan raspored

¹¹⁸² Presuda OGH br. 6Ob13/16d od 30.3.2016) doneta je u postupku po tužbi radi propuštanja u kojoj je organizacija za zaštitu potrošača tužila poslovnu banku zahtevom da u ugovore o kreditu ne unosi odredbu o naknadi troškova obrade kredita jer je nezakonita i ništava (smisao ove tužbe bio je upravo sudska odluka o dopuštenosti pomenutih odredbi u pravu Austrije), za koju M. Živković smatra da svedoči o „prelivanju“ nemačkog iskustva u inostranstvo i ocenjuje da je sasvim jasno da je podnošenje tužbe u ovom austrijskom slučaju inspirisano pomenutom praksom nemačkog BGH iz 2014. godine, što se vidi iz tač. 3.2 obrazloženja navedene presude austrijskog OGH. Detaljnije: Živković, M., *op. cit.*, str. 22.

¹¹⁸³ Odluka Najvišeg suda Češke Republike CPJN 203/2013 i Odluka III. ÚS 3725/13 Ustavnog suda Češke Republike. Iako ne postoji odgovarajuća objavljena presuda švajcarskog Saveznog suda, Živković smatra bez sumnje da se ni u Švajcarskoj ugovaranje naknade troškova obrade kredita ne smatra ništavim, što, po oceni ovog autora, ne znači da pojedina nacionalna prava ne mogu svojim zakonima predvideti da je takvo ugovaranje ništavo, već znači da ništavost ovakvih odredaba svakako ne proizlazi iz *acquis communautaire*, odnosno iz prava EU. Videti: Živković, M., *op. cit.*, str. 22.

međusobnih obaveza ugovornih strana¹¹⁸⁴, i zbog dosadašnjih argumentovanih pravnih rešenja nemačkog pravosuđa, smatram da su analizirane odluke možda pre vesnik i najava budućih tendencija u ovoj oblasti i po ovim pitanjima.

Osim dovođenja u vezu sa zakonodavnim rešenjem pozitivnog nacionalnog zakonodavstva, ovo pitanje bi se moglo posmatrati i sa jednog drugog pravnog aspekta. Smatram da se razmatranje ovog pitanja treba dovesti u vezu i sa prethodnim pravnim pitanjem, a to je karakter i pravno dejstvo opštih uslova poslovanja u statici. Naime, mogućnost, primerenost i dozvoljenost uređenja pomenutih pitanja opštim uslovima poslovanja bi trebalo da zavisi od toga da li su OUP ponuda, poziv da se učini ponuda pod uslovima koje sadrže ili neobavezujući model ugovornih odredbi koje se mogu, ali ne moraju, u celini ili delimično uneti u konkretan individualni ugovor. Ako su OUP ponuda i sadrže sva ona pitanja koja su bitna pitanja, tj. u ovom analiziranom slučaju sadrže sve bitne elemente ugovora o kreditu (zajmu), onda se njihovo uređenje prethodno analiziranih bitnih elemenata ugovora ne bi moglo uspešno braniti kao nedozvoljeno, ali ako sa druge strane, OUP predstavljaju samo dodatan sistem odredbi koji uređuje sporedna pitanja ugovornog odnosa, onda bi bilo neprimereno da su njima uređena navedena pitanja.

6.2. Kontrola pred ustavnim sudom

Prethodno pitanje koje se ovde postavlja i o kome se može raspravljati jeste da li je Ustavni sud nadležan za ocenu opštih uslova poslovanja, što bi ponovo otvorilo pitanje da li opšti uslovi poslovanja predstavljaju ugovor ili propis, tj. imaju li karakter opšteg akta i kakva im je pravna priroda. Ako bi se govorilo o oceni ustavnosti i zakonitosti o kojoj

¹¹⁸⁴ O argumentaciji zaključka da su odredbe opštih uslova poslovanja o naknadi troškova obrade kredita u Nemačkoj proglašene ništavim, a koja se odnosi na to da je reč o odredbi koja je deo opštih uslova poslovanja banke, te koja ne predstavlja ni glavnu protivprestaciju (to je kamata), ni prestaciju za neke druge usluge korisniku kredita, već se radi o dodatku na cenu kredita posredstvom „prevaljivanja“ troškova koji nastaju kao troškovi radnji koje banka preduzima u sopstvenom interesu, a ne u interesu korisnika kredita, usled čega ovakva odredba podleže sadržinskoj kontroli opštih uslova od strane suda i može biti utvrđena njena ništavost i mimo slučaja kad je nejasna ili nerazumljiva, te da dispozitivne zakonske odredbe predstavljaju „pravednu meru“ raspodele obaveza i interesa između strana u imenovanim ugovorima u očima zakonodavca, te da je menjanje ove raspodele obaveza (prevaljivanje tereta troškova) posredstvom opštih uslova poslovanja jedne strane suprotno načelu savesnosti i poštenja, nepravično i preterano teško za drugu stranu, videti fusnotu broj 1180, na str. 346 u ovoj doktorskoj disertaciji.

odlučuje Ustavni sud¹¹⁸⁵, logično bi bilo pretpostaviti da je reč o opštem aktu, što bi, primenjeno na OUP, bio argument koji govori u prilog normativnoj teoriji o pravnoj prirodi OUP.

Profesor Ivica Jankovec¹¹⁸⁶ iznosi izričit stav da opšti uslovi nisu opšti akti i da ne podležu ustavnosudskoj kontoli. Nezavisno od stava pravne teorije o (ne)mogućnosti ustavnosudske kontrole OUP, praksa Ustavnog suda Srbije pokazuje različita stanovišta, iz kojih bi se, nalazim, moglo zaključiti da je ustavnosudska kontrola pojedinih opštih uslova poslovanja ipak moguća.

Ustavni sud je 2003. godine zaključio da jedan član Opštih uslova poslovanja autobuskih stanica nije u saglasnosti sa Ustavom, pri čemu je ocenio da ovi opšti uslovi poslovanja imaju karakter propisa i opšteg akta, te je ovakvu odluku doneo polazeći od principa ustavnosti i zakonitosti¹¹⁸⁷, po kome svaki propis i opšti akt mora biti saglasan sa zakonom i ostalim republičkim propisima. U konkretnom slučaju Ustavni sud je ocenio da se Opštim uslovima poslovanja autobuskih stanica ne može predvideti da se od prevoznika naplaćuje naknada za staničnu uslugu prijema i otpreme autobusa koja nije izvršena. Tako je Ustavni sud doneo Odluku kojom se utvrđuje da odredba člana 21. Opštih uslova poslovanja autobuskih stanica¹¹⁸⁸ u delu koji glasi: „usmeravaju putnike u svoje autobuse ili vrše prijem putnika izvan autobuskih stanica i stajališta“ nije u saglasnosti s Ustavom i zakonom i istovremeno odbija predlog za utvrđivanje neustavnosti i nezakonitosti

¹¹⁸⁵ Ustavni sud odlučuje o: (1.) saglasnosti zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, opšteprihvćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, (2.) saglasnosti potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom, (3.) saglasnosti drugih opštih akata sa zakonom, (4.) saglasnosti statuta i opštih akata autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave sa Ustavom i zakonom, (5.) saglasnosti opštih akata organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, političkih stranaka, sindikata, udruženja građana i kolektivnih ugovora sa Ustavom i zakonom. Postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti mogu da pokrenu državni organi, organi teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, kao i najmanje 25 narodnih poslanika. Postupak može pokrenuti i sam Ustavni sud. Svako pravno ili fizičko lice ima pravo na inicijativu za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti i zakonitosti. Zakon ili drugi opšti akt koji nije saglasan Ustavu ili zakonu prestaje da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda u službenom glasilu. Ustavni sud može, do donošenja konačne odluke i pod uslovima određenim zakonom, obustaviti izvršenje pojedinačnog akta ili radnje preduzete na osnovu zakona ili drugog opšteg akta čiju ustavnost ili zakonitost ocenjuje. Ustavni sud može oceniti saglasnost zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, opštih akata sa zakonom i po prestanku njihovog važenja, ako je postupak ocene ustavnosti pokrenut najkasnije u roku od šest meseci od prestanka njihovog važenja. Videti član 167. stav 1. i član 168. Ustava Republike Srbije („Službeni glasnik RS”, broj 98/2006).

¹¹⁸⁶ S pozivanjem na Odluku Ustavnog suda Jugoslavije, II-U br. 67/90 od 6.2.1991., *Informator*, br. 3859 od 2.3.1991, str. 4. Videti: Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 34.

¹¹⁸⁷ Utvrđenog u članu 119. stav 3. Ustava Republike Srbije.

¹¹⁸⁸ „Službeni glasnik RS”, broj 21/96.

preostalog dela člana 21. Opštih uslova.¹¹⁸⁹ U ovom postupku pred Ustavnim sudom (pokrenutim za utvrđivanje nezakonitosti člana 21. Opštih uslova) osporena je odredba koja, prema navodima predlagača, omogućava monopolistički položaj preduzeća koje upravlja autobuskom stanicom i u suprotnosti je sa članom 143. Zakona o obligacionim odnosima¹¹⁹⁰, koji predviđa ništavost određenih odredaba opštih uslova. Privredna komora Srbije je u odgovoru na predstavku navela da Opšti uslovi poslovanja autobuskih stanica predstavljaju grupacijski dogovor preduzeća koja obavljaju prevoz putnika i preduzeća koja pružaju stanične usluge u cilju što kvalitetnijih usluga i sprečavanja monopolskog ponašanja¹¹⁹¹. Prema osporenom članu 21. Opštih uslova „Autobuska stanica će svojim cenovnikom utvrditi iznos naknade za prijem i otpremu autobusa za one prevoznike koji sa njom nisu zaključili ugovor o pružanju usluga prodaje karata, usmeravaju putnike u svoje autobuse ili vrše prijem putnika izvan autobuskih stanica i stajališta“. Ustavni sud je utvrdio da Zakon o prevozu u drumskom saobraćaju¹¹⁹² sankcioniše obavljanje javnog prevoza protivno opštim uslovima prevoza (član 50. stav 1. tačka 1. Zakona¹¹⁹³), što znači prijem i otpremu putnika i prtljaga izvan autobuske stanice i autobuskog stajališta¹¹⁹⁴ i da

¹¹⁸⁹ Videti: Odluka Ustavnog suda IU- 32/2003 od 30.10.2003. („Službeni glasnik RS“, broj 116/2003).

¹¹⁹⁰ Član 143. stav 1. ZOO propisuje da su ništave odredbe opštih uslova koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima, čak i ako su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od nadležnog organa. Stav 2. istog člana ovlašćuje sud da može odbiti primenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj.

¹¹⁹¹ Osporeni član 21. Opštih uslova, bio je po njihovom mišljenju u neposrednoj vezi sa članom 20. za koji je Odlukom Ustavnog suda IU-190/96 od 14. oktobra 1999. godine utvrđeno da nije u saglasnosti sa Ustavom i zakonom.

¹¹⁹² Zakon o prevozu u drumskom saobraćaju („Službeni glasnik RS“, br. 46/95 i 66/2001) uređuje između ostalog javni prevoz, uslove izgradnje, održavanja i rada autobuskih stanica i autobuskih stajališta i druge uslove u pogledu organizacije i obavljanja prevoza u drumskom saobraćaju (član 1.). Prema članu 11. st. 1. i 2. Zakona javni prevoz putnika i stvari obavlja se u skladu sa tim zakonom i opštim uslovima prevoza koji utvrđuje Privredna komora Srbije. U članu 24. stav 1. Zakona propisano je da se prijem putnika u vozilo i iskrcavanje putnika u linijskom prevozu vrši na autobuskim stanicama i autobuskim stajalištima koji su uneti u red vožnje. Članom 25. Zakona propisano je da preduzeće koje upravlja autobuskom stanicom mora da vrši usluge prevoznicima i putnicima pod jednakim uslovima i u skladu sa opštim uslovima poslovanja autobuskih stanica koje utvrđuje Privredna komora Srbije. Stavom 3. člana 29. Zakona određeno je da se za korišćenje autobuskog stajališta ne može putnicima i prevoznicima naplaćivati naknada. U članu 48. stavu 1. tačka 3), 8) i 9) Zakona propisano je da će se novčanom kaznom kazniti za privredni prestup preduzeće i drugo pravno lice ako: koristi autobuska stajališta koja opština, odnosno grad nije odredila za linijski prevoz putnika (tačka 3.), ako preduzeće koje upravlja autobuskom stanicom ne vrši usluge pod jednakim uslovima (tačka 8) ako za korišćenje autobuskog stajališta naplaćuje naknadu (tačka 9.).

¹¹⁹³ U članu 50. stav 1. tačka 1. Zakona o prevozu u drumskom saobraćaju propisano je da će se novčanom kaznom kazniti za prekršaj preduzeće i drugo pravno lice ako obavlja javni prevoz protivno opštim uslovima prevoza.

¹¹⁹⁴ Članom 13. stav 6. Opštih uslova u međurespubličkom i međurepubličkom drumskom prevozu putnika („Službeni glasnik RS“, br. 21/96, 7/2000 i 47/2002), koji je donela Privredna komora Srbije, izričito je

izričito zabranjuje naplatu naknade za korišćenje autobusnog stajališta od putnika i prevoznika (član 29. stav 3. Zakona). Međutim, u delu osporenog člana 21. Opštih uslova poslovanja autobuskih stanica, propisano je da autobuska stanica, cenovnikom utvrđuje iznos naknade i za one prevoznike koji usmeravaju putnike u svoje autobuse ili vrše prijem putnika izvan autobuskih stanica i stajališta. „Stoga je, Ustavni sud ocenio da, u delu osporene odredbe člana 21. Opštih uslova koji glasi: „usmeravaju putnike u svoje autobuse ili vrše prijem putnika izvan autobuskih stanica i stajališta“, donosilac akta nije mogao propisati mogućnost da se za nezakonito ponašanje, (koje predstavlja prijem putnika izvan autobuske stanice i stajališta), od prevoznika naplaćuje naknada za staničnu uslugu (prijema i otpreme autobusa) koja nije izvršena. Polazeći od principa ustavnosti i zakonitosti utvrđenog u članu 119. stav 3. Ustava Republike Srbije, po kome svaki propis i opšti akt mora biti saglasan sa zakonom i ostalim republičkim propisima, Ustavni sud je zaključio da član 21. Opštih uslova, u navedenom delu nije u saglasnosti sa Ustavom. Predlog za utvrđivanje nezakonitosti preostalog dela člana 21. Opštih uslova, Sud je odbio, jer je ocenio da je taj deo odredbe donet saglasno ovlašćenju sadržanom u Zakonu. Povodom ostalih razloga osporavanja Sud je utvrdio da se Opšti uslovi poslovanja autobuskih stanica ne odnose na ugovorne odnose iz čl. 142. do 144. Zakona o obligacionim odnosima, kao i to da nije u nadležnosti Ustavnog suda da odlučuje o politici cena, odnosno o potrebi definisanja mera neposredne kontrole cena od strane nadležnih državnih organa. Na osnovu člana 130. Ustava Republike Srbije, deo odredbe člana 21. Opštih uslova, naveden u tački 1. izreke, prestaje da važi danom objavljivanja Odluke Ustavnog suda u „Službenom glasniku Republike Srbije“.¹¹⁹⁵

U slučajevima u kojima je Ustavni sud ocenio da pojedini opšti uslovi poslovanja imaju karakter propisa i opšteg akta i doneo odluke kojim utvrđuje da određene odredbe OUP nisu u saglasnosti sa Ustavom (i zakonom), može se uvideti različiti značaj ustavne kontrole OUP od kontrole koja se vrši pred redovnim sudovima. Ustavna kontrola opštih uslova poslovanja, u kojoj je Ustavni sud našao da određena odredba OUP nije u saglasnosti sa Ustavom, ima za pravnu poslednicu dejstvo da takva odredba OUP prestaje

propisano da prevoznik ne može da vrši prijem i otpremu putnika i prtljaga izvan autobuske stanice i autobusnog stajališta.

¹¹⁹⁵ Iz obrazloženja Odluke Ustavnog suda IU- 32/2003 od 30.10.2003. („Službeni glasnik RS“, broj 116/2003).

da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda u službenom glasilu¹¹⁹⁶. Dakle intervencijom Ustavnog suda se, u opisanom smislu, sprečava primena odredbe opštih uslova poslovanja za sve buduće ugovarače, što nije slučaj kod kontrole OUP pred redovnim sudom, koja se odnosi samo na konkretan slučaj povodom koga je nastao spor.

Iako je Ustavni sud prilikom razmatranja i odlučivanja o pojedinim opštim uslovima poslovanja našao da neki od njih imaju karakter propisa i opšteg akta, postoje i slučajevi kada je stao na stanovište da OUP nemaju karakter opšteg akta. Tako je, naš Ustavni sud više puta doneo rešenja kojima ne prihvata inicijative za pokretanje postupaka za utvrđivanje neustavnosti i nezakornosti pojedinih odredaba opštih uslova, jer nemaju karakter opšteg akta. U ovakvim slučajevima (neprihvaćenih inicijativa), podnosioci inicijativa su uglavnom ukazivali na nefer, odnosno nekorektne klauzule u određenim OUP, kao odredbe protivne načelu savesnosti i poštenja.

U praksi našeg Ustavnog suda bilo je postavljeno pitanje nadležnosti Saveznog ustavnog suda u vezi sa opštim uslovima ugovora o tekućem računu. U konkretnom slučaju je Saveznom ustavnom sudu podneta inicijativa za ocenu ustavnosti i zakonitosti odredaba člana 8. Opštih uslova ugovora o tekućem računu kod Poštanske štedionice, od 1.3.1994. godine, jer se ugovorne strane tim uslovima dovode u neravnopravan položaj.¹¹⁹⁷ Savezni ustavni sud je ocenio da Opšti uslovi ugovora o tekućem računu kod Poštanske štedionice nemaju karakter opšteg akta, pa je odbacio inicijativu za ocenu njihove ustavnosti i zakonitosti zbog nenadležnosti za odlučivanje. „Savezni ustavni sud je u prethodnom postupku utvrdio da osporene odredbe navedenog akta predstavljaju ponudu za zaključenje ugovora o tekućem računu u cilju realizacije utvrđene poslovne politike i da se njima ne stvaraju niti ukidaju ili menjaju postojeće opšte pravne situacije, što je karakteristika opštih normi tj. akata, već se samo nude uslovi za ostvarenje pravnih situacija o čemu ugovorne strane odlučuju slobodno u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja. Budući da osporeni akt bez obzira na njegov naziv nema karakter opšteg akta, s toga je sud, na osnovu ustava SR Jugoslavije, odlučio da inicijativu odbaci zbog nenadležnosti za odlučivanje.”¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁶ Prema članu 168. stav 3. Ustava Republike Srbije „Službeni glasnik RS”, broj 98/2006) zakon ili drugi opšti akt koji nije saglasan Ustavu ili zakonu prestaje da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda u službenom glasilu.

¹¹⁹⁷ Osporenim odredbama propisana su prava i dužnosti ugovornih strana u slučaju gubitka ili krađe čekovne karte ili čekovnih blanketa vlasnika tekućeg računa.

¹¹⁹⁸ Iz obrazloženja rešenje Saveznog ustavnog suda, U- br. 226/01 od 26.6.2002. godine. Elektronska baza *Ing-pro*, pristup 18.03.2016. godine.

