

IZNENAĐUJUĆE KLAUZULE OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA U NEMAČKOM PRAVU SA OSVRTOM NA ZABRANU REAL MONEY TRADE U USLOVIMA KORIŠĆENJA WORLD OF WARCRAFT

Ječmenić Milan¹

Ivković Ratko²

Jovanović Marko³

Sažetak: Predmet pažnje autora u ovom članku je član 305c stav 1 Nemačkog građanskog zakonika koji sadrži pravilo o pravnom tretmanu tzv. iznenađujućih klauzula opštih uslova poslovanja. Naime, odredbe u opštima uslovima poslovanja koje su prema okolnostima, a naročito prema spoljnoj pojavnosti ugovora, toliko neuobičajene, da ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanje nije morao da računa na njihovo postojanje, ne postaju sastavni deo ugovora. Autor daje prikaz nastanka ove zakonske odredbe, zatim analizira kriterijume koji moraju biti ispunjeni u konkretnom slučaju da bi se jedna klauzula opštih uslova poslovanja smatrala iznenađujućom, razmatra pitanje raspodele tereta dokaza između korisnika opštih uslova poslovanja i njegovog ugovornog partnera, daje prikaz primene

¹ Univerzitet MB, Poslovni i pravni fakultet, Republika Srbija, Teodora Dražera 27, Beograd, milanjecmenic@yahoo.com, <https://orcid.org/0009-0003-6109-3490>

² Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu, Fakultet za ekonomiju i inženjerski menadžment, Republika Srbija, Cvećarska 2, Novi Sad, Univerzitet MB, Poslovni i pravni fakultet, Republika Srbija, Teodora Dražera 27, Beograd, ratko.ivkovic@pr.ac.rs, <https://orcid.org/0000-0002-6557-4553>

³ Univerzitet MB, Poslovni i pravni fakultet, Republika Srbija, Teodora Dražera 27, Beograd, markojovanovickg@yahoo.com

ovog pravila u sudskoj praksi i na samom kraju, umesto zaključka, analizira da li je zabrana Real Money Trade u Uslovima korišćenja World of Warcraft iznenađujuća klauzula opštih uslova poslovanja.

Ključne reči: *opšti uslovi poslovanja, iznenađujuće klauzule, objektivna neuobičajenost, subjektivna iznenađenost, Real Money Trade, zabrana.*

UVOD

Ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja prilikom zaključenja ugovora kao po pravilu paušalno pristaje na opšte uslove poslovanja (prihvata da opšti uslovi poslovanja postanu sastavni deo ugovora, a da se pre toga ne upozna sa sadržinom opštih uslova poslovanja iako mu je korisnik opštih uslova poslovanja omogućio da se upozna sa njihovom sadržinom), ali čak i kad bi ih čitao, često neće moći u potpunosti da shvati značenje i pravne posledice opštih uslova poslovanja, te je i to jedan od razloga paušalnog prihvatanja opštih uslova poslovanja. Ipak, ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja mora se smeti pouzdati u to, da opšti uslovi poslovanja na koje je on paušalno pristao, ne odstupaju suviše od uslova koji su za poslove dotične vrste uobičajeni i za njega zamislivi. Njegova paušalna saglasnost na opšte uslove poslovanja o kojima se nije individualno pregovaralo proteže se samo na one uslove sa kojima je on prema okolnostima, a naročito na osnovu spoljne pojavne slike ugovora mogao računati. On dakle polazi od toga, da, s obzirom na ugovorenu glavnu ugovornu obavezu, ili pak s obzirom na zaključeni tip ugovora, opšti uslovi poslovanja sadrže klauzule koje su u poslu uobičajene i normalne, i samo u tom obimu prihvata jednostrano uzurpiranje slobode određivanja sadržine ugovora od strane korisnika opštih uslova poslovanja (Looschelders, 2023).

Shodno rečenom, pojedine klauzule opštih uslova poslovanja, uprkos postignutoj saglasnosti stranaka da opšti uslovi poslovanja jedne strane budu uključeni u ugovor zaključen među njima, ne postaju sastavni deo ugovora, ako ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja prema celokupnim okolnostima sa jednom klauzulom u opštim uslovima poslovanja nije morao da računa. U tom se slučaju, tzv. pravno-poslovni princip konsenzusa koji važi takođe i za uključenje opštih uslova poslovanja u ugovor, ograničava iz razloga zaštite ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja, pri čemu su odlučujuće barijere za

uključenje ovih klauzula opštih uslova poslovanja u ugovor, najpre, njihova neuobičajenost s obzirom na zaključeni tip ugovora i, zatim, momenat iznenađenja na strani ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja koji je zasnovan upravo na neuobičajenosti klauzule (Schafer, 2022).

