

Др Мирјана РАДОВИЋ, LL.M. (Humboldt)*

СМИСАО И ДОМЕН ПРИМЕНЕ РЕГУЛАТИВЕ ОПШТИХ УСЛОВА ПОСЛОВАЊА**

Резиме

У овом раду аутор анализира опште услове пословања, који се другачије означавају и као општи услови уговора или стандардни услови уговора. Први, уводни део рада је посвећен приказу различите терминологије и различитог појмовног одређивања општих услова пословања. У том погледу, аутор предлаже прихватање свеобухватне дефиниције општих услова пословања, која би покрила све случајеве где је оправдано примењивати исти правни режим. Следећи део рада се бави разлозима за посебно правно уређење општих услова пословања, који се тичу злоупотребе преговарачке моћи и делимичног неуспеха тржишта. Коначно, у последњем делу рада је објашњен домен примене правила о општим условима пословања, путем детаљне анализе елемената овог појма, које чине: 1. услови уговора, 2. унапред формулисани за већи број уговора, 3. једнострано наметнути другој уговорној страни, 4. осим ако је реч о посебним погодбама.

Кључне речи: *општи услови пословања, општи услови уговора, индивидуално преговарање, посебне погодбе.*

I Увод

У савременом пословању привредни субјекти редовно користе стандардизоване уговорне одредбе при закључивању већег броја истоверних уговора. Таква пракса је свакако пожељна, али изазива нарочите ризике за клијенте који приступају датим општим условима пословања без преиспитивања њихове садржине и без преговарања. Нарочити ризици

* ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

** Рад представља прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

којима су клијенти у таквој ситуацији изложени не могу да се ублаже нити избегну ослањањем искључиво на тржишне механизме. Из тог разлога се данас у упоредном праву, па и код нас, материја општих услова пословања изричито посебно регулише. Међутим, упркос постојању законске регулативе и огромном практичном значају, општим условима пословања се, генерално посматрано, не посвећује заслужена пажња у српској правној науци. Имајући у виду да се у Србији у актуелној судској пракси, пре свега у области банкарског пословања, живо расправља о (не)пуноважности појединих одредби општих услова пословања, циљ овог рада је расправљање фундаменталних, претходних питања, и то: који је *ratio* посебног правног уређења општих услова пословања, и које све технике одређивања садржине уговора потпадају под дату регулативу.

II Термиолошке и појмовне напомене

Општи услови пословања (нем. *allgemeine Geschäftsbedingungen*) се другачије означавају и као општи услови уговора (франц. *les conditions générales des contrats*) или стандардни услови уговора (енгл. *standard contract terms*). Иако сваки од наведених термина има своје предности и недостатке, у овом раду се користи израз „општи услови пословања“, јер сасвим адекватно указује на суштину ових клаузула. Реч је о унапред припремљеним уговорним одредбама које одређено лице намерава да користи у суштински неизмењеном облику када закључује одређену врсту послова са трећима. Отуда, те одредбе чине опште услове „пословања“ као стандардизоване клаузуле за предузимање правних послова. Основна предност датог термина се огледа у томе што дочарава могућност регулативе општих услова пословања, а самим тим и могућност њихове контроле, независно од закључења било ког уговора који их садржи. Другим речима, већ од тренутка када неко лице изради своје опште услове пословања, у одређеним браншама, попут банкарског сектора, они треба да задовољавају прописане захтеве, а некада подлежу и обавезном одобрењу надлежног органа пре почетка коришћења у конкретним уговорним односима.

У српском законодавству терминологија, па и појмовно одређење општих услова пословања нису уједначени. У том погледу, најстарији и најзначајнији извор представља Закон о облигационим односима, који тематику општих услова пословања уређује под називом „општи услови формуларних уговора“.¹ Тиме је појам општих услова пословања постављен преу-

1 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 142 и 143.

ско, будући да су формуларни уговори само они чији је целокупан текст унапред припремљен и од стране једног сауговорача представљен другом сауговорачу као коначна садржина уговора о којој не може да се преговара.² Када би се општи услови „формуларних уговора“ из Закона о облигационим односима тако буквално схватили, из датих правила би сасвим неоправдано били искључени други слични случајеви, код којих нема разлога за другачији регулаторни третман. Стога, необухватање свих општих услова пословања од стране законодавца у Закону о облигационим односима треба третирати као непланирану правну празнину, која се попуњава применом аналогије. Према томе, увек када једна страна жели да уговори примену општих услова пословања, а није у питању формуларни уговор, за такав случај по аналогији важе правила о општим условима формуларних уговора из Закона о облигационим односима.