Ustavni sud je 2005. godine doneo rešenje kojim ne prihvata inicijativu za pokretanje postupka za utvrđivanje neustavnosti i nezakonitosti odredbe člana 23. st. 2. i 3. Odluke o uređenju naselja („Opštinski službeni glasnik“, broj 8/99), koju je donela Skupština opštine Arandelovac 9. jula 1999. godine, smatrajući da je Skupština opštine imala ustavno i zakonsko ovlašćenje da **uredi uslove** obavljanja komunalne delatnosti održavanja čistoće javnih i drugih površina u opštini.¹¹⁹⁹ Podnosilac inicijative je naveo da u svom dvorištu poseduje objekat u kome ne živi, koji je zatvoren i ne čisti se, a Javno komunalno preduzeće „Bukulja“ mu neosnovano naplaćuje usluge održavanja čistoće tog objekta. „Ustavni sud je utvrdio da je Skupština opštine Arandelovac imala ustavno i zakonsko ovlašćenje da uredi uslove obavljanja komunalne delatnosti održavanja čistoće javnih i drugih površina u opštini, kao delatnosti od opšteg interesa u koje spada i sakupljanje smeća iz stambenih, poslovnih i drugih objekata sa javnih površina i ulica,

¹¹⁹⁹ Skupština opštine Arandelovac je u svom odgovoru, između ostalog, navela da vršenje komunalne usluge odvoženja smeća, kao komunalne delatnosti od opšteg interesa ne može biti vezivano za činjenicu da li se objekat koristi ili ne, niti zavisiti od volje vlasnika objekta. U obrazloženju svog rešenja Ustavni sud navodi da je odredbama člana 23. Odluke Skupštine opštine Arandelovac propisano je da je Javno komunalno preduzeće „Bukulja“ dužno da vrši odvoženje smeća iz svih ulica i naselja gde je moguć pristup vozilima za iznošenje smeća (stav 1.); da se na području grada ne može niko osloboditi obaveze da plaća odvoženje smeća, pa i ako odbije korišćenje usluga ili kad smeće ukloni sam na bilo koji način (stav 2.); da se odvoženje smeća naplaćuje unazad, po izvršenoj usluzi, a prema utvrđenoj tarifi i da se usluga naplaćuje i ako nije izvršena krivicom korisnika usluga, onemogućavanjem ili odbijanjem usluge (stav 3.). Odredbom člana 113. stav 1. tačka 2. Ustava Republike Srbije utvrđeno je da opština, preko svojih organa, u skladu sa zakonom, uređuje i obezbeđuje obavljanje i razvoj komunalnih delatnosti. Zakonom o komunalnim delatnostima („Službeni glasnik RS“, br. 16/97 i 42/98) utvrđene su komunalne delatnosti, **opšti uslovi** i način njihovog obavljanja, kao i ovlašćenja organa opštine i grada da **uređuju i obezbeđuju uslove obavljanja** komunalnih delatnosti i njihovog razvoja (čl. 1. i 2.). Odredbama člana 4. Zakona propisano je da su komunalne delatnosti, u smislu tog zakona, delatnosti proizvodnje i isporuke komunalnih proizvoda i pružanje komunalnih usluga, koji su nezamenljiv uslov života i rada građana i drugih subjekata na određenom području, a kao komunalna delatnost određeno je i održavanje čistoće u gradovima i naseljima u opštini. Ta komunalna delatnost bliže je određena kao sakupljanje smeća i drugih prirodnih i veštačkih otpadaka iz stambenih, poslovnih i drugih objekata, osim industrijskog otpada i opasnih materija, njihovo odvoženje i odlaganje, uklanjanje otpada iz posuda za otpatke na javnim mestima, kao i smeća i drugog otpada sa ulica i javnih površina, čišćenje i pranje ulica, trgova, parkirišta i drugih javnih površina (član 5. tačka 5). Nadalje, Zakonom je propisano da za obavljanje komunalnih delatnosti opština osniva javna komunalna preduzeća ili njihovo obavljanje poverava drugom preduzeću, odnosno preduzetniku u skladu sa zakonom i propisom skupštine opštine (član 8. stav 1.); da skupština opštine propisuje **uslove i način organizovanja** poslova u vršenju komunalnih delatnosti i **uslove za korišćenje** komunalnih proizvoda, odnosno komunalnih usluga, prava i obaveze korisnika komunalnih usluga, način naplate cene za korišćenje komunalnih usluga kao i prava korisnika u slučaju nevršenja, odnosno nekvalitetnog vršenja komunalne usluge (član 13.); da Javno komunalno preduzeće odlučuje, uz saglasnost skupštine opštine, odnosno organa opštine koji skupština odredi o ceni komunalnih proizvoda i komunalnih usluga koju plaćaju neposredni korisnici, između ostalih i o iznošenju kućnog smeća (član 23.); određeni su elementi za obrazovanje cena komunalnih usluga (član 24.) s tim što je ostavljena mogućnost da to mogu biti i drugi elementi u zavisnosti od uslova na tržištu i specifičnosti pojedinih komunalnih usluga (član 24. tačka 5). Videti Rešenje Ustavnog suda IU-381/2003 od 26.05.2005. godine.

njihovo odvoženje i odlaganje, kao i da utvrdi neposrednim korisnicima obavezu plaćanja komunalne usluge sakupljanja i odvoženja smeća na način utvrđen osporenim odredbom Odluke. Imajući u vidu navedena Ustavom i zakonom utvrđena ovlašćenja skupštine opštine u propisivanju opštih uslova za obavljanje i korišćenje komunalnih usluga, Sud smatra da propuštanje donosioca propisa da naplatu komunalne usluge odvoženja smeća uslovi korišćenjem objekta, ne daje osnov za utvrđivanje neustavnosti i nezakonitosti.¹²⁰⁰

Iste 2005. godine Ustavni sud je slično postupio u sličnom slučaju, tako što je utvrdio da je donosilac osporenog akta imao ustavno i zakonsko ovlašćenje da uredi uslove obavljanja komunalne delatnosti održavanja deponija i da utvrdi obavezu plaćanja ove komunalne usluge. Ustavni sud je doneo rešenje kojim ne prihvata inicijativu¹²⁰¹ za pokretanje postupka za utvrđivanje neustavnosti i nezakonitosti odredbe člana 65. Odluke o komunalnim delatnostima¹²⁰² i odbacuje inicijativu za ocenjivanje ustavnosti i zakonitosti Rešenja Izvršnog odbora Skupštine opštine Titel o davanju saglasnosti JKP „Komunalac“ iz Titela na cenovnik komunalnih usluga broj 69/01 1203 i Rešenja Izvršnog odbora Skupštine opštine Titel o davanju saglasnosti JKP „Komunalac“ Titel na cenovnik komunalnih usluga donetog na Upravnom odboru 2. februara 2004. godine broj 29/04 1204. „Polazeći od navedenih ustavnih i zakonskih odredaba¹²⁰⁵ Ustavni sud je utvrdio da je

¹²⁰⁰ Iz obrazloženja Rešenja Ustavnog suda IU-381/2003 od 26.05.2005. godine.

¹²⁰¹ Podnosilac inicijative navodi da je odredba člana 65. Odluke o komunalnim delatnostima kojom je propisano da su svi korisnici kod kojih nije organizovano iznošenje smeća već sami iznose svoje smeće na deponiju, dužni da snose troškove uređenja deponije nesaglasna sa Zakonom o komunalnim delatnostima i smatra da korisnici koji sami iznose svoje smeće na deponiju ne mogu da budu u obavezi da snose troškove uređenja i održavanja deponije. Iz istih razloga inicijator osporava i navedena Rešenja o davanju saglasnosti JKP "Komunalac" iz Titela na cenovnike komunalnih usluga. Skupština opštine Titel u odgovoru navodi da je na osnovu Zakona o komunalnim delatnostima, Odlukom o komunalnim delatnostima određena kao komunalna delatnost, delatnost održavanja čistoće u naseljenim mestima i održavanje deponija a da su, u skladu sa Zakonom i odredbama Odluke doneta i osporena Rešenja o davanju saglasnosti JKP "Komunalac" iz Titela na cenovnike komunalnih usluga. U odgovoru se takođe navodi da se veliki broj domaćinstava izjasnio da će sami iznositi svoje smeće i odbili su da potpišu ugovor sa JKP o organizovanom iznošenju smeća na deponiju tako da ta lica imaju obavezu da plaćaju naknadu za uređenje deponije dok je ta naknada za domaćinstva kojima smeće iznosi JKP sadržana u ceni iznošenja smeća. Videti Rešenje Ustavnog suda IU-418/2004 od 07.07.2005. godine.

¹²⁰² „Službeni list opštine Titel“, br. 7/98, 7/99, 2/02, 9/03 i 1/04.

¹²⁰³ „Službeni list opštine Titel“, broj 4/01.

¹²⁰⁴ „Službeni list opštine Titel“, broj 1/04.

¹²⁰⁵ Osporenim članom 65. Odluke o komunalnim delatnostima propisano je da su svi korisnici kod kojih nije organizovano iznošenje smeća već sami iznose svoje smeće na deponiju, dužni da snose troškove uređenja deponije (stav 1.) i da se naknada za korišćenje deponije utvrđuje po jednom metru kvadratnom površine stambenog odnosno poslovnog prostora. Odredbom člana 113. stav 1. tačka 2. Ustava Republike Srbije utvrđeno je da opština preko svojih organa, u skladu sa zakonom, uređuje i obezbeđuje obavljanje i razvoj komunalnih delatnosti. Zakonom o komunalnim delatnostima („Službeni glasnik RS“, br. 16/97 i 42/98) propisano je da su komunalne delatnosti u smislu tog zakona, delatnosti proizvodnje i isporuke komunalnih

Skupština opštine Titel imala ustavno i zakonsko ovlašćenje da uredi uslove obavljanja komunalne delatnosti održavanja deponija kao komunalne delatnosti od opšteg interesa i da utvrdi neposrednim korisnicima obavezu plaćanja komunalne usluge uređenja deponija na način utvrđen osporenim odredbom Odluke. Ustavni sud, na osnovu člana 125. Ustava nije nadležan da odlučuje u sporovima koji nastanu u primeni propisa, pa prema tome ni u sporovima koji su nastali u primeni navedene Odluke. U vezi sa osporavanjem navedenih Rešenja o davanju saglasnosti JKP „Komunalac” iz Titela na cenovnike komunalnih usluga, Ustavni sud smatra da cenovnici kao ni akti kojima se daje saglasnost na njihovu sadržinu ne predstavljaju opšte pravne akte u smislu člana 125. Ustava iz kog razloga je Ustavni sud odbacio zahtev za njihovu ocenu.¹²⁰⁶

Takođe 2005. godine je Ustavni sud doneo rešenje kojim ne prihvata inicijativu za pokretanje postupka za utvrđivanje neustavnosti i nezakonitosti odredaba člana 86. stav 1, člana 88. st. 1. i 3, člana 112. stav 2. i člana 115. Odluke o opštem komunalnom uređenju¹²⁰⁷ i odbacuje inicijativu¹²⁰⁸ za „ocenu zakonitosti uvedenih dažbina gradskih komunalnih javnih preduzeća“. Na osnovu ustavnih i zakonskih odredaba¹²⁰⁹, Ustavni sud

proizvoda i pružanje komunalnih usluga, koji su nezamenljiv uslov života i rada građana i drugih subjekata na određenom području, a između ostalih, kao komunalna delatnost određeno je i održavanje deponija (član 4. stav 1. tačka 8.); ta komunalna delatnost bliže je određena kao opremanje deponija za bezbedno odlaganje, obradu, neutralisanje i uništavanje komunalnog otpada i otpada opasnih materija u gradovima i naseljima, kao i selekcija i prerada sekundarnih sirovina iz otpada na deponijama (član 5. tačka 8.). Zakonom je dalje predviđeno da skupština opštine propisuje uslove i način organizovanja poslova u vršenju komunalnih delatnosti i uslove za korišćenje komunalnih proizvoda, odnosno komunalnih usluga, prava i obaveze korisnika komunalnih usluga, način naplate cene za korišćenje komunalnih usluga kao i prava korisnika u slučaju nevršenja odnosno nekvalitetnog vršenja komunalne usluge (član 13.); da Javno komunalno preduzeće odlučuje, uz saglasnost skupštine opštine, odnosno organa opštine koji skupština odredi o ceni komunalnih proizvoda i komunalnih usluga koju plaćaju neposredni korisnici (član 23); određeni su elementi za obrazovanje cena komunalnih usluga (član 24.), s tim što je ostavljena mogućnost da to mogu biti i drugi elementi u zavisnosti od uslova na tržištu i specifičnosti pojedinih komunalnih usluga (član 24. tačka 5.).

¹²⁰⁶ Iz obrazloženja Rešenja Ustavnog suda IU-418/2004 od 07.07.2005. godine.

¹²⁰⁷ „Službeni glasnik opštine Požarevac“, broj 3/99.

¹²⁰⁸ U inicijativi kojom se osporavaju odredbe navedene odluke inicijator navodi da je tom odlukom „uvedena naplata zakupa kontejnera kao i povećanje stambene površine stana za 29-30% u odnosu na površinu samog stana.“ Uz inicijativu priloženi su i računi o uvođenju naknada za kontejner od 1. do 30. aprila 1999. godine, za povećanje površine stana za garažu, podrumске prostorije, ogrev i ostalo od 1. do 31. maja 2000. i račun od 1 - 30. novembra 2004. godine. Inicijator nije naveo zakon u odnosu na koji traži ocenu zakonitosti osporenih odredaba Odluke. Ustavni sud je, na osnovu člana 15. stav 1. i čl. 16. i 18. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom i pravnom dejstvu njegovih odluka inicijative dostavio Izvršnom odboru Skupštine opštine Požarevac i upravnim odborima javnih komunalnih preduzeća „Iznošenje smeća“ i „Vodovod i kanalizacija“ koji ni nakon urgencije nisu dostavili osporene akte i odgovor na navode iznete u predstavkama. Videti: Rešenje Ustavnog suda IU-6/2002 od 28.04.2005. godine.

¹²⁰⁹ Ustavni sud je utvrdio sledeće: Osporenim odredbama Odluke o opštem komunalnom uređenju bila su uređena pojedina pitanja u vezi sa vršenjem komunalne delatnosti iznošenja i deponovanja kućnog smeća, određenjem šta spada u kućno smeće (član 86. stav 1.); propisana obaveza držanja kućnog smeća u

je ocenio, da osporenim odredbama Odluke nisu prekoračena ovlašćenja opštine u pogledu uređivanja uslova obavljanja komunalne delatnosti utvrđena Ustavom i zakonom. Osporenim odredbama Odluke, po oceni Suda, bilo je na opšti način uređeno obavljanje komunalnih delatnosti određenjem šta obuhvata održavanje čistoće i iznošenje i deponovanje kućnog smeća u najširem smislu, kao i utvrđivanje osnovice za naknadu za komunalnu uslugu preduzeću koje obavlja čišćenje i iznošenje smeća sa javnih površina i iznošenje i deponovanje smeća pravnim i fizičkim licima, odnosno propisivanjem da je korisnik komunalne usluge dužan da plaća utvrđenu cenu usluge. „Odlučivanje o osnovanosti visine iznosa koju je korisnik komunalne usluge dužan da plati preduzeću koje pruža komunalnu uslugu nije u nadležnosti Ustavnog suda koja je utvrđena odredbama člana 125. Ustava. Polazeći od navedenog, a imajući u vidu da osporenim odredbama nisu bila uređena pitanja na način koji je suprotan navedenim zakonskim odredbama, Ustavni sud nije prihvatio inicijativu za pokretanje postupka za utvrđivanje neustavnosti i nezakonitosti osporenih odredaba Odluke.“¹²¹⁰

Ustavnom sudu Republike Srbije podnete su i dve inicijative za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti i zakonitosti više odredaba Odluke o grejanju¹²¹¹. Prvom inicijativom osporene su odredbe čl. 17, 24, 27, 28, 30, 31, 34. i 37. Odluke, koje, po mišljenju inicijatora, protivno odredbama Zakona o održavanju stambenih zgrada¹²¹²

tipiziranim posudama (član 88. st. 1. i 3.); uređen način utvrđivanja naknade za čišćenje i iznošenje smeća za fizička i pravna lica kao i obaveza korisnika komunalne usluge da plaća utvrđenu cenu usluge (član 112. st. 2. i član 115.) Ustavom Republike Srbije utvrđeno je da opština, preko svojih organa, u skladu sa zakonom, uređuje i obezbeđuje, pored ostalog, obavljanje i razvoj komunalnih delatnosti (član 113. stav 1.). Zakonom o komunalnim delatnostima („Službeni glasnik RS“, br. 16/97 i 44/98) utvrđeni su opšti uslovi i način obavljanja komunalnih delatnosti kao i ovlašćenja opštine, odnosno grada da uređuje i obezbeđuje uslove obavljanja komunalnih delatnosti i njihovog razvoja (čl. 1. i 2.). Zakonom je kao komunalna delatnost određeno održavanje čistoće u gradovima i naseljima u opštini kao sakupljanje smeća i drugih prirodnih i veštačkih otpadaka iz stambenih, poslovnih i drugih objekata (čl. 4. i 5.). Odredbom člana 13. Zakona, određeno je da skupština opštine propisuje uslove i način organizovanja poslova u vršenju komunalnih delatnosti i uslova za korišćenje komunalnih proizvoda, odnosno komunalnih usluga a naročito tehničko, sanitarno-higijenske i druge posebne uslove za obavljanje delatnosti kojima se obezbeđuje određeni obim, vrsta i kvalitet usluga, ako njihov kvalitet nije propisan (stav 1. tačka 1); način obezbeđivanja kontinuiteta u vršenju komunalnih delatnosti (tačka 2.); prava i obaveze javnog komunalnog ili drugog preduzeća koja obavljaju komunalnu delatnost i korisnika usluga (tačka 3.), kao i način naplate cena za komunalne usluge (tačka 4.). Članom 23. stav 1. Zakona, dato je ovlašćenje javnom komunalnom preduzeću da odlučuje uz saglasnost skupštine opštine, odnosno organa opštine koji skupština odredi o ceni komunalnih proizvoda i komunalnih usluga koju plaćaju neposredni korisnici (isporuka vode i toplotne energije, iznošenje kućnog smeća i dr.), a odredbama člana 24. Zakona, taksativno su nabrojani elementi za obrazovanje cena komunalnih usluga.

¹²¹⁰ Iz obrazloženja Rešenja Ustavnog suda IU-6/2002 od 28.04.2005. godine.

¹²¹¹ „Službeni list opštine Čačak“, broj 4/2002.

¹²¹² „Službeni glasnik RS“, br. 44/95,46/98 i 1/2001.

utvrđuju ovlašćenja isporučioaca u pogledu održavanja kućnih toplotnih instalacija¹²¹³, a obaveze isporučioaca uređuju na način koji ne obezbeđuje ravnopravan položaj javnog preduzeća koje vrši uslugu i korisnika. U tom smislu ukazuje se na nepostojanje ekvivalencije u međusobnim obavezama odnosno, da osporene odredbe sadrže nepravilna i neprecizna, pa i za primenu nemoguća rešenja. Drugom inicijativom tražena je ocena ustavnosti i zakonitosti odredaba člana 38. Odluke, jer, prema navodima inicijatora, propisuju „da će se sa daljinskog sistema grejanja isključiti sve zgrade - potrošači čija je naplata potraživanja za isporučenu toplotnu energiju ispod 80% od utvrđene visine dugovanja“¹²¹⁴ što nije u saglasnosti sa zakonom utvrđenim ovlašćenjima opštine. Takođe, navodi se da je na taj način, opština u cilju efikasnije naplate, dovela u neravnopravan položaj građane koji redovno plaćaju pružene usluge sa onima koji neredovno plaćaju obaveze za isporučenu toplotnu energiju, čime su povređene i odredbe člana 13. Ustava.¹²¹⁵ Na osnovu uvida u sadržinu osporenih odredaba Odluke¹²¹⁶, a polazeći od

¹²¹³ Član 17. navedene odluke.

¹²¹⁴ Rešenje Ustavnog suda IU-157/2003 od 10.02.2005. godine.

