

OGRANIČENJA PRILIKOM UGOVARANJA EGZONERACIONIH KLAUZULA: UPOREDNOPRAVNI PRIKAZ

Sažetak

Autorka razmatra načine na koje je autonomija volje ugovornih strana ograničena u pogledu ugovaranja egzoneracionih klauzula. Uvodni deo rada objašnjava pojam egzoneracionih klauzula, a zatim se izlažu njihove prednosti za pravni promet, ali i rizici koje one sa sobom nose. U centralnom delu rada prikazana su ograničenja ugovaranja egzoneracionih klauzula u francuskom, švajcarskom i engleskom pravu. Na kraju, autorka analizira razlike između načina na koje predstavljeni uporednopravni sistemi postavljaju granice u pogledu ugovaranja egzoneracionih klauzula. Zaključuje da francusko i švajcarsko pravo propisuju ograničenja s obzirom na sadržinu klauzule, dok engleski sudovi razmatraju proceduralni aspekt, odnosno ponašanje ugovornih strana prilikom zaključenja ugovora.

Ključne reči: egzoneracione klauzule, klauzule neodgovornosti, ugovorna odgovornost, isključenje ugovorne odgovornosti, ograničenje ugovorne odgovornosti.

* Master prava, saradnik u nastavi, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
E-mail: ksenija@ius.bg.ac.rs

LIMITATIONS IN CONTRACTING EXONERATION CLAUSES: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS

Summary

The author discusses how the autonomy of the will of the contracting parties can be limited in terms of exoneration clauses. The introductory part of the paper defines exoneration clauses and presents the advantages as well as the risks they might cause. The main part of the paper presents the limitations of contracting exoneration clauses in French, Swiss and English law. Finally, the author analyses the differences between the ways in which the presented comparative legal systems set limits in terms of contracting exoneration clauses. She concludes that French and Swiss law prescribe restrictions with regard to the content of the clause, while English courts take into account the procedural aspect, *i.e.* the behaviour of the contracting parties while negotiating.

Keywords: exoneration clauses, exemption clauses, contractual liability, exclusion of liability, limitation of liability.

1. Uvod

Ugovorna odgovornost je odgovornost dužnika za povredu obaveze iz punovažnog ugovora. Pod povredom ugovorne obaveze podrazumevamo neispunjenje, manljivo ispunjenje i neblagovremeno ispunjenje (Terré *et al.*, 2019, p. 889). Pravila o ugovornoj odgovornosti nastoje da stave poverioca u imovinsko-pravni položaj u kome bi bio da je ugovor pravilno izvršen, tako što nalažu dužniku da ispuni obavezu, odnosno plati novčanu vrednost ekvivalentnu ispunjenju dugovane prestacije (*fonction du paiement*) i naknadi mu prouzrokovanu štetu (*fonction du réparation*) (Jacquemin, 2021, p. 22).¹ Načelno su dispozitivne prirode, ugovornici ih svojom voljom mogu isključiti, ublažiti ili pooštriti. Ugovorno regulisanje ugovorne odgovornosti je jedan od izraza načela slobode ugovaranja (Mitrović, 1966, p. 11). Na taj način ugovorne strane mogu raspodeliti

¹ Navedene su funkcije ugovorne odgovornosti iz perspektive poverioca. S druge strane, iz perspektive dužnika, pravila o ugovornoj odgovornosti ispunjavaju funkciju „privatne kazne”. Dužnik biva sankcionisan za neispunjenje, a postojanje svesti o eventualnoj sankciji ga odvraća od (ne)činjenja protivnog ugovornoj obavezi, čime se postiže funkcija prevencije (Jacquemin, 2021, pp. 251-253).

rizik neizvršenja obaveze kako im odgovara. Reč je o riziku kojim se dužnik, kao potencijalni štetnik, izlaže preuzimanjem ugovorne obaveze (Karanikić Mirić, 2012, p. 252). One to čine ugovarajući posebne odredbe – klauzule kojima se ugovorna odgovornost isključuje, ograničava ili proširuje.

Pošto je ugovorno regulisanje odgovornosti u praksi najčešće usmereno ka smanjenju ili isključenju odgovornosti dužnika, zakonodavci, pravna nauka i sudska praksa su se pretežno bavili klauzulama kojima se ugovorna odgovornost isključuje ili umanjuje² (Mitrović, 1966, p. 11). Ovakve klauzule se u pravnoj teoriji nazivaju egzoneracionim klauzulama (*exoneration clauses, clauses d'exonération de responsabilité*), klauzulama neodgovornosti (*exclusion clauses, clauses de non-responsabilité*), restriktivnim ili limitirajućim klauzulama (*limitation clauses, clauses limitatives*).³

Klauzule neodgovornosti pogoduju razvoju pravnog prometa, što u krajnjem ishodu doprinosi ekonomskom napretku. Trgovac u cenu robe ili usluge uračunava sve poslovne rizike koji ga terete, a tu spada i rizik neizvršenja obaveze. Ukoliko takav rizik prebaci na saugovornika ili ga umanji, može odrediti nižu cenu. Tako roba i usluge postaju dostupne većem broju lica (Perović, 1995, p. 602). Danas sva nacionalna zakonodavstva poznaju mogućnost ograničenja ugovorne odgovornosti, s tim što koriste različite tehnike ugovaranja, terminologiju i teorijske koncepte kojima ovakvu mogućnost potkrepljuju (Komarov, 2008, p. 247).

Međutim, klauzule egzoneracije povlače znatnu opasnost i otvaraju mogućnost za zloupotrebe. Najpre, one dovode do ekonomske neravnoteže između ugovornika (Porchy-Simon, 2016, p. 286). Poverilac ne dobija ni izvršenje obaveze ni naknadu za pretrpljenu štetu, dok dužnikova povreda obaveze ostaje bez sankcije. Zatim, pošto se klauzule egzoneracije danas najčešće koriste kod adhezionih ugovora⁴ (Vizner,

² Klauzule kojima se odgovornost dužnika pooštava nisu česte u praksi. Smatramo da je razlog za to postojanje drugih sredstava kojima se dužnik može podstaknuti da uredno izvrši svoju obavezu. U takva sredstva spadaju kamata (ugovorna i zakonska), stvarna sredstva obezbeđenja (hipoteka, zaloga, kapara, kaucija) i lična sredstva obezbeđenja (jemstvo, ugovorna kazna, odustanica, solidarnost dužnika).

³ Pritom, autori često pod limitirajućim i restriktivnim klauzulama podrazumevaju samo one klauzule kojima se odgovornost umanjuje (vid. Terré, Simler, Lequette & Chénéde, 2019, pp. 951-952; Perović, 1995, pp. 602, 605; Jankovec, 1993, p. 366). Perović (1995, p. 602) ističe da je razlikovanje nužno, te da se kod klauzula kojima se odgovornost isključuje postavljaju drugačija pitanja nego kod klauzula kojima se odgovornost samo ograničava. Suprotno, Mitrović (1966, pp. 16-17) klauzule o isključenju i ograničenju odgovornosti zajednički naziva klauzulama neodgovornosti. Kako u pravnim sistemima kojima smo se bavili ne postoje ekskluzivne pravne posledice klauzula kojima se odgovornost isključuje, odnosno klauzula kojima se odgovornost samo ograničava, u ovom radu nećemo praviti takvu terminološku razliku.