За разлику од Закона о облигационим односима, Закон о банкама и Закон о заштити корисника финансијских услуга изричито уређују и дефинишу појам „општих услова пословања“. Ипак, приступ ових закона, такође, пати од бројних мањкавости. Са једне стране, Закон о банкама одређује опште услове пословања као „сваки документ који садржи стандардне услове пословања применљиве на све клијенте банке, опште услове за успостављање односа између клијената и банке, поступак комуникације између клијената и банке и опште услове за обављање трансакција између клијената и банке“.³ Из изложене дефиниције се уочава непотребно сужавање овог појма на „документ“ који се примењује на „све“ клијенте. Стога, регулативу из овог закона треба по аналогији примењивати и на друге опште услове пословања, који испуњавају суштинске карактеристике такве квалификације. Са друге стране, Закон о заштити корисника финансијских услуга прописује да су општи услови пословања „услови пословања који се примењују на кориснике, услови за успостављање односа између корисника и даваоца финансијске услуге и поступак комуникације између њих, као и услови за обављање пословања између корисника и даваоца ове услуге“.⁴ Приметно је да овај закон, изненађујуће, не говори о општим, нити стандардним условима, а не захтева ни њихово важење за све кориснике финансијских услуга.

2 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 14. издање, Београд 2014, 55; упор.: Ивица Јанковец, *Привредно право*, 4. издање, Београд 1999, 265.

3 Закон о банкама, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010, 14/2015, чл. 42 ст. 4.

4 Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 139/2014, чл. 9 ст. 1.

Приказано правно уређење општих услова пословања у Србији показује да овај појам није законски довољно одређен. Када се томе дода чињеница да ни у праву Европске уније не постоји дефиниција општих услова пословања,⁵ јасно је да главну улогу у утврђивању граница овог института има правна теорија. У том погледу се српска правна наука традиционално угледа на француско и немачко право. Имајући то у виду, чини се да је опште услове пословања могуће свеобухватно дефинисати као стандардизоване уговорне одредбе, које су унапред припремљене за коришћење при закључивању већег броја уговора, а које једна уговорна страна предочава свом сауговорачу без спремности за суштинско преговарање о њиховој садржини.⁶ Наведена дефиниција је довољно широка да обухвати све случајеве у којима је потребно регулисати заштиту друге уговорне стране која трпи негативне последице због прихватања типизираних уговорних одредби на иницијативу лица које те одредбе стандардно користи у свом пословању.⁷

III *Ratio* правила о општим условима пословања

Општи услови пословања су се развили у пракси као последица серијске производње стандардизованих роба и услуга.⁸ Услед масовног закључивања истоврсних уговора са истим предметом, привредни субјекти имају интерес да израде, односно користе стандардизоване услове уговора.⁹ Тиме се постижу вишеструки циљеви. Прво, коришћење општих услова пословања доприноси рационализацији обављања делатности, будући да закључивање појединих послова постаје једноставније, брже и

5 Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима помиње (унапред формулисане) стандардне одредбе, али их не дефинише. Вид.: Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *Official Journal* L 95, 21.4.1993, p. 29-34, Art. 3(2).

6 Упор.: Марко Ђурђевић, „Примена правила о неправичним одредбама општих услова формуларних уговора после доношења Закона о заштити потрошача“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ (2012)* (ур. Вук Радовић), Београд 2012, 379 и 386; Милош Вукотић, „Критички осврт на правни режим општих услова пословања у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2014, 376; Aristides N. Hatzis, „An Offer You Cannot Negotiate: Some Thoughts on the Economics of Standard Form Consumer Contracts“, *Standard Contract Terms in Europe* (ed. Hugh Collins), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, 45; Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 31. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006, 41.

7 Jürgen Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2019, Rn. 1.

8 J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 1.

9 Упор.: Christian Grüneberg, у: Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 72. Auflage, 2013, 417; И. Јанковец, 265.