¹²¹⁵ Videti Rešenje Ustavnog suda IU-157/2003 od 10.02.2005. godine.

¹²¹⁶ U sprovedenom postupku utvrđeno je sledeće: Skupština opštine Čačak se nije izjašnjavala o razlozima osporavanja odredaba Odluke iznetim u predstavkama, već je samo dostavila tekst osporene Odluke, a naknadno i Odluku o izmenama Odluke o grejanju („Službeni list opštine Čačak“, broj 11/2004). Odredbama člana 17. Odluke propisana je zabrana priključenja i isključenja kućnih razvodnih postrojenja iz sistema za snabdevanje toplotnom energijom bez saglasnosti isporučioaca toplote kao i prepravka kućnih instalacija; utvrđena je obaveza vlasnika objekta ili korisnika usluge da ovlašćenim licima isporučioaca omoguće pristup instalacijama za grejanje radi pregleda i kontrole, kao i da na zahtev isporučioaca toplote uspostave ranije stanje u roku koji odredi isporučilac, te da u protivnom isporučilac može izvršiti isključenje objekta iz sistema grejanja. Odredbama čl. 24, 27, 28, 30, 31, 34. i 37. Odluke utvrđene su obaveze isporučioaca u pogledu temperatura koje je obavezan da održava u prostorijama potrošača sa dozvoljenim odstupanjima, trajanje grejnog dana, postupak reklamacije, postupak otklanjanja nedostataka, uslovi pod kojima korisnik može otkazati preuzimanje toplotne energije, te pravila pod kojima se utvrđuje mesečni iznos zaduženja korisnika usluge. Odredbama člana 38. Odluke, bila je utvrđena mogućnost isporučioaca da isključi „korisnika“ iz sistema grejanja u skladu sa tehničkim uslovima ako je procenat naplativosti za izvršenu uslugu grejanja ispod 80%; obaveza isporučioaca toplote da korisnika usluge obavesti o stepenu naplativosti i da ostavi naknadni rok za uplatu naknade za izvršenu uslugu, te da je, ukoliko korisnici usluge grejanja ne izvrše obavezu ni u naknadno ostavljenom roku, isporučilac toplote dužan da u narednih 24. sata isključi korisnika iz sistema grejanja, a pri svemu, procenat naplativosti utvrđivao se svakog petnaestog u mesecu. Odlukom o izmenama Odluke o grejanju, koja je stupila na snagu 25. septembra 2004. godine izmenjena je sadržina osporenog člana 38. Odluke propisivanjem da isporučilac i toplote i korisnik usluge međusobne odnose uređuju ugovorom. Odredbom člana 72. stav 1. tačka 4. Ustava Republike Srbije, određeno je da Republika Srbija uređuje i obezbeđuje obligacione odnose, a odredbom člana 113. stav 1. tačka 2. određeno je da opština u skladu sa zakonom uređuje i obezbeđuje obavljanje i razvoj komunalnih delatnosti. Zakonom o komunalnim delatnostima („Službeni glasnik RS“ br. 16/97 i 42/98) propisano je da opština, u skladu sa ovim zakonom, uređuje i obezbeđuje uslove obavljanja komunalnih delatnosti i njihov razvoj, kao i da su komunalne delatnosti, delatnosti od opšteg interesa (čl. 2. i 3.). Odredbama čl. 4. i 5. Zakona propisano je da je proizvodnja i snabdevanje parom i toplom vodom jedna od delatnosti koja predstavlja nezamenljiv uslov života i rada građana i drugih subjekata na određenom području i dat je bliži opis te komunalne delatnosti.

navedenih odredaba Ustava i Zakona o komunalnim delatnostima, Ustavni sud je utvrdio da je skupština opštine bila ovlašćena da svojim propisom uredi pitanja utvrđena osporenim odredbama Odluke, pa je ocenio da nema osnova za prihvatanje inicijative za pokretanje postupka za utvrđivanje njihove neustavnosti i nezakonnosti. „O razlozima osporavanja pojedinih odredaba čl. 24, 27, 28, 30, 31, 34 i 37. Odluke, koji se tiču njihove celishodnosti, nedovoljne preciznosti, nepotpunosti, nepravičnosti i primene, Ustavni sud Republike Srbije, saglasno članu 125. Ustava Republike Srbije, nije nadležan da odlučuje. Sud je, takođe, ocenio da je neosnovano pozivanje inicijatora na odredbe Zakona o održavanju stambenih zgrada, jer je utvrdio da predmet osporenih odredaba člana 17. Odluke nisu pitanja uređena tim Zakonom, već propisivanje uslova i načina organizovanja poslova u vršenju komunalnih delatnosti i uslova za korišćenje komunalnih proizvoda u cilju obezbeđivanja kontinuiteta komunalnih usluga, a u okviru komunalne delatnosti koja se obavlja u opštem interesu. Po oceni Suda neosnovani su i navodi o neustavnosti i nezakonnosti odredaba člana 38. Odluke, jer osporene odredbe ovog člana Odluke, cenjeno prema njihovom jezičkom izrazu nisu utvrđivale ovlašćenje isporučioca toplote na isključenje „stambene zgrade“ iz sistema grejanja, već su propisivale primenu te mere prema „korisniku usluge“. Kako je u članu 4. Odluke utvrđeno da su korisnici usluga «vlasnici, korisnici i zakupci stanova, poslovnih prostorija u stambenim zgradama, poslovnim objektima i investitori objekata u izgradnji», sledi da je član 38. ovlašćivao na primenu mere isključenja korisnika u skladu sa članom 15. Zakona o komunalnim

Članom 13. Zakona utvrđeno je ovlašćenje opštine da propisuje uslove i način organizovanja poslova u vršenju komunalnih delatnosti i uslove za korišćenje komunalnih proizvoda, odnosno usluga, a naročito: tehničke, sanitarno – higijenske i druge posebne uslove za obavljanje delatnosti kojima se obezbeđuje određeni obim, vrsta i kvalitet usluge, ako njihov kvalitet nije propisan; način obezbeđivanja kontinuiteta u vršenju komunalnih delatnosti; prava i obaveze javnog komunalnog preduzeća, i korisnika komunalnih proizvoda i usluga; način naplate cene za komunalne proizvode, odnosno za korišćenje komunalnih usluga, kao i prava korisnika u slučaju neisporuke ili nekvalitetne isporuke komunalnog proizvoda i nevršenja, odnosno nekvalitetnog vršenja komunalne usluge i način postupanja i ovlašćenja opštine u slučaju prekida u proizvodnji komunalnih proizvoda ili pružanju usluga u slučaju nepredviđenih okolnosti. Odredbama člana 15. Zakona propisano je da se isporuka komunalnog proizvoda, odnosno pružanje komunalne usluge ne može uskratiti korisniku, osim u slučajevima i pod uslovima utvrđenim Zakonom i to: ako komunalni proizvod, odnosno uslugu koristi nenamenski, preko dozvoljenog obima ili drugog propisanog uslova ili samovlasno bez odobrenja nadležnog organa, odnosno organizacije, ako ne plaća komunalnu uslugu u propisanim rokovima i ako preuzimanje komunalnog proizvoda, odnosno usluga vrši preko objekta, uređaja i instalacija koje ne ispunjavaju uslove u pogledu tehničke ispravnosti, sanitarne zaštite, zaštite životne sredine i druge propisane uslove (st. 1. i 2.). Odredbom stava 3. istog člana, Zakon nalaže obavezu komunalnog preduzeća da po prestanku razloga za uskraćivanje isporuke, u roku od 3 dana od podnošenja zahteva korisnika, nastavi pružanje usluge, a stavom 4. ovlašćuje skupštinu opštine da bliže utvrđuje u kojim od nabrojanih slučajeva i pod kojim uslovima se može uskratiti isporuka komunalnog proizvoda, odnosno komunalnih usluga fizičkim i pravnim licima.

delatnostima. Eventualna nezakonita primena odredaba člana 38. u vidu uskraćivanja isporuke potrošačima koji su platili uslugu, nije osnov za utvrđivanje njihove nesaglasnosti s Ustavom, odnosno zakonom, već može biti predmet spora pred nadležnim organima.¹²¹⁷

¹²¹⁷ Iz obrazloženja Rešenja Ustavnog suda IU-157/2003 od 10.02.2005. godine.

ZAKLJUČAK

Disertacija je pokazala da opšti uslovi poslovanja predstavljaju izraz ideje samoregulisanja ugovornih odnosa od strane jednog saugovarača i rezultat privatnog normiranja, kao i da imaju narastajući značaj u obligacionom (uključujući ugovorno potrošačko pravo), unutrašnjem trgovinskom i u međunarodnom trgovinskom pravu. Domen primene OUP je sve veći i beleži progresivan rast, kako u pogledu broja subjekata prava koji ih primenjuju, tako i u pogledu oblasti u kojima se OUP primenjuju. Savremeni pravni život pokazuje da su opšti uslovi poslovanja postigli svoj puni domašaj, te da se veliki praktični pravni značaj i česta primena ovog izvora ugovornog prava osnovano može očekivati i u budućnosti.

Istraživanje je potvrdilo da su pravna pitanja koja su identifikovana prilikom izrade projekta ove doktorske disertacije pravnorelevantna i nedovoljno izučavana, te je disertacija omogućila donošenje zaključaka po sve četiri tačke sadržane u naslovu teze, koje su istovremeno bile i kriterijum za sistematizaciju disertacije u četiri celine.

Po prvom pitanju - određenju pojma OUP, istraživanjem su postavljeni kriterijumi razgraničenja između opštih uslova poslovanja i drugih srodnih izvora ugovornog prava. Nakon analize, utvrđena je najveća međusobna sličnost opštih uslova poslovanja, tipskih (standardnih) ugovora i athezionih ugovora, koji bi se, zbog utvrđenih zajedničkih osobina, mogli označiti zajedničkim imenom: izvori formularnog prava, a disciplinu koja bi ih izučavala bismo mogli nasloviti: formularno pravo. Nadalje, disertacija je omogućila izvođenje kriterijuma međusobnog razgraničenja navedena tri srodna pravna instituta. Istraživanjem je identifikovano 14 karakteristika opštih uslova poslovanja, na osnovu kojih je izgrađen tipski pojam, tj. ponuđena je definicija, kojom su OUP određeni kao sistem pisanih pravila po kojima posluje privredni subjekt i koje predlaže svojim potencijalnim saugovaračima kao podobne da, uključenjem u ugovor, u celosti ili u određenom delu urede buduće ugovorne odnose, tj. postanu izvor pravila za regulisanje međusobnih prava i obaveza. U skladu sa tim se može se zaključiti i da OUP predstavljaju svojevrsnu privatnu (autonomnu) kodifikaciju poslovne prakse privrednog subjekta koji ih kreira - dokument kojim on pravno uobličava svoje poslovne interese kroz uslove za koje želi da postanu sastavni deo ugovora koje će zaključivati.

Razmatranje zaključenja ugovora primenom opštih uslova poslovanja, otvorilo je više pravnih pitanja. Polazno pitanje jeste određenje karaktera OUP, tj. šta oni kao takvi,

po sebi, predstavljaju pre uključivanja u konkretan ugovorni odnos. Pravna analiza je pokazala trostruki potencijal OUP u statici, te da oni, u zavisnosti od svoje sadržine spram budućeg ugovornog odnosa, mogu predstavljati: opštu ponudu, sastavni deo ponude ili poziv da se učini ponuda. Pravnoteorijski posmatrano, ako opšti uslovi poslovanja sadrže sve bitne elemente (sastojke) budućeg ugovora tako da njihovim prihvatanjem ugovor biva zaključen i ako su objavljeni na uobičajeni način i dostupni javnosti, onda predstavljaju opštu ponudu i proizvode pravno dejstvo kao ponuda. Ako neki od ovih uslova nije ispunjen ili ako je tako izričito navedeno ili to proizlazi iz teksta opštih uslova poslovanja, zakona ili običaja, onda oni važe kao poziv da se učini ponuda. U poslovnoj praksi, međutim, OUP najčešće ne sadrže bitne elemente budućeg ugovora te oni, po pravilu, praktičnopravno posmatrano ne predstavljaju opštu ponudu, tj. ponudu javnosti, već sistem dopunskih pravila za uređenje međusobnih prava i obaveze, kojima ugovarači isključuju primenu dispozitivnih zakonskih odredbi na svoj ugovorni odnos.

U literaturi koja obrađuje OUP se često izlaže stav da se oni, po pravilu, vezuju za privredne subjekte koji imaju monopolski položaj na tržištu. Za razliku od toga, istraživanje sprovedeno tokom izrade ove teze pokazuje i upravo suprotno: da se OUP kreiraju i koriste u raznim privrednim granama, uključujući i one u kojima postoji razvijena konkurencija, tj. izuzetno veliki broj privrednih subjekata koji obavljaju istu vrstu delatnosti. Činjenica da OUP postoje i primenjuju se i u uslovima tržišne utakmice ukazuje da monopolski položaj nije odlučujuća karakteristika subjekata koji ih kreiraju.

Imajući u vidu činjenicu da je krug subjekata koji primenjuju OUP veoma širok, smatram da se danas može govoriti o uticaju OUP na poslovne običaje u određenoj grani. Pritom, ako bismo želeli da utvrdimo da li OUP utiču na formiranje običaja, ili je sadržina OUP rezultat formiranog poslovnog običaja, tj. svojevrsna autonomna kodifikacija pravila trgovinske prakse i običaja u određenoj oblasti, onda nema sumnje da između njih postoji uzajamni međusobni uticaj. Taj zaključak potvrđuje i pojava, koja se jasno uočava i može se pratiti, a to je lančana reakcija u promenama OUP u određenim granama privrede, koja se ispoljava tako što se u određenom periodu izmene OUP u gotovo svim turističkim agencijama, ili u kraćem vremenu poslovne banke redom menjaju svoje OUP unoseći slične klauzule, itd. Ovakva lančana reakcija, koja dovodi do sličnih rešenja sadržanih u OUP različitih subjekata u okviru istog sektora, danas je posledica delovanja konkurencije u tržišnoj privredi s jedne strane, a rezultat je i sve veće borbe za prava potrošača, sa druge.

OUP kao autonomni izvor međunarodnog i domaćeg trgovinskog, tj. uopšte specifičan izvor ugovornog prava kreiraju različiti subjekti. To su najčešće (veliki) privredni subjekti, ali i država, kao i međunarodne organizacije i strukovna udruženja.

Različita mišljenja o pravnoj prirodi OUP mogu se sistematizovati u dva osnovna teorijska pristupa: prvi, koji je bio dominantan u ranijim radovima pravnih pisaca i koji potencira normativnu teoriju, i drugi, koji naglašava njihovu ugovornu pravnu prirodu, što je danas preovlađujuće stanovište u većini država. I dalje bi se moglo diskutovati da li se može *a priori* odrediti pravna priroda OUP koja bi bila ista za sve opšte uslove poslovanja ili se razlika može praviti prema donosiocu i načinu važenja, kao i da li jedni isti OUP mogu na različiti način važiti pre i nakon uključivanja u konkretan ugovorni odnos. Ipak, u prilog stanovištu o ugovornoj pravnoj prirodi OUP ne govori samo savremeno argumentovano opredeljenje pravne dogmatike, već i činjenica da je uporednopravna analiza pravnog režima OUP u odabranim vodećim pravima kako evropsko-kontinentalnog, tako i anglosaksonskog pravnog kruga, u ovoj disertaciji pokazala da je institut opštih uslova poslovanja u pozitivnim nacionalnim pravnim sistemima danas uređen normama ugovornog, tj. šire posmatrano građanskog prava. Isti pristup, kako pokazuje analiza sprovedena u ovoj disertaciji, zastupljen je i u nadnacionalnim izvorima prava, kao i u do sada dostupnoj sudskoj praksi iz različitih pravnih sistema.

Analiza nastanka, razvoja i uticaja OUP i sagledavanje njihovog mesta i značaja u današnjem pravnom životu, pokazuje da opšti uslovi poslovanja kao izvor autonomnog prava, predstavljaju jedan od najznačajnijih instrumenata spontane unifikacije prava, a naročito posmatrano u pojedinim sektorima pravnog života u kojima se koriste na nacionalnom nivou. Istovremeno, s obzirom na činjenicu da OUP kreiraju i međunarodne organizacije i udruženja, te da se jedan isti tekst opštih uslova (npr. ženevskih opštih uslova, FIDIC-ovih opštih uslova) primenjuje širom sveta, OUP predstavljaju i jedan od najznačajnijih instrumenata i autonomne međunarodne unifikacije trgovinskog prava. S obzirom na trend i benefite od međunarodne unifikacije ugovornog prava, a koja se najčešće ističe kao rezultat međunarodnih konvencija, ova disertacija je pokazala da OUP imaju važno mesto kao instrument unifikacije, a s obzirom da međunarodne konvencije karakteriše dug postupak donošenja, potom nacionalnih ratifikacija, kao i mogućnost stavljanja rezervi, zbog čega nekada u praksi već u trenutku stupanja na snagu bivaju delimično prevaziđene, čini se da OUP imaju u tom smislu mnoge prednosti i da je u budućnosti potrebno istražiti nedovoljno vidljiv doprinos autonomnih izvora ukupnoj

unifikaciji ugovornog prava. Istraživanje je pokazalo da rešenja sadržana u OUP vremenom postaju poslovni običaji i standard u poslovnom svetu, što doprinosi stonanoj harmonizaciji i unifikaciji pravila i postupnom razvoju prava.

Kada se analiziraju oblasti u kojima se OUP učestalo primenjuju kao glavni izvor uređenja ugovornih odnosa, zaključuje se da su opšti uslovi poslovanja primarni ili dominantan (globalni) izvor regulisanja ugovornih odnosa u onim oblastima međunarodnog trgovinskog prava u kojima nije bilo uspeha sa donošenjem međunarodne konvencije. U tim sektorima u kojima nije bilo uspeha da se donesu međunarodne konvencije, upravo opšti uslovi poslovanja kao izvor savremene *lex mercatoria* pokazuju sve svoje prednosti, efikasnost i zasluženost dolaze u prvi plan. Ovakav zaključak se može izvesti i sagledavanjem današnjih aktuelnih izvora za poslove međunarodne špedicije, sa jedne strane i poslove građenja u međunarodnom prometu, sa druge. Kako se uprkos postojanju nacrtu konvencije koju je pripremio Međunarodni institut za unifikaciju privatnog prava sa sedištem u Rimu, od poslednje verzije iz 1968. godine do danas nije uspelo sa donošenjem konvencije, poslovi međunarodne špedicije su i na nacionalnom nivou u mnogim državama uređeni opštim uslovima poslovanja koje su donela nacionalna udruženja špeditera ili trgovinske komore. U oblasti međunarodnih poslova građenja takođe ne postoji međunarodna konvencija i takođe su dominantan izvor opšti uslovi. Razlika je u tome što opšte uslove za poslove građenja nisu, kao kod špedicije donosila nacionalna udruženja, već međunarodno udruženje – FIDIC, koje je objavilo nekoliko vrsta opštih uslova za različite vrste građevinskih poslova i različite objekte koji se grade.

Do navedenog zaključka o ulozi OUP u međunarodnom trgovinskom pravu se može doći i analizom stanja i razvoja prava na još jednom nivou: nakon uspeha u donošenju konvencija u određenoj oblasti, značaj i primena OUP opada direktno sa jačanjem uloge konvencije. Tako, na primer, nakon globalnog uspeha u donošenju i primeni Bečke konvencije (Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe), može se uočiti pad primene ženevskih opštih uslova (koje je izradila Ekonomska komisija UN za Evropu), koji gube na značaju i učestalosti primene u regulisanju poslova međunarodne prodaje robe. Sa druge strane, opšti uslovi su danas i dalje dominantan izvor u poslovnima špedicije i građenja, jer tu još uvek nemamo uspeha sa donošenjem međunarodne konvencije, na način kako se uspelo sa Bečkom konvencijom. Ovakvo stanje stvari pokazuje komplementarnu i sinergijsku ulogu opštih uslova poslovanja kao instrumenta unifikacije prava (posebno u poređenju sa međunarodnim konvencijama).

