

PRAVNOTEORIJSKE KARAKTERISTIKE I PRAVNODOGMATSKI RAZVOJ NEMAČKOG PRAVA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

Sažetak

Cilj rada je da istraži specifičnosti nemačkog pristupa u rešavanju pravnih pitanja koja se otvaraju u vezi sa opštim uslovima poslovanja. Primenom pravnodogmatskog, komparativnog i pravnoistorijskog metoda ispituju se karakteristike i osnovni pravci razvoja nemačke pravne teorije i zakonodavstva o opštim uslovima. Hronološki, po vremenu nastanka i periodu dominantnog uticaja, izlažu se osnove shvatanja pravne doktrine o karakteru i pravnoj prirodi opštih uslova. Pravnoteorijski razvoj se u nemačkom pravu kretao od snažnog utemeljenja i dominacije normativne teorije do njenih oštih kritika koje su dovele do osnaživanja ugovorne teorije. Pozitivnopravni razvoj karakteriše princip od posebnog zakona ka delu opšteg građanskog zakonika. Noveliranjem BGB-a očuvana je pravna koncepcija koja se u nemačkoj teoriji i zakonodavstvu prethodno oblikovala u poseban zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja. Odredbe tog zakona su suštinski preuzete u nemački Građanski zakonik 2002. godine u okviru reforme nemačkog obligacionog prava. Razmatrani nemački poseban zakon ne samo što je uticao na razvoj drugih nacionalnih zakonodavstava već je izvršio i određeni uticaj na razvoj potrošačkog prava na nivou EU tako što su pojedine njegove odredbe korišćene kao osnova u pripremi teksta jedne od najznačajnijih direktiva koja se odnosi na nepoštene ugovorne odredbe. U radu se ukazuje i na aktuelne mehanizme kontrole opštih uslova poslovanja kroz kontrolu punovažnosti inkorporacije, kao i kombinovane mehanizme sadržinske kontrole kroz crnu i sivu listu ugovornih odredaba i generalnu klauzulu.

Ključne reči: *nemačko pravo, nemački Građanski zakonik, opšti uslovi poslovanja, nepoštene ugovorne odredbe, potrošač.*

1. Uvod

Iako su opšti uslovi poslovanja danas praktično nezaobilazni deo stvarnosti prilikom zaključenja ugovora, kao što se i u ranijim periodima mogao očekivati njihov narastajući značaj, pravna teorija dugo nije identifikovala niti razmatrala posebna pravna pitanja koja se otvaraju u vezi sa njima. Navedeno je i logična posledica činjenice da je razmatranje najpre bilo fokusirano na njihovu pravnu prirodu, pri čemu aktuelno vladajuće stanovište

* Doktor pravnih nauka, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beograd, Srbija,
e-mail: slobodan.vukadinovic@pravnofakultet.rs, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4692-321X>

o ugovornoj pravnoj prirodi nije bilo karakteristika ranijih perioda.

Preovlađujuće shvatanje pravne teorije tokom dužeg vremenskog perioda bilo je suprotno onome koje danas dominira, jer su pravni pisci u više država izražavali sumnju u to da li koncept u kome samo jedna strana, u odsustvu pregovora sa drugom ugovornom stranom, samostalno oblikuje opšte uslove poslovanja uopšte može biti deo koncepcije koja se uobičajeno naziva ugovaranje (vid. Neumayer, 2008, p. 22).

Cilj ovog rada je da istraži specifičnosti nemačkog pristupa u rešavanju pravnih pitanja koja se otvaraju u vezi sa opštim uslovima poslovanja. Primenom pravnodogmatskog, komparativnog i pravnoistorijskog metoda, u nastavku se teži da se utvrde karakteristike i osnovni pravci razvoja nemačke pravne teorije i zakonodavstva o opštim uslovima poslovanja.

2. Stvaranje pojma opštih uslova poslovanja u nemačkoj pravnoj teoriji i tadašnje stanje uporednopravnog okruženja

Polazeći od činjenice da se neretko, čak i među pravnim stručnjacima, pravi nedovoljno razgraničenje između adhezionih ugovora, tipskih ugovora i opštih uslova poslovanja, ne iznenađuje činjenica da se ovi razni „formulari“ zajedno vezuju za francusku pravnu misao. To ne samo da ne iznenađuje već je i opravdano i utemeljeno kada su u pitanju adhezioni ugovori, čija se teorijska konstrukcija, a po nekima i izgrađivanje pojma upravo i vezuju za francuskog teoretičara Rajmona Saleja (*Raymond Saleilles*), kome se tradicionalno pripisuju zasluge i za termin i za određenje adhezionih ugovora.¹

Međutim, ako se u fokus istraživanja ciljano stavi pravno uređenje (samo) opštih uslova poslovanja, kao instituta po sebi i sa upravo takvom terminologijom (odvojeno od drugih ili raznih ugovornih obrazaca), onda nas koreni razvoja prava opštih uslova poslovanja i takvog termina, koji danas suvereno dominira i u srpskom pravu i u srpskoj praksi, vode do nemačke pravne misli.

Hellwege (2010, p. 333) ističe da se pojmovno² oblikovanje opštih uslova poslovanja u Nemačkoj može pratiti još od 1875. godine, a o ovakvom stanju stvari čitamo i kod naših vrsnih poznavalaca nemačke civilistike.³ Nemačko pravo nije samo izgradilo pojmovno opšte uslove poslovanja, intenzivno i produbljeno se bavilo njihovom pravnom prirodom, već je

¹ Kada je o adhezionim ugovorima reč, tu nema spora da francusko pravo jeste ono od koga treba poći, pre svega imajući u vidu kako je konstrukciju adhezionih ugovora gradio Rajmon Salej, o čemu vid. Vukadinović, 2020, pp. 5–15.

² Ovde treba naglasiti da pod tim podrazumevamo upravo termin opšti uslovi poslovanja, a ne i srodne institute koji se međusobno delimično i preklapaju, ali ipak dovoljno razlikuju od centralnog pojma i teme ovog članka, kakvi su npr. adhezioni, standardni ili tipski ugovori.

³ Vid. Vodinić, 2014, p. 117. U sličnom kontekstu Vilus (1976, p. 96) ističe da suprotno francuskoj teoriji, nemačka nauka nije usvojila ni izraz *contract d'adhésion* ni njegovo tumačenje, jer kada je Saleilles predlagao izdavanje adhezionog ugovora od ostalih ugovora, u Nemačkoj su već bila i u literaturi i u pravosuđu učvršćena shvatanja o opštim uslovima. Kada je reč o pojavi (ne o pojmu) opštih uslova poslovanja, Ranieri (2009, p. 325) navodi da je još 1847. godine udruženje nemačkih železničkih uprava objavilo opšte uslove (nalik pravilniku ili propisu) za ugovore o prevozu.

iz teorijskog razmatranja, a kasnije i postupanjem sudova,⁴ proistekao čitav sistem pravila koja nude rešenja pravnih problema koji se otvaraju u vezi sa opštim uslovima poslovanja. Takav razvoj nemačkog prava opštih uslova poslovanja dobio je i, pravnodogmatски posmatrano, pozitivnopravni epilog u vidu posebnog zakona donetog 1976. godine kojim je celovito uređena ova materija. Suštinska rešenja koja su tada stvorena i danas su na snazi, s tim da su ona, u okviru reforme nemačkog obligacionog prava, iz ovog posebnog zakona premeštena u nemački Građanski zakonik.