економичније.¹⁰ Друго, путем општих услова пословања лице које их користи може да попуни евентуалне правне празнине у регулативи одређених питања или одређеног уговора (попут, уговора о франшизингу, уговора о форфетингу).¹¹ Треће, приликом припреме општих услова пословања лице које их користи настоји да одговарајућом садржином тих одредби боље заштити сопствене интересе у односу на интересе сауговорача (на пример, путем преваљивања одређених ризика на другу уговорну страну).¹² Стога се поставља питање због чега је уопште потребна посебна регулатива овог института. У том погледу се у правној теорији истиче неколико основних аргумената.

Према једном схватању, *ratio* посебног правног уређења се огледа у потреби заштите слабије уговорне стране у односу на лице које користи опште услове пословања, као јаче уговорне стране.¹³ Идеја је да једна уговорна страна због своје економске, социјалне, интелектуалне и друге врсте надмоћи намеће опште услове пословања другој уговорној страни која се због слабе преговарачке позиције подвргава тим уговорним одредбама без преиспитивања њихове садржине.¹⁴ Следствено томе, основно оправдање за регулативу општих услова пословања и контролу њихове садржине се огледа у злоупотреби преговарачке моћи, услед чега коначна садржина уговора није у потпуности резултат аутономије воље, већ представља једнострано припремљен текст у интересу надмоћније уговорне стране.¹⁵ Међутим, када се на овај начин схвати смисао регулативе материје општих услова пословања, долази се до закључка да за појам тих услова не треба да буде значајан њихов општи, стандардизован карактер. Наиме, чак и сауговорач коме надмоћнија страна наметне уговорне одредбе, без преговарања о њиховој садржини, у појединачном (*ad hoc*) случају, подједнако завређује заштиту као и сауговорач који присту-

10 Hans Schulte-Nölke, „Vorbemerkung zu §§ 305–310“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. Reiner Schulze et al.), 10. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2019, Rn. 3; C. Grüneberg, у: O. Palandt, 417; J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 2; H. Brox, W.-D. Walker, 43.

11 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 417; H. Schulte-Nölke, „Vorbemerkung zu §§ 305–310“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. Reiner Schulze et al.), Rn. 3.

12 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 417; J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 3; H. Brox, W.-D. Walker, 43.

13 Александар Голдштајн, *Привредно уговорно право*, Загреб 1967, стр. 145, нав. према: М. Ђурђевић, 381.

14 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 4.

15 О неравноправности уговорних страна као оправдању за посебну регулативу општих услова пословања чак и у уговорима између трговаца, вид.: М. Вукотић, 378.

пи општим (стандардизованим) условима уговора.¹⁶ Описани приступ потиче из енглеског и француског права, а прихваћен је и у праву Европске уније у контексту заштите потрошача као слабије уговорне стране.¹⁷

Према другом схватању, опште услове пословања треба регулисати због делимичног неуспеха тржишта да обезбеди оптималну равнотежу интереса уговорних страна.¹⁸ Лице које користи опште услове пословања има интерес да уложи енергију, време, па и новац у израду стандардизованих уговорних одредби којима преваљује одређене ризике на другу уговорну страну, јер постоји велика вероватноћа да ће му се то кад-тад исплатити.¹⁹ Услед закључивања већег броја уговора с позивом на исте опште услове пословања, довољно је да се у само неким од њих појави проблем уређен стандардизованом клаузулом у интересу лица које користи те опште услове. То представља довољан подстицај за лице које користи опште услове пословања да ове услове припреми пажљиво и да у одређеним питањима одступи од диспозитивних законских правила на штету друге уговорне стране.²⁰ Насупрот томе, друга уговорна страна по правилу нема интерес да се посвети детаљном изучавању садржине општих услова пословања који су јој презентовани, нити да покуша да преговара о њиховој измени. Разлог се огледа у чињеници да би трошкови таквог изучавања и преговарања били већи од потенцијалних користи,²¹ имајући у виду малу вероватноћу да ће се проблем уређен општим условима на штету тог лица појавити баш у његовом конкретном случају. Из тог угла је одлука лица које приступа општим условима пословања да о тим условима не преговара и да их не преиспитује сасвим рационална.²² Тржишни механизми нису подобни да разреше описани проблем, јер чак

16 Упор.: H. Schulte-Nölke, „Vorbemerkung zu §§ 305–310“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 6.