⁴ Adhezioni ugovori, nasuprot ugovorima sa sporazumno određenom sadržinom, jesu takvi ugovori kod kojih jedna strana unapred određuje elemente i uslove ugovora preko opšte i

1978, p. 1082), poverilac kao ekonomski slabija strana nema mogućnost da pregovara o unošenju klauzule u ugovor, niti o njenoj sadržini. Štaviše, klauzule se često ugovaraju na način da se poveriocu i ne ukaže na njeno postojanje. Takođe, i kada poverilac zna da je klauzula uneta u ugovor, on često ne razume pravne posledice, odnosno šta gubi njenim prihvatanjem (Davis & Oughton, 2000, p. 408). Na kraju, klauzule neodgovornosti podstiču nemar dužnika (Perović, 1995, p. 602). Svestan da rizik neispunjenja neće podneti on nego poverilac, dužnik nema podsticaj da postupi pažljivo prilikom izvršenja ugovorne obaveze.⁵

Iz navedenih razloga pozitivno pravo propisuje sve više izuzetaka od punovažnosti egzoneracionih klauzula. Uz zakonske izuzetke, sudska praksa interveniše kod određenih klauzula koje je zakonodavac propustio da sankcioniše (Terré *et al.*, 2019, pp. 943-944). U zavisnosti od pravnog sistema, ograničenja se razlikuju prema izvoru nastanka (da li su propisana zakonom ili su rezultat delovanja sudske prakse i teorijskih razmatranja), s obzirom na intenzitet i prema načinu na koji su postavljena (da li se ograničava sama sadržina klauzule ili ponašanje ugovornih strana). U odeljku koji sledi prikazane su granice ugovaranja egzoneracionih klauzula u francuskom, švajcarskom i engleskom pravu.

stalne ponude, a druga strana pristupa tako učinjenoj ponudi. Njihovom zaključenju ne prethode pregovori. (Perović, 1990, p. 217) U izučavanju adhezionih ugovora prednjači francuska pravna nauka, a francuski jurisprudenti su prvi nastojali da objasne njihovu pravnu prirodu. Najpoznatije su normativna i ugovorna teorija. Prema normativnoj teoriji adhezioni ugovor nije ugovor u pravom smislu, budući da je nastao kao rezultat volje jedne ugovorne strane koja je odredila njegovu sadržinu. Ugovorna teorija, danas opšteprihvaćena, polazi od toga da su adhezioni ugovori zapravo ugovori kao i svaki drugi, osim što su njihove odredbe jednostrano određene. Naime, iako druga ugovorna strana nije učestvovala u određivanju sadržine ugovora, ona je na takav sadržaj pristala – pristupila je ugovoru. Zbog toga ne možemo reći da nema saglasnosti. Naša pravna teorija adhezione ugovore još naziva i ugovorima po pristanku, ugovorima po pristupu i (dodajemo) formularnim ugovorima (Vukadinović, 2020, pp. 7-8). Međutim, Radišić (2017, p. 105) smatra da termini formularni ugovori i ugovori po pristupu nisu sinonimi. Po njemu, svi adhezioni ugovori su ujedno i formularni, ali nisu svi formularni ugovori adhezioni. Kod adhezionog ugovora strana koja pristupa ugovoru može jedino da prihvati ugovor u celosti ili da odustane od zaključenja ugovora, ona ne može menjati nijednu odredbu. Suprotno, kod formularnih ugovora strana koja pristupa ugovoru u načelu može izmeniti pojedine ili sve klauzule opštih uslova.

⁵ Ukoliko eliminišemo odgovornost, eliminisali smo i samu obavezu (Vukmir, 1970, p. 53).

2. Uporednopravni prikaz ograničenja prilikom ugovaranja egzoneracionih klauzula

2.1. Francusko pravo

Francuski građanski zakonik (*Code Civil* – CC) do reforme iz 2016. godine nije sadržao opšte odredbe o restriktivnim klauzulama.⁶ Važeća ograničenja u ugovaranju restriktivnih klauzula delo su pravne teorije. Možemo ih podeliti u četiri grupe: 1) ograničenja koja se odnose na sadržinu obaveze koja se isključuje; 2) ograničenja vezana za stepen krivice dužnika; 3) ograničenja koja se odnose na prirodu nastale štete; i 4) ograničenja koja se tiču ličnosti ugovornika (Bénabent, 2017, pp. 336-337).

Najpre, klauzulom se ne može isključiti odgovornost za povredu suštinske obaveze ugovora. U suprotnom bi ugovor ostao bez svoje suštine i preobrazio se u neki drugi ugovor (*falsa demonstratio non nocet*) (Terré *et al.*, 2019, p. 941). Primera radi, ne može se ugovoriti da prodavac ne odgovara ako ne isporuči prodatu stvar, zakupodavac ne preda stvar u zakup, poslenik ne obavi ugovoreni posao⁷ (Bénabent, 2017, p. 336). Pošto je ovo ograničenje bilo praćeno brojnim kritikama i pretrpelo znatne modifikacije u sudskoj praksi,⁸ zakonodavac je 2016.

⁶ Čl. 1170 i 1171 CC su rezultat reforme iz 2016. godine, a čl. 1171 je poslednji put izmenjen 2018. godine.

⁷ Kasacioni sud je zauzeo stanovište da je klauzula o isključenju odgovornosti parking servisa za čuvanje i deponovanje vozila i predmeta koji se nalaze u njemu ništava. Sud je smatrao da parking servis nije izvršio suštinsku ugovornu obavezu da korisniku omogući mirno uživanje parking mesta na određenoj lokaciji, kako bi on mogao bezbrižno da napusti svoj parkirani automobil (Terré *et al.*, 2019, p. 942).

⁸ Francuska sudska praksa je ovo ograničenje nametnula kroz nekoliko etapa. Najpre su sudovi to činili posredno, koristeći pojam grube nepažnje. Obrazlagali su da kršenje suštinske obaveze ugovora predstavlja postupanje sa grubom nepažnjom, te da klauzule kojima se isključuje odgovornost usled grube nepažnje ne mogu biti punovažne (Porchy-Simon, 2016, pp. 287-288). Sudovi su na taj način izvodili zaključak o postojanju stepena krivice dužnika već iz sadržine samog ugovora, odnosno iz suštinske prirode obaveze koja je ugovorom isključena. To je takozvano objektivno shvatanje grube nepažnje. Sudovi nisu cenili ponašanje dužnika, već su se fokusirali na činjenicu da nije izvršena osnovna obaveza iz ugovora, tako da je ugovor ispražnjen od svoje suštine (Terré *et al.*, pp. 942, 948). Zatim, u drugoj fazi, francuski sudovi su direktno proglašavali klauzule kojima se isključuje suštinska obaveza bez dejstva. To su činili bez bilo kakvog obrazloženja, sa ciljem da zabrane mogućnost ugovaranja suštinske obaveze ugovora. Međutim, ovakva „drska” sudska praksa nije prošla bez značajnih kritika. Glavna zamerka tadašnje teorije se odnosila na nepostojanje definicije suštinske obaveze, što je otvaralo mogućnost za skliznuće sa suštinske obaveze na normalnu sadržinu ugovora. Uvažavajući kritike, Kasacioni sud je izmenio dotadašnju praksu. U trećoj fazi, sudovi razmatraju da li je obaveza za čije se neispunjenje dužnik oslobađa odgovornosti suštinska u konkretnom ugovoru. Dakle, da bi obaveza bila