Počeci interesovanja nemačke pravne doktrine za opšte uslove poslovanja bili su pre svega fokusirani na određenje njihove pravne prirode. To intenzivno interesovanje pravnih pisaca išlo je u prilog normativnoj prirodi opštih uslova, te je normativna teorija u početku bila dominantno prihvaćena u nemačkoj pravnoj teoriji. Normativna teorija se nametnula kao odgovor na pitanje koje je postavljeno, a odnosilo se na to da li se uključivanje opštih uslova poslovanja uopšte može objasniti kao pravni posao. Tada se naročito istakao Anschütz, koji je 1861. godine privukao pažnju svojim ispitivanjem osnova primene opštih uslova poslovanja železničke kompanije, koja je tada bila u većinskom privatnom vlasništvu (Neumayer, 2008, p. 164). Svojim pitanjem i fokusom istraživanja Anschütz je uticao na mnoge nemačke pravnike tog vremena koji su upravo u tim „formularima“ uočili elemente za koje su tada ocenili da ne samo da nisu svojstveni ugovornom pravu već čak i da su poput stranog elementa nespojivi sa ugovornim pravom. Na temelju ovih ideja, u daljem razvoju nemačkog doktrinarnog stava o opštim uslovima poslovanja naročito se istakao Hueck, koji je poznat po tome što je uobličio normativnu teoriju i dosledno je izložio u svom naučnom radu koji je objavljen 1923. godine. Osobenost Hueckovog pristupa je između ostalog i u tome što je ne samo identifikovao i objasnio normativnu komponentu opštih uslova poslovanja već što je prepoznao i njihovu sličnost sa kolektivnim ugovorima u radnom pravu, a ta se sličnost, prema zapaženom stanovištu ovog autora, vidi u tome što i opšti uslovi poslovanja i kolektivni ugovori u radnom pravu sadrže pravne norme koje su formulisane sa ciljem da urede veći broj pojedinačnih ugovora koji će biti zaključeni u budućnosti (Neumayer, 2008, pp. 12–24).

Pri istraživanju i analizi hronologije daljeg razvoja nemačkog prava opštih uslova poslovanja odgovarajuće mesto ima i Hans Großmann-Doerth. Ovaj pravni pisac je zanimljiv ne samo zbog svojih pravnih razmatranja već ga istorija prava označava i kao tvorca termina autonomno privredno pravo, odnosno kako ga je u originalu formulisao: *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft* (Großmann-Doerth, 1933, p. 77).

Kada se govori o pravnoteorijskom određenju ne samo opštih uslova poslovanja već i različitih oblika formularnih izvora, nezaobilazno ime je čuveni Ludvig Rajzer (*Ludwig Raiser*), čiji su stavovi izvršili uticaj na mnoge istraživače i pravne teoretičare

⁴ Sudovi su u Nemačkoj pružali pravnu zaštitu i razvili u praksi kontrolne mehanizme od opštih uslova poslovanja koji nanose štetu pravima jedne strane i pre donošenja posebnog zakona, tako što su primenjivali opšte pravne principe i paragrafe nemačkog Građanskog zakonika kojima se sprečavaju zloupotrebe slobode ugovaranja i štiti ravnopravnost ugovornih strana, a naročito pozivajući se na koncept savesnosti i poštenja sudovi su mnoge odredbe oglasili nevažećim, pa bi se kao posebno pitanje moglo razmatrati da li je donošenjem posebnog zakona, naročito kada su u pitanju dva spiska ugovornih odredaba, na određeni način izvršena svojevrsna kodifikacija sudskog prava. Bez obzira na to pitanje, koje bi moglo biti predmet posebnog istraživanja, nesporno je da je donošenjem posebnog zakona pravna zaštita postala neuporedivo potpunija.

ne samo širom nemačkog govornog područja već i van njegovih granica. Osim po svom svetski poznatom delu *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, koje je prvi put objavljeno 1935. godine, Rajzer je poznat i po tome što je normativnu teoriju dalje razvio istražujući sociološko-pravnu argumentaciju o pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja. U najkraćem, Rajzerovo stanovište je da su opšti uslovi poslovanja po svojoj prirodi i karakteru uopšteni i nepersonalizovani vodiči, napravljeni sa ciljem da budu upotrebljeni u brojnim različitim situacijama. Zbog toga Rajzer ističe da su opšti uslovi poslovanja slični zakonu, bez obzira na to što nemaju obavezujuću pravnu snagu koju imaju zakoni (Raiser, 1935, p. 69; prema: Neumayer, 2008, p. 24).

Ako se uzme u obzir društvenopolitički koncept i ideologija koja će postati obeležje čitavog nemačkog uređenja i režima u narednom periodu, što je razumljivo imalo određeni uticaj i na pravno rezonovanje, ne iznenađuje činjenica da je nacionalsocijalizam uticao na opredeljenje vlasti da nastoje da na obavezujući način regulišu sve koji učestvuju u ekonomskim aktivnostima (Neumayer, 2008, p. 24). Na taj način se normativno razumevanje opštih uslova poslovanja utemeljilo, jer se išlo za logikom: ako su opšte uslove formulisali privredni subjekti, onda ih kao takvi obavezuju kao da su zakon, iz kog razloga sve pravne operacije u koje subjekt koji je formulisao opšte uslove poslovanja ulazi moraju uključivati takve opšte uslove, i to bez obzira na pitanje da li je među ugovornim stranama o tome postignuta ili ne neposredna saglasnost (Vukadinović, 2019, p. 102). Neumayer (2008, p. 24) objašnjava da je na ovaj način Nemačka, za vreme tog istorijskog perioda, faktički ovlastila privredne subjekte da sami formulišu i time sami stvaraju pravo, čime, logički izvedeno do kraja, opšti uslovi poslovanja dobijaju karakter materijalnog prava, te gube ugovornu prirodu jer njihova primena ne zavisi od volje ugovornih strana.

Normativna teorija o pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja, koja ih je razumela kao propis i odricala im ugovorni karakter, bila je veoma uvažena i prihvaćena od strane velikog broja nemačkih pravnih pisaca i kao takva se i poštovala i dugo održala u nemačkom pravu, i to ne samo među pravnim teoretičarima. Neumayer (2008, p. 25) navodi da ni sudovi u Nemačkoj nisu razmatrali kao posebno pravno pitanje inkorporaciju opštih uslova poslovanja u ugovor, odnosno punovažnost i autonomiju volje, već je pažnja bila usmerena samo na sadržinu opštih uslova poslovanja.

Međutim, s vremenom, a naročito nakon rata, među nemačkim pravnim piscima sve se više preispituje normativna teorija, tako što se postavljaju legitimna i suvisla pitanja 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 (Vukadinović, 2019, p. 103). Ovakva pitanja su podstakla istraživače i pravne pisce da iznova ispituju da li je utemeljeno i opravdano na takav način zaobilaziti pravila zakona. Takva diskusija je među nemačkim pravnim teoretičarima dovela do toga da je uočena negativna strana normativnog odgovora na pitanje o pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja, te je ovoj koncepciji, a time i privrednim subjektima i njihovim udruženjima, odnosno konceptu autonomnog prava trgovine stavljeno na teret da uzurpira moć. Ovakvi kritički tonovi, koji postepeno postaju sve snažniji i sa utemeljenom argumentacijom, dovode do jačanja ugovorne koncepcije kao odgovora na pitanje prirode opštih uslova poslovanja, te ih ugovorna teorija stavlja u okvire ugovornog

prava, zbog čega njene pristalice ističu stav da se na njih neizostavno primenjuju opšti principi obligacionog i privrednog ugovornog prava, mada je među nemačkim pravnicima pažnje vredan odjek imao i Hauss, koji ukazuje i na pojedine poteškoće i izazove pri svrstavanju opštih uslova i srodnih izvora u materiju ugovornog prava (Neumayer, 2008, p. 25). Čak je i čuveni Rajzer na kraju, kao i veliki deo nemačkih pravnika, odbacio teorije o objektivnom pravu i pridružio se kategoričnom tvrđenju da opšti uslovi stiču pravnu snagu samo u jedino u okviru ugovora (Vilus, 1976, pp. 122–123), što i nije iznenađujuće kada se uzme u obzir činjenica da je s vremenom, iako pod početnim uticajem normativista, Rajzer postajao sve oprezniji, pa nauka beleži i njegov preobražaj, koji bismo mogli označiti kao „međufazu“ u kojoj je uviđao da su opšti uslovi funkcionalno slični, ali formalnopravno različiti od pozitivnog prava, te ih je tokom tranzitorne faze označavao i kao normativne običaje prometa.