17 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, Recital 9; Hans-W. Micklitz, “Some Reflections on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Contract Terms in Consumer Contracts”, *Standard Contract Terms in Europe* (ed. Hugh Collins), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, 28 и 36; H. Schulte-Nölke, „Vorbemerkung zu §§ 305–310“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 6.

18 J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 5.

19 J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 7.

20 H.-W. Micklitz, 25. Када се томе дода чињеница да су привредни субјекти често повезани преко привредних удружења, која развијају опште услове пословања за читав дати сектор привреде, јасно је да је подстицај за улагање у израду њиховог текста и увођење решења у корист чланова, а на штету клијената, још и већи.

21 J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 7.

22 A. N. Hatzis, 47.

и када постоји ефикасна конкуренција на тржишту клијенти се не опредељују између пружалаца услуга или испоручилаца робе на основу поређења детаља њихових општих услова пословања, већ примарно на основу цене и квалитета њихових производа, односно услуга.²³

Објашњени неуспех тржишта доводи до тога да уговори закључени с позивом на опште услове пословања нису у потпуности резултат аутономије воље.²⁴ Овде једна уговорна страна стандардизацијом услова пословања појачано штити своје интересе на штету друге уговорне стране, и успева да укључи те опште услове у садржину уговора искористићавајући рационалну немотивисаност друге стране да их суштински преиспитује. Отуда, друга уговорна страна не доноси слободну и самосталну одлуку о уговарању општих услова пословања, већ се тим општим условима беспоговорно „подвргава“.²⁵ На тај начин, лице које користи опште услове пословања једнострано узурпира слободу уговарања (обликовања уговора), која би требало да равноправно припада обема странама уговорницама.²⁶ Следствено томе, опште услове пословања је оправдано регулисати увек када једна страна користи стандардизоване услове уговора,²⁷ без обзира на то да ли је она у датом случају надмоћнија у односу на другу уговорну страну.

Објашњено другонаведено схватање је прихваћено у српском праву.²⁸ Према томе, у Србији се заштита друге уговорне стране обезбеђује директно на основу чињенице да сауговорач користи стандардизоване, унапред припремљене уговорне одредбе, о садржини којих нису, нити су реално могли бити вођени преговори. За разлику од тога, за примену правила српског законодавства о општим условима пословања (односно општим условима формуларних уговора) је правно ирелевантно да ли се

23 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 417; J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 7. Упор.: A. N. Hatzis, 48. Стандардизација уговорних одредби није резултат тржишне моћи, јер чак и конкурентско тржиште може да буде препуно општих услова пословања.

24 Упор.: C. Grüneberg, у: O. Palandt, 417.

25 J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 4.

26 H. Schulte-Nölke, „Vorbemerkung zu §§ 305–310“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 3.

27 Упор.: H.-W. Micklitz, 26. Код општих услова пословања оправдање за посебно правно уређење се огледа у двострукој колективизацији, јер један трговац примењује опште услове на све клијенте, а сви трговци се договарају да примењују исте опште услове на своје клијенте.

28 Као оправдање за посебну регулативу поједини аутори наводе потребу за заштитом правног поретка, јер су општи услови пословања намењени за коришћење у већем броју уговора, па излажу „целу јавност“ неправичним одредбама. Вид.: М. Вукотић, 379.

лице које користи те опште услове налази у надмоћнијем положају у односу на другу, слабију уговорну страну, те ову моћ искоришћава за непримерену једнострану заштиту својих интереса.²⁹

IV Елементи појма општих услова пословања

Да би у конкретном случају могла да се примене посебна правила о општим условима пословања, неопходно је да се одређене одредбе које уређују садржину уговорног односа квалификују као општи услови пословања. У том погледу је потребно да постоје сви елементи појма општих услова пословања, тако да дате одредбе представљају: 1. услове уговора, 2. унапред формулисане за већи број уговора, 3. једнострано наметнуте другој уговорној страни, 4. осим ако је реч о посебним погодбама.