U odnosu na ostale izvore obligacionog i međunarodnog trgovinskog prava, OUP pokazuju određene prednosti, što se naročito vidi kada je u pitanju brzina donošenja i menjanja i to kako u odnosu na zakone na nacionalnom nivou, tako i u odnosu na međunarodne konvencije, na međunarodnom nivou. Brzina izmene regulative veoma je važna za savremeno poslovno okruženje. S obzirom na stroge propise i trajanje zakonodavnog postupka, mnogo je lakše i brže kroz OUP nego zakon odgovoriti potrebama poslovne prakse da se određena rešenja poboljšaju, odnosno da se unesu nova, savremenija pravila ili bolja rešenja koja su svoju primenu potvrdila u stranom pravu. Istraživanje je pokazalo da kontinuirano unapređivanje opštih uslova poslovanja kod pojedinih privrednih subjekata nekada dovodi i do toga da čak u toku 6 meseci sastave i po tri OUP. U odnosu prema međunarodnim konvencijama, za čiju je pripremu i usvajanje potrebno dosta vremena, prednosti OUP postaju još uočljivije.

Uprkos postojanju različitih pravnih krugova, pravnih sistema, pravnih kultura i tradicija, savremeno međunarodno trgovinsko pravo karakterišu multinacionalne kompanije kao dominantni subjekti međunarodnih poslovnih i međunarodnih ekonomskih odnosa. Upravo one svoju poslovnu politiku najčešće izražavaju kroz opšte uslove poslovanja, koji čak u različitim državama sadrže ista ili bitno slična pravna rešenja, u skladu sa korporativnim opredeljenjem te kompanije (uz određene izuzetke, tj. izmene koje su nužne radi usklađivanja sa specifičnostima domaćeg pravnog sistema). Na taj način, multinacionalne kompanije putem opštih uslova poslovanja koje donose, posredno utiču i na harmonizaciju pravila poslovanja, odnosno ujednačavanje pravila poslovnih odnosa u različitim državama. Dodatni zamah ovom procesu daju globalizacija i karakteristike savremene ekonomije, jer učešće u međunarodnoj trgovini na posredan način, za posledicu ima i prihvatanje nadsacionalnih standarda koje multinacionalne kompanije uvode u nacionalne sisteme i praksu upravo kroz kreiranje svojih OUP. Na taj način se OUP mogu posmatrati i kao sredstvo harmonizacije, pa čak i unifikacije, ujednačavanja prava u delu koji se donosi na trgovinsko poslovanje. Domašaj OUP meri se u svetskim okvirima jer predstavljaju pogodan instrument za ujednačavanje privatnog, pre svega trgovinskog transnacionalnog prava zbog činjenice da ih stvaraju i primenjuju brojni subjekti koji učestvuju u međunarodnoj trgovini i svetskoj podeli rada.

Imajući u vidu postojeće tendencije ka globalizaciji prava (ne ulazeći na ovom mestu u pitanja da li je ona nužna i da li je realno u praksi dostižna), ali i posebnosti svakog pravnog sistema, moglo bi se zaključiti da OUP predstavljaju pre instrument harmonizacije nego unifikacije prava. Sa druge strane, moglo bi se pristupiti ovoj pojavi i

sa stanovišta da je harmonizacija samo jedna deonica unifikacije kao puta na čijem je kraju cilj stvaranje uniformnog (jednoobraznog) prava. U prilog ovakvom posmatranju tokova savremenog prava govore i stavovi pojedinih pravnih pisaca koji umesto pojmova harmonizacije i unifikacije, govore o konvergenciji, kao međusobnom zbližavanju različitih pravnih kultura.

Na opisani način, sprovedeno istraživanje je potvrdilo polaznu hipotezu ove disertacije da opšti uslovi poslovanja predstavljaju jedan od izvora autonomnog međunarodnog trgovinskog prava i jedan od instrumenata unifikacije ugovornog prava. Drugi deo disertacije, posvećen zaključenju ugovora primenom opštih uslova poslovanje, potvrdio je polazne hipoteze da zaključenje ugovora uključanjem primene OUP skraćuje pregovore (kao neobaveznu fazu zaključenja ugovora), da se iscrpnim regulisanjem tehničkih pitanja u opštim uslovima poslovanja smanjuje domen primene lokalnih trgovinskih običaja, kao i da se potpunim predviđanjem pravnih rešenja (za situacije do kojih dolazi u fazi ispunjenja ugovornih obaveza) u OUP, smanjuje potreba za primenom kolizionog pristupa u međunarodnom trgovinskom pravu. Istraživanje je pokazalo i da će se u određenim situacijama opšti uslovi poslovanja primeniti na ugovorni odnos iako njihova primena nije izričito ugovorena, kao i da se OUP koje stvaraju međunarodne organizacije i udruženja privrednika, s jedne, i velika privredna društva, sa druge strane, međusobno razlikuju po izbalansiranosti (ravnoteži) pravnog položaja ugovornih strana. Tako, OUP koje su kreirale međunarodne organizacije i udruženja su bolje izbalansirani i uglavnom ne remete ravnopravnost ugovornih strana, tj. ne favorizuju ni jednu od njih, dok se analizom klauzula OUP koje su kreirala (pojedinačna) privredna društava uočava da su se ona prilikom njihove izrade prevashodno rukovodila zaštitom sopstvenog interesa.

Zbog svega pokazanog u ovoj doktorskoj disertaciji, smatram ne bi bilo preterano reći da je primena OUP danas postala ne samo uobičajena i standardna praksa u ugovornim odnosima, već i da predstavlja jedan od principa i odlika savremenog ugovornog prava, kao i transnacionalnog pravnog poretka. Opšti uslovi poslovanja se, kao izvor prava, kontinuirano unapređuju, što zajedno sa širenjem njihove primene čini da predstavljaju okosnicu dinamičnog procesa spontane unifikacije prava na globalnom nivou.

Jedinstven karakter OUP kao skup njihovih svojstava, zahteva i poseban pravni režim. Međutim, iako se oni danas uređuju nacionalnim zakonima, nemaju sva zakonodavstva posebne pravne norme o OUP. Najčešće se pozitivnopravna regulativa

odnosi na sve izvore koje priprema jedna strana, tj. na one pojavne oblike koji su u ovoj disertaciji nazvani izvorima formularnog prava.

Nakon analize odredaba o OUP koje sadrže nacionalna zakonodavstva u uporednom pravu, može se zaključiti da su odredbe o OUP najpre našle mesta u građanskom zakoniku – konkretno Građanskom zakoniku Italije iz 1942. godine, da bi potom određene države donosile posebne zakone kojima se uređuje materija opštih uslova poslovanja. Takav prvi slučaj je bio u Izraelu 1964. godine, za kojim sledi Švedska 1971. godine, da bi u Nemačkoj bio donet Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja 1976. godine. Iako su u uporednom pravu postojale ove dve koncepcije (prva, da odredbe o OUP budu sadržane u građanskim zakonicima i druga, da su odredbe o OUP sadržane u posebnom zakonu), ova disertacija je pokazala da danas dominira tendencija da su odredbe o OUP sastavni deo građanskih zakonika, čemu u prilog govori i činjenica da su određene države (primerice Nemačka) koje su imale posebne zakone, novelirale građanske zakonike unošenjem posebnih odredbi o OUP (čime su istovremeno prestali da važe posebni zakoni koji su uređivali ovu oblast). Na ovu tendenciju je, kada je reč o državama članicama Evropske unije, dodatno uticalo i implementiranje Direktive 93/13 u nacionalna zakonodavstva.

Sa druge strane, karakteristike opštih uslova poslovanja koje su utvrđene u prvom delu ove disertacije upućuju na zaključak da je osnovan stav da OUP zahtevaju poseban pravni režim. Takav je slučaj, na primer, u nemačkom pravu koje propisuje posebna pravila koja se odnose isključivo na OUP, dok se u nekim drugim nacionalnim pravnim sistemima, kao na primer u Francuskoj, pravna pravila zajedno odnose na različite izvore pravila koja priprema jedna ugovorna strana.

Pravna pitanja koja su uređena pozitivnim propisima različitih nacionalnih zakonodavstava redovno obuhvataju: načine obaveštavanja druge strane o postojanju i sadržini OUP, načine njihovog uključivanja u ugovor, zaštitu od nepravičnih ugovornih odredaba i posebna pravila tumačenja. Sveobuhvatno uređenje pravnih pitanja koja se odnose na OUP doprinosi pravnoj sigurnosti svih subjekata na koje se oni primenjuju. Nakon poređenja pravnog okvira našeg zakonodavstva sa aktuelnim zakonskim rešenjima u uporednom pravu, može se zaključiti da je opšti režim OUP i drugih pravila koje priprema jedna ugovorna strana, u skladu sa aktuelnim stranim rešenjima, kao i da zaštita od nepoštenih ugovornih odredaba sadržanih u OUP postoji kako prema Zakonu o obligacionim odnosima, tako i prema posebnim zakonima kojima je uređena pravna zaštita potrošača i korisnika finansijskih usluga. Pored potrebe za kontinuiranim unapređivanjem

ove regulative kako bi ona bila u skladu sa novim pravilima koja se donose na nivou EU, aktuelno stanje pokazuje da su određene države prepoznale potrebu i primerenost jednakog nivoa pravne zaštite, kako za potrošače, tako i za druge subjekte, pri čemu se uočava i u novijim radovima i u novijim reformama obligacionog prava u evropskim državama da se način pravne zaštite, primarno osmišljen za potrošače kao fizička lica, proširuje i na mala, pa čak i srednja preduzeća. U skladu sa novijim reformama ugovornog prava, poput one iz 2016. godine u Francuskoj, čini se, u skladu sa pokazanim u ovoj disertaciji, da bi bilo osnovano razmotriti i u našem pravu mogućnost primene jedinstvenog, opšteg pravnog režima u ugovornim odnosima i to jednim zakonikom za pravne poslove koji se zaključuju primenom OUP, koji bi u posebnim stavovima (istog člana) sadržao, gde je to potrebno i opravdano, specifična rešenja za trgovinske i potrošačke poslove. Čini se da bi bilo celishodno da posebnim pravnim režimom koji se odnosi na opšte uslove poslovanja u budućem građanskom zakoniku, bude obuhvaćeno i rešenje pitanja konkurencije OUP saugovarača, u skladu sa analizom datom u ovoj disertaciji. Srpski građanski zakonik, čije se donošenje dugo najavljuje, pravo je mesto da se ova materija detaljno uredi, uzimajući u obzir rezultate do kojih se došlo u uporednom pravu, što bi pored pitanja zaključenja ugovora primenom OUP, posebnih pravila tumačenja i nevažnosti određenih odredbi, uključilo i rešenje pitanja konkurencije OUP saugovarača.

Zbog sličnosti sa srodnim institutima sa kojima dele određene zajedničke karakteristike, smatram da je celishodno uobličiti posebnu disciplinu koja bi se zvala formularno pravo i koja bi bliže izučavala izvore formularnog prava, tj. opšte uslove poslovanja, tipske ugovore i athezione ugovore i njihov pravni režim.

Istraživanje je pokazalo da su kao najčešće, tj. neke tipične klauzule u opštim uslovima poslovanja sadržane: klauzule egzoneracije, ugovorne garancije, tzv. „odbrambene“ klauzule, klauzule o neopozivosti, različite nepoštene i nefer klauzule, kao i klauzule o načinima rešavanja sporova (koje uključuju i prorogacione, arbitražne i klauzule o alternativnim načinima rešavanja sporova). Sve ove klauzule, kojima se uglavnom teži pogodovanju pravne pozicije kreatora OUP, mogu do te mere obesmisлити osnovna načela ugovornog prava da pravni poredak već ima pravne mehanizme da otkloni primenu takvih odredbi, iako se *prima facie* može tvrditi da su one deo konsenzusa tj. saglasnosti volja i pravni proizvod načela autonomije volje i slobode ugovaranja. U realnosti pravnog života, kada jedna strana prihvata primenu OUP koje je samostalno kreirala druga strana, nema istinske slobode ugovaranja niti, šire od nje, autonomije volje. To je samo jedan privid slobode ugovaranja iza kog se zaklanja kreator OUP. Pozivanje kreatora OUP da je druga

strana formalno prihvatila OUP, najčešće u praksi ne upoznavši se ni sa sadržinom niti sa posledicama predviđenih pravnih rešanja, može predstavljati samo pokušaj da se zamagli suština o odsustvu elementarnih načela kao temeljima na kojima se gradi, ili bi barem po redovnom toku stvari trebalo i bilo poželjno da se gradi, ugovorni odnos dveju strana, a to su: slobodna volja, savesnost, poštenje, pravičnost, pravna jednakost i sl. Zato, sa razlogom, aktuelna rešenja pozitivnog prava današnjice, uključujući i naše pozitivno pravo, omogućavaju da se takve odredbe podvedu pod nepoštene ugovorne odredbe, koje su danas neizostavan deo materije ugovornog potrošačkog prava (i prava potrošača), ali i van toga, postojeći tradicionalni klasični mehanizmi građanskopravne zaštite dozvoljavaju i omogućavaju da se punovažnost takvih klauzula dovede u pitanje po više osnova. Postojanje takvih mehanizama neophodno je u cilju zaštite od zloupotreba OUP, što se posebno odnosi na neke tipične klauzule OUP na koje je ukazano u trećem delu ove disertacije. Ali, ako se opštim uslovima poslovanja pristupa savesno, ipak su prednosti njihove upotrebe u savremenom pravnom saobraćaju višestruke i svakodnevna praksa pokazuje njihovu sveprisutnost na osnovu koje se može osnovano očekivati i njihovo sve intenzivnije korišćenje u budućnosti, što potvrđuje opravdanost potrebe i za bavljenjem pravnim pitanjima koja su sa njima u vezi i otvorena i obrađena u ovoj disertaciji. Zato rešenje nije u izbegavanju OUP, već u razvijanju mehanizama preventivne kontrole, pre svega kontrole javnog mnjenja i autonomne kontrole, kako bi se predupredila nepoštена praksa ili nepoštene odredbe. To se postiže i obrazovanjem i podizanjem svesti građana. Upravna kontrola, tj. nadzor nad tržištem može biti veoma delotvorna, a uporednopravna iskustva su pokazala veliku efikasnost potrošačkog ombudsmana. Sudska kontrola omogućava najradikalnije sankcije u slučaju zloupotrebe OUP ili tipičnih klauzula koje sadrže, sankcijom utvrđivanja ništavosti takvih odredaba, odnosno odbijanjem primene određenih odredaba opštih uslova.

Smatram da postojeći mehanizmi zaštite osmišljeni da ih aktivira strana koja se legitimiše kao potrošač, ne isključuju mogućnost korišćenja tradicionalnih mehanizama građanskopravne zaštite. Tako, u zavisnosti od konkretnog pitanja i pozitivnopravnih rešenja, ugovornoj strani (potrošaču) može u određenim situacijama biti pravno pogodnije da koristi opšti propis koji uređuje ugovorne odnose (u nas konkretno Zakon o obligacionim odnosima) nego da se poziva na Zakon o zaštiti potrošača. Osim toga, prilikom sistemskog razmatranja ostvarivanja zaštite potrošača u našoj državi, ne može se prenebregnuti činjenica da je trenutno isto ministarstvo zaduženo za vođenje politike i pripremu idejnih rešenja nacrta zakona i drugih propisa koji se odnose i na trgovce i na

potrošače, što može biti dovedeno u pitanje sa aspekta opravdanosti i celishodnosti takvog rešenja da isto telo (organ) osmišljava, predlaže i vodi politiku u vezi sa dve vrste subjekata ugovornog prava koje se u savremenom pravnom životu najčešće nalaze na suprotstavljenim pozicijama, a tokom postupaka zaštite prava i na suprotstavljenim stranama.

Već je navedeno da su širokoj i često primeni OUP u mnogim oblastima doprinele njihove odlike, tj. prednosti da skrate vreme i troškove zaključenja ugovora. Međutim, nesporna je i činjenica da upotreba OUP može nositi i određene rizike, zbog čega se nameće potreba za njihovom kontrolom. Upravo ta činjenica pokazuje da načelo autonomije volje, odnosno slobode ugovaranja na kome se temelji ideja kreiranja i primene OUP nije neograničeno, a neke tipične klauzule sadržane u OUP pokazuju da je ovakvo ograničenje ne samo opravdano, već potrebno - čak i neophodno. Ovo tim pre jer u situacijama kada potrošač zaključuje ugovor primenom OUP, neke (iznad navedene) tipične klauzule sadržane u opštim uslovima poslovanja mogu biti tako kreirane i formulisane da se postavlja pitanje njihove kvalifikacije kao nepravičnih ugovornih odredbi. Da li će one biti podvedene pod taj pojam ili ne, trebalo bi ceniti spram svih okolnosti konkretnog slučaja, a naročito da li se o toj odredbi posebno pregovaralo i kakav je ishod njene procene sa aspekta testa pravičnosti i savesnosti i poštenja, te da li ugovorne strane stavlja u neravnopravan položaj.

Mesto i značaj OUP u savremenom poslovanju su toliko veliki, da u praksi skoro sve velike kompanije u pogledu svojih opštih uslova poslovanja posluju po principu: uzmi ili ostavi. Istraživanja razmatrana u ovom radu pokazala su da je potrebno da ugovor bude velike vrednosti, da uspostavlja dugoročni poslovni odnos i da bude ekonomski značajan za tog subjekta, da bi on uzeo u razmatranje mogućnost da odstupa od neke odredbe u svojim OUP.

U dinamičnom okruženju današnjeg poslovanja, koje neprestano naglašava da je vreme novac, praktično nije ni moguće da „sednete“ i pregovarate za svaki pravni posao. Imajući ovakve značajne uštede u vidu, velika većina privrednih subjekata je pripremila sopstvene OUP, pa zadatak subjekta zainteresovanog za zaključenje ugovora danas, prilikom razmatranja ponuda nije samo da upoređuje odnos kvalitet-cena, tražeći za sebe najpovoljniju ponudu, već da ima u vidu i razlike u OUP, koje se mogu pokazati veoma značajnim i u određenim situacijama tokom izvršenja ugovora veoma nepovoljnim po saugovarača.

Odgovor savremenog društva na potrebu uštede vremena i novca, koji je pronađen u elektronskom poslovanju (težnji ka poslovanju bez papira) ne rešava probleme koji se u praksi javljaju u vezi sa opštim uslovima poslovanja. Činjenice pokazuju da su OUP veoma aktuelni i u e-svetu, na osnovu čega se može očekivati i da će biti sve aktuelniji izvor regulisanja ugovornih odnosa i u budućnosti. Čak i u svojim mailovima kojima upućuju pozive, ponude, izražavaju prihvatanje ponude i slično, mnogi subjekti imaju automatsko pozivanje na svoje OUP (na isti način kao što postavljaju automatski potpis u svojim mailovima), pa se već i pri ovakvom načinu poslovne komunikacije uviđa potreba za rešavanjem problema konkurencije OUP saugovarača.