godine propisao da se svaka klauzula kojom se suštinska obaveza lišava suštine smatra kao da nije ugovorena (čl. 1170 CC)⁹ (Porchy-Simon, 2016, pp. 287-288). Ugovorne strane ne mogu menjati bitne, već samo prirodne i slučajne elemente ugovora, poput garancije za pravne i materijalne nedostatke, popravke, održavanja i slično (Terré *et al.*, 2019, p. 941; Bénabent, 2017, p. 336). Iako gotovo svi pokušaji definisanja suštinske obaveze polaze od Potjeove podele sastojaka ugovora, mnogi autori se tu ne zaustavljaju.¹⁰ Primera radi, prema jednom shvatanju radi se o obavezi u čijem odsustvu ugovor gubi interes za jednu ili obe ugovorne strane (Deslauriers-Goulet, 2015, p. 31). Takođe, suštinska obaveza ne mora da proizlazi iz prirode ugovora, već i iz zajedničke namere ugovornih strana¹¹ (Bénabent, 2017, p. 336). Izneto ne važi samo za isključenje odgovornosti već i za njeno ograničenje na unapred određeni iznos¹² (Fabre-Magnan, 2016, p. 783).

Drugo, egzoneracione klauzule neće biti punovažne ako je dužnik postupao prevarno ili namerno nije ispunio obavezu, pri čemu se sa namerom izjednačava gruba nepažnja.¹³ Takve klauzule su suprotne javnom poretku. Pravilo je nametnula sudska praksa, a primenjuje se čak i kada ograničenje odgovornosti ima osnov u zakonu (Porchy-Simon, 2016, p. 286). U suprotnom bi ugovornik

proglašena suštinskom, nije dovoljno da se radi o obavezi koja je normalna, tipična za taj ugovor, odnosno ispunjava sadržinu tog ugovora, već da je s obzirom na okolnosti slučaja reč o suštinskoj obavezi. Pred sudijom je postavljen zadatak da, uzimajući u obzir ekonomski položaj ugovornika, proveri da li sporazum o isključenju dužnikove odgovornosti ne protivreči samom postojanju obaveze. Stoga je ovakva klauzula punovažna ako nije u suprotnosti sa obavezom koju je preuzeo dužnik. Konačno, u četvrtoj fazi je došlo do intervencije zakonodavca, čime je objektivno shvatanje grube nepažnje postalo suvišno (Porchy-Simon, 2016, pp. 287-288; Terré *et al.*, 2019, p. 949).

⁹ Zakonodavac koristi izraz *non écrite*, što u prevodu znači nepisana, nenapisana. Ipak, imajući u vidu princip konsenzualizma i neformalnosti ugovora, odnosno da ugovor načelno može biti punovažno zaključen pukom saglasnošću volja – usmeno, u ovom radu ćemo izraz *non écrite* prevoditi kao ništava.

¹⁰ Definisanje suštinske obaveze predstavlja izazov za pravnu nauku, o čemu svedoči količina literature i kvalitet doktrinarnog dijaloga na ovu temu (Deslauriers-Goulet, 2015, pp. 25-26).

¹¹ Bénabent (2017, p. 336) ukazuje da je u praksi ponekad teško napraviti jasnu razliku između suštinskih i sporednih obaveza. Primera radi, obaveza zakupodavca da isporuči stvar jeste suštinska, ali da li je obaveza obavljanja potrebnih poslova da bi stvar mogla da se koristi sporedna ili je to samo deo njegove suštinske obaveze?

¹² Primera radi, sud je 2005. godine zauzeo stanovište da se klauzula kojom se ograničava iznos naknade štete smatra ništavom u slučaju da prevoznik ne ispunji suštinsku obavezu iz ugovora (Fabre-Magnan, 2016, p. 780, fn. 2).

¹³ Ugovaranje klauzule neodgovornosti za slučaj namere ili grube nepažnje zabranjuju zakonodavci u većini evropskih država (Racine *et al.*, 2008, p. 244). Ograničenje s obzirom na stepen krivice dužnika postoji i u srpskom pravu, vid. čl. 265, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO).

imao mogućnost da obavezu ne izvrši ili izvrši onako kako smatra prikladnim, poput potestativnog uslova. Gruba nepažnja se izjednačava sa prevarom kako bi se sprečilo da se dužnik ponaša bez ikakvog opreza.¹⁴ Sudovi cene da li se radi o gruboj nepažnji uzimajući u obzir da li dužnik profesionalno obavlja delatnost, ponavljanje kršenja obaveze i verovatnoću nastupanja štete¹⁵ (Terré *et al.*, 2019, pp. 947-948). Teret dokazivanja namere ili grube nepažnje je na poveriocu, a u slučaju sumnje uzima se da je dužnik postupao sa običnom nepažnjom (Fabre-Magnan, 2016, p. 780).

Treće, restriktivne klauzule se ne mogu primeniti ukoliko je nepravilnim izvršenjem ugovora učinjena šteta u vidu telesne povrede. Pošto se ljudskim telom ne može trgovati, ne može se ni ugovoriti oslobađanje od odgovornosti za telesnu povredu. Takva klauzula je suprotna javnom poretku¹⁶ (Bénabent, 2017, p. 337). Kod ugovora prilikom čijeg izvršenja može doći do povrede ljudskog tela (npr. ugovor o lečenju, prevozu putnika, alotmanu) sudovi nalažu dužniku da osigura bezbednost svog saugovornika.¹⁷ Radi se o strogoj obavezi, koja je po prirodi obaveza cilja. Primera radi, lekar ne može dogovoriti sa pacijentom da neće biti odgovoran ako postavi pogrešnu dijagnozu ili organizator vašara ne može isključiti odgovornost u slučaju nezgode¹⁸ (Terré *et al.*, 2019, p. 949).

Na kraju, postoji ograničenje s obzirom na neravnopravni položaj ugovornih strana. Ukoliko se ugovor zaključuje između potrošača i profesionalca, sudovi restriktivne klauzule smatraju ništavim u većini slučajeva (Bénabent, 2017, p. 337).¹⁹

¹⁴ Francuski sudovi cene grubu nepažnju s obzirom na to da li se radi o profesionalnoj delatnosti ili ne, ponavljanju povrede ugovorne obaveze, kao i verovatnoći nastupanja štete u slučaju određenog ponašanja (Terré *et al.*, 2019, pp. 947-948).

¹⁵ Nasuprot objektivnom poimanju grube nepažnje koju vezujemo za kršenje suštinske obaveze ugovora (vid. fn. 7), ovakvo shvatanje grube nepažnje se naziva subjektivnim (Terré *et al.*, 2019, pp. 947-948).

¹⁶ Čl. 1270, st. 2 Predloga zakona o reformi građanske odgovornosti (*Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*) zabranjuje ovakve klauzule, kako u ugovornim, tako i u vanugovornim stvarima.