1. Услови уговора

Општи услови пословања постоје само ако одредбе које их чине представљају услове уговора, односно уговорне одредбе. Реч је о приватноправним правилима која служе да обликују (уреде) садржину уговорног односа.³⁰ У том смислу општи услови пословања укључују све могуће одредбе уговора – не само одредбе о споредним, него и о главним уговорним обавезама.³¹ Притом, није релевантно да ли су конкретне одредбе заиста и постале пуноважан део закљученог уговора. Пошто општи услови пословања обухватају само уговорне одредбе, тиме су из њиховог појма искључене све одредбе о садржини уговора, које су уређене прописима (на пример, законом или подзаконским актом).³² То важи не само за императивне, већ и за диспозитивне норме прописа. Наведена граница појма општих услова пословања је значајна нарочито код уговора које правни субјекти закључују са државом, а чија је садржина детаљно уређена одговарајућим прописима, као унапред припремљеним општим правилима које једна уговорна страна (држава) предочава другој без могућности прегова-

29 Упор.: М. Ђурђевић, 382.

30 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 9; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 2; H. Brox, W.-D. Walker, 41.

31 Ипак, чак и када су општим условима пословања уређене главне уговорне обавезе, на њих се не примењују правила о судској контроли садржине уговора. Вид.: H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 2. Отуда суд не може да, примера ради, одбије примену одредбе општих услова о главној уговорној обавези, која је неправична или претерано строга према другој уговорној страни.

32 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 5.

рања о њиховој измени. Како ова правила не представљају уговорне одредбе, она не могу да се квалификују као општи услови пословања, чак и кад испуњавају све остале елементе тог појма. Отуда, без обзира на то да ли такви прописи нарочито штите државу, као једну уговорну страну која их „користи“ при закључењу уговора, на штред друге уговорне стране која им „приступа“, судови нису овлашћени да контролишу њихову садржину преко правила о општим условима пословања.

Пошто опште услове пословања чине само уговорне одредбе чија је сврха обликовање садржине уговорног односа, они обухватају само правила која би имала обавезујући карактер када би постала саставни део уговора између страна. Из тог разлога, изван појма општих услова пословања остају изјаве рекламног карактера, обавештавање (информисање), поучавање друге стране, напомене или молбе упућене другој страни, будући да не стварају никакве обавезе у уговорном односу.³³ Уз то, као општи услови пословања не могу да се третирају ни уговорне одредбе које само понављају императивну или диспозитивну норму неког прописа.³⁴ Према томе, да би се уговорна одредба сматрала делом општих услова пословања, она мора да буде конститутивног, а не само декларативног карактера у погледу уређивања садржине уговора.³⁵

Најзад, иако се правила о општим условима пословања у српском Закону о облигационим односима тичу уговора, постоји основ за њихову сходну примену и на једностране изјаве воље.³⁶ Отуда, под општим условима пословања треба подразумевати и одредбе које обликују садржину једностране изјаве воље друге стране.³⁷ Насупрот томе, када одређено лице користи стандардизоване одредбе приликом формулисања своје изјаве воље, није реч о општим условима пословања, јер овде не постоји

33 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 2.

34 Насупрот томе, када се прописана норма у уговору користи за уређење ситуације изван њеног домена примене, таква уговорна одредба може да има карактер општих услова пословања. Вид.: J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 6. Разлог је у томе што се претпоставка садржинске уравнотежености (избалансираности) која прати правне прописе протеже само на домен примене дате нормe.

35 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 12.

36 ЗОО, чл. 25 ст. 3.

37 Astrid Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. Rolf Stürner), 17. Auflage, C. H. Beck, München 2018, Rn. 2; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 2.

једнострано узурпирање туђе аутономије воље, већ слободно обликовање сопствене изјаве.³⁸

2. Унапред формулисане одредбе за већи број уговора

Општи услови пословања постоје само ако су услови уговора формулисани унапред³⁹ за коришћење у већем броју уговора. Уговорне одредбе се сматрају унапред формулисаним, ако је њихова садржина утврђена пре закључења конкретног уговора.⁴⁰ Међутим, поставља се питање да ли је садржина одређене уговорне одредбе унапред утврђена, ако у њој постоји празнина коју треба попунити приликом закључења конкретног уговора и у складу са садржином тог уговора. У случају да је начин попуњавања празнине детерминисан, те да клаузула може да се допуни само тачно одређеним податком (на пример, именом и презименом клијента), уговорна одредба је у довољној мери формулисана унапред.⁴¹ Исто важи у случају када лице које користи одређену клаузулу унапред утврди како она треба да се попуни, или предвиди могуће алтернативе у том погледу и то приликом закључења уговора предочи сауговарачу.⁴²

Садржина општих услова пословања не мора да буде утврђена писмено, иако је то по правилу случај,⁴³ већ лице које их користи може и да их напамет научи, односно запамти садржину одредби које планира да предочи сауговарачима када закључује будуће уговоре.⁴⁴ Такође, општи услови пословања не морају да буду осмишљени лично од стране лица које их користи, већ ово лице може да се послужи унапред формулиса-

38 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 11.