Prema članu 305c stav 1 Nemačkog građanskog zakonika (u daljem tekstu: NGZ), odredbe u opštim uslovima poslovanja koje su prema okolnostima, a naročito prema spoljnoj pojavnoj slici ugovora, toliko neuobičajene, da ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja sa njima nije morao računati, ne postaju sastavni deo ugovora (Član 305c stav 1 NGZ, *Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738) das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 16. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 240) geändert worden ist*). Dakle, iznenađujuće klauzule sadržane u opštim uslovima poslovanja korisnika, u slučaju paušalnog pristanka njegovog ugovornog partnera na opšte uslove poslovanja, ne postaju sastavni deo ugovora zaključenog između njih. Iznenađujuće su pak, one klauzule opštih uslova poslovanja sa kojima se, objektivno gledano, potkopava poverenje pravnog prometa u oblikovanje opštih uslova poslovanja u skladu sa njihovom funkcijom (Looschelders, 2023). Cilj pravila je da se korisnik opštih uslova poslovanja spreči, da, na teret neupućenog i neinformisanog ugovornog partnera, uključi u ugovor iznenađujuće klauzule, ili da se, ako ne to, bar zahteva od njega odgovarajuće informisanje ugovornog partnera, kako bi se ovaj na taj način zaštitio od iznenađenosti zbog neuobičajene sadržine opštih uslova poslovanja, te je pravilo očigledno manifestacija načela transparentnosti i štiti barem minimum poverenja u pošteni poslovni promet sa opštim uslovima poslovanja (Schafer, 2022).

Autor daje prikaz nastanka ove zakonske odredbe, zatim analizira kriterijume koji moraju biti ispunjeni u konkretnom slučaju da bi se jedna klauzula opštih uslova poslovanja smatrala iznenađujućom, razmatra pitanje raspodele tereta dokaza između korisnika opštih uslova poslovanja i njegovog ugovornog partnera, daje prikaz primene ovog pravila u sudskoj praksi i na samom kraju, umesto zaključka, analizira da li je zabrana Real Money Trade u Uslovima korišćenja World of Warcraft iznenađujuća klauzula opštih uslova poslovanja.

POREKLO ZAKONSKOG PRAVILA O IZNENAĐUJUĆIM KLAUZULAMA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

Kada se pogleda NGZ ono što odmah upadne u oči je da član 305c NGZ nosi naslov „Iznenadjujuće klauzule“, dok sam tekst zakonske odredbe sadržan u stavu 1 govori samo o „neobičajenim klauzulama.“ Postaje ovo jasno ako se baci pogled na sudsku praksu o iznenadjujućim klauzulama opštih uslova poslovanja pre stupanja na snagu Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja iz 1976. godine (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 09.12.1976), jer upravo taj zakon i članovi 305-310 NGZ u koje je preveden taj zakon (Zakon o uređenju prava opštih uslova poslovanja iz 1976. godine bio je u Nemačkoj na snazi do 2002. godine, kada su njegove odredbe uz izvesne modifikacije Zakonom o modernizaciji obligacionog prava iz 2001. godine (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001.) prevedene u NGZ, konkretno u članove 305-310) predstavljaju kodifikaciju rezultata ove sudske prakse. Naime, u starijoj sudskoj praksi razlika između neprimerenih i iznenadjujućih klauzula opštih uslova poslovanja nije bila jasna, dakle, mešala se sadržinska kontrola opštih uslova poslovanja sa kontrolom uključenja opštih uslova poslovanja, te se ova sudska praksa u pravnoj literaturi naziva „skriivenom sadržinskom kontrolom opštih uslova poslovanja u tkivu kontrole uključenja opštih uslova poslovanja“ (Horler, 2011).

Kao što smo rekli, zakonsko pravilo o iznenadjujućim klauzulama opštih uslova poslovanja predstavlja kodifikaciju sudske prakse Carskog suda i Saveznog vrhovnog suda o iznenadjujućim klauzulama opštih uslova poslovanja pre stupanja na snagu Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja. Ova sudska praksa držala je samo one klauzule opštih uslova poslovanja za uključene u ugovor sa kojima je ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja mogao računati. Jer uključenje opštih uslova poslovanja često nije bilo izričito, tumačenjem izjava ugovarača prihvatano je prećutno uključenje opštih uslova poslovanja. Pritom, ugovornom partneru korisnika opštih uslova poslovanja nije bilo imputirano da je želeo da uključi bilo koje (sve) klauzule opštih uslova poslovanja, već da je bio saglasan samo sa uobičajenim klauzulama opštih uslova poslovanja (Horler, 2011).