Drugi aspekt elektronskog poslovanja, u kome se vidi značaj OUP (i može se osnovano očekivati da će to biti sve češće u budućnosti) jeste činjenica da, prilikom *on-line* kupovine, većina internet stranica (e-prodavnica) prethodno zahteva od subjekta da „klikne“ na odgovarajuće polje na ekranu računara, a sve češće i na ekranu mobilnog telefona (tzv. ugovori zaključeni „klikom“) čime izražava saglasnost da prihvata primenu OUP, što predstavlja neophodan uslov da bi subjekt koji želi da zaključi ugovor (ili preduzme određenu transakciju) na ovakav način mogao uopšte da pristupi samoj e-kupovini. Opisano rešenje koje zahteva izričito prihvatanje OUP pre internet kupovine jeste korisno i praktično, jer *de facto* ne otvara problem konkurencije OUP, samim tim što kupcu ne ostavlja mogućnost da se pozove na svoje OUP niti da pregovara o izmeni pojedinih odredbi OUP prodavca, niti da isključi njihovu primenu, jer ukoliko ne prihvati OUP prodavca neće moći da pristupi e-kupovini.

Opšti zaključak ove disertacije je da klasično shvaćen individualni ugovor kao centralni institut ugovornog prava, o čijem sadržaju budući ugovarači pregovaraju, u savremenom okruženju postepeno biva potiskivan izvorima formularnog prava, a u prvom redu opštim uslovima poslovanja. Iako je neophodno da postoji konkretan ugovor, koji se na određeni način poziva, tj. uključuje primenu OUP, zbog opisanih karakteristika, brojnih prednosti, a najviše zbog svoje široke primene u praksi, opšti uslovi poslovanja su postali nezaobilazni, sveprisutni izvor prava u savremenom međunarodnom i domaćem trgovinskom pravu. Smatram da je savremeno poslovno okruženje svoj pravni izraz pronašlo upravo u opštim uslovima poslovanja i da to nalaže i pravnoj teoriji da ovaj zanimljiv institut stavi u fokus naučnog izučavanja. Ova doktorska disertacija se može posmatrati i kao polazna osnova i postavljeni istraživački okvir velikog broja interesantnih

pravnih pitanja u vezi sa OUP, unutar koga su moguća dublja i dalja istraživanja ove, za savremeno pravo, sa razlogom sve značajnije teme.

Opštim uslovima poslovanja se uobičajeno upućuju iste kritike koje gotovo jednako važe i za ostale izvore formularnog prava. Takvi prigovori, nisu dakle, karakteristika ili negativna strana OUP kao takvih, već svih predloga potencijalnih ugovornih pravila koje priprema jedna strana. Suštinski, opštim uslovima poslovanja koje kreira jedna ugovorna strana zamera se nedovoljna zaštita druge strane, pa se zbog toga kod svih izvora formularnog prava, tj. u svim situacijama u kojima ugovorne odredbe formuliše jedna strana, postavlja pitanje zaštite slabije strane.

Čini se da centralni uzrok svih „problema“ koji nastaju iz korišćenja OUP prilikom zaključenja ugovora i neretko naknadnih neprijatnih iznenađenja sadržinom njihovih odredaba jeste činjenica (koja je u ovoj tezi analizirana kao rezultat sprovedenog istraživanja) da saugovarači najčešće ne čitaju OUP prilikom prihvatanja njihove primene na ugovorni odnos u koji stupaju. Razlog može biti u tome što su u praksi OUP najčešće značajno obimniji od samog ugovornog dokumenta, kao i što se ugovarači uglavnom fokusiraju (samo) na bitne elemente ugovora koji su najčešće precizirani samim ugovornim sporazumom, a ne opštim uslovima poslovanja. Praksa pokazuje da uposlenici kreatora OUP samo štikliraju mesto („da pomognu“) gde strana koja pristupa treba da potpiše prihvatanje primene OUP, što se neretko objašnjava na način da se time štedi vreme korisnika, tj. strani koja prihvata OUP, a suštinski se klijentu usmerava pažnja (fokus) na mesto potpisivanja, a ne sa sadržinu i pravne posledice onoga što potpisuje. Međutim, ova prednost OUP koja se vidi u fazi zaključenja velikog broja ugovora, jer je upravo oni čine lakšom, bržom i jeftinijom, može se pokazati kao mana kada dođe do bilo kog oblika neispunjenja ugovornih obaveza, jer su pravna sredstva za neizvršenje, pitanja naknade štete, garancije i način rešavanja sporova uređeni najčešće opštim uslovima poslovanja. Zbog toga bi, osim različitih vrsta kontrola sadržine OUP, ubuduće pažnju trebalo usmeriti i na detaljnije uređenje načina upoznavanja sa njihovom sadržinom.

Na osnovu celokupnog razmatranja, brojnih prednosti koje nose, veoma aktuelne i široke primene, može se zaključiti da će opšti uslovi poslovanja imati sve veći značaj i ulogu u regulisanju ugovornih odnosa, što bi trebalo da podstakne i stručnu javnost da se detaljnije bavi brojnim pravnim pitanjima koja se otvaraju u vezi sa OUP. Pored potrebe da zakonodavac propisima uredi detaljno materiju opštih uslova, iz istih razloga postoji potreba i za većom pravnoteorijskom i didaktičkom obradom OUP tokom univerzitetskih studija prava. Ovaj nezaobilazni izvor obligacionog i međunarodnog trgovinskog prava

trebalo bi detaljnije razmatrati i u fakultetskim udžbenicima prava, jer se trenutno najčešće izlažu zajedno sa tipskim ugovorima i ugovorima po pristupu i to, uz često nedovoljno ili neprecizno razgraničenje, a pojedini udžbenici ih i ne obrađuju. Učestalost i širina njihove primene u praksi, mnogobrojna pravna pitanja koja se u vezi sa njima pojavljuju i praktični pravni značaj OUP u savremenom pravnom životu, zahtevaju da se u nastavnim programima pravnih fakulteta njima posveti posebna pažnja, kao i da budu nezaobilazno i detaljnije obrađeni u udžbenicima i pratećim učilima obligacionog, trgovinskog, međunarodnog trgovinskog prava, prava osiguranja, bankarskog, berzanskog i potrošačkog prava. Sadašnje tendencije sve češće primene opštih uslova poslovanja i njihove sveprisutnosti u pravnom životu čine osnovanim očekivanjem da će OUP i u budućnosti biti dominantan izvor prava u pomenutim disciplinama.

Nakon sveobuhvatnog razmatranja opštih uslova poslovanja i složenih pravnih pitanja koja se u vezi sa njima otvaraju, nameće se pitanje koji je razlog njihove sve češće primene u savremenim poslovnim odnosima. Razlog okruženosti opštim uslovima i njihovog narastajućeg značaja u savremenom pravu jeste praktične prirode i leži u činjenici da ih privredni subjekti mogu lako i brzo ne samo samostalno kreirati, sastavljati, već i kontinuirano unapređivati, menjati i prilagođavati potrebama poslovnog okruženja koje se u današnjem vremenu brzo i neprestano menja. Na taj način, pravna rešenja sadržana u OUP, za razliku od onih sadržanih u zakonima na nacionalnom nivou, odnosno konvencijama na međunarodnom nivou, ne rizikuju da budu prevaziđena, jer je promena OUP zbog njihove fleksibilnosti značajno lakša i brža nego promena zakona i konvencija. Dobit za ugovarače je ista, jer OUP zbog načela *pacta sunt servanda* obavezuju na isti način kao i zakon (u domenu dispozitivnih normi). Tako su primenom OUP, ako se njihovom sastavljanju savesno i pošteno pristupi, na dobitku i privredni subjekti koji ih kreiraju i saugovarači koji ih prihvataju, a i sam pravni sistem, jer ovaj autonoman izvor prava trgovine omogućava adekvatno prilagođavanje potrebama novog vremena, a da time ne dira u stabilnost pravnog sistema. Pored toga, opšti uslovi poslovanja i dopunjuju zakonske norme, jer zakonodavac sve i da hoće ne može predvideti rešenja za sve potrebe koje se u realizaciji i izvršenju ugovora nameću, a ubrzani tempo savremenog života traži dinamična i fleksibilna pravna rešenja. Pored toga, OUP sadrže ne samo detaljnija rešenja, već i rešenja tehničkih pitanja koja, po pravilu, zakonskim propisima nisu rešena.

Zbog dinamičnosti koja odlikuje trgovinsko pravo, potrebe da se uvaži praksa i iznalaze brza i pragmatična rešenja za poslovne odnose, čini se da su se upravo OUP pokazali i u praksi dokazali kao veoma koristan izvor pravila za uređenje međusobnih

odnosa subjekata. Kada se tome, na nivou međunarodnog trgovinskog prava, doda današnja sve veća i tešnja povezanost i međuzavisnost država i subjekata koji pripadaju različitim državama, kao i nepotpunost rešenja koja sadrže međunarodne konvencije, čini se da i na ovom međunarodnom nivou, OUP pokazuju svoj puni kapacitet, koji istovremeno doprinosi procesu međunarodne autonomne unifikacije pravila međunarodne trgovine.

Pokazana značajna vrednost OUP i njihova prednost u odnosu na druge izvore obligacionog i međunarodnog trgovinskog prava jeste u mogućnosti da se pravila koja sadrže, brzo i lako promene, odnosno prilagode potrebama i uslovima privrednog života, kako domaćeg, tako i međunarodnog. Kontinuirano unapređivanje koje čine kreatori OUP i prilagođavanje pravnih pravila koja sadrže OUP potrebama savremenog međunarodnog privrednog prometa, pokazuje da su OUP (kao izvor pravila) na liniji progresivnog razvoja međunarodnog privrednog prava.

Pravna regulativa, pravna teorija i pravna praksa beleže značajne međusobne razlike u pristupu i rešavanju pitanja koja se mogu postaviti u vezi sa opštim uslovima poslovanja. Razlike postoje kako uporednopravno u pozitivnopravnim rešenjima nacionalnih prava, tako i istorijski.

Iako se u vezi sa pravnom prirodom OUP mogu pročitati međusobno suprotstavljeni stavovi, čini se da u rešavanju pitanja pravne prirode OUP u obligacionom i međunarodnom trgovinskom pravu treba poći od osnovnog načela u ovim odnosima, tj. autonomije volje, te sagledati da je volja ugovornih strana ono što daje obaveznost primeni određenih opštih uslova poslovanja. Tako posmatrano, ne samo da se dolazi do ugovorne pravne prirode, već se, idući korak dalje, može sagledati da je za njihovu punovažnu primenu na ugovorni odnos neophodno da u trenutku prihvata ponude postoji kako svest o njihovom postojanju, uključivanju u ugovor i mogućnost upoznavanja sa njihovom sadržinom, tako i saglasnost volja da budu primenjena kao izvor pravila za regulisanje međusobnih prava i obaveza.

Autonomija volje, posmatrano sa aspekta opštih uslova poslovanja, ima trostruki pravni značaj: 1.) za sadržinsko regulisanje ugovornog odnosa; 2.) za izradu opštih uslova poslovanja; 3.) za izbor određenih OUP za konkretni ugovorni odnos. Sloboda ugovaranja, putem koje se navedeno načelo izražava u ugovornom pravu, menjala je svoj izgled i obim kroz istoriju, odnosno pokazala se zavisnom od pravno-političkog sistema, ideologije i položaja čoveka u društvu. Iako se i danas OUP temelje na slobodi (ugovaranja), oni su u suštini često izraz neslobode onih (danas naročito potrošača i korisnika usluga) koji na njih

pristaju, jer im je alternativa da odustanu od planirane kupovine robe ili usluge. Pravni poredak jeste omogućio određeni broj delotvornih mehanizama protiv OUP, odnosno nekih tipičnih klauzula koje oni sadrže, a koje se ogrešuju o osnovna pravna načela, ali to ne lišava stranu koja pristupa OUP potrebe da odvoji dodatno vreme i napor kako bi aktivirala pravne mehanizme zaštite u slučaju njihove zloupotrebe. Zbog toga je celishodno da pravni poredak sadrži poseban pravni režim za OUP, tj. da predvidi posebna pravila za uređenje pravnih pitanja koja se na njih odnose.

Sve napred izloženo pokazuje da iako je temelj, početak i nastavak, a doslovno i osnov primene OUP u načelu autonomije volje, njihov kraj jeste u načelima: jednakosti uzajamnih davanja, savesnosti i poštenja, ravnopravnosti strana, zabrane zloupotrebe prava i drugim načelima građanskog prava koja svoj naročiti značaj ostvaruju u ugovornom pravu. To dalje govori da OUP nisu instrument za nesputano nametanje volje jedne ugovorne strane, već da postoje brojni i različiti pravni instituti koji mogu ograničiti (do isključenja) njihovu primenu, onda kada je to opravdano i utemeljeno. Različite vrste kontrole OUP pokazuju da je pored opštih ograničenja, kao što su: javni poredak, moral, dobri običaji, načelo slobode ugovaranja danas i posebno ograničeno kada su u pitanju OUP, tako što pozitivna prava propisuju zabrane nekih tipičnih klauzula u opštim uslovima poslovanja i propisuju sankcije, kao i ovlašćenja državnim organima u slučaju postojanja određenih odredbi u OUP.

Sinteza svega razmatranog u prethodnim delovima dozvoljava da se izvede zaključak o mestu i značaju opštih uslova poslovanja u savremenom pravnom sistemu, posebno u ugovornom pravu. Tako, opšti uslovi poslovanja danas predstavljaju veoma značajan i često primenjivan izvor prava, koji dobija na zamahu, a svoj puni domašaj pokazuje u modernoj globalnoj trgovini. Dokazali su se kao adekvatan i logičan izraz trenutnog stepena razvoja trgovine, tržišne privrede, globalizacije i potrošačkog društva. OUP su specifičan izvor, jer predstavljaju izvor domaćeg (unutrašnjeg) trgovinskog prava, međunarodnog trgovinskog prava, formularnog prava, autonomnog prava trgovaca (savremene *lex mercatoria*), obligacionog, kao i prava potrošača. Zbog brojnih prednosti, nametnuli su se kao veoma praktičan, potpun i jedan od najznačajnijih i najviše primenjivanih izvora ugovornog prava.

Njima se u praksi posvećuje sve veća pažnja, jer nameću veliki broj izazovnih pravnih pitanja. Stanje zakonodavstva na nacionalnom nivou i izvora međunarodnog trgovinskog prava, pokazuje da se opštim uslovima posvećuje potpunija pažnja u savremenim nadsavremenim instrumentima kojima se nastoji unifikacija ili harmonizacija

ugovornog prava. Aktuelni period ukazuje da će pravac razvoja ići za sve masovnijom primenom opštih uslova poslovanja, zbog čega je potrebno da se njima posveti značajno veća pažnja, kako od strane zakonodavaca, tako i od strane pravnih pisaca. U cilju adekvatne pripreme budućih pravika da odgovore na pitanja koja će se u savremenoj praksi pojavljivati i već se pojavljuju u vezi sa OUP, korisno bi bilo da se u nastavnim planovima na predmetima ugovornog prava pravnih fakulteta veća pažnja posveti ovom izvoru prava koga odlikuje progresivni razvoj.

Sprovedena analiza kontrole opštih uslova poslovanja pokazuje da se ona može pokrenuti i koristiti kako za pojedinačne odredbe, pri čemu se uočavaju neke tipične klauzule koje su predmet kontrole OUP, tako i za pitanje punovažnosti uključenja OUP u celini kao izvora za uređenje ugovornog odnosa, tj. kontrole načina uključivanja u ugovor i primene na konkretan ugovorni odnos. U tom smislu, relevantne su različite okolnosti pod kojima je ugovor zaključen: od pitanja dostupnosti OUP, načina njihovog objavljivanja, mogućnosti upoznavanja sa njihovom sadržinom, svesti o njihovom postojanju i primeni, sadržini pravnih rešenja koja su u njima kreirana itd. Prethodna poglavlja ove disertacije su pokazala i da postojeći načini kontrole OUP nisu međusobno konkurentni, već komplementarni, kao i da, od države do države, postoje različite kombinacije mehanizama kontrole OUP, ali da potreba za kontrolom OUP ne samo da postoji iz više razloga, već da je i neophodnost.

Vrste, načini, krug ovlašćenih subjekata i domašaji kontrole OUP pokazuju tendenciju proširenja, tj. povećava se broj organa koji su ovlašćeni da sprovode kontrolu OUP, a uvode se i novi oblici kontrole. Detaljnije se razrađuje pravna regulativa nekih tipičnih klauzula, a naročito nepravičnih klauzula sadržanih u OUP. Sve to pokazuje da se u odnosu na načelo iz koga su prostekli i crpe pravnu snagu, a to je načelo autonomije volje i slobode ugovaranja, OUP danas ograničavaju na način da se ovo načelo koriguje načelom savesnosti i poštenja i pravičnošću, uz vođenje računa o ravnoteži položaja ugovornih strana, sa posebnom pažnjom kada je ugovorna strana potrošač kao slabija strana. Međutim, čini se da postoji prostor da se razmotri mogućnost primene ovakvog ili sličnog pravnog režima i šire, a posebno na preduzetnike i mala (i srednja) preduzeća, imajući u vidu činjenicu da OUP po pravilu kreiraju i koriste veliki privredni subjekti i to prevashodno sa ciljem da, uz racionalizaciju svojih troškova zaključenja ugovora, bolje zaštite sopstvene interese, a rizike pokušaju da prevale na drugu stranu. Tako posmatrano može se zaključiti da opisano svojevrsno ograničenje načela autonomije volje nije samo u funkciji zaštite slabije strane, već je u funkciji zaštite drugih načela ugovornog prava i

pravnog položaja strana u ugovornim odnosima, što je teorijskopravno objašnjenje koje svoj praktičnopravni značaj i pravnu važnost pokazuje kroz zaštitu „pravno“ slabije strane ugovornog odnosa. Imajući u vidu broj ljudi koji pristupa OUP svakodnevno širom sveta, njihovu rasprostanjenost u sve većem broju oblasti, kao i masovnost primene u savremenim okolnostima i modernim tehnikama zaključenja ugovora, čini se da bi se moglo reći i da je opisano ograničenje privatne autonomije volje u funkciji zaštite javnog, tj. opšteg interesa.

Opšti uslovi poslovanja su dokazali svoj značaj i u svakodnevom pravnom životu i svoju ulogu kako u procesu spontane harmonizacije i unifikacije prava, tako i njegovom razvoju. Iako se posmatraju kao izraz načela autonomije volje koja predstavlja pravni osnov i izvoriste njihovog i nastanka i primene, ova disertacija je pokazala da OUP nisu emanacija ili neograničeni izraz načela autonomije volje i slobode ugovaranja, već preventivnim i kada je potrebno reaktivnim mehanizmima kontrole OUP i nekih tipičnih klauzula koje sadrže, predstavljaju spoj, most i ravnotežu i nalaze se na sredini vage između načela savesnosti i poštenja, pravičnosti, zabrane zloupotrebe prava, ravnopravnosti ugovornih strana sa jedne, i autonomije volje i slobode ugovaranja, sa druge strane. Ako se taj tas terazija nagne da preteže ka jednoj ugovornoj strani (faktički ka onoj koja je kreirala OUP), pravni poredak ima više mehanizama da ugovorni odnos zasnovan primenom OUP dovede u ugovornu ravnotežu. Da li će se postojeći mehanizmi koristiti i primenjivati, zavisi od znanja i opredeljenja ljudskog faktora, a ne od građanskopravnih normi. Istorija i teorija privatnog prava, zajedno sa sudskom praksom su nam pokazale da umeće dobrog i pravičnog može omogućiti da se spreče svi oblici zloupotrebe prava i u onim situacijama kada nema izričite pozitivnopravne norme za aktuelnu vrstu nedopuštenog, odnosno neprihvatljivog vršenja prava. Svi pravni mehanizmi na koje je ukazano u ovoj doktorskoj disertaciji omogućavaju da se u slučaju primene OUP, vaga koju rimska boginja pravde *Iustitia* drži u rukama kao simbol pravde, koja je i preduslov moralnog napretka kome teži svaki zdrav um, održi u ravnoteži ugovornog balansa i na sredini ugovorne pravednosti.