Moglo bi se reći da razvoj nemačkog prava opštih uslova poslovanja karakteriše sklad između pravne teorije, zakonodavstva i sudske prakse. Kao što je u prvom periodu pravnoteorijski stav o normativnoj pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja bio u skladu sa pravnim pitanjima kojima su se nemački sudovi prioritetno bavili, tako se postepenim jačanjem ugovorne teorije i povećavanjem broja njenih pristalica među nemačkim teoretičarima menja i sudska praksa, jer su sudovi u Nemačkoj počeli da značajnu pažnju posvećuju pitanju punovažnosti i uključivanju opštih uslova poslovanja u ugovorni odnos, a ne samo njihovoj sadržini (Vukadinović, 2019, p. 103). Primat ugovorne teorije dovodi do fokusiranja na različita pitanja uključivanja opštih uslova poslovanja u ugovor, na primer da li je druga ugovorna strana (koja ih nije sastavila) imala svest ili saznanje o njihovom postojanju, da li su oni izričito ili prećutno inkorporisani u pojedinačni ugovor i slično, što suštinski dovodi do ključnog načela ugovornog prava a to je načelo autonomije volje, odnosno, na nivou zaključenja ugovora, pitanje ima li saglasnosti volja dve strane o tome da se opšti uslovi poslovanja primene na konkretan ugovorni odnos.⁵ O ovakvom stanju stvari u nemačkom pravu opštih uslova poslovanja obaveštava nas profesor Wolfgang Marschall von Bieberstein (Pravni fakultet u Frankfurtu na Majni) koji 1978. godine navodi da ugovorni karakter opštih uslova poslovanja nije u sumnji, jer se opšti uslovi poslovanja primenjuju samo ako su ugovorne strane saglasne o tom delu ugovora zaključenog između njih (Bieberstein, 1978, p. 16).

3. Specifičnost ranog nemačkog zakonodavnog pristupa: poseban zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja

Razvoj nemačkog pozitivnopravnog pristupa prema opštim uslovima poslovanja kretao se od posebnog zakona do njegovog ukidanja i suštinskog uvođenja odredaba tog zakona u već postojeći građanski zakonik. Sažeto, moglo bi se reći da je došlo do promene mesta u sistematizaciji građanskopravnih normi i to na način: od posebnog dela do opšteg, ali da su pritom suštinski pravni mehanizmi nemačkog nacionalnog pristupa očuvani.

⁵ Vid. Neumayer, 2008, p. 26.

Pravnodogmatska specifičnost razvoja nemačkog prava opštih uslova poslovanja ogleda se i u činjenici da je u SR Nemačkoj bio donet i primenjivao se poseban zakon o opštim uslovima poslovanja. Zvaničan naziv ovog zakona je *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, premda se u nemačkoj literaturi najčešće skraćeno obeležava kao AGB-Gesetz.⁶ Zapadnonemački Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja donet je 9. decembra 1976. godine, s tim da se primenjivao kao pozitivno pravo počev od 1. aprila 1977. godine, pa sve do 1. januara 2002. godine. Razlog prestanka važenja ovog zakona je u činjenici da je došlo do izmena i dopuna BGB-a koji je uključio u sebe i odredbe o opštim uslovima poslovanja.

Bieberstein (1978, pp. 13–24) ističe da je odlika donošenja navedenog zapadnonemačkog zakona u tome što predstavlja kapitalnu promenu u načinu regulisanja materije opštih uslova poslovanja. Ta promena se očituje u činjenici da su pre donošenja tog zakona sudovi vršili kontrolu korišćenja i sadržine opštih uslova poslovanja, pri čemu su postojale jedino zabrane određenih odredaba u vezi sa nekim poslovima, dok donošenje navedenog zakona predstavlja celovitu regulativu date materije, koja je pritom prvi put učinjena na takav opšti način.

Zapadnonemački Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja sadržao je 30 paragrafa koji su sistematizovani u okviru pet odeljaka. Taj zakon sadrži najpre materijalno-pravne odredbe, koje započinju definicijom kojom se opšti uslovi poslovanja određuju kao unapred formulisani uslovi ugovora za veći broj ugovora koje jedna ugovorna strana (korisnik) postavlja drugoj ugovornoj strani pri zaključenju ugovora. Svejedno je da li odredbe sačinjavaju posebno izdvojeni sastavni deo ugovora ili su unete u sam tekst ugovora, koliki im je obim, u kojoj vrsti pisma su redigovane i kakvu formu ima ugovor.⁷ Kao i ovu definiciju, koja se suštinski održala i u aktuelnoj verziji BGB-a, nemačko zakonodavstvo i pravnu teoriju karakteriše i opredeljenje za upotrebu termina korisnik kojim se označava subjekt koji primenjuje opšte uslove poslovanja prilikom zaključivanja ugovora, pri čemu nije od značaja da li je korisnik (primenjivač) samostalno pripremio sopstvene opšte uslove poslovanja ili koristi i primenjuje opšte uslove poslovanja koje je formulisao neki drugi subjekt.

Pravna pitanja koja je taj zakon uredio još 1976. godine i danas su aktuelna i predmet su zakonskog uređenja i u drugim državama. To su pitanja unošenja u ugovor neočekivanih klauzula, primata posebnih pogodbi, nejasnih odredaba i njihovog tumačenja, pravnih posledica u slučaju neunošenja u ugovor i nevažnosti, zabrane zaobilaženja, granica kontrole sadržine, generalne klauzule, zabrane klauzula sa mogućnošću cenjenja (procene) i zabrane klauzula bez mogućnosti cenjenja (procene).

Iako se u savremenoj terminologiji nešto drugačije naslovljavaju ili imenuju, navedena pitanja su i danas, nakon 45 godina od donošenja tog zakona, veoma aktuelna. Rešenja koja taj zakon sadrži su uticala ne samo na razvoj prava u određenim nacionalnim državama već pre svega i na pravce razvoja osnova potrošačkog prava Evropske unije, kao

⁶ U prevodu na srpski jezik to je Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja. Tekst ovog zakona je na naš jezik preveo Vrleta Krulj, a prevod je u celini objavljen 1978. godine u naučnom časopisu Instituta za uporedno pravo *Strani pravni život* (Krulj, 1978, pp. 25–37).