¹⁷ U teoriji se ovakvo postupanje sudova naziva „sentimentalnom sudskom obavezom” (*obligation judiciaire sentimentale*). U osnovi zabrane leže moralni razlozi. Bilo bi nepravedno omogućiti ugovorniku koji je svojim postupanjem prouzrokovao telesnu povredu sagovorniku da ugovori oslobodjenje od odgovornosti. Radi se o takvoj štetnoj posledici koja ne može biti predmet egzoneracione klauzule. Javni poredak se ovde ogleda u odnosu pravnog poretka i društva prema ljudskom telu (Leveneur-Azémar, 2016, pp. 66-67).

¹⁸ Ipak, u francuskoj pravnoj teoriji se navodi i kontraargument da klauzule neodgovornosti u ovim slučajevima nisu uperene ka licu čiji je telesni integritet u pitanju, već samo ka naknadi štete koju bi to lice moglo da pretrpi (Terré *et al.*, 2019, p. 949).

¹⁹ Od 1978. godine Komisija za nepravilne ugovorne odredbe (*Commission des clauses abusives*) nadgleda primenu odredaba o zaštiti potrošača u svim vrstama ugovora (Bestué Salinas,

Međutim, novina CC jeste da propisuje da se u adhezionom ugovoru svaka klauzula o kojoj se ne može pregovarati, koju unapred odredi jedna od strana, a stvara značajnu neravnotežu između prava i obaveza ugovornih strana, smatra nepisanom (čl. 1171 CC).²⁰ Dakle, odredba tipična za potrošačke ugovore postala je deo CC. Prema tome, ne primenjuje se više samo kada je jedan ugovornik trgovac, a drugi potrošač, već i na ugovore između trgovaca, kao i na ugovore između potrošača. Zahvaljujući čl. 1171 CC, ovlašćenja sudova da kontrolišu sadržinu nepravičnih ugovornih odredaba su proširena (Vukadinović, 2020, p. 11).²¹

Osim opštih izuzetaka, francuski zakonodavac je kod nekih posebnih ugovora regulisao ili zabranio upotrebu egzoneracionih klauzula. To je na primer slučaj sa odgovornošću hotelijera i gostioničara za krađu ili oštećenje stvari gostiju koje su učinili zaposleni u hotelu ili treća lica koja dolaze u hotel (čl. 1953, st. 2 CC) (Porchy-Simon, 2016, p. 288).

2.2. Švajcarsko pravo

Švajcarski Zakonik o obligacijama (*Code des obligations* – CO) klauzule neodgovornosti uredio je dvema odredbama. Članovi 100 i 101 CO se primenjuju kako na klauzule kojima se odgovornost samo ograničava, tako i na klauzule kojima se ona u potpunosti isključuje (Thévenoz & Werro, 2003, p. 585).

Zakonodavac propisuje da je ništava svaka odredba kojom se dužnik unapred oslobađa odgovornosti za slučaj prevare ili grube nepažnje (čl. 100, st. 1 CO). Prevara je namerna greška dužnika koju je učinio prilikom (ne)izvršenja obaveze (Engel, 1997, p. 722). Pod grubom nepažnjom se podrazumeva da je dužnik prekršio elementarna pravila opreznosti, odnosno zanemario mere predostrožnosti koje bi sigurno preduzelo svako razumno lice pod istim okolnostima.²² Pri-

2010, p. 290). Svojim preporukama Komisija utiče najpre na odluke sudova, zakonodavca i pravnu teoriju. Takođe, ona pomaže trgovcima koji sastavljaju ugovore koji sadrže potencijalne nepravične odredbe tako što periodično prikuplja njihove modele ugovora, dostavlja ih izveštiovcu na analizu, razmatra na kolegijalnoj raspravi i dostavlja trgovcima izrađene preporuke (vid. <https://www.clauses-abusives.fr/2022/03/03/activite-de-la-cca-et-sources-du-droit-memoire-des-etudiants-master-i-de-la-faculte-de-cergy-pontoise/>).

²⁰ Čl. 1171 je postao deo CC 2016. godine, a proširen je 2018. godine. Verzija iz 2016. godine glasi: „U adhezionom ugovoru, svaka klauzula koja stvara značajnu neravnotežu između prava i obaveza strana u ugovoru smatra se nepisanom.”

²¹ Vukadinović (2020, p. 11) objašnjava da je pravilo postalo deo CC jer moderna pravna nauka smatra da se oštra granica između građanskih i trgovačkih ugovora s vremenom izgubila. Pre 2016. godine sudovi su bili usredsređeni na proveru pojedinačnih, zakonom posebno uređenih, ugovornih odredaba (poput ugovorne kazne i isključenja ili ograničenja odgovornosti za pravne i materijalne nedostatke).

²² Suprotno, dozvoljene su klauzule kojima se isključuje ili ograničava odgovornost za slučaj

tom, prevara i gruba nepažnja podrazumevaju kapacitet dužnika da shvati značaj i posledice svog ponašanja.²³ Teret dokazivanja prevare ili grube nepažnje snosi poverilac (Thévenoz & Werro, 2003, pp. 588-589).

Sudija može na osnovu diskrecionog ovlašćenja oglasiti ništavom klauzulu kojom se dužnik oslobađa odgovornosti za običnu nepažnju ako je poverilac u vreme ugovaranja klauzule bio u njegovoj službi ili ako obaveza proizlazi iz obavljanja koncesione delatnosti koju je ustupio organ vlasti (čl. 100, st. 2 CO). Prva situacija se odnosi na dužnika koji je u službi poverioca, pri čemu se prvenstveno podrazumeva radni odnos. Primera radi, poslodavac se ugovorom oslobodio odgovornosti prema zaposlenom u slučaju postupanja sa nepažnjom prilikom poštovanja bezbednosnih mera na radu (Engel, 1997, p. 722). Odredba je izgubila na značaju revizijom iz 1971. godine, kada je zakonodavac propisao katalog obaveza koje poslodavac ne može derogirati u odnosu na zaposlenog (Thévenoz, Werro, 2003, p. 591). Ostaje da razjasnimo šta se smatra delatnošću koju je vlast ustupila. Engel (1997, p. 722) navodi da ovde spadaju ustupljene delatnosti, na primer delatnost železnice, ali i delatnosti koje je država regulisala, poput advokata, notara i gostioničara. Pritom, švajcarski sudovi ne poznaju jedinstvenu definiciju ustupljene delatnosti²⁴ (Guggenheim, 1995, p. 130).

Dalje, CO propisuje (čl. 101, st. 1 i 2) da lice koje je poverilo posao pomoćnicima (npr. članovima domaćinstva ili zaposlenima) odgovara za prouzrokovanu štetu, ali se njegova odgovornost može u celini ili delimično isključiti. Naglašavamo da se ovde mogućnost isključenja odgovornosti odnosi na sve oblike krivice. Dakle, zakonodavac je stroži kada se isključuje sopstvena odgovornost nego odgovornost za pomoćnika²⁵ (Engel, 1997, p. 746). Naime, dužnik je poveravanjem posla tre-

obične nepažnje. Pod običnom nepažnjom švajcarska pravna teorija podrazumeva grešku koja se čini ne namerno, već usled nepažnje, a koju razuman čovek u istim okolnostima uglavnom ne bi učinio, ali bi mu se jednom moglo desiti da je učini. Ne postoji strogi kriterijum za razlikovanje obične i grube nepažnje, stoga veliku ulogu ovde ima sudija, na kome je da proceni ponašanje dužnika u datim okolnostima i stepen pažnje koji je poverilac mogao očekivati (Thévenoz & Werro, 2003, pp. 588-589).