SPISAK KORIŠĆENE¹²¹⁸ LITERATURE

I) MONOGRAFIJE I UDŽBENICI

1. Babić, I., *Građansko pravo: uvod u građansko pravo*, JP Službeni glasnik i Fakultet za evropske pravno-političke studije Univerziteta Singidunum, Beograd-Novi Sad, 2011.
2. Bailey, J., *Construction Law*, Informa Law, Abington, 2011.
3. Barbić, J., *Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja)*, Informator, Zagreb, 1980.
4. Beatson, J., *Anson's Law of Contract*, 28th Edition, Oxford University Press, New York, 2002.
5. Bell, J., Boyron, S., Whittaker, S., *Principles of French Law*, 2nd ed., Oxford, 2008.
6. Berger, K. P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 2010.
7. Berger, K. P., *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, Volume II: Handbook, Kluwer Law International, 2006.
8. Blagojević, B., *Ugovori po pristanku – formularni ugovori* (doktorska rasprava), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1934.
9. Blaurock, U., Godtschmidt, N., Hollerbach, A. (ur.), *Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft: zum Gedenken an Hans Grossmann-Doerth (1894-1944)*, Walter Eucken Institut, Mohr Siebeck Tübingen, 2005.
10. Brown, I., *Commercial Law*, Butterworths, London, 2001.
11. Brox, H., *Handels-und Wertpapierrecht*, 18. neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2005.
12. Brunner, A., *Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Privatrecht (AGB im IPR): unter Berücksichtigung des internationalen Zivilprozeßrechtes mit rechtsvergleichenden Hinweisen (materielles Recht und Kollisionsrecht) de legelata und de lege ferenda*, Grösch: Rügger, 1985.
13. Bunni, N., *The FIDIC Forms of Contract*, third edition, Blackwell Publishing, Oxford, 2005.
14. Burton, S., *Principles of contract law*, Thomson/West Publishing, revised 3. edition, 2006.
15. Carić, S., Vilus, J., Đurđev, D., Divljak, D., *Međunarodno poslovno pravo*, Novi Sad, Univerzitet Privredna Akademija – Pravni fakultet, 2007.
16. Chia-Jui C., Jiarui C., *Basic documents on international trade law*, BRILL, 1990.
17. Chuah, J. C. T., *Law of International Trade*, Second Edition, Sweet & Maxwell, London, 2001.

¹²¹⁸ Spisak korišćene literature obuhvata samo direktno citirana dela. Dela koja su posredno citirana nisu obuhvaćena ovim spiskom, već su ona navođena samo u odgovarajućim fusnotama (uz navođenje izvora prema kome su posredno citirana).

18. Collins, H. (ed.), *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Kluwer Law International, 2008.
19. Cortes, P. (ed.), *The new regulatory framework for consumer dispute resolution*, Oxford University Press, 2016.
20. Ćirić, A., Cvetković, P., *Međunarodno trgovinsko pravo: stručni eseji*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2001.
21. Dalhuisen, J. H., *Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.
22. Danilović, J., Stanojević, O., *Tekstovi iz rimskog prava: praktikum za vežbe*, Službeni list SRJ, Beograd, 1996.
23. Dašić, D., *Diplomatija – Ekonomska multilateralala i bilateralala*, Multidisciplinarni centar za podsticanje integracionih procesa i harmonizaciju prava, Beograd, 2003.
24. Dašić, D., *Principi internacionalne ekonomije*, Fakultet za trgovinu i bankarstvo, Beograd, 2007.
25. Dejung, C., Petersson, N. (ed.), *The Foundations of Worldwide Economic Integration: Power, Institutions, and Global Markets, 1850-1930*, Cambridge Studies in the Emergence of Global Enterprise, Cambridge University Press, New York, 2013.
26. De Ly, F., *International Business Law and Lex Mercatoria*, T.M.C. Asser Instituut – The Hague, North-Holland, Amsterdam – London - New York – Tokyo, 1992.
27. Draškić, M., *Obaveze prodavca prema unifikovanim propisima o međunarodnoj kupoprodaji*, Beograd, 1966.
28. Draškić, M., *Zaključivanje ugovora o kupoprodaji*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1972.
29. Draškić, M., Stanivuković, M., *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Službeni list SCG, Beograd, 2005.
30. Đurđević, M., *Ugovor po pristupu* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001.
31. Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004.
32. Fabris, N., Luburić, R., *Finansijsko obrazovanje dece i omladine*, HERAedu, Beograd, 2017.
33. Folsom, R., Gordon, M., Spanogle, J., *International business transactions*, West Publishing, 1996.
34. Furmston, M., Tolhurst, G., *Contract Formation: Law and Practice*, Oxford University Press, 2016.
35. Furmston, M. P., *Law of Contract*, Fifteenth Edition, New York, Oxford University Press, 2007.
36. Glover, J., Hughes, S., Thomas, C., *Understanding the new FIDIC red book: a clause-by-clause commentary*, Thomson, Sweet & Maxwell, 2006.
37. Goldberg, V., *Framing contract law: an economic perspective*, Harvard University Press, 2006.

38. Goldštajn, A., *Međunarodno trgovačko pravo*, Zagreb, 1970.
39. Goldštajn, A., *Pravo međunarodne kupoprodaje*, Zagreb, 1963.
40. Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1974.
41. Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1980, treće izdanje.
42. Grundmann, S., Stuyck, J. (edit.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002.
43. Hellwege, P., *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
44. Hesselink, M.W., de Vries, G. J. P., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2001.
45. Hoecke, M. V., Ost, F. (edit.), *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2000.
46. Honnold, J., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.
47. Ishizaki, M., *Le droit corporatif international de la vente de soies*, Pariz, 1928.
48. Ivančević, K., *Pravna zaštita potrošača korisnika usluge osiguranja i bankarske usluge* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2010.
49. Ivančević, K., *Uvod u potrošačko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2014.
50. Jankovec, I., *Privredno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 1999, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje.
51. Jankovec, I., *Ugovorna odgovornost*, Poslovna politika, Beograd 1993.
52. Kapor, V., Carić, S., *Ugovori robnog prometa*, Privredna akademija, Novi Sad, 2007.
53. Karamarković, L., *Poravnanje i medijacija*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2004.
54. Keenan, D., Riches, S., *Business Law*, eighth edition, Pearson Longman, London, 2007.
55. Klee, L., *International Construction Contract Law*, Wiley Blackwell, Oxford, 2015.
56. Knežević, G., Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.
57. Knežević, G., *Međunarodna trgovačka arbitraža: osnovna pitanja i problemi*, Dosije i Savet projekta *Konstituisanje Srbije kao pravne države*, Beograd, 1999.
58. Knežević, G., *Merodavno pravo za trgovački ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1989.
59. Knutson, R., Abraham, W., *FIDIC: an analysis of international construction contracts*, Kluwer Law International, The Hague, 2005.
60. Konstantinović, M., *Obligacije i ugovori: Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Službeni list SRJ, Beograd, 1996.

61. Kovačević Kuštrimović, R. – Lazić, M., *Uvod u građansko pravo*, Punta, Niš, 2008.
62. Kötz, H., *European Contract Law, Vol. 1: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Clarendon Press – Oxford University Press, New York, 1997.
63. Kötz, H., Flessner, A., *European Contract Law*, Oxford, 2002, <http://books.google.com/books?id=fKt3B3utRSMC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>.
64. Lando, O., Beale, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, prepared by The Commission of European Contract Law, The Hague: Kluwer Law International, 2005.
65. Lawson, R., *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, Thomson Reuters, Sweet & Maxwell, 2008.
66. Ledić, D., *Kontrola općih uvjeta poslovanja i zaštita potrošača u ugovorima o prodaji*, Pravni fakultet Banjaluka, Banjaluka, 1987.
67. Letterman, G., *UNIDROIT's Rules in Practice: Standard International Contracts and Applicable Rules*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001.
68. Lucey, T., Cooter, K. (eds.), *Financial Literacy for Children and Youth*, Peter Lang Publishing, New York, 2018.
69. Markesinis, S. B., Unberath, H., Johnston, A., *The German Law of Contract*, Second Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.
70. McKendrick, E., *Contract Law*, Seventh edition, Palgrave Macmillan, 2007.
71. Meyer, R., *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Wallstein Verlag Göttingen, 1994.
72. Milosavljević, B., *Upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2017.
73. Miljković, M., *Komentar Zakona o arbitraži*, Poslovni biro, Beograd, 2007.
74. Mitrović, D., *Klauzule neodgovornosti u trgovačkoj kupoprodaji sa stranim elementom* (doktorska disertacija), Univerzitet u Beogradu, Beograd, 1966.
75. Mitrović, D., Kumpan, A., *Osnovi međunarodnog privatnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2007.
76. Morrissey, J., Graves, J., *International Sales Law and Arbitration: Problems, Cases and Commentary*, Kluwer Law International, New York, 2008.
77. Neumayer, K. H., *Contracting subject to Standard terms and conditions*, u: *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII Contracts in General (edit. Arthur T. von Mehren), part 2, Chapter 12, Mohr Siebeck – Tübingen – Martinus Nijhoff Publishers – Leiden – Boston, 2008.
78. Nikolić, D., *Uvod u sistem građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2010.
79. Nygh, P., *Autonomy in International Contracts*, (Oxford monographs in private international law), Oxford University Press, 1999.

80. Odeke, A., *The Law of International Trade*, Blactrone Press Limited, London, 1999.
81. Orlić, M., *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993.
82. Parivodić, M., *Ugovor o ekskluzivnoj distribuciji robe u pravima Jugoslavije i Evropske unije*, Službeni list SRJ, Beograd, 1996.
83. Perović, J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2012.
84. Perović, S., *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Savez udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd, 1964.
85. Perović, S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990.
86. Perović, S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981.
87. Perović, S., *Pravno filozofske rasprave*, Službeni list SRJ, Beograd, 1995.
88. Piergiovanni, V. (edit.), *From lex mercatoria to commercial law*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
89. Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, šesnaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 2010.
90. Rabel, E., *Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Band 1, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1964.
91. Radišić, J., *Obligaciono pravo Opšti deo*, NOMOS, Beograd, 2000.
92. Reif, L., *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004.
93. Rose-Ackerman, S. (ur.), *Ekonomija korupcije – Međunarodni zbornik*, Službeni glasnik, Beograd, 2008.
94. Rose-Ackerman, S., *Korupcija i vlast: uzroci, posledice i reforma*, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
95. Ruso, Ž.Ž., *Društveni ugovor: o poreklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, Prosveta, Beograd, 1949.
96. Schlechtreim, P., Schwenzler, I. (edit.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, second (english) edition, Oxford University Press, New York, 2005.
97. Schmitthoff, C. M., Chia-Jui C., *Clive M. Schmitthoff's select essays on international trade law*, BRILL, 1988.
98. Schmitthoff, C., *Schmitthoff's export trade – The Law & Practice of International Trade*, Stevens & Sons, London, 1990.
99. Seelmann, K., *Rechtsphilosophie*, Beck, München, 2007.
100. Seljmonaj, A., *Odgovornost špeditera kod ugovora o špediciji* (magistarski rad), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011.
101. Slavnić, J., *Fiksni ugovor* (doktorska disertacija), Univerzitet u Beogradu, Beograd, 1968.
102. Spencer, D., Brogan, M., *Mediation law and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007

103. Stanković, O., Vodinelić, V., *Uvod u građansko pravo*, NOMOS, Beograd, 2007.
104. Stanojević, O., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za publikacije i Dosije, Beograd, 1998.
105. Stefanović, Z., *Pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2005.
106. Stefanović, Z., *Privredno ugovorno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
107. Stefanović, Z., *Međunarodno privredno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2011.
108. Stojiljković, V., *Međunarodno privredno pravo*, IP Justinijan, Beograd, 2003.
109. Totterdill, W. B., *FIDIC users' guide: A practical guide to the 1999 red and yellow books*, Thomas Telford Publishing, London, 2006.
110. Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje pravnika Jugoslavije, Beograd, 2000.
111. Treitel, G. H., *Remedies for Breach of Contract: a comparative account*, Oxford Clarendon Press, 1989.
112. Treitel, G. H., Peel, E., *The Law of Contract*, twelfth edition, London, Sweet & Maxwell, 2007.
113. Uher, T., Davenport, P., *Fundamentals of Building Contract Management*, University of New South Wales Press, Sydney, 2009.
114. Varadi, T., Bordaš, B., Knežević, G., *Međunarodno privatno pravo*, Forum, Novi Sad, 2003.
115. Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004.
116. Vilus, J., *Opšti uslovi formularnih ugovora*, Institut za uporedno pravo i Savremena administracija, Beograd, 1976.
117. Vilus, J., *Tipski ugovori o međunarodnoj kupoprodaji* (doktorska disertacija), Univerzitet u Beogradu, Beograd, 1963.
118. Vogenauer, S., Kleinheisterkamp, J., *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, New York, 2009.
119. Vodinelić, V., *Građansko pravo: uvodne teme*, NOMOS, Beograd, 1991.
120. Vodinelić, V., *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, sveska druga, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd, 2011.
121. Vodinelić, V., *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd, 2014.
122. Vodinelić, V., *Javno i privatno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2016.
123. Vodinelić, V., *Javno i privatno pravo* (doktorska disertacija), Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1986.
124. Vodinelić, V., *Takozvana zloupotreba prava*, Nomos, Beograd, 1997.
125. Vukadinović, R., *Međunarodno poslovno pravo Opšti deo*, Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac, 2005.

126. Vukadinović, R. (ur.), *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001.
127. Whincup, M., *Contract Law and Practice: The English System, with Scottish, Commonwealth, and Continental Comparisons*, fifth edition, Kluwer Law International, 2006.
128. Živanović, T., *Sistem sintetičke pravne filozofije*, Srpska akademija nauka, Beograd, 1959.
129. Živković, M., *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Službeni glasnik, Beograd, 2006.

II) ČLANCI, PRILOZI U ZBORNICIMA I REFERATI IZLOŽENI NA KONFERENCIJAMA

130. Bartoš, M., *Kriza međunarodnog privatnog prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1938.
131. Basedow, J., *Freedom of Contract in the European Union*, European Review of Private Law, vol. 16, no. 6-2008, Kluwer Law International, str. 901-923.
132. Berger, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague, London, Boston 1999.
133. Berger, K. P., *The New Law Merchant and the Global Market Place A 21st Century View of Transnational Commercial Law*, Center for Transnational Law (CENTRAL), University of Cologne, Germany.
134. Biard, A., *Impact of Directive 2013/11/EU on Consumer ADR Quality: Evidence from France and the UK*, Journal of Consumer Policy, vol. 42, issue 1, March 2019, pp. 109-147, dostupno na: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-018-9394-z>.
135. Biro, Z., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima II* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983.
136. Blanc-Jouvan, X., *Worldwide Influence of the French Civil Code of 1804, on the Occasion of its Bicentennial Celebration*, 2004, Cornell Law School Berger International Speaker Papers, 2004, paper 3, dostupno na: http://scholarship.law.cornell.edu/biss_papers/3.
137. Blodgett, P. C., *The U.N. Convention on the Sale of Goods and the "Battle of the Forms"*, Colorado Lawyer, 1989, dostupno na: http://www.jus.uio.no/pace/cisg_and_the_battle_of_forms.paul_blodgett/landscape.pdf.
138. Carić, S., *Kodifikacija pravila o ugovorima u privredi i opšti uslovi poslovanja*, Pravni život, broj 53 (11), str. 329-335, 2004.
139. Carić, S., *O neophodnosti kodifikacije poslovnih običaja, izrade uzansi, opštih uslova poslovanja i standardnih i tipskih ugovora*, Pravo i privreda, broj 41 (5-8), str. 56-68, 2004.

140. Cibulić, D., *Pravna priroda člana 637. ZOO (odredba o nepromenljivosti cena) i odnos sa standardnim FIDIC ugovorima*, referat izložen na Konferenciji „Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održanoj 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.
141. Ćirić, A., *Klauzule egzoneracije u svetlu principa Evropske unije i uporednog ugovornog prava*, u: *Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije* (naučna konferencija), Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2005, str. 235-260.
142. Ćirić, A., *Klauzule egzoneracije u uporednom i međunarodnom trgovačkom pravu*, u: *Liber amicorum Dobrosav Mitrović*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 135-150.
143. Del Pilar, P. V. M., *“Battle of the Forms” Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles*, dostupno na: http://www.jus.uio.no/pace/battle_of_forms_under_cisg_comparison_with_ucc_2-207_and_upicc.maria_perales_viscasillas/landscape.pdf.
144. DiMatteo, L., Dhooge, L., Greene, S., Maurer, V., Pagnattaro, M., *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 24, issue 2, Winter 2004.
145. Draškić, M., *Ćutanje kao izjava prihvata*, *Pravo i privreda*, broj 39 (1-4), str. 1-16, 2002.
146. Draškić, M., *Ponuda i prihvata prema uniformnim pravilima i uporednom pravu*, u: Vukadinović, R. (ur.), *Načela evropskog ugovornog prava i Jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001.
147. Draškić, M., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori Borislav Blagojević i Vrleta Krulj), *Savremena administracija*, Beograd, 1983.
148. Drobniig, U., *Standard forms and general conditions in international trade: Dutch, German and Uniform law*, u: *International sales, standard forms, general conditions, the sole distributor, international arbitration, national adjudication: session 1981 Eernewoude*, tom 4 knjige *Hague-Zagreb essays on the law of international trade*, Brill, 1983, str. 117-134, 136-147.
149. Dudaš, A., *Jednostrana izmena ugovora o kreditu u pravu Mađarske*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2017, str. 785–805.
150. Dudaš, A., *Dopuštenost jednostranog povećanja kamate u ugovorima o kreditu u pravu Srbije*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2016, str. 549-567.
151. Đurđević, M., Pavić, D., *O uslovljenoj i usmerenoj slobodi ugovaranja privrednih subjekata*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2016, str. 84-104.
152. Đurđević, M., *Reforme obligacionog prava u Srbiji i Francuskoj: uporedni pogled na zakonodavne promene, njihove podsticaje, tokove razvitka i izvore*, *Srpska politička misao*, br. 3/2016, str. 207-229.
153. Đurđević, M., *Harmonizacija sistema kontrole opštih uslova poslovanja u SRJ i EU*, *Pravo i privreda*, broj 34 (5-8), str. 744-752, 1996.

154. Đurđević, N., *Kontrola opštih uslova poslovanja po osnovu pravičnosti*, Pravni život, broj 11-12/1994, str. 1541-1556, Beograd, 1994.
155. Eiselen, S., *Incorporation of Standard Terms under the CISG Conflicting Terms*, u: Uniform Sales Law Conference – The CISG at Its 30th Anniversary – A Conference in Memory of Albert H. Kritzer, University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2010, str. 137-141.
156. Eörsi, G., *A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, American Journal of Comparative Law 31, 1983, str. 333-356.
157. Ferrari, F., Article 14, u: *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A Commentary* (Kröll, S., Mistelis, L., Perales Viscasillas, P., eds.), C.H. Beck - Hart - Nomos, München, 2018, str. 222-242.
158. Finzgar, A., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 95-96.
159. Galič, A., *Procesnopravna zaštita potrošača u pravu Evropske unije*, u: Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije (naučna konferencija), Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2005, str. 111-126.
160. Goldberg, V., *The 'Battle of the Forms': Fairness, Efficiency, and the Best Shot Rule*, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=10366>.
161. Goldštajn, A., *Opći uvjeti poslovanja*, u: Opći uvjeti poslovanja - materijal za posle diplomski studij iz privrednog prava, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1970.
162. Goldštajn, A., *The New Law Merchant Reconsidered*, u: Festschrift Schmitthoff, Frankfurt a. M., 1973.
163. Hartkamp, A. S., *Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope*, Uniform Law Review, vol. 8, issue 1-2, 2003, pp. 81-89.
164. Hiber, D., Živković, M., *Zaštita korisnika kredita od jednostrane izmene visine ugovorene kamate*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 70, 2015, str. 573-586.
165. Hoffmann, B., *Passing of Risk in International Sales of Goods*, u: International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures (eds. Šarčević, P., Volken, P.), Oceana, Ch. 8, 1986, str. 265-303, dostupno i na: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html>.
166. Ivančević, K., *Finansijsko obrazovanje potrošača i delatnost osiguranja*, u: Jovanović, S., Slavnić, J., Marano, P. (ur.), Reforme i novi izazovi u pravu osiguranja, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Palić, 2016, str. 230-252.
167. Ivančević, K., *Rešavanje potrošačkog spora pred arbitražom*, u: Strengthening Consumer Protection in Serbia - Liber Amicorum Svetislav Taboroši (Bourgoignie, T., Jovanić, T., eds.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 248- 276.
168. Ivančević, K., *Specijalizovani ombudsman za zaštitu potrošača*, Pravo i privreda, br. 4-6/2013, str. 342-356.
169. Ivančević, K., *Građanskopravna odgovornost proizvođača za štetu od neispravnog proizvoda*, Pravni zapisi, br. 2/2012, str. 323-351.