⁷ Opšti uslovi poslovanja ne uzimaju se u obzir ako su se ugovorne strane o pojedinostima dogovorile u uslovima ugovora. Vid. § 1 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja (prevod Krulj, 1978, p. 25).

nadnacionalne organizacije. Od nabrojanih naslova paragrafa iz prvog odeljka zakona (materijalno-pravne odredbe) treba posebno ukazati na rešenje o unošenju u ugovor, saglasno kome opšti uslovi poslovanja postaju sastavni deo ugovora samo ako je korisnik pri zaključenju ugovora (1) drugu ugovornu stranu izričito na njih uputio ili, ako je izričito upućivanje zbog načina zaključenja ugovora moguće samo uz nesrazmerne teškoće, kad ih je na lako uočljiv način izložio na mestu zaključenja ugovora i (2) ako je drugoj ugovornoj strani omogućio da se, na način koji se opravdano može zahtevati, upozna sa njihovom sadržinom, i ako je druga ugovorna strana saglasna da oni budu primenjeni.⁸ Pažnje vredno rešenje odnosi se i na neočekivane klauzule jer, saglasno ovom zakonu, odredbe opštih uslova poslovanja koje su prema okolnostima, a naročito prema spoljnjem izgledu ugovora tako neuobičajene da ugovorni partner korisnika o njima ne mora voditi računa ne postaju sastavni deo ugovora.⁹

Ovaj jedinstven zakon koji uređuje materiju opštih uslova poslovanja sadrži i dva zakonska pravila koja su danas nesporna i opšteprihvaćena kako u pravnoj teoriji, tako i u zakonodavstvu. Jedno karakteristično pravilo, sadržano u § 4, propisuje da posebne pogodbe u ugovoru imaju primat u odnosu na opšte uslove, a drugo je pravilo tumačenja *contra proferentem* koje se odnosi na nejasne odredbe (§ 5). Pravne posledice u slučaju neunošenja u ugovor i nevažnosti bile su ovim zakonom izričito uređene na način koji je uobičajen u ugovornom pravu. Tačnije, ako opšti uslovi poslovanja u celini ili delimično nisu postali sastavni deo ugovora ili su nevažeći, ugovor će važiti u ostalom delu. Ako odredbe opštih uslova nisu postale sastavni deo ugovora ili su nevažeće, sadržina ugovora se određuje na osnovu zakonskih propisa.¹⁰ Nemački zakonodavac je posebnom odredbom eksplicitno propisao zabranu izigravanja (ili zaobilazjenja) tako što je u § 7 normirao da će se ovaj zakon primenjivati i onda kada se pravila koja sadrži zaobilaze (ili izigravaju) drugim aktima. Navedeno je značajno jer su u današnje vreme takve odredbe postale standard potrošačkog prava i neizostavno su sadržane u zakonima kojima se reguliše zaštita potrošača.¹¹

Odlika Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja jeste opšta, tj. generalna klauzula u § 9 koji propisuje da su odredbe opštih uslova poslovanja nevažeće kada ugovornom partneru, suprotno načelu savesnosti, nanose preteranu štetu. Saglasno ovom zakonu, šteta se u sumnji smatra preteranom kad se neka odredba ne može ugovoriti jer

⁸ Ugovorne strane mogu unapred da se dogovore da za određenu vrstu pravnih poslova važe određeni opšti uslovi poslovanja vodeći računa o zahtevima navedenim u stavu 1. Vid. § 2 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja (prevod Krulj, 1978, p. 26).

⁹ § 3 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja.

¹⁰ Uz gorenavedena dva stava, § 6 predmetnog zakona sadržao je i treći stav, kojim se propisuje da ugovor neće biti važeći ukoliko bi izvršavanje takvog ugovora do koga dolazi na osnovu zakonske promene iz gorenavedenog stava 2 ovog paragrafa za jednu od strana ugovornica predstavljalo takvu teškoću da ne bi bilo pravedno zahtevati od nje da je snosi.

¹¹ Tako, na primer, i srpski važeći Zakon o zaštiti potrošača sadrži odredbu saglasno kojoj se ovaj zakon primenjuje i na ugovore koji za cilj ili posledicu imaju izigravanje primene njegovih odredaba. Vid. čl. 3, st. 5 Zakona o zaštiti potrošača. Uz navedeno, naš citirani zakon u istom članu (čl. 3, st. 2) propisuje i ništavost odredaba ugovora koje direktno ili indirektno uskraćuju ili ograničavaju prava potrošača koja proizilaze iz ovog zakona (pri čemu ništavost pojedine odredbe ugovora, iz navedenog razloga, ne podrazumeva ništavost celog ugovora ako ugovor može da proizvede pravno dejstvo bez te odredbe).

se njom odstupa od bitnih principa zakonskog regulisanja ili se njom suštinska prava ili obaveze koje proizilaze iz prirode ugovora tako ograničavaju da je ugroženo postizanje cilja ugovora.¹² Opredeljenje nemačkog zakonodavca da za polazni kriterijum generalne klauzule odabere *bona fides* nije iznenađenje, jer je vezivanje za načelo savesnosti i poštenja (i inače) jedna od karakteristika nemačke civilistike, u kojoj se savesnost sreće kao konstituens, odnosno osnova i mnogih drugih građanskopravnih instituta.¹³

Osim navedene opšte odredbe o nepoštenim klauzulama, specifičnost ovog zakona ogleda se i u tome što sadrži i dve liste¹⁴ u kojima su popisane „nevažeće“ odredbe opštih uslova poslovanja, a koje bismo savremenom pravničkom terminologijom naslovili kao nepoštene odredbe. Upravo ove odredbe, koje je nemački zakonodavac Zakonom o uređenju prava opštih uslova poslovanja normirao kao nevažeće, danas prepoznajemo pod pojmom nepoštene ugovorne odredbe. Kada bismo nemački zakon o opštim uslovima poslovanja komentarisali današnjom prepoznatljivom terminologijom, onda bismo za § 10 tog zakona mogli reći da predstavlja „sivu“ listu. Taj paragraf je u vreme izrade nemačkog zakona naslovljen Zabrana klauzula sa mogućnošću cenjenja (procene), što znači da je to lista suspektnih odredaba, čija se punovažnost, odnosno ništavost ceni prema okolnostima slučaja. S druge strane, § 11 nemačkog zakona, koji je tada naslovljen Zabrana klauzula bez mogućnosti cenjenja (procene), danas¹⁵ bismo smatrali tzv. „crnom“ listom, tj. spiskom odredaba koje se uvek smatraju nepravičnim, pa time zabranjenim, odnosno ništavim.

Koliziono pravo je naslov drugog odeljka zakona, a taj odeljak sadrži paragraf (§ 12) koji rešava pitanje međudržavnog područja važenja, odnosno sukoba zakona.¹⁶ Treći deo zakona naslovljen je Postupak, a on sadrži detaljne odredbe o zahtevu za uzdržavanje i opozivanje,¹⁷ nadležnosti, postupku, saslušanju, dispozitivu presude, ovlašćenju za objavljivanje, prigovoru na odluku o zabrani, registru,¹⁸ dejstvima presude i vrednosti spora. Kada je reč o postupku, čini se zanimljivim ukazati na rešenje koje je u vezi sa dispozitivom

¹² § 9 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja. Vid. Krulj, 1978, p. 27.

¹³ Kao, primera radi, kod tzv. zloupotrebe prava, kod naknade štete zbog povrede ugovora itd.

¹⁴ Zakon sadrži i odredbu o granicama kontrole, saglasno kojoj se paragrafi § 9–11 odnose samo na one odredbe opštih uslova poslovanja kojima se stipulišu pravila koja odstupaju od pravnih propisa ili ih dopunjuju.

¹⁵ Aktuelni srpski Zakon o zaštiti potrošača pomenute dve liste odredaba imenuje kao: ugovorne odredbe koje se smatraju nepravičnim ugovornim odredbama bez obzira na okolnosti pojedinačnog slučaja (čl. 44) i ugovorne odredbe za koje se pretpostavlja da su nepravične ugovorne odredbe ako se ne dokaže drugačije (čl. 45 Zakona o zaštiti potrošača).