Za neuključenje iznenadjujućih klauzula opštih uslova poslovanja u ugovor, oslanjali su se sudovi na konsolidovanu sudsku praksu o obavezujućem dejstvu ćutanja na jedno trgovačko pismo potvrde. Tu se razvila sudska praksa po kojoj ćutanje na trgovačko pismo potvrde među

trgovcima važi kao saglasnost, čak iako sadržina ugovora koja je bila prethodno dogovorena, pismom potvrde je bila dopunjena, ili izmenjena. Prećutna saglasnost nije bila prihvatana međutim, ako bi pismo potvrde sadržinski toliko odstupilo od prethodno dogovorenog, da onaj koji je poslao pismo potvrde sam nije više mogao računati sa saglasnošću, jer je recimo uključio neuobičajene ugovorne uslove (BGH, Urteil v. 24.9.1952 – II ZR 305/51).

Običaj među trgovcima, da usmeno dogovoreno pismeno potvrde, i nedogovorene klauzule dodaju, dovelo je do toga da su trgovci sa time računali, da dobiju pismo potvrde, ovo prekontrolišu i ako smatraju za potrebno, prigovore. Ugovorni partner, sa druge strane, smeo se pouzdati u to, da je primalac bio saglasan sa sadržinom pisma potvrde, ako on na pismo ne reaguje. Sudska praksa u tom pogledu zasnivala se na ideji poverenja, naime, da onaj koji je poslao pismo potvrde sme poći od toga, da ćutanje primaoca znači njegovu saglasnost, dok se primalac sa druge strane može pouzdati u to, da sadržina pisma potvrde ne izlazi iz okvira uobičajenog (Horler, 2011).

Ideja je zatim bila prenetna na saglasnost na opšte uslove poslovanja, najpre na prećutnu, a zatim i na izričitu saglasnost. Ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja, koji nije pravno upućen, prilikom zaključenja ugovora često nije u situaciji, ugovorne uslove koji su često obimni i apstraktno sastavljeni u pogledu njihovih pravnih posledica adekvatno da proceni. Zato se on mora smeti na to pouzdati da od njega paušalno odobreni i od druge strane unapred formulisani ugovorni uslovi ne odstupaju suviše od uslova koji su za pravne poslove ove vrste uobičajeni i za njega zamislivi (BGH, Urteil v. 1.3.1978 – VIII ZR 70/77). Tako, za ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja nisu bile obavezujuće one klauzule opštih uslova poslovanja čije bi uključenje u ugovorni odnos moralo predstavljati iznenađenje, a što je naročito slučaj ako je njihova sadržina grubo protivrečila uzoru (modelu) izabranog ugovornog tipa (BGH, Urteil v. 8.5.1973 – IV ZR 158/71).

Pritom je često klauzula tretirana kao iznenađujuća, a ovo obrazlagano sadržinskim razmatranjima, te se nije pravila jasna razlika između iznenađujućih i nepravičnih klauzula opštih uslova poslovanja. To je imalo za posledicu da su sudije koristile različitu terminologiju da bi cenili takve klauzule. Npr. klauzule su „neuobičajene i iznenađujuće“, „neprimerene i iznenađujuće“, „nisu uobičajene i zamislive, da se sa njima mora računati“, „iznenađujuće, tako da ugovorni partner prema okolnostima razumno sa njima nije morao računati“, „tako neuobičajene su, da ugovorni partner sa

njima nije morao računati” (Horler, 2011). Terminologija neuobičajene i iznenađujuće klauzule bila je dakle često kumulativno korišćena, te razlika u naslovu i tekstu zakonske odredbe postaje jasna.

KRITERIJUMI KOJI MORAJU BITI ISPUNJENI DA BI SE JEDNA KLAUZULA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA SMATRALA IZNENAĐUJUĆOM

Zakonska odredba vezuje neuključenje iznenađujućih klauzula opštih uslova poslovanja za dve pretpostavke. Upitna klauzula mora, s obzirom na tipičnu sadržinu ugovora zaključenog između korisnika opštih uslova poslovanja i njegovog ugovornog partnera, iz pogleda odgovarajućeg prometnog kruga, prema celokupnim okolnostima, biti objektivno neuobičajena, dok se u subjektivnom pogledu mora tome priključiti iznenađenost ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja, koji zbog neuobičajenog karaktera klauzule i nedostajućeg informisanja o njenoj sadržini, nije sa njom računao, kada se saglasio sa uključenjem u ugovor opštih uslova poslovanja (Schafer, 2022). Dakle, iznenađujuća je klauzula opštih uslova poslovanja ako ona jasno odstupa od očekivanja ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja (neuobičajenost), i ako on sa tom klauzulom prema okolnostima razumno nije morao da računa (moment iznenađenja). Obe pretpostavke moraju biti kumulativno ispunjene (Looschelders, 2023).