170. Ivančević, K., *O nepravednim ugovornim odredbama uslova osiguranja u pravu EU i Srbije*, u: Integracija (prava) osiguranja Srbije u evropski (EU) sistem osiguranja, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd, 2009, str. 398-417
171. Ivančević, K., *Zaštita potrošača kroz zakonske odredbe koje se odnose na ugovor o osiguranju*, u: Evropski put prava osiguranja Srbije, posebno ugovora o osiguranju, Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd, 2008, str. 369-391.
172. Ivanišević, N., *Primena FIDIC uslova u srpskoj praksi*, referat izložen na Konferenciji „Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održanoj 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.
173. Jankovec, I., *Sudska kontrola opštih uslova poslovanja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 29-35.
174. Jovanić, T., *Uloga uprave u zaštiti kolektivnih interesa potrošača*, u: Strengthening Consumer Protection in Serbia - Liber Amicorum Svetislav Taboroši (Bourgoignie, T., Jovanić, T., eds.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 309-327.
175. Jovičić, K., Vukadinović, S., *Ugovorna odgovornost - pravni režim u uporednom pravu*, Teme br. 2/2018, str. 647-660.
176. Jovičić, K., *Garancija prodavca u Zakonu o obligacionim odnosima i Zakonu o zaštiti potrošača*, Pravo i privreda, br. 4-6/2018, str. 711-721.
177. Jovičić, K., Vukadinović, S., *30 godina Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, Strani pravni život 1/2011, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2011, str. 143-172.
178. Jovičić, K., Vukadinović, S., *Pravila za regulisanje međunarodne poslovne operacije*, Pravni život 11/2010, tom III, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2010, str. 443-463.
179. Karanikić Mirić, M., Čađenović, Z., *Transponovanje pojedinih direktiva: Direktiva o nepravičnim ugovornim odredbama (93/13)*, u: Civil Law Forum for South East Europe: Collection of studies and analyses – First Regional Conference, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit: Offener Regionalfonds für Südosteuropa - Rechtsreform, Cavtat, 2010, vol. III, str. 626-654.
180. Keating, D., *Exploring the Battle of the Forms in Action*, Michigan Law Review, vol. 98, dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=221568.
181. Kunda, I., *Ništetnost prorogacijske i arbitražne klauzule u potrošačkim ugovorima u praksi Suda EU-a*, u: Nepoštene ugovorne odredbe: evropski standardi i hrvatska provedba (ur. Tomljenović, V., Petrić, S., Miščenić, E.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013, str. 255-280.
182. Lando, O., *Have the PECL Been a Success or a Failure*, in: European Review of Private Law (edit. Hondius, E. H., Strome, M. E.), 3-2009, str. 367-375, Kluwer Law International, 2009.

183. Lazić, M., *Sloboda ugovaranja*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 161-168.
184. Lerner, P., *The Relationship between “Common Principles”, Comparative Law and the “New Ius Commune”*, European Review of Private Law, vol. 16, no. 6-2008, Kluwer Law International, str. 949-972.
185. Macaulay, S., *Non-contractual relations in business: a preliminary study*, American Sociological Review, vol. 28., no. 1 (Feb.), 1963, str. 61, http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/Macaulay%20class%202%20background.pdf.
186. Magnus, U., *Incorporation of Standard Contract Terms under the CISG*, in: Sharing International Commercial Law across National Boundaries (edit. Andersen, C., Schroeter, U.), Wildy, Simmonds & Hill Publishing Ltd., London, 2008.
187. Marschall von Bieberstein, W., *Novi zapadnonemački Zakon o regulisanju opštih uslova poslovanja*, Strani pravni život, br. 100, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1978, str. 13-24.
188. Meškić, Z., *Prorogacija nadležnosti u opštim uslovima potrošačkih ugovora*, u: Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse (zbornik radova trinaestog međunarodnog savjetovanja u Neumu), Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2015, str. 323-335.
189. Mitrović, D., *Izvori prava i pravila koji regulišu međunarodnu trgovačku kupoprodaju*, u: Pravni opus, izbor iz radova 1957-2007, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
190. Mitrović, D., *Klauzule neodgovornosti*, u: Pravni opus, izbor iz radova 1957-2007, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
191. Mitrović, D., *Okolnosti koje sprečavaju izvršenje ugovora o međunarodnoj prodaji*, u: Pravni opus, izbor iz radova 1957-2007, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
192. Mitrović, D., *Pravo nadležno za regulisanje međunarodne trgovačke kupoprodaje*, u: Pravni opus, izbor iz radova 1957-2007, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
193. Mitrović, D., *Ugovorna garancija za kvalitet i ispravno funkcionisanje kod međunarodne prodaje industrijske robe serijske proizvodnje*, u: Pravni opus, izbor iz radova 1957-2007, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
194. Mitrović, D., *Uzajamni odnos i red primene pojedinih izvora koji regulišu međunarodnu trgovačku kupoprodaju*, u: Pravni opus, izbor iz radova 1957-2007, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 105-121.
195. Mujezinović, S., *Upotreba opštih, odnosno posebnih uslova FIDIC ugovora u Srbiji – ograničenja, teškoće i opasnosti*, referat izložen na Konferenciji „Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održanoj 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.
196. Nikčević, J., *Prethodni (pred-arbitražni) postupak za rešavanje sporova prema FIDIC-ovim opštim uslovima ugovora*, referat izložen na Konferenciji „Ugovori

- o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održanoj 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.
197. Nikolić, D., *Legal protection of the weaker side in private law of the Republic of Serbia*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 70/2015, str. 499-516.
198. Nochta, T., *Ist die Wirtschaftskrise ein Vertragsrisiko?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2011, str. 527-540.
199. Patterson, E., *The Delivery of a Life-Insurance Policy*, Harvard Law Review, vol. 33, No. 2 (Dec., 1919), str. 198-222; dostupan i na: <https://www.jstor.org/stable/1327161>.
200. Paunović, M., *Razvoj ugovorne prakse u poslovima izgradnje*, referat izložen na Konferenciji „Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održanoj 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.
201. Pavić, D., *FIDIC-ova „Crvena knjiga“ i razlike u „harmonizovanom“ izdanju (MDB izdanje)*, materijal sa Konferencije „Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održane 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.
202. Petrović, M., *Prorogacija nadležnosti suda za potrošačke sporove sa stranim elementom: rešenja prava EU i prava Srbije*, Glasnik prava, br. 3/2015, str. 1-21, dostupno na: <http://www.jura.kg.ac.rs/gp/17/1/clanci/petrovic.htm>.
203. Perović, S., *Sloboda volje i ugovorno pravo*, Pravni život, broj 11/2007, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2007.
204. Petrić, S., *Koncept nepoštenih ugovornih odredbi s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore*, u: *Nepoštene ugovorne odredbe: europski standardi i hrvatska provedba* (ur. Tomljenović, V., Petrić, S., Mišćenić, E.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013, str. 15-60.
205. Petrić, S., *Institut općih uvjeta poslovanja u potrošačkom pravu Bosne i Hercegovine*, u: *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (zbornik radova devetog međunarodnog savjetovanja u Neumu), Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2011, str. 51-74.
206. Petrović Tomić, N., *Rešavanje potrošačkih sporova pred arbitražom*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/2014, str. 86-114.
207. Pohl, T., *The “Battle of the Forms” under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with the UNIDROIT Principles, the European Principles and some domestic laws*, University of Cape Town, 2005, dostupno na: http://lawspace2.lib.uct.ac.za/dspace/bitstream/2165/258/1/PohlT_2005.pdf.
208. Popov, D., *Doprinos prof. dr Borislava Blagojevića afirmaciji međunarodnog privrednog prava*, u: Borislav T. Blagojević, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Institut za pravna i društvena istraživanja, Niš, 1997, str. 133-138.
209. Poznić, B., *Opšti uslovi ugovora i nadležnost arbitraže*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 5/1984, str. 670-676.

210. Rakić-Vodinelić, V., *Procesni uzori i supsidijarni izvori arbitražnog prava Srbije*, u: Liber amicorum Dobrosav Mitrović, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
211. Reich, N., *More clarity after 'Claro'? Arbitration clauses in consumer contracts as an ADR (alternative dispute resolution) mechanism for effective and speedy conflict resolution, or as 'deni de justice'*, European Review of Contract Law, vol. 3, br. 1, 2007, str. 41-61, dostupno i na: <https://www.degruyter.com/view/j/ercl.2007.3.issue-1/ercl.2007.003/ercl.2007.003.xml>.
212. Reich, N., *Party autonomy and consumer arbitration in conflict: a "Trojan horse" in the access to justice in the E.U. ADR – Directive 2013/11?*, Penn State Journal of Law & International Affairs, vol. 4. issue 1, 2015, str. 290-332, dostupno i na: <http://elibrary.law.psu.edu/jlia/vol4/iss1/14>.
213. Rowan, S., *The new French law of contract*, International & Comparative Law Quarterly, vol. 66, issue 4/2017, pp. 805-831.
214. Rösler, H., *Osnove potrošačkog prava Evropske unije*, Nova pravna revija (časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo), br. 1/2013, str. 20-29.
215. Rühl, G., *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observation*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Spring 2003, str. 189-224.
216. Sajko, K., *Arbitražno rješavanje sporova s međunarodnim obilježjem – razmatranja s aspekta hrvatskog i poredbenog prava*, u: Liber amicorum Dobrosav Mitrović, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
217. Sanz, F. M., *Good Faith of the Parties*, Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht, Band 22, Köln, 2002, Bundesanzeiger, str. 127-138.
218. Schmitthoff, C., *The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions*, International and Comparative Law Quarterly (1968), Cambridge University Press, British Institute of International and Comparative Law, 1968.
219. Schroeter, U., Article 14, u: *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (Schlechtriem, P., Schwenzler, I., eds.), Oxford University Press, Oxford, 2010, str. 257-296.
220. Sein, K., *Protection of Consumers against Unfair Jurisdiction and Arbitration Clauses in Jurisprudence of the European Court of Justice*, Juridica International, 18/2011, str. 54-62, dostupno i na: <https://www.juridicainternational.eu/index.php?id=14840>.
221. Sukurs, C., *Harmonizing the Battle of the Forms: A Comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2001, str. 1481-1515.
222. Sybert, R., *Adhesion Theory in California: A Suggested Redefinition and its Application to Banking*, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 11, No. 2, 1978, str. 297-333, članak je dostupan i na: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol11/iss2/8>.

223. Šarčević, P., *Standard forms and general conditions*, u: *International sales, standard forms, general conditions, the sole distributor, international arbitration, national adjudication*, str. 136- 147, Brill, 1983.
224. Šite, D., *Prevara i opšti uslovi poslovanja*, *Pravo i privreda*, broj 1-3/2010, Udruženje pravika u privredi Srbije, Beograd, 2010, str. 150-166.
225. Šoljan, V., *O konkurenciji općih uvjeta poslovanja dviju ugovornih strana*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56, Posebni broj, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2006.
226. Stanivuković, M., *Arbitration – is it a viable option for resolution of consumer disputes in Serbia*, u: *Strengthening Consumer Protection in Serbia - Liber Amicorum Svetislav Taboroši* (Bourgoignie, T., Jovanić, T., eds.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 227-247.
227. Stanivuković, M., *Direktiva 1999/44/EC o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama za robu (1999) i Direktiva 93/13/EEC o nepoštenim odredbama u ugovorima sa potrošačima (1993)*, *Evropsko zakonodavstvo*, br. 2/2002, str. 67-71.
228. Topalović, S., *Praktična primena alternativnog rešavanja sporova u građevinarstvu – medijacija i Odbori za sporove (DB – Dispute Boards)*, referat izložen na Konferenciji „Ugovori o građenju u savremenoj međunarodnoj praksi“, održanoj 11. februara 2011. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.
229. Triva, S., *Arbitražna klauzula u općim uvjetima poslovanja*, u: *Opći uvjeti poslovanja - materijal za poslediplomski studij iz privrednog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1970.
230. Troiano, S., *Formation of Contracts under EC Directives*, *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Band 22, Köln, 2002, Bundesanzeiger, str. 97-107.
231. Varadi, T., *Napomene o pravnim instrumentima za zaštitu „slabije strane“ u ugovorima međunarodnog privrednog prava*, *Anali Pravnog fakulteta*, br. 3-4, Beograd, 1985.
232. Vergne, F., *The "Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 33, No. 2 (Spring), Oxford University Press, 1985.
233. Vilus, J., *Pravna zaštita ekonomskih interesa potrošača – usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije*, u: *Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije* (naučna konferencija), Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2005, str. 591-605.
234. Vilus, J., *Sudsko i vansudsko rešavanje sporova potrošača po pravu Evropske unije*, *Pravo i privreda*, br. 1/4, 2003, str. 68-78.
235. Vilus, J., *Vansudsko rešavanje sporova potrošača*, *Evropsko zakonodavstvo*, br. 4/2003, str. 45-48.
236. Vilus, J., u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), *Savremena administracija*, Beograd, 1983.

237. Vilus, J., *Zakonsko regulisanje položaja potrošača u Švedskoj*, Strani pravni život, br. 97, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1977, str. 3-18.
238. Vukadinović, S., Jovičić, K., *Kriterijumi kvalifikacije ugovora o međunarodnoj prodaji robe i pitanje merodavnog prava*, Strani pravni život 2/2010, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010, str. 177-208.
239. Vukmir, B., *Isključenje i ograničenje ugovorne odgovornosti za štetu (s osobitim osvrtom na Opće uvjete Evropske ekonomske komisije UN)*, u: *Opći uvjeti poslovanja - materijal za posle diplomski studij iz privrednog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1970.
240. Wiener, J., *The "Transnational" Political Economy: A Framework for Analysis*, 1996, dostupno na: <https://www.jus.uio.no/lm/the.transnational.political.economy.a.framework.for.analysis.jarrod.wiener.ukc/portrait.pdf>
241. Wilhelmsson, T., *Standard Form Conditions*, u: *Towards a European Civil Code* (eds. Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Mak, C., du Perron, E.) Fourth Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International – Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2011, str. 571-586.
242. Willett, C., Oughton, D., *Consumer protection*, u: *Furmston, M., Chuah, J., (eds.), Commercial and Consumer Law*, Pearson Education Limited, 2010, str. 376-472.
243. Zeller, B., *The CISG and the Battle of the Forms*, u: *DiMatteo, L. (ed), International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge University Press, New York, 2014, str. 203-214.
244. Zeller, B., *The Development of Uniform Laws - A Historical Perspective*, *Pace International Law Review*, vol. 14/2002, str. 163-177.
245. Živković, M., *O dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita u pravu Srbije*, *Bankarstvo*, br. 2/2018, str. 14-51.

III) STRUČNE ENCIKLOPEDIJE I LEKSIKONI

246. *Leksikon građanskog prava*, Nomos, Beograd, 1996.
247. *Leksikon obligacionog prava*, urednik Ilija Babić, Službeni glasnik, Beograd, 2008.
248. *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa*, glavni redaktor Dobrosav Mitrović, Savremena administracija, Beograd, 1982.
249. *Leksikon za privrednike*, Privredni savetnik, Beograd, 2000.
250. *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1979.
251. *Pravni leksikon*, Leksikološki zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.

IV) PROPISI (USTAV, ZAKONI, PODZAKONSKI PROPISI), KOMENTARI ZAKONA, INOSTRANI ZAKONSKI TEKSTOVI I PREVODI PROPISA, DRUGI IZVORI

252. Ustav Republike Srbije („Službeni glasnik RS”, broj 98/2006)

253. Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe („Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, broj 10-1/84)
254. Zakon o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“, бр. 29/78, 39/85, 57/89- Odluka USJ i 57/89, „Službeni list SRJ“, broj 31/93 i „Službeni list SCG“, broj 1/03-Ustavna povelja)
255. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (Blagojević, B. i Krulj, V., redaktori), Savremena administracija, Beograd, 1983.
256. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori S. Perović i D. Stojanović), Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 1980
257. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, (Perović, S., glavni redaktor), Beograd, 1995
258. Bukljaš, I., Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1979
259. Perović, S., *Predgovor – Osnovna koncepcija Zakona o obligacionim odnosima*, Službeni list, Beograd, 2001
260. Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 139/2014)
261. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga kod ugovaranja na daljinu („Sl. glasnik RS“, broj 44/2018)
262. Zakon o zaštiti potrošača („Službeni glasnik“, br. 62/2014, 6/2016 - dr. zakon i 44/2018 - dr. zakon)
263. Jovičić, K., Dabetić-Trogrić, V., *Komentar Zakona o zaštiti potrošača*, Glosarijum, Beograd, 2016
264. Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja („Službeni list SFRJ“, br. 43/82, 72/82, „Službeni list SRJ“, broj 46/96)
265. Zakon o arbitraži („Službeni glasnik RS“, br. 46/06)
266. Zakon o parničnom postupku („Sl. list SFRJ“, br. 4/77, 36/77 - ispr., 6/80 - dr. zakon, 36/80, 43/82 - dr. zakon , 69/82 , 72/82 - ispr. dr. zakona, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91 i „Sl. list SRJ“, br. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 - ispr. i 3/2002 i „Sl. glasnik RS“, br. 125/2004 - dr. zakon)
267. Zakon o izvršenju i obezbeđenju („Sl. glasnik RS“, br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje i 113/2017 - autentično tumačenje)
268. Zakon o planiranju i izgradnji („Sl. glasnik RS“, br. 72/09, 81/09 - ispr. i 64/10 - odluka US)
269. Zakon o javnim nabavkama („Sl. glasnik RS“, br. 116/08)
270. Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju („Sl. glasnik RS“, broj 36/09)
271. Zakon o deviznom poslovanju („Sl. glasnik RS“, br. 62/06)
272. Zakon o prevozu u drumskom saobraćaju („Službeni glasnik RS“, br. 46/95, 66/01, 61/05, 91/05 i 62/06)