¹⁶ Ova odredba može biti zanimljiva onima koji se bave međunarodnim privatnim pravom, a sadrži dve situacije u kojima se odredbe navedenog zakona uzimaju u obzir (kada ugovor podleže inostranom pravu ili pravu (tadašnje) Nemačke Demokratske Republike). Prva je ako je ugovor zaključen na osnovu javne ponude, javnog nadmetanja ili slične poslovne delatnosti korisnika koja se sprovodi u domenu primene ovog zakona. Druga situacija jeste kada druga ugovorna strana daje svoju izjavu koja je upravljena na zaključenje ugovora, pri čemu ima domicil (našom terminologijom prebivalište) ili stalno boravište na području primene ovog zakona.

¹⁷ Saglasno § 13, st. 4 Zakona, zahtevi za uzdržavanje i opozivanje zastaveju u roku od dve godine od dana kada je lice koje je ovlašćeno da istakne ovakav zahtev saznalo za primenu ili preporuku nevažećih (nepunovažnih) opštih uslova poslovanja (subjektivni rok), a u svakom slučaju (bez obzira na saznanje) u roku od četiri godine od dana primene ili preporuke (objektivni rok).

¹⁸ Ovde se pod pojmom registar imao u vidu registar koji je vodio državni organ nadležan za karte. Naime, § 20 Zakona sadržao je pravila prema kojima sud po službenoj dužnosti obaveštava Savezni ured za karte o tužbama koje su podnete prema § 13 (zahtev za uzdržavanje i opozivanje) ili prema § 19 (prigovor na odluku

presude o spornim odredbama opštih uslova poslovanja nemački zakonodavac utemeljio još 1976. godine. To rešenje podrazumeva da ako sud oceni tužbu kao osnovanu, dispozitiv presude sadrži i: (1) tekst osporenih odredaba opštih uslova poslovanja; (2) naznačenje vrste pravnih poslova na koje odredbe opštih uslova poslovanja na kojima se zasniva zahtev za uzdržavanje nisu smele biti primenjene; (3) naredbu da se uzdrži od primene odredaba koje su po sadržaju iste kao odredbe opštih uslova poslovanja; (4) u slučaju osude na opozivanje, naredbu da se presuda objavi na isti način kao što je učinjeno sa preporukom.¹⁹

Područje primene je predmet uređenja četvrtog odeljka zakona. S tim u vezi treba posebno naglasiti da u okviru niza odredaba o stvarnom području primene, ovaj zakon sadrži eksplicitnu odredbu (§ 23, st. 1) prema kojoj se on (u celini) ne primenjuje na ugovore iz oblasti radnog, naslednog, porodičnog prava i prava trgovačkih društava. Uz to, isti paragraf u st. 2–3 određuje vrste ugovora na koje se ne primenjuju pojedine odredbe ovog zakona.²⁰ Poslednji (peti) odeljak zakona sadrži prelazne i završne odredbe u okviru kojih su dva paragrafa kojima se menjaju i dopunjuju Građanski zakonik²¹ i Zakon o upravljanju energijom.²²

4. Uticaj nemačke pravne teorije i zakonodavstva na druge nacionalne sisteme germanskog govornog područja i podsticaji za oblikovanje potrošačkog prava Evropske unije

Specifičnost u odnosu na ostale posebne zakone, koji su u vezi sa materijom srodnom opštim uslovima poslovanja, donošene u drugim državama u vreme kada je donet zapadnonemački zakon o opštim uslovima poslovanja, jeste da je ovo prvi i jedini zakon koji je i naslovom i dosledno sadržinom sistemski uredio pitanje opštih uslova poslovanja. U

o zabrani) i o presudama koje su u postupku prema jednom od ova dva paragrafa donete, i to čim postanu pravosnažne. Navedeni organ nadležan za karteje o obaveštenjima koja je primio od suda vodi registar, a upis u registar se briše posle 20 godina od kraja godine u kojoj je izvršen upis u registar, tako što se upisuje primedba (zabeleška) o brisanju. Citirani paragraf je sadržao i pravilo po kome se, na osnovu zahteva, svakome mora dati obaveštenje o izvršenom upisu koje sadrži podatke, pri čemu se oni razlikuju u zavisnosti od toga da li je podneta tužba ili je doneta presuda. Za tužbe su podaci sledeći: tužena strana, sud pred kojim se vodi spor, sa brojem predmeta i tužbeni zahtev, dok su za presude podaci: osuđena stranka, naziv suda koji je doneo odluku, sa brojem predmeta i dispozitiv odluke. Vid. Krulj, 1978, p. 33.

¹⁹ § 17 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja. Naredni paragraf propisuje ovlašćenje za objavljivanje u smislu da se, ako je tužba prihvaćena, tužilac može, na njegov zahtev, ovlastiti da objavi dispozitiv presude sa označenjem osuđenog korisnika ili preporučioca o trošku tuženog u službenom glasilu, a preko toga na sopstveni trošak (s tim da sud može ovlašćenje vremenski ograničiti). Za prevod vid. Krulj, 1978, p. 33.

²⁰ Naredni § 24 uređuje radnje primene u pogledu lica na koja se primenjuje ovaj zakon.

²¹ Dopuna Građanskog zakonika odnosi se na unošenje § 476 kojim je uneta odredba: Ako je, umesto prava kupca na raskid ugovora ili na smanjenje cene, ugovoreno pravo na popravku, prodavac koji se obavezao da izvrši popravku mora da snosi i troškove potrebne za popravku, a naročito troškove prevoza, putne troškove, troškove za rad i materijal. Ovo ne važi ako su se troškovi povećali pošto je kupljena stvar posle isporuke prenet na drugo mesto van domicila ili poslovnog preduzeća primaoca, osim ako prenošenje odgovara svrsishodnoj upotrebi stvari. Vid. Krulj, 1978, p. 36.

²² Uz to i odredbe o ovlašćenju za donošenje uredaba, prelazne odredbe, Berlinska klauzula i odredba o stupanju na snagu.

drugim državama u kojima su u to vreme donošeni posebni zakoni, nacionalni zakonodavac je pažnju usmerio na standardne, jednoobrazne ugovore ili nekorektne ugovorne odredbe. U tom smislu reč je o dva zakona iz Izraela i Švedske. U Izraelu je, istorijski posmatrano, donet prvi poseban zakon, ali je on bio suštinski usmeren na tipske ugovore, a ne na opšte uslove poslovanja. Reč je o Zakonu o standardnim (jednoobraznim) ugovorima, donetom 1964. godine. Hronološki posmatrano, pri istraživanju geneze donošenja ovakvih posebnih zakona koji imaju određeni značaj za opšte uslove poslovanja, iako nemaju takav termin u svom naslovu, nakon Izraela, a pre Nemačke treba navesti Švedsku, u kojoj je 1971. godine donet Zakon o zabrani nekorektnih ugovornih klauzula. Prevod oba navedena zakona na srpski jezik objavio je Institut za uporedno pravo.²³

Nemački Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja je u svetu osoben po tome što je to prvi zakon kojim je celovito uređena materija opštih uslova poslovanja. Pri ovakvom stanju stvari treba pojasniti da to ne znači da su norme ovog posebnog zakona u isto vreme i prve pravne norme u svetu o opštim uslovima, jer pravna dogmatika uobičajeno ističe Građanski zakonik Italije kao prvi u svetu koji je na nivou građanske kodifikacije sadržao i odredbe o opštim uslovima, pri čemu se ističe da su se odredbe o njima (i to konkretno čl. 1341, 1342 i 1370 GZ) našle još u prvoj izvornoj verziji *Il Codice Civile Italiano* od 1942. godine. Ovakvo stanje u Italiji nije izuzetak, jer i kasnije u većini država nisu donošeni posebni zakoni o opštim uslovima poslovanja, već su odredbe o njima unošene u građanske kodifikacije ili u zakone kojima se uređuju obligacioni odnosi.