²³ Švajcarski zakonodavac je ovde pošao od stepenovanja krivice na prevaru, grubu nepažnju i laku (običnu) nepažnju. Uprkos teorijskoj obradi ovih pojmova, granica između grube i obične nepažnje u praksi može biti vrlo problematična. Stoga, ovakve zakonske odredbe daju široko diskreciono ovlašćenje sudovima, a sudska ocena o kom se stepenu krivice radi je često neizvesna (Guggenheim, 1995, p. 129).

²⁴ Primera radi, bankarska delatnost se dugo nije smatrala ustupljenom, ali je odjednom Savezni sud bez obrazloženja promenio mišljenje. Deo švajcarske teorije dovodi u sumnju mogućnost bilo kakvog oslobađanja od odgovornosti u ovim slučajevima, a ističe se da takvo shvatanje odgovara ostalim pravnim sistemima (Guggenheim, 1995, p. 130).

²⁵ Međutim, ni autonomija volje ugovornika prilikom ograničenja odgovornosti za pomoćnike nije neograničena. Tako, kada je poverilac u službi dužnika ili ako takva odgovornost proizlazi

ćem odgovoran za tuđe, a ne sopstvene radnje. Sa moralne i logičke tačke gledišta, zakonodavac je smatrao da je opravdano dozvoliti potpunu ekskulpaciju. Ipak, ne možemo zanemariti da dužnik koji poverava posao trećem ima koristi od toga, posebno u svetlu podele rada u modernoj ekonomiji. Teško je zamisliti kompaniju koja nudi usluge, a u isto vreme isključuje odgovornost za bilo kakvu krivicu (Guggenheim, 1995, p. 129).

Pored iznetih zakonskih ograničenja, švajcarska jurisprudencija poznaje takozvanu Gočijevu teoriju (*la theorie de Gautschi*), prema kojoj nije moguće isključiti odgovornost za obavezu sredstva. Ugovornik koji se obavezao da će radnju obaviti sa određenom pažnjom ne može isključiti svoju odgovornost. Takva klauzula je ništava (Guggenheim, 1995, p. 130). Thévenoz i Werro (2003, p. 589) ističu da je ovde isključenje ili ublažavanje dužnikove odgovornosti protivno prirodi ugovora. Pažnja je suštinski element, neodvojiva je od same obaveze (Guggenheim, 1995, p. 131). Obećanje određenog stepena pažnje i istovremeno isključivanje odgovornosti ukoliko se sa tom pažnjom ne postupa je kontradiktorno (Thévenoz & Werro, 2003, p. 589). Međutim, u praksi je teško razlikovati dozvoljen od nedozvoljenog nedostatka pažnje, posebno kod određenih zanimanja, poput advokata, lekara, sekretara (Guggenheim, 1995, p. 131). Kantonalni sudovi su najpre prihvatili Gočijevu teoriju, ali ju je Savezni sud odbacio, čime je pitanje restriktivnih klauzula u slučaju obaveze sredstva ostalo otvoreno (Thévenoz & Werro, 2003, p. 589). Najveći deo švajcarske doktrine smatra da su egzoneracione klauzule u slučaju obaveze sredstva punovažne²⁶ (Guggenheim, 1991, p. 131) uz poštovanje zakonskih ograničenja.

2.3. Englesko pravo

Svest o zloupotrebi egzoneracionih klauzula u engleskoj sudskoj praksi postoji od polovine devetnaestog veka, kada nailazimo na prve sudske intervencije. Ipak, sudovi su sve do usvajanja Unfairness Contract Terms Act (UCTA) 1977. godine ostavljeni bez pomoći zakonodavca da se uhvate ukoštac sa problemima koje su klauzule zadavale²⁷ (Oughton & Davis, 2000, p. 392).

iz delatnosti koju je vlast ustupila, dužnik se može sporazumno osloboditi samo odgovornosti koja proizlazi iz obične nepažnje (čl. 101, st. 3 CO).

²⁶ S druge strane, ističe se da su takve klauzule protivne moralu jer dovode do znatnog poboljšanja pozicije dužnika nauštrb rizika koji nastupa za poverioca u slučaju njenog ugovaranja (Guggenheim, 1991, p. 131).

²⁷ Restriktivne klauzule su u Engleskoj nastale ne samo iz ekonomskih razloga, kao što je to slučaj sa ostalim pravnim sistemima, već i zbog principa apsolutnosti ugovora koji je postepeno napušten u devetnaestom veku. Prema tom principu, ugovorne strane su bile dužne da ugovor ispune kao što je ugovoreno, bez obzira na eventualne kasnije okolnosti koje bi onemogućile ispunjenje obaveze. Pošto nije bilo pojma naknadne nemogućnosti neispunjenja, ugovaranja egzoneracionih klauzula

Sudska praksa je utvrdila specifična pravila postupanja sa spornom klauzulom. Najpre, sudija proverava da li je klauzula pravilno inkorporisana u ugovor, te da li je saugovornik pravilno obavešten o njenoj sadržini (*incorporation and notice rule*) (Andrews, 2011, p. 419). Ako klauzula prođe ovaj test, pred sudijom je zadatak da je protumači, što čini primenjujući posebne tehnike. Analizirajući sudske odluke, teorija je pravila tumačenja klauzula neodgovornosti grupisala u tri glavna principa: 1) pravilo *contra proferentem* (*contra proferentem rule*); 2) princip nepažnje (*negligence rule*); i 3) pravilo fundamentalne povrede ugovora (*fundamental breach rule*) (Oughton & Davis, 2000, p. 393).

2.3.1. Test inkorporacije

Prvo pitanje koje sudija postavlja jeste da li je egzoneraciona klauzula postala sastavni deo ugovora. Sudovi punovažnost klauzula neodgovornosti uslovljavaju činjenicom da je ugovornik u čiju je korist klauzula ugovorena (proferens) preduzeo razumne mere da svog saugovornika upozna sa klauzulom. Da bi se klauzula smatrala inkorporisanom, potrebno je da je: 1) saugovornik znao da postoji ugovor koji sadrži takvu odredbu ili upućuje na nju; i 2) proferens preduzeo razumne i dovoljne mere da obavesti saugovornika o klauzuli²⁸ (Andrews, 2011, pp. 420-421).

Sudovi posebno uzimaju u obzir sledeće kriterijume: 1) da li postoji potpis strane koju pogađa klauzula; 2) vremenski trenutak u kome je strana obaveštena o klauzuli; 3) da li je klauzula sadržana u dokumentu koji ima snagu ugovora; 4) da li je klauzula inkorporisana dosledno pregovorima; 5) da li se radi o privrednom poslovanju. Prvo, ukoliko je ugovornik na čiju je štetu klauzula ugovorena potpisao ugovor u kome je ona sadržana, smatra se da je on sa njome upoznat. Pitanje da li ju je zaista pročitao i razumeo je irelevantno²⁹ (Andrews, 2011, p. 433). Činjenice je služilo kao jedini način da se trgovci zaštite od odgovornosti (Mitrović, 1966, p. 14).