39 М. Ђурђевић, 379; C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420.

40 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 13.

41 Christian Funk, *Allgemeine Geschäftsbedingungen in Peer-to-Peer-Märkten*, Freiburg 2009, 26; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 15.

42 H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 3; C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 16.

43 Упор.: М. Ђурђевић, 386. С обзиром на то да Закон о облигационим односима уређује опште услове формуларних уговора, јасно је да се они по правилу утврђују писмено. Међутим, општи услови пословања су шири појам од општих услова формуларних уговора, те обухватају и усмене услове уговора на које по аналогiji треба примењивати исти правни режим.

44 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 13.

ним условима уговора које је припремио неко трећи (на пример, привредно удружење у одређеној бранши).⁴⁵

У ситуацији када неко лице унапред припреми уговорне одредбе са циљем да их користи при закључењу једног конкретног уговора, није реч о општим условима пословања.⁴⁶ Напротив, за опште услове пословања је неопходно да су они унапред формулисани са намером да се користе при закључењу већег броја уговора. Намера стандардног коришћења мора да постоји код лица које је израдило опште услове пословања, али не и код лица које те опште услове користи када закључује конкретан посао.⁴⁷ С обзиром на то да је намеру у случају спора тешко доказати, у упоредном праву се сматра да сама садржина и форма унапред припремљених услова уговора (на пример, употреба одштампаног формулара са празнинама које треба попунити) може да чини *prima facie* доказ о намери коришћења у већем броју уговора.⁴⁸ Поред тога, ако одређено лице фактички користи исти текст уговорних одредби у већем броју уговора, ствара се претпоставка постојања одговарајуће намере.⁴⁹

Општи услови пословања треба да буду унапред формулисани за коришћење у већем броју уговора,⁵⁰ али није нужно да постоји намера њиховог коришћења у неодређеном броју уговора.⁵¹ Стога је овај услов испуњен и када привредни субјект намерава да користи опште услове за закључење одређеног већег броја уговора.⁵² Притом, није битно да ли се ти уговори закључују са истим или са различитим сауговарачима.⁵³

45 C. Funk, 26; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 14.

46 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 17.

47 Отуда, ако неки привредни субјект искористи опште услове пословања, припремљене од стране привредног удружења чији је члан, за закључење само једног уговора, на те услове уговора ће се примењивати правила о општим условима пословања.

48 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 18.

49 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 18.

50 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420.

51 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 18. Супротно вид.: М. Ђурђевић, 386; Н. Brox, W.-D. Walker, 41.

52 У немачком праву се сматра да намера коришћења у већем броју уговора постоји ако се планира примена општих услова пословања у најмање три правна посла. Вид.: C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 18; Н. Brox, W.-D. Walker, 42. Упор.: C. Funk, 27.

53 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 18; Н. Brox, W.-D. Walker, 42. Супротно вид.: М. Ђурђевић, 386.

3. Једнострано наметнуте одредбе другој уговорној страни

Да би се унапред формулисани услови уговора квалификовали као општи услови пословања неопходно је да их је једна уговорна страна при закључењу уговора наметнула другој.⁵⁴ Другим речима, без обзира на то ко је припремио текст општих услова пословања, они се у датом случају третирају као такви само ако њихово укључивање у уговор може да се припише једној уговорној страни – страни која их користи.⁵⁵ Довољан основ за то постоји ако једна уговорна страна у моменту закључења уговора тражи од друге прихватање општих услова пословања без могућности преговарања о њиховој садржини.⁵⁶ У случају спора око тога која уговорна страна је током преговора предложила коришћење одређених општих услова пословања, треба претпоставити да је то учинила страна која је конкретним општим условима погодована на штету друге стране.⁵⁷