Zanimljivim se čini osvetliti još jedan, možda i nedovoljno poznat, aspekt ovog nemačkog zakona, a to je odnos između njega kao nacionalnog propisa i jedne od najznačajnijih direktiva za razvoj potrošačkog prava Evropske unije, koja je doneta 1993. godine. Naime, za evropskog zakonodavca problem opštih uslova poslovanja postaje interesantan već vrlo rano (početkom sedamdesetih godina prošlog veka) jer se uvidelo da je usklađeno regulisanje opštih uslova poslovanja za potrošačke ugovore nužan preduslov slobodnom kretanju roba i usluga, odnosno potrošača i trgovaca na jedinstvenom evropskom tržištu (Petrić, 2011, p. 57). U tom cilju je otpočeo rad na direktivi koja bi harmonizovala ovu materiju, jer je procenjeno da su rešenja koja su usvojena u nacionalnim pravima međusobno značajno različita.

Nemački zakon o opštim uslovima poslovanja iz 1976. godine predstavlja osnovu²⁴ za neka od rešenja koja je kasnije sadržala Direktiva 93/13/EEZ. Kada se upoređi sadržina ovog zakona i sadržina Direktive 93/13/EEZ, kojom se intenzivira razvoj evropskog prava potrošača, može se uočiti da je Direktiva o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima inspirisana rešenjima iz ovde razmatranog posebnog nemačkog zakona. Imajući u vidu dalji značaj ove direktive ne samo za razvoj potrošačkog prava Evropske unije već i njen snažan uticaj na nacionalna zakonodavstva prilikom transponovanja njenih rešenja u zakone država koje su danas države članice EU, ali i na zakonodavstva drugih zemalja, može se

²³ Prevod sa italijanskog na srpski jezik izraelskog Zakona o jednoobraznim ugovorima od 1964. godine objavljen je u časopisu *Strani pravni život* (Krulj, 1970, pp. 19-23). Prevod sa engleskog na srpski jezik švedskog Zakona o zabrani nekorektnih ugovornih klauzula od 1971. godine, objavljen je u časopisu *Strani pravni život* (Vilus, 1977, pp. 25-26).

²⁴ Vid. Vodinelić, 2014, p. 118.

zaključiti da su na opisani način nemačko pravo opštih uslova poslovanja i naročito nemački zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja izvršili određeni uticaj na oblikovanje potrošačkog prava Evropske unije i da imaju značajno mesto u njegovom razvoju.

Sa aspekta pravne dogmatike, danas deluje nesporan istaknuti uticaj nemačkog zakona na razvoj potrošačkog prava Evropske unije i stvaranje pravila ove nadnacionalne evropske organizacije, ali se može postaviti i pitanje uticaja pravnoteorijskih nemačkih razmatranja na tadašnji razvoj u drugim državama nemačkog govornog područja. U oblasti opštih uslova poslovanja, uticaj nemačkog prava i pravnoteorijskih rasprava koje su vođene u Nemačkoj na druge dve značajne pravne kulture u kojima se koristi nemački jezik nije bio dominantan da dovede do identičnog razvoja, već su i Austrija i Švajcarska imale sopstveni razvoj.

Kada je reč o Austriji, tadašnja dominacija nemačkog razumevanja opštih uslova poslovanja kao propisa, odnosno njihove normativne pravne prirode, nije se automatski prelila na austrijsko razumevanje ovog izvora prava. Opšti uslovi poslovanja su u Austriji izazivali interesovanje u okviru niza pitanja koja se razmatraju u vezi sa zaključenjem ugovora, te nije bilo značajnih odstupanja od opredeljenja da je mesto opštih uslova poslovanja u okvirima građanskog, odnosno ugovornog prava. Najpoznatiji zastupnik ugovorne teorije u austrijskom pravu bio je Ehrenzweig,²⁵ koji je isticao da šabloni izrađeni od jedne ugovorne strane, po pravilu ekonomski jače, ne predstavljaju samo ponudu za buduće ugovore koji bi imali da se zaključe, ali ne predstavljaju ni objektivno pravo (Vilus, 1976, p. 122). Kada je reč o pozitivnom pravu Austrije, situacija je slična. Austrijski građanski zakon iz 1811. godine je promenjen 1979. godine, a izmene i dopune su, između ostalog, obuhvatile i odredbu koja se odnosi na opšte uslove poslovanja, mada je ona šira i uopštenija, jer se odnosi i na druge izvore formularnog prava, a ne samo na opšte uslove poslovanja. Konkretnije, uneta je generalna klauzula saglasno kojoj neuobičajene klauzule sadržane u formularnim ugovorima (ugovornim obrascima, tipskim ugovorima, opštim uslovima poslovanja) neće postati deo ugovora ukoliko drugu ugovornu stranu (u odnosu na onu koja ih koristi) dovode u nepovoljniji položaj i ukoliko ta druga ugovorna strana, kada se sagledaju sve okolnosti slučaja, a naročito spoljašnji izgled formularnog ugovora, nije mogla da očekuje takve klauzule (dakle one su za nju iznenađujuće), osim ako je na njih izričito pristala.²⁶ Ova odredba § 864a i danas važi u neizmenjenom obliku više od 40 godina, te je sadržana i u aktuelnoj verziji Građanskog zakonika Austrije.²⁷ Kada se sagleda stav pravne teorije i zakonodavca Austrije, može se uočiti da je reč o konzistentnom stavu koji je usklađen sa osnovnim principom ugovornog (i šire privatnog) prava, a to je autonomija volje, odnosno sloboda ugovaranja, od koje se polazi i pri proceni punovažnosti opštih uslova poslovanja.²⁸

²⁵ Poznat po svom delu: Ehrenzweig, K. P, 1928, *System des österreichischen allgemeinen Privatrecht*, Wien.

²⁶ § 864a austrijskog Građanskog zakonika (vid. Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, ausgegeben am 30. März 1979, p. 782).

²⁷ Vid. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch).

²⁸ Vid. Lando & Beale, 2005, pp. 99, 151.

Kada se pođe od činjenice da u Švajcarskoj oko 60% stanovništva govori nemački jezik,²⁹ koji ima i status jednog od četiri zvanična jezika koji se koriste i u formalnoj korespondenciji, moglo bi se reći da stanje pravne teorije možda i iznenađuje jednako kao i u Austriji. To znači da stavovi nemačkih teoretičara o opštim uslovima poslovanja nisu postali preovlađujući ni u švajcarskoj pravnoj teoriji, u kojoj dominira stanovište o ugovornoj pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja. Iako je danas nesporna ugovorna priroda, pojedini švajcarski autori su u ranijem periodu kao posebnu vrstu izdvajali opšte uslove poslovanja osiguravajućih društava i banaka. Za opšte uslove poslovanja tih subjekata čak se navodilo da predstavljaju zakone bez zakonodavca (Neumayer, 2008, p. 27).

U neposrednom okruženju Nemačke, treba posebno istaći početke razvoja opštih uslova poslovanja u susednoj Holandiji. Holandski pravници su i rano i produbljeno analizirali i raspravljali pitanje opštih uslova poslovanja, tj. njihove pravne prirode. To interesovanje i intenzitet bavljenja ipak nisu nadmašili rasprave koje su vođene u tadašnjoj nemačkoj pravnoj teoriji, ali Holandija privlači pažnju iz drugog razloga, a to je jedna doktorska disertacija odbranjena 1913. godine u Amsterdamu koja je privukla pažnju pravničke struke. Razlog leži u tome što je njen autor Jansma identifikovao i ukazao na pravna pitanja koja se otvaraju u vezi sa opštim uslovima poslovanja³⁰ i zaključenjem ugovora uz njihovu primenu (Neumayer, 2008, p. 30).