Suštinsko obeležje iznenađujućih klauzula je njima svojstven efekat iznenađenosti, ili efekat nasamarenosti na strani ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja. Standard za procenu iznenađujućeg efekta jedne klauzule predstavlja horizont očekivanja prosečnog ugovornog partnera u dotičnom poslovnom području. Međutim, generalni način posmatranja nailazi na granice tamo, gde konkretne prilike pre, ili pri zaključenju ugovora modifikuju stanje znanja ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja. Korisnik opštih uslova poslovanja može zbog toga sa jedne strane svojim ponašanjem prilikom zaključenja ugovora kod svog ugovornog partnera probuditi očekivanja koja mogu proizvesti iznenađujući efekat, ali isto tako, sa druge strane, korisnik opštih uslova poslovanja može kroz adekvatna upozorenja svog ugovornog partnera, jednoj iznenađujućoj klauzuli oduzeti iznenađujući efekat (Looschelders, 2023).

Neuobičajenom smatra se klauzula opštih uslova poslovanja, koja jasno odstupa od očekivanja ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja. Neuobičajenost se utvrđuje objektivno, na temelju opštih i

individualnih pratećih okolnosti zaključenja ugovora. Merodavno je da li je prosečni prometni krug sa klauzulom morao računati. Pritom, treba uzeti u obzir konkretni tip ugovora (Treba se fokusirati na konkretan tip ugovora, a ne na generalni tip ugovora. Recimo, uobičajenost klauzula o obračunu kamate se ne ceni prema tome šta je uobičajeno za ugovor o zajmu, već po onome šta je uobičajeno za ugovore o zajmu sa anuitetom. Videti, Horler, 2011), spoljni dizajn ugovora, stepen odstupanja sadržine klauzule od dispozitivnog zakonskog pravila i uobičajenost klauzule u branši (Looschelders, 2023). Dakle, neuobičajenost klauzule određuje se isključivo prema objektivnim kriterijumima, a merodavni su celokupna slika konkretnog ugovora i očekivanja koja pošteni promet tipično, ili na osnovu ponašanja korisnika opštih uslova poslovanja pri zaključenju ugovora, ima u pogledu tipične sadržine ugovora (Schafer, 2022). Pritom, misli se kako na sadržinsku, tako i na spoljnu neuobičajenost. Pod spoljnom neuobičajenošću se misli na to, da klauzule opštih uslova poslovanja mogu biti iznenađujuće ako se nalaze na neočekivanom mestu unutar opštih uslova poslovanja, ili spolja gledano, nisu dovoljno istaknute (Horler, 2011). Iza toga stoji ideja da ugovorni partneri korisnika opštih uslova poslovanja, naročito potrošači, opšte uslove poslovanja uopšte ne čitaju, ili samo „prelete” preko njih, ili čak i ukoliko ih čitaju nemaju potrebna znanja da bi pročitano shvatili. Ipak, ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja, bez obzira čitao, ili ne, opšte uslove poslovanja, mora se smeti pouzdati u to, da se sadržina opštih uslova poslovanja drži u okviru toga što se na osnovu okolnosti prilikom zaključenja ugovora može očekivati. Poverenje ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja u oblikovanje opštih uslova poslovanja u skladu sa njihovom funkcijom i njegovo odricanje detaljnog upoznavanja sa sadržinom opštih uslova poslovanja koje se upravo na tome zasniva, znači, da takođe i spoljna pojava slika ugovora ne sme dovesti u zabludu ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja (Horler, 2011). Korisnik opštih uslova poslovanja, shodno rečenom, ne sme naročito nepovoljne klauzule opštih uslova poslovanja sakriti na tematski zavaravajućim mestima unutar svojih opštih uslova poslovanja (BGH, Urteil v- 6.12.1984 – IX ZR 115/83). Pravilo očito služi zaštiti poverenja ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja.

Druga pretpostavka je iznenađujući efekat klauzule. Samo neuobičajeni karakter klauzule nije dovoljan već se dodatno zahteva da je klauzula toliko neuobičajena da ugovorni partner sa njom nije morao računati (Schafer, 2022). Dakle, iznenađujuća je jedna klauzula opštih uslova poslovanja ako ugovorni partner sa tom klauzulom prema okolnostima

razumno nije morao da računa, te se klauzulom, drugačije rečeno, vređa opravdano očekivanje ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja (Looschelders, 2023). S obzirom na nadindividualni karakter opštih uslova poslovanja, da li je ovo slučaj, ne određuje se prema očekivanju pojedinačnog (konkretnog) ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja, nego su standard za procenu čak šta više znanja i iskustva krugova lica koji tipično učestvuju u pravnim poslovima ove vrste (Looschelders, 2023). Ispunjenost ove prepostavke ceni se dakle prema jednom generalnom standardu. Odlučujući su, odgovarajući tipizirajućem načinu posmatranja koji je dominantan u građanskom pravu, u prvoj liniji mogućnosti saznanja kruga ugovornih partnera koji se za takve ugovore tipično očekuju, i to kako te mogućnosti saznanja proizilaze na osnovu njihovog poslovnog iskustva i na osnovu štamparsko tehničkog oblikovanja upitnih klauzula opštih uslova poslovanja (Schafer, 2022). Zbog toga, jedna klauzula opštih uslova poslovanja za potrošača može biti iznenađujuća, a u odnosu prema trgovcima ne, zbog njihovog tipično postojećeg većeg poslovnog iskustva.