Наведени елемент појма није испуњен ако су општи услови пословања укључени у уговор на предлог неутралног трећег лица (на пример, јавног бележника или посредника).⁵⁸ Такође, не може се сматрати да су општи услови пословања наметнути од једне уговорне стране ако их је она озбиљно ставила на располагање другој страни, оставивши јој пуну слободу да утиче на обликовање њиховог текста или, чак, да предложи неке друге унапред формулисане уговорне услове.⁵⁹ Међутим, битно је да друга страна заиста има реалну, ефективну могућност спровођења свог предлога у преговорима, да би се могло сматрати да општи услови посло-

54 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 21 и 22.

55 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 20.

56 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 421; A. Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. R. Stürner), Rn. 6. Према томе, битно је да је иницијатива за коришћење датих општих услова пословања потекла од те уговорне стране. Вид. и: J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 26; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 5; C. Funk, 31.

57 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 28.

58 A. Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. R. Stürner), Rn. 6. Исто важи и у случају закључења уговора преко *eBay*-а, када део уговора између купца и продавца постају општи услови одређени (наметнути) од стране ове интернет платформе. Вид.: J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 22.

59 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 422; H. Brox, W.-D. Walker, 42; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 21; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 5.

вања нису једнострано наметнути.⁶⁰ У супротном, ако једна страна само на речима позове другу страну да истакне своје примедбе или предлоге у вези са текстом општих услова пословања, али суштински није спремна да одступи до њихове садржине, ови услови ће се третирали као једнострано наметнути. Уз то, ако лице које користи опште услове пословања понуди другој страни неколико (унапред формулисаних) алтернатива, то не утиче на испуњеност овог елемента појма.⁶¹ Према томе, општи услови пословања неће постојати само ако је друга страна у конкретном случају имала стварну слободу обликовања уговора, односно утицаја на његову садржину, у циљу очувања сопствених интереса. Са друге стране, није од значаја да ли је друга страна ову могућност и искористила.

4. Одредбе које нису посебне погодбе

Посебна правила о општим условима пословања се не примењују ако су о конкретним уговорним одредбама сауговорачи индивидуално преговарали.⁶² Према томе, општи услови пословања не обухватају тзв. посебне погодбе – клаузуле о којима су стране постигле обострану сагласност на основу слободног преговарања. Испуњеност наведеног негативног елемента појма се цени у односу на сваку поједину клаузулу општих услова пословања.⁶³ Отуда је могуће да су стране индивидуално преговарале само о неким клаузулама општих услова пословања, док су све друге клаузуле једнострано наметнуте од једног сауговорача. Индивидуално преговарање о једној клаузули општих услова пословања начелно не утиче на квалификацију осталих клаузула као општих услова пословања.⁶⁴ Изузетак у том погледу постоји када је читав текст општих услова пословања стављен на располагање другој страни, која је имала реалну могућност да у преговорима утиче на његову садржину.⁶⁵ У том случају, измену појединих одредби општих услова уз задржавање других треба свеукупно сматрати као резултат преговора, односно компромиса између уговор-

60 H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 5; C. Grüneberg, у: O. Palandt, 421; H. Brox, W.-D. Walker, 42.

61 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 421.

62 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 34.

63 A. Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. R. Stürner), Rn. 9.

64 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 421.

65 Таква ситуација је најчешћа код трговинских уговора између два привредна субјекта.

них страна, због чега све одредбе општих услова, укључујући и оне које на крају нису измењене представљају посебне погодбе.⁶⁶

Посебне погодбе су искључене из појма општих услова пословања, јер се претпоставља да су стране кроз слободно преговарање оствариле своје интересе, те да је садржина уговора у том смислу правична.⁶⁷ Индивидуално преговарање представља супротност једностраном намећању уговорних одредби и, стога, овде нема оправдања за примену регулативе о општим условима пословања.⁶⁸

Да би се одређене одредбе општих услова пословања квалификовале као посебне погодбе, неопходно је да страна која користи те опште услове другој страни озбиљно и јасно истакне своју спремност за преговоре о њиховој садржини.⁶⁹ У том смислу је битно утврдити да је суштина конкретне клаузуле стварно стављена на располагање другој страни, која је имала ефективну могућност заштите сопствених интереса кроз преговоре о измени те клаузуле.⁷⁰ У случају да су претходно наведени услови испуњени, уговорна одредба ће се сматрати посебном погодбом чак и ако њена садржина у крајњем исходу не буде измењена у односу на првобитан текст општих услова.⁷¹ Такав резултат је могућ ако је друга страна након преговора била убеђена у исправност дате одредбе, или ако њено задржавање у неизмењеном тексту представља компромис праћен изменом неке друге подједнако значајне уговорне одредбе.