5. Savremeno noveliranje nemačkog Građanskog zakonika u delu koji se odnosi na opšte uslove poslovanja

Nemački Građanski zakonik, odnosno u originalu *Bürgerliches Gesetzbuch*³¹ sa prepoznatljivom skraćenicom BGB, izmenjen je, odnosno noverilan, u okviru modernizacije obligacionog prava 2002. godine. Kada bi se analizirao samo hronološki tok (bez analize sadržaja razmatranog posebnog nemačkog zakona), mogao bi se steći utisak da je reforma bila podstaknuta između ostalog i potrebom da se izvrši implementacija pravila Direktive 93/13 EEZ o nepravедnim odredbama potrošačkih ugovora.³² Iako bi na prvi pogled moglo da izgleda da je Nemačka izmenama Građanskog zakonika, tj. aktuelnim paragrafima § 305–310 preuzela pravila Direktive 93/13, kada se uporedi sadržina ranijeg nemačkog

²⁹ Prema podacima objavljenim 19. jula 2021. godine, 63% stanovništva Švajcarske govori nemački jezik. Vid. *What Languages Do They Speak in Switzerland?*

³⁰ Holandsko pravo, kao i većina drugih nacionalnih prava, ne fokusira se posebno samo na opšte uslove poslovanja, već zajedno na različite oblike i varijante formularnih ugovora, koje, usled francuskog uticaja, neretko naziva adhezioni ugovori. Zato i ne čudi da se ovi ugovori razmatraju u okviru ugovornog prava. Vid. Neumayer, 2008, p. 31.

³¹ Tekst važećeg BGB-a dostupan je na: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

³² Treba napomenuti da, suprotno karakteristici nemačkog prava u kome su tokom razvoja, a naročito pravnoteorijski, opšti uslovi poslovanja dovođeni u vezu i sa radnim pravom, odnosno kolektivnim ugovorima, u Preambuli Direktive 93/13 (tačka 10) izričito se navodi da se njena pravila, između ostalog, ne primenjuju na ugovore o zapošljavanju, što ne iznenađuje jer je ona usmerena na potrošačke ugovore, dok opšti uslovi poslovanja, osim što su predmet interesovanja potrošačkog prava, predstavljaju važan izvor prava u mnogim granama prava, tj. imaju širu primenu.

Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja i Građanskog zakonika Nemačke nakon noveliranja, može se uočiti da su pravna rešenja suštinski bitno slična, s tim da su odredbe drugačije sistematizovane, tako što su pojedine odredbe koje su u ranije važećem zapadnonemačkom zakonu predstavljale odvojene paragrafe sada povezane i organizovane u nešto manji broj paragrafa. Tako, na primer, § 305 (uključujući i § 305a, § 305b i § 305c) BGB-a sadrži definiciju opštih uslova poslovanja i sa tim povezano pitanje unošenja u ugovor, kao i pravila o primatu posebnih pogodbi, neočekivanim odredbama, tumačenju nejasnih odredaba, dok su ova pitanja u ranije važećem zakonu bila uređena u pet paragrafa (§ 1–5) ali u njima, osim nomotehničkih i jezičkih usklađivanja, nema suštinski značajnih razlika, već je reč o eventualno neznatno drugačijoj stilizaciji rešenja pravnih problema koja su već postavljena Zakonom o uređenju prava opštih uslova poslovanja. U tom smislu, § 306 Građanskog zakonika Nemačke aktuelno sadrži tri pravila koja imaju tri pravno identična rešenja koja su postojala u § 6 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja, a koja se odnose na pravne posledice u slučaju neunošenja u ugovor i nevažnosti.

Generalna klauzula, kao prepoznatljiva osnova nemačke kontrole, sadržana ranije u § 9 Zakona, sada je formulisana u okviru § 307 BGB-a. Kada se ranije citirani prevod tog člana Zakona na srpski jezik uporedi sa pozitivnopravnim rešenjem § 307 BGB-a, moglo bi se reći da umesto termina preterana šteta možemo kao adekvatan koristiti i termin neprimereno škođenje, kao i da se u sadašnjem § 307 BGB-a uočava i odredba da neprimereno škođenje može da proistekne i otuda što su odredbe nejasne i nerazumljive.³³

Kao što u razmatranom nemačkom zakonu, nakon generalne klauzule slede dva člana sa zabranjenim klauzulama, tako i važeći Građanski zakonik Nemačke sadrži istu materiju i isti raspored. Raniji § 10 Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja sada je § 308 Građanskog zakonika Nemačke. Naslov ovog člana je u citiranom prevodu zakona preveden kao zabrana klauzula sa mogućnošću cenjenja, a pravila tog člana se u stvari odnose na odredbe opštih uslova poslovanja koje sadrže neodređene pravne pojmove (tzv. siva lista). § 11 nekada važećeg Zakona sada je § 309 Građanskog zakonika Nemačke. Reč je o odredbama (opštih uslova poslovanja) bez neodređenih pravnih pojmova koje su zabranjene, a što je u navedenom prevodu zakona naslovljeno kao zabrana klauzula bez mogućnosti cenjenja³⁴ (tzv. crna lista).

Kada se sagledaju navedene promene izvora prava koji uređuju opšte uslove poslovanja, a do čega je došlo u okviru modernizacije nemačkog obligacionog prava, može se reći da je u delu koji se odnosi na opšte uslove poslovanja nemački zakonodavac očuvao sopstvenu pravnu tradiciju i pravna rešenja prethodno važećeg posebnog zakona.

³³ U originalu BGB-a: *Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.*

³⁴ Vid. Krulj, 1978, pp. 28-31.

6. Zaključak

Ne samo što je nemačka pravna teorija svojim istraživanjima i razmatranjima o pravnoj prirodi opštih uslova poslovanja izvršila određeni uticaj na razvoj pravne nauke u drugim državama po ovom pitanju već je uticaj očigledan i sa aspekta pravne dogmatike, odnosno pravnih normi koje je formulisao nemački zakonodavac. Naime, mnoga pravna rešenja koja su uvedena zapadnonemačkim zakonom o pravu opštih uslova poslovanja su i danas, nakon 45 godina od donošenja, veoma aktuelna i deo su pozitivnog prava iako sam zakon više nije na snazi, ali su njegova rešenja uneta u važeće izvore građanskog prava. Taj zakon je ne samo uticao na razvoj drugih nacionalnih prava već je u značajnoj meri uticao i na razvoj potrošačkog prava na nivou Evropske unije, tako što su njegove odredbe korišćene u pripremi teksta jedne od najznačajnijih direktiva u toj oblasti.

U pogledu sistematizacijskog mesta pozitivnopravnih pravila o opštim uslovima poslovanja, pravnodogmatski razvoj Nemačke karakteriše pravac od posebnog ka opštem. Naime, Nemačka je najpre imala poseban zakon kojim je pravno uredila različita pitanja opštih uslova poslovanja, a potom je, u okviru reforme obligacionog prava 2002. godine odredbe tog zakona unela u građanskopravnu kodifikaciju.

Pozitivnopravna definicija opštih uslova poslovanja iz nemačkog zakona danas je uobičajena i njeni bitni elementi su se održali i sadržani su u raznim zakonima i zakonicima drugih država. Iako su i u drugim državama stvarani pojmovi o raznim ugovornim obrascima koji se zajedno mogu označiti kao izvori formularnog prava, pravnoteorijsko izgrađivanje pojma opštih uslova poslovanja (kao specifičnog izvora) vezuje se za Nemačku.