273. Zakona o prevozu putnika u drumskom saobraćaju („Sl. glasnik RS”, br. 68/2015, 41/2018, 44/2018 – dr. zakon i 83/2018)
274. Zakon o trgovini („Sl. list SRJ”, br. 32/93, 50/93, 41/94, 29/96 i 37/2002 - dr. zakon i „Sl. glasnik RS”, br. 101/2005 - dr. zakon i 85/2005 - dr. zakon)
275. Zakon o privrednim društvima („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr.zakon, 5/2015, 44/2018 i 95/2018)
276. Zakona o privrednim komorama („Sl. glasnik RS“, br. 112/2015)
277. Zakon o privrednim komorama („Sl. glasnik RS“, 65/2001, 36/2009 i 99/2011-dr. zakon)
278. Zakon o Narodnoj banci Srbije („Sl. glasnik RS“, 72/2003, 55/2004, 85/2005 - dr. zakon, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 - odluka US i 44/2018)
279. Zakon o energetici („Sl. glasnik RS”, br. 145/2014 i 95/2018 – dr. zakon)
280. Zakon o elektronskim komunikacijama („Sl. glasnik RS“, br. 44/2010, 60/2013 - odluka US, 62/2014 i 95/2018 - dr. zakon)
281. Jedinstvena metodološka pravila za izradu propisa („Sl. glasnik RS”, broj 21/2010)
282. Građanski zakonik Republike Srbije – prednacrt, knjiga druga: Obligacioni odnosi, Generalni sekretarijat Vlade Republike Srbije, Beograd, 2009
283. Uredba o ratifikaciji Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži sa završnim aktom specijalnog sastanka punomoćnika („Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi“, br. 12/63)
284. Uredba o uslovima isporuke električne energije („Sl. glasnik RS“, broj 107/2005)
285. Uredba o uslovima isporuke i snabdevanja električnom energijom („Sl. glasnik RS”, br. 63/2013 i 91/2018)
286. Statut Privredne komore Srbije („Sl. glasnik RS”, br. 45/2002, 107/2003, 44/2005, 29/2009, 35/2011, 46/2011 i 103/2011)
287. Statut Privredne komore Srbije („Sl. glasnik RS”, broj 39/2016)
288. Statut Privredne komore Beograda („Sl. list grada Beograda“, br. 86/2014, 20/2015 i 80/2015)
289. Pravilnik o uslovima za obavljanje delanosti kastodi banke („Sl. glasnik RS“, br. 31/01-prečišćen tekst, 130/03 i 73/04)
290. Pravilnik o opštim uslovima za obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija po režimu opšteg ovlašćenja („Službeni glasnik RS“, broj 58/2018)
291. Pravilnik o Spoljnotrговinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije („Sl. list SRJ“, br. 52/97 i 64/2001 i „Sl. glasnik RS, br. 74/2004)
292. Pravilnik o Stalnoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 101/16)

293. Pravilnik o Sudu časti pri Privrednoj komori Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 39/2006)
294. Pravilnik o Sudu časti pri Privrednoj komori Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 114/2017)
295. Pravilnik o organizaciji, sastavu i radu Suda časti pri Privrednoj komori Beograda („Sl. list grada Beograda“, br. 16/2003, 6/2009 i 86/2014)
296. Opšte uzanse za promet robom („Službeni list SFRJ“, broj 15/54)
297. Posebne uzanse o građenju („Sl. list SFRJ“, broj 18/77)
298. Kodeks poslovne etike („Sl. glasnik RS“, br. 1/2006)
299. Strategija zaštite potrošača za period 2013-2018. godine („Sl. glasnik RS“, br. 71/2013)
300. Odluke i uputstva Narodne banke Srbije, dostupne na: <http://nbs.rs/internet/latinica/20/index.html>

STRANI PROPISI I PREVODI STRANIH PROPISA

301. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L 95*, 21.4.1993, p. 29–34
302. Direktiva 1999/44/EC Evropskog parlamenta i Saveta o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama za takvu robu doneta 25. maja 1999. godine - Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *OJ L 171*, 07.07.1999, pp. 12-16, dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1999/44/oj>.
303. Direktiva 2013/11/EU o alternativnom rešavanju sporova - Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR), *OJ L 165*, 18.6.2013, p. 63–79, dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0011>.
304. Uredba o rešavanju sporova putem interneta - Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR) *OJ L 165*, p. 1–12, 18.6.2013, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013R0524>.
305. Odluka o stvaranju mreže nacionalnih tela za vansudsko rešavanje potrošačkih sporova - Council Resolution of 25 May 2000 on a Community-wide network of national bodies for the extra-judicial settlement of consumer disputes, *OJ C 155*, 6.6.2000, p. 1–2, dostupna na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32000Y0606%2801%29>.

306. Građanski zakonik Austrije (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, skraćeno: ABGB), dostupan na: https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetze_snummer=10001622
307. Građanski zakonik Francuske (*Code Civil*), dostupan na: http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_2_2.pdf i <http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>
308. The Law of contract, the general regime of obligations, and proof of obligations: The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n°2016-131 of 10 February 2016, engleska verzija francuskog propisa (*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n° 0035 du 11 février 2016) koju su preveli John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson i Simon Whittaker, dostupna na: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf
309. hrvatski Zakon o obveznim odnosima, „Narodne novine”, broj 35/05, dostupan na: <http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/288230.html>
310. Italijanski Građanski zakonik (Il Codice Civile Italiano) sa izmenama iz 2000. godine, dostupan na: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/codciv/Codciv.htm
311. *Italijanski građanski zakonik* (preveo V. Radmilović, redakcija i predgovor R. Đurović), Institut za uporedno pravo, Beograd, 1964.
312. Izrael: Zakon o jednoobraznim ugovorima od 1964. god. Prevod ovog zakona na srpski jezik (dr Vrleta Krulj): *Strani pravni život*, br. 68-69, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1970, str. 19-23
313. Jednoobrazni trgovački zakonik Sjedinjenih Američkih Država od 1962. godine (predgovor J. Hazard; pogovor J. Vilus, urednik B. Blagojević, preveli J. Vilus i Č. Maletić u saradnji sa V. Bataveljić), Institut za uporedno pravo, Beograd, 1966. Aktuelna verzija američkog Jednoobraznog trgovačkog zakonika (*Uniform Commercial Code*) je dostupna na: <https://www.law.cornell.edu/ucc/index.html>.
314. Građanski zakonik Nemačke - Bürgerliches Gesetzbuch (skraćeno: BGB), dostupan na: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.
315. nemački Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, skraćeno: AGB - Gesetz), dostupan na: <https://www.gesetzesweb.de/AGB.html>. Prevod ovog zakona na srpski jezik: *Strani pravni život*, br. 100, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1978, str. 25-37
316. Zakon o arbitraži Republike Hrvatske, „Narodne novine”, broj 88/01, dostupan i na: <https://www.zakon.hr/z/250/Zakon-o-arbitra%C5%BEi>
317. Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini („Sl. glasnik BiH“, br. 25/2006 i 88/2015).
318. Poljska: Građanski zakonik Narodne Republike Poljske od 1964. godine (predgovor M. Toroman), Institut za uporedno pravo, Beograd, 1966.
319. Španski *Código civile*, dostupan na: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>

320. švedski Zakon o zabrani nekorektnih klauzula. Prevod (dr Jelena Vilus) ovog zakona na srpski jezik: *Strani pravni život*, br. 97, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1977, str. 25-26
321. Zakonik o obligacijama Švajcarske, zvanična verzija Zakonika o obligacijama Švajcarske na francuskom jeziku dostupan je na: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/220.fr.pdf>, a nezvanični prevod na engleski jezik (budući da on nije zvaničan jezik Švajcarske Konfederacije) dostupan je na: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf>.
322. O opštim uslovima poslovanja u holandskom pravu: Groot de, J. W., *General terms and conditions - in the Netherlands*, objavljeno 25. decembra 2017. godine, dostupno na: <https://dutch-law.com/general-terms-conditions.html>.
323. Ujedinjeno Kraljevstvo: Zakon o nepravičnim ugovornim odredbama (*Unfair Contract Terms Act*) iz 1977. godine, dostupan na: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>
324. *Sale of Goods Act* (1979), dostupan na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>
325. *The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations* iz 2008. godine, dostupno na: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2008/1277/contents/made>, dopunjen 2014. godine - dopuna je dostupna na: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/870/made>
326. International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rim, 2016, (dostupni na: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>)

ISTRAŽIVANJA, ANALIZE, MIŠLJENJA, ZBORNICI SLUČAJEVA

327. *EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis* (ur. H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner i M. Ebers), European Commission - University of Bielefeld, 2008, dostupno na: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf
328. *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, Queen Mary University of London – School of International Arbitration, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey-report.pdf>
329. *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, Queen Mary University of London – School of International Arbitration, http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf
330. Schmidt-Kessel, M., *On the Treatment of General Terms and Conditions of Business under the UN Convention on Contracts for the International Sale of*

Goods (CISG) – Commentary on decision of German Federal Supreme Court of 31 October 2001 [VII ZR 60/01],
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/011031g1.html>.

331. *Analiza građanskih zakonika i građanskog pava pojedinih država (sadržina, metodologija izrade i sastav komisije za izradu zakonika)*, British Embassy Podgorica, objavljeno na sajtu Ministarstva pravde Crne Gore 22.09.2017. godine, dostupno na:
http://www.pravda.gov.me/rubrike/komisija_za_izradu_gradjanskog_zakonika/193465/Komparativna-analiza-gradanskih-zakonika-u-Evropi.html
332. *Adhesion Contract (Contract of Adhesion)*, Cornell Law School – Legal Information Institute, dostupno na:
https://www.law.cornell.edu/wex/adhesion_contract_%28contract_of_adhesion%29.
333. *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, United Nations, New York, 2016
334. *Opinion of Advocate General Verica Trstenjak in Case 14.5.2009. u predmetu C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL gegen Cristina Rodríguez Nogueira*, dostupno na:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:62008CC0040>

KORIŠĆENI OPŠTI USLOVI POSLOVANJA

335. Opšti uslovi poslovanja međunarodnih logističara i špeditera Srbije („Sl. glasnik RS“, broj 105/08)
336. Opšti uslovi poslovanja autobuskih stanica („Sl. glasnik RS“, broj 21/96)
337. Opšti uslovi poslovanja autobuskih stanica („Sl. glasnik RS“, br. 26/2008)
338. Opšti uslovi prevoza u međumjesnom drumskom prevozu putnika („Sl. glasnik RS“, br. 102/2009)
339. Opšti uslovi poslovanja Biblioteke grada Beča, dopstupni na:
340. http://www.buechereien.wien.at/media/file/180_83_2008_AGB_SERB_Oroz.pdf
341. Opšti uslovi za unutrašnji saobraćaj – Srbija Voz, javno dostupni i objavljeni na internet adresi: <http://www.srbvoz.rs/page11.html>
342. Opšti uslovi za međunarodni saobraćaj, javno dostupni i objavljeni na internet adresi: <http://www.srbvoz.rs/page17.html>
343. Odluka o opštim uslovima za isporuku električne energije („Sl. glasnik RS“, broj 50/99)
344. Odluka o opštim uslovima za isporuku električne energije („Sl. glasnik RS“, br. 39/2001 - prečišćen tekst, 130/2003 i 73/2004)
345. Pravilnik o opštim uslovima za obavljanje poštanskih usluga („Sl. glasnik RS“, br. 24/2010, 58/2010, 2/2011 i 13/2011)
346. Pravilnik o opštim uslovima za interkonekciju javnih telekomunikacionih mreža („Sl. glasnik RS“, br. 53/2008)
347. Pravilnik o opštim uslovima za obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija po režimu opšteg ovlašćenja („Sl. glasnik RS“, br. 38/2011 i 44/2011 - ispr.)

348. Odluka o opštim uslovima za uređenje grada („Sl. list grada Niša“, br. 23/2004, 104/2004, 14/2007 i 20/2011)
349. Odluka o opštim uslovima za iskorišćavanje i održavanje seoskih vodovoda na teritoriji grada Kragujevca („Sl. list grada Kragujevca“, br. 15/93, 5/94, 12/2005 i 35/2009)
350. Odluka o opštim uslovima za održavanje i iskorišćavanje seoskih vodovoda („Sl. list grada Zaječara“, br. 3/2008, 3/2010 - dr. odluka, 9/2011 - dr. odluka i 15/2011)
351. Odluka o opštim uslovima za iskorišćavanje i održavanje seoskih vodovoda na području grada Loznice („Sl. list grada Loznice“, br. 4/2010)
352. opšti uslovi poslovanja banaka, osiguravajućih društava i turističkih organizacija

SUDSKE ODLUKE

353. Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Gzz. 40/96 od 21.5.1996. godine
354. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 392/86 od 17.2.1987. godine
355. Presuda Višeg privrednog suda, Pž. 3660/94 od 10.10.1994. godine
356. Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 2244/09 od 27.5.2009. godine
357. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 14301/2010(2) od 23.12.2010. godine
358. Presuda Okružnog suda u Valjevu Gž. br. 902/85 od 14. oktobra 1985. godine
359. Presuda Opštinskog suda u Ubu P. br. 856/84 od 7. juna 1985. godine
360. Presuda Vrhovnog suda Hrvatske GŽ br. 1426/71

Slučajevi iz strane sudske i arbitražne prakse

361. Slučaj *Butler Machine Tool Co., Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England), Ltd.*, dostupan na: <http://www.diprist.unimi.it/fonti/851.pdf>.
362. Slučaj *Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabaté USA Inc., Sabaté S.A.*, dostupan na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030505u1.html> i <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1359801.html>
363. Odluka Suda u predmetu *L'Estrange v. F Graucob Ltd.* (1934) 2 KB 394, dostupan na: <https://www.lawteacher.net/cases/lestrange-v-graucob.php>
364. Odluka u predmetu *McCrone v. Boots Farm Sales Ltd.* (1981), dostupana na: <https://swarb.co.uk/mccrone-v-boots-farm-sales-limited-1981/>
365. Odluka Saveznog suda Nemačke (Bundesgerichtshof, skraćeno: BGH) od 13.5.2014, Az. XI ZR 170/13 i Az. XI ZR 405/12
366. Odluka Saveznog suda Nemačke (Bundesgerichtshof, skraćeno: BGH) od 4.7.2017, br. XI ZR 233/16, kojom je ukinuta drugostepena odluka Hanseatisches OLG Hamburg i vraćeno na ponovno odlučivanje i br. XI ZR 562/15, kojom je potvrđena drugostepena odluka OLG Celle

367. Odluka Vrhovnog suda Austrije (Oberste Gerichtshof, skraćeno: OGH) br. 6Ob13/16d od 30.3.2016
368. Odluka Najvišeg suda Češke Republike CPJN 203/2013 i Odluka III. ÚS 3725/13 Ustavnog suda Češke Republike.
369. Odluka Vrhovnog suda Nju Džersija (*Superior Court of New Jersey*) u predmetu *Fairfield Leasing Corporation v. Techni-Graphics, Inc.* od 18. marta 1992. godine, dostupna na: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/1992/256-n-j-super-538-1.html>.

Slučajevi pred Evropskim sudom pravde:

370. Predmet C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira*, dostupan na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0040>
371. Spojeni predmeti C-240/98 do C-244/98 *Océano Grupo Editorial Sa i Salvat Editores SA v Rocío Murciano Quintero i drugi*
372. Predmet C-473/00 *Cofidis SA v Jean-Louis Fredou*
373. Predmet C-168/05 *Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium SL*, dostupan na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CJ0168&from=EN>.
374. Predmet C-243/08 *Pannon GSM Zrt. v Erzsébet Sustikné Györfi*
375. Predmet C-137/08 *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v Ferenc Schneider*
376. Predmet C-327/10 *Hypotečni banka a.s. v Udo Mike Lindner*

Slučajevi u vezi sa Bečkom konvencijom:

377. CLOUT slučaj br. 541 (Oberster Gerichtshof, Austrija, 14. januar 2002. god.), cela sudska odluka je dostupna na nemačkom jeziku na: http://www.uncitral.org/docs/clout/AUT/AUT_140102_FT.pdf#, a prikaz slučaja na engleskom jeziku je dostupan na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html>.
378. CLOUT slučaj br. 445 (Bundesgerichtshof, Nemačka, 31. oktobar 2001. godine, BGH VII ZR 60/01), dostupan na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>.
379. CLOUT slučaj broj 362 koji je pravosnažno rešen pred nemačkim pokrajinskim apelacionim sudom Oberlandesgericht Naumburg, 27. aprila 1999. godine (9 U 146/98), dostupan na nemačkom na: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=510&step=FullText> a na engleskom na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990427g1.html> i <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=510&step=Abstract>.

380. Slučaj 3 C 75/94 koji je rešen 14. juna 1994. godine pred nemačkim sudom Nordhorn (poznat kao slučaj „cipele“), dostupan na:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940614g1.html>.

381. CLOUT slučaj br. 203 *ISEA Industrie S.p.A. v. Compagnie d'Assurances* od 13. decembra 1995. god. pred francuskim Apelacionim sudom u Parizu (Cour d'appel, Paris, France, 95-018179), dostupan na:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951213f1.html>.

382. Slučaj *Gantry v. Research Consulting Marketing* koji je 19. septembra 1995. god. rešen pred sudom belgijskog distrikta Nivelles, dostupan na:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950919b1.html>.

ODLUKE I REŠENJA USTAVNOG SUDA

383. Rešenje Ustavnog suda IU-418/2004 od 07.07.2005.godine

384. Rešenje Ustavnog suda IU-381/2003 od 26.05.2005. godine.

385. Rešenje Ustavnog suda IU-6/2002 od 28.04.2005. godine.

386. Odluka Ustavnog suda Republike Srbije IU broj 32/03 od 30. oktobra 2003. godine („Službeni glasnik RS“, broj 116/03)

387. Odluka Ustavnog suda Srbije IU broj 85/02 od 15. maja 2003. godine („Službeni glasnik RS“, broj 61/03)

388. Rešenje Saveznog ustavnog suda, U- br. 226/01 od 26.6.2002. godine

389. Odluka Ustavnog suda Srbije IU broj 190/96 od 14. oktobra 1999. godine („Službeni glasnik RS“, broj 50/99)

390. Odluka Ustavnog suda Jugoslavije, II-U br. 67/90 od 6.2.1991. godine

INTERNET IZVORI (MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE, UDRUŽENJA I SL.)

391. American Institute of Architects (Američki institut za arhitekturu) - AIA: <http://www.aia.org>

392. Association of Consulting Engineers of Serbia (Udruženje inženjera konsultanata Srbije) – ACES: www.aces.rs

393. Confederation of International Contractors' Associations (Savez međunarodnih udruženja izvođača radova) - CICA: <http://www.cicanet.com>

394. <http://ec.europa.eu/consumers>

395. Engineering Advancement Association of Japan (japansko udruženje za unapređenje inženjeringa) - ENAA: <http://www.ena.or.jp/EN/index.html>

396. <http://eur-lex.europa.eu>

397. European Construction Industry Federation (Evropski savez građevinske industrije) - FIEC: <http://www.fiec.org>

398. European International Contractors - EIC: www.eicontractors.de

399. Federation of Arab Contractors (Savez arapskih izvođača) – FAC: <http://www.arabcont.com>
400. Inter-American Federation of the Construction Industry (Inter-američki savez građevinske industrije) - FIIC: <http://www.fic.la>
401. International Chamber of Commerce - ICC : www.iccwbo.org
402. [International Federation of Consulting Engineers](http://www.fidic.org) – FIDIC: www.fidic.org
403. International Federation of Freight Forwarders Associations (Međunarodni savez udruženja špeditera) – FIATA: <http://www.fiata.com>
404. International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT: www.unidroit.org
405. Institution of Civil Engineers (Institucija građevinskih inženjera) - ICE: <http://www.ice.org.uk>
406. <http://www.lexmercatoria.net>
407. Michigan Law Review: <http://www.michiganlawreview.org>
408. Social Science Research Network (SSRN): <http://www.ssrn.com>
409. United Nations Commission for International Trade Law - UNCITRAL: www.uncitral.org
410. www.cisg.law.pace.edu
411. www.cisg-france.org
412. United Nations Economic Commission for Europe - ECE : www.unece.org
413. United Nations Industrial Development Organization (Organizacija UN za industrijski razvoj) - UNIDO: www.unido.org
414. <https://www.law.cornell.edu>
415. www.globalsaleslaw.org
416. <http://www.yuta.rs>
417. <http://www.clauses-abusives.fr>

ELEKTRONSKE BAZE PODATAKA

418. Elektronska baza *Ing-pro*
419. Elektronska baza *Paragraf Lex*