²⁸ U slučaju *Parker v. South Eastern Railway Co.* (1877) putnik je železnici deponovao torbu koja je sadržala stvari u vrednosti preko 10£. Međutim, na karti je pisalo da železnica ne odgovara za gubitak prtljaga u vrednosti koja premašuje taj iznos. Torba je bila izgubljena. Apelacioni sud je tom prilikom formulisao sledeće kriterijume: a) ako putnik nije video ili znao da su na karti ispisani bilo kakvi uslovi poslovanja železnice, njega ti uslovi ne vezuju; b) ako je putnik znao ili verovao da su na karti napisani uslovi poslovanja, onda ga ti uslovi vezuju; c) ako je putnik znao da je na karti napisano nešto, ali nije znao ili verovao da su to uslovi poslovanja, on će biti vezan tim uslovima ukoliko mu je karta uručena na način da je mogao uočiti da su na karti ispisani uslovi. Pozivajući se na taj slučaj, sudovi su u potonjim sporovima formulisali sledeća pitanja – kriterijume: 1) Da li je putnik znao da karta sadrži bilo kakve odredbe? 2) Da li je putnik znao da karta sadrži ili upućuje na uslove? 3) Da li je železnica preduzela sve mere da na razuman način obavesti putnika o uslovima poslovanja? (Andrews, 2011, p. 421).

²⁹ U nekim slučajevima prijem dokumenta koji predstavlja ugovor podrazumeva pristanak

da je ugovor bio nečitko napisan, da proferens saugovorniku nije skrenuo pažnju na klauzulu ili mu je pogrešno predstavio sadržinu ugovora jesu indicije da pristanka nema (Canuel, 2011, pp. 87-88). Drugo, važno je da saugovornik bude obavešten o klauzuli pre nego što izjavi volju u pravcu zaključenja ugovora, u suprotnom njome nije vezan.³⁰ Treće, klauzula mora biti sadržana u dokumentu koji ima obavezujuću snagu ugovora.³¹ Četvrto, prilikom zaključenja ugovora, ponuđeni se mora u svemu saglasiti sa ponudom za zaključenje ugovora koji sadrži egzoneracionu klauzulu.³² Na kraju, sudovi cene da li se radi o ugovoru koji je zaključen između privrednih subjekata. Što su strane u približnijem položaju u pogledu pregovaračke moći, veće su šanse da klauzula bude punovažna (Andrews, 2011, pp. 422-424, 433).

2.3.2. Tumačenje egzoneracione klauzule

Kada utvrdi da klauzula jeste sastavni deo ugovora, odnosno da je ugovornik kome ona koristi preduzeo sve razumne mere da svog saugovornika obavesti o sadržini klauzule, sud prelazi na tumačenje. Pritom, sud vodi računa o stepenu krivice kojim je povreda ugovora učinjena.

(npr. polisa osiguranja ili tovarni list) i tada potpis nije neophodan (Canuel, 2011, pp. 87-88).

³⁰ Tako je u slučaju *Thornton v. Shoe Lane Parking* (1971) sud našao da klauzula nije postala sastavni deo ugovora, pošto je tužilac upoznat sa klauzulom tek nakon što je ugovor zaključen, odnosno nakon što je on svojim automobilom pristupio parkingu (Andrews, 2011, p. 424).

³¹ Primera radi, sud je u slučaju *Chapelton v. Barry Urban District Council* iz 1940. godine smatrao nevažećom klauzulu koja je bila napisana na poleđini računa, uz obrazloženje da se ne može razumno očekivati da račun sadrži odredbe ovakve prirode (Andrews, 2011, p. 424).

³² Ukoliko dođe do spora između privrednih subjekata u slučaju neslaganja standardnih odredaba iz ponude i prihvata ponude, sudovi primenjuju pravilo poslednjeg ispaljenog hica (*last shot approach*). Ovde se radi o načinu rešavanja sukoba u pogledu standardnih odredaba ugovora koje su strane razmenile u toku pregovora (*battle of the forms*) (Garner, p. 2009, 182). Ugovor se sastoji iz odredaba koje su rezultat pregovaranja (*negotiated terms* – odredbe o ceni, vrsti robe, količini, datumu isporuke i sl.) i standardnih odredaba (*standard terms, boilerplate* – odredbe o nadležnom sudu, klauzule o isključenju odgovornosti u određenim slučajevima, garancije, upozorenja i sl.) koje se prilažu, a o kojima strane ne pregovaraju. Svaki privredni subjekt ima sopstvene standardne odredbe. Zbog toga se događa da jedan privredni subjekt pošalje ponudu drugom privrednom subjektu sa priloženim standardnim odredbama, a drugi prihvati ponudu u pogledu pregovaranih odredaba, s tim što prećutno uz prihvrat priloži sopstvene standardne odredbe, drugačije od onih koje su stajale u samoj ponudi. U takvoj situaciji se u slučaju spora postavlja pitanje koje se odredbe primenjuju. *Common law* poznaje takozvani princip poslednjeg ispaljenog hica (*last shot approach*). Prema ovom pravilu, u slučaju spora sud će presuditi u korist strane koja je ispalila „poslednji hitac”, odnosno poslednja iznela ponudu koju druga strana (ponuđeni) nije izričito odbila, dakle u korist ponudioca. U našem pravu se prihvrat ponude u svemu mora slagati sa ponudom, tako da se ovakav ugovor ne bi smatrao zaključenim, već bi se radilo o novoj ponudi.

Prema pravilu *contra proferentem* egzoneraciona klauzula napisana nejasnim i nepreciznim rečima se tumači na štetu proferensa (Oughton & Davis, 2000, p. 393).³³ Smisao pravila jeste da se restriktivnim tumačenjem zaštititi strana koja je u nepovoljnijoj poziciji zahvaljujući klauzuli, a da se proferens sankcioniše jer nije dovoljno precizno formulisao klauzulu koja mu koristi (Andrews, 2011, p. 425).³⁴

Princip nepažnje (*negligence rule*) predstavlja stroži vid pravila *contra proferentem*. Primenjuje se kada postoji nejasno formulisana egzoneraciona klauzula kojom se izričito isključuje odgovornost za nepostupanje sa dužnom pažnjom (*negligence clauses*) (Ramberg, 2008, p. 266). Sve do donošenja UCTA, sudovi su zahtevali da takva modifikacija odgovornosti bude izražena na najprecizniji mogući način, u suprotnom su klauzulu oglašavali ništavom³⁵ (Oughton & Davis, 2000, pp. 395-396). Sudovi su postavili sledeća pravila: 1) eksplicitno isključenje

³³ Primera radi, apelacioni sud se u slučaju *Andrews Brothers (Bournemouth) Ltd v. Singer & Co Ltd*. vodio ovim pravilom. Tužilac i tuženi su zaključili ugovor o prodaji određenog broja novih oldtajmera, pri čemu su ugovorili da ne važe garancije prodavca predviđene običajnim pravom ili zakonom, već da se jedina obaveza prodavca sastoji u tome da u roku od dvanaest meseci popravi ili zameni automobil ukoliko je on neispravan. Međutim, jedan od automobila nije bio nov, kao što je bilo predviđeno ugovorom, već je pre predaje prešao znatnu kilometražu. Tužilac je zahtevao da se taj automobil zameni novim automobilom i pozvao se na povredu ugovora, dok se tuženi pozvao na odredbu ugovora kojom je isključen svaki vid garancije, osim popravke i zamene. Sud je presudio u korist tužioca, navodeći da postoji povreda ugovora pošto klauzula o isključenju odgovornosti na koju se tuženi pozvao ne obuhvata konkretnu povredu ugovora, odnosno ne isključuje odgovornost prodavca u slučaju predaje polovnog umesto novog automobila. U obrazloženju je istaknuto da je klauzula kojom se odgovornost isključuje morala biti preciznija i napisana jasnijim jezikom da bi u konkretnom slučaju bila primenjena (Oughton & Davis, 2000, pp. 394-395).