Да ли конкретна клаузула општих услова пословања чини посебну погодбу или не, искључиво зависи од суштинског испитивања у којој мери је друга страна заиста имала слободу и могућност утицаја на њену

66 Упор.: J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 41.

67 Упор.: H. Schulte-Nölke, „Vorbemerkung zu §§ 305–310“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 4.

68 C. Grüneberg, y: O. Palandt, 421.

69 C. Grüneberg, y: O. Palandt, 422; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 7.

70 H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 7; C. Grüneberg, y: O. Palandt, 422; A. Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. R. Stürmer), Rn. 9; упор.: Richard Lawson, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 10th Edition, Sweet & Maxwell, London 2011, 259. Упор.: М. Вукотић, 377.

71 C. Grüneberg, y: O. Palandt, 422; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 39; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 8; A. Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. R. Stürmer), Rn. 9.

садржину. Насупрот томе, потпуно је ирелевантно ако друга страна (само формално) потпише изјаву да се о одређеној одредби општих услова преговарало, када то уистину није био случај.⁷² Такође је ирелевантно ако се друга страна посебно изричито сагласила са спорном клаузулом.⁷³ Такав акт сам по себи не значи да се о датој клаузули заиста индивидуално преговарало. Најзад, чињеница да је друга страна била слободна да одбије закључење уговора због спорне клаузуле општих услова пословања није довољна за квалификацију те клаузуле као посебне погодбе.⁷⁴ Напротив, потребно је утврдити да је друга уговорна страна имала ефективну могућност преговарања о суштини садржине дате клаузуле, да би примена правила о општим условима пословања у том домену била искључена.

V Закључак

Претходна излагања су показала да постоји оправдање за посебну регулативу општих услова пословања већ на основу чињенице њихове стандардизоване израде за коришћење у већем броју уговора, а независно од питања неједнаке преговарачке моћи уговорних страна. Стога, чак и након имплементације комунитарних правила о неправичним уговорним одредбама у потрошачким уговорима, општи услови пословања опстају као самосталан правни институт са сопственим доменом примене. Имајући у виду смисао регулисања ове материје, треба се заложити за шире схватање појма општих услова пословања, како би њиме били обухваћени сви случајеви који завређују једнак регулаторни третман. У раду су издвојене и детаљније обрађене суштинске карактеристике општих услова пословања, које би требало да служе као смернице за правилно утврђивање домена примене посебних правила о њиховом укључивању уговор, транспарентности и контроли садржине од стране судова.

72 H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 7; A. Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. R. Stürner), Rn. 10.

73 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 35. Исто важи и ако стране изричито у уговору предвиде да се о одређеним клаузулама индивидуално преговарало. Правила о општим условима пословања су императивног карактера и од њих стране не могу уговором да одступе. Вид.: H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 7.

74 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 40.

Mirjana RADOVIĆ, PhD, LL.M. (Humboldt)
Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

THE RATIO AND SCOPE OF REGULATION CONCERNING STANDARD CONTRACT TERMS

Summary

In this paper the author analyzes general terms of doing business, also denoted as general contract terms or standard contract terms. The first, introductory part of the paper presents different terminology and different understanding of the meaning of standard contract terms. In this respect, the author advocates in favor of accepting a broader definition of standard contract terms, that would include all cases where it is justified to apply the same legal regime. The following part of the paper deals with reasons for specific regulation of standard contract terms, notably: abuse of bargaining power and partial market failure. Finally, the last part of the paper explains the scope of rules concerning standard contract terms, through an in-depth analysis of constituent elements of this term, which include: 1. contract terms, 2. terms pre-formulated for numerous contracts, 3. terms imposed one-sidedly to another contracting party, 4. except individually negotiated special terms.

Key words: *general terms and conditions, standard contract terms, special terms, individual negotiation.*