Ovaj objektivno-generalni standard za ocenu iznenađujućeg efekta jedne klauzule ne isključuje da se u pojedinačnom slučaju uzmu u obzir konkretne prateće okolnosti zaključenja ugovora, ako su ove imale odlučujući uticaj na očekivanja ugovornog partnera. Naime, prilikom zaključenja ugovora postojeće individualne okolnosti mogu tipično očekivanje ugovornog partnera u pogledu sadržine ugovora modifikovati. Jednoj, u principu ne neuobičajenoj klauzuli opštih uslova poslovanja, može zbog toga kod postojanja odgovarajućih pratećih okolnosti pripasti jedno iznenađujuće dejstvo. Iznenađujuće klauzule opštih uslova poslovanja mogu takođe obrnuto na osnovu konkretnih pratećih okolnosti zaključenja ugovora izgubiti njihov nedozvoljeni iznenađujući karakter (Looschelders, 2023). Tako, postoje slučajevi u kojima upitna klauzula opštih uslova poslovanja doduše nije objektivno neuobičajena, ali u kojima ona na osnovu individualnih pratećih okolnosti zaključenja ugovora (tok i sadržina pregovora, reklamne izjave korisnika, ili spoljni dizajn ugovora) od opravdanih očekivanja ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja jasno odstupa i kod njega vodi do iznenađenosti (Schafer, 2022). Nasuprot tome, može korisnik opštih uslova poslovanja, na taj način da on ugovornog partnera izričito, ili na drugi pogodan način na jednu neuobičajenu klauzulu u njegovim opštim uslovima poslovanja upozori, eliminisati prepreku uključenja koja leži u efektu iznenađenja (Schafer, 2022), odnosno korisnik opštih uslova poslovanja može, iznenađujući efekat klauzule, kroz adekvatna upozorenja i objašnjenja

isključiti. Obe modifikacije zasnivaju se na cilju propisa da se neupućeni i neinformisani ugovorni partner zaštiti od iznenađenosti i imaju za posledicu da ne postoje nikakve per se iznenađujuće klauzule bez obzira na okolnosti njihovog uključenja (Schafer, 2022).

RASPODELA TERETA DOKAZA IZMEĐU KORISNIKA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA I NJEGOVOG UGOVORNOG PARTNERA U POGLEDU ISPUNJENOSTI USLOVA ZA PRIMENU, ILI NEPRIMENU ZAKONSKOG PRAVILA O IZNENAĐUJUĆIM KLAUZULAMA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA

Dokaz za to da je ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja, uprkos (prema opštem iskustvu) neuobičajenom, odnosno iznenađujućem karakteru jedne klauzule opštih uslova poslovanja sa njom računao, stvar je korisnika opštih uslova poslovanja. Isto tako, treba da dokaže upozorenje svog ugovornog partnera koje isključuje efekat iznenađenja. Unapred formulisana klauzula kojom se potvrđuje da je ugovorni partner znao za određenu klauzulu je bez značaja. Sa druge strane, ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja treba da dokaže ispunjenost objektivnih i subjektivnih pretpostavki za primenu ovog zakonskog pravila (Schafer, 2022).

PRIMENA ZAKONSKOG PRAVILA O IZNENAĐUJUĆIM KLAUZULAMA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA U NEMAČKOJ SUDSKOJ PRAKSI

Prema sudskoj praksi, jedna klauzula opštih uslova poslovanja je iznenađujuća ako je njoj svojstven iznenađujući efekat. To je slučaj ako klauzula od očekivanja ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja jasno odstupa i ovaj razumno sa njom nije morao da računa (BGH, Urteil v. 10.11.1989 – V ZR 201/88). Razlika između očekivanja ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja i sadržine klauzule mora biti znatna. Očekivanja ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja se pritom određuju na osnovu opštih i individualnih pratećih okolnosti zaključenja ugovora. U opšte prateće okolnosti zaključenja ugovora spadaju stepen odstupanja od dispozitivnih zakonskih pravila i od oblikovanja koje je uobičajeno za poslovni promet, dok se u okviru individualnih pratećih okolnosti zaključenja ugovora uzimaju u obzir sadržina pregovora i spoljni dizajn ugovora (BGH, Urteil v. 10.11.1989 – V ZR 201/88). Iznenađujući efekat klauzule može samo iz

toga proizići da ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja na osnovu individualnih pratećih okolnosti zaključenja ugovora nije morao računati sa jednom takvom klauzulom, iako klauzula prema opštim pratećim okolnostima zaključenja ugovora ne odstupa od uobičajenog oblikovanja i zato u dotičnom poslovnom području nije neuobičajena. Ovo je naročito slučaj ako klauzula opštih uslova poslovanja bitno odstupa od onoga što je ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja izrazio kao njegove predstave i namere prilikom pregovora, a da mu u tom pogledu nije bilo protivrečeno (BGH, Urteil v. 17.3.1994 – IX ZR 102/93). Neuobičajeni spoljni dizajn klauzule opštih uslova poslovanja, ili njeno smeštanje na neočekivanom mestu u okviru opštih uslova poslovanja, može, samo za sebe, već jednu klauzulu opštih uslova poslovanja učiniti neuobičajenom i time iznenađujućom. Nezavisno od objektivne neuobičajenosti, jedna naročito opterećujuća klauzula na skrivenom mestu može izazvati momenat iznenađenja (BAG, Urteil v. 6.8.2003 – 7 AZR 9/03).

Jedna klauzula može njeno iznenađujuće dejstvo izgubiti ako korisnik opštih uslova poslovanja svom ugovornom partneru izričito skrene pažnju na sadržinu klauzule, pritom se mora napraviti razlika. Dok iznenađujući efekat jedne, na osnovu opštih pratećih okolnosti zaključenja ugovora neuobičajene klauzule, otpada ako je ona sadržinski bez daljeg razumljiva i štamparsko tehnički tako istaknuta da se može očekivati da ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja za nju zna, tako otpada kod klauzula sa kojima ugovorni partner zbog konkretnih okolnosti koje su prethodile zaključenju ugovora ne mora računati (dakle, klauzula koje su na osnovu individualnih pratećih okolnosti zaključenja ugovora neuobičajene) iznenađujući efekat samo tada ako ugovorni partner dobije individualno upozorenje (BGH, Urteil v. 4.10.1995 – XI ZR 215/94).

Da li je bilo odstupljeno od očekivanja ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja prema sudskoj praksi se u principu ne određuje prema očekivanjima konkretnog ugovornog partnera, već prema očekivanjima prosečnog ugovornog partnera koji se tipično može očekivati (BGH, Urteil v. 30.10.1987 – V ZR 174/86). Osnova je objektivno – generalizujući standard. Isključivo subjektivna iznenađenost je bez značaja. Jedna uobičajena klauzula opštih uslova poslovanja nije zbog toga iznenađujuća jer jedan naročito poslovno neiskusni ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja stvarno nije sa njom računao (BGH, Urteil v. 24.9.1980 – VIII ZR 273/79). Ovaj standard se samo tada modifikuje ako se razočarano očekivanje ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja bazira na individualnim pratećim okolnostima zaključenja ugovora. Odlučujuće je

tada, kod ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja, individualno postojeće, ili njemu individualno moguće znanje okolnosti (BGH, Urteil v. 30.10.1987 – V ZR 174/86).

SAŽETAK PRETHODNIH IZLAGANJA

Prema članu 305c stav 1 NGZ, odredbe u opštim uslovima poslovanja koje su prema okolnostima, a naročito prema spoljnoj pojavnoj slici ugovora, toliko neuobičajene, da ugovorni partner korisnika opštih uslova poslovanja sa njima nije morao računati, ne postaju sastavni deo ugovora. Dakle, iznenađujuće klauzule sadržane u opštim uslovima poslovanja korisnika, u slučaju paušalnog pristanka njegovog ugovornog partnera na opšte uslove poslovanja, ne postaju sastavni deo ugovora zaključenog između njih. Ovo zakonsko pravilo o iznenađujućim klauzulama opštih uslova poslovanja predstavlja, kao što smo videli kodifikaciju sudske prakse Carskog suda i Saveznog vrhovnog suda o iznenađujućim klauzulama opštih uslova poslovanja pre stupanja na snagu Zakona o uređenju prava opštih uslova poslovanja. Zakonska odredba vezuje neuključenje iznenađujućih klauzula opštih uslova poslovanja za dve pretpostavke. Upitna klauzula mora, s obzirom na tipičnu sadržinu ugovora zaključenog između korisnika opštih uslova poslovanja i njegovog ugovornog partnera, iz pogleda odgovarajućeg prometnog kruga, prema celokupnim okolnostima, biti objektivno neuobičajena, dok se u subjektivnom pogledu mora tome priključiti iznenađenost ugovornog partnera korisnika opštih uslova poslovanja, koji zbog neuobičajenog karaktera klauzule i nedostajućeg informisanja o njenoj sadržini, nije sa njom računao, kada je paušalno pristao na uključenje opštih uslova poslovanja u ugovor.

ZABRANA REAL MONEY TRADE U USLOVIMA KORIŠĆENJA WORLD OF WARCRAFT

Massively Multiplayer Online Role-Playing Game (u nastavku skraćeno MMORPG), ili na srpskom jeziku, Masovne višekorisničke igre uloga na mreži, kao što su npr., World of Warcraft, Second Life, Entropia Universe su izuzetno popularne. Da bi neko uopšte mogao da igra MMORPG, pre toga mora se saglasiti sa važenjem tzv. Uslova korišćenja MMORPG. Ovi Uslovi korišćenja, kao po pravilu, sadrže zabranu Real Money Trade (u nastavku skraćeno RMT). RMT u kontekstu MMORPG nije ništa drugo do trgovina virtuelnim dobrima za pravi novac. Igrači dakle kupuju, ili prodaju virtuelna dobra (zlato, naloge, avatare, usluge...) za pravi novac, i

to van sistema igre. Većina izdavača (ponudioca) MMORPG zabranjuje RMT, jer narušava ravnotežu igre, podstiče botovanje i daje prednost onima koji plaćaju, a ne onima koji igraju po pravilima. Primera radi, u Uslovima korišćenja World of Warcraft pod naslovom „Prodaja predmeta” stoji: „Da li se sećate početka ovih Uslova korišćenja gde smo govorili o vašoj licenci za korišćenje World of Warcraft i da smo tu rekli da je ova licenca ograničena? Sada dolazimo do važne oblasti na koju se ta ograničenja odnose. Naime, pazite na to, da su svi sadržaji World of Warcraft, ili svojina Blizzard Entertainment, ili od Blizzard Entertainment ekskluzivno se licenciraju. Zato, niko osim Blizzard Entertainment samog nema pravo da prodaje sadržaje koji pripadaju Blizzard Entertainment. Blizzard Entertainment ne priznaje nikakva svojinska, ili državinska prava izvan sistema igre World of Warcraft i isto tako ne priznaje navodnu prodaju, poklon, ili razmenu u spoljnom svetu sadržaja koji su na bilo koji način povezani sa World of Warcraft. Shodno tome, ne smete nikakve virtuelne predmete izvan sistema igre World of Warcraft prodavati, ili kupovati za pravi novac, niti ih razmenjivati za druge predmete. Imajte u vidu da je Blizzard Entertainment ovlašćen da zabrani takvu ilegalnu trgovinu i da će to svakako i učiniti” (Navedeno prema: Erenli, 2008).

UMESTO ZAKLJUČKA: DA LI JE ZABRANA REAL MONEY TRADE U USLOVIMA KORIŠĆENJA WORLD OF WARCRAFT IZNENAĐUJUĆA KLAUZULA OPŠTIH USLOVA POSLOVANJA?

Naše je pitanje, da li je zabrana RMT u Uslovima korišćenja World of Warcraft iznenađujuća klauzula opštih uslova poslovanja? Iz toga proizilazi, kao prethodno pitanje, jesu li Uslovi korišćenja World of Warcraft opšti uslovi poslovanja? Nesumnjivo da jesu. Naime, radi se o ugovornim uslovima (jer Uslovi korišćenja World of Warcraft detaljno uređuju prava i obaveze izdavača (ponudioca) World of Warcraft i korisnika World of Warcraft iz ugovora o korišćenju World of Warcraft), koji su unapred formulisani od izdavača (ponudioca) World of Warcraft, dok se korisnik World of Warcraft, da bi uopšte mogao da igra, mora saglasiti sa tim da Uslovi korišćenja World of Warcraft postanu sastavni deo ugovora o korišćenju World of Warcraft, dakle, korisnik nema mogućnost da pregovara o Uslovima korišćenja World of Warcraft, tj. važi princip, uzmi, ili ostavi. Shodno tome, na Uslove korišćenja World of Warcraft primenjuju se pravna pravila o opštim uslovima poslovanja, pa možemo preći na pitanje, da li je klauzula o zabrani RMT u Uslovima korišćenja World of Warcraft iznenađujuća?

Potvrđan odgovor zahteva da klauzula o zabrani RMT u Uslovima korišćenja World of Warcraft bude, kumulativno, objektivno neuobičajena i subjektivno iznenađujuća. Da li je sad ona objektivno neuobičajena? Ako uzmemo u razmatranje sve okolnosti, možemo reći sledeće: zabrana RMT nalazi se u Uslovima korišćenja gotovo svih popularnih MMORPG, ali se ne primenjuje dosledno; isto tako, mnogi izdavači (ponudioci) MMORPG sami prodaju virtuelne predmete i usluge, dok to istovremeno zabranjuju igračima; većina ljudi polazi verovatno od toga da oni plodovima njihovog virtuelnog rada smeju trgovati, kako je to inače uobičajeno u stvarnom životu. Shodno rečenom, klauzula o zabrani RMT u Uslovima korišćenja World of Warcraft je u kontradikciji sa „stvarnim životom” (Erkeling, 2017). Iz toga dalje sledi zaključak, da je klauzula o zabrani RMT u Uslovima korišćenja World of Warcraft objektivno neuobičajena, uz izuzetak koji važi za zabranu trgovine nalogom, budući da je ovaj vezan za ličnost korisnika (igrača) (Graber, 2009).

Da li je klauzula o zabrani RMT u Uslovima korišćenja World of Warcraft subjektivno iznenađujuća? Da bismo odgovorili na postavljeno pitanje, moramo uzeti u obzir prosečnog korisnika, i pri tom napraviti razliku između iskusnih igrača i novih igrača. Iskusni igrači svakako znaju za zabranu RMT, dok novi igrači svakako ne, jer oni samo realni svet imaju kao referentnu vrednost, te je dakle, klauzula o zabrani RMT u Uslovima korišćenja World of Warcraft za nove igrače subjektivno iznenađujuća, dok za iskusne igrače nije subjektivno iznenađujuća (Erkeling, 2017).

S obzirom da oba uslova, dakle objektivna neuobičajenost i subjektivna iznenađenost, moraju kumulativno biti ispunjeni, zaključak je, da klauzula o zabrani RMT u Uslovima korišćenja World of Warcraft nije iznenađujuća za iskusne igrače, dok za nove igrače jeste, uz izuzetak koji važi za zabranu trgovine nalogom.

LITERATURA

1. Bundesarbeitsgericht, Urteil v. 6.8.2003 – 7 AZR 9/03.
2. Bundesgerichtshof, Urteil v. 24.9.1980 – VIII ZR 273/79.
3. Bundesgerichtshof, Urteil v. 4.10.1995 – XI ZR 215/94.
4. Bundesgerichtshof, Urteil v. 30.10.1987 – V ZR 174/86.
5. Bundesgerichtshof, Urteil v. 17.3.1994 – IX ZR 102/93.
6. Bundesgerichtshof, Urteil v. 10.11.1989 – V ZR 201/88.
7. Bundesgerichtshof, Urteil v. 6.12.1984 – IX ZR 115/83.
8. Bundesgerichtshof, Urteil v. 8.5.1973 – IV ZR 158/71.
9. Bundesgerichtshof, Urteil v. 1.3.1978 – VIII ZR 70/77.
10. Bundesgerichtshof, Urteil v. 24.9.1952 – II ZR 305/51.
11. Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738) das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 16. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 240) geändert worden ist.
12. Erenli, K. (2008). *Virtuelle Welten. Ausgewählte Aspekte des Vertrags- und Urheberrechts unter Berücksichtigung praxisrelevanter Problemstellungen*. Universitätslehrgang für Informationsrecht und Rechtsinformation.
13. Erkeling, S. (2017). *Die rechtliche Zulässigkeit des Verbots des Handels mit virtuellen Gegenständen und Avataren durch die Betreiber von Online-Games. Real Money Trade zwischen Spieler- und Betreiberinteressen, AGB- und Kartellrecht*. Dissertation. Carl von Ossietzky Universität Oldenburg.
14. Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001.
15. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 09.12.1976.
16. Graber, T. (2009). *Rechte an Accounts und virtuellen Gütern*. Norderstadt.
17. Horler, S. (2011). *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Ein Vergleich des englischen und deutschen Rechts, Berlin.
18. Looschelders, D. (2023)., in: *Erman Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar mit Nebengesetzen* (AGG, BVerstTG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VbVG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht., herausgegeben von Prof. Em. Dr. Dr. H. C. Mult. Harm Peter Westermann, Prof. em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h. c. Geoerg Maier-Reimer. Köln.

19. Schafer, C. (2022)., in: Ulmer, Brandner, Hensen. AGB-Recht. Kommentar zu den Artikeln 305-310 BGB und zum UKlaG. 13. neu bearbeitete Auflage. Koln.

ON SURPRISE CLAUSES OF GENERAL TERMS AND CONDITIONS IN GERMAN LAW WITH RESPECT TO THE PROHIBITION OF REAL MONEY TRADE IN THE TERMS OF USE OF WORLD OF WARCRAFT

Milan Ječmenić

Ratko Ivković

Marko Jovanović

Abstract: *The subject of this article is Article 305c(1) of the German Civil Code, which contains a rule on the legal treatment of so-called surprising clauses in general terms and conditions. Namely, provisions in general terms and conditions which, in the circumstances, and particularly in light of the external appearance of the contract, are so unusual that the contractual partner of the user of the general terms and conditions could not have reasonably expected them do not become an integral part of the contract. The author provides an overview of the origin of this legal provision, then analyzes the criteria that must be met in a specific case for a clause of general terms and conditions to be considered surprising, discusses the issue of the allocation of the burden of proof between the user of the general terms and conditions and its contractual partner, provides an overview of the application of this rule in judicial practice and, finally, instead of a conclusion, analyzes whether the prohibition of Real Money Trade in the Terms of Use of World of Warcraft constitutes a surprising clause of general terms and conditions.*

Keywords: *general terms and conditions, surprising clauses, objective unusualness, subjective surprise, Real Money Trade, prohibition.*