³⁴ Takođe, kada se klauzulama predviđaju okolnosti koje oslobađaju dužnika odgovornosti (koje predstavljaju višu silu), sudovi primenjuju princip *eiusdem generis*. Budući da ugovornici tada često nakon nabiranja pojedinačnih oslobađajućih okolnosti (poplava, požar, zemljotres i sl.) dodaju formulaciju „i druge slične okolnosti”, ovaj princip je posebno koristan za ocenu da li se određena okolnost može smatrati „drugom sličnom okolnosti”, te u konkretnom slučaju dužnik osloboditi odgovornosti (Ghodoosi, 2022, p. 837).

³⁵ Apelacioni sud je primenio izneto pravilo u slučaju *White v. John Warwick & Co Ltd*. Tužilac je zakupio bicikl od tuženog, a ugovor je sadržao odredbu da tuženi neće odgovarati za telesne povrede prouzrokovane upotrebom bicikla. Ipak, prilikom vožnje, sedišta se izvrnulo u stranu i tužilac je pao sa bicikla, pri čemu je zadobio telesne povrede, te zahtevao naknadu štete. Sud je zauzeo stanovište da je klauzula mogla osloboditi tuženog objektivne odgovornosti, te da on ne bi odgovarao za sve povrede koje bi mogle nastati redovnom upotrebom bicikla u ispravnom stanju. S druge strane, sud je istakao da ova klauzula ne može osloboditi zakupodavca deliktne odgovornosti za nepostupanje u skladu sa obavezom ulaganja razumne pažnje prilikom izvršenja ugovorne obaveze. Ovde se postavlja pitanje koliko je potrebno precizno formulisati klauzulu da bi je sud primenio, odnosno kakva formulacija je prihvatljiva. Smatralo se da su izrazi poput „svi gubici bez obzira na to nastali” ili „sva šteta ili povreda ma kako da su prouzrokovane” adekvatni (Oughton & Davis, 2000, pp. 395-396).

odgovornosti za nepažnju je punovažno; 2) ukoliko se odgovornost za nepažnju eksplicitno ne isključi, sud razmatra da li upotrebljene reči imaju dovoljno široko (uobičajeno) značenje da isključe odgovornost za nepažnju; 3) ako reči imaju dovoljno široko značenje, sud razmatra da li se naknada štete može potraživati po nekom drugom osnovu, a taj drugi osnov ne sme biti toliko nerealan da pove-rilac faktički ostane bez zaštite (Andrews, 2011, p. 425).

Treći i najkontroverzniji princip jeste fundamentalno kršenje ugovora (*fundamental breach rule*) koji je nastao nakon Drugog svetskog rata. Počiva na ideji da je klauzula o isključenju ili ograničenju odgovornosti ništava ako podriva suštinu ugovora. Pravilo je primenjivano na dva načina. „Pravi” način primene ga je shvatao kao princip materijalnog prava (*rule of substantive law*) a egzoneracionu klauzulu u slučaju suštinske povrede ugovora smatrao ništavom, ma koliko jasno bila formulisana. „Nepravi” način primene je klauzule kojima se isključuje odgovornost za neizvršenje suštinske obaveze smatrao punovažnim sve dok su dovoljno precizno formulisane – princip fundamentalnog kršenja ugovora je shvaćen kao princip formulacije (*rule of construction*).³⁶ Zapravo, njegove pristalice su negirale postojanje principa, svodile ga na pravilo *contra proferentem*, vodeći se načelom slobode ugovaranja. Takođe, isticale su da pravi način primene unosi pravnu nesigurnost, jer nije definisano kakvo kršenje ugovora se smatra fundamentalnim³⁷ (Oughton & Davis, 2000, pp. 401-406).

Neslaganja su rešena donošenjem UCTA. Parlament je napravio razliku između ugovora u kojima su ugovorne strane u ravnopravnom pregovaračkom položaju i ugovora kod kojih je jedna strana znatno ekonomski (time i pregovarački) moćnija. Prva vrsta ugovora nije regulisana, te ugovornici mogu isključiti odgovornost čak i za fundamentalno kršenje ugovora dok to čine na jasan i razumljiv način. UCTA se primenjuje na potrošačke i druge ugovore koji sadrže standardne odredbe (opšte uslove poslovanja), a propisuje da egzoneraciona klauzula mora biti pravedna i razumna (čl. 2, 3 & 11 UCTA) (Oughton & Davis, 2000, p. 406).

Sudovi takođe uzimaju u obzir stepen krivice preferensa. Ukoliko je povreda ugovora učinjena „prevarom, namerno, a šteta pričinjena nepromišljeno ili zlona-merno”, nema mesta primeni klauzule (Andrews, 2011, p. 425). Iako je ovakav stav rasprostranjen u teoriji, on nije bez kritika.³⁸

³⁶ Tako je Gornji dom (*House of Lords*) u slučaju *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* (1980) izneo da su klauzule neodgovornosti punovažne čak i kada se njima isključuje odgovornost za ključne ili suštinske oblike kršenja ugovorne obaveze, pod uslovom da se u njihovoj formulaciji koristi jasan i nedvosmislen jezik (Andrews, 2011, p. 426).

³⁷ Najpoznatiju kritiku je izneo Lord Rajd u predmetu *Suisse Atlantique* iz 1967. godine (Oughton & Davis, 2000, p. 406).

³⁸ Ramberg smatra da je izneto shvatanje previše pojednostavljeno. Ističe da je nužno razlikovati

3. Zaključak

Apsolutna primena načela autonomije volje ugovornih strana prilikom ugovaranja egzoneracionih klauzula omogućava njihovu zloupotrebu. S druge strane, zabraniti ugovornicima raspodele rizik neispunjenja obaveza kako im odgovara neopravdano bi sputavalo pravni promet. Kao kompromisno rešenje, pravni sistemi dozvoljavaju ugovaranje klauzula neodgovornosti, ali uz određena ograničenja imperativnog karaktera. Sloboda ugovornika se ograničava na dva načina.

Najpre, granice se mogu postaviti s obzirom na sadržinu egzoneracione klauzule. Tako klauzula kojom se isključuje ili umanjuje odgovornost za slučaj namere ili grube nepažnje neće proizvesti dejstvo ni prema pravilima francuskog, niti prema odredbama švajcarskog prava (osim za režim odgovornosti pomoćnika). Zatim, u francuskom pravu dužnik ne može isključiti ili umanjiti odgovornost za povredu suštinske obaveze ugovora, nanošenja telesne povrede, niti u situacijama kada se ugovor zaključuje između potrošača i profesionalca. Švajcarski zakonodavac ovlašćuje sudiju da oglasi ništavom restriktivnu klauzulu za slučaj obične nepažnje ako je poverilac u službi dužnika ili se radi o delatnostima koje podležu posebnoj državnoj regulaciji. U švajcarskoj pravnoj teoriji je sporno da li se može isključiti odgovornost za obavezu sredstva.