Kao i u svakom pravnom sistemu, faktička delotvornost pravne regulative se ne meri samo po sadržini i kvalitetu pravnih normi koje je donela zakonodavna vlast već i na osnovu postupanja sudske grane vlasti koja treba da obezbedi efikasnu pravnu zaštitu ne samo onoga što je zapisano već da spreči i izigravanje suštine i cilja. Upravo primer razvoja nemačkog prava opštih uslova poslovanja pokazuje kako su i stavovi pravne teorije uticali da se dođe do odličnog zakonskog rešenja, koje suštinski i danas važi, bez obzira na to što je iz posebnog zakona uneto u građanski zakonik, jer je to prevashodno pitanje sistematike. Nemačko iskustvo izneto u ovom radu može nam ukazati koliko je važno da se pri definisanju zakonodavnog okvira imaju u vidu kako sudska praksa i problemi sa kojima se sudska vlast suočila, tako i argumentacija koja se iznosi u radovima i raspravama pravnih teoretičara. Dodatno, kako pojedine odredbe zakona ne bi ostale samo slovo na papiru, može se i pohvaliti izričito rešenje koje je sadržao analizirani nemački zakon o opštim uslovima poslovanja a koje se odnosi na zabranu izigravanja, odnosno zabranu zaobilaženja putem drugih akata.

Kada se sistemski sagleda aktuelno pozitivnopravno zakonodavstvo Nemačke o opštim uslovima poslovanja, može se istaći da je njegova odlika sistem kontrole na više nivoa. Najpre, saglasno zakonskom pojmovnom određenju šta su opšti uslovi poslovanja, prvi stepen kontrole predstavlja kontrola punovažnog uključenja (inkorporacije) opštih uslova u ugovor. Ako su opšti uslovi poslovanja uspešno prošli pravno preispitivanje spram navedenog pitanja (prvi filter), otvara se naredno pitanje, a to je kontrola njihove sadržine. Sadržinska kontrola je kombinovanog tipa jer se sastoji od dva različita mehanizma. Jedan

mehanizam predstavljaju dva spiska ugovornih odredaba od kojih su neke automatski nevažeće (zabranjene), a druge podrazumevaju ocenu u zavisnosti od okolnosti slučaja. Drugi mehanizam jeste generalna klauzula koja je vezana za zlatno pravilo savesnosti i poštenja, što omogućava da, iako je neka ugovorna odredba prošla test dve liste odredaba (crne i sive liste), ona bude izuzeta od primene ako ne prođe test generalne klauzule. Navedeno pokazuje da nemačko pravo omogućava visok nivo zaštite kada su u pitanju opšti uslovi poslovanja i nepoštene ugovorne odredbe.

Literatura

- Großmann-Doerth, H. 2005. Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und Staatliches Recht. In: Blaurock, U., Goldschmidt, N. & Hollerbach, A. (eds), *Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft: Zum Gedenken an Hans Großmann-Doerth (1894-1944)*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hellwege, P. 2010. *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Krulj, V. 1970. Zakon o jednoobraznim ugovorima Izraela od 1964. godine (prevod sa italijanskog na srpski jezik). *Strani pravni život*, 68-69, pp. 19-23.
- Krulj, V. 1978. Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja - od 9. decembra 1976. godine. *Strani pravni život*, 100, pp. 25-37.
- Lando, O. & Beale, H. (ed.). 2005. *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, prepared by The Commission of European Contract Law. The Hague: Kluwer Law International.
- Neumayer, K. H. 2008. Contracting subject to Standard terms and conditions. In: Von Mehren, A. (ed), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII *Contracts in General*. Tübingen: Mohr Siebeck; Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Petrić, S. 2011. Institut općih uvjeta poslovanja u potrošačkom pravu Bosne i Hercegovine. *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse: zbornik radova devetog međunarodnog savetovanja*. Mostar: Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru i Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, pp. 51-74.
- Ranieri, F. 2009. *Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3. vollständig überarbeitete Auflage. Wien/New York: Springer.
- Vilus, J. 1976. *Opšti uslovi formularnih ugovora*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Vilus, J. 1977. Zakon o zabrani nekorektnih ugovornih klauzula Švedske od 1971. godine (prevod sa engleskog na srpski jezik). *Strani pravni život*, 97, pp. 25-26.
- Vodinelić, V. 2014. *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik
- Von Bieberstein, M. 1978. Novi zapadnonemački Zakon o regulisanju opštih uslova poslovanja. *Strani pravni život*, 100, pp. 13-24.
- Vukadinović, S. 2019. *Opšti uslovi poslovanja u obligacionom i međunarodnom trgovinskom pravu: pojam, zaključenje, tipične klauzule i kontrola*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu.

Vukadinović, S. 2020. Adhezioni ugovori u francuskom pravu. *Strani pravni život*, 64(1), pp. 5-15. doi: <https://doi.org/10.5937/spz64-25009>.

Internet izvori

What Languages Do They Speak in Switzerland?. Dostupno na: <https://www.educations.com/articles-and-advice/languages-spoken-in-switzerland-17884>.

Pravni izvori

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch). Dostupno na: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>.

Änderungen des ABGB, *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, ausgegeben am 30. März 1979. Dostupno na: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1979_140_0/1979_140_0.pdf.

Bürgerliches Gesetzbuch. Dostupno na: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31993L0013>.

Il Codice Civile Italiano. Dostupno na: http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm.

Italijanski građanski zakonik (preveo V. Radmilović, redakcija i predgovor R. Đurović). 1964. Beograd: Institut za uporedno pravo.

Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014, 6/2016 - dr. zakon i 44/2018 - dr. zakon.

Slobodan G. Vukadinović, PhD

Assistant Professor, Faculty of Law, Union University, Belgrade, Serbia

e-mail: *slobodan.vukadinovic@pravnofakultet.rs*

LEGAL-THEORETICAL CHARACTERISTICS AND LEGAL-DOGMATIC DEVELOPMENT OF GERMAN LAW OF GENERAL TERMS AND CONDITIONS

Summary

The aim of this paper is to explore the specifics of the German approach in resolving legal issues that are raised regarding general terms and conditions. Applying legal-dogmatic, comparative and legal-historical methods, the paper examines the characteristics and basic directions of development of German legal theory and legislation regarding general terms and conditions. The basics of understanding legal doctrine on the character and legal nature of general terms and conditions are laid out chronologically according to the time of creation and period of dominant influence. The paper highlights the extent to which the legal-theoretic and legal-dogmatic development of German law regarding general terms affected other German-speaking countries, primarily Austria and Switzerland. Legal-theoretic development in German law ranged from the strong dominance of normative theory to its strong critics that led to the empowerment of contractual theory. Normative legal development is characterized by the principle 'from a special law to the general part of the civil code'. The review of the relevant BGB paragraphs shows that when amending paragraphs of the BGB, the legal concept, which was shaped through German theory and legislation in a coherent whole and in a special law on regulating the general terms and conditions law, was preserved. The provisions of that law were essentially taken into the German Civil Code in 2002 as part of the reform of German contract law. This law not only affected the development of other national legal systems, but also had some impact on the development of consumer law at the European Union level. Namely, some of its provisions were used as the basis for one of the most important directives concerning unfair contractual provisions. The paper also points to the current mechanisms for controlling general terms and conditions through the control of the validity of inclusion (incorporation), the black and grey list of contractual provisions and the general clause.

Keywords: German law, German Civil Code, general terms and conditions, unfair contractual provisions, consumer.

Primljeno: 11. 9. 2021.

Izmenjeno: 27. 9. 2021.

Prihvaćeno: 25. 10. 2021.