

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Снежана Б. Дабић

ДУЖНОСТ ОБАВЕШТАВАЊА ПРИ
ЗАКЉУЧЕЊУ УГОВОРА

докторска дисертација

Београд, 2018

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Snežana B. Dabić

PRECONTRACTUAL DUTY TO INFORM

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2018

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ ЗА ОДБРАНУ
ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ

Ментор: др Драгор Хибер
 редовни професор Правног факултета
 Универзитета у Београду

Чланови Комисије: др Душан Николић
 редовни професор Правног факултета
 Универзитета у Новом Саду

 др Марија Караникић Мирић
 ванредни професор Правног факултета
 Универзитета у Београду

 др Милош Живковић
 ванредни професор Правног факултета
 Универзитета у Београду

Датум одбране:

НАСЛОВ: ДУЖНОСТ ОБАВЕШТАВАЊА ПРИ ЗАКЉУЧЕЊУ УГОВОРА

САЖЕТАК

Последњих деценија упоредноправну научну јавност посебно интригира питање да ли при закључењу уговора постоји дужност једне стране да обавести другу о околностима које су од одлучујућег значаја за доношење одлуке о закључењу уговора и у оним случајевима када таква дужност није изричито предвиђена законом. Обимност размера које је досегло истраживање о том правном проблему у упоредном праву пресудно је утицало на то да предмет ове докторске дисертације буде управо истраживање такве (опште) предуговорне дужности обавештавања.

У раду се показује да су примарни проблеми са којима се правници, теоретичари и практичари, суочавају када је реч о предуговорној дужности обавештавања општег карактера њена проблематична фундираност и практична неодређеност. Готово да не постоји правни систем који садржи норму којом се будућим саговорачима на општи начин намеће дужност обавештавања, а тамо се то изузетно чини, таква норма датира тек онедавно. Она није предвиђена ни у нашем праву. Из тих разлога се, након кратке анализе природе, терминолошког одређења и функције предуговорне дужности обавештавања, у овом раду приступа анализи других установа чији је циљ заштита воље саговорача и очување правичне уговорне процедуре, како би се утврдило да ли њихово уређење и примена у пракси сведоче и о постојању такве предуговорне дужности обавештавања у једном правном систему. Њихова анализа и предложена решења у упоредном праву биће од немерљиве користи у утврђивању услова у којима настаје дужност обавештавања.

Важно је поменути да је истраживање појма, основа, природе, обима, објекта и других питања која се постављају када је реч о општој предуговорној дужности обавештавања додатно отежала чињеница да се ставови о њој битно разликују међу правним системима. То је, с једне стране, учинило трагање за одговорима и изношење закључака донекле компликованијим задатком, али је, с друге стране,

обогатило истраживање, омогућивши да се проблем сагледа из различитих углова и на прави начин схвати сва проблематичност овог института.

Кључне речи: *Дужност обавештавања. Ћутање у праву. Мане воље. Предуговорна одговорност. Савесност и поштење.*

Научна област: право

Ужа научна област: грађанскоправна

TITLE: PRECONTRACTUAL DUTY TO INFORM

SUMMARY

In recent decades, lawyers in comparative law have been very much intrigued by the question whether one party is under a duty to inform the other of facts which may have a decisive effect on its decision to conclude the contract even in cases where such a duty is not explicitly provided for by law. The noticeable importance which has been given to this particular legal issue has been the main reason why we decided to perform a thorough research about such (general) precontractual duty to inform.

This doctoral dissertation shows that, when it comes to the general precontractual duty to inform, the main problems with which lawyers, theoreticians as well as practitioners, are faced are its problematic legal foundation and practical indeterminacy. There is almost no legal system which provides for a norm that explicitly imposes on the future contracting parties a general duty to inform, and the rare systems which do provide for it, have only recently implemented it. Serbian law does not provide for it as well. For these reasons, after a brief analysis of the nature, terminological determination and the function of the precontractual duty to inform, it seemed necessary to analyze some other legal institutes aimed at protecting the will of the parties and preserving a fair contract procedure, in order to determine whether these rules and their application can indirectly serve as a proof of the existence of such precontractual duty in one legal system. This analysis, as well as the analysis of the proposed solutions in comparative law, has been of great importance in determining the necessary preconditions of the precontractual duty to inform.

It is also important to mention that the research on the notion, legal basis, nature, scope, object of the precontractual duty to inform has also been aggravated by the fact that there are significantly different views on the precontractual duty to inform among different legal systems. This has, on the one hand, made our search for answers and general conclusions a somewhat more complicated task, but, on the other hand, it has enriched our research, allowing the problem to be looked at from different angles and allowing us to properly understand all the problems of this institute.

Key words: *Duty to inform. Silence in law. Defects of consent. Culpa in contrahendo. Bona fides.*

Scientific field: Law

Scientific subfield: Civil Law

САДРЖАЈ

1	УВОД.....	1
1.1	Опште напомене	1
1.2	О термилошком одређењу и природи дужности обавештавања при закључењу уговора.....	7
1.3	О функцијама предуговорне дужности обавештавања	14
1.4	Метод истраживања предуговорне дужности обавештавања	19
1.5	План истраживања.....	21
2	О ПРАВНОМ ОСНОВУ И НАЧИНУ САНКЦИОНИСАЊА ОПШТЕ ПРЕДУГОВОРНЕ ДУЖНОСТИ ОБАВЕШТАВАЊА.....	23
2.1	Однос предуговорне дужности обавештавања и преваре.....	23
2.1.1	Превара ћутањем – постављање проблема	23
2.1.2	Схватања о превари и дужности обавештавања као двема одвојеним установама у англосаксонским праву.....	23
2.1.3	Дужност обавештавања као претпоставка санкционисања преваре ћутањем	30
2.1.4	Ћутање као равноправан облик преварног поступања у француском праву	32
2.1.5	Превара ћутањем у нашем праву	37
2.1.6	Закључно о односу преваре ћутањем и дужности обавештавања	41
2.2	Однос предуговорне дужности обавештавања и заблуде.....	43
2.2.1	Постављање проблема.....	43
2.2.2	Држање сауговарача жртве заблуде при закључењу уговора.....	44
2.2.3	Држање жртве заблуде при закључењу уговора	48
2.2.4	Недовољност самосталне примене правила о заблуди на повреду дужности обавештавања	51

2.2.5	Закључно о односу заблуде и предуговорне дужности обавештавања.....	53
2.2.6	Схватања о превари непажњом.....	54
2.3	Однос предуговорне дужности обавештавања и одговорности за правне и материјалне недостатке.....	55
2.3.1	Постављање проблема.....	55
2.3.2	Однос између правила о одговорности за недостатке и предуговорне дужности обавештавања.....	58
2.3.3	Примена правила о одговорности за материјалне недостатке при санкционисању дужности обавештавања.....	60
2.3.4	Недовољност/неадекватност примене правила о правним и материјалним недостацима на повреду предуговорне дужности обавештавања.....	66
2.3.5	Прећутне уговорне одредбе као одступање од класичног разумевања caveat emptor принципа у савременој англосаксонској доктрини и пракси.....	67
2.4	Дужност обавештавања и предуговорна одговорност.....	70
2.4.1	Постављање проблема.....	70
2.4.2	Схватање о предуговорној одговорности као врсти уговорне одговорности.....	72
2.4.3	Схватање о предуговорној одговорности као врсти деликтне одговорности.....	75
2.4.4	Примена члана 268 Закона о облигационим односима на повреду предуговорне дужности обавештавања.....	80
2.4.5	Санкционисање повреде дужности обавештавања при закључењу уговора применом правила о предуговорној одговорности.....	81
2.4.6	О заснивању и санкционисању дужности обавештавања позивањем на општа начела облигационог права.....	97
3	ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПРЕДУГОВОРНЕ ДУЖНОСТИ ОБАВЕШТАВАЊА.....	101
3.1	Уводна разматрања.....	101

3.2	Дејства постојања предуговорне дужности обавештавања	103
3.2.1	Спречавање настанка заблуде	103
3.2.2	Смањење подстицаја за стварање информација	104
3.2.3	Друштвена пожељност предуговорне дужности обавештавања	105
3.3	Теорије економске анализе предуговорне дужности обавештавања ..	107
3.3.1	Кронманова (Kronman) подела на намерно и случајно прикупљене информације	107
3.3.2	Познеров (Posner) предлог најјефтинијег сакупљача информација	116
3.3.3	Теорије о друштвеном значају информација	118
4	ПРЕПОЗНАВАЊЕ И УРЕЂЕЊЕ ОПШТЕ ПРЕДУГОВОРНЕ ДУЖНОСТИ ОБАВЕШТАВАЊА У МОДЕЛИМА И ПРОЈЕКТИМА ЕВРОПСКОГ УГОВОРНОГ ПРАВА.....	125
4.1	Принципи европског уговорног права (<i>Principles of European Contract Law</i>).....	125
4.1.1	Непостојање изричите одредбе о дужности обавештавања при закључењу уговора	126
4.1.2	Санкционисање повреде предуговорне дужности обавештавања применом правила о заблуди.....	127
4.1.3	Санкционисање повреде предуговорне дужности обавештавања применом правила о превари	129
4.1.4	Право на накнаду штете.....	130
4.2	Европски законик о уговорима (<i>European Contract Code</i>)	131
4.3	Решења Нацрта заједничког оквира (<i>Projet de cadre commun</i>)	133
4.4	Нацрт заједничког референтног оквира (<i>Draft Common Frame of Reference</i>)	134
4.4.1	Уређење предуговорне дужности обавештавања као посебне установе	135
4.4.2	Регулисање повреде предуговорне дужности обавештавања преко правила о заблуди	139

4.4.3	Регулисање повреде предуговорне дужности обавештавања путем правила о превари.....	142
4.4.4	Право на накнаду штете.....	143
4.4.5	Решавање проблема конкуренције захтева по више основа	143
5	ЕЛЕМЕНТИ ПРЕДУГОВОРНЕ ДУЖНОСТИ ОБАВЕШТАВАЊА	145
5.1	Држање саговорача при закључењу уговора.....	147
5.1.1	Држање (претпостављеног) дужника при закључењу уговора.....	147
5.1.2	Држање (претпостављеног) повериоца при закључењу уговора.....	174
5.1.3	Однос злонамерног прећуткивања дужника и неизвињавајуће заблуде повериоца – чини ли превара ћутањем сваку заблуду нескривљеном? .	200
5.1.4	Утицај оправданог поверења које поверилац има у дужника на дужност (само)обавештавања	216
5.2	Објект предуговорне дужности обавештавања	248
5.2.1	Релевантност информације као критеријум за утврђивање објекта дужности обавештавања	251
5.2.2	Утицај садржине информације на дужност обавештавања.....	255
5.2.3	Подела дужности обавештавања према својој природи (дужност обавештавања, саветовања и упозорења).....	331
6	О ДРУГИМ ПРЕПРЕКАМА ЗА НАСТАНАК ДУЖНОСТИ ОБАВЕШТАВАЊА.....	345
6.1	Право на изношење нетачних чињеница као препрека за настанак дужности обавештавања	345
6.1.1	Превара и право на лагање	345
6.1.2	Превара и <i>dolus bonus</i>	349
6.1.3	Превара и изјаве мишљења или намере у англосаксонском праву	350
6.2	Однос дужности обавештавања и дужности чувања тајни.....	352
7	ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА	355

ЛИТЕРАТУРА.....	360
БИОГРАФИЈА.....	393
ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ.....	395
ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ ДОКТОРСКОГ РАДА.....	396
ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ.....	397

1 УВОД

*An investigation of the scope of the “duty to disclose”
on a comparative law basis is most rewarding;
it leads us straight to the heart of the philosophy
underlying the law of contracts.¹*

1.1 Опште напомене

Још је Цицерон у својој чувеној расправи о дужностима, у есеју *De officiis*,² отворио питање постоји ли, и под којим условима, дужност (будућих) уговорника на међусобно обавештавање о околностима које се сматрају значајним за доношење одлуке о закључењу уговора. Наводећи, касније доста цитирани,³ хипотетички пример о трговцу који преноси товар жита из Александрије на Родос, у доба када је владала велика глад на острву, прстигавши притом на свом путу бројне друге бродове са истим циљем – да прода жито гладним острвљанима – Цицерон се пита да ли би трговац требало да обавести своје купце о томе да ускоро долазе и други бродови са храном или је слободан да прећути такву чињеницу и своје жито прода по тренутној, вишој цени. У замишљеном разговору двојице филозофа, Цицерон представља две стране тог проблема. Један филозоф одговара да је свако дужан да узме у обзир интересе друге стране. То је дуг који свако од нас има према друштву. Пропуштање такве дужности значило би пустити слепог човека да настави погрешним путем. Други, пак, заузима став да трговац има морално право да такву информацију задржи за себе. Купац мора да

¹ Friedrich Kessler, Edith Fine, „Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract“, *Harvard Law Review* 77, 3/1964, January, 438.

² Marcus Tullius Cicero, *De Officiis*, књига III, 44. година п. н. е. – дело се може наћи преведено и на српски језик, у збирци *Филозофски списи, О пријатељству, О дужностима, О старости*, превели Бранко Гавела, Василије Томовић, Београд 1955.

³ Вид., примера ради, Anthony Duggan, Michael Bryan, Frances Hanks, *Contractual Non-Disclosure – An Applied Study in Modern Contract Theory*, Melbourne 1994, 1; Barry Nicholas, „The Pre-contractual Obligation to Disclose Information, 2. English Report“, *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* (eds. Donald Harris, Denis Tallon), London 1989, 167; Muriel Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Paris 1992, 26 и даље.

се ослања само на себе и свој суд, а своју тврдњу завршава чувеном изреком „*alliud est celare, alliud tacere*“.

Чини се да ни више од две хиљаде година касније није престало интересовање правника да утврде и појасне у којим околностима се рађа дужност обавештавања, односно када ћутање сауговорача при закључењу уговора може водити правном санкционисању. То доказују читаве тезе које су у упоредном праву посвећене питању постојања и обима предуговорне дужности обавештавања, и општег и посебног карактера.⁴

Комплексност проблема постојања и обима предуговорне дужности обавештања (енг. *precontractual duty of disclosure*, фр. *obligation precontractuelle d'information*, нем. *vorvertragliche Informationspflicht*) једним делом се несумњиво дугује иначе спорној природи ћутања у праву. Правни писци су давно почели да се питају може ли се ћутању дати икакво значење, може ли оно произвести икакве правне последице.⁵ Али, док су та истраживања махом ишла у смеру испитивања да ли се ћутањем може закључити уговор или уопште да ли се оно може тумачити као давање изјаве одређене садржине, у материји дужности обавештавања ствари

⁴ Вид. Jean Alisse, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, thèse, Paris 1975; Yves Boyer, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Marseille 1978; M. Fabre-Magnan (1992); Vassili Christianos, *L'obligation d'informer dans la vente de produits mobiliers*, Paris 1987; George Spencer Bower, Alexander Kingcome Turner, Richard John Sutton, *The Law Relating to Actionable Non-Disclosure and Other Breaches of Duty in relation of Confidence, Influence and Advantage*, London 1990; Hugh Beale, *Mistake and Non-disclosure of Fact*, Oxford 2012; John Cartwright, *Misrepresentation, mistake and non-disclosure*, London 2012; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks; Holger Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, München 2001; Juliane Angermann, *Die Verletzung vertragsschlussbezogener Informationspflichten des Europäischen Privatrechts, Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionierung fehlerhafter Informationserteilung nach nationalem Recht*, Baden Baden 2010; Eric Sebastian Barg, *Die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers im VVG 2008*, Berlin 2008; Gilles Benedick, *Die Informationspflichten im UN-Kaufrecht (CISG) und ihre Verletzung*, München 2008; Lothar Böhme, *Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen*, Göttingen 1964; Andreas Börger, *Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten*, München 2010; Stephan Breidenbach, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, München 1989; Bernadette Chaussade-Klein, *Vorvertragliche "obligation de renseignements" im französischen Recht*, Frankfurt am Mein 1992; Hans Christoph Grigoleit, *Vorvertragliche Informationspflichten*, München 1997; Joachim Klingler, *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht – Hypothesen zu ihrer richterlichen Instrumentalisierung*, Düsseldorf 1981; Jürgen Lauer, *Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht*, Bern 1983; André Pohlmann, *Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten*, Berlin 2002; Gebhard M Rehm, *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*, München 2003; Nicole Schneider, *Uberrima Fides, Treu und Glauben und vorvertragliche Aufklärungspflichten im englischen Recht*, Berlin 2004; Stephan Hartmann, *Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht*, Fribourg 2001; Semin Park, *The duty of disclosure in insurance contract law*, Vermont – Hants 1996; Ana Keglević, *Грађанскоприви аспекти обавештавања код потрошачког уговора о осигурању*, докторски рад, Zagreb 2012.

⁵ Вид. о томе више у Y. Boyer, 5 и даље; M. Fabre-Magnan (1992), 2.

стоје нешто другачије. Овде се заправо поставља питање може ли ћутање при закључењу уговора бити узрок мане у вољи друге стране, због чега та друга страна стиче право да напусти уговорни однос, у који не би ни ушла да су јој биле предочене релевантне чињенице, или право да захтева накнаду штете која јој је тиме причињена. Може ли се, дакле, потпуно пасивно понашање једног сауговорача сматрати скривљеним поступањем, односно, може ли родити одговорност за штету?

Као што је на самом почетку наглашено, истраживање дужности обавештавања представља залажење у саму суштину опште теорије уговорног права.⁶ И начин на који се у упоредноправним системима тежи да се пронађе одговор на постављено питање одражава тежњу која се јавља и у општој теорији уговорног права. То је тежња да се на адекватан начин помире супротстављени интереси: заштита воље при заснивању уговора, савесност и одговорност сауговорача, осигурање уговорне правде и неопходна сигурност у промету.⁷

Којем од поменутих интереса дати предност?

Сувишно је рећи да до одговора на то питање није нимало једноставно доћи и да сваки потенцијални одговор по природи ствари не може имати капацитет да дилему реши трајно. Она је ванвременског карактера.

О томе сведочи и развој предуговорне дужности обавештавања.

Према Боајеовом (*Boyer*) објашњењу, доминантан утицај индивидуализма у време доношења француског Грађанског законика утицао је и на уговорно право, тако што су се правни односи посматрали тако да је сваки сауговорач дужан да се стара о заштити својих интереса.⁸ *Vigilantibus et non dormientibus jura subveniunt*. Из тих разлога су његови редактори тек изузетно, онамо где је неједнакост између сауговорача била очигледна, изричито предвидели дужност обавештавања.⁹ И у теорији је владало схватање да је опште правило да су сауговорачи дужни да један другог обавесте само онда када је то предвиђено законом, уговором или када би се могла применити правила о превари или заблуди. У својој тези о заблуди, коментаришући Жилијаров (*Juglart*) чланак из 1945. године о дужности

⁶ F. Kessler, E. Fine, 438.

⁷ Драгор Хибер, *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација, Београд 1991, 2–3.

⁸ Y. Boyer, 7.

⁹ *Ibid.*, 9.

обавештавања, Гестен (*Ghestin*) прилично самоуверено износи да би супротан закључак – да постоји дужност обавештавања и мимо поменутих случајева – „иако несумњиво морално пожељан, био очигледно супротан нашим (француским, прим. аут.) обичајима“. Затим додаје да „идеја о дужности обавештавања не би представљала никакав допринос позитивном праву“.¹⁰

Али, ново време носи нове обичаје. И по сопственом признању, у делима новијег датума, Гестен (*Ghestin*) указује на то да су свест о неједнакости уговорних страна, посебно у односима између лаика и професионалаца, и појава атхезионих уговора довеле до еволуције у позитивном праву и ставиле под знак питања дотадашња схватања о дужности обавештавања.¹¹

Таква промена није карактеристична само за француско право. Развој потрошачког права је нарочито на општем плану допринео развоју дужности обавештавања. Окосница заштите потрошача као слабије стране јесте, између осталог, и имплементација дужности обавештавања. Међутим, иако је предуговорна дужност обавештавања достигла најшире размере управо у потрошачком праву, у развоју уговорног права (уопште) у упоредноправној судској пракси свеprisутна је тенденција повећања броја случајева у којима се намеће предуговорна дужност обавештавања. Због тога су се неке од њих постепено издвајале у самосталне, законом предвиђене дужности обавештавања, заменивши општа правила, посебно начело савесности и поштења, непосреднијим и конкретнијим правним основом. Али, и више од тога, развој дужности обавештавања у судској пракси био је довољно снажан да су поједина законодавства у своје изворе облигационог права унела изричиту одредбу о предуговорној дужности обавештавања општег карактера.¹²

Начелно се може рећи да савремене тенденције повећања броја дужности обавештавања нису заобишле ни српско право. Небројено је много прописа којима су саговорачима, нарочито професионалцима, у корист лаика, наметнуте

¹⁰ Jacques Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris 1963, 111–112.

¹¹ Jacques Ghestin y Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 1, Le contrat, Le consentement*, Paris 2013, 1252.

¹² Вид. чл. 1112-1 Француског грађанског законика (ФГЗ), <https://www.legifrance.gouv.fr/affich/Code.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, 20. април 2018; §14, ст. 2 Закона о облигацијама Естоније, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/506112013011/consolide>, 20. април 2018.

дужности обавештавања још у периоду пре закључења уговора.¹³ Оне, међутим, неће бити посебно обрађене у овом раду. На њих ћемо се осврнути тек уколико буде постојала потреба да се испита њихова генеза – узрок и основ њиховог настанка, на чијем терету, односно у чијем интересу су установљене, те који се циљ њима желео постићи; па и онда искључиво у функцији лакше сазнатљивости и разумевања предуговорне дужности обавештавања, као института општег карактера.

С друге стране, постојећи извори уговорног права не познају општу предуговорну дужност обавештавања као такву, изричито предвиђену. Другим речима, нема опште одредбе у нашем праву којом би се правним субјектима, који су у „поступку“ закључења уговора, налагало да једни друге обавесте о околностима које би одлучујуће утицале на њихову одлуку о закључењу уговора.¹⁴ Међутим, то што не постоји изричита норма којом би била уређена дужност обавештавања при закључењу уговора општег карактера не подразумева нужно да таква дужност уопште не постоји у нашем праву. Томе у прилог говори и искуство из упоредноправних система – показаће се, нарочито на основу обимне упоредноправне судске праксе, да ни у другим системима непостојање изричитих правила није представљало доказ да не постоји дужност обавештавања. Свакако, тиме је отежано истраживање тог проблема: одговор на питање постоји ли уопште таква општа предуговорна дужност обавештавања – те уколико резултира потврдним одговором, каква је природа такве опште дужности, њен домашај и коначно, санкција у случају њене повреде – неопходно је тражити испитивањем других института уговорног права којима се, макар делимично и макар посредно, постиже иста сврха – санкционисање ћутања о околностима релевантним за другу страну при закључењу уговора. Из тих разлога, посебна целина ове докторске дисертације биће посвећена односу опште предуговорне дужности обавештавања и (функционално) сродних установа као што су превара, заблуда, одговорност за

¹³ Вид. само примера ради, чл. 6 и даље Закона о заштити потрошача – ЗЗП, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016; чл. 15 и даље Закона о заштити корисника финансијских услуга – ЗЗКФУ, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014; чл. 17 и даље Закона о платним услугама, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014; чл. 11 Закона о правима пацијената, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013; чл. 15, 16 или 177 Закона о раду – ЗР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, последње измене у 113/2017; чл. 606, 864, 907 и бројни други у Закону о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, последње измене у *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003.

¹⁴ О неадекватности примене чл. 268 ЗОО биће посебно речи у делу о односу дужности обавештавања и предуговорне одговорности.

евикцију и скривене мане ствари, али и предуговорне одговорности за штету. Циљ је да се испита могу ли правила тих установа послужити као извор настанка дужности обавештавања или макар као начин њеног санкционисања. Резултат може помоћи у испитивању колико је оправдано, неопходно, изричито уређивање опште предуговорне дужности обавештавања, имајући у виду да би се исти циљ могао постићи применом правила постојећих установа.

Свеобухватна анализа опште предуговорне дужности обавештавања није могућа уколико се не погледа кроз призму начела савесности и поштења. Томе у прилог говори и чињеница да је примарни правни извор (основ) посебних дужности обавештавања, и уговорног и предуговорног карактера, било начело савесности и поштења. Дужност обавештавања, нарочито предуговорна, није ништа друго до брига (и) о сауговарачевим интересима. Дужност савесног и поштеног поступања, као темељ дужности обавештавања, која се намеће уговорним странама не само при остваривању права и обавеза из већ насталог облигационог односа, већ и при његовом заснивању, представља правни стандард понашања који се очекује од правних субјеката при стварању и остваривању уговорних односа. Управо у светлу испитивања постојања и обима опште предуговорне дужности обавештавања, неопходно је, између осталог, сазнати да ли и у којим случајевима савесно и поштено поступање подразумева неопходност узимања у обзир сауговарачевих интереса. Другим речима, када је оправдано очекивати од сауговарача да саопшти одређену чињеницу другој страни или, посматрано из другог угла, када савесно понашање, заправо, подразумева дужност сауговарача да се сам обавести. Начело савесности и поштења требало би да помогне у постављању јасн(и)е границе између дужности обавештавања и дужности самообавештавања и утврђивању када се чини оправданим санкционисати пасивност једне стране (ћутање о одређеној околности, те небрига о сауговарачевим интересима), а када пасивност друге стране (небрига о сопственим интересима). Отклањање постојеће информационе асиметрије, услед које стране полазе са различитих, неједнаких позиција при закључењу уговора, није у сваком случају нити би требало да буде на терету информационо надмоћније стране.

У вези са тим, посебна целина ове дисертације биће посвећена испитивању на који начин држање сауговорача при закључењу уговора утиче на настанак или обим дужности обавештавања. Како би се то учинило, тежиће се да се пронађу одговори на бројна питања, међу којима су и следећа: да ли је доступност информације, односно могућност сауговорача да се сам обавести о свему што му може бити од интереса предуслов настанка дужности обавештавања; какав утицај могу имати одређене околности на настанак и обим дужности обавештавања, као што су, примера ради, природа односа будућих сауговорача, природа уговора који се закључује, начин закључења уговора, својства сауговорача и слично; на који начин се оцењује понашање сауговорача; да ли се у обзир узимају њихова својства и још бројна друга.

Коначно, чини се да анализа дужности обавештавања не би била потпуна уколико се, као посебно, не би обрадило и питање какав утицај може имати природа саме информације на настанак и обим дужности обавештавања. Имајући у виду да чињенице које могу да утичу на одлуку сауговорача да закључе уговор, за које постоји интерес да им буду познате, могу, по својој природи, да буду бројне и различите, ова анализа би требало да помогне у пружању одговора на питање о чему су заиста сауговорачи дужни да једни друге обавесте, те да ли је могуће установити критеријуме на основу којих би, у мноштву потенцијалних, било могуће издвојити оне чињенице које представљају објект предуговорне дужности обавештавања.

1.2 О терминолошком одређењу и природи дужности обавештавања при закључењу уговора

Ради регулисања међусобних односа, правни поредак намеће правним субјектима одређена понашања. Понекад је извор таквих дужности (схваћених у најширем смислу) резултат воље, понекад оне произилазе из одређене чињенице или скупа чињеница којима је закон дао снагу извора, а понекад их сам закон непосредно намеће. Све оне, међутим, нису једнаког интензитета нити је њихов правни режим исти.

Указивање на постојање различитих категорија дужности (схваћених у најширем смислу) може бити веома значајно за разумевање природе и, сходно томе, правилно термилошко одређење предмета истраживања ове тезе. Да ли је, наиме, реч о *обавези* обавештавања или *дужности* обавештавања или нечему трећем? И какав је њен правни режим?

Анализа упоредног права показује изванредан диверзитет у термилошком означавању *захтева*¹⁵ да будући саговорачи једни друге обавесте и захтева да се сами обавесте о одређеним чињеницама које могу да имају одлучујући значај за доношење одлуке о закључењу уговора.

Тако, у француској литератури се много чешће налази на термин *обавеза* обавештавања (фр. *obligation d'information, obligation de renseignement*)¹⁶ него *дужност* обавештавања (*devoir de renseignement, devoir d'information*),¹⁷ али се може наћи и на изворе у којима се употребљавају и један и други термин.¹⁸ С друге стране, много се чешће говори о *дужности* самообавештавања (*devoir de s'informer*), али ни ту теорија није доследна.¹⁹ Исти термилошки проблем постоји и у означавању дужности/обавезе саветовања или упозорења (фр.

¹⁵ На овом месту се свесно употребљава термин „захтев“ како би се на неутралан начин означила дужност/обавеза (само)обавештавања која терети саговораче при закључењу уговора.

¹⁶ М. Fabre-Magnan (1992), 4 и даље; J. Ghestin (2013), 1314; Michel de Juglart, „L'obligation de renseignements dans les contrats“, *Revue trimestrielle de droit civil*, Recueil Sirey 1945, 1 и даље, али на неколико места пише о „devoir de parler“; Philippe le Tourneau, „De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil“, *Recueil Dalloz Sirey*, chronique XIX, 1987, 101 и даље; Claude Garcin, Olivier Moréteau, „Le dol et l'obligation de renseignement dans la formation des contrats“, *Annales de la faculté de droit*, Lyon 1982, 106 и даље; Y. Boyer, 39 и даље; Bertrand Fages, „La protection du consentement – L'obligation d'information“, etude 132, *Collection Lamy Droit civil – Lamy Droit du contrat* (dir. Bertrand Fages, Sidonie Doireau), Octobre 2001.

¹⁷ У чл. 1112-1 ФГЗ, француски законодавац се определио за термин „дужност обавештавања“ („devoir d'information“).

¹⁸ Вид. примера ради, Pauline Remy-Corlay, Dominique Fenouillet, „Le consentement“, *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. François Terre), Paris 2009, 150 и даље; Lucas de Leyssac, „L'obligation de renseignements dans les contrats“, *Information en droit privé* (dir. Yvon Loussouarn, Paul Lagarde), Paris 1978, 306. О дужности обавештавања у праву Квебека вид. у Serge Kablan, Arthur Oulaï, „La formulization du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation: analyse de la solution québécoise“, *McGill Law Journal*, 2009, 627; Julia Heinich, „Le devoir général d'information, Le Lamy Droit du contrat“, *Mise à jour 07/2016*. За пример радова у којима се истим термином („obligation“) означавају и обавеза обавештавања и обавеза саветовања, односно обавеза самообавештавања вид. V. Christianos, 46, 71.

¹⁹ Patrice Jourdain, „Le devoir de 'se' renseigner“, *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique XXV, 1983, 139; C. Garcin, O. Moréteau, 108; P. Remy-Corlay, D. Fenouillet, 153; B. Fages (2001), 132–131; J. Ghestin (2013), 1419.

devoir/obligation de conseil, de mise en garde).²⁰ Притом, у доктрини се готово не пружа било какво образложење за термилошко ознањавање тих установа.²¹

Слично се може уочити и у англосаксонској литератури. Тако, говори се о *обавези* откривања (енг. *obligation to disclose* или *disclosure obligation*), *дужности* откривања (енг. *duty of disclosure*), *дужности* информисања (енг. *duty to inform*), при чему се може уочити и појава да се различити термини користе у истим изворима да означе исти институт.²²

У немачкој и швајцарској литератури су, пак, примера ради, у употреби термини *Informations-*, *Aufklärungs-*, *Anzeigepflicht*,²³ али и бројни други,²⁴ заједничко им је да користе термин „*Pflicht*“,²⁵ што би у строгом смислу могло да одговара термину „обавеза“.

И површна анализа наших законских прописа, али и домаће литературе, показује неконзистентност: тако се понекад говори о *дужности*,²⁶ а понекад о *обавези*²⁷ обавештавања,²⁸ иако је она предуговорног карактера.

²⁰ Y. Boyer, 51; V. Fages (2001), 132–134; J. Ghestin (2013), 1314; Denis Mazeaud, „Obligation de mise en garde“, *Revue des contrats*, janvier 2010, 30; Jacques Mestre, „Actualité de l’obligation d’information et du devoir de conseil“, *Revue trimestrielle de droit civil*, Recueil Sirey 1999, 83.

²¹ Један од изузетака је Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*), која се у својој обимној монографији о дужности обавештавања јасно изјаснила за употребу термина „obligation d’information“ сматрајући га „прецизнијим, те више правним од дужности“ („devoir“). M. Fabre-Magnan (1992), 6; Лејсак (*Leysac*) се пита не произлази ли дужност саветовања из својства професионалца, док обавеза саветовања из уговора. L. de Leysac, 340.

²² Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson’s Law of Contract*, Oxford 2016, 359; B. Nicholas, 172; Melvin A. Eisenberg, „Disclosure in Contract Law“, *California Law Review* 91, 2003, 1645 и даље; Eric Franklin, „Mandating Precontractual Disclosure“, *Scholarly Works*, 2013, 553 и даље; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks.

Поједини писци сматрају да постоји разлика и између дужности откривања информација (*duty to disclose information*) и дужности пружања информација (*duty to provide information*). Дужност откривања информација (*duty to disclose information*) представља дужност да се открије нешто што би страна радије сакрила – негативне чињенице које се односе на објект уговора. Дужност да се пруже информације (*duty to provide information*), служи да се побољша транспарентност, да подрже информациону јасноћу. Thomas Wilhelmssons, Christian Twigg-Flesner, „Pre-contractual information duties in the *acquis communautaire*“, *European Review of Contract Law* 4/2006, 451–452; Ruth Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge 2005, 2.

²³ A. Börgen, 1 и даље; G. Rehm, 1 и даље; J. Lauer, 1 и даље; E. S. Barg, 10.

²⁴ A. Keglević, 8 и даље.

²⁵ A. Börgen, 1 и даље; G. Rehm, 1 и даље; J. Lauer, 1 и даље; N. Schneider, 1 и даље; S. Hartmann, 1 и даље.

²⁶ Вид., примера ради, чл. 907 ЗОО; чл. 13, 27 и 87 ЗЗП; Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, 30–31.

²⁷ Вид. примера ради, Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд 2013, 504, која говори о предуговорној обавези кандидата за запослење; Милан Петровић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига прва, Београд 1980, 65; Драгољуб Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), књига прва, Крагујевац 1980, 110.

Чини се, међутим, да се међу дужностима, схваћеним у најширем смислу, могу разликовати најмање три категорије. Критеријум разликовања између њих огледа се управо у правном интензитету и режиму.

На једном полу стоје тзв. правне обавезе (нем. *Rechtspflichten*)²⁹, обавезе у ужем смислу како их поједини швајцарски писци називају (*Pflichten im engeren Sinn*)³⁰, које представљају дужности најјачег интензитета.³¹ Оно што обавезама даје најјачу правну снагу, у поређењу са осталим дужностима које познаје грађанско право, крије се у могућности њиховог принудног извршења и санкцији којом су снабдевене у случају њихове повреде.³² Поверилац не само да дужника може судским путем натерати на извршење већ је овлашћен да захтева и накнаду штете причињене њеном повредом. Стога се такве обавезе сматрају потпуним³³, савршеним.³⁴ Оне се рађају из правне везе (*vinculum iuris*), облигационог односа две стране, на основу кога једна страна, поверилац, има право да од свог дужника захтева извршење одређене престације (давање, чињење или нечињење).³⁵ Обавеза представља другу страну потраживања. Оно што је обавеза за једну страну, то је право за другу.

На сасвим су другом полу тзв. дужности у сопственом интересу, за које се у немачкој и швајцарској литератури употребљава термин *Obliegenheiten*,³⁶ „дужности мањег степена“.³⁷ Оне се од обавеза разликују двоструко: нити постоји

²⁸ Користимо прилику да на овом месту напоменемо да се ни термин „обавештавање“ не употребљава на свим местима: понекад се говори о „пријављивању“ околности (нпр. у чл. 907 ЗОО), понекад о „саопштавању“ (нпр. у чл. 514 ЗОО), понекад о „информисању“ (нпр. ЗЗКФУ), понекад о „упозорењу“ (нпр. чл. 731 ЗОО) итд.

²⁹ E. S. Barg, 10.

³⁰ S. Hartmann, 3.

³¹ Немачки теоретичар Рајмер Шмит (*Reimer Schmidt*) први је у немачкој правној литератури научно обрадио и објаснио ту разлику, али је она широко прихваћена. Reimer Schmidt, *Die Obliegenheiten*, Karlsruhe 1953.

³² S. Hartmann, 3.

³³ Petar Klarić, Martin Vedriš, *Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Zagreb 2009, 384.

³⁴ Лазар Марковић, *Грађанско право, Општи део и Стварно право*, Београд 1927, 81.

³⁵ Вид., уместо многих, Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, 7.

³⁶ Као типичан пример наводи се дужност спречавања веће штете, која је несумњиво, најпре, у интересу оштећеника, али и одговорног лица, који не може захтевати накнаду за увећану штету, али је неће ни сносити. И у том случају се неспречавање настанка веће штете сматра последицом радње оштећеног. R. Schmidt, 105 и даље; Jan M. van Dunné, „Precontractual duties and obligations“, *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (ed. Ewoud Hondius), Boston 1991, 228; Basel Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Oxford 2006, 476.

³⁷ S. Hartmann, 3.

право да се захтева њихово принудно извршење нити њихова повреда рађа право друге стране на накнаду штете. Могло би се, стога, рећи да оне и немају дужника и повериоца у строгом смислу речи јер је њихово испуњење у дужниковом сопственом интересу и не значи уједно остварење права друге стране. Зато се и каже да су то обавезе „са којима ниједно право не стоји у односу“.³⁸ За разлику од обавеза, које стоје у корелацији са потраживањима, код дужности у сопственом интересу нема такве корелације. Дужност једног лица није уједно и право другог. У том смислу, оне немају повериоца. Наметнуте су једном лицу, а нису установљене због права других.

Али, њихова повреда није без правних последица – дужник неизвршењем може изгубити одређено право. Дакле, иако искључиво од дужника зависи да ли ће се понашати на одређени начин – он на то не може принудним путем бити натеран нити може одговорати другој страни због неизвршења – извршење такве дужности претпоставка је за вршење неког права.³⁹ Зато их је прецизније сматрати теретима.⁴⁰

И поједине дужности обавештавања, предуговорног и уговорног карактера, установљене су само у интересу дужника. Пример за то је дужност пацијента да сарађује са лекаром, а та сарадња се, најпре, огледа у обавештавању лекара о истинитим подацима о свом здравственом стању. Та дужност нема карактер правне обавезе – њено испуњење се не може захтевати путем тужбе суду нити рађају право друге стране на накнаду штете. То је искључиво дужност у *властитом интересу*. Последица кршења те дужности је, стога, нешто другачија. Она може бити третирана као кривица оштећеног и разлог за отказивање даљег пружања здравствене заштите.⁴¹ Осим тог, неки од примера су и дужност купца да

³⁸ Владимир Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2012, 188.

³⁹ У немачкој теорији се та дужност објашњава, између осталих, и путем теорије о предусловима (*Voraussetzungstheorie*). За даље објашњење те и других теорија вид. у Е. S. Barg, 11 и даље.

⁴⁰ Права која су условљена вршењем таквих дужности називају се правима-теретима. В. Водинелић, 189 и даље.

⁴¹ Изузетак, када је та дужност и у интересу трећих, јесу ситуације када је реч о заразној болести, када постоји оправдана потреба заштите и трећих. Јаков Радишић, *Медицинско право*, Београд 2008, 88. Дужност обавештавања која терети пацијента разликује се од опште предуговорне дужности обавештавања по томе што њен циљ није успостављање једнакости између страна. Дужност обавештавања која лежи на пацијенту јесте дужност у сопственом интересу, како би се спречила штета која би могла бити само њему проузрокована. Необавештавањем он шкоди потенцијално само себи, не и другој страни.

обавести продавца о манана ствари одређеном року⁴² или дужност обавештавања повериоца о намери испуњења обавезе пре рока.⁴³

Исто тако, и дужност сваке стране да се пре закључења уговора сама обавести о свим информацијама које јој могу бити од значаја за доношење одлуке о закључењу уговора представља дужност у сопственом интересу.⁴⁴ Пропуст да то учини може је лишити права да захтева поништење уговора или, као што је то случај са одговорношћу за недостатке, права да се на недостатак позове.

Међутим, природа предуговорне дужности обавештавања је таква да је не можемо сместити ни у једну од поменутих категорија.⁴⁵ Она, заправо, представља пример тзв. дужности у обостраном интересу,⁴⁶ које припадају категорији која се, према свом правном режиму, налази између те две. Од обавеза, у строгом смислу, предуговорна дужност обавештавања разликује се по томе што другој страни (повериоцу) не даје право да захтева њено принудно извршење. Одлука о томе да ли ће дужност бити извршена потпуно је у рукама дужника. С друге стране, од дужности у сопственом интересу, предуговорна дужност обавештавања се разликује по томе што њено неизвршење не значи само губитак одређеног права.

⁴² Чл. 481–482 ЗОО. Испуњење такве дужности рађа одређена права купца према продавцу у случају да постоје мане ствари. Или обрнуто: необавештавање у року утиче на губитак купчевих права да се позива на недостатак. Изузетак је предвиђен чл. 485 ЗОО само у случају када је недостатак био познат продавцу или му није могао остати непознат.

⁴³ Чл 315 ЗОО. То би био случај нпр. са враћањем зајма пре рока, чл. 565 ЗОО. Дужник, начелно, има право да своју обавезу изврши пре рока, али да би вршио то право, неопходно је да обавести зајмодавца о тој намери. Обавештење је неопходно да би се зајмодавац припремио да прими исплату новца или да обезбеди смештај ствари које су предмет зајма, као и да нађе другог зајмопримца коме ће дати ствари које је добио пре него што је очекивао. Обрад Станојевић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1983, 1434.

⁴⁴ То је, примера ради, дужност купца да прегледа ствар. Вид. ЗОО, чл. 480 и даље,

⁴⁵ Вид. о томе и у S. Hartmann, 174.

⁴⁶ У нашој теорији се такве дужности у обостраном интересу често означавају „секундарним“, „споредним“, „несамосталним обавезама“. Њихово извршење се „не може захтевати ни преко ни мимо суда“, али су „претпоставка евентуалног потраживања надокнаде штете“. Јаков Радишић, *Облигационо право*, Ниш 2014, 36; Д. Стојановић (1980), 112; Борис Визнер, *Коментар Закона о облигационим односима*, Загреб 1978, 73. О природи таквих „споредних обавеза“ вид. и у Решењу Вишег трговинског суда, Пж. 6196/2008(2) од 14. августа 2008. године, *ParagrafLex*: „поверилац такве обавезе нема могућност да судским путем тражи осуду на такву чинидбу због њене неодређености, а тиме и неподобности за принудно извршење. Није могуће ради заштите таквог потраживања тражити да се друга уговорна страна обавезе ‘да се стара о извршењу уговора’, ‘да не омета извршење уговора’, ‘да омогући извршење уговора’ и слично. Ако је тако, онда не постоји ни правни интерес за изрицање осуде на чинидбу која се не може извршити према објективним правилима, ни добровољно, ни принудно, односно независно од поступања странака. По правилу, повериоцу такве обавезе остаје само могућност да тужбом тражи накнаду штете коју је, уколико је претрпео кршењем уговора, радњама или пропустима друге уговорне стране.“ Мада се суд у конкретном случају изјашњавао само о споредним обавезама које проистичу из уговора, став одговара општем схватању о природи споредних обавеза уопште.

Повреда предуговорне дужности обавештавања, имајући у виду да је у обостраном интересу, могла би да роди неке друге правне последице: право повериоца да захтева накнаду штете, а може довести и до престанка закљученог уговора. О тим последицама ће бити више речи на одговарајућим местима.

Може се закључити да теоријски и практични разлози указују на корисност термилошког разграничења обавеза, дужности (у обостраном интересу) и терета (претпоставки за вршење права, дужности у сопственом интересу). Чињеница је, међутим, да се такво разликовање не спроводи доследно – ни у закону, ни у теорији, ни у судској пракси. Упркос томе, чини се да неадекватна употреба тих термина не ствара проблеме у разумевању њихове суштине. Ипак, имајући све у виду, нарочито правни режим као критеријум,⁴⁷ нама се чини да је адекватније и прецизније говорити о предуговорној *дужности* обавештавања, те ћемо се у овом раду држати њега.⁴⁸ С друге стране, иако по својој природи терет, претпоставка за вршење права, определили смо се да *дужношћу* означимо и дужност сваке стране да се пре закључења уговора сама обавести о свему што јој може бити од интереса, из простог разлога што се такав термин уобичајио.

У делу о термилошком одређењу опште предуговорне дужности обавештавања корисно је учинити још једну напомену, како би се већ на почетку избегла било каква забуна. Термин *општа* предуговорна дужност обавештавања не користи се, ни на овом месту ни на другим местима у овом раду, како би означило да је реч о дужности једног саговорача да обавести другог о *свему* што би могло да му буде од интереса за доношење одлуке о закључењу уговора. Таква потпуна дужност, схваћена у апсолутном смислу, не постоји нити би требало да постоји у било ком правном систему. Термин „општа“ се употребљава само из разлога једноставности: најпре, како би се истакла дистинкција у односу на посебне предуговорне дужности обавештавања, дужности обавештавања које су изричито предвиђене законом; осим тога, има се у виду дужност која би могла да терети све субјекте, *a priori* независно од њиховог својства, уговора који се

⁴⁷ Вид. и о неким другим, мање прецизним критеријумима у М. Fabre-Magnan (1992), 5.

⁴⁸ Блажа Марковић, „Предуговорна одговорност“, *Бранич* I, 1/1991, јануар–март, Београд, 27. Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*) се, како је поменуто, у својој тези о дужности обавештавања определила за израз *l'obligation d'information*, а не *le devoir d'information*, наводећи, између осталог, да се термин „дужност“ не може одредити ни као претежно правни термин: „дужност не рађа увек правну везу између два или више лица, већ може бити и израз просте манифестације савести“. М. Fabre-Magnan (1992), 6.

закључује, природе односа између сауговорача итд. Те околности ипак нису без икаквог утицаја, о чему ће бити речи.

1.3 О функцијама предуговорне дужности обавештавања

О функцијама (циљевима) предуговорне дужности обавештавања, посебно када је реч о дужности општег карактера, тешко је говорити. Она се, као што је поменуто, често директно доводи у везу са општом теоријом уговора,⁴⁹ вредностима које су уткане у правила уговорног права, посебно правила о манама воље и одговорности за недостатке: однос који постоји између дужности обавештавања и њој сродних установа и те како непосредно утиче и на анализу њених функција. С друге стране, њихово различито уређење у упоредном праву и прилично различити погледи на постојање и обим дужности обавештавања ствар само додатно компликују. Стога, оградају се поједини писци, са чиме се слажемо, тешко је, ако не и прилично одважно, сачињавати исцрпну листу вредности које су укорењене у њима.⁵⁰ Сваки такав покушај би нужно био мањкав. Зато се та листа неће правити ни на овом месту већ ће се само на уопштен, нужно површан начин указати на главне идеје којима су се упоредноправна законодавства, судска пракса и доктрина руководиле приликом наметања дужности обавештавања, не само општег, већ и посебног карактера.⁵¹

Прво, као једна од примарних функција дужности обавештавања наводи се тежња да се њеним наметањем пружи *заштита стварној*⁵² вољи сауговорача

⁴⁹ T. Wilhelmssons, C. Twigg-Flesner, 449; F. Kessler, E. Fine, 438.

⁵⁰ R. Sefton-Green, 13.

⁵¹ То је и разлог што се међу писцима који посебно обрађују то питање број функција о којима говоре не поклапа. Тако, примера ради, Сефтон-Грин (*Sefton-Green*) издваја осам функција, док Вилхелмсонс (*Wilhelmssons*) и Твиг-Флезнер (*Twigg-Flesner*) помињу само пет. R. Sefton-Green, 14; T. Wilhelmssons, C. Twigg-Flesner, 449. О функцијама дужности обавештавања вид. и у А. Keglević, 22 и даље.

⁵² На овом месту корисно је учинити једну малу напомену: уместо *стварне*, прецизније је говорити о заштити *претпостављене* воље сауговорача. Оправдање лежи у следећем: за разлику од случајева принуде, где се постоји свесни несклад између унутрашње и изјављене воље, код преваре и заблуде се унутрашња и изјављена воља жртве поклапају. Она изјављује оно што заиста жели у тренутку закључења уговора, јер није свесна да жели погрешно, да је њена воља формирана на нетачној представи. Несклад, дакле, постоји између онога што се (погрешно) хоће и онога што би се хтело да је жртва имала потпуне и тачне информације. Ту се проблем јавља још у процесу формирања воље, а не у њеној изјави. Стога, када се каже да је једна од функција предуговорне дужности обавештавања заштита воље, мисли се на заштиту претпостављене воље,

(*protecting the real consent of the parties*) приликом закључења уговора.⁵³ Њено порекло се повезује са традиционалним разумевањем уговора као сагласности воља сауговорача и захтева да он (уговор) представља израз њихове слободне, озбиљне и стварне воље. Само страна која поседује све информације које су од одлучујућег значаја за доношење одлуке о закључењу уговора може бити у прилици да изрази стварну вољу.

Заштитна функција се испољава на још два начина. Циљ наметања дужности обавештавања често је реуспостављање равнотеже између будућих сауговорача. Страну која је инфериорна требало би заштитити у односу на другу, која је у том односу супериорнија, било у знању, било уопште у преговарачкој моћи.⁵⁴ Осим тога, санкционисањем повреде дужности обавештавања пружа се својеврсна компензација жртви заблуде због тога што се (оправдано) ослонила на то да закључени уговор одражава њену стварну вољу.⁵⁵

Друга, блиско повезана са њом, јесте функција *обезбеђивања рационалног понашања на тржишту (equipment for rational market behaviour)*.⁵⁶ Наиме, само информисана страна може бити у прилици да схвати да ли је закључење конкретног уговора рационалан потез. То, пак, зависи од њене способности да уочи разлику између више могућности које се на тржишту нуде и да направи рационалан избор између њих. Та се функција посебно истиче онда када је дужност обавештавања наметнута са циљем заштите потрошача.

Треће, анализа посебних дужности обавештавања, нарочито оних које су установљење у корист лаика,⁵⁷ показује тежњу да се постигне што већи степен

оне воље за коју се претпоставља да би била воља сауговорача да су му предочене све релевантне чињенице, да о њима није био у заблуди.

⁵³ T. Wilhelmssons, C. Twigg-Flesner, 449.

⁵⁴ R. Sefton-Green, 11.

⁵⁵ *Ibid.*, 14.

⁵⁶ T. Wilhelmssons, C. Twigg-Flesner, 449.

⁵⁷ Осим у случају потрошача, то произлази и, примера ради, из дужности која се законом у више наврата намеће послодавцима, а у корист запослених, да их приликом закључења писменим путем упозоре на правне последице закључења одређених уговора: нпр. чл. 172 Закона о раду предвиђа да је, уз анекс уговора о раду, послодавац дужан да запосленом достави писмено обавештење о разлозима за понуђени анекс уговора, року у коме запослени треба да се изјасни и правним последицама које могу да настану непотписивањем анекса; или према чл. 177 истог закона, приликом потписивања споразумног раскида уговора о раду, послодавац је дужан да писменим путем обавести запосленог о правним последицама до којих долази у остваривању права за случај незапослености; према чл. 185, решење о отказу мора да садржи образложење и поуку о правном леку. Осим тога, може се навести и пример дужности упозорења која је предвиђена Законом о хипотеци, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005, последње измене у 83/2015: у чл. 15, ст. 3, т. 2

јасноће у пружању информација (*upholding informational clarity*).⁵⁸ Та функција долази до изражаја онда када се дужнику намеће да одређене релевантне информације саговорачу пружи у писменом облику. Наметањем захтева форме у извршењу дужности обавештавања служи не само да би се обезбедио доказ о њеном извршењу и начину на који је извршена већ и да се обезбеди њена трајност: поверилац дужности обавештавања има могућност да се у сваком тренутку „присети“ информација које су му на такав начин предочене и дела у складу са њима. С друге стране, тиме се уједно онемогућава да се поверилац касније позива на то да са одређеном чињеницом није био упознат у тренутку закључења уговора.

Четврто, један од циљева може бити и то да се наметањем дужности обавештавања пружи потпора моралној дужности искреног, односно истинитог поступања (*upholding the moral duty of honesty*⁵⁹, *moral duty to tell the truth*⁶⁰).⁶¹ Право би требало да има циљ да мотивише саговораче да при закључењу уговора поступају искрено, водећи рачуна и о интересима друге стране. И обратно, саговораче би требало обесхрабривати да поступају неискрено, тако што би се санкционисало понашање које се на ширем друштвеном плану сматра морално недопустивим, као што је, примера ради, свесна и намерна злоупотреба туђе заблуде или незнања. То потврђује и чињеница да су различити правни системи, у недостатку конкретнијег основа, дужност обавештавања заснивали на једном

наводи се да извршни уговор о хипотеци, односно извршна заложна изјава о заснивању једностране хипотеке мора да садржи, између осталог, и изричиту одредбу, односно изјаву власника да је упозорен о последицама неизмирења дуга о доспелости те да, свестан тих последица, пристаје на могућност извршења уговора о хипотеци продајом његове непокретности у складу са одредбама тог закона о вансудском поступку намирења, без права на вођење парнице, као и да ће његова непокретност принудним путем бити испражњена и предата купцу у посед у року од 15 дана од дана закључења уговора о продаји ако је власник не преда добровољно, осим ако се хипотека уписује на сувласничком уделу. Напомињемо, имајући у виду бројност посебних дужности обавештавања, те да их није целисходно, али ни неопходно све набрајати, да су поменути чланови дати само примера ради.

⁵⁸ T. Wilhelmssons, C. Twigg-Flesner, 450.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ R. Sefton-Green, 14.

⁶¹ “*Holding things back does not always amount to concealment; but it does when you want people, for your own profit, to be kept in the dark about something which you know and would be useful for them to know. The person who fails to disclose what he knows is 'the reverse of open, straightforward, fair and honest: he is a shifty, deep, artful, treacherous, malevolent, underhand, sly, habitual rogue'.*” О Цицероновим речима изнетим у делу *De Officiis* вид. у A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 2.

општем начелу, начелу савесности и поштења (фр. *bonne foi*, нем. *Treu und Glauben*, енг. *good faith*).⁶²

Пето, дужност обавештавања може служити и као средство да се обезбеди правична садржина уговора (*fair content of the contract*).⁶³ Таква „правичност“ се постиже барем на три начина. Најпре, када је једној страни наметнута дужност да другу обавести о тзв. негативним информацијама, околностима које би јој радије прећутала, то може (нарочито кад је реч о трговцу) бити подстицај да он претходно своју понуду учини примамљивијом. То би посредно утицало на опште побољшање понуда на тржишту. Даље, правила којима се намеће дужност обавештавања могу бити користан инструмент за „скривену контролу“ садржине уговора: поједине одредбе уговора могле би се сматрати ништавим управо зато што је повређена дужност обавештавања.⁶⁴ Треће, нарочито када је реч о посебним дужностима обавештавања којима се често детаљно прописује о чему је једна страна дужна да обавести другу, као што је то случај у потрошачком праву, тиме се обезбеђује минималан садржај који сваки уговор одређене врсте мора да има.⁶⁵

Шесто, дужност обавештавања има функцију и да се сауговорачима наметне дужност да се понашају у складу са одређеним стандардима у промету (*imposing or regulating standards of behaviour expected by contracting parties*).⁶⁶ Показаће се да постојање и обим дужност обавештавања у великој мери зависе од својстава сауговорача – не очекује се у промету исти степен пажње при закључењу уговора од доброг домаћина, доброг привредника или доброг стручњака.

Седмо, функција дужности обавештавања може бити и у томе да се између сауговорача адекватно прерасподели ризик (*allocating risks under the contract*).⁶⁷ Наиме, намеће дужности обавештавања у великој мери зависи од природе уговора који се закључује, природе информације, начина закључења уговора,

⁶² Више о томе у делу 2.4 овог рада.

⁶³ Т. Wilhelmssons, С. Twigg-Flesner, 450.

⁶⁴ Пример за то би могла да буде и одредба из чл. 486, ст. 2 ЗОО, према којој је одредба уговора о ограничењу или искључењу одговорности за недостатке ствари ништава уколико је недостатак био познат продавцу, а он о њему није обавестио купца.

⁶⁵ А. Keglević, 28–29.

⁶⁶ R. Sefton-Green, 14.

⁶⁷ *Ibid.*

природе односа између саговорача итд. Признањем постојања дужности обавештавања у једним, а и непостојања у другим случајевима, посредно се исказује на који начин се врши прерасподела ризика између саговорача – ако је ризик на жртви заблуде, она неће моћи да се позива на њу како би издејствовала поништење уговора или захтевала накнаду штете; и обратно, ако је ризик на саговорачу жртве заблуде, он ће информисањем друге стране тежити да спречи да се заблуда уопште и догоди.

Коначно, једна од функција дужности обавештавања може бити и тежња да се постигне већа сигурност у правном промету.⁶⁸ Када се уговор закључи уз свест о свим релевантним околностима, отклања се могућност да се доведе у питање његова пуноважност.

На овом месту корисно је поменути да би тек анализа сваког конкретног случаја у коме је утврђено постојање дужности обавештавања могла да покаже коју од тих функција је она вршила; неће се у сваком конкретном случају све оне препознати нити ће у сваком од њих имати исти значај.

Део о функцијама предуговорне дужности обавештавања завршићемо још једном важном констатацијом: многе од поменутих вредности (функција) дужности обавештавања могу, на сличан начин, послужити и као аргумент да се дође до супротног закључка – да дужности обавештавања у конкретном случају није или не би требало да буде. Најпре, заштита стварне воље је важан, али не и апсолутан принцип уговорног права; о томе сведочи озбиљна расправа о односу теорије воље, изјаве и поверења. Воља, као психолошка, унутрашња чињеница, ни у једном систему се не штити на апсолутан начин. Даље, чињенице да су правила уговорног права на којима се заснива *општа* предуговорна дужност обавештавања и сама по природи ствари општа, често безобална, и да није једноставно утврдити јасне границе њихове примене могле би управо да наруше, а не да заштите правну сигурност. Коначно, претерано истицање дужности искреног поступања у промету могла би да доведе до нежељених резултата: саговорачи би изгубили подстицај да се сами старају о својим интересима, ослањајући се на то да ће друга страна то учинити уместо њих; смањено би се и

⁶⁸ *Ibid.*

општи подстицај за трагање за информацијама, што би посредно утицало на успоравање развоја друштва.

1.4 Метод истраживања предуговорне дужности обавештавања

Истраживање постојања и обима опште предуговорне дужности обавештавања, у сврхе израде ове докторске дисертације, налаже употребу неколико различитих метода.

Прво, неопходно је користити нормативни и догматски метод. Ти самостални методи служиће да се утврде *de lege lata* решења у овој области. Имајући у виду да нашим прописима није изричито регулисана општа предуговорна дужност обавештавања, до одговора на питање да ли она у нашем праву уопште постоји, који су њени домети, те како се санкционише понашање којом се та дужност повређује, покушаћемо да дођемо тумачењем постојећих правних норми. Да бисмо постигли тај циљ, нарочито је важно утврдити прави смисао одредаба којима су уређени сродни институти помоћу којих се тежи заштити воље саговорача. Осим тога, у мери у којој је неопходно, анализираће се и одредбе којима се намећу посебне предуговорне дужности обавештавања. Коначно, приступиће се тумачењу и утврђивању домашаја одредбе којом се, као основно начело, намеће дужност савесног и поштеног поступања при заснивању и извршењу обавеза, али и одредаба којима су уређена правила о одговорности за штету. У том смислу, посебно ће бити значајна употреба правнологичког метода индукције, помоћу кога ће се из мноштва појединачних решења, тежити да се извуку опште карактеристике и принципи, као и дедукције, којом ће се тежити да се на основу општих правила изнесу што конкретнији закључци о дужности обавештавања.

Друго, биће примењен и аксиолошки метод. Помоћу њега ћемо вредновати постојећа правна решења, посебно да ли су она довољна да се постигне онај циљ који се жели постићи имплементирањем опште предуговорне дужности обавештавања, а који се огледа у заштити воље уговорних страна и репарацији штете настале пропуштањем пружања релевантних обавештења. У том смислу, неопходно је утврдити да ли се поље примене опште предуговорне дужности

обавештавања (потпуно) поклапа са пољем примене постојећих установа, што би могло да води закључку да су решења њима предвиђена довољна или је, упркос њиховој сродности, неопходно њено посебно регулисање, чиме би се, заправо, употпунио систем заштите воље уговорних страна при закључењу уговора.

Треће, развој установе предуговорне дужности обавештавања у упоредном праву као важан намеће упоредноправни метод. Циљ коришћења тог метода јесте да се укаже на став законодаваца, доктрине и судова, посебно у земљама са озбиљном правном традицијом, и европскоконтиненталног и англосаксонског правног система. Од посебног ће бити значаја њихово поређење, имајући у виду, с једне стране, готово одбојност англосаксонских система према устројавању опште предуговорне дужности обавештавања, у којем се, начелно, сматра да она не постоји нити би требало да постоји, а с друге стране, нарочито француског права, у коме је процес стварања установе дужности обавештавања у судској пракси доживео велике размере, постављањем смерница за утврђивање елемената за њен настанак, њених лимита, природе, те начина санкционисања, а што је резултирао њеном имплементацијом изменама француског Грађанског законика из 2016. године.

Четврто, употреба правноисторијског метода служиће нам да схватимо порекло и развој (опште) предуговорне дужности обавештавања, нарочито разлоге (узроке) постепене, али значајне промене у схватањима о оправданости постојања једне такве дужности. У том смислу, поћи ће се од темеља традиционалног неприхватања да постоји општа предуговорна дужност обавештавања, све до постепеног удаљавања, готово напуштања тако строгих ставова, креирањем све бројнијих изузетака, најпре у облику посебних предуговорних дужности обавештавања у области осигурања, у потрошачком праву, у берзанском и банкарском праву, у медицинском праву итд. Историјскоправна анализа, свакако, била би непотпуна без указивања на повезаност, па и преплитање, са класичним институтима уговорног права.

Пето, користиће се и социолошки метод. Премда то није правни метод, истраживање о општој предуговорној дужности обавештавања не би било потпуно уколико се не би узело у обзир какав би утицај имплементирање такве дужности у правни систем имало на правне субјекте. У том контексту, економска

знања и схватања тог питања могу бити од неизмерне користи у разумевању оправданости (не)постојања такве дужности. Помоћу њих се може веома прецизно предвидети будуће понашање правних (и економских) субјеката у правном промету, што може служити као важан аргумент у опредељивању за најадекватније међу алтернативно понуђеним правним решењима.

1.5 План истраживања

Истраживање је у овом раду подељено у седам целина.

Први део је уводни. У њему ће бити дате опште напомене о предмету истраживања, о терминолошком одређењу, о природи, функцијама, уопште о значају истраживања о дужности обавештавања при закључењу уговора, као и о методима и плану истраживања.

У другом делу, истраживаће се однос опште предуговорне дужности обавештавања и других класичних института уговорног права. Та анализа ће бити корисна да се утврди може ли се на основу правила којима су уређени ти класични институти закључити о постојању и обиму дужности обавештавања, те могу ли они послужити као правни основ помоћу кога би се санкционисало ћутање једног саговорача при закључењу уговора.

У трећем делу биће приказана економска анализа предуговорне дужности обавештавања. Посебна пажња биће посвећена утицају предуговорне дужности обавештавања на понашање рационалних економских субјеката. Осим тога, биће дат приказ најважнијих теорија којима су писци покушавали да објасне због чега се, односно због чега би требало наметнути дужност обавештавања у једним, а због чега то не би требало у другим случајевима.

У четвртном делу, у главним цртама ће бити приказана решења предложена у моделима и пројектима европског уговорног права. Имајући у виду да су они резултат вишедеценијског рада великог броја правника на анализи постојећих решења у различитим правним системима, те да такав рад представља својеврсну синтезу упоредноправних решења, чини се важним указати, макар уопштено, на начин на који је у њима предложено и регулисање опште предуговорне дужности обавештавања.

Пети део посвећен је утврђивању елемената опште предуговорне дужности обавештавања. Он је подељен у две велике целине. У првој целини се испитује на који начин држање (понашање) саговорача утиче на настанак и обим дужности обавештавања. У другој целини се истражује које чињенице могу бити објект предуговорне дужности обавештавања.

У шестом делу пажња се посвећује околностима које могу представљати препреку за настанак дужности обавештавања. У вези са тим, најпре се испитује да ли је свако изношење нетачних чињеница при закључењу уговора подложно правној санкцији. Треба утврдити постоји ли, у одређеним случајевима, право једног саговорача да изнесе нетачне чињенице, које би самим тим могло представљати препреку за настанак дужности обавештавања. Осим тога, неопходно је испитати и у каквом су односу дужност обавештавања и дужност чувања тајни, те којој би од њих, у случају конкуренције, требало дати предност.

Коначно, у последњем, седмом делу биће смештена закључна разматрања.

2 О ПРАВНОМ ОСНОВУ И НАЧИНУ САНКЦИОНИСАЊА ОПШТЕ ПРЕДУГОВОРНЕ ДУЖНОСТИ ОБАВЕШТАВАЊА

2.1 Однос предуговорне дужности обавештавања и преваре

2.1.1 *Превара ћутањем – постављање проблема*

Питање решавања проблема ћутања једног сауговорача при закључењу уговора о околностима чије је релевантности за другог сауговорача свестан, најпре се у упоредном праву поставило у оквиру једног другог проблема – преиспитивања услова за примену правила о превари. Може ли се, наиме, преварити ћутањем?

Дилема настаје у вези са обликом испољавања преваре. Да ли се материјални елемент преваре – облик њеног испољавања – схвата: а) у ужем смислу, при чему се под преваром подразумевају само они случајеви у којима се предузимају одређене активности, *радње* које су усмерене ка томе да се створи или одржи заблуда друге стране о одређеној околности; или пак б) у ширем смислу, којим се обухвата сваки вид преварног поступања, укључујући и потпуно пасивно понашање, ћутањем, уз свест о томе да постоји заблуда друге стране?

Одговор на то питање има круцијалан значај за проналажење даљих одговора на неколико важних, међусобно повезаних питања: прво, какав је однос те две установе – преваре и предуговорне дужности обавештавања; друго, да ли се из правила о превари може извести закључак о постојању предуговорне дужности обавештавања; треће, у којим се случајевима правила о превари могу применити како би се санкционисала повреда предуговорне дужности обавештавања?

2.1.2 *Схватања о превари и дужности обавештавања као двема одвојеним установама у англосаксонским праву*

Имајући у виду да се у англосаксонском праву превара уобичајено дефинише као *намерно изношење нетачних изјава (fraudulent misrepresentation)*,⁶⁹ рано се јавила потреба да се укаже на разлику између, с једне стране, простог

⁶⁹ Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, Oxford 2010, 301.

ћутања (*simple non-disclosure*), које се „ма како морално прекорљиво“⁷⁰, начелно не сматра преваром, и с друге стране, других радњи из којих се имплицитно закључује о постојању такве преварне „изјаве“. Наиме, сматра се неспорним да се једна страна може позвати на правила о превари уколико ју је друга слагала, са намером да изазове заблуду и наведе је на закључење уговора. Постоји, дакле, дужност да се не лаже. Међутим, у англосаксонској пракси је било спорно да ли се превара своди само на лагање (изношење нетачних изјава, *fraudulent misrepresentation*) или се преварним поступањем могу сматрати још и неки други видови преварног поступања.

2.1.2.1 Строго раздвајање ћутања од активних радњи довођења/одржавања у заблуди

У англосаксонском праву се помиње неколико случајева у којима се појам „изјава“ (*representation*) сауговарача тумачи екстензивно, при чему се под тиме обухвата не само изношење тврдњи које су непосредно, експлицитно и директно усмерене ка томе да се изазове заблуда друге стране, већ и предузимање радњи или изношење таквих изјава из којих се посредно закључује о постојању такве „изјаве“.

На првом месту, ниједна страна не сме предузимати такве радње којима се активно прикривају (*active concealment*)⁷¹ чињенице које би могле бити значајне за другу страну, а до којих би она самостално и једноставно могла доћи да није било таквих аката.⁷² Таквих примера у англосаксонској пракси има доста.⁷³ Познат је случај *Schneider v. Heath* у коме је власник брода, у жељи да га што пре прода, држао брод све до закључења уговора на води, прикривши тиме пукотине које су се налазиле на дну. Иако је брод био продат „са свим манама“, дакле уз изричито искључење одговорности продавца, суд је продавца обавезао да накнади штету јер

⁷⁰ J. Cartwright (2012), 827.

⁷¹ Page Keeton, „Fraud – Concealment and Non-disclosure“, *Texas Law Review* 15, 1/1936–1937, 2 и даље.

⁷² Идеју је изразио и Врховни суд САД на следећи начин: „While he was on the right track... to throw him off the scent, so to speak, and prevent him in any fraudulent way from procuring the information desired.“ *Ibid.*, 3.

⁷³ Вид. примере у G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 207.

је купцу онемогућио да утврди стање оног дела брода који је био под водом.⁷⁴ У једном сличном случају, суд је обавезао продавца да накнади штету купцу јер је префарбао пукотину која се налазила на машини и продао је, не обавестивши купца о томе.⁷⁵

Друго, ниједна страна при закључењу уговора не сме предузимати такве радње које, ма како безначајно деловале, могу одржати другу страну у заблуди у коју је упала макар и из непажње. Реч је о „изјавама“ које произлазе из понашања (*representation by conduct*) којим се недвосмислено потврђује постојање или непостојање одређене чињенице.⁷⁶ Тако, чак и „климање главом, намигивање, руковање, осмех, тон гласа или било које слично понашање“,⁷⁷ сматраће се преваром ако се на тај начин другој страни потврђује да ствари стоје управо онако како их је сама разумела.

Трећи случај проширивања појма преваре у англосаксонском праву односи се на изношење тзв. полуистина (*half-truths*⁷⁸, *partial truths*⁷⁹). Реч је о случајевима у којима је једна страна изнела чињенице које, саме по себи, нису нетачне, али могу другу страну довести у заблуду по питању неких других чињеница. Случај *Curtis v. Chemical Cleaning Co*⁸⁰ најадекватније описује такве ситуације. Лице запослено у радионици за хемијско чишћење изричито је обавестило клијента да се радионица ослобађа потенцијалне штете која би могла бити нанета перлама или шљокицама на хаљини која је предата. Иако та тврдња није, сама по себи, била нетачна, она је свакако била непотпуна. Запослени, наиме, није обавестио клијента да се заправо искључује одговорност радионице за било какву штету која може настати на ствари, њеним оштећењем, уништењем или пак губитком. Таква

⁷⁴ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2010), 301. У сличном случају *Ward v. Hobbs*, суд је пресудио другачије (продавац није одговарао за штету), сматрајући да је ирелевантно колико мана ствар има, уколико је изричито наведено да се продаје са „свим манама“, осим уколико је продавац мане скривао како их купац не би уочио. В. Nicholas, 171; А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 33.

⁷⁵ Вид. пример у Р. Keeton, 4.

⁷⁶ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2010), 301.

⁷⁷ S. M. Waddams, „Pre-contractual Duties of Disclosure“, *Essays for Patrick Atiyah* (eds. Peter Cane, Jane Stapleton), Oxford 1991, 240; Michael Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, Oxford University Press, 2012, 454; G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 209.

⁷⁸ J. Cartwright (2012), 827.

⁷⁹ В. Nicholas, 172.

⁸⁰ Вид. пример у Neil Andrews, *Contract Law*, Cambridge 2015, 253; P. S. Atiyah, Stephen Smith, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford 2005, 252. У теорији се наводи и пример да, ако правни заступник продавца изјави да нема сазнања о било каквим ограничењима употребе ствари, онда мора изјавити и да, притом, није спровео никаква истраживања да ли заиста постоје било каква ограничења. У супротном, сматраће се као да је то заиста и учинио. В. Nicholas, 172.

„половична“ изјава је створила уверење да је одговорност искључена само у одређеним случајевима. Сматрајући да се тужени не могу позивати на одредбу о искључењу одговорности, суд је истакао да, иако је истинито оно што је изјављено, прећуткивање осталих околности може потпуно да искриви слику о правом стању ствари.⁸¹ Изношење „полуистина“ третираће се, стога, на исти начин као лаж јер, иако је тачно све што је неко изнео, сматраће се да је учињена превара ако није речено све што је потребно.⁸² Принцип је, дакле, све или ништа.

Коначно, о превари ће бити речи и ако је, у време када је дата, одређена изјава била истинита, али су се околности до закључења уговора тако промениле да се она више не може сматрати истинитом. Имајући у виду да изјава сауговорача више не одражава стварно стање ствари, рађа се дужност да се сауговорач обавести о тим промењеним околностима. Тај вид преваре се у теорији означава као „продужена нетачна изјава“ (*continuing misrepresentation*)⁸³ јер се сматра да све што стране изјаве једна другој мора бити истинито не само у тренутку када се таква изјава даје; она мора имати „продужено дејство“. Исто важи и за оне случајеве у којима је једна страна изнела одређене тврдње за које је веровала да су истините, али је накнадно, свакако пре закључења уговора, сазнала да су нетачне.⁸⁴ Дужност обавештавања, у обе ове варијанте, настаје само онда када страна која је дала такву изјаву заиста сазна да су се околности промениле.⁸⁵ Другим речима, она није дужна да накнадно проверава истинитост свих својих датих тврдњи.

2.1.2.2 О односу преваре и простог ћутања у англосаксонском праву – нема преклапања?

Опште је правило у англосаксонском праву да се просто ћутање (*simple non-disclosure*) при закључењу уговора не може сматрати преваром, чак ни онда када је очигледно да би обавештењем престала заблуда друге стране.

⁸¹ M. Furmston, 455; N. Andrews, 252–253; P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford 1995, 253; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 30.

⁸² „*The true import of what was said or written is distorted by what is left unsaid, so that even if the representation is true in every particular it is nevertheless misleading.*“ N. Andrews, 252.

⁸³ P. Keeton, 6.

⁸⁴ B. Nicholas, 172; Andrew Burrows, *English Private Law*, Oxford 2013, 540; S. M. Waddams, 240.

⁸⁵ P. S. Atiyah, S. Smith, 252; N. Andrews, 253.

Није тешко препознати да такав строг став англосаксонског права има корене још у принципу *caveat emptor*.⁸⁶ Тај принцип, који је свој врхунац у англосаксонском праву достигао у периоду „робусног индивидуализма“⁸⁷ 19. века, заснива се на идеји да свака страна мора сама да се потруди да сазна све информације које су јој значајне за закључење уговора. Правило важи и у оним случајевима када се њеном сауговорачу ништа не може замерити и онда када је он свестан заблуде жртве и врло једноставно се може извући из ње.

Као зачетак строгог приступа англосаксонског права наводи се случај *Fox v. Mackreth* из 1788. године.⁸⁸ У њему је, наиме, лорд Турлоу (*Lord Thurlow*) међу првима предложио идеје које су имале значајан утицај на схватања о дужности обавештавања у енглеском праву. Он је пошао од хипотетичког случаја у коме купац зна да на имању продавца постоји рудник, а о чему продавац нема сазнања. Да ли би, питао се лорд Турлоу, суд требало да поништи такав уговор зато што је купац намерно прећутао ту околност? Пруживши негативан одговор, у свом образложењу наводи:

*Потребно је, како би се уговор поништио, не само да је постојала велика неједнакост у давањима, већ и да је једна страна заиста имала дужност да другу обавести. Суд неће „исправити“ уговор само зато што га поштен човек не би закључио; мора бити речи о неком виду преваре; правило мора бити такво да не погађа на општи начин правни промет.*⁸⁹

Принцип *caveat emptor* дефинитивно је устоличен у 19. веку, у често цитираном случају *Smith v. Hughes* из 1871. године. Случај се, наиме, односио на продају одређене парцеле овса. Купац је веровао да купује земљиште на коме се

⁸⁶ „Нека купац буде обазрив“, „*Emptor debet esse curiosus*“ (лат.), „*l'acheteur doit être curieux*“ (fr.), „*Buyer beware*“ (eng.). У енглеској литератури се помиње да израз *caveat emptor*, упркос латинском називу, не потиче из римског права већ своје корене налази у енглеској литератури. Први пут је тај израз употребљен у 16. веку, када је у једној правној дискусији Фицхерберт (*Fitzherbert*) о случају који се односио на куповину коња закључио: „*if he be tame and have been rydden upon, then caveat emptor!*“ Више о том принципу у Walton Hamilton, „The Ancient Maxim Caveat Emptor“, *The Yale Law Journal* 40, 8/1931 (Jun), 1164; Увођење таквог принципа представљало је напуштање дотадашњег режима – у средњем веку је, наиме, ситуација била значајно другачија, што би се могло описати крилатицом да је „купац увек у праву“. Charles T. LeViness, „Caveat Emptor vs. Caveat Venditor“, *Meryland Law Review*, 1942–1943, 178, HeinOnline, 31. мај 2016.

⁸⁷ Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford 2011, 426.

⁸⁸ A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 101–102.

⁸⁹ „*It is... essentially necessary, in order to set aside the transaction, not only that a great advantage should be taken, but it must arise from some obligation in the party to make the discovery. The Court will not correct a contract, merely because a man of nice honour would not have entered into it; it must fall within some definition of fraud; the rule must be drawn so as not to affect the general transactions of mankind.*“ *Ibid.*, 102.

налази стари овас. Иако је продавац тога био свестан, као и чињенице да је реч о новом, а не старом овсу, није предузео ништа; нити је купца подстицао у тој заблуди, нити га је разуверавао. Судија Кокбурн (*Cockburn*), који је судио у том случају, изнео је став који најадекватније приказује суштинску идеју начела *caveat emptor*:

*Питање је да ли, у тим околностима, пасивно понашање продавца у односу на погрешну представу купца може дати право купцу да поништи уговор. Мишљења сам да не може... Сматрам да би правило требало да буде, када се продаје одређена роба, а нема изричите гаранције, нити би се она имплицитно могла наметнути... при чему је купац имао прилику да прегледа ствар и донесе свој суд, да се принцип *caveat emptor* има применити.*⁹⁰

Главна оправдање за примену тог принципа лежала је у преовлађујућем утицају модела слободне тржишне економије на енглеско уговорно право.⁹¹ Невољност судова да усвоје захтев за поништење уговора последица је све заступљенијег схватања да је једна од сврха уговора у томе да обезбеде економску предност. Притом, може се закључити из поменутих примера, примена тог начела није била ограничена само на однос између продавца и купца нити се у том односу ограничавала само на купца; „ни продавац не може оправдано да очекује да ће му купац рећи да је ствар коју продаје уметничко дело, уместо да је копија“.⁹² Пропуст да се друга страна обавести о релевантним чињеницама које би утицале на одлуку брижљивог сауговарача не рађа право да се уговор поништи.⁹³ У том смислу је важно направити разлику између преваре (активног обмањивања) и ћутања (пасивног обмањивања).⁹⁴ Пасивно понашање, макар и уз свест о заблуди, не рађа само по себи дужност обавештавања. Сауговарач ће бити везан

⁹⁰ V. Nicholas, 169.

⁹¹ Pierre Legrand, „Pre-contractual disclosure and information: English and French Law compared“, *Oxford Journal of Legal Studies* 6, 3/1986, 323.

⁹² V. Nicholas, 169.

⁹³ Строго придржавање начела *caveat emptor* исказао је судија Слејд (*Slade*) у случају *Banque Financiere v. Westgate Ins. Co.* (1989): „Генерални принцип да нема дужности да се говори у току преговарања за закључење стандардног комерцијалног уговора... једно је од фундаменталних начела нашег уговорног права и представљало је основ за многе одлуке у прошлости. Небројено много је случајева у којима један преговарач пропусти да другом открије неку околност која за њу представља околност од великог значаја. Ипак, наше право ту другу страну оставља без решења.“ K. Zweigert, H. Kötz, 426–427.

⁹⁴ То је и разлог зашто адвокати који заступају купце при закључењу уговора о продаји постављају бројна питања о самој непокретности, тежећи да смање ризик који се јавља због могућности да продавац скрива важне информације. Janet O’Sullivan, Jonathan Hilliard, *The Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford 2012, 258–259.

уговором јер „питање није шта би човек од скрупула или части урадио у тим околностима...“.⁹⁵ Уколико заблуда није изазвана, мора постојати неки нарочит разлог – закључење *uberrima fidei* уговора или фидуцијарни однос између сауговорача – да би у конкретном случају постојала дужност обавештавања.⁹⁶

На основу тога се може закључити да се у англосаксонском праву строго одвајају поља примене правила о превари и правила о дужности обавештавања. Ћутање, макар и злонамерно, не сматра се преваром. Оно санкцију може имати само онда када се сматра да је при закључењу одређеног уговора постојала дужност обавештавања. Али таква дужност не деривира из правила о превари. Осим тога, да су њихова поља одвојена, доказује и преовлађујући став у англосаксонској литератури и пракси да је искључена могућност примене правила о деликтној одговорности за штету причињену преваром (енг. *liability in the tort of deceit*) на случајеве намерне повреде дужности обавештавања.⁹⁷ Другим речима, правила о превари се не примењују ни као основ дужности обавештавања ни као начин њеног санкционисања, онда када је повређена злонамерно.

Треба поменути да се последњих деценија и у англосаксонском праву чини помак у правном регулисању злонамерног прећуткивања правилном о превари. Чешће него раније наилази се на тврдње да је „неоткривање (*non-disclosure*), онда када постоји дужност да се говори, исто што и имплицитна изјава да не постоји ништа релевантно што би се открило“⁹⁸ (наше наглашавање). Најсмелији став је по том питању изнео лорд Блекбурн (*Lord Blackburn*) у случају *Brownlie v. Campbell*.⁹⁹

Када постоји дужност или обавеза да се говори, а лице прекрши ту дужност или обавезу тиме што „држи језик за зубима“ и не говори оно што би требало да каже, ако је то учињено са намером да наведе другу страну да дела са уверењем да је сауговорач ћутао зато што није ни имао шта да јој каже, наклоњен сам ставу да је у питању превара...¹⁰⁰

⁹⁵ К. Zweigert, Н. Kötz, 426.

⁹⁶ А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 102.

⁹⁷ Вид., уместо многих, J. Beatson, А. Burrows, J. Cartwright (2016), 367.

⁹⁸ Вид. случај *Conlon v. Simms* у J. Cartwright (2012), 827; Andrew Burrows, Edwon Peel, *Contract Formations and Parties*, Oxford 2010, 147.

⁹⁹ S. M. Waddams, 240.

¹⁰⁰ „Where there is a duty or an obligation to speak, and a man in breach of that duty or obligation holds his tongue and does not speak, and does not say the thing he was bound to say, if that was done with the intention of inducing the other party to act upon the belief that the reason why he did not speak was because he had nothing to say, I should be inclined myself to hold that that was fraud...“ Вид. цитат према S. M. Waddams, 240.

Иако такав став није усамљен,¹⁰¹ правни писци су врло скептични према његовој основаности и оправданости.

2.1.3 Дужност обавештавања као претпоставка санкционисања преваре ћутањем

Има, пак, система који не раздвајају на тако строг начин установу преваре од предуговорне дужности обавештавања.

Имајући у виду да ћутање најчешће¹⁰² није изричито предвиђено законом као један од видова преварног поступања, судска пракса је одиграла важну улогу у кристалисању услова под којима се и злонамерно прећуткивање одређених чињеница може сматрати преваром.

Тој групи система припадају немачко, швајцарско и аустријско право,¹⁰³ а могло би се рећи, мада уз оgradu, да је до реформе из 2016. године, припадало и француско право.

О томе да се и ћутање може подвести под одредбу § 123, ст. 1 БГБ о превари, изјаснио се још пре више од једног века *Reichsgericht*: „није неопходно да онај који ћути преварним средствима прикрива одређену околност или је чини непрепознатљивом. Довољно је, али и неопходно, да он пропусти да говори о ствари о којој друга страна очекује обавештење, према околностима случаја или природи послова.“¹⁰⁴ Исти став задржао је и *Bundesgerichtshof*: превара може бити учињена не само довођењем друге стране у заблуду активним радњама – лагањем или другим преварним понашањем – већ и задржавањем информација које су од одлучујућег значаја за другу страну. Таква превара пропуштањем (*Täuschung*

¹⁰¹ S. M. Waddams, 241; A. Burrows, E. Peel, 147.

¹⁰² Примера ради, у холандском Грађанском законнику (чл. 3:44 ст. 3) изричито се предвиђа да превара може бити учињена и ћутањем, ако се прећуткују чињенице „о којима је страна била дужна да обавести саговорача“. Hein Kötz, Axel Flessner, *European Contract Law*, Oxford 1997, 199.

¹⁰³ Вид. за аустријско право: „Sufficient for avoidance on ground of deceit is a situation, where a party to a contract is clearly mistaken, and the other party, notwithstanding the duty to give notice thereof, remains silent in order to benefit from the partner's error.“ Willibald Posch, „Austria“, *Wolters Kluwer*, 2016, 97.

¹⁰⁴ Вид. одлуку тог суда од 27. марта 1906. године у Alfred Rieg, *Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris 1961, 156.

durch Unterlassen) претпоставља да је сауговорач имао дужност да обавести (*Aufklärungspflicht*) другу страну о околности коју је прећутао.¹⁰⁵

На готово идентичне идеје наилазимо и у швајцарском праву.¹⁰⁶ Тако, према *Tribunal fédéral*, „превара се може састојати и у прећуткивању чињеница чије обавештавање налаже савесно и поштено поступање у промету, дужност која зависи од околности сваког случаја...“.¹⁰⁷

За системе који припадају тој групи карактеристично је да свест о заблуди друге стране, па ни намера да се она ћутањем одржи, нису сами по себи довољни да би се могла применити правила о превари ћутањем. Дужности обавештавања као општег правила нема јер се сматра да свака страна сноси терет прибављања свих информација које сматра релевантним.¹⁰⁸ Тек када би се ћутање могло квалификовати као понашање супротно начелу савесности и поштења, рађа се дужност обавештавања,¹⁰⁹ а њено злонамерно повређивање активира могућност примене правила о превари.¹¹⁰

О превари ћутањем, стога, може бити речи тек уколико се утврди да је претходно постојала предуговорна дужност обавештавања, која је злонамерно повређена;¹¹¹ друга је, дакле, предуслов прве.

¹⁰⁵ B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 305; K. Zweigert, H. Kötz, 425; Christian von Bar, Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, припремљено од Комисије за Европски грађански законик (*Study Group on a European Civil Code*) и Истраживачке групе за Европско уговорно право (*Research Group on EC Private Law – Acquis Group*), Munich 2009, 498; Sanne Jansen, „Belgian Case Note, The Defect of Consent Deceit, Information Duties, and Discrimination Legislation: The Thor Steinar Cases Applied in Belgian Law“, *European Review of Private Law* 3–4/2011, 375–376.

¹⁰⁶ Треба напоменути да се у швајцарској литератури може наићи и на схватања да свест о заблуди друге стране увек рађа дужност „извлачења“ из ње. Вид., примера ради, Franz Schenker, „Switzerland“, *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (ed. Ewoud Hondius), Boston 1991, 315. Ипак таква схватања су мањинска.

¹⁰⁷ „...Le dol peut consister dans le silence gardé sur des faits que la bonne foi commerciale exigeait de signaler, devoir qui dépend des circonstances de chaque cas...“. Robert Patry, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, Genève 1953, 243.

¹⁰⁸ „Zwar besteht bei Vertragsverhandlungen keine allgemeine Rechtspflicht, den anderen Teil über alle Einzelheiten und Umstände aufzuklären, die dessen Willenentschließung beeinflussen könnten.“ S. Jansen, 376 и фн. 70; B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 305.

¹⁰⁹ Hugh Beale, „The Draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties of Disclosure“, *European Review of Contract Law (ERCL)* 3/2008, 326; A. Rieg, 158.

¹¹⁰ B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 305.

¹¹¹ Andreas von Tuhr, *Partie générale de Code fédérale des Obligations*, Lausanne 1929, 266; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, *Le droit des obligations*, Zurich 2012, 184. О недовољно јасној позицији Шмидлина (*Schmidlin*) у Bruno Schmidlin, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (dir. Luc Thévenoz, Franc Werro), Bâle 2012, 252.

2.1.4 Ћутање као равноправан облик преварног поступања у француском праву

Конечно, има и система, као што је француски, у којима се злонамерно прећуткивање (*reticence dolosivē*), према свом дејству на закључени уговор, потпуно изједначава са осталим видовима преварног поступања.

До таквог закључка долази се тумачењем две одредбе које су имплементирани у француски Грађански законик реформом из 2016. године.

Прва од те две представља одредба из чл. 1337 ФГЗ којом се дефинише превара. Осим радњи (*manoeuvres*) и лажи (*mensonges*), према ставу 2 се сматра преваром (*dol*) и када један саговорач намерно прикрива (*dissimulation intentionnelle*) информације чији му је одлучујући карактер за другу страну познат.¹¹² У коментарима те реформе прецизира се да се под намерним прикривањем подразумева злонамерно прећуткивање чињеница.¹¹³ Доказ да је превара ћутањем подигнута на ниво равноправног облика преварног поступања произлази и из чињенице да њено санкционисање није ни на који начин условљено постојањем дужности обавештавања.¹¹⁴ Лице које се позива на то да је било жртва преваре мораће да докаже да је друга страна имала свест о одређеној чињеници, да је имала свест о њеном одлучујућем значају и да ју је намерно прећутала. Али оно неће морати да доказује да о тој конкретној чињеници постоји дужност обавештавања. Практично, санкција злонамерног прећуткивања ће

¹¹² „Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.“

¹¹³ Barthélemy Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, Levallois 2016, 105; Nicolas Dissaux, Christophe Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris 2016, 42–43; Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, Paris 2016, 202; Philippe Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris 2016, 20; Mathias Latina, Gaël Chantepie, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris 2016, 263, 266; Laurence Mauger-Vielpeau, *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime general et de la preuve des obligations*, Thibault Douville (dir.), Caen 2016, 90.

¹¹⁴ Тиме се одступило од решења које је предвиђала прва верзија Пројекта Ордонансе за реформу уговорног права, општег дела и терета доказивања (*Projet d'Ordonnance du portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*) коју је објавило Министарство правде Републике Француске у фебруару 2015. године. Према чл. 1136 те верзије, преваром се сматрало и „намерно прикривање информације којом један саговорач има дужност да снабде другог у складу са законом“. Вид. о томе у О. Deshayes, Т. Genicon, Y.-M. Laithier, 203; http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf, 10. децембар 2017.

уследити без обзира на то какве је природе чињеница која се прећуткује; извлачење друге стране из заблуде се поставља као императив.

Али, морализација француског уговорног права тиме није до краја предочена. Друга од поменуте две одредбе смештена је у чл. 1339 ФГЗ, према коме је свака заблуда која је резултат преваре увек извињавајућа (*excusable*); она утиче на пуноважност уговора чак и онда када се односи на вредност престација или обичан мотив за закључење уговора.¹¹⁵ Другим речима, и када је жртви преваре одређена чињеница била једноставно доступна, и када је непажњом упала у заблуду, она ће моћи да захтева поништење уговора и/или накнаду штете позивањем на правила о превари ћутањем.

До таквог решења се у француском праву дошло постепено, али се може закључити да су схватања о квалификацији ћутања као преварног поступања доживела потпуни преокрет.

Наиме, традиционално, класично схватање установе преваре заснивало се првенствено на језичком тумачењу одредбе чл. 1116 *Code civil* (пре измена): према њему материјални елемент преваре чине само „радње“ (*manœuvres*), и то такве да је очигледно да без њих друга страна не би закључила уговор.¹¹⁶ Иако се тај израз тумачио широко, тако да обухвата сваки, па и најмањи вид активног понашања,¹¹⁷ присталице класичног схватања одбијале су да прихвате да до преваре може доћи и ћутањем. Ћутање, као суздржавање од изношења чињеница за које се зна да могу занимати другу страну, а о којима притом постоји заблуда друге стране, није се сматрало преваром. Оно је могло да доведе до поништења уговора, али не применом правила о превари већ о заблуди. Решење је било ограниченог домета: заблуда мора бити битна да би утицала на пуноважност уговора.¹¹⁸ Иако је било „излета“ неких нижих француских судова,¹¹⁹ Касациони

¹¹⁵ „L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat.“

¹¹⁶ Чл. 1116 ФГЗ-а, пре усвојених измена од октобра 2016. године садржао је одредбу: „Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.“

¹¹⁷ „Сматра се преваром свако изненађивање, подвале, смицалице и друго погрешно усмеравање како би се обмануо други“. Muriel Fabre-Magnan, *Les obligations*, Paris 2004, 290.

¹¹⁸ То се наводи као један од разлога због којих је судска пракса покушавала да прибегне концепту дужности обавештавања. С. Garcin, О. Moréteau, 117.

¹¹⁹ Тако, суд у Лиону је у више наврата истицао да ћутање о околностима релевантним за другу страну конституише превару. J. Ghestin (2013), 1102.

суд је био чврстог става да је „просто ћутање само по себи недовољно да конституише превару“.¹²⁰

Поједини француски писци су рано почели да указују на неправичност тако строгог става, истичући да би, у одређеним случајевима, и ћутање требало сматрати преваром.¹²¹ Посебно је значајан био Жилијаров (*Juglart*) чланак из 1945. године, у коме је тврдио да постоје „бројни случајеви у којима дужност стране да се информише уступа место праву да буде информисана“.¹²² До повреде такве предуговорне дужности обавештавања може доћи не само позитивним актима, већ и негативним – простим ћутањем.¹²³ Његове идеје су, међутим, дуго наилазиле на озбиљан отпор.

Први корак ка санкционисању ћутања био је покушај да се пренебрегне уско дефинисање преваре у ФГЗ-у, односно да се ћутање на неки начин подведе под „маневар“ и добије свој правни основ. Правно питање замењено је чињеничним: може ли се ћутање сматрати маневром?¹²⁴ Бити нем у одређеним околностима може произвести једнаке ефекте као када се дају позитивне изјаве (када се лаже).¹²⁵ Зашто би се материјалном елементу, облику испољавања преваре, дао већи значај него моралном, који се огледа у намери да се обмане?¹²⁶

Под снажним утицајем теорије која је обесмишљавала формалну разлику у начинима преварног поступања, сматрајући да се долозом ћутању морају приписати исте последице као и превари активним понашањем, француски судови су постепено почели да проширују поље преваре, санкционишући и случајеве преваре до које долази простим ћутањем.¹²⁷ Прва значајна одлука донета је 1958. године, када је Касациони суд променио дотадашњи став, коначно признавши да „превара може, под одређеним условима, бити последица ћутања једног

¹²⁰ Вид. J. Ghestin (2013), 1102 и тамо наведене фусноте;

¹²¹ „On dit en général que la réticence ne constitue pas un dol. On ne peut poser un principe aussi immoral. Ce qui est vrai, c'est que, dans la plupart des contrats, il y a opposition d'intérêts et doit par conséquent se renseigner lui-même. Il n'y a donc rien de coupable à ne pas donner à l'autre partie des indications qu'elle aurait pu se procurer elle-même. Mais la solution change et la réticence devient coupable si l'une des parties a l'obligation de conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre.“ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris 1925, no. 48.

¹²² M. de Juglart, 8.

¹²³ *Ibid.*, 1 и даље.

¹²⁴ Bruno Vocara, „Dol, silence et réticence“, *Gazette du Palais*, 1^{er} sem., Paris 1953, 25.

¹²⁵ J. Ghestin (2013), 1106.

¹²⁶ B. Vocara, 25. Нису важна средства, начин преваре, већ намера. C. Garcin, O. Moréteau, 115.

¹²⁷ M. Fabre-Magnan (2004), 292.

сауговарача“.¹²⁸ Доношење те одлуке значило је одступање од поменутог тврдог става и прихватање, како Мули (*Mouly*) наводи, „солидаристичког концепта преваре“¹²⁹ – пасивно понашање једне уговорне стране, његово ћутање о околностима релевантним за другу страну, могуће је квалификовати као превару. Заузети став примењивао се не само у ситуацијама када природа уговора указује на посебан однос поверења између страна, већ и када својства страна, а посебно надмоћ једне у односу на другу, указују на неопходност да се јачој страни наметне дужност да слабију обавести о околностима које за њу могу бити значајне.¹³⁰

Корак даље учињен је одлуком истог суда из 1971. године: „превара може бити учињена и ћутањем једне стране, чиме се од сауговарача скрива чињеница која би га, да је за њу знао, спречила да закључи уговор“.¹³¹ Њоме се одустало од тежње да се ћутање подведе под „преварне радње“, већ се оно сматра посебним начином преварног поступања. Имајући у виду да превара ћутањем није ништа друго до намерно задржавање одређене релевантне информације – „негативно држање оног који би требало да говори“¹³² – сматрало се да је тиме „на мала врата“, имплицитно, пружена заштита повреди предуговорне дужности обавештавања.¹³³ „Сматрати да постоји прећуткивање исто је што и признати да је продавац имао дужност да говори, да обавести. Он је био дужник предуговорне

¹²⁸ „...le dol peut, dans certaines circonstances, résulter du silence d’une partie”. Aude Denizot, “La réticence dolosive avant 1958”, *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2015, 765.

¹²⁹ Jean Mouly, “Des rapports entre la réticence dolosive et l’erreur inexcusable (l’opinion dissidente d’un ‘travailleuse’)”, *Recueil Dalloz* 30/2003, 2028.

¹³⁰ J. Ghestin (2013), 1103.

¹³¹ Штавише, Касациони суд је преиначавао одлуке ниших судова, у чијим пресудама је утврђено да нема преваре у случају ћутања, јер се ћутање не може подвести под дефиницију преваре из чл. 1116 (неизмењеног) ФГЗ. J. Ghestin (2013), 1103; A. Denizot, 765.

¹³² C. Garcin, O. Moréteau, 118.

¹³³ „Данас, подједнако као други маневри, прећуткивање представља превару, узрок ништавости, онда када једна страна има намеру да наведе другу на закључење уговора обмањивањем, а што имплицира да је сауговарач који је ћутао имао дужност да обавести...” Philippe Malaurie, Laurent Aupès, Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, Paris 2011, 255; „Иако свака страна мора да буде чувар својих интереса, поступање у доброј вери налаже минимум откривања о понуђеним престацијама, нарочито када постоји неједнакост између страна, узрокована било економском неједнакошћу, било професионалним својством једне од њих.“ Boris Starck, Henry Roland, Laurent Boyer, *Obligations, 2. Contrat*, Paris 1995, 123–124; J. Mouly (2003), 2026. Тако и Шовел (*Chauvel*) наводи да се, као основ злонамерног прећуткивања, најчешће помиње повреда предуговорне дужности обавештавања. Patrick Chauvel, „Dol“, *Répertoire de droit civil Dalloz*, juin 2014, 12. Слично и Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*): злонамерно прећуткивање директно санкционише повреду дужности обавештавања. M. Fabre-Magnan (1992), 285. Према Лејсаку (*Leyssac*), ако се превара санкционише и онда када нема „маневара“, из тога произлази да се, заправо, санкционише кривица због повреде једне претходне дужности – дужности обавештавања. L. de Leyssac, 313; François Viney, „Absence de nullité du contrat pour réticence dolosive du vendeur lorsque l’acquéreur est averti: quelles justifications?“, *Recueil Dalloz* 30, 11 septembre 2014, 1752.

дужности обавештавања.¹³⁴ Дакле, утврдити да постоји превара ћутањем није ништа друго него признати да је требало говорити.

У том смислу, поједини аутори су правили (и термилошко) разлику између „ћутања“ (*silence*) и „прећуткивања“ (*réticence*). О прећуткивању је реч онда када се сауговарачу не открива информација коју он има право да зна, која му се дугује, док се ћутањем не откривају информације које друга страна и нема право да зна.¹³⁵ Прећуткивати, како се наводи, „много је више него ћутати: оно значи задржати нешто онда када је требало говорити“.¹³⁶

Француски систем се у том тренутку није, дакле, разликовао од других (поменутих) европскоконтиненталних система.

Међутим, до коначне прекретнице у судској пракси дошло је 2001. године, када је Касациони суд изнео став да и „злонамерно прећуткивање увек чини заблуду извињавајућом“.¹³⁷ Тиме се практично превара ћутањем потпуно асимилувала са осталим преварним радњама, а уједно се и елиминисао захтев да до ње долази само под условом да је (намерно) повређена дужност обавештавања. Такво решење се објашњавало тиме да се и ћутањем, на једнак начин као лажима или другим маневрима, може изазвати заблуда друге стране.¹³⁸ Превара, несумњиво, има корене и у уговору и у деликту,¹³⁹ те се и злонамерно прећуткивање посматра као деликт – понашање супротно понашању разумног и

¹³⁴ С. Garcin, О. Moréteau, 119; L. de Leyssac, 315.

¹³⁵ С. Garcin, О. Moréteau, 116.

¹³⁶ Ако се и прави та термилошка разлика, пита се Денизо (*Denizot*), није ли онда сувишно говорити о долозном прећуткивању (*réticence dolosivé*)? Исто тако, када се говори о простом прећуткивању (*simple reticence*), није ли заправо реч о ћутању? А. Denizot, 767; Р. Malaurie, L. Aynès, Р. Stoffel-Munck, 255.

¹³⁷ Одлуку је донело Грађанскоправно одељење Касационог суда 21. фебруара 2001, бр. 98-20817 (ова и све друге одлуке француских судова, које се на овај начин буду наводиле у овом раду, могле су се наћи на сајту <https://www.legifrance.gouv.fr/> закључно са 20. априлом 2018): реч је о случају у коме је једно привредно друштво, продавац, продало купцу-професионалцу зграду која се користи као хотел, прећутивши да хотел послује без употребне дозволе и да није усаглашен са законским правилима о безбедности. Апелациони суд је одбио захтев купца за поништење уговора, сматрајући његову заблуду неизвињавајућом јер је „имао дужност да се о тим околностима сам обавести“, те да би „елементарна провера код продавца њему открила тачну управну ситуацију установе“. Касациони суд је, међутим, поништио такву одлуку нижег суда, сматрајући да није правилно примењена одредба о превари, имајући у виду да је постојало злонамерно прећуткивање продавца, а „злонамерно прећуткивање увек чини заблуду извињавајућом“. Вид. делове одлуке и у J. Ghestin (2013), 1127. Треба поменути да такав став није представљао новину – слично је пресуђено још 1977. године. М. Fabre-Magnan (1992), 201 фн. 378.

¹³⁸ L. de Leyssac, 313.

¹³⁹ Римско право је превару најпре санкционисало као цивилни деликт, који је давао право на накнаду штете. Многи савремени писци уочавају и данас пеналне елементе тог института. Више у Д. Хибер (1991), 229. Вид. и С. Garcin, О. Moréteau, 113.

пажљивог човека. Наглашава се намера: иако је жртва лако могла избећи сопствену заблуду, не може се занемарити чињеница да је друга страна била крајње нелојална, намерно пропустивши да је из заблуде изведе.

Из једне крајности, потпуног одбацивања идеје о могућности преваре ћутањем, у француском праву се дошло до тога да се она потпуно изједначи са осталим видовима преварног понашања и постане најчешћи основ поништења уговора.¹⁴⁰ Мада је такво решење наишло на озбиљну критику, нарочито имајући у виду каснија колебања у француској судској пракси, чему ће се посветити посебна пажња у овом раду,¹⁴¹ оно је ипак ушло у коначан текст измена ФГЗ на начин описан на почетку. У том смислу, француско право је најдаље отишло у тежњи да сузбије превару ћутањем; чини се и предалеко.

Такво решење баца потпуно другачије светло на однос преваре ћутањем и дужности обавештавања. Постојање дужности обавештавања се у француском праву више не сматра предусловом санкционисања преваре ћутањем. Напротив, чим постоји свест о одређеној околности и њеном одлучујућем значају за другу страну, рађа се дужност да се она о томе обавести. Одредбе о превари ћутањем, дакле, могу представљати извор, основ настанка дужности обавештавања, а не само начин санкционисања намерне повреде дужности обавештавања.

2.1.5 Превара ћутањем у нашем праву

Општа дефиниција преваре је у нашем праву регулисана у чл. 65 ЗОО. Према њему, ако једна страна изазове заблуду друге стране или је одржава у заблуди са намером да је тиме наведе на закључење уговора, друга страна може захтевати поништај уговора и онда кад заблуда није битна.

Док се изазивање заблуде чини неспорним, то се не би могло рећи и за „одржавање у заблуди“. Да ли се под тим подразумевају *радње* које, иако нису непосредан узрок заблуде, представљају одржавање у њој? Или се под тај појам може подвести и *ћутање*?

¹⁴⁰ J. Ghestin (2013), 1104.

¹⁴¹ Више о томе у делу 5.1.3 овог рада.

Иако се у упоредном праву више од једног века расправља о контроверзном проблему подвођења намерног прећуткивања под појам преваре, чини се да у нашој теорији њему није посвећена велика пажња.

Најпре, готово да нема писаца који уопште доводе у питање значење „одржавања у заблуди“. Показало се да је у упоредноправним системима од круцијалног значаја разликовање „простог ћутања“ од осталих радњи – само је у другом случају несумњиво реч о превари. С друге стране, чак и у системима који су склони да прихвате превару ћутањем, она се углавном условљава постојањем дужности обавештавања.

Један од ретких који је ту дилему отворио јесте професор Хибер. Према његовом мишљењу, „треба нагласити разлику између активног одржавања у заблуди и преваре ћутањем; у оба случаја *conditio sine qua non* је да сауговорник зна за заблуду другог сауговорника; али докле у првом делује на томе да је одржи у другом се само уздржава од указивања на заблуду, извлачења из ње.“¹⁴² Дакле, у случају „одржавања у заблуди“ и даље постоји активно понашање несавесног сауговорача, а у другом (ћутању) он је потпуно пасиван. Зато тај писац сматра да је „погрешно одржавање у заблуди називати преваром пасивним понашањем“.¹⁴³

На овом месту корисно је поменути да је законодавац у члану 908 истог закона изричито уредио намерно прећуткивање. Према њему, осигуравач може захтевати поништење уговора „ако је уговорач осигурања намерно учинио нетачну пријаву или намерно прећутао неку околност“. Имајући у виду оба члана, ствари се могу посматрати на два начина: први, да је законодавац већ општом одредбом обухватио превару ћутањем, као видом одржавања у заблуди, при чему чл. 908 представља само њену конкретизацију; други, да је законодавац у формулисању опште одредбе свесно изоставио превару ћутањем, предвидевши само превару активним понашањем, при чему би само у посебним случајевима

¹⁴² Д. Хибер (1991), 266.

¹⁴³ *Ibid.* Интересантно је да се сличан став истиче и у нашој кривичноправној пракси. Наиме, „радња кривичног дела из члана 208. став 1. КЗ која представља ‘одржавање у заблуди’ значи активно обнављање и учвршћивање заблуде створене код другог лица, даљим и новим лажним приказивањем чињеница и траје до тренутка када је престало противправно стање“. Вид. Пресуду Врховног касационог суда, Кзз 2/12 од 25. јануара 2012. године. Ипак, схватање наших цивилиста је да у грађанском праву није меродаван појам преваре у кривичном праву. Ј. Марковић, 234; Андрија Гамс, *Увод у грађанско право*, Београд 1990, 263.

превара ћутањем могла утицати на закључени уговор – дакле, онде где је постојала дужност обавештавања.

Иако не отварају питање тумачења појма „одржавања у заблуди“, међу осталим писцима не постоји једногласност о томе да ли се може преварити и ћутањем.

С једне стране, има теоретичара који ћутање, пасивно понашање, наводе као потпуно равноправан облик испољавања преваре.

Још је Лазар Марковић писао да „под појам преваре долазе и намерно необавештавање или подржавање у заблуди, у погрешном мишљењу (прећуткивање). Прећуткивање једне околности онда се сматра као превара, кад изјава не би била учињена, да та околност није прећутана.“¹⁴⁴ Као услов наводи да је „потребно да је она извршена злонамерно, т.ј. у циљу, да та лажна представа утиче на изјаву воље. Између изјаве воље и преваре треба да постоји узрочна веза“.¹⁴⁵

Исте идеје налазимо и међу савременим ауторима.

Тако, наводи се, превара не мора да се састоји у некој активној радњи сауговорача него и у „прећуткивању неке околности“;¹⁴⁶ „пасивном понашању“;¹⁴⁷ „потпуној апстиненцији“.¹⁴⁸ Заједничко им је да се сауговорачу мора замерити то што је приметио заблуду друге стране, а свесно није учинио ништа да је ослободи ње, да заблуду отклони.¹⁴⁹ Уместо тога, он се таквом заблудом друге стране користи, што се мора сматрати преваром.

Према том ставу, свест о заблуди друге стране увек би рађала дужност да се она отклони; дакле, без обзира на то о чему је заблуда и да ли ју је жртва могла сама избећи.

¹⁴⁴ Л. Марковић, 234.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ А. Гамс, 263.

¹⁴⁷ С. Перовић (1980а), 301–302; Р. Klarić, М. Vedriš, 170.

¹⁴⁸ Антић као пример наводи понуђача који говори како ће на том плацу подићи велику кућу од тврдог материјала и направити базен, а понуђени прихвати понуду иако зна да се тај плац налази на озбиљном клизишту. Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2009, 334.

¹⁴⁹ С. Перовић (1980а), 301–302; А. Гамс, 263; О. Антић, 334. Станковић ћутање сматра само блажим степеном преваре. Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2007, 178; Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд 1987, 302; М. Петровић, 65. „На примјер, продаваатељ не упозори купца да је грађевинско земљиште које му продаје ради изградње обитељске куће, намијењено изградњи улице.“ Р. Klarić, М. Vedriš, 170.

Такав став изричито је подржао и Врховни суд Југославије, још средином прошлог века: „Будући да је купац приликом уговарања куповине земљишта испољио своју побуду да купује ради грађења, дакле купује грађевинско земљиште, а продавац је, прешутјевши чињеницу да је то земљиште обухваћено постојећим регулационим планом за изградњу улице, одржавао купца у заблуди о намјени земљишта, има купац право да тражи раскид уговора и повраћај плаћене куповине... Туженој не користи ова обмана, без обзира да ли је тужилац био у могућности да се обавијести о стању ствари у погледу регулационог плана. У интересу сигурности промета и поштења мора се судити по правном правилу да обмана никоме не помаже.“¹⁵⁰

Уз поменуту ограду да стилизација чл. 65 ЗОО упућује на активно понашање саговорника, и Хибер наводи да такво решење „делује, у складу са општом морализацијом уговорног права, прихватљивим и за наше позитивно право“.¹⁵¹

С друге стране, има и писаца који, иако сматрају да се преварити може и „нерадњом“¹⁵², ћутањем, такву превару условљавају постојањем дужности обавештавања.¹⁵³ Према њима, свест о заблуди друге стране није, сама по себи, довољна. Тек уколико је о некој околности једна страна дужна да обавести другу, а то намерно не учини, могу се применити и правила о превари ћутањем. Своја схватања, међутим, не образлажу позивањем на законске одредбе о превари већ указивањем на уврежена схватања у упоредноправној литератури.

¹⁵⁰ Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1003/58, Збирка судских одлука, књига 4, свеска 1, бр. 36, стр. 83 и 85, цит. према Михајло Вуковић, *Правила Грађанских законика (с накнадим прописима, судском праксом, напоменама и подацима из литературе)*, Загреб 1961, 729.

Превара ћутањем прихвата се и у судској пракси бивших република СФРЈ. Вид. одлуку Врховног суда Републике Хрватске, Рев 94/06 од 30. марта 2006. године: „при склапању уговора пријеварно поступа страна која подузима одређене радње како би код друге створила погрешну преоцбу о чињеницама релевантним за уговор, или која својим пасивним понашањем другу страну одржава у заблуди“, нав. према Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc uz suradnju Maje Bukovac Puvaca, *Obvezno pravo, Opći dio – sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, Zagreb 2009, 339.

¹⁵¹ Д. Хибер (1991), 209.

¹⁵² „Међу средствима сваке врсте, која се употребљавају да се ко превари, једна могу бити позитивна, тј. у радњи – а друга пак у нерадњи, у ћутању, дакле негативна... Али негативну превару не треба тек олако примити. У Римљана било је само код продаје.“ Ђорђе Павловић, *О обвезностима и уговорима уопште*, Београд 2014, 211–212.

¹⁵³ Стојан Цигој, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига прва, Београд 1983, 245–246; Vilim Gorenc, *Коментар Закона о обвезним односима* (ур. Vilim Gorenc), Zagreb 2014, 438; Б. Визнер, 296.

2.1.6 *Закључно о односу преваре ћутањем и дужности обавештавања*

Анализа упоредноправних решења показује да је на постављено питање о односу двеју установа, преваре и дужности обавештавања, могуће пружити готово потпуно различите одговоре.

С једне стране, у англосаксонском праву преовлађује схватање да се њихова поља примене не поклапају. Ћутање, макар и уз свест о заблуди друге стране, не сматра се преваром већ евентуално само повредом дужности обавештавања. Али, чак и када се утврди да је она постојала, злонамерно прећуткивање се не санкционише применом правила о превари. Другим речима, правила о превари не служе ни као основ настанка ни као основ санкционисања намерне повреде дужности обавештавања.

С друге стране, у системима у којима се превара ћутањем санкционише само када је постојала дужност обавештавања, њихова се поља делимично преклапају. Правила о превари не служе као основ (извор) настанка дужности обавештавања, али се могу применити као начин санкционисања у случају њене намерне повреде.

Коначно, онде где се превара ћутањем изједначава са другим видовима преварног поступања правила о превари се као јављају и као основ настанка и као начин санкционисања дужности обавештавања.

Али, чак се ни у њима поља преваре и дужности обавештавања не поклапају потпуно. Имајући у виду све конститутивне елементе преваре, па и оне учињене ћутањем, поље њене примене је и даље прилично ограничено. Да би било речи о превари, неопходно је да је прећуткивање информација учињено злонамерно,¹⁵⁴ из егоистичних циљева,¹⁵⁵ да постоји хтење да се заблуда одржи и сауговорач наведе на закључивање уговора, какав иначе не би закључио.¹⁵⁶ То, пак, подразумева доказ о томе да је сауговорачу била позната одређена чињеница,

¹⁵⁴ Л. Марковић, 234; Ђ. Павловић, 211–212; Д. Хибер (1991), 267; М. Fabre-Magnan (1992), 286 и даље; С. Garcin, О. Moréteau, 112–113; J. Ghestin (2013), 1076–1077.

¹⁵⁵ М. Fabre-Magnan (1992), 211.

¹⁵⁶ Касациони суд је квалификовао ћутање као „вољно суздржавање“, при чему је главни акценат на вољи: истиче се да ћутање мора бити намерно, да је вољни и свесни акт, а не резултат крајње или обичне непажње. С. Garcin, О. Moréteau, 118–119.

њена релевантност за другу страну и да је постојала свест о њеној заблуди.¹⁵⁷ Преварити се не може у случају обичне или грубе непажње,¹⁵⁸ те сама могућност сазнања о заблуди није довољна.

Превара ћутањем, међутим, представља само један, екстремни случај несавесног поступања, најтежи вид повреде предуговорне дужности обавештавања, свакако не и једини. На то јасно указују системи у којима се превара ћутањем условљава постојањем дужности обавештавања. Расправа о могућности санкционисања злонамерног прећуткивања, његовим подвођењем под појам преваре, само је послужила да се дође до закључка да при закључењу уговора може постојати општа дужност обавештавања (која претходно није изричито дефинисана ни законом ни уговором). Уколико, међутим, постоји дужност да се говори, она се може повредити не само намерно, већ и грубом или обичном непажњом. Свођењем на правила о превари, неоправдано би остали некажњени сви остали видови неизвршавања те дужности. Осим тога, о аутономном појму, посебној установи дужности обавештавања може бити речи само уколико се она ослободи моралног елемента преваре – намере.¹⁵⁹ У супротном, због чега оптерећивати право додатним појмом?

Стога, свим системима је заједничко да се анализа дужности обавештавања не може заснивати само на анализи правила о превари; мора се испитати када и какву санкцију заслужује и њена нехатна повреда.

¹⁵⁷ Игор Вујовић, *Превара у савременом уговорном праву*, докторска дисертација, Београд 2009, 48. У теорији се поставило и питање да ли се узима у обзир и субјективан однос према дужности да се саговорник обавести. С једне стране би био захтев да постоји свест о постојању дужности информисања саговорника и намера да се неизвршавањем те дужности он одржи у заблуди. С друге стране би био став да је постојање дужности обавештавања само претпоставка, основ противправности – намера навођења на закључење уговора била би довољна, без обзира на субјективан однос према дужности. Д. Хибер (1991), 267–268.

¹⁵⁸ Има, међутим, и схватања да је могућа нехатна превара ћутањем. О томе више у Д. Хибер (1991), 268. Више о томе и у делу 2.2.6 овог рада.

¹⁵⁹ С. Garcin, О. Moréteau, 125.

2.2 Однос предуговорне дужности обавештавања и заблуде

2.2.1 Постављање проблема

Уопштено речено, погрешна представа у свести једног лица о некој чињеници која је релевантна за уговор који се закључује може се створити на различите начине, из различитих узрока. Вуковић је, коментаришући §871 аустријског Грађанског законика, изнео да се, с обзиром на свој извор, заблуда може поделити на: а) заблуду коју је неко сам себи проузроковао; б) заблуду коју је проузроковао суконтрагент; в) заблуду коју је проузроковао неко трећи.¹⁶⁰ Мада је ту поделу Хибер означио као „сувише одсечну“ јер „не одговара сасвим савременом праву, за које је карактеристично извесно померање граница између преваре и заблуде“,¹⁶¹ њој несумњиво признаје значај у томе што указује на једно важно питање: у којој је мери релевантно држање, понашање, савесност страна при закључењу уговора погођеног заблудом?

Постављање тог питања указује на то да се установа заблуде може посматрати из више различитих углова. У фокусу не мора увек бити само воља жртве заблуде, да ли изјављена одговара стварној (прецизније, претпостављеној) вољи. Понекад је неопходно направити корак назад и покушати да се одговори на једно претходно питање: шта је проузроковало ту дискрепанцу између изјављене и претпостављене воље? Ако ју је проузроковало држање (понашање) једног, односно другог сауговорача, на које све начине то може утицати на право да се захтева поништај уговора због заблуде или право да се захтева накнада штете коју су један или други сауговорач претрпели закључењем или поништењем уговора у заблуди?

Одговори на постављена питања имају круцијалан значај и за утврђивање односа заблуде и дужности обавештавања. Наиме, могу ли правила о заблуди послужити као извор настанка или макар као начин санкционисања повреде дужности обавештавања? На који начин повреда дужности обавештавања утиче на примену правила о заблуди? Коначно, да ли су и због чега правила о заблуди (не)довољна за санкционисање повреде дужности обавештавања?

¹⁶⁰ М. Вуковић, 728.

¹⁶¹ Д. Хибер (1991), 228.

2.2.2 Држање сауговорача жртве заблуде при закључењу уговора

У системима као што је наш, у којима се као услов за поништење уговора услед заблуде не захтева преиспитивање понашања друге стране при закључењу уговора, често се наилази и на другачије тврдње: да је основна карактеристика заблуде као установе управо чињеница да у формирању погрешне представе једног сауговорача није било никакве кривице (или шире, учешћа, ангажовања, доприноса) друге стране.¹⁶² Штавише, наводи се да је то управо оно што заблуду разликује од преваре: код заблуде сауговорач мора бити савестан, а ако је несавестан, онда више и није реч о заблуди већ о превари.¹⁶³

Међутим, свака дубља анализа установе заблуде, посебно упоредноправних решења, показује озбиљну мањкавост таквог гледишта. Разлика између заблуде и преваре често није тако одсечна, црно-бела. Стварању или одржавању заблуде сауговорач жртве може да допринесе и на начин који не мора увек бити такав да га квалификује за поништење уговора због преваре. Превара подразумева намеру да се обмане, она је најтежи степен несавесности. Заблуду је, пак, могуће проузроковати или одржавати и непажњом; могућа је, дакле, градација несавесности сауговорача.

То најјасније произлази из система који изричито регулишу нехатно, па чак и нескривљено *проузроковање* заблуде друге стране.

Енглеско право разликује преварно (*fraudulent misrepresentation*) од непажљивог (*negligent misrepresentation*) и потпуно нескривљеног (*innocent misrepresentation*) пружања нетачних изјава.¹⁶⁴ Изношење нетачних чињеница сауговорачу не мора, дакле, увек бити последица намере да се обмане. Оно може бити последица, с једне стране, и недовољне пажње при закључењу уговора, када је изјавилац требало да зна, да се понашао пажљиво, да његове тврдње нису

¹⁶² „Појам заблуде не подразумева никакво ангажовање сауговорника да се у свести лица које је у заблуди створи нетачна представа. Напротив, у формирању нетачног уверења о некој чињеници други уговорник нема никаквог удела, бар не свесног.“ Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), књига прва, Крагујевац 1980, 256. „Међутим, за појам заблуде, у правнотехничком смислу речи, битно је да друга уговорна страна није ни на који начин својим свесним поступцима допринела формирању погрешне представе о датој чињеници.“ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 299.

¹⁶³ „Међутим, ако је друга страна знала за заблуду или је требало да зна или ако је она изазвала или одржавала заблуду код свог сауговорника, онда је реч о превари.“ С. Перовић (1980б), 259; Б. Визнер, 282–283; О. Антић, 331.

¹⁶⁴ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2010), 309 и даље.

истините, али, с друге стране, и потпуно нескривљеног понашања, када, и поред све потребне пажње, изјавилац није могао да зна да су његове тврдње неистините. Разлика међу њима свакако утиче на правне последице изазване заблуде: у свима је жртви заблуде дата могућност да захтева поништење уговора, али се право и на накнаду штете даје само у случају скривљеног стварања заблуде.¹⁶⁵

Слично решење познају и европскоконтинентални системи, као што су аустријски и холандски.¹⁶⁶ Један од услова за поништење уговора због заблуде у тим системима може бити и чињеница да је заблуду „проузроковала друга страна“¹⁶⁷, односно да је она „изазвана информацијом коју је дала друга страна“.¹⁶⁸ Притом, у теорији се истиче да кривица није услов поништења – уговор би се могао поништити и када је саговорач заблуду нескривљено изазвао.¹⁶⁹

Међутим, за предмет нашег истраживања много је важније истражити следеће: да ли се применом правила о заблуди може санкционисати нехатно *ћутање*? И на који начин оно утиче на право да се захтева поништење уговора или право једног, односно другог саговорача на накнаду штете?

¹⁶⁵ Корисно је поменути две чињенице: прво, висина накнаде штете зависи од тога да ли је реч о превари или непажњи; друго, ако је нетачна изјава постала део уговора (*term*), онда заправо неиспуњење такве уговорне одредбе представља повреду уговора, те последица може бити и раскид. J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2010), 307, 310 и даље.

¹⁶⁶ Вид. и чл. 4:106 Принципа европског уговорног права (*Principles of European Contract Law – PECL*), https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/, 20. април 2018; *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (eds. Ole Lando, Hugh Beale), The Hague 2000, 248 и даље. И у оним системима који не условљавају поништење уговора захтевом да је друга страна проузроковала заблуду, изношење нетачних тврдњи услед непажње отвара могућност жртви заблуде да захтева и накнаду штете, применом правила о предуговорној одговорности. Тако, немачка судска пракса познаје случај у коме је продавац машине, измеривши димензије места на коме ће она бити смештена код купца, погрешно тврдио да је оно адекватно. Касније се испоставило да машина ту не може бити смештена. Због непажње продавца, суд је усвојио захтев за поништење уговора и досудио купцу накнаду штете. Вид. и остале примере у Н. Kötz, A. Flessner, 187 и фн. 72.

¹⁶⁷ Вид. §871 новелираног аустријског Грађанског законика (АБГБ), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, 20. април 2018. Поједини аутори, имајући у виду судску праксу, наглашавају да се под „изазивањем“ подразумева не само довођење у заблуду активним понашањем, већ и „пропуштање да се пружи неопходне информације“; дакле, ћутањем, ако је саговорач требало да обавести другу страну о томе да су претпоставке о одређеним чињеницама, од којих се уобичајено полази, погрешне. Тако се као пример наводи случај из судске праксе у којем је суд у највишој инстанци (*Oberste Gerichtshof*) дозволио поништење уговора зато што је купац веровао да купује кућу масивне градње. Суд је закључио, имајући у виду све околности случаја, да је продавац био дужан да купцу скрене пажњу на ту околност, због чега се сматрало да је ћутањем „изазвао“ заблуду купца. W. Posch (2016), 97; K. Zweigert, N. Kötz, 415.

¹⁶⁸ Вид. чл. 6:228 холандског Грађанског законика, <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>, 20. април 2018.

¹⁶⁹ W. Posch (2016), 97; K. Zweigert, N. Kötz, 415.

У појединим правним системима, као што су аустријски и италијански, право жртве заблуде на поништење уговора изричито је условљено захтевом да заблуда буде другој страни „препознатљива“;¹⁷⁰ да јој је „по околностима очигледно морала пасти у очи“.¹⁷¹ Тиме се несумњиво указује на то да облици потенцијалне несавесности сауговорача жртве заблуде, при закључењу уговора, могу бити прилично изнијансирани. О превари, наиме, не може бити речи ако је заблуда била само „препознатљива“ – доложне намере, као неопходног елемента, нема. Према тим решењима, несавесност сауговорача жртве заблуде се огледа у томе што није пружио нормалну пажњу при закључењу уговора и што је тиме пропустио да уочи иначе видљиву заблуду друге стране.

Теоријско објашњење за такав захтев огледа се у теорији поверења.¹⁷² Сауговорач се не може легитимно позвати на поверење у изјаву жртве заблуде уколико је сам био несавестан, макар и на тај начин што је пропустио да уочи заблуду и на њу реагује.¹⁷³ Како наводе аустријски писци, ако је сауговорачу требало да буде јасно да је друга страна била у заблуди у тренутку закључења уговора, њему се има уписати у кривицу што је непажњом пропустио да је из заблуде изведе.¹⁷⁴ А то пропуштање да је из заблуде изведе није ништа друго до дужност да је обавести о правом стању ствари.

Дакле, повреда дужности обавештавања из непажње може бити услов поништења уговора због заблуде.¹⁷⁵

Има, пак, система, као што су немачки, швајцарски, француски, па и наш правни систем, који пуноважност уговора због заблуде не условљавају захтевом

¹⁷⁰ Вид. чл. 1428 италијанског Грађанског законика, <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>, 20. април 2018. Заблуда се, према чл. 1431, сматра „препознатљивом“ уколико би је, имајући у виду садржај уговора, околности у којима се закључује или квалитете уговорних страна, уочило лице које поступа са нормалном пажњом. Вид. и Pier Giuseppe Monateri, Alberto Musy, Filippo Andrea Chiaves, „Italy“, *Wolters Kluwer*, 2016, 89–90;

¹⁷¹ Вид. §871 аустријског Грађанског законика.

¹⁷² К. Zweigert, Н. Kötz, 415; Н. Kötz, А. Flessner, 188.

¹⁷³ Д. Хибер (1991), 209.

¹⁷⁴ Пош (*Posch*) то схватање заснива на ставовима из судске праксе. W. Posch (2016), 97.

¹⁷⁵ У холандском Грађанском законнику се изричито предвиђа да се заблуда може проузроковати и тиме што се услед непажње пропусти да се другој страни пружи информације у односу на које постоји дужност обавештавања. Вид. чл. 6:228, ст. 1, т. б). Жртва заблуде тада стиче право и на накнаду штете, осим права на поништење уговора. Martijn Hesselink, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (ed. Ruth Sefton-Green), Cambridge 2005, 150 и даље.

да сауговарач жртве буде несавестан.¹⁷⁶ Уговор би се могао поништити због заблуде и онда када је сауговарач жртве заблуде био савестан, када му се ништа не би могло приговорити.

Има ли онда смисла анализирати правила о заблуди како би се испитао њен однос са дужношћу обавештавања?

Иако несавесност сауговарача није услов за поништење уговора закљученог у заблуди, не може се *a priori* закључити да је она без икаквих дејстава. Њен утицај се може огледати у томе што се савесношћу условљава право сауговарача жртве заблуде на накнаду штете услед поништења уговора. Таква условљеност је изричита у нашем и швајцарском праву. Према чл. 61, ст. 3 ЗОО, право на накнаду штете у случају поништења уговора због заблуде има само друга *савесна* страна. Шта се сматра савесношћу, закон не предвиђа.

Наша теорија се о том питању изјашњава на идентичан начин на који је то регулисано у швајцарском праву: сауговарач се сматра несавесним, те губи право на накнаду штете уколико је *знао* или *могао знати* за заблуду.¹⁷⁷

У првом случају, када постоји свест о заблуди друге стране, могло би се отворити питање квалификације. Ако је сауговарач жртве заблуде знао за заблуду и пропустио да је из ње изведе, пре би се могло говорити о превари ћутањем, него о заблуди.¹⁷⁸ Али је други случај, могућност сазнања за заблуду, заправо потенцијални терен преклапања заблуде и повреде дужности обавештавања. Он је израз већ поменуте идеје о препознатљивости заблуде – несавесност сауговарача се ту огледа у пропусту да уочи заблуду, онда када се то од пажљивог сауговарача очекује и, последично, пропусту да је из ње извуче.¹⁷⁹ Како наводи Визнер, у таквом случају би се могло сматрати да је сауговарач својим пасивним

¹⁷⁶ Вид. чл. 61 ЗОО; чл. 1132 и даље ФГЗ; §119 немачког Грађанског законика – БГБ, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html, 20. април 2018; чл. 23 и даље швајцарског Законика о облигацијама – ШЗО, <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html>, 20. април 2018.

¹⁷⁷ Вид. чл. 26 ШЗО; V. Gorenc, 433; С. Перовић (1980б), 379; Б. Визнер, 289.

¹⁷⁸ У швајцарској литератури има и другачијих идеја. Поједини писци сматрају да би препознавање заблуде могло да спречи и сам настанак уговора. Према том схватању, могућа је једна од две ситуације. Прва је да је сауговорник, препознавши заблуду, препознао и стварну вољу друге стране. Тада ће се узети да је на ту вољу пристао и уговор ће важити у складу са том вољом. Друга је да сауговорник, препознавши заблуду, није препознао стварну вољу сауговарача, у ком случају је реч о неспоразуму због чега се сматра да уговор није ни закључен. А. von Tuhr, 261 и фн. 51; Д. Хибер (1991), 211.

¹⁷⁹ В. Schmidlin, 244; А. von Tuhr, 261–262.

понашањем допринео одржавању заблуде, иако је то могао спречити, чиме је у ствари и сам индиректан узрочник тако настале штете.¹⁸⁰

Примере нехатног довођења у заблуду познаје и наша судска пракса.¹⁸¹

Стога би се правилима о заблуди несавесност саговорача, која се може огледати и у повреди дужности обавештавања, могла санкционисати и на такав начин да се гаси његово право да захтева накнаду штете коју трпи поништењем.

2.2.3 Држање жртве заблуде при закључењу уговора

Заблуда може бити резултат и недовољне пажње коју је жртва показала при закључењу уговора. Како то може утицати на право да се захтева поништење уговора због заблуде или рађање одговорности за штету?

Захтев да заблуда буде нескривљена, извињавајућа, подиже се у појединим системима на нивоу предуслова за настанак права да се захтева поништење уговора због заблуде.¹⁸² Тако, и према чл. 61 ЗОО, страна која је у заблуди може тражити

¹⁸⁰ Б. Визнер, 289.

¹⁸¹ Вид. Решење Апелационог суда у Нишу, Гж 2335/2017 од 13. априла 2017. године, *ParagrafLex*. У тренутку закључења споразума о накнади за експропријацију земљишта, власник је био у заблуди о својству земљишта, што је утицало и на висину накнаде добијене експропријацијом: наиме, у катастру је стајало да је земљиште пољопривредно, а заправо је планским документом града већ извршена пренамена у градско грађевинско земљиште. Тужилац је, стога, захтевао поништење уговора. Одлучујући по жалби, другостепени суд је сматрао да није правилна одлука првостепеног суда да се тужилац не може позивати на битну заблуду јер се није понашао онако како се у промету захтева. Наиме, имајући у виду начело поуздања у истинитост и потпуност података у катастру, „учесници у правном промету не могу да трпе штету због чињенице да се регистровано стање разликује од стварног стања непокретности“. Увид у катастар представља, стога, „довољну и потребну пажњу коју је тужилац требало да покаже приликом закључења предметних споразума“. Међутим, веома је значајно мишљење које је суд изнео оцењујући поступање туженог. Према суду, тужени је, као „корисник експропријације и странка у поступку споразумног одређивања накнаде, као јавно предузеће, које делује у општем интересу, морало да води рачуна о стварном статусу земљишта, јер то спада у домен његових обавеза и да у складу са тим поднесе понуду о висини накнаде која одговара стварном статусу земљишта“. И њега је, дакле, осим Секретаријата за урбанизам и имовинскоправне послове, као надлежног органа управе, теретила обавеза да буде упознат са чињеницом да је извршена пренамена земљишта. Вид. и Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж1 965/2014 од 20. маја 2015. године, *ParagrafLex*: послодавац одговара за накнаду штете запосленом због погрешног обавештења о непостојању права на новчану накнаду за случај незапослености услед чега запослени није поднео захтев за остварење тог права.

¹⁸² Вид. и чл. 1132 ФГЗ, којим је имплементирано општеприхваћено решење француске теорије и праксе да заблуда мора бити извињавајућа да би довела до поништења уговора. Jacques Ghestin, Yves-Marie Serinet у Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, *Traité de droit civil – La formation du contrat, Tome 1: Le contrat, Le consentement*, Paris 2013, 1001. Како је објашњено, потреба за захтевом за извињавајућим карактером заблуде јавила се као нужан коректив и граница

поништај уговора због битне заблуде само ако је при закључењу уговора поступала *са пажњом која се у промету захтева*.¹⁸³ Тај захтев представља, заправо, израз опште идеје да је сваки сауговорач дужан да се стара о заштити својих интереса при закључењу уговора. Таква дужност подразумева, између осталог, и дужност да се сами обавесте о свим околностима које могу утицати на њихову вољу да закључе уговор. У супротном, неизвршавање те дужности самообавештавања, која представља дужност у сопственом интересу, лишава их права да се на такву скривљену заблуду позивају како би изнудиле поништење уговора.

У појединим системима, какво је немачко или швајцарско право, захтев за савесношћу уговорника који је подлегао заблуди посматра се, пак, као основ за накнаду штете коју је његов сауговорач претрпео због поништења уговора.¹⁸⁴ Поништење уговора је, стога, могуће и када је жртва сама скривила заблуду. Штавише, то се не односи само на обичну непажњу већ се тврди да право побијања посла постоји и у случају грубе непажње јер „нити тај ступањ кривње не може оправдати везивање стране за уговор који је за њу често врло штетан“.¹⁸⁵ Али, скривљеност сопствене заблуде неће бити без последица: уколико се исходује поништење уговора, активира се право друге стране да захтева накнаду штете коју је поништењем претрпела.

Овај кратак упоредноправни преглед указује, уједно, и на међусобну условљеност кривице жртве заблуде са њеним правом на поништај и обавезом на накнаду штете у случају поништаја: то право и обавеза се, у упоредном праву, међусобно искључују. Наиме, може се приметити да се у оним системима у

тзв. субјективне теорије о заблуди; она је до неслућених размера у француском праву проширила примену те установе. Д. Хибер (1991), 232.

¹⁸³ Вид. Решење Врховног суда Србије, Рев. 3220/05 од 1. јуна 2006, *ParagrafLex*; Пресуду Апелационог суда у Београду Гж. бр. 5319/10 од 9. априла 2010, *Билтен Апелационог суда у Београду* 2/2011, 132–133. Решење Врховног суда Србије, Рев. 3132/05 од 13. априла 2006; Пресуду Врховног касационог суда, Рев2. 265/2013 од 19. марта 2014, *ParagrafLex*; Пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 2666/2013 од 20. фебруара 2014, *ParagrafLex*; Пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 1-1989/2012 од 21. септембра 2012, *ParagrafLex*; Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 2751/2011 од 8. децембра 2011, Судска пракса привредних судова, *Билтен* 1/2012.

¹⁸⁴ Вид. чл. 26 ШЗО; Н. Kötz, А. Flessner, 186; К. Zweigert, Н. Kötz, 414.

¹⁸⁵ Ти разлози се наводе као круцијални за измену правила о заблуди у хрватском Закону о обвезним односима, *Народне новине*, бр. 35/05, последње измене у 78/15, у чијем се члану 280 не поставља, као услов за поништење, захтев да је жртва заблуде „поступала са пажњом која се у промету захтева“. О схватањима у немачком праву вид. Р. Klarić, М. Vedriš, 161.

којима кривица жртве заблуде није услов за поништај рађа обавеза да се сауговорачу накнади штета која му је причињена поништењем уговора. И обрнуто: у системима у којима је поништај могућ само у случају када не постоји кривица жртве заблуде, нескривљеност заблуде спречиће настанак обавезе на накнаду штете у случају евентуалног поништаја уговора.

Логика је јасна: правилима о заблуди морају се, макар на неки начин, помирити супротстављени интереси сауговорача – с једне стране, интерес жртве заблуде да не буде везана уговором и, с друге стране, интерес њеног сауговорача да уговор остане на снази или да он добије адекватну репарацију услед поништења. Стога ће кривица жртве заблуде или спречити настанак права за поништење уговора, па ће уговор остати на снази, или ће довести до тога да сауговорач, услед поништења, може захтевати накнаду евентуалне штете.¹⁸⁶

Када се ствари поставе на тај начин, утолико више долази до изражаја специфично решење које је усвојио наш законодавац. Према члану 61, ст. 2 ЗОО, захтев за поништење уговора због битне заблуде може захтевати само она страна која је при закључењу уговора „поступала са пажњом која се у промету захтева“. Међутим, непостојање кривице као услов за поништење у нашем праву не подразумева и непостојање обавезе да се другој (савесној) страни надокнади претрпљена штета, у случају поништења; жртва заблуде је дужник накнаде штете иако није крива за своју заблуду!¹⁸⁷ На тај начин је у нашем праву прихваћен систем објективне одговорности: и најсавеснији сауговорач, ако закључи уговор у заблуди, биће дужан да другој страни накнади штету уколико дође до поништења.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Изузетак је аустријско право, у коме нескривљеност заблуде не представља услов да би се уговор могао поништити, нити се у случају поништења даје право сауговорачу жртве на накнаду штете због поништења. Разлог је у строгим условима за поништај: према §871 АБГБ, заблуда мора бити макар „препознатљива“ другој страни. Другим речима, услов поништења је несавесност друге стране, која истовремено „поништава“ евентуалну кривицу жртве заблуде. Осим тога, имајући у виду да је и сама крива за стварање или непримећивање заблуде, друга страна штету не може захтевати. К. Zweigert, Н. Kötz, 414–416; Р. Klarić, М. Vedriš, 161.

¹⁸⁷ Вид. чл. 61 ст. 3 ЗОО.

¹⁸⁸ Оправдано се пита професор Хибер: какав ће интерес имати жртва заблуде да захтева поништење уговора? Могуће постојање обавезе на накнаду штете ставиће је у исти положај, имовински посматрано, у коме би била да је извршила уговор закључен у заблуди. Није ли тиме обесмишљена примена правила о заблуди у пракси? Проблем донекле ублажава констатација да се из доступне судске праксе може уочити да се ни у једном случају није поставило питање надокнаде штете сауговорачу жртве заблуде. Д. Хибер (1991), 257–258.

Решење донекле ублажава захтев да друга страна буде савесна, да није знала нити је могла знати за постојање узрока рушљивости.¹⁸⁹ Непажња сауговорача ће, стога, искључити одговорност жртве, али је у случају непостојања кривице и једне и друге стране, терет штете, чини се, преваљен на жртву заблуде.¹⁹⁰

О озбиљности дилема које се јављају поводом захтева да заблуда буде извињавајућа, па и тумачења правног стандарда „пажња која се у промету захтева“, биће више речи у одељку о дужности самообавештавања.¹⁹¹ За сада је довољно изнети следећи закључак: иако није уређено на јединствен начин, држању жртве заблуде при закључењу уговора се у упоредном праву придаје велики значај. То несумњиво има утицаја и на решење проблема постојања и обима предуговорне дужности обавештавања. Ако је о нечему сама била дужна да се обавести, терет таквог пропуста неће се преваљиваљивати на другу страну. Изложена правила о заблуди у нашем и упоредном праву то потврђују: такав пропуст ће жртви или одузети право на поништај или родити одговорност да накнади штету.

2.2.4 Недовољност самосталне примене правила о заблуди на повреду дужности обавештавања

Иако важно средство коме би се могло прибећи у случају ненамерне повреде дужности обавештавања, правила о заблуди су сама по себи недовољна

¹⁸⁹ Правило јесте конкретизација општег правила из чл. 115 ЗОО: уговорач на чијој је страни узрок рушљивости одговоран је свом сауговорачу за штету коју трпи због поништења уговора, ако овај није знао нити је морао знати за постојање узрока рушљивости уговора. О схватању да је реч о објективној одговорности вид. Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига прва, Београд 1983, 366; V. Gogens, 535.

¹⁹⁰ То се, међутим, не може неспорно тврдити. Однос чл. 61 и 115 ЗОО могао би да отвори питање: ако нема кривице ни једне ни друге стране, ко сноси одговорност за штету? Тумачећи чл. 61 ЗОО, чини се да је то жртва заблуде – њену одговорност гаси само несавесност друге стране. Међутим, Цигој поставља питање: шта уколико је заблуду нескривљено проузроковала друга страна? У делу о утицају понашања сауговорача на примену правила о заблуди указали смо на то да поједина упоредноправна решења изричито решавају питање нескривљеног „проузроковања“ заблуде друге стране. До тога долази изношењем нетачних тврдњи за које, пак, није постојала дужност да се зна да су нетачне. То и даље не мења чињеницу да је заблуда изазвана. Позивајући се управо на чл. 115 ЗОО, који не тражи скривљено проузроковање, Цигој износи мишљење да је могућа и објективна одговорност сауговорача који је проузроковао заблуду друге стране. Према њему, „довољно је да узрок потиче из сфере једне од уговорних страна“. С. Цигој (1983), 237.

¹⁹¹ Вид. део 5.1.2 овог рада.

да би се у сваком конкретном случају адекватно санкционисала повреда те дужности.¹⁹²

Најпре, поништењем уговора због заблуде могуће је санкционисати само оне случајеве повреде дужности обавештавања услед којих је створена заблуда о околности коју закон сматра битном.¹⁹³ У том смислу су правила о превари ћутањем обухватнија, али претпостављају намеру. Упозоравају правни писци, и ћутање о неким другим околностима могло би се сматрати несавесним понашањем, иако би измакло поништење уговора због заблуде.¹⁹⁴ Пример за то је (ненамерни) пропуст банке да јемца обавести пре закључења уговора о тешкој материјалној ситуацији дужника: заблуда о солвентности дужника није ништа друго до заблуда о мотиву, која према правилима о заблуди само изузетно чини уговор рушљивим.¹⁹⁵

Међутим, чак и када је реч о битној заблуди, самостална примена правила о заблуди на случајеве повреде предуговорне дужности обавештавања чини се недовољном још из једног разлога. Наиме, њима се не предвиђа могућност да *жртва заблуде* захтева од сауговорача накнаду штете у случају да јој се штета не може потпуно надокнадити поништењем уговора. Разлог је у томе што је преовлађујући циљ заблуде као установе заштита *воље*. Према решењу које је усвојено у нашем праву, за поништење уговора због заблуде довољно је испитати само понашање жртве при закључењу уговора јер заблуда мора бити нескривљена, али не и понашање њеног сауговорача. У том смислу, анализа је површнија него што би требало да буде случај када дође до повреде предуговорне дужности обавештавања. Тек када би се евентуално поставило питање одговорности жртве за поништење, суд је дужан да узме у обзир и понашање друге стране.

¹⁹² Y. Boyer, 375.

¹⁹³ L. de Leyssac, 331; Y. Boyer, 382; M. Fabre-Magnan (1992), 280. О битним заблудама вид. Д. Хибер (1991), 100 и даље.

¹⁹⁴ L. de Leyssac, 331.

¹⁹⁵ Вид. чл. 62 ЗОО. Вид. нпр. одлуку Касационог суда од 27. јуна 1995. године, бр. 92-19212, од 3. маја 2006. године, бр. 02-11211. О томе и у Anne-Sophie Barthez, Dimitri Houtcieff, sous la direction de Jacques Ghestin, *Les sûretés personnelles*, Paris 2010, 243–244; Christophe Albiges, Marie-Pierre Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, Paris 2015, 60 и даље; Phillippe Simler, Philippe Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Paris 2016, 80; Jérôme François, sous la direction de Christian Larroumet, *Droit civil, Les sûretés personnelles*, Paris 2004, 97 фн. 4.

Стога, позивање на правила о заблуди омогућава жртви да исходује поништење уговора и избегне обавезу накнаде штете несавесном сауговарачу. Али, право је питање да ли се утицај несавесности сауговарача ограничава *само* на отклањање обавезе за жртву да накнади штету или он може довести *и до промене улога* – да се дужником накнаде штете сматра несавесни сауговарач, а повериоцем жртва заблуде?

2.2.5 Закључно о односу заблуде и предуговорне дужности обавештавања

Поглед на начин на који је регулисана установа заблуде у упоредном праву показао је да се придаје незанемарљив значај понашању сауговарача при закључењу уговора. Притом, показало се да се кривица сауговарача може огледати и у повреди дужности обавештавања – њен природан терен је случај када је заблуда препознатљива. Ако је сауговарач тада непажњом пропустио да је уочи и отклони, заблуда која је на такав начин настала може довести до поништења уговора.¹⁹⁶ У том смислу, правила о заблуди могу послужити као начин санкционисања повреде дужности обавештавања.¹⁹⁷

То, међутим, не значи да се њихова поља примене потпуно преклапају. Поништење уговора услед заблуде у нашем праву је могуће и када није постојала дужност обавештавања, када се сауговарачу ништа не може замерити. Осим тога, показало се да правила о заблуди могу бити недовољна, неадекватна санкција повреде дужности обавештавања: прво, њима се захтева да заблуда буде битна; друго, недостатак је и у томе што се тим правилима не регулише питање накнаде штете коју је жртва заблуде претрпела у случају кривице друге стране. Управо се ту рађа простор да се правилима о одговорности за штету због повреде дужности обавештавања допуне правила о заблуди и донекле промени традиционални поглед на њих.¹⁹⁸ Оно, пак, отвара проблем утврђивања оквира дужности обавештавања:¹⁹⁹ одговорност за штету постојаће само у случају када је постојала дужност да се, обавештавањем, спречи заблуда друге стране.

¹⁹⁶ M. Fabre-Magnan (1992), 278.

¹⁹⁷ Y. Boyer, 381–382; L. de Leyssac, 313.

¹⁹⁸ R. Sefton-Green, 14.

¹⁹⁹ M. Fabre-Magnan (1992), 277.

2.2.6 Схватања о превари непажњом

У овом делу чини се важним указати на још једно.

Тежња да се пружи заштита жртви заблуде и у оним случајевима у којима је њен сауговорач нехатно повредио дужност обавештавања утицала је на то да се у немачкој судској пракси развије и идеја о тзв. превари непажњом.²⁰⁰ Поништење уговора и накнаду штете која је жртви проузрокована судови су дозвољавали и у оним случајевима који се не могу строго подвести под §123 БГБ о превари, под условом да је жртва била кривицом сауговорача доведена у заблуду, макар и из непажње. Такво решење се сматра пригодним јер се на најадекватнији начин санкционише непажљива повреда дужности обавештавања.²⁰¹

Идеје о подвођењу непажљивог поступања сауговорача под појам преваре могу се наћи и у нашој литератури,²⁰² па чак и у самом закону, у одредби којом се регулише превара која потиче од трећег. Према чл. 65, ст. 3, ако је превару учинило треће лице, превара утиче на сам уговор не само ако је друга страна у време закључења уговора знала већ и ако је *морала знати* за превару.

Такво релативизовање појма преваре оправдава се тиме да и у том случају постоји кривица сауговорача жртве преваре. Сауговорач је крив и мора сносити последице преваре и онда када за превару од трећег није знао, али је „према једном општем току ствари требало да зна за такве радње“;²⁰³ односно када „због своје непажње за њу није знао“,²⁰⁴ када „није употребио онај степен пажње који се иначе захтијева у таквим ситуацијама“.²⁰⁵ Кривица сауговорача је, дакле, у пропусту да уочи превару од трећег, односно, и више од тога – у пропусту да уочи заблуду жртве преваре. Такав пропуст за последицу има и пропуст да се отклони заблуда обавештењем о превари трећег.²⁰⁶ Поједини аутори такав пропуст сликовито објашњавају као „преварно слепило“ (*„fraudulent blindness“*).²⁰⁷ Ако сауговорач тада није ништа предузео да отклони заблуду, и он чини превару, те се

²⁰⁰ Н. Kötz, А. Flessner, 202–203 и фн. 42.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² С. Перовић (1980б), 259.

²⁰³ С. Перовић (1980а), 303.

²⁰⁴ Стојан Цигој, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига прва, Београд 1980, 204.

²⁰⁵ Б. Визнер, 297.

²⁰⁶ „*Si l'autre partie connaissait le dol ou aurait dû le connaître, elle est obligée d'y rendre attentive la victime. Sinon, elle viole son devoir d'information*“ (наше наглашавање). В. Schmidlin, 256.

²⁰⁷ Joseph Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, приредио А. Е. Randall, London 1920, 162.

уговор може поништити. Решење је засновано на једном „друштвеном стандарду“, који „доследно придаје значај чињеници савесности уговорника“.²⁰⁸

Иако се начелно може подржати идеја да би санкцију требало да сноси сауговарач, онда када је својом непажњом пропустио да уочи заблуду, нама се чини прилично вештачким, фиктивним, да се такво понашање подведе под појам *преваре*. Превара претпоставља намеру, а намере не може бити без свести о превари трећег или заблуди сауговарача. Развој идеје о превари непажњом и вештачко проширивање појма преваре управо су резултат тежње да се негативне последице заблуде превале на оног сауговарача који је такву заблуду проузроковао, скривио, пропустивши да жртву изведе из ње. Али, чини се да је много адекватније такво понашање санкционисати управо на основу дужности обавештавања. Како Гестен (*Ghestin*) истиче, управо наметање дужности обавештавања, и када нема намерног прећуткивања, „тежи да успостави правичну равнотежу између дужности савесног поступања једног сауговарача, која оправдава његову дужност обавештавања, и дужности пажње другог сауговарача, намећући му дужност да се сам обавести“.²⁰⁹ Тиме би се уједно избегло да се скривљено понашање сауговарача олако окарактерише као преварно.

2.3 Однос предуговорне дужности обавештавања и одговорности за правне и материјалне недостатке

2.3.1 Постављање проблема

Правила о одговорности за правне и материјалне недостатке ствари традиционално се везују за само *извршење* уговора, не и за његово *закључење*. Преносилац је, наиме, дужан да прибавиоцу обезбеди мирну и корисну државину – да се он том ствари служи онако како је основано могао очекивати.²¹⁰ Таква

²⁰⁸ С. Перовић (1980а), 303.

²⁰⁹ J. Ghestin (2013), 1285.

²¹⁰ С. Перовић (1980а), 389. У грађанским законима се одредбе о правним и материјалним недостацима углавном регулишу одредбама којим се уређује купопродаја, али се она примењују и на остале теретне уговоре. Вид. чл. 478–515 ЗОО; чл. 1626–1649 ФГЗ-а; чл. 232–250 Општег имовинског законика за Црну Гору – ОИЗ; чл. 554–558 Српског грађанског законика – СГЗ.

обавеза заштите јавља се управо због узајамности користи²¹¹ код теретних уговора, те њено извршење доприноси правилном извршењу уговорне обавезе.

На први поглед могло би да зачуди како би се онда та правила уопште могла примењивати у случају повреде *предуговорне* дужности обавештавања. До њене повреде долази, по природи ствари, при закључењу уговора, а не при његовом извршењу. Необавештавање, када постоји дужност да се говори, рађа ману у вољи, те би се пре могло поставити питање пуноважности уговора. Осим тога, правила о одговорности за правне и материјалне недостатке немају за (примарни) циљ исправљање недостатака у вољи већ недостатака који се јављају при извршењу уговора, услед чега се нарушава начело еквиваленције престајања уговорних страна.

Чињеница је, међутим, да се правила о одговорности за правне и материјалне недостатке често примењују и у оним случајевима када је неправилно „извршење“ уговора, заправо, последица околности која је постојала већ при самом закључењу: купљена ствар може и пре закључења уговора имати одређени недостатак који се уобичајеним прегледом није могао открити, а о коме продавац није обавестио купца. Мана се најчешће открива после извршења, али још чешће постоји у моменту закључења уговора.²¹²

Проблем је део ширег питања – нарочито разграничења заблуде о битним својствима ствари и гаранције за скривене мане ствари.²¹³ „Није ли овде реч о једном непотребном двојству, о једном правном плеоназму?“²¹⁴

Известан број аутора сматра да те две установе имају исти основ и циљ, да су повезане истом идејом, да се међусобно преплићу, да их није могуће до краја разграничити и да их треба свести на један јединствени терен.²¹⁵ У оба случаја реч

²¹¹ P. Klarić, M. Vedriš, 416.

²¹² Jacques Ghestin, „The Pre-contractual obligation to Disclose Information, 1. French report“, *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* (eds. Donald Harris, Denis Tallon), London 1989, 156; Д. Хибер (1991), 285. Вид. одлуку Врховног суда Србије, Рев. 5356/00 од 24. маја 2001, *IngPro*: „С обзиром да је у току поступка утврђено да су тужени продали тужиоцу парцелу а *било им је познато у време закључења уговора* да нису били власници исте, о чему тужилац није имао сазнања, правилан је закључак нижестепених судова да су одговорни за штету коју су дужни да надокнаде тужиоцу“ (наше наглашавање).

²¹³ Bernard Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Paris 1964, 65 и даље.

²¹⁴ Слободан Перовић, „Заблуда о својствима предмета и одговорност за скривене мане“, *Правни живот* 1/1972, 13 и даље.

²¹⁵ *Ibid.*, 26 и даље. Вид. о односу преваре, с једне стране, и заштите од евикције и физичких мана ствари, с друге стране, у И. Вујовић, 255 и даље. Ако је продавац знао за материјални недостатак, свакако да је реч и о превари, али је целисходније за преварену страну да се позове на повреду

је о заштити уговорника који не би закључио уговор да је знао за право стање ствари. Њихов однос би требало посматрати као однос посебног према општем: правилима о одговорности за скривене мане само су конкретизована правила о заблуди.²¹⁶ Мада су на теоријском и плану законског регулисања њихова дејства битно другачије одређена,²¹⁷ на практичном плану ће често бити могуће применити правила и једне и друге установе.²¹⁸ Зато поједини писци одговорност за скривене мане анализирају као хибридную установу: она у својој основи има заблуду о битном својству ствари, али рађа право да се захтева раскид уговора или снижење цене.²¹⁹ Исти проблем, иста чињенична подлога се посматра из другачије перспективе: док је код заблуде у првом плану психолошки моменат, воља за закључење уговора, код одговорности за скривене мане поставља се питање да ли је сауговорач добио оно што је оправдано могао да очекује извршењем обавезе друге стране, да ли је постигнута имовинска равнотежа. Циљ је код одговорности за недостатке објективизован. Стога не чуди што се у судској пракси често помињу мане воље приликом примене правила о одговорности за недостатке, и обратно,²²⁰ а случајеви са истом чињеничном подлогом некад решавају применом једне, некад применом друге установе.²²¹

обавезе због скривених недостатака ствари. О односу заблуде и других установа којима се штити начело еквиваленције давања вид. Д. Хибер (1991), 517.

²¹⁶ V. Gross, 66.

²¹⁷ Осим различитости санкција и рокова за подношење тужбе, Перовић истиче још и разлике у природи и циљу који се жели остварити, условима који се захтевају за настанак права, као и разлике у погледу питања која уговорна страна има право да захтева правну заштиту. Он закључује да је, упркос извесних заједничких елемената, реч о две одвојене групе правила. Њихову раздвојеност не доводи у питање ни околност да иста чињенична подлога може пружити овлашћеном уговорнику могућност да бира које ће право искористити: реч је о конкуренцији, а не истоветности права. С. Перовић (1972), 32 и даље.

²¹⁸ То може да зависи и од тога како ће судови проценити реч „употреба“ приликом примене правила о заштити у случају физичких недостатака. Уколико се под употребом сматра испуњење нормалне функције ствари, онда се раскид уговора и смањење цене не могу захтевати када се ствар може употребљавати упркос недостатку. Тако, према објективном мишљењу, слика која је купљена као оригинал а представља копију, није ствар са скривеном маном јер је подобна за уобичајену употребу. Тада ће бити могуће само поништење услед заблуде. Уколико се, пак, примени субјективни критеријум, поље примене правила о одговорности за скривене мане се значајно проширује. С. Перовић (1972), 29; V. Gross, 67.

²¹⁹ Jacques Ghestin, *Conformite et garanties dans la vente (Produits mobiliers)*, Paris 1983, 183 и даље.

²²⁰ Вид. нпр. одлуку Врховног суда Србије, Рев. 1217/97 од 3. марта 1998, *IngPro*. О одлуци Касационог суда Француске у М. Fabre-Magnan (1992), 305; V. Gross, 68 и даље.

²²¹ Вид., примера ради, одлуке Врховног суда Србије, Рев. 645/98 од 27. маја 1998, *IngPro*, и Врховног суда Србије, Рев. 3205/99 од 7. августа 1999, *IngPro*, где је одузимање возила од купца са образложењем да је возило украдено било решено применом правила о одговорности за правне недостатке, док је у одлуци Врховног суда Србије, Рев. 1291/97 од 3. јуна 1997, *IngPro*, исти случај решен применом правила о манама воље.

Мада се у упоредном праву води озбиљна полемика о томе да ли је оправдано дозволити могућност позивања и на правила о заблуди и на правила о одговорности за недостатке, посебно имајући у виду кратке рокове код одговорности за недостатке, који би могли да буду обесмишљени ако би се омогућило да се по њиховом протеклу сауговорач позива на правила о заблуди,²²² она превазилази оквире овог рада, па јој се неће посветити већа пажња. Осим тога, та полемика донекле губи значај ако је до погрешне представе у свести купца (прибавиоца) дошло због повреде дужности обавештавања која је теретила продавца (преносиоца): купац тада задржава право да се позове на недостатак и по протеклу рока законом одређеног рока, чиме се може готово елиминисати разлика између заблуде и одговорности за недостатке у погледу рокова за заштиту права.²²³

Циљ овог истраживања је да се укаже на то да и правила о одговорности за недостатке могу представљати законски основ помоћу кога се могу утврдити постојање, обим и начин санкционисања дужности обавештавања која је по природи предуговорног карактера. Стога ћемо најпре анализирати однос између те две установе, потом како понашање сауговорача при закључењу уговора има утицаја на њихова права, а онда и због чега та правила, иако значајна, могу бити недовољан или неадекватан основ регулисања предуговорне дужности обавештавања.

2.3.2 Однос између правила о одговорности за недостатке и предуговорне дужности обавештавања

Корисно је, али и неопходно истаћи да примарни, а ни једини циљ правила о одговорности за недостатке није санкционисање повреде дужности обавештавања. Продавац (преносилац) не одговара у сваком случају само зато што је пропустио да купца обавести о неком недостатку. У правним системима

²²² О колебању француске судске праксе више у J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2013), 1055 и даље; Jégôme Huet, *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés*, Paris 1987, 39. Ставови немачких и швајцарских судова су на супротним половима: док први негирају могућност прибегавања правилима о заблуди након истека рокова за позивање на правила о одговорности за недостатке, други је спремно прихватају. Више у K. Zweigert, H. Kötz, 413.

²²³ Више о томе у делу 5.1.3.2 овог рада.

какав је и наш, продавац у теретним уговорима сноси обавезу заштите купца због недостатака и када за њих није знао нити је морао знати.²²⁴ То је последица идеје да је првенствени циљ правила о одговорности за правне и материјалне недостатке обештећење прибавиоца, а не санкционисање кривице преносиоца. Обавеза заштите се не схвата увек као санкција због *mala fidei* преносиоца него као дејство уговора са накнадом у којима се среће узајамност користи.²²⁵ Прибавилац мора бити постављен у онај положај као да недостатка нема.

Ипак, то не значи да несавесност преносиоца не игра никакву улогу у примени тих правила. Штавише, правилима о одговорности за недостатке се врло јасно указује на значај чињенице да је преносиоцу недостатак био познат, односно морао бити познат,²²⁶ о чему ће бити речи у делу о утицају несавесности преносиоца на одговорност за недостатке. Примена строжих правила у случају несавесности несумњиво има циљ да се санкционише повреда дужности обавештавања:²²⁷ да је прибавиоца обавестио о недостатку, преносилац би се ослободио своје одговорности. То уосталом произлази и из текста бројних законских одредаба: ако је за недостатак знао или му није могао остати непознат, одговорност преносиоца за штету се заснива на кривици због пропуштања да прибавиоца обавести о недостатку.²²⁸

²²⁴ Чл. 478 и 508 ЗОО. Вид., примера ради, и чл. 192 и 197 ШЗО, чл. 1626 и 1641 ФГЗ.

²²⁵ С. Перовић (1980а), 382, 393. Вид. Пресуду Врховног суда Србије, Прев. 52/98 од 13. маја 1998, *ParagrafLex*.

²²⁶ Када је реч о бесплатном, добротном уговору, одговорност за недостатке, такође, постоји само уколико је преносилац за недостатак знао или му није могао остати непознат. Вид. за зајам без накнаде чл. 561 ст. 2 ЗОО, за поклон и послугу Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1990, 616, 703.

²²⁷ М. Fabre-Magnan (1992), 304; В. Gross, 197.

²²⁸ Тако, према чл. 486, одредба уговора о ограничењу или искључењу одговорности за недостатке ствари ништава је ако је недостатак био познат продавцу, а *он о њему није обавестио купца*; према чл. 514, продавац одговара и за посебна ограничења јавноправне природе која купцу нису била позната ако је он за њих знао или је знао да се могу очекивати, а *није их купцу саопштио*; према чл. 561, ст. 2 ЗОО, ако је зајам без накнаде, зајмодавац је дужан да накнади штету која потиче од недостатака ствари само уколико су му недостаци били познати или му нису могли остати непознати, а *о њима није обавестио зајмопримца*; према чл. 574, ст. 2 ЗОО, закуподавац одговара за недостатак закупљене ствари који је закупцу услед крајње непажње остао непознат, ако је он знао за тај недостатак и намерно *пропустио да о њему обавести закупца*; према чл. 617 ЗОО, посленик се не може позвати на неку одредбу претходних чланова кад се недостатак односи на чињенице које су му биле познате или му нису могле остати непознате, а *није их саопштио наручиоцу* итд. У њима се конкретизује правило из чл. 485 ЗОО, према коме знање преносиоца за недостатак (или доказ о томе да он њему није могао остати непознат) ништи кривицу стицаоца: купац тада не губи право да се позове на неки недостатак и када није извршио своју обавезу да ствар прегледа без одлагања или обавезу да у одређеном року обавести продавца о постојању недостатка, као и кад се недостатак показао тек по протеклу рока од шест месеци од предаје ствари.

Дакле, може се закључити, обавеза на заштиту није условљена повредом дужности обавештавања, постоји и независно од ње, али (претпостављена) свест преносиоца о недостатку поштрава његову одговорност, што представља поље на коме се преклапају одговорност због недостатака и одговорност због повреде дужности обавештавања.

2.3.3 Примена правила о одговорности за материјалне недостатке при санкционисању дужности обавештавања

И летимичан поглед на правила о одговорности за недостатке показује колики се значај придаје познавању, односно дужности да и преносилац и прибавилац ствари познају њене недостатке: док се у првом случају поштрава одговорност преносиоца, у другом се случају он ње може потпуно ослободити.

2.3.3.1 Утицај савесности прибавиоца на примену правила о одговорности за недостатке

Да би прибавилац имао право на заштиту у случају постојања недостатака, уобичајено се у упоредном праву захтева да је мана била скривена, да прибавилац оправдано за њу није знао.²²⁹ Исти захтев предвиђа се и Законом о облигационим односима: продавац не одговара за материјалне недостатке ствари ако су у часу закључења уговора били познати купцу или му нису могли остати непознати.²³⁰

Искључење одговорности продавца у случају када су купцу недостаци били познати није потребно објашњавати. Сматра се да је купац своју вољу формирао узимајући их у обзир, да их је уградио и у остале елементе уговора,

Интересантно је да се у чл. 40 Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечке конвенције), која представља пандан чл. 485 ЗОО, изричито указује на то да је кривица продавца у томе што чињенице које су му биле познате или му нису могле бити непознате *није открио купцу*, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>, 20. априла 2018.

²²⁹ Тако, према чл. 1642 ФГЗ-а, продавац не одговара за видљиве мане, мане у које се купац могао сам уверити; према чл. 233 Општег имовинског законика, продавац не одговара за оне недостатке које је купац „лако могао знати да је барем онако пазио као што то обично бива у таквим пословима“; према чл. 556 Српског грађанског законика „за недостатке, који свакоме падају у очи, није дужан нико јемствовати“.

²³⁰ Чл. 480, ст. 1 ЗОО.

укључујући и цену; стога, не само да тада нема никакве заблуде већ ни потребе за заштитом начела еквиваленције.

Међутим, одговорности продавца нема ни онда када купцу недостаци *нису могли остати непознати*; дакле, и онда када је био дужан да их зна.

Идеја је у спречавању, демотивисању инертности сауговарача.²³¹ Свако је дужан да се стара о заштити сопствених интереса, те се заштита неће пружити ономе ко је имао могућност да се сам информише о недостацима ствари коју прибавља.²³² Најмање што се од купца (прибавиоца) може очекивати јесте да се сам увери у све видљиве карактеристике ствари. Уколико то не учини, незнање купца „није достојно заштите“²³³ јер није показао ни „елементарну пажњу“ при куповини ствари.²³⁴

Дужност (само)обавештавања о видљивим недостацима ствари произлази и из члана 481, ст. 1 ЗОО: купац је дужан да ствар прегледа на уобичајен начин или је да на преглед, чим је то према редовном току ствари могуће, и да о видљивим недостацима обавести продавца. То је пример дужности у сопственом интересу, о којој је већ било речи.²³⁵ Купац не може бити принудним путем натеран на њено извршење, али може изгубити права која му по том основу припадају.²³⁶

Када је реч о одговорности за правне недостатке, свест купца о могућности да му ствар буде одузета или да његово право буде смањено или ограничено такође га лишава права на накнаду штете која би му могла бити причињена.²³⁷

²³¹ В. Gross, 198.

²³² М. Fabre-Magnan (1992), 308.

²³³ Silvio Venturi, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (dir. Luc Thévenoz, Franc Werro), Basel 2003, 1077.

²³⁴ Ненад Ђурђевић, „Право купца на надокнаду штете због материјалног недостатка продате ствари“, *Правни живот* 8–10/1989, 1313.

²³⁵ Више о томе у делу 1.2 овог рада. Није неуобичајено да се то наводи и као право купца, имајући у виду да продавац не може да захтева од купца да ту обавезу изврши, али њено неизвршење значило би губитак права купца да се позове на одговорност продавца. Добросав Митровић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1980, 76; Ненад Ђурђевић, *Одговорност за материјалне недостатке продате ствари, посебно аутомобила*, магистарски рад, Крагујевац 1987, 88.

²³⁶ У том смислу, преглед није обавезан, али може бити потребан да би се могли истаћи приговори или поднела тужба. Ипак, та права купац има и у случају да преглед није извршен, али је он на други начин сазнао за недостатке. Владимир Капор, „Купопродаја“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), том први, Београд 1978, 849.

²³⁷ Вид. чл. 510 ЗОО, тада само има право да захтева враћање односно снижење цене; чл. 192, ст. 2 ШЗО – осим ако се продавац изричито обавезао да ће одговарати и у том случају; Чл. 41 Бечке конвенције; чл. 243 Општег имовинског законика; чл. 557 Српског грађанског законика. Штавише, и у системима у којима се то изричито не предвиђа, којима припада француски систем, судови се

Треба, међутим, нагласити да закон говори само о „знању“ купца – он губи право на заштиту само уколико је заиста знао за недостатак, не и ако је био дужан да зна. Упркос томе, у теорији и пракси је прихваћено схватање да се савесност купца има оцењивати шире, при чему је неопходно обухватити и оне случајеве у којима је правни недостатак прибавиоцу могао бити познат да је показао дужну пажњу при закључењу уговора.²³⁸ И тада се, дакле, губи право на заштиту.

2.3.3.2 Утицај савесности преносиоца на његову одговорност за недостатке

Законом о облигационим односима пружа се прилично широка заштита купцу у случају да ствар има недостатке. Према чл. 488, осим права да захтева испуњење уговора, снижење цене, односно раскид уговора, чак ни право на накнаду (одређеног дела) штете коју је претрпео није условљено кривицом продавца. Правила представљају конкретизацију општег правила о објективној одговорности за повреду уговора: купац има право на накнаду штете и када продавац није знао нити је могао знати за недостатак. Тиме се купцу у нашем систему пружа далеко већа заштита него што је то случај у упоредном праву, које право на накнаду штете углавном условљава кривицом продавца.²³⁹ Терет штете

изјашњавају да купцу не припада право на накнаду штете уколико му је ризик да може доћи до евикције био познат. М. Fabre-Magnan (1992), 310.

²³⁸ Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), књига друга, Крагујевац 1980, 134–135. Вид. пресуду Врховног суда Србије, Рев. 742/2006 од 28. јуна 2006, *ParagrafLex*: „тужилац није знао нити могао знати како је тужени увезао предметни ауто“; Пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 721/2003 од 25. фебруара 2003, *ParagrafLex*: закупац је морао да зна да је закупљени објекат привременог карактера и да може доћи до његовог уклањања; Пресуду Округног суда у Ваљеву Гж. 689/05 од 26. маја 2005, *Судска пракса 2/2007*: „С обзиром да се ради о непокретности у строгом центру Уба, несумњиво да је туженом морало бити познато да се ради о градском грађевинском земљишту на којем постоји право коришћења тужиоца као физичког лица, и да се не ради о својини на земљишту...“; Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 383/97 од 9. априла 1997, *IngPro*: „...уколико је купац приликом закључења уговора о продаји био савестан (није знао нити могао знати да на делу предмета куповине постоји право трећег...“.

Строже захтеве према купцу увело је швајцарско право за куповину културних добара. Према Савезном суду, да би се утврдило да ли је купац показао довољну пажњу – те поступао савесно и поштено – морају се узети у обзир све околности случаја, а посебно личне способности купца и његово искуство у одређеној бранши, цене која је плаћена и да ли је проверен регистар украдених културних добара. Од купца се, стога, очекује да се обавести о свим околностима које су му доступне, а осим тога, дужан је и да се, приликом куповине, консултује са организацијама и компетентним стручњацима. Pierre Tercier, Pascal Favre, Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, *Les contrats spéciaux* (eds. Pierre Tercier, Pascal Favre), Zurich 2009, 97.

²³⁹ Објективна одговорност предвиђена је и у швајцарском праву (чл. 208, ст. 2 ШЗО), али само за штету која представља „директну последицу предаје ствари са недостатком“. Та одредба је врло

која од недостатка потиче, а за њега нису знали нити су морали знати ни купац ни продавац, превалиће се у крајњем на продавца: он ће бити дужан да надокнади макар ону штету коју је у време закључења уговора могао предвидети као могућу последицу повреде уговора, имајући у виду све чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате.²⁴⁰ Такво решење се у теорији образлаже потребом заштите начела еквиваленције и инструментом за расподелу уговорног ризика: продавца који није знао нити је могао знати да ствар коју продаје има недостатак не можемо сматрати кривим, али ће одговарати за штету која од њега потекне јер било би још мање правично да њу сноси купац.²⁴¹

Међутим, чињеница да је њему недостатак био познат, односно да му није могао бити непознат, на више значајних начина утиче на правни режим његове одговорности за материјалне и правне недостатке.

Најеклатантнији пример поштрења одговорности продавца произлази из одредбе чл. 485 ЗОО: ако је њему недостатак био познат или му није могао остати непознат, кривица због пропуста да о томе обавести купца има такав значај да „ништи“ кривицу купца што није извршио своју обавезу да ствар прегледа без одлагања или да у одређеном року обавести продавца о постојању недостатка, а купац задржава право да се на недостатак позове и када се он појави тек по протеклу шест месеци од предаје ствари.²⁴² Такво решење није јединствено, прихвата га и Бечка конвенција,²⁴³ али је несумњиво наклоњеније купцу него што

спорна у теорији и пракси, управо због проблема утврђивања природе штете која се има надокнадити купцу. Према преовлађујућем ставу у теорији и пракси, објективна одговорност продавца ограничава се само на стварну штету коју је купац претрпео – одредбу би требало тумачити рестриктивно, имајући у виду да је објективна одговорност продавца изузетак у односу на режим који се примењује на уговорну одговорност. О томе више у S. Venturi, 1114 и 1104 и даље. Вид. за субјективну одговорност чл. 1645–1646 ФГЗ, §932 новелираног АГЗ.

²⁴⁰ Вид. чл. 266, ст. 1 ЗОО.

²⁴¹ Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд 1993, 152; С. Перовић (1980в), 134.

²⁴² Вид. и Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 259/03 од 7. јула 2005, *Судска пракса 7–8/07*, <http://www.osnovnisudkg.net/media/bilten-januar-2008.pdf>, 22. децембар 2017, 29: „Ако је продавац несавестан у односу на право купца, на захтев за накнаду штете по основу правних недостатака не примењује се рок од годину дана од сазнања за постојање права трећег, већ рок застарелости потраживања накнаде штете предвиђен одредбом чл. 376 ст. 1 ЗОО.“

²⁴³ Вид. чл. 40 Бечке конвенције, којом се на још јаснији начин кривица продавца своди на повреду дужности обавештавања. Поводом степена несавесности продавца, у теорији постоји спор. Према једнима, формулација „није могао остати непознат“ тумачи се као акт „свесне непажње“, озбиљнији степен непажње од крајње непажње, да је недостатак очигледан. Продавац прихвата могућност да постоји недостатак, али не придаје томе значај. Karl Neumayer, Catherine Ming, *Convention de Vienne dur les contrats de vente international de marchandises, Commentaire* (dir. François Dessemontet), Lausanne 1993, 309; Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. Peter Schlechtriem), Oxford 1998, 321–322. Други, пак,

је то случај у појединим правним системима, у којима треба доказати намеру.²⁴⁴ Несавесност се, дакле, не своди само на случај намерног прећуткивања недостатака, чак ни на свест о недостатку; довољно је само доказати да му он није могао остати непознат.²⁴⁵

Друго, иако не утиче на настанак,²⁴⁶ продавчева несавесност утиче на висину накнаде штете коју дугује купцу.²⁴⁷ Према општим правилима о уговорној одговорности, у случају преваре или намерног неиспуњења, као и неиспуњења због крајње непажње, поверилац има право да од дужника захтева накнаду

сматрају да би се тиме неоправдано „тас“ превалио у корист продавца, те да је врло тешко доказати знање и продавчеву намеру. Sonja Kruisinga, *(Non-)conformity in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?*, Antwerp 2004, 111–112. Несавесност о степену несавесности продавца уочена је и у пракси. Вид. *The Journal of Law and Commerce* 30/2012, Special Issue, 203–204.

²⁴⁴ Вид. чл. 203 ШЗО, према коме се купац ослобађа последица своје непажње тек ако је продавац *намерно изазвао* заблуду купца. Према §442 БГБ, непажњу купца извињава *намерно прикривање* недостатка од продавца. Осим тога, ако не постоји намера, купац нема право на накнаду штете него само на право да раскине уговор, да захтева снижење цене или предају других ствари, уколико је реч о генеричним стварима. Имајући у виду неправичност таквог решења, немачки судови су, у случају непажње продавца, прибегавали општим правилима о уговорној одговорности, али уз двоструко ограничење: да захтев буде упућен у кратком року од шест месеци од предаје ствари и да се може надокнадити само тзв. рефлексна штета (*Mangelfolgeschäden*). Оно што наилази на највећу критику у немачкој теорији јесте да се таква ограничења односе само на ситуације када је продавац крив зато што купца није обавестио да постоји одређена скривена мана. Уколико би, међутим, ствар била без мана, али продавац из непажње пропусти да купцу достави упутства за употребу ствари (реч је, дакле, о повреди уговора која није последица скривене мане), таквих ограничења не би било. Купац би могао да га тужи за накнаду целокупне штете и то у року од 30 година. (§195). K. Zweigert, H. Kötz, 495.

²⁴⁵ Вид. чл. 509 ЗОО, према коме се продавац не може позвати на то да га купац није обавестио да треће лице полаже право на ствар само када је за недостатак *знао*, не и ако је то *могао знати*. Исто предвиђа и чл. 43 Бечке конвенције о међународној продаји робе. И у теорији се указује на ту разлику, али се она не објашњава. Herbert Bernstein, Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe, A compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods*, London 1997, 67. Упор. I. Schwenzer (1998), 346.

²⁴⁶ У француском праву и сам *настанак* обавезе за накнаду штете зависи од кривице продавца, која се према чл. 1646 ФГЗ своди на *знање* за недостатак. Ипак, у судској пракси је та одредба добила много ширу примену, чиме се француски систем значајно приближио решењу усвојеном у нашем праву. Наиме, са продавцем коме је недостатак био познат поистовећује се и професионални продавац: независно од тога да ли је њему мана заиста била позната, одговараће купцу као да јесте јер се полази од необориве претпоставке да му мане ствари коју стално продаје не могу остати непознате. J. Ghestin (2013), 1284. B. Gross, 338; M. Fabre-Magnan (1992), 307. У теорији се, као изузетак, наводи само случај када је и купац професионалац, и то исте специјалности као и продавац. И. Јанковец (1993), 150. Чини се, међутим, да то није прави изузетак од правила да професионални продавац познаје мане ствари. Овде је пре реч о случају да је мана купцу-професионалцу била позната, имајући у виду његово својство, да ју је и он морао уочити.

Право на накнаду штете је и према новелираном §932 АБГБ условљено кривоцом продавца.

²⁴⁷ И у швајцарском праву кривица утиче само на обим накнаде: ако је продавац крив, купац има право да захтева накнаду целокупне штете, укључујући и изгубљену добит. Кривица продавца се претпоставља, те је на њему терет доказивања супротног. Вид. чл. 195, ст. 3 ШЗО и чл. 208, ст. 3 ШЗО. P. Tercier, P. Favre, M.-N. Zen-Ruffinen, 95; S. Venturi, 1051.

целокупне штете која је настала због повреде уговора, без обзира на то што дужник није знао за посебне околности због којих су оне настале.²⁴⁸ Дакле, надокнађује се и непредвидљива штета. Осим тога, и правилима о одговорности за недостатке одговорност за рефлексну штету, штету коју је купац претрпео на другим својим добрима, условљена је кривицом јер се ту примењују општа правила о одговорности за штету.²⁴⁹ Реч је, дакле, о вануговорној одговорности, где продавац одговара само уколико је крив.

Треће, коначно, несавесност продавца утиче и на пуноважност одредбе о искључењу или ограничењу одговорности за недостатке. Наиме, уколико је њему недостатак био познат (или му није могао остати непознат²⁵⁰), а о њему није обавестио купца, ништава ће бити одредба о искључењу или ограничењу одговорности за недостатке.

Управо се у тој поштености одговорности продавца види санкција због повреде дужности обавештавања: да је продавац указао купцу на недостатак, да га је о њему обавестио, не би сносио овакве последице. Тиме је, практично, дужност обавештавања наметнута не само онима који заиста познају ману, већ и онима за

²⁴⁸ Вид. чл. 266, ст. 2 ЗОО.

²⁴⁹ Према чл. 488, ст. 3 ЗОО.

²⁵⁰ Вид. чл. 486, ст. 2 и чл. 513, ст. 2 ЗОО. На овом месту је неопходно скренути пажњу на то да је законодавац прилично недоследан када је реч о последици ограничења или искључења одговорности: у чл. 486, ст. 2, ништавост те одредбе предвиђена је само за случај када је недостатак *био познат* продавцу, не и када му није могао остати непознат; у чл. 513, ст. 2, ништавост следи и за случај када правни недостатак није могао остати непознат продавцу; према општем правилу из чл. 265 ЗОО, није могуће искључити одговорност дужника ни за намеру ни за крајњу непажњу, па чак ни за обичну непажњу, уколико такав споразум произлази из монополског положаја дужника или уопште из неравноправног односа уговорних страна; према чл. 576, ст. 2 ЗОО, одредба је ништава само уколико је закупавацу недостатак био познат и намерно је пропустио да о њему обавести закупаца или да је такав да онемогућава употребу ствари. У нашој теорији се, притом, изузетно ретко коментарише такво опредељење законодавца. Није искључена могућност да је реч о пропусту, а не о намери законодавца, мада има и схватања да одступање од општег правила није случајно. Д. Митровић (19806), 94. У вези са тим вид. и Пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 5993/2008 од 4. децембра 2008, *ParagrafLex*: „Од закупаваца који ствар даје у закуп очекује се да зна површину простора који даје на коришћење.“ Подвучени део служи да укаже да суд није утврдио знање, још мање намеру закупаваца, већ се полази од тога та таква информација није могла остати непозната закупавацу.

Корисно је поменути да се и у швајцарском праву одступа од општег правила о искључењу и ограничењу одговорности, али то одступање једнако важи и за материјалне и за правне недостатке. Тако, према чл. 100, ст. 1 ШЗО, није могуће искључити одговорност ни у случају преваре ни у случају непажње, док се правилима о одговорности за недостатке таква могућност искључује само ако је продавац намерно прикрио („*frauduleusement dissimulé*“) недостатак (чл. 192 и 199 ШЗО). S. Venturi, 1045, 1075.

И у италијанском и немачком праву одредба је ништава само уколико је продавац злонамерно прећутао ману. Вид. чл. 1490 ИГЗ; §444 БГБ; као и чл. 244, ст. 2 ОИЗ: „Али, ако је било каква зла лукавства или пријеваре са стране продавчеве, како ће сакрити истинско стање ствари и навести купца да га у напријед ослободи те одговорности, ослобођење не вриједи.“

које се претпоставља да би ману морали да познају.²⁵¹ Притом, ћутање продавца не мора бити последица намере; штавише, није потребно доказивати ни да је продавац био свестан тога да би купац одустао од закључења уговора да је био обавештен о недостатку.²⁵² Довољно је доказати да је продавцу мана била позната, а када је реч о професионалном продавцу, чак ни то.

Иста правила, о одговорности продавца за недостатке, сходно се примењују и на остале преносиоце, ако за одређени случај није нешто друго предвиђено.²⁵³

2.3.4 Недовољност/неадекватност примене правила о правним и материјалним недостацима на повреду предуговорне дужности обавештавања

Иако се правилима о одговорности за недостатке обезбеђује озбиљан степен заштите купаца (и уопште прибавилаца) од недостатака, њиховом применом је обухваћен само одређени круг случајева повреде предуговорне дужности обавештавања. Тим правилима се дужност обавештавања по природи ствари ограничава само на информације које се односе на евентуалне *недостатке* који постоје на ствари која се *преноси* другој страни.²⁵⁴ Њима није регулисано постојање евентуалне дужности обавештавања о осталим чињеницама које се односе на ствар која се преноси, њену употребу или саму садржину уговора, а могу бити релевантне за доношење одлуке о закључењу уговора.²⁵⁵

²⁵¹ М. Fabre-Magnan (1992), 307.

²⁵² Н. Ђурђевић (1989), Београд, 1311.

²⁵³ Вид. чл. 121, ст. 3 ЗОО.

²⁵⁴ Према чл. 479 ЗОО, материјални недостатак постоји у четири случаја: ако ствар нема потребна својства за њену редовну употребу; ако ствар нема потребна својства за нарочиту употребу за коју је купац набавља, а која је била позната продавцу, или је морала бити позната; ако ствар нема својства и одлике које су изричито или прећутно уговорене, односно прописане; као и када је продавац предао ствар која није саобразна узорку или моделу, осим ако су узорак или модел приказани само ради обавештења.

Према чл. 508, ст. 1 и чл. 514 ЗОО, правни недостатак постоји ако на преносиочевој ствари постоји неко право трећег које искључује, умањује или ограничава прибавиочево право и ако постоје посебна ограничења јавноправне природе, која могу утицати на права купца и начин употребе ствари.

²⁵⁵ У литератури се, примера ради, наводи случај када је ствар која се доставља без икаквих недостатака, али продавац пропусти да достави адекватно упутство за њену употребу. К. Zweigert, Н. Kötz, 495. Осим тога, ван домашаја остају и околности које се сматрају спољашњим – које се не тичу престација уговорних страна или садржаја уговора у строгом смислу, али могу да утичу на вољу да се уговор закључи, о чему ће више речи бити у делу 5.2.2.1 овог рада.

2.3.5 Прећутне уговорне одредбе као одступање од класичног разумевања *caveat emptor* принципа у савременој англосаксонској доктрини и пракси

За разлику од европскоконтиненталних система, у англосаксонском праву се дуго сматрало да продавац нема никакву дужност да указује купцу на мане продате ствари, у складу са руководећим принципом *caveat emptor*.²⁵⁶ Идеја је да право треба да штити само оне који штите сами себе, а штити се онај купац који се понаша као пажљив и брижан сауговорач. Квалитет ствари коју купује, од чега зависи и њена вредност, купац може оценити само ако ствар сам прегледа, распита се о њој код продавца или од њега захтева гаранције.²⁵⁷ Он мора активно да дела, а не да очекује да продавац то учини уместо њега. Тиме се у великој мери ризик откривања продавчевих тајни пребацивао на купца.

С друге стране, моралност продавчевог ћутања готово да се уопште није доводила у питање.²⁵⁸ Изузетно су ретке биле одлуке у којима се уопште отварало питање оправданости ригидне примене *caveat emptor* принципа, независно од околности конкретног случаја.²⁵⁹ Сматрало се да би се правни промет оптеретио ако би продавац морао да брине о купчевим интересима. Јер, ко може боље од купца знати какве су његове потребе? Продавчево је само да активно не прикрива мане ствари и да не „лаже“.²⁶⁰

Због тога се јавила потреба да се ублажи строгост таквог решења: економски и разлози олакшавања правног промета не могу, у сваком случају, бити

²⁵⁶ C. T. LeViness, 183.

²⁵⁷ Shelby D. Green, „Contesting Disclaimer-of-Reliance Clauses by Efficiency, Free Will, and Conscience: Staving Off Caveat Emptor“, 2 *Texas A&M Law Review* 1/2014, 14.

²⁵⁸ S. D. Green, 16.

²⁵⁹ Пример за то је случај *Dorsey v. Jackman*: купац је захтевао повраћај цене плаћене при куповини непокретности јер је након закључења уговора сазнао да постоје одређени правни недостаци о којима га продавац није обавестио. Мада је суд одбио купчев захтев, образлажући одлуку тиме да продавац није изричито гарантовао да нема недостатака, случај је остао запажен у литератури по томе што су судије указивале на околности услед којих би другачија одлука била много праведнија. Тако, један од судија је указивао на то да би од купца требало да се очекује да посвети пажњу сазнавању свих оних околности „за које се претпоставља да су му доступне“, док би продавац требало да укаже купцу на све остале околности „за које се претпоставља да му нису непосредно доступне“. Други судија је много директније указао на резултат примене *caveat emptor* принципа. Он је сматрао да је реч о превари увек када се „свесно пренесе право са недостацима поштенем купцу, који о томе нема чак ни сумњу“. *Ibid.*, 17 и даље.

²⁶⁰ Тако, продавац куће није дужан да купца обавести да су водоинсталационе цеви лоше, да се на углу налази поправни дом или да је дрвенарија заражена мољцима. Купац се о томе мора сам обавестити. Свакако, купац о томе може питати и самог власника, а власник ако одлучи да одговори, његов одговор мора бити тачан; ипак, продавац исто тако може купца упутити да одговоре нађе на другом месту. P. S. Atiyah, S. Smith, 243; S. D. Green, 16.

довољни да се занемаре неправични губици које трпи страна која не поседује довољна знања и вештине да се сама информише. Тако строг став можда и може бити адекватан у правном промету између трговаца који поседују одређена знања, у којем обе стране имају једнак приступ релевантним информацијама и у којем су њихове преговарачке снаге једнаке, али је много неадекватнији када је реч о промету између физичких лица, лаика.²⁶¹

Решење је у англосаксонском праву пронађено у тзв. прећутним уговорним одредбама (*implied terms*), чиме се заштита купца у случају материјалних и правних недостатака у одређеној мери приближила решењима европскоконтиненталних правних система.

Прећутне уговорне одредбе подразумевају уметање одређених уговорних одредаба у саму садржину закљученог уговора, било на основу наређења у закону, било на основу одлуке суда, о којима није било изричите сагласности страна.²⁶² Посебно су значајне управо оне које се намећу на основу изричитог правила садржаног у закону, чиме се пружа заштита нарочито оним уговорним странама који нису у могућности да се сами заштите. Таква законска правила последица су чињенице да судови учестало проширују садржину уговора, у споровима који су се јављали поводом закључења одређених уговора. Типичан пример за то су купопродајни уговори, код којих су се продавцу често у судској пракси наметале прећутне гаранције да ствар нема правне или материјалне недостатке, односно да је ствар подобна за редовну или посебну употребу, онда када је продавцу таква намена ствари била позната.

Резултат је имплементација таквих прећутних уговорних одредаба у Закон о продаји робе (*Sale of Goods Act*) из 1979. године, а сличне одредбе могу се наћи и у другим прописима, као што је, примера ради, Закон о снабдевању робом и услугама (*Supply of Goods and Services Act*) из 1982. године.²⁶³

²⁶¹ К. Zweigert, Н. Kötz, 426–427.

²⁶² Ј. O'Sullivan, Ј. Hilliard, 167.

²⁶³ Први помак, мада незнатан, учињен је још 1893. године, доношењем Закона о продаји робе (*Sale of Goods Act*), којим се предвиђала дужност продавца да купца обавести „о свим скривеним манама ствари које су само њему познате“. Необавештање се практично изједначило са преварним ћутањем, бар када је реч о купопродајном уговору и дужности која терети продавца. Али, ако су неоткривене околности такве да их је купац морао знати, или лако могао сазнати, или се није могао ослањати на продавца да их сазна, скривање неће утицати на пуноважност уговора. Тек када су околности тајне природе, или такве да их купци уобичајено не истражују, или такве да их купац може сазнати једино од продавца, скривање ће представљати превару. Ако је такво скривање

Тако, при закључењу уговора о продаји робе, сматра се да је продавац ималац права својине на ствари коју продаје, односно да ће то право имати у тренутку када је дужан да пренесе право својине, те да је роба ослобођена терета о коме купац није имао сазнања нити је био обавештен; када је у питању продаја робе према опису, подразумева се да ствар мора одговарати опису; када продавац продаје робу у оквиру своје привредне делатности, узима се да је уговорена роба „задовољавајућег квалитета“; коначно, уколико продавац продаје робу у оквиру своје привредне делатности, узима се да је уговорена роба која се може користити у посебне намене, ако је таква намена била позната продавцу. Сматра се да је роба задовољавајућег квалитета уколико испуњава стандарде које би разуман човек држао за задовољавајуће, узимајући у обзир опис робе, цену и друге релевантне околности. Купац се на недостатке не може позивати само уколико му је продавац при закључењу уговора скренуо пажњу на околности због којих се квалитет ствари може окарактерисати као незадовољавајући или ако је купац имао могућности да прегледа робу пре закључења уговора, при чему је недостатак такве природе да би прегледом био откривен.²⁶⁴

Значај тих одредаба је управо у томе што се њима продавац индиректно подстиче на предуговорно обавештавање купца о карактеристикама ствари коју купује. Уколико жели да избегне одговорност, продавац ће то лако моћи да постигне обавештавањем купца о релевантним околностима. Другим речима, ако продавац жели да спречи да се на њихов уговор примене и прећутне одредбе предвиђене тим законом, он ће бити мотивисан да свог будућег сауговорача снабде свим информацијама чије би прећуткивање родило његову одговорност.²⁶⁵

Међутим, иако важан, искорак ка имплементацији прећутних уговорних одредаба у англосаксонском праву и даље је недовољан да би се обезбедило предуговорно обавештавање у свим ситуацијама у којима се оно сматра оправданим и жељеним.

довело до закључења уговора, он се има поништити. Вид. више у Angelo D. M. Forte, „Good Faith and Utmost Good Faith: Insurance and Cautionary Obligations in Scots Law”, *Good faith in contract and property* (ed. Angelo D. M. Forte), Portland 1999, 78–79, 97.

²⁶⁴ Вид. чл. 12, 13 и 14 *Sale of Goods Act* из 1979. године, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>, 20. април 2018, као и чл. 2, 3 и 4 *Supply of Goods and Services Act* из 1982. године, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/29/contents>, 20. април 2018.

²⁶⁵ Р. Legrand (1986), 324. С друге стране, таквим прећутним законским одредбама се чини излишним сама дужност обавештавања јер ће продавац одговарати и у случају да за недостатке није ни знао. Р. S. Atiyah, S. Smith, 251.

С једне стране, предност прибегавању употреби прећутних уговорних одредаба јесте у томе што суду оставља одрешене руке да, зависно од околности случаја, спор реши било дозвољавајући раскид уговора, било усвајајући захтев за накнаду штете.²⁶⁶ Тиме је англосаксонско право „на мала врата“ пружио заштиту необавештеном купцу.

С друге стране, примена тих правила је ограничена најмање на три начина: прво, она се примењују само на одређене уговоре;²⁶⁷ друго, у односу на квалитет или подобност ствари која се купује, одговорност се додатно ограничава само на продавца који робу продају у оквиру своје привредне делатности;²⁶⁸ коначно, прећутним уговорним одредбама купцима се пружа заштита само када је предмет купопродајног уговора роба – не и у случају када се преноси право својине на непокретности, осим изузетно.²⁶⁹ Тим замеркама се може додати и још једна: санкција применом прећутних уговорних одредаба уговорног је карактера. Дужност обавештавања, са своје стране, по природи је предуговорног карактера.

2.4 Дужност обавештавања и предуговорна одговорност

2.4.1 Постављање проблема

Претходна излагања су показала да правила о манана воље, односно одговорности за недостатке, могу бити недовољна да би се на основу њих закључило да ли постоји дужност обавештавања при закључењу уговора или да би се санкционисала њена повреда. Наиме, понекад се њихова примена условљава претходним утврђивањем постојања дужности обавештавања, али чак и када то није случај, и када је њихова примена могућа, она може бити недовољна да би се на адекватан начин санкционисала повреда дужности обавештавања. Суочивши се са таквим проблемом, у тежњи да се санкционише ћутање кад год се од једног саговорача оправдано може очекивати да пружи обавештења другом, у упоредном праву се упорно трагало за правним правилом које је довољно широко

²⁶⁶ *Ibid.*, 252.

²⁶⁷ Као што су, примера ради, уговор о купопродаји према *Sale of Goods Act* или уговори о пружању услуга, према *Supply of Goods and Services Act*.

²⁶⁸ Та правила се не примењују на физичко лице у uloзи продавца.

²⁶⁹ Изузетак је случај продаје од градитеља нове непокретности. В. Nicholas, 170–171.

постављено да би се могло применити као допуна уз постојећа (поменута) правила, али и наместо њих, када њихова примена није неопходна или није могућа.

Решавање проблема утврђивања основа из кога произлази дужност обавештавања и начин њеног санкционисања део је једног ширег проблема: када понашање страна при закључењу уговора уопште може родити предуговорну одговорност?

Упоредноправна анализа показује да ниједан правни систем не регулише, на свеобухватан начин, понашање страна при закључењу уговора. Зазор од евентуалне пренормираности те фазе која претходи закључењу уговора последица је идеје да би њу требало у највећој могућој мери ослободити стега које су карактеристичне за уговорни однос. У тој фази се стране још увек преиспитују да ли уопште желе да закључе уговор и под којим условима, па се од њих не може ни очекивати да се понашају једна према другој онако како би биле дужне да се понашају у већ насталом уговорном односу. С друге стране, та слобода не би смела да доведе до потпуне самовоље страна, нарочито уколико би то претило да изазове штету. Одмеравање супротстављених интереса предмет је живе расправе о томе да ли се преговарачима и у тој фази имају наметнути одређене дужности, чија би повреда могла да води одговорности за штету.

У поређењу са англосаксонским правним системима у којима се сматра природним да свака страна сама преузима ризик и трошкове вођења преговора, у европскоконтиненталним влада другачија клима: јасно се показују тенденције да се стране у одређеној мери обавезу још у раној фази преговора.²⁷⁰ Најважнију улогу је одиграла судска пракса, креирајући правила понашања преговарача, и у оним системима у којима фаза преговора готово уопште није регулисана законом и у оним системима који садрже макар одређена правила.²⁷¹ Ослонац су судови

²⁷⁰ Lisa Spagnolo, „Opening Pandora’s Box: Good Faith and Precontractual Liability in the CISG“, *21 Temple International and Comparative Law Journal* 261, 2007, HeinOnline, 268. О дужностима у фази преговарања вид. националне извештаје објављене у Ewoud Hondius (ed.), *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Boston 1991; за швајцарско право вид. и Luc Thévenoz, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (dir. Luc Thévenoz, Franc Werro), Basel 2003, 543; за италијанско и немачко право вид. и Nicola Palmieri, „Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations“, *Seton Hall Law Review*, 1993–1994, HeinOnline, 201 и даље.

²⁷¹ Примери су грчко право (садржи и опште правило о дужности придржавања начела савесности и поштења, али и посебно правило да којим се уводи субјективна одговорност за штету причињену

првенствено нашли у општем принципу *neminem laedere* и начелу савесности и поштења, чиме су надоместили и допунили постојећа законска решења.

Како дужност обавештавања припада корпусу предуговорних дужности, решење је, и у случају ње, пронађено у предуговорној одговорности, али су њена спорна природа и основ у различитим системима утицале на то да и санкција повреде дужности обавештавања не добије свуда исти изглед.

2.4.2 Схватање о предуговорној одговорности као врсти уговорне одговорности

Учење о предуговорној одговорности (*culpa in contrahendo*) настало је у немачком праву, под утицајем чувеног правника Рудолфа фон Јеринга. Поставивши основе теоријског схватања о одговорности за штету у случају поништења уговора услед заблуде, Јеринг је први скренуо пажњу на значај непажљивог поступања сауговорача приликом закључења уговора.²⁷² И сам израз *culpa in contrahendo* значи скривљено поступање при закључењу уговора, али такво да обухвата сваки, а не само најтежи степен кривице каква је намера (*dolus*). Правило о одговорности за непажњу, према Јерингу, служи томе да се пружи заштита не само странама у већ насталом уговорном односу већ и будућим сауговорачима, у фази док тај однос настаје. Већ се у тој фази рађа дужност пажње чија повреда, једнако као и у већ насталом уговорном односу, ствара право на накнаду штете. Стога је Јеринг непажњу у току закључења уговора (*culpa in contrahendo*) потпуно изједначио са непажњом уговорника приликом испуњења уговора; другим речима, дао јој природу уговорне одговорности. Суочивши се са озбиљним питањем како је уопште могуће применити правила о *повреди уговора* на случајеве када уговор (више) и не постоји, он је оправдање видео у томе да и поништен уговор може произвести одређене правне последице: оне се не односе

током преговора, чак и када уговор није закључен), италијанско право (дужност савесног поступања у току преговора), етиопско право (у одредабама о деликтној одговорности предвиђа се одговорност за скривљени, арбитражни прекид преговора). О томе више у М. Орлић (1993), 33 и даље.

²⁷² Више о томе у М. Орлић (1993), 38 и даље.

на редовна правна дејства уговора, на његово испуњење, већ на секундарне последице – обавезе на повраћај примљеног или накнаду евентуалне штете.²⁷³

Јерингова схватања су остварила снажан утицај на упоредноправну теорију и судску праксу, посебно немачку, аустријску и швајцарску.²⁷⁴ Његове идеје су временом почеле да добијају много ширу примену: оне се нису задржале само у оквирима правног проблема које је поставио Јеринг, о одговорности сауговорача који је скривио сопствену заблуду за штету коју је поништењем проузроковао другој страни, већ су почеле сходно да се примењују на свако скривљено поступање у фази закључења уговора.

Али, како је могуће да понашање једног сауговорача *које претходи* закључењу уговора представља повреду обавеза које тек настају његовим закључењем? Штавише, како је могуће сматрати повредом *уговора* скривљено понашање током преговора онда када до закључења уговора уопште не дође?

Правилно разумевање природе предуговорне одговорности и пружање одговора на постављена питања намеће потребу да се укаже на разлоге због којих се у немачком праву уопште прибегава концепту *уговорне* природе предуговорне одговорности. Наиме, узрок вештачког проширења домета правила о уговорној одговорности на случајеве *culpa in contrahendo* јесте у специфичном, неадекватном уређењу деликтне одговорности у немачком праву.²⁷⁵ За разлику од решења које је усвојено у већини континенталних система, немачко право не садржи општу норму о одговорности за штету причињену другом, већ се само набрајају појединачни деликти: према §823 БГБ, накнада штете се дугује само у случају повреде права на живот, тело, здравље, слободу, права својине и другог права. Али, под „другим правом“ се не подразумева чист економски губитак; његова накнада се може захтевати само уколико је штета причињена намерно (§826). Другим речима, узроковање чистог новчаног губитка, који није резултат

²⁷³ *Ibid.*, 41.

²⁷⁴ За аустријско право вид. Willibald Posch, „Austria“, *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (ed. Ewoud Hondius), Boston 1991, 311. Таква схватања подржавају и поједини наши писци. Ј. Радишић (2014), 113; Д. Стојановић (1980), 112.

²⁷⁵ Gerald Spindler, Oliver Rieckers, „Germany“, *Wolters Kluwer*, 2011, 38; Norbert Horn, preveo Luke Nottage, „Bank’s Duties to Inform and to Give Advice under German Law“, *European Business Law Review*, November-December 1998, 369.

повреде неког од набројаних заштићених добара, не сматра се деликтом ако је последица непажње, а не намере.²⁷⁶

Одмах након доношења БГБ-а, постало је јасно да одређени видови штетног понашања нису обухваћени постојећим нормама, што је довело до тога да се судови на различите начине довијају како би пружили заштиту у свим оним ситуацијама када се то сматрало правичним.²⁷⁷ На тим основама је и настала идеја, боље рећи фикција, да се самим започињањем процеса преговарања између страна успоставља посебна правна веза (*Sonderverbindung*) јер се, ступањем у преговоре, стране излажу већем ризику од оног који уобичајено постоји између лица која нису ни у каквом односу.²⁷⁸ Реч је о тзв. облигационом односу без примарне престације (*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*),²⁷⁹ из кога се рађа дужност пажње и лојалног поступања, чија повреда може водити обавези на накнаду штете. У том смислу, супреговарачи се не могу међусобно третирати као „трећа лица“, странци, те се штета настала као резултат повреде такве дужности има надокнадити применом правила о уговорној одговорности, без обзира на то да ли је уговор коначно закључен.²⁸⁰

На основу изложеног може се закључити да је идеја да се предуговорна одговорност смести под окриље (квази)уговорне одговорности, стварањем фикције о правној вези између преговарача, резултат само тежње да се пренебрегну ограничени донети правила о деликтној одговорности.²⁸¹ У недостатку адекватнијег, конкретнијег основа, немачки судови су дужност пажње заснивали на примени општег правила из §242 БГБ, којим се уређује начело

²⁷⁶ F. Kessler, E. Fine, 406.

²⁷⁷ *Ibid.*, 406, 418; K. Zweigert, H. Kötz, 603 и даље.

²⁷⁸ Michael Tegethoff, „Culpa in contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison od Precontractual Liability“, 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 341, 1998, HeinOnline, 345; Werner Lorenz, „Germany“ *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (ed. Ewoud Hondius), Boston 1991, 162 и даље; N. Palmieri, 211.

²⁷⁹ Olivier Riske, *La responsabilité précontractuelle dans le processus d’une uniformisation du droit privé européen, Perspectives pour l’ordre juridique suisse, Analyse historique, comparative et prospective*, Bâle 2015, 272 и даље.

²⁸⁰ У теорији се наводи да та одговорност није чисто уговорна, али је свакако ближа њој него деликтној. W. Lorenz, 177.

²⁸¹ Исти разлози су утицали на то да се и у аустријском праву правила о уговорној одговорности уопштено примењују на сваки случај скривљеног проузроковања штете за време преговора, па и у случају повреде дужности обавештавања. Више у W. Posch (1991), 44 и даље.

савесности и поштења.²⁸² Реформом облигационог права 2002. године, установа *culpa in contrahendo* преточена је у §241, ст. 2 и §311, ст. 2 и 3 БГБ, којима се изричито предвиђа да облигациони однос настаје и пре закључења уговора међу преговарачима, стварајући дужност да се води рачуна и о правима, правним добрима и интересима друге стране.²⁸³

2.4.3 Схватање о предуговорној одговорности као врсти деликтне одговорности

Другачије је у системима у којима постоји опште правило о одговорности за штету. У њима није постојала потреба за креирањем било какве фикције о постојању облигационог односа за време преговора како би се могло санкционисати и непажљиво поступање сауговорача при закључењу уговора.

Чини се да најјаснији став о том питању има француско право. Мада је Јерингова теза имала одјека и међу француским писцима, она није потпуно прихваћена. Сагласност постоји да и непажљиво поступање при закључењу уговора завређује санкцију, али се не сматра да би то требало чинити применом правила о уговорној одговорности. Пажња коју будући сауговорачи дугују један другом не произлази из облигационог односа који је већ настао самим започињањем преговора већ из опште дужности *neminem laedere*.²⁸⁴ Предуговорна одговорност се, стога, посматра као вид деликтне одговорности.²⁸⁵

Исти став се, начелно, заузима и када је конкретно реч о дужности обавештавања. И деценијама пре измена француског Грађанског законика из 2016. године, којима се изричито предвиђа обавеза накнаде штете у случају повреде

²⁸² N. Palmieri, 210 фн. 614. Начело савесности и поштења се у немачкој пракси први пут употребило као извор дужности обавештавања у одлуци *Reichsgericht* од 27. марта 1906. године: „Према начелу савесности и поштења, продавац је дужан да обавести купца о свим чињеницама које су му познате, а које би према разумној процени, могле бити од одлучујућег значаја за купчеву вољу за доношење одлуке... Али, купац не може очекивати од продавца да га обавести о свим околностима које му могу бити од одлучујућег значаја за одлучивање; ради се пре о процени према околностима конкретног случаја да ли, према природи правног посла, купац може да очекује од продавца откривање чињенице која му (продавцу, прим. аут.) је позната, али је непозната купцу, ако може бити од одлучујућег значаја за овог другог.“ A. Rieg, 156–157.

²⁸³ O. Riske, 272 и даље.

²⁸⁴ Joanna Schmidt-Szalewski, „France“, *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (ed. Ewoud Hondius), Boston 1991, 150.

²⁸⁵ Исто је и у белгијском праву. E. Hondius, 25.

дужности обавештавања,²⁸⁶ француска судска пракса је била на становишту да се њена повреда сматра једним видом повреде опште дужности *neminem laedere* и санкционисала ју је применом општих правила о одговорности за штету из чл. 1382 (неизмењеног) ФГЗ.²⁸⁷

Дужност обавештавања, стога, нема извор у уговору већ у закону: дужник се сматра кривим и одговараће за штету уколико се није понашао онако како је требало, како би се у датим околностима понашао разуман и пажљив преговарач.

Ситуација је нешто другачија у швајцарском праву, али са начелно истим исходом. Имајући у виду да су Јерингове идеје и уопште немачка литература имале далеко снажнији утицај на схватања швајцарских писаца о *culpa in contrahendo*, спор о природи предуговорне одговорности досегао је много веће размере него у француском праву.²⁸⁸ На готово идентичан начин као и у немачкој теорији, може се наићи на идеје да се између преговарача ствара посебна правна веза и да повреда предуговорне дужности представља заправо повреду дужности релативног, а не општег карактера.²⁸⁹ Ипак, оваква схватања су из већ поменутих разлога наишла на озбиљну критику.²⁹⁰ Слепо пресликавање решења немачког права сматра се неоснованим и непотребним јер се швајцарски систем не суочава са истим оним недостацима који су у немачком праву довели до стварања фикције о правној вези између преговарача. Као и већина континенталних система, и

²⁸⁶ У члану 1112-1 ст. 1 ФГЗ предвиђа се да је страна која зна одређену информацију, која је од одлучујућег значаја за вољу друге стране дужна је да је информише, уколико је незнање друге стране оправдано или ако се оправдано ослонила на сауговарача. У ст. 6 истог члана, предвиђа се, између осталог, одговорност за штету која је настала повредом те дужности.

²⁸⁷ М. Fabre-Magnan (1992), 299 и фн. 287. Управо зато што савремена судска пракса санкционише скривљено необавештавање као кривицу која није повезана ни са једном другом обавезом, Лејсак (*Leyssac*) сматра да се истраживање о постојању аутономне дужности обавештавања може сматрати успешним. L. de Leyssac, 320. Изменама ФГЗ из 2016. године, чл. 1382 је у идентичном облику регулисан сада у чл. 1240 ФГЗ.

²⁸⁸ Колебања у теорији довела су до колебања и у судској пракси, због чега се наводи да швајцарски Врховни суд све чешће усваја управо трећи, практичан приступ, примењујући од случаја до случаја, правила која се чине најадекватнијим, имајући у виду и разлоге правичности. F. Schenker, 311.

²⁸⁹ Вид., примера ради, А. von Tuhr, 266; Luc Thévenoz, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (dir. Luc Thévenoz, Franc Werro), Basel 2012, 730. За остале присталице таквих идеја вид. F. Schenker, 316 фн. 34.

²⁹⁰ Paul Piotet, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Berne 1963, 29 и даље; Nicolas Kuonen, *La responsabilité précontractuelle, Analyse historique, Etude de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels, Théorie générale en droit suisse*, Zurich 2007, 443 и даље. Такво решење је предложено и у Преднацрту ревизије грађанске одговорности. L. Thévenoz (2003), 548.

швајцарско право садржи опште правило о одговорности за штету,²⁹¹ због чега у теорији преовлађује схватање да је и предуговорна одговорност један вид деликтне одговорности.

Схватања о деликтној природи *culpa in contrahendo* преовлађују и у нашем праву.²⁹² Имајући у виду да је у одредби која носи назив „Преговори“ изричито уређена само одговорност због скривљеног прекида преговора, њој је дато највише простора у нашој литератури. Али, тиме се не исцрпљују сви случајеви предуговорне одговорности у нашем праву. У Закону о облигационим односима још се на неколико места предвиђа одговорност за штету причињену при закључењу уговора,²⁹³ док се за све остале дужности, које немају конкретан законски основ, сматра да извиру из општих правила:²⁹⁴ начела савесности и поштења²⁹⁵ и општег правила *neminem laedere*, чија повреда води одговорности за штету.²⁹⁶

Али, на овом месту важно је указати на још једну ствар. Спору о природи предуговорне одговорности је у упоредном праву у одређеној мери допринела и неретка појава да се повреда неке предуговорне дужности „подводи“ под режим који се примењује на уговоре управо зато што њено неизвршење често истовремено доводи и до неправилног извршења уговорне обавезе.²⁹⁷

²⁹¹ Вид. чл. 41 ШЗО.

²⁹² Вид. М. Орлић (1993), 63 и даље, где се наводи да се и у ранијој пракси суд изјашњавао у прилог деликтној одговорности, као и 71 и фн. 188, о схватањима у теорији. С. Перовић (1980а), 265; Б. Марковић, 28; Самир Манић, „Предуговорна одговорност“, *Правни живот* 10/2010, 892.

²⁹³ Вид., примера ради, чл. 35 о неоправданом одбијању понуде индуковане позивом на понуду, чл. 88 о неовлашћеном заступању, чл. 108 и 115 о одговорности за ништавост, односно поништење уговора, чл. 750 итд.

²⁹⁴ Вид. чл. 12, чл. 16 и чл. 154 ЗОО; Ј. Радишић (2014), 110 и даље; С. Манић, 898; Драгољуб Стојановић, „Савесност и поштење“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), том трећи, Београд 1978, 108 и даље; М. Петровић, 63–64; Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2004, 154–155.

²⁹⁵ Да је идеја о потреби уређења фазе која претходи закључењу уговора уткана у наше право и у опште начело савесности и поштења, може се закључити већ из формулације чл. 12 ЗОО: стране су дужне да се придржавају тог начела не само приликом остваривања права и обавеза из већ успостављених облигационих односа већ и приликом њиховог заснивања.

²⁹⁶ Према чл. 16 ЗОО, свако је дужан да се уздржи од поступка којим се може другом проузроковати штета. Према чл. 154 ЗОО, ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице.

²⁹⁷ Вид., примера ради, Пресуду Врховног суда Србије Рев-950/06 од 24. јануара 2006, *Избор судске праксе* 3/07, <http://www.osnovnisudkg.net/media/bilten-jul-2007.pdf>, у којој је суд сматрао да постоји право послодавца да откаже уговор о раду ако запослени *пре* закључења уговора прећути послодавцу о свом здравственом стању и другим околностима које битно утичу на обављање послова за које се заснива радни однос.

То понекад чини и сам законодавац, о чему најбоље сведоче правила о одговорности за недостатке:²⁹⁸ кад се прећути скривена мана на ствари и закључи уговор, предаја ствари са таквом маном значиће уједно и повреду уговора јер прибавилац није стекао ствар са оним особинама које је оправдано могао да очекује. Накнада штете коју тада захтева јесте накнада позитивног уговорног интереса – сауговарач се смешта у ону позицију у којој би се нашао да је уговор правилно извршен, иако узрок штете није неправилно извршење уговора већ повреда предуговорне дужности обавештавања.

Чак и у системима у којима је неспоран деликтни карактер предуговорне одговорности, као што је француски, могуће је у судској пракси наићи на одлуке у којима се повреда дужности обавештавања санкционише применом правила којима се уређује фаза извршења, а не закључења уговора.²⁹⁹ Тако се судови често позивају на чл. 1147 (неизмењеног) ФГЗ,³⁰⁰ којим се предвиђа накнада штете у случају задоцњења или неиспуњења уговорне обавезе, чл. 1134, ст. 3 (неизмењеног) ФГЗ,³⁰¹ којим се предвиђа да уговорне обавезе морају бити извршене у складу са начелом савесности и поштења, као и чл. 1135 (неизмењеног) ФГЗ,³⁰² којим се предвиђа да уговор обавезује не само на оно што је изричито уговорено већ и на оно што произлази из правичности, обичаја или закона.

²⁹⁸ Али то није једини случај. Као пример се могу навести и одредбе ЗОО о дужности обавештавања осигуравача: према чл. 909 ЗОО, ако је уговарач осигурања пропустио дати дужно обавештење, а то није учинио намерно, не рађа се право на поништење уговора, већ на раскид.

²⁹⁹ Реч је најчешће о случајевима у којима се једном сауговарачу, због његових стручних компетенција и својства професионалца, намеће дужност да инкомпетентном сауговарачу пружи све неопходне савете како би стекао јасну слику о томе какав уговор закључује, односно дужност да га упозори о евентуалним ризицима које преузима закључењем уговора.

То је, између осталог, утицало на то да се самостална примена чл. 1382 (неизмењеног) ФГЗ не среће толико често у судској пракси. J. Ghestin (2013), 1283 и даље. У Годишњем извештају Касационог суда из 2010. године (*La Rapport annuel de 2010 de la Cour de cassation*) говори се уопште о дужности обавештавања, без упућивања на то да је реч о предуговорној или уговорној дужности обавештавања, https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/, 1. јун 2016.

³⁰⁰ Вид., примера ради, одлуку ФКС од 27. фебруара 1985. године, бр. 84-10022.

³⁰¹ Вид., примера ради, одлуке ФКС: од 18. фебруара 1997. године, бр. 95-11816 или од 8. новембра 1983. године, 82-10493. Интересантно је да је у припремним нацртима ФГЗ из 1804. године чл. 1134 предвиђао да „уговори морају бити *закључени* и *извршени* у складу са начелом савесности и поштења“, али такав текст није ушао у коначну верзију ФГЗ из 1804. године. Вид. у Jean-Pascal Chazal, *De la puissance economique en droit des obligations*, Grenoble 1996, 404.

³⁰² Вид., примера ради, одлуку ФКС од 3. јула 1985. године, бр. 84-10875.

У швајцарској судској пракси се такво подвођење објашњава теоријом апсорпције (*théorie de l'absorption*),³⁰³ а у француској литератури дејством атракције („*un effet d'attraction du contrat sur l'information*“),³⁰⁴ мада се и једно и друго објашњење начелно своди на исто: иако је узрок штете пропуст да се пружи информација пре самог закључења уговора, њена повреда утиче и на извршење самог уговора, па се у том смислу квалификује као повреда дужности уговорног карактера. У том смислу, уговорна одговорност апсорбује предуговорну. Како објашњавају швајцарски писци, до тога нарочито долази када поверилац нема интереса да захтева поништење уговора већ жели да он остане на снази уз одговарајућу накнаду штете коју трпи зато што о одређеној околности није био обавештен.³⁰⁵ Другачије је када уговора нема или се захтева његово поништење.

Међутим, осим када то произлази из наређења датог у закону, проширење примене одредаба које теже осигурању извршења уговора на случајеве повреде предуговорне дужности не чини се оправданим из више разлога. Прво, таква пракса може бити опасна јер води правној несигурности. Режим деликтне и уговорне одговорности је умногоме различит, због чега би требало тежити што јаснијем разграничењу предуговорних од дужности које произлазе из самог уговора. Друго, она је и непотребна јер су правила о деликтној одговорности довољно широко постављена да се повреда предуговорне дужности обавештавања без проблема може санкционисати њиховом применом.³⁰⁶ Коначно, уговорна одговорност је посебна, изузетна у односу на деликтну одговорност која има општи карактер. Стога, кад год повреда одређене дужности нема свој извор у већ постојећем облигационом односу, требало би се окренути општим правилима одштетног права – деликтној одговорности.

³⁰³ L. Thévenoz (2012), 728; P. Tercier, P. Pichonnaz, 147.

³⁰⁴ A.-S. Barthez, D. Houtcieff, 253.

³⁰⁵ L. Thévenoz (2012), 728; P. Tercier, P. Pichonnaz, 147.

³⁰⁶ J. Ghestin (2013), 1260 и даље; M. Fabre-Magnan (1992), 353 и даље.

2.4.4 Примена члана 268 Закона о облигационим односима на повреду предуговорне дужности обавештавања

Требало би напоменути да је Законом о облигационим односима предвиђена одредба која носи назив „Одговорност због пропуштања обавештења“. Према њој (чл. 268), „уговорна страна која је дужна да обавести другу страну о чињеницама које су од утицаја на њихов међусобни однос, одговара за штету коју претрпи друга страна због тога што није била на време обавештена.“

Међутим, није сасвим јасна природа те одговорности ни да ли се њоме може санкционисати повреда дужности обавештавања *предуговорног* карактера.

Формулација чл. 268 ЗОО („уговорна страна која је дужна...“) упућује на закључак да се њиме предвиђа санкција само за случај повреде дужности обавештавања која произлази из већ насталог *уговорног* односа. С друге стране, та одредба је смештена у део ЗОО којим се уређују дејства обавеза, без обзира на то из каквог облигационог односа произлазе, односно шта је представљало конкретан извор његовог настанка. Другим речима, извор дужности обавештавања не мора нужно бити *уговор*, али чини се да то мора бити већ *настали облигациони однос*.³⁰⁷

Имајући то у виду, реч је о одговорности уговорног, а не предуговорног карактера, због чега би се могло закључити да се она не односи на случајеве повреде дужности обавештавања која сауговараче терети *пре* него што је облигациони (уговорни) однос између њих настао.

Корисно је поменути да су у појединим коментарима чл. 268 ЗОО набројани, примера ради, и конкретни чланови ЗОО којима је дужност обавештавања изричито предвиђена, али су у том набрајању обухваћени, између

³⁰⁷ Живомир Ђорђевић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), књига прва, Крагујевац 1980, 777. У узанси 241 много је конкретније уређена одговорност за повреду дужности обавештавања: „Странка која треба да обавести другу странку о чињеницама чије је наступање од утицаја на испуњење уговора, као што су сметње у испуњењу уговора, промена околности и слично, одговара за штету коју претрпи друга странка због тога што није била на време обавештена.“ Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/54. Из такве одредбе се може закључити да се односи само на дужност обавештавања која произлази из закљученог уговора; дакле, не и на дужности из осталих облигационих односа нити на дужности обавештавања предуговорног карактера. Одредба чл. 268 ЗОО је несумњиво шире постављена. Добросав Митровић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига прва, Београд 1980, 675.

осталих, и чланови којима се установљава дужност обавештавања несумњивог предуговорног карактера.³⁰⁸ Осим тога, истиче се да је чл. 268 ЗОО конкретизација општих начела, као што је начело савесности и поштења и начело поступања са дужном пажњом, чија се примена простире и на период пре закључења уговора.³⁰⁹ Могло би се закључити да се тиме посредно изражава став о ширем тумачењу чл. 268 ЗОО, тако да се он има применити и на случајеве повреде предуговорне дужности обавештавања.

Ипак, све и када би се прихватило такво шире тумачење, мада се чини да за њега нема много основа у закону, могућност примене те одредбе не би била од круцијалног значаја за предмет нашег истраживања. Осим што предвиђа да објект дужности обавештавања морају бити чињенице које утичу на међусобан однос сауговорача, она не може послужити да се конструише појам дужности обавештавања јер се помоћу ње не може ближе утврдити када она настаје. То је разумљиво, имајући у виду да јој је сврха друга: да укаже на санкцију која следи када је дужност обавештавања повређена. Међутим, ни у том смислу та одредба није неопходна: када је реч о дужности предуговорног карактера, поменуто је да право на накнаду штете произлази већ из општих одредаба о одговорности за штету.

Из тих разлога, тој одредби се неће посвећивати већа пажња.

2.4.5 Санкционисање повреде дужности обавештавања при закључењу уговора применом правила о предуговорној одговорности

Препознавање могућности примене општих правила о одговорности за штету на случајеве повреде дужности обавештавања сматра се значајном најмање из неколико разлога.³¹⁰ Прво, повреда дужности обавештавања ће се санкционисати без обзира на то да ли је учињена са намером или непажњом. Друго, њихова је примена могућа на сваки случај повреде дужности

³⁰⁸ Примера ради, Митровић наводи чл. 514, 561, 830, 843, 864, 907, 909 ЗОО. Д. Митровић (1980а), 674. Слично наводи и Горенц, у коментару Закона о обвезним односима, којим је у чл. 348 у неизмењеном облику задржана одредба из чл. 268 ЗОО: чл. 436, 503, 667, 744, 765, 852, 853, 865, 886, 932, 933 ЗОО. V. Gorenc, 12.

³⁰⁹ Ж. Ђорђевић, 776; Б. Визнер, 1089.

³¹⁰ М. Fabre-Magnan (1992), 298–299.

обавештавања предуговорног карактера, без обзира на крајњи исход: да ли је уговор настао или опстао. Треће, њихова је примена могућа и у комбинацији са правилима о поништењу уговора због мана воље и независно од њих.³¹¹

2.4.5.1 Могућност примене правила о одговорности за штету уз кумулативно постављен захтев за поништење уговора

Могућност примене правила о одговорности за штету због повреде дужности обавештавања, кумулативно уз захтев за поништење уговора, најмање је проблематична када је прећуткивање релевантних информација учињено са намером. Ако се прихвати у нашој теорији преовлађујући став да одредба из чл. 65 ЗОО обухвата и случај преваре ћутањем, повериоцу тада припада не само право да захтева поништење уговора већ и право на накнаду претрпљене штете.³¹² Имајући у виду да је реч о деликтној одговорности, штета која се надокнађује представља тзв. негативни уговорни интерес.³¹³

Много више пажње захтева случај ненамерне повреде дужности обавештавања: ако се поништењем уговора применом правила о заблуди не отклања сва штета која је жртви причињена, има ли она право и на кумулативан захтев за накнадом штете? Проблем је већ отворен у делу о односу заблуде и предуговорне дужности обавештавања. Наиме, позивање на правила о заблуди омогућава жртви да исходује поништење уговора и да избегне обавезу накнаде штете несавесном саговорачу. Али, право је питање да ли се утицај несавесности

³¹¹ В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 124. До тога је, међутим, дошло постепено. Теорија о манама воље значајно је утицала на грађанску одговорност јер се поништај уговора услед преваре сматрао дуго довољном накнадом за штету проузроковану таквим деликтом. Ако су судови и досуђивали накнаду штете, то је било само уз правила о манама воље, не и самостално. М. de Juglart, 22. Тек од седамдесетих година прошлог века, француски судови су постали спремнији да наметну дужност обавештавања, без икаквог упућивања на правила о манама воље. Та еволуција је двоструко корисна за страну која није била информисана. Прво, прихвата се да поништење уговора није увек адекватно решење. Иако пружа могућност да се напусти уговорни однос, жртва заблуде може остати „празних руку“. У бројним ситуацијама она би имала већи интерес да не захтева поништење уговора већ га одржи на снази, а да јој ипак буде омогућено да надокнади штету коју је претрпела. Друго, примена правила о одговорности за штету може имати пресудан значај онда када поништај није ни могућ. Pierre Legrand, „Information in Formation of Contracts: A Civilian Perspective“, *The Canadian Business Law Journal* 19/1991, Aurora, 333.

³¹² Чл. 65 ст. 2 ЗОО.

³¹³ М. Орлић (1993), 77. Упор. С. Цигој (1983), 247, који сматра да је могућ избор између негативног и позитивног уговорног интереса. Супр. С. Перовић (1980а), 475, који наводи да се у случају поништења надокнађује тзв. позитивни уговорни интерес.

сауговарача жртве заблуде ограничава *само* на отклањање обавезе за жртву да накнади штету или он може довести *и до промене улога* – да се дужником накнаде штете сматра несавестан сауговарач, а повериоцем жртва заблуде?

Традиционално се у литератури истицало да је разлика између заблуде и преваре и у томе што је у случају прве могуће само поништење, а у случају друге и захтев за накнаду штете.³¹⁴ Таква схватања махом су се јављала у системима као што је наш или француски, у којима кривица сауговарача није услов поништења уговора због заблуде, због чега се погрешно закључује да заблуда никако не може бити скривљена понашањем сауговарача. Боаје (*Boyer*) узрок погрешног разумевања односа преваре и заблуде види и у следећем: са преваром се право на накнаду штете увек повезује и због тога што је намера, као највиши степен кривице, услов да би се уопште поништио уговор због преваре; код заблуде, пак, то није случај.³¹⁵ Али, то не значи да ће никада нема, већ само да се она мора посебно доказивати.

Управо имајући у виду случајеве ненамерне, али скривљене повреде дужности обавештавања од сауговарача жртве заблуде, у многим јурисдикцијама су судови, мимо или уз захтев за поништење, почели да усвајају и захтев жртве заблуде за накнаду штете.³¹⁶ Како основ за то нису могли наћи у правилима о заблуди, напуштали су њене строге оквире и решење тражили у правилима о предуговорној одговорности.

Француска судска пракса обилује таквим примерима. Тако је, у једном случају, Касациони суд сматрао да је продавац на ауто-пијаци одговоран због ћутања купцу о чињеници да је километража на продатом аутомобилу враћена, иако није утврђена ни чињеница да је продавац знао за враћање ни његова намера. Суд је сматрао да продавац *није могао да не зна* за ту околност, а чак и ако заиста није знао, такво незнање је резултат његове непажње: својство професионалца

³¹⁴ Вид. о томе и у Y. Boyer, 387–388; J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2013), 997.

³¹⁵ Y. Boyer, 387–388.

³¹⁶ H. Kötz, A. Flessner, 202-203 и фн. 42. У француској теорији се, као значајна, наводи одлука Касационог суда од 29. новембра 1968. године, када је изричито прихваћена пракса да, осим поништења уговора, жртва може од сауговарача добити и накнаду штете. У том случају, Касациони суд је поништио уговор о закупу чији је објект била веома скупа вила на југу Француске. Како се испоставило, не само да је била у запуштеном стању, већ су се у близини ње одржавали грађевински радови. Суд је у образложењу навео да, иако власник није имао намеру да обмане закупца, он мора да је знао за ове околности и о њима је био дужан да обавести закупца. Вид. о одлуци у P. Legrand (1986), 333; L. de Leyssac, 316; Y. Boyer, 387–389; J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2013), 997; M. Fabre-Magnan (1992), 277.

рађа дужност да се о томе обавести како би могао да изврши дужност обавештавања.³¹⁷ У једној другој одлуци, исти суд је поништио уговор о купопродаји непокретности и досудио купцу накнаду штете јер га продавац није информисао о околностима које купца онемогућавају да оствари намену због које је купио непокретност. Наиме, продавац га није обавестио да се земљиште на коме је кућа и сама кућа снабдевају из јединог извора воде који се налази на суседном земљишту, те да се он може користити само за потребе домаћинства, иако су знали да купац купује непокретност како би на њој изградио хотел.³¹⁸

Кривица због повреде дужности обавештавања може се, дакле, јавити у два случаја: када је саговорач знао одређену информацију, али је није саопштио саговорачу, и када се њему има приговорити да се сам није потрудио да сазна одређену информацију како би је саопштио саговорачу. У оба случаја би повреда дужности обавештавања дала могућност жртви заблуде да, осим поништења, захтева и накнаду штете.³¹⁹ Такав захтев за накнадом штете може бити усвојен само уколико жртва заблуде докаже две чињенице: да је саговорач крив због тога што није пружио неопходна обавештења и да није могућа потпуна репарација штете само поништењем.³²⁰ Ту се, заправо, и поставља питање утврђивања оквира дужности обавештавања: кривица постоји само онда када је постојала дужност да се говори.³²¹

Судећи према доступној судској пракси, о могућности да жртва заблуде захтева накнаду штете од свог саговорача наши судови се нису изјашњавали. Изузетак представља незанемарљив број одлука у којима су примењена правила о одговорности за недостатке: пооштрена одговорност преносиоца за недостатак постоји без обзира на то да ли је недостатак прећутао са намером или непажњом – довољан је само доказ да му је он био познати или му није могао остати непознат.

Али, идеју да би жртва заблуде, у случају поништења уговора, могла да захтева и накнаду штете, подржавају поједини наши писци. Перовић сматра да,

³¹⁷ Вид. одлуку ФКС од 19. јануара 1977. године, бр. 74-1278: суд се позвао на правила о превари ћутањем иако није доказана намера; С. Garcin, О. Moréteau, 121–122.

³¹⁸ Вид. о одлуци у Р. Legrand (1986), 334. Има и других примера: да је професионални продавац дужан да обавести купца земљишта да на њему не постоји дозвола за градњу (продавац је био свестан тога да купац купује земљиште ради изградње, али није доказана чињеница да је продавац знао да на њему није могућа градња). Н. Kötz, А. Flessner, 202-203.

³¹⁹ М. Fabre-Magnan (1992), 284.

³²⁰ J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2013), 997.

³²¹ М. Fabre-Magnan (1992), 277.

ако је друга страна знала или је требало да зна за заблуду, не само да губи право да захтева од жртве заблуде накнаду штете због поништења већ „у таквом случају странка која је била у заблуди може захтевати накнаду штете од друге странке“.³²² Према Цигојевом мишљењу, ако је заблуду скривио други саговорач, лице у заблуди има право на накнаду штете према општим правилима о одговорности за штету.³²³ Штета се управо огледа у томе „што не може остати код уговора, јер је у питању заблуда о битној околности, па стога трпи губитак, јер уговор не важи“.³²⁴

То, уосталом, произлази и из чл. 115 ЗОО: уговорач на чијој је страни узрок рушљивости одговоран је свом саговорачу за штету коју трпи због поништења уговора, ако овај није знао ни морао знати за постојање узрока рушљивости уговора. Начин на који је тај члан формулисан отвара простор да се он тумачи тако да се њиме обухватају не само случајеви када је рушљивост последица преваре (намере) већ и непажње.³²⁵ У оцени кривице неопходно је узети у обзир понашање и једног и другог саговорача. Пошто се нескривљеност сопствене заблуде захтева као предуслов поништења уговора, тиме је уједно испуњен и услов да се на основу тог члана захтева накнада штете од друге стране. Другим речима, неопходно је само утврдити кривицу саговорача због повреде дужности обавештавања.

2.4.5.2 Могућност самосталне примене правила о одговорности за штету

Могућност самосталне примене правила о одговорности за штету због повреде дужности обавештавања испитаће се у односу на два различита случаја: а) онда када уговор остане на снази и б) онда када уговор није ни закључен.

³²² Слободан Перовић, „Заблуда“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), том трећи, Београд 1978, 803.

³²³ С. Цигој (1983), 237.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ Има схватања да тај члан рађа објективну одговорност за штету насталу поништењем: битно је само да се установи да је узрок поништења на страни једног од саговорача. Више у С. Цигој (1983), 237.

2.4.5.2.1 *Захтев за накнаду штете у случају када уговор остаје на снази*

Иако је закључио уговор у заблуди о одређеној релевантној околности, поверилац дужности обавештавања нема увек интерес да захтева поништење уговора. Њему би у одређеним случајевима одговарало да он ипак остане на снази, али да му се надокнади штета која му је причињена. Реч је нарочито о случајевима када би обавештавање једино утицало на *услове* под којима би необавештени сауговорач закључио уговор, не и на његову вољу да уговор уопште закључи.³²⁶ То подразумева да се дугована информација није односила на околност чије би благовремено сазнање спречило закључење уговора већ би само довело до закључења уговора под неповољнијим условима него што би се он иначе закључио.³²⁷

Штета, дакле, не мора нужно бити само у томе што је једна страна закључила уговор који иначе не би да су јој биле познате релевантне околности, нити се она мора претрпети само у случају поништења уговора. Она може бити и у томе што уговор остаје на снази, али је због околности у погледу које постоји заблуда „уговорни однос за њу гори, не одговара очекивањима која би се остварила када не би постојале околности заблуде“.³²⁸

Стога се поставља питање: да ли је уопште могуће поставити захтев за накнадом штете мимо захтева да се уговор поништи?

Када је реч о правилима којима се регулише превара, у ЗОО се предвиђа да страна која је закључила уговор под преваром има право да захтева накнаду претрпљене штете,³²⁹ али се у том закон не прецизира да ли оно припада жртви преваре у сваком случају или је условљено поништењем уговора. Наши писци се изјашњавају у корист првог: право на накнаду штете није ограничено правом да се захтева поништење уговора.³³⁰ Жртва, дакле, има право на накнаду штете и онда када посао не побија.

³²⁶ Има, међутим, и другачијих примера. Тако, захтев за накнаду штете често се поставља када је штета настала као последица пропуста лекара да пацијента обавести о одређеним релевантним околностима. Лекар има дужност да се, најпре, информише о стању пацијента како би, потом, могао на адекватан начин да обавести пацијента. Више у В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 124.

³²⁷ М. Fabre-Magnan (1992), 300.

³²⁸ С. Цигој (1983), 237.

³²⁹ Вид. чл. 65 ст. 2.

³³⁰ С. Цигој (1983), 247; С. Перовић (1980а), 304; О. Антић, 335.

Мада уговор остаје на снази, у системима у којима је деликтна одговорност уређена на општи начин, заступљено је схватање да се и накнада такве штете има досудити према правилима о деликтној одговорности.³³¹ Решење има своју логику: у првом плану, као критеријум за разграничење уговорне од деликтне одговорности не би требало да буде толико чињеница да ли уговор настаје или остаје на снази већ да ли је штета резултат повреде дужности уговорног или предуговорног карактера. Уколико је она резултат повреде предуговорне дужности, требало би применити правила о деликтној одговорности, без обзира на то да ли је уговор накнадно закључен те да ли је закључени уговор поништен.

Могућност самосталне примене општих правила о одговорности за штету значајна је из још једног разлога: она није условљена доказивањем намере те је њена примена могућа и када је до повреде дужности обавештавања дошло из непажње.³³² То је, чини се, посебно важно истаћи, имајући у виду да таква могућност не произлази несумњиво из правила којима се у нашем праву уређује установа заблуде. Наиме, већ је скренута пажња на чињеницу да се чланом 61, ст. 3 ЗОО предвиђа само право савесног *сауговарача* жртве заблуде да захтева накнаду штете, и то уколико уговор буде поништен. Осим тога, од велике помоћи није ни члан 115 ЗОО, којим се сауговарачима признаје само право на накнаду штете у случају *поништења уговора*. У том смислу, примена општих правила о одговорности за штету, када се докаже да је постојала дужност обавештавања и да она није извршена, омогућила би и жртви заблуде да надокнади штету коју трпи услед закључења уговора, уз његово истовремено одржавање на снази. Другим

³³¹ Као важна, у француској теорији се помиње одлука Касационог суда од 4. фебруара 1975. године, у којој је право повериоца да захтева накнаду штете узроковане преваром засновано на одредби из чл. 1382 (неизмењеног) ФГЗ, којом се уређује деликтна одговорност. Тиме је не само изричито признато право да се накнада штете може захтевати и независно од права на поништење уговора већ и због тога што је, опредељивањем за деликтну одговорност, суд заправо исказао став да се повреда једне предуговорне дужности има санкционисати на исти начин – и када уговор није закључен, и када је поништен, и када остаје на снази. Такво схватање је потврђено и каснијим одлукама истог суда. О одлуци више у J. Ghestin (2013), 1175 и даље; M. Fabre-Magnan (1992), 298–299. Вид. и одлуку ФКС од 12. новембра 2009. године, бр. 08-14563: суд је купцима досудио накнаду штете јер их продавац није обавестио да непокретност није прикључена на канализациону мрежу.

³³² Вид., примера ради, одлуку ФКС од 28. маја 2008. године, бр. 07-13487: Касациони суд је усвојио захтев за накнаду штете која је купцу причињена јер га продавац није обавестио о ограничењима могућности изградње. Суд није утврђивао да ли је постојала намера продавца, довољно је било утврдити да је постојала дужност обавештавања и да је продавац повредио ту дужност. Вид. о томе и у J. Ghestin (2013), 1179; M. Fabre-Magnan (1992), 298.

речима, жртва заблуде није осуђена само на право да захтева поништење уговора позивањем на правила о заблуди.

У чему ће се конкретно огледати штета, зависи умногоме од околности конкретног случаја и природе закљученог уговора. Упоредноправна судска пракса показује да захтев за накнаду штете може бити усмерен ка надокнади додатних трошкова које је поверилац имао по закључењу уговора, како би обезбедио остварење његовог циља.³³³ Осим тога, накнада штете често поприма облик снижења цене, када се штета заправо огледа у „прекомерно“ плаћеној цени услед заблуде о својствима ствари.³³⁴ Али, штета се може претрпети и на другачији начин: примера ради, губитком права које би поверилац имао према трећим лицима или штетом коју трпи на другим својим добрима.³³⁵

Решења, дакле, донекле подсећају на она која су у нашем праву предвиђена правилима о одговорности за правне и материјалне недостатке.³³⁶

Посебне дилеме изазива питање да ли се накнада штете може захтевати и онда када поверилац не би имао права да захтева поништење уговора (или остала

³³³ Примера ради, како би обезбедио нормалну употребу ствари. Тако, француска пракса познаје примере у којима је дужник уступио повериоцу право да користи пристаниште за бродове, не обавестивши га притом да конструкција за које се везују бродови није довољно чврста и да захтева додатна улагања како би могла да се користи. Суд је усвојио захтев за накнаду штете, засновавши га на повреди предуговорне дужности обавештавања. У једној другој одлуци, Касациони суд је обавезао сауговорача да надокнади штету јер није обавестио другу страну, пре закључења уговора, да ће морати да уложи додатни новац како би могла без сметњи да користи инсталирани телефонски систем. О тим и другим одлукама вид. Р. Legrand (1991), 334 и даље.

³³⁴ Тако, у немачкој судској пракси познат је случај у којем је продавац ненамерно пропустио да обавести купца да постоји план да се испред јединог прозора у стану изгради излаз у случају опасности. Суд је усвојио захтев за смањење цене као компензацију за штету коју је купац претрпео због продавчевог необавештавања. Вид. пример у W. Lorenz, 174–175. За француско право вид. J. Ghestin (2013), 1181 и даље; Jean Carbonier, *Droit civil, Les Obligations*, Paris 1956, 99.

³³⁵ Легранд (*Legrand*) помиње један занимљив случај из француске судске праксе. Наиме, при закључењу уговора о кредиту, кредитна институција је, уз знање и сагласност примаоца кредита, ступила у контакт са осигуравајућим друштвом како би осигурала исплату кредита у случају смрти или неспособности примаоца кредита. Међутим, осигуравајуће друштво је одбило да покрије такав ризик, али кредитна институција о тој околности није обавестила примаоца кредита и закључила са њим уговор. Након одређеног времена, прималац кредита је услед болести постао трајно и потпуно онеспособљен да врати кредит. На захтев кредитне институције да врати дуг, прималац кредита је поднео захтев за накнаду штете од ње. Иако су нижи судови захтев усвојили заснивајући га на повреди прећутног заступништва које је постојало између њих, Касациони суд је изричито одбио да заснује одговорност на правилима о заступању већ је накнаду штете досудио на име повреде дужности обавештавања. Р. Legrand (1991), 335.

³³⁶ Вид. чл. 488 ЗОО, према коме купац има, осим права да захтева уклањање недостатка, предају друге ствари без недостатка, снижење цене или права да раскине уговор, још и право да захтева накнаду штете. Надокнађује се и тзв. рефлексна штета – штета коју је купац због недостатка претрпео на другим својим добрима, према општим правилима о одговорности за штету. Вид. и Владимир Капор, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1983, 1305; Н. Ђурђевић (1987), 178 и даље.

права која му иначе стоје на располагању према правилима о одговорности за недостатке). Иако се опстанак уговора не може довести у питање, може ли се захтевати накнада штете настале необавештавањем?

То, најпре, може бити случај када је истекао преклузивни рок у коме је поверилац могао захтевати поништење уговора или се позивати на правила о јемству због недостатака на прибављеној ствари.

Према схватањима у нашој теорији, право на накнаду штете није ограничено роком предвиђеним за поништење уговора. Како се оно изводи из општег правила о одговорности за штету, на њега се не примењује рок одређен за поништење уговора³³⁷ већ правило из чл. 376 о застарелости потраживања накнаде штете:³³⁸ потраживање накнаде проузроковане штете застарева за три године од дана сазнања за штету и за лице које ју је учинило, а у сваком случају за пет година од када је штета настала. Стога поверилац има право да захтева накнаду штете и након истека рока за поништење уговора, али под условом да није истекао рок предвиђен за накнаду штете према правилима о деликтној одговорности.

Исто то несумњиво произлази и из чл. 485 ЗОО: уколико је продавац знао за недостатак или му он није могао остати непознат, купац се може позвати на недостатак и ако није благовремено обавестио продавца о недостатку, као и ако се недостатак покаже тек по протеклу рока од шест месеци. То правило се односи и на право да захтева отклањање недостатка, предају друге ствари без недостатка, снижење цене или раскид уговора, и на право да захтева накнаду штете.³³⁹ Дакле, кривица продавца због тога што није обавестио купца о недостатку спречиће престанак права из гаранције и права на накнаду штете. Што се тиче рока у коме се оно може вршити, одговор зависи од тога каква штета се надокнађује. Уколико је реч о тзв. рефлексној штети, штети коју је купац претрпео на другим добрима, у

³³⁷ Општи рок за поништење рушљивих уговора одређен је чланом 117 ЗОО и износи годину дана од сазнања за разлог рушљивости (субјективни рок), односно три године од дана закључења уговора (објективни рок).

³³⁸ С. Цигој (1983), 247.

³³⁹ Вид. о томе Правно схватање Савезног суда – начелни став бр. 4/85 од 6. новембра 1985. године, објављен у збирци судских одлука Савезног суда, Свеска I-II 1994. година – Судска пракса привредних судова, *Билтен* 2/98, 9, *ParagrafLex*. Али, вид. и Пресуду Врховног суда Србије, Прев. 512/2004 од 30. јуна 2005. године, *ParagrafLex*, у којој је суд изнео став да је и у том случају неопходно прегледати ствари и обавестити продавца о недостатку, иако то може бити и неблаговремено.

односу на њу се примењују правила о деликтној одговорности: субјективни рок од три године од дана сазнања за штету и лице које је штету проузроковало, односно објективни рок од пет година од дана када је штета настала.³⁴⁰ Уколико, међутим, није реч о рефлексној штети већ о штети на самој ствари од недостатка или неки други вид штете поводом недостатка, примењиваће се правила из чл. 376, ст. 3: потраживање накнаде штете настале повредом уговорне обавезе застарева за време одређено за застарелост те обавезе.

Када је реч о правним недостацима, према чл. 515 ЗОО, право купца на накнаду штете гаси се, заједно са осталим правима, истеком рока од годину дана од дана сазнања за постојање права трећег.³⁴¹ За разлику од правила за скривене мане, овде се не предвиђа могућност продужења рокова у случају несавесности продавца. То је и разумљиво јер је реч о субјективном року: он почиње да тече тек од тренутка када је купац сазнао за недостатак. Годину дана је довољан период да купац одлучи да ли ће остваривати било које од права које му закон даје на располагање. Осим тога, ако је треће лице покренуло спор пре истека тога рока, а купац позвао продавца да се у спор умеша, право купца се гаси тек истеком шест месеци по правноснажно окончаном спору. Ипак, у судској пракси се може наићи и на другачија схватања.³⁴²

Осим тог, питање дозвољености потраживања накнаде штете може се поставити и у случају трајне конвалидације уговора одрицањем од права да се захтева поништење. Значи ли то одрицање уједно и губитак права на накнаду штете? Мада је изазвало много више полемике у упоредном праву, и у том случају преовлађује негативни одговор: накнаду штете могуће је захтевати и након одрицања од права да се захтева поништење уговора.³⁴³

³⁴⁰ Вид. чл. 376, ст. 1 и 2 ЗОО.

³⁴¹ Вид. чл. 515 ЗОО.

³⁴² Тако, Врховни суд Србије се, у једној одлуци скоријег датума, изјаснио да „ако је продавац несавестан у односу на право купца, на захтев за накнаду штете по основу правних недостатака не примењује се рок од годину дана за постојање права трећег, већ рок застарелости потраживања накнаде штете предвиђен одредбом чл. 376 ст. 1 ЗОО“. Вид. Пресуду Врховног суда Србије Рев. 259/03 од 7. јула 2005. године, *Судска пракса 7–8/07*, <http://www.osnovnisudkg.net/media/bilten-januar-2008.pdf>, 22. децембар 2017, 29. За спор у немачком праву о томе да ли се на право да се захтева накнада штете у случају недостатака на ствари има применити краћи рок предвиђен правилима о одговорности за недостатке или дужи рок предвиђен правилима о предуговорној одговорности вид. W. Lorenz, 174 и даље.

³⁴³ У швајцарском Законику о облигацијама то питање је изричито регулисано: према чл. 31, ст. 3, потврђивање уговора закљученог под преваром или принудом не подразумева нужно и одрицање од права да се захтева накнада штете. Чини се да том гледишту нагињу и савремена француска

Коначно, у француској теорији се као посебно проблематично поставило питање заблуде о околности која се не сматра битном: може ли се и у том случају захтевати накнада штете иако не постоји право да се захтева поништење уговора?

Када је небитна заблуда резултат преваре, проблема начелно нема. Принцип *fraus omnia corrumpit*, између осталог, подразумева да се у случају преваре не прави подела на битне и небитне заблуде – свака води непуноважности уговора.³⁴⁴ Проблем се заправо јавља када преваре нема. Може ли уопште постојати дужност обавештавања о околности која не може учинити уговор рушљивим?

Поједини француски писци су указивали на то да природни домен предуговорне дужности обавештавања и јесте ненамерно ћутање о околностима које се не могу подвести под битну заблуду.³⁴⁵ Питали су се Герсан (*Garcin*) и Морето (*Moréteau*), много пре него што су усвојене измене француског Грађанског законика, чему уопште истицање да постоји дужност обавештавања, као аутономна установа, уколико се она једино може санкционисати под условима које предвиђају класичне установе уговорног права, као што су заблуда и превара. Таква дужност обавештавања је „лишена разлога за постојањем“.³⁴⁶ Смисао позивања на класичне установе уговорног права несумњиво је значајан, најпре због тога што се на основу њих може утврдити домен предуговорне дужности обавештавања, а затим и како би се указало на то да се необавештавање већ санкционише, макар и посредно. Ипак, илузорно је причати о аутономији предуговорне дужности обавештавања као посебној установи уколико се за санкционисање њене повреде мора прибећи правилима тих установа.³⁴⁷

Када се говори о санкционисању дужности обавештавања применом правила о одговорности за штету, треба имати на уму да не заслужује свако

судска пракса и теорија. Вид. одлуку ФКС од 4. октобра 1988. године, бр. 85-18763: право да се захтева поништење уговора и право на накнаду штете представљају два различита захтева, те одрицање од првог не значи истовремено и губитак другог права. J. Ghestin (2013), 1175 и даље.

³⁴⁴ И према чл. 65, ст. 1 ЗОО, ако једна страна изазове заблуду код друге стране или је одржава у заблуди са намером да је тиме наведе на закључење уговора, друга страна може захтевати поништај уговора и *када заблуда није битна*.

³⁴⁵ С. Garcin, О. Moréteau, 125.

³⁴⁶ Аутори критикују Лејсака управо због тога што, након прокламовања аутономије дужности обавештавања, њу враћа у оквире преваре, захтевајући поступање у лошој вери. *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*

ћутање прекор. Кривица због необавештавања подложна је санкцији само уколико се утврди да је у датим околностима заиста постојала дужност обавештавања.³⁴⁸

Када ће уопште постојати дужност обавештавања о тзв. небитним околностима (околностима о којима заблуда има карактер небитне заблуде)?

Случајеве небитне заблуде је тешко набројати.³⁴⁹ Реч је о неограничено много информација које би могле да утичу на услове под којима би сауговорач закључио уговор.

Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*) износи став да је за настанак дужности обавештавања неопходно кумулативно испуњење два услова: да је дужник имао сазнања о одређеној небитној околности и да је био свестан значаја који је та околност имала за другу страну.³⁵⁰

Такав предлог, међутим, не решава проблем. Ако је један сауговорач био свестан значаја који је други сауговорач дао једној објективно небитној чињеници, није ли тиме та „небитна“ чињеница подигнута на ниво битне?

Проблем се посебно компликује у системима какав је наш или швајцарски,³⁵¹ који су се определили да, уз набрајање одређених „врста“ битних заблуда, уведу и одредбу која омогућава да се битним могу сматрати и други случајеви заблуда. Тако, према чл. 61, ст. 1 ЗОО, заблуда је битна ако се односи на битна својства предмета, на лице са којим се закључује уговор ако се закључује с обзиром на то лице, као и на *околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним*, а страна која је у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине.

Предмет заблуде би, имајући у виду бланкетни карактер назначеног дела, начелно могла бити свака околност. Међутим, законодавац несумњиво даје одређене смернице. Упућивањем на „обичаје у промету“ и „намеру странака“ (у множини) показује се тежња за апстрактном, објективизованом проценом битности: мора да се ради или о околности која је битна по пословним обичајима односно пословном моралу, или да је реч о мотиву (циљу) једне стране који је

³⁴⁸ М. Fabre-Magnan (1992), 299.

³⁴⁹ Ту би у обзир могле доћи заблуда о мотиву, о вредности, о особини предмета која није битна, итд. Д. Хибер (1991), 380 и даље; С. Перовић (1980а), 298 и даље.

³⁵⁰ М. Fabre-Magnan (1992), 300.

³⁵¹ Вид. чл. 24, ст. 1, т. 4 ШЗО, према коме је заблуда битна када се односи на чињенице које је према пословном моралу страна која се позива на заблуду могла сматрати битним елементима уговора.

другој био познат или морао бити познат, па ју је закључењем уговора прихватила.³⁵²

Другим речима, заблуда о одређеној иначе небитној околности морала је у конкретном случају бити препозната или макар препознатљива другој страни.

У француској литератури се помиње управо један такав случај.³⁵³ Наиме, уговарач се обратио осигуравајућем друштву са захтевом да закључи уговор којим би се осигурао од одговорности за штету коју би претрпео употребом моторног возила, нагласивши притом да би осигурањем желео да покрије и евентуалну штету која би била причињена и путнику кога превози на свом мотору. Неколико година касније, уговарач осигурања је био учесник у саобраћајној несрећи у којој је штету претрпело и лице које је превозио. Осигуравајуће друштво је одбило да исплати накнаду за ту штету, позивајући се на своје опште услове пословања у којима је изричито напоменуто да осигурање не покрива штету коју претрпи лице које је бесплатно вожено на мотору, те да би накнада те штете могла бити покривена само у случају да су стране то изричито предвиделе уговором. Касациони суд је, међутим, пресудио у корист уговарача осигурања, обавезавши осигуравајуће друштво да плати сву штету причињену путнику. У образложењу је наведено да је осигуравајуће друштво било дужно да клијента обавести о условима под којима закључује уговоре о осигурању, нарочито имајући у виду да је уговарач осигурања ставио до знања осигуравачу које ризике жели да покрије осигурањем.³⁵⁴ Другим речима, своје преокупације је учинио видљивим.

Идеја да се накнада штете може дуговати и у случају небитне заблуде постоји и у нашој доктрини. Коментаришући, на уопштен начин, право жртве заблуде да захтева накнаду штете, Цигој износи став да би то право требало дозволити и у случају небитних заблуда, према општим правилима о одговорности за штету, ако је такву небитну заблуду скривила друга страна. Штета се састоји „у томе што се странка у заблуди мора задовољити пуноважношћу уговора, иако тај уговор у споредним околностима није онакав

³⁵² Д. Хибер (1991), 384–386.

³⁵³ Више о овом случају у М. Fabre-Magnan (1992), 301 и даље.

³⁵⁴ Кривица сауговарача због повреде дужности обавештавања санкционисана је применом општих правила о одговорности за штету (чл. 1382 неизмењеног ФГЗ), при чему суд није улазио у питање да ли је постојала намера. Било је довољно утврдити да је дужник знао садржај одређене околности и да му је морао бити познат значај који друга страна придаје тој околности. М. Fabre-Magnan (1992), 301.

какав је странка приликом закључења уговора желела, а и мислила да је закључила такав уговор“.³⁵⁵

Чини се, међутим, да питање и даље у великој мери остаје отворено. Ако се, према обичајима у промету или намерама страна, заблуда може сматрати битном јер страна која је у заблуди не би иначе закључила уговор такве *садржине*, зар тада неће постојати и право на поништење? А ако не постоји право на поништење, није ли то зато што се заблуда не сматра битном? Има ли ту међупростора: може ли заблуда о некој околности бити довољно битна да оправда захтев за накнадом штете, али недовољно битна да би учинила уговор рушљивим?

Проблем, донекле, подсећа на онај који се у француској литератури јавио због контроверзне поделе коју је суд чинио на *dol principal* и *dol incident*: само је прва давала могућност да се захтева поништење уговора, док је у другој суд дозвољавао само накнаду штете јер је реч тек о заблуди која се односи на неки споредни, а не главни елемент уговора. Таква пракса је, међутим, доста критикована у теорији.³⁵⁶ ако је заблуда у тој мери детерминантна да жртва не би закључила уговор *под условима под којима је закључен* („*dans les termes où il l'a été*“), та чињеница мора бити довољна да се на основу ње роди право на поништење уговора.

2.4.5.2.2 *Захтев за накнадом штете у случају када уговор није ни закључен*

Када се као основ дужности обавештавања при закључењу уговора јавља опште правило о одговорности за штету, отвара се неминовно још једно питање: није ли оно подобно да санкционише повреду дужности обавештавања и онда када уговор не буде закључен?³⁵⁷

У коментарима измена француског Грађанског законика управо се указује на чињеницу да би се чл. 1112-1 ФГЗ, којим је имплементирана дужност обавештавања предуговорног карактера у француско право, могао протумачити и

³⁵⁵ С. Цигој (1983), 237.

³⁵⁶ Више о томе у J. Ghestin (2013), 1194 и даље.

³⁵⁷ О питању санкционисања повреде дужности обавештавања и када не дође до закључења уговора више у Chiara Cravetto, Barbara Pasa, „The ‘Non-sense’ of Pre-contractual Information Duties in Case of Non-concluded Contracts“, *European Review of Private Law* 6/2011, 759 и даље.

на такав начин да се њиме признаје право повериоцу на накнаду штете и у случају када уговор није закључен, под условом да је повређена дужност обавештавања.³⁵⁸

Идеја је потекла из Извештаја који је упућен председнику Републике Француске о Ордонанси бр. 2016-131 од 10. фебруара 2016. године, којом је реформисано француско уговорно право. У њему се наводи следеће: „У другом ставу (чл. 1112-1, прим. аут.) прецизира се да се повреда те дужности санкционише посредством одговорности њеног дужника, али да она једнако може довести до рушљивости уговора ако је проузроковала ману у вољи – заблуду или превару. Штавише, таква повреда би под одређеним условима могла и да не произведе ману воље, примера ради, онда када коначно не дође до закључења уговора: саговорач који је преговарао месецима са другом страном, а онда случајно, мада прекасно, дошао до одлучујућих информација о којима је та друга страна требало да га обавести, може из тих разлога одбити да закључи уговор и да захтева накнаду штете претрпљене услед повреде дужности обавештавања (нпр. трошкова узалудног преговарања, пропуштене прилике да закључи уговор са неком другом страном, итд.).“³⁵⁹

Дакле, могло би се замислити да ћутање о околности о којој постоји дужност обавештавања проузрокује штету због вођења преговора који се не би водили да је повериоцу та околност била предочена.³⁶⁰ Уколико би се накнада штете због повреде дужности обавештавања пружила у случају када би се

³⁵⁸ Anne-Sophie Choné-Grimaldi, *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (dir. Thibault Douville), Caen 2016, 54; N. Dissaux, C. Jamin, 17; M. Latina, G. Chantepie, 157.

³⁵⁹ „Le dernier alinéa précise que le manquement à ce devoir est sanctionné par l'engagement de la responsabilité de celui qui en était tenu, et qu'il peut également entraîner la nullité du contrat s'il a provoqué un vice du consentement - erreur ou dol. En effet, un tel manquement pourra dans certaines hypothèses ne pas provoquer de vice du consentement, par exemple dans celle où le contrat ne serait finalement pas conclu : une partie qui aurait négocié pendant des mois avec une autre, et découvrirait tardivement et fortuitement une information déterminante que celle-ci aurait dû lui fournir, pourrait refuser de conclure le contrat, et réclamer la réparation du préjudice subi du fait du manquement au devoir d'information (ex : frais de négociation inutiles, perte de chance de conclure un contrat avec une autre partie, etc.).“ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>, 20. април 2018.

³⁶⁰ Сличну идеју је изнео и швајцарски писац Кјунен (*Kuonen*), али за случај повреде дужности самообавештавања (*devoir de se renseigner*): повреда те дужности могла би да доведе до одговорности за штету и пре закључења уговора, када су преговори прекасно прекинути због заблуде. N. Kuonen, 451–452.

преговори окончали закључењем уговора, зашто се исто не би поступило и ако уговор није закључен?

Корисно је поменути да савремено право на специфичан начин већ санкционише одређене видове повреде предуговорне дужности обавештавања, иако није дошло до закључења уговора или макар до закључења пуноважног уговора.

Посматрано шире, поједини облици скривљеног понашања који се наводе као примери повреде дужности озбиљног преговарања представљају уједно и повреду дужности обавештавања. Тако, својеврстан вид повреде дужности обавештавања представља и вођење преговора без намере да се уговор закључи.³⁶¹ Кривица се ту не огледа строго у томе што један од преговарача није имао намеру да уговор закључи већ у томе што је створио утисак да таква намера постоји, између осталог, и пропуштањем да упозори супреговарача на озбиљност својих намера. Слично би се могло рећи и када једна страна пропусти да обавести супреговараче да истовремено води преговоре са више лица, а постоји намера да уговор закључи само са једним од њих.³⁶² Осим тога, кривица се може огледати и у томе што је један преговарач пропустио да обавести другу страну да уговор који се закључује из неког разлога не може бити пуноважан,³⁶³ или није могуће

³⁶¹ Вид. чл. 30 ст. 2 ЗОО; N. Kuonen, 444 фн. 1338; F. Schenker, 314.

³⁶² То обавештење није потребно уколико је уобичајено да се преговори воде са више лица, због чега би та околност морала бити позната супреговарачима, као што је то често случај у привредном промету. Младен Драшкић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига прва, Београд 1983, 117; Б. Марковић, 28–29; Guido Alpa, „Italy“, *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (ed. Ewoud Hondius), Boston 1991, 201.

³⁶³ Вид. чл. 108 ЗОО, према коме је уговарач који је крив за закључење ништавог уговора одговоран своме сауговарачу за штету коју трпи због ништавости уговора ако овај није знао или према околностима није морао знати да постоји узрок ништавости. Вид. Пресуду Привредног апелационог суда, Пж 3942/2014(2) од 10. јула 2014. године, Судска пракса привредних судова, *Билтен* 1/2015, *ParagrafLex*: „право на накнаду штете у случају ништавости има само онај уговарач који није крив за ништавост, а да наведену обавезу накнаде штете има уговарач који је искључиво крив за ништавост, односно онај који је био несавестан. То даље води закључку да уколико нема кривице, односно несавесности ниједног од уговарача, или је кривица обострана, онда нема ни накнаде штете. У конкретном случају првостепени суд је правилно утврдио да су и тужилац и тужени скривили ништавости основног уговора о испоруци кеса, имајући у виду да је тужилац морао знати да се ниједна измена уговора не може усмено вршити, као и да са туженим може ступати у правне односе само након законом спроведеног поступка јавне набавке, а да тужени, као страна којој је, на основу Закона о јавним набавкама, забрањено закључивање двострано теретних уговора усменим путем, са којих разлога су обе парничне странке несавесне. Са тим у вези, ни тужилац, сходно члану 108. ЗОО, не може са успехом захтевати од туженог накнаду штете коју трпи због ништавости уговора.“ Вид. и Пресуду Врховног суда Србије Рев. 174/2004 од 16. фебруара 2005. године, *ParagrafLex*.

закључити уговор, примера ради, зато што за његово закључење недостаје дозвола за коју зна или мора знати да је неће добити.

2.4.6 О заснивању и санкционисању дужности обавештавања позивањем на општа начела облигационог права

Позивање на начело савесности и поштења, односно општа правила о одговорности за штету, као изворе из којих проистичу предуговорне дужности, укључујући и дужност обавештавања,³⁶⁴ несумњиво има своје предности. Оно омогућава да се заштита пружи у свим оним случајевима у којима се то сматра неопходним, правичним. Законодавац често није у стању да предвиди посебну правну норму за мноштво различитих, комплексних правних ситуација. Уношењем генералне клаузуле ствара се могућност „постизања једног праву примереног резултата и онде где би иначе супсумпција једног чињеничног стања или збивања под одговарајућу норму закона додуше служила правној сигурности, али би водила до неправедног исхода, као и да омогући исправно решавање свих оних случајева који измичу нормативним схемама утврђеним једном за сваку прилику.“³⁶⁵ Начело савесности и поштења представља и „својеврсну допуну правила *fraus omnia corrumpit*“³⁶⁶, чији је циљ да санкцију добије свако понашање које заслужује прекор, а не само преварно, које је по дефиницији уже. Оно значи заповест за све учеснике у правном односу да имају обзира и према оправданим интересима друге стране.³⁶⁷ Како Гестен (*Ghestin*) у једној реченици износи, нико не може да подржи идеју да уговор може бити закључен несавесно или непоштено.³⁶⁸

Вид. §878 АБГБ; W. Posch (1991), 46 и даље; Повредом дужности обавештавања сматра се и случај када једна страна зна да је уговор због непоштовања форме ништав. Општи је став немачке судске праксе да ако једна уговорна страна скриви непоштовање законске форме, другом уговорном партнеру припада право да захтева накнаду штете која јој је настала због веровања у пуноважност уговора. Захтев је усмерен на накнаду негативног интереса. Д. Стојановић (1980), 125; N. Kuonen, 445.

³⁶⁴ М. Петровић, 63 и даље; Д. Стојановић (1980), 110 и 112; Б. Визнер, 70, 74, 77; Љ. Ковачевић, 503-508; Б. Марковић, 27.

³⁶⁵ М. Петровић, 57.

³⁶⁶ V. Gorenc, 12.

³⁶⁷ Д. Стојановић (1980), 109; М. Петровић, 61-62.

³⁶⁸ J. Ghestin (2013), 1283-1284.

У том смислу, судска контрола понашања сауговарача при закључењу уговора је не само корисна већ често и неопходна. Она је, уосталом, и довела до тога да се управо на основу општих начела временом изроде посебне (законом регулисане) дужности обавештавања, и уговорног и предуговорног карактера.

Али, како се лепо примећује, „ничег опаснијег нема од уопштеног говорења о савесности и поштењу“.³⁶⁹ Шта уопште значи несавесно и непоштено поступање? Примењено на проблем дужности обавештавања, када се може сматрати да је несавесно прећутати одређену околност?

Законска формулација начела савесности и поштења не даје апсолутно никакве смернице. На основу ње није увек могуће недвосмислено утврдити када се јавља дужност обавештавања, какав је њен обим, које информације могу бити објект дужности обавештавања, које околности би требало узети у обзир итд. Начелно добра замисао, заснивање дужности обавештавања на начелу савесности и поштења у практичној примени ствара неописиве тешкоће када се њен садржај покуша конкретно утврдити. То може у озбиљној мери да угрози правну сигурност јер је концепт начела савесности и поштења превише отворен, празан, безобалан и води тзв. „јуриспруденцији по осећају“.³⁷⁰

Због његових урођених недостатака, постоји тежња да се начело савесности и поштења схвати на један објективан начин,³⁷¹ што се може уочити и из наше судске праксе.³⁷² Несавестан је онај сауговарач који је штету скривио, а кривица се утврђује тако што се његово понашање упоређује са понашањем доброг привредника, домаћина, односно доброг стручњака.³⁷³ Тиме се, заправо, начело савесности и поштења испуњава садржином других начела, као што су начело забране проузроковања штете и начело поступања са дужном пажњом у

³⁶⁹ М. Петровић, 57.

³⁷⁰ Д. Стојановић (1980), 108; Richard Desgorges, „Le principe de bonne foi“, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile, Thémis droit* (dir. Catherine Labrusse-Riou, Didier Truchet), Paris 2011, 155 и даље.

³⁷¹ N. Kuonen, 437; Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2008, 30; F. Kessler, E. Fine, 406; М. Петровић, 57; J. Салма, 155. На то упућује и чл. 782 ОИЗ.

³⁷² Вид., примера ради, Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 2213/2011 од 5. јула 2012, *ParagrafLex*; Решење Вишег трговинског суда, Пж. 9850/2005 од 7. септембра 2006, *ParagrafLex*; Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 12263/2010(3) од 26. октобра 2011, *ParagrafLex*, из којих се уочава повезаност начела савесности и поштења, правила о одговорности за штету и дужне пажње у промету.

³⁷³ Б. Визнер, 71.

промету: сауговарач ће се сматрати кривим (несавесним) ако је пропустио да другу страну обавести о одређеној околности, а према околностима случаја и обичајима у промету, то се од разумног субјекта могло очекивати.³⁷⁴

Стога је дужност обавештавања повређена тек уколико је ћутање резултат грешке у понашању.³⁷⁵

Но, тиме смо једва нешто ближе сазнању када постоји дужност обавештавања: несумњиво је да је један од елемената који суд мора узети у обзир понашање сауговарача при закључењу уговора.

На овом месту вреди подсетити да је у тој процени важно да се не изгубе из вида две групе аргумената.

С једне стране, закључење уговора је често повезано с тим да између сауговарача постоје супротстављени интереси и да сваки од њих тежи да за себе уговори што боље услове. У том смислу, утопијски је очекивати да једно другом све откривају.³⁷⁶ Брига о туђим интересима начелно не би требало да правизиђе бригу о сопственим. Осим тога, информациона асиметрија игра важну улогу на тржишту. На то указују нарочито економски разлози: информација је скупа. Рационално економско друштво би требало да награди оне који улажу у сазнавање информација, а не да их обесхрабрује, до чега би могло доћи уколико би били дужни да „поделе“ та сазнања. Не би требало занемарити ни чињеницу да информациона асиметрија није увек резултат несавесног поступања информационо надмоћније стране, због чега ни морални обзир не налажу обавештавање у сваком случају. То је нарочито случај ако је незнање друге стране неоправдано. Наметање дужности обавештавања би тада могло проузроковати индолентност – претерано ослањање на будућег сауговарача да ће пружити чак и оне информације до којих се може једноставно доћи. Основни је принцип уговорног права да је свака страна дужна да се стара о заштити сопствених интереса, те се не би смело дозволити да се увек када се испостави да је закључење уговора био погрешан пословни подухват сауговарачима омогући да

³⁷⁴ Кјунен (*Kuonen*) стога износи став да је непотребно позивати се (само) на начело савесности и поштења. Дужност пажње, која произлази из опште одредбе о одговорности за штету (чл. 41 ШЗО), довољан је основ. N. Kuonen, 440 и даље.

³⁷⁵ M. Fabre-Magnan (1992), 20.

³⁷⁶ „*On ne peut obliger les parties au contrat à suivre l'exemple de Scaevola qui offrit au vendeur d'un domaine 200 000 sesterces de plus que le prix de vente proposé, parce qu'il considérait que la terre qu'il achetait avait cette valeur.*“ J.-P. Chazal, 405.

изађу из уговора, позивањем на општа начела.³⁷⁷ То је и разлог зашто ни у једном правном систему није прихваћена општа дужност обавештавања, схваћена у апсолутном смислу, као неограничена, потпуна.³⁷⁸

С друге стране, као што не би смело да подстиче немар при заштити сопствених интереса, право не би смело да подстиче ни потпуну небригу о интересима друге стране, нарочито када је информациона асиметрија резултат неједнаке доступности информација. Информација је предуслов избора и правилне одлуке о закључењу уговора; уколико тога нема, онда нема информисане одлуке ни слободне воље за закључење уговора. Мора се уважити и чињеница да сауговорачи не полазе увек са истих позиција при закључењу уговора. Међу њима може постојати и значајна диспропорција у знањима које поседују, у средствима помоћу којих до њих долазе. Доступност информације може да зависи не само од својстава сауговорача већ и од природе уговора који се закључује, начина закључења, природе информације итд. Штавише, и однос између сауговорача може да утиче на степен пажње сауговорача при закључењу уговора. Све то може да оправда очекивања једне стране да ће је друга обавестити о ономе што за њу може бити релевантно.

³⁷⁷ Philippe Malaurie, „Cession d'actions: la réticence dolosive en raison des circonstances. L'affaire Bouygues des Grands moulins de Paris“, *Recueil Dalloz*, 1996, 520.

³⁷⁸ М. Орлић (1993), 30; W. Posch (1991), 47.

3 ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПРЕДУГОВОРНЕ ДУЖНОСТИ ОБАВЕШТАВАЊА

3.1 Уводна разматрања

Теоријска анализа установе предуговорне дужности обавештавања била би, у најмању руку, непотпуна без макар основног приказа проблема информационе асиметрије приликом закључења уговора и потенцијалних начина његовог решавања, са аспекта економске анализе права.

Економска анализа права релативно је млада грана права, која је почела да се развија тек шездесетих година 20. века³⁷⁹ на америчком тлу, као посебан теоријски правац са идејом да се процени економска ефикасност законских решења.³⁸⁰ Најкраће речено, полазећи од основних принципа микроекономске теорије, нарочито идеје о човеку као рационалном економском субјекту,³⁸¹ она настоји да пронађе одговоре на питања како одређена правила закона утичу на понашање „разумног појединца“. Разумни појединац тежи да максимално задовољи своје потребе, имајући у виду сва ограничења на путу до остварења таквог циља. Стога је његово понашање на тржишту резултат, између осталог, и постојећих правила којима је тржиште регулисано. Уколико би се таква правила променила, очекивано је да се промени и његово понашање.

³⁷⁹ Сматра се да је рађању и развоју те гране права значајно допринело оснивање часописа *Journal of Law and Economics* 1958. године. У наредних неколико деценија дошло је до експанзије научног истраживања, које је резултирало оснивањем многих часописа посвећених искључиво економској анализи права, међу којима су и *Journal of Legal Studies*, *Research in Law and Economics*, *Journal of Empirical Legal Studies* итд. О историјском развоју вид. у Cento Veljanovski, *Economic Principles of Law*, Cambridge 2007, 3 и даље; Robert Cooter, Thomas Ulen, *Law and Economics*, Boston 2012, 3; Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge – London 2004, 4.

³⁸⁰ Економски приступ анализи права, заправо, поставља два типа питања која се односе на правна правила. Први тип су дескриптивна питања, која се односе на дејства правних правила. Други тип су нормативна питања, која се односе на друштвену пожељност правних правила. При давању одговора, пажња је усмерена на моделе индивидуалног понашања разумног појединца и његове реакције на постојећа правила. Анализом се утврђује ком правном правилу би требало дати предност, имајући у виду друштвено благостање које стварају. Више у S. Shavell (2004), 1 и даље.

³⁸¹ Werner Hirsch, *Law and Economics, An Introductory Analysis*, Boston 1988, 4.

Економска анализа уговорног права полази од претпоставке да ће закључење уговора бити обострано корисно.³⁸² Циљ закључења уговора јесте да се и једна и друга уговорна страна нађу у бољој позицији након закључења у односу на ону у којој су били пре његовог закључења. Ако макар једна страна процени да јој је боље да не закључи уговор, она га неће закључити. Задовољење индивидуалних потреба страна је, стога, важна последица закључења уговора. Да би се то постигло, неопходно је, између осталог, да стране имају све потребне информације да донесу информисану одлуку о закључењу уговора.³⁸³ То, међутим, није увек случај. Стране често, из различитих разлога, немају једнак ниво познавања информација које би могле да утичу на њихову одлуку да закључе уговор. Један од главних задатака уговорног права јесте да реши проблеме узроковане таквом асиметријом информација.

Економски приступ предуговорној дужности обавештавања тежи да утврди на који начин је најоптималније истовремено задовољити потребу да се спречи закључење уговора у заблуди, а уједно очува жеља за откривањем и искоришћавањем друштвено корисних информација.³⁸⁴ Стога ће се у наставку најпре уопштено указати на то какво дејство би могло имати постојање или одсуство предуговорне дужности обавештавања на понашање разумног појединца, а посредно и на друштво у целини. Потом ће бити изложени конкретнији погледи и идеје теоретичара који су, бавећи се анализом тог проблема из економске перспективе, дали важан допринос разумевању потребе и оправданости постојања предуговорне дужности обавештавања.

³⁸² Ако је продавац спреман да прода ствар за 100 динара, а купац је спреман да је купи за 200 динара, онда је таква размена обострано корисна јер обојица стичу вишак: продавац кроз профит, а купац кроз потрошачки вишак, који се може израчунати као разлика између плаћене цене и оне коју је купац био спреман да плати. С. Veljanovski, 111.

³⁸³ А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 149. Под претпоставком да су стране рационални субјекти, потпуно информисани, уговор који закључују био би ефикасан, Парето оптималан, што је дефиниција потпуно одређеног уговора. Тада се стране налазе у позицији у којој ниједна не може додатно побољшати своју позицију, осим уз додатне трошкове. Jules Coleman, Douglas Heckathorn, Steven Maser, „A bargaining theory approach to default provisions and disclosure rules in contract law“, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 12, 3/1989, 640.

³⁸⁴ А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 148.

3.2 Дејства постојања предуговорне дужности обавештавања

3.2.1 Спречавање настанка заблуде

Закључивање уговора би требало да буде у обостраном интресу уговорних страна. Тај циљ се постиже, између осталог, и потпуном информисаношћу уговорних страна. Ако је макар једна од њих закључила уговор у заблуди, то може довести и до друштвеног губитка у виду погрешне алокације ресурса.³⁸⁵ Непостојање свих информација неопходних да се донесе правилна одлука о закључењу уговора на општем плану могла би да произведе, између осталог, незанемарљив губитак времена и новца у вођењу преговора и закључењу уговора за које се накнадно испоставља да су нежељени, а посредно и до губитка додатних ресурса у погледу трошкова решавања спорова између саговорача због закључења уговора у заблуди. У контексту ситуације када једна страна зна да је друга у заблуди, углавном ће бити једноставније и економски исплативије наметнути дужност да се саопште чињенице о којима постоји заблуда, уместо што би се чекало да их страна у заблуди сама открије.³⁸⁶ То би уједно значило и да би повреда такве дужности увек водила могућности поништења уговора.

Иако би се из правног промета елиминисала појава нежељених уговора, наметање дужности обавештавања би и те како имало негативни ефекат на понашање субјеката у будућности.³⁸⁷ Најпре, претерано заштитнички однос према вољи страна утицао би на смањење степена опрезности при закључењу уговора. Знајући да ће уговор моћи да се поништи, уколико се накнадно утврди да су били у заблуди о одређеној чињеници, рационални субјекти ће мање пажње посветити сазнању релевантних информација пре закључења уговора. То, нарочито, ако је прибављање информација скупље и захтевније него решавање проблема насталог закључењем уговора чија се дејства не желе. Осим тога, то би могло да доведе и

³⁸⁵ Даген (*Duggan*), Брајан (*Bryan*) и Хенкс (*Hanks*) наводе следећи пример: „Претпоставимо, примера ради, да лице А продаје слику лицу Б за \$15.000, зато што погрешно верује да је реч о реплици. Да је знало да је реч о оригиналу, не би је продало за мање од \$150.000. Лице Б зна да је у питању оригинал, али је свакако не би платило више од \$50.000. Закључење уговора, стога, представља добитак за лице Б од \$35.000 (\$50.000 – \$15.000), али и губитак за лице А од \$135.000 (\$150.000 – \$15.000). Нето разлика је губитак од \$100.000 (\$135.000 – \$35.000), што се може схватити као друштвени трошак настао због заблуде лица А.“ A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 149.

³⁸⁶ *Ibid.*, 150.

³⁸⁷ *Ibid.*, 149.

до друге крајности: да се стране, при закључењу уговора, у претераној мери старају да њихов саговорач није у заблуди у погледу неке околности, из страха да би касније уговор могао бити поништен.

Зависно од тога шта би преовладало, последице би могле бити или превише спорова или претерано обавештавања.

С друге стране, не сме се занемарити ни чињеница да би непостојање било какве предуговорне дужности обавештавања, такође, могло имати озбиљне последице. Оно би могло да изазове претерана улагања у самообавештавање, што представља посебан проблем када прикупљене информације нису друштвено корисне.³⁸⁸

3.2.2 Смањење подстицаја за стварање информација

Тежњи да се, по сваку цену, спречи настанак заблуде у поступку закључења уговора замера се да губи из вида и следеће две важне околности: прво, да је до информација врло тешко доћи, те њихово сазнање и ширење понекад захтева улагање значајних материјалних средстава; друго, да се недовољна пажња посвећује питању на који начин би таква дужност обавештавања утицала на разумног појединца и његову одлуку да ствара и стиче информације.³⁸⁹

Наметање предуговорне дужности обавештавања директно утиче на уговорну цену. Примера ради, продавци теже да својим купцима не открију неповољне информације које би утицале на смањење цене ствари. Обрнуто, купци теже да продавцима не открију повољне информације које би утицале на повећање цене ствари. Уколико би и једна и друга страна имале дужност да обавесте једна другу о тим релевантним околностима, то би најпре утицало на смањење, односно повећање цене ствари која се продаје.

³⁸⁸ S. Shavell (2004), 333; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2016), 359.

³⁸⁹ C. Veljanovski, 144.

Економским аналитичарима је, међутим, много интересантнија индиректна последица наметања предуговорне дужности обавештавања. Реч је, наиме, о смањењу подстицаја за прибављање информација пре закључења уговора.³⁹⁰

Подстицаји за проналажење и откривање информација директно зависе од очекивања које разуман појединац има од тих информација. Он ће улагати у стицање информација само уколико су користи од таквих сазнања већи од трошкова.³⁹¹ Дужност да та сазнања поделе са онима који нису имали никакав трошак њиховог откривања додатно утиче на пад интересовања за нова сазнања јер не постоји начин да се спречи да их користе и сва та лица. Ако би свака информација постала „јавно добро“, то би имало дестимулисало оне који би се, иначе, упустили у трагање за информацијом.³⁹²

Решење тог проблема јесте у томе да се ономе ко је произвео такву информацију дозволи да на основу ње стиче користи; другим речима, да нема дужност да је саопшти другој уговорној страни. Такво решење би, међутим, несумњиво довело до погрешне алокације ресурса: стране би закључивале уговоре које, иначе, не би закључиле да је информација била доступна обема странама.

Право је питање шта је озбиљнији проблем: закључивање нежељених уговора или смањење производње информација, јер нема подстицаја за њихово стварање.

3.2.3 Друштвена пожељност предуговорне дужности обавештавања

На нормативно питање друштвене пожељности предуговорне дужности обавештавања утиче велики број фактора. У англосаксонској теорији економске анализе права, као најважнија, истичу се три фактора.

Прво, уочено је да се јачи захтев за предуговорним обавештавањем упућује сауговорачима у односу на информације које се тичу престације коју *нуде* другој страни него у односу на информације које се тичу престације коју *стичу* од друге стране. Као пример се најчешће наводи однос продавца и купца: дужност

³⁹⁰ S. Shavell (2004), 332; C. Veljanovski, 144; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 150.

³⁹¹ C. Veljanovski, 144.

³⁹² A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 150–151.

обавештавања се много чешће намеће продавцу него купцу³⁹³ јер је у великом броју случајева управо купац тај чија је употреба информација друштвено корисна.³⁹⁴ Тако, пожељно је да продавац обавести купца о скривеној мани ствари, док се сматра оправданим ако купац прећути околност која би утицала на повећање цене.

Чини се да узрок таквог разликовања има помало и психолошки карактер: природно је да су људи склонији да упуте прекор продавцу због скривања информација јер он скрива тзв. негативне чињенице, чињенице које би могле да утичу на смањење цене ствари. Купац, напротив, ћути о некој позитивној околности. Осим тога, случај када продавац скрива информације доноси користи, најчешће, ако не и једино, само њему. Нема ширег друштвеног интереса у томе. У том случају не само што долази до погрешне алокације ресурса самом куповином већ је и закаснило откривање мана ствари понекад далеко скупље него када се отклањању мана приступи у неком ранијем периоду. Ћутање о негативним информацијама, дакле, узрокује додатно непотребно трошење ресурса. С друге стране, друштво је више заинтересовано да мотивише купце да производе информације, из два разлога: као што је поменуто, купци су најчешће они чија је употреба информација друштвено корисна;³⁹⁵ осим тога, на купце би много више утицало наметање предуговорне дужности обавештавања у виду смањења подстицаја за стварање информација него на продавце.

Друго, један од важних аргумената против наметања предуговорне дужности обавештавања лежи у смањењу подстицаја за стицање нових сазнања. Што више та дужност утиче на умањење интересовања, то је друштвено непожељнија. Друштво је склоније да прихвати закључивање уговора уз недовољно информација него некумулирање нових сазнања.

³⁹³ Примећено је у англосаксонској судској пракси да су судови наклоњенији купцима него продавцима. Судови су спремнији да интервенишу када продавац није обавестио купца о околности која је за његову одлуку да закључи уговор релевантна, него обрнуто – када је купац прећутао неку важну околност. A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 21 и даље, 33 и даље.

³⁹⁴ S. Shavell (2004), 333.

³⁹⁵ У теорији се често наводе примери купаца који откривају затурена и заборављена уметничка дела или, пак, долазе до сазнања о изворима нафте или минерала. A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 155 и даље.

Аргумент друштвене корисности стицања нових сазнања губи јачину уколико друштво не буде заиста упознато са њима већ се таква сазнања задрже у тајности.³⁹⁶

Треба, међутим, скренути пажњу на чињеницу да би и супротно решење, потпуно непостојање било какве предуговорне дужности обавештавања, довело до прекомерног улагања средстава, али у самообавештавање. Проблем се тада јавља због непотребног улагања у прибављање информације које нису од друштвеног интереса.

Коначно, сазнање одређених информација може бити значајно и у том смислу што одређене ствари могу бити употребљене тако да им се увећа вредност. Тако, знање о одређеним манама ствари има друштвену вредност јер се благовремено може спречити додатно оштећене ствари или пак штета на другим стварима.³⁹⁷

3.3 Теорије економске анализе предуговорне дужности обавештавања

3.3.1 Кронманова (Kronman) подела на намерно и случајно прикупљене информације

Питајући се о разлозима због којих у неким случајевима постоји, док у другим не постоји дужност једне стране, којој је позната чињеница да је друга у заблуди, да је обавести о чињеницама релевантним за закључење уговора, Кронман (*Kronman*) је у свом, сада већ чувеном чланку објављеном 1978. године, међу првима изнео продубљену економску анализу дужности обавештавања.³⁹⁸

Из економске перспективе, ризик заблуде представља трошак, не само за стране већ и за друштво, услед погрешне алокације ресурса.³⁹⁹ Један од начина да

³⁹⁶ Richard Posner, *Economic analysis of law*, New York 2014, 119.

³⁹⁷ S. Shavell (2004), 334.

³⁹⁸ Anthony Kronman, „Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts“, *The Journal of Legal Studies* 7, No. 1, 1978.

³⁹⁹ Посматрано шире, из угла друштва као целине, пожељно је да информације које утичу на цену одређене робе на тржишту буду доступне јавности што пре, како не би дошло до расипања ресурса. Наведен је пример пољопривредника који би посадио једну врсту робе, да је знао да ће њена цена порастати, уместо друге. *Ibid.*, 12.

се такав трошак смањи јесте да се спречи настанак заблуде.⁴⁰⁰ Кронман полази од тога да би суд који узима у обзир економску ефикасност требало да пребаци ризик на оног ко је био у бољој позицији да заблуду спречи, те чији је трошак сазнавања информације мањи (*better information-gatherer*). Када је само једна страна у заблуди, рационално је претпоставити да је она у бољој позицији да спречи настанак заблуде.⁴⁰¹ То, нарочито, ако друга страна не зна за заблуду прве. Проблем се рађа онда када је она позната или је морала бити позната другој страни: да ли тада страна у заблуди може захтевати поништење уговора на темељу захтева да је постојала дужност обавештавања?

Полазећи од неуједначеног става судске праксе да се у одређеним случајевима сматра да је постојала дужност обавештавања, а у одређеним не, Кронман је покушао да утврди који су економски разлози такве разлике у третману једностране заблуде. Анализом судских одлука дошао је до закључка да су судови склонији да толеришу ћутање једне од страна при закључењу уговора уколико је та страна до информативне надмоћи дошла улагањем средстава у стицање сазнања него уколико је до информација дошла случајно. Наиме, у оним случајевима у којима је суд сматрао да није постојала дужност обавештавања, знање једне стране је било резултат скупе потраге за информацијама. И обрнуто, тамо где је суд установио да је постојала дужност обавештавања, информације поводом којих је друга страна била у заблуди, нису биле резултат намерне потраге.⁴⁰² У том смислу, Кронман прави поделу на информације које су резултат намерне потраге, с једне стране, и случајно стечене информације, с друге стране.

Под „намерно прикупљеним информацијама“ (*„deliberately acquired information“*) Кронман подразумева информације чије прикупљање ствара трошкове, а који се предузимају само у случају када постоји вероватноћа да ће се заиста стећи одређена сазнања.⁴⁰³ Ако би се, с друге стране, трошак предузео у сваком случају, независно од тога да ли ће се стећи одређена сазнања, реч је о „случајно стеченим информацијама“ (*„casually acquired information“*). Оне су,

⁴⁰⁰ Други је, како Кронман наводи, осигурање од ризика настанка заблуде, онда када је немогуће спречити је. *Ibid.*, 3–4.

⁴⁰¹ *Ibid.*, 5.

⁴⁰² *Ibid.*, 9.

⁴⁰³ Ти трошкови могу укључивати не само непосредне трошкове сазнања информације већ и посредне, као што је трошак школовања како би се стекле одређене вештине