Drugi način ograničenja slobode ugovornika jeste postavljanje standarda ponašanja koje moraju ispuniti prilikom ugovaranja klauzule neodgovornosti. Engleski sudovi najpre proveravaju da li je klauzula pravilno inkorporisana u ugovor, odnosno da li je proferens preduzeo odgovarajuće mere da drugu stranu upozna sa postojanjem i sadržinom klauzule. Nakon što se uveri da je klauzula predočena strani koju ona pogađa, sud prelazi na tumačenje, primenjujući posebna pravila. Klauzula će se smatrati punovažnom bez obzira na sadržinu, pod uslovom da je napisana preciznim jezikom. Sve dok je odredba dovoljno jasno i eksplicitno formulisana, dozvoljeno je isključiti odgovornost, čak i za slučaj nepažnje ili fundamentalno kršenje ugovora. Nejasna klauzula se tumači u korist strane koju ona pogađa. Međutim, ni u engleskom pravu nije dozvoljeno isključenje, odnosno ograničenje odgovornosti za teže oblike krivice.

Zaključujemo da su u pravnim sistemima kontinentalnog prava granice ugovaranja egzoneracionih klauzula postavljene s obzirom na sadržinu same klauzule, dok englesko pravo fokus stavlja na proceduralni aspekt, odnosno ponašanje ugovornika prilikom zaključenja ugovora i preciznost same klauzule. S druge strane, ograničenje postupanje sa namerom ili krajnjom nepažnjom ugovornika lično i lica kojima je on poverio posao. Sama činjenica da je ugovornik odgovoran za njihove propuste ne znači da on nema pravo da ograniči svoju odgovornost. Zbog toga je i komisija koja je donela *Principles of European Contract Law* (PECL) u čl. 8.109 izraz „namera ili krajnja nepažnja” zamenila izrazom „suprotno dobroj veri i poštenom postupanju”. Takođe, UCTA propisuje sveobuhvatnu procenu razumnosti konkretne klauzule, a ne procenu samo subjektivnog elementa krivice, odnosno da li je povreda učinjena namerno ili sa krajnjom nepažnjom (Ramberg, 2008, p. 266).

koje je zajedničko za analizirane pravne sisteme odnosi se na stepen krivice dužnika. Sudovi ne dozvoljavaju primenu klauzule neodgovornosti ukoliko utvrde da je dužnik postupao namerno ili sa grubom nepažnjom.

Literatura

- Andrews, N. 2011. *Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bénabent, A. 2017. *Droit des obligations: 16^e édition*. Paris: LGDJ.
- Bestué Salinas, C. 2010. Les clauses d'exonération de responsabilité: stratégies de traduction. *Meta*, 55(2), 287–308. DOI : <https://doi.org/10.7202/044241ar>. Dostupno na: <https://www.erudit.org/en/journals/meta/2010-v55-n2-meta3880/044241ar/> (8. 2. 2023).
- Canuel, E. 2011. Comparing Exculpatory Clauses under Anglo-American Law: Testing Total Legal Convergence. In: Cordero-Moss, G. (ed.), *Boilerplate Clauses, Commercial Contracts and the Applicable Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 80-103. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511667503.009>
- Davis, M. & Oughton, D. 2000. *Sourcebook on Contract Law – Second edition*. London: Cavendish Publishing Limited.
- Deslauriers-Goulet, C. 2015. *L'exonération conventionnelle de responsabilité confrontée à l'obligation essentielle du contrat*. Montreal: Université de Montréal. Dostupno na: <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/13681> (9. 2. 2023).
- Engel, P. 1997. *Traité des obligations en droit suisse: 2^e édition*. Bern: Staemfil Editions SA.
- Fabre-Magnan, M. 2016. *Droit des obligations*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Garner, B. 2009. *Black's Law Dictionary*. St. Paul: West Publishing.
- Ghodoosi, F. 2022. Contracting Risks. *University of Illinois Law Review*. Dostupno na: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3743033> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3743033> (8. 2. 2023). DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3743033>
- Guggenheim, D. 1995. *Le droit suisse des contrats: principes généraux. Tome 2, Les effets des contrats*. Genève.
- Jacquemin, Z. 2021. *Payer, réparer, punir: étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*. Paris: LGDJ, Lextenso.
- Jankovec, I. 1993. *Ugovorna odgovornost*. Beograd: Poslovna politika.
- Karanikić Mirić, M. 2012. Ograničenja odgovornosti za štetu u srpskom pravu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 60 (1), pp. 244-273.
- Komarov, A. 2008. The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments. In: Saidov, D. & Cunnington, R. (eds.) *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*. Oxford: Hart Publishing, pp. 245-264.
- Kotz, H. 2017. *European Contract Law (second edition)*. Oxford: Oxford University Press.
- Leveneur-Azémar, M. 2016. *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (Thèse de doctorat en droit)*. Paris: Université Paris II Panthéon – Assas. Dostupno na: <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/9d1c347e-6f53-4291-8c49-bcab2c116f1a?inline> (9. 2. 2023).

- Mitrović, D. 1966. *Klauzule neodgovornosti u trgovačkoj kupoprodaji sa stranim elementom*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Mitrović, D. 1983. Čl. 262-269. U: Blagojević, B. i Krulj, V. (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I (drugo izdanje)*. Beograd: Savremena administracija.
- Perović, S. 1995. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (knjiga prva)*. Beograd: Savremena administracija.
- Porchy-Simon, S. 2016. *Droit civil 2^e année: Les obligations (9^e édition)*. Paris: Dalloz.
- Radišić, J. 2017. *Obligaciono pravo: opšti deo (jedanaesto izdanje)*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
- Racine, J., Sautonie-Laguionie, L., Tenenbaum, A. & Wicker, G. 2008. *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. Munich: Sellier – European law publishers.
- Ramberg, J. 2008. No Need to Limit Where There is No Promise? In: Saidov, D. & Cunnington, R. (eds.), *Contract Damages – Domestic and International Perspectives*. Oxford: Hart Publishing, pp. 265-276.
- Terré, F., Simler, P., Lequette, Y. & Chénéde, F. 2019. *Droit civil: Les obligations (12^e édition)*. Paris: Dalloz.
- Thévenoz, L., Werro, F. 2003. *Code des obligations: commentaire. 1, Code des obligations art. 1 - 529: loi sur le crédit à la consommation; loi sur les voyages à forfait*. Genève: Helbing et Lichtenhahn.
- Vasiljević, M. 2018. *Trgovinsko pravo. (šesnaesto izdanje)*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Vizner, B. 1978. *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb.
- Vukadinović, S. 2020. Adhezioni ugovori u francuskom pravu. *Strani pravni život*, 64 (1), pp. 5-15. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz64-25009>
- Vukmir, B. 1970. *Isključenje i ograničenje ugovorne odgovornosti za štetu (s osobitim osvrtom na Opće uvjete Evropske ekonomske komisije UN)*. Zagreb: Informator.

Pravni izvori

- CC, 1804. Code civil. Dostupno na: www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/.
- CO, 1911. Code des obligations. Dostupno na: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr.
- Zakon o obligacionim odnosima. 1978. *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 - Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.
- Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, 2020. Dostupno na: <https://www.senat.fr/leg/pp19-678.html>.
- UCTA, 1977. Unfair Contract Terms Act. Dostupno na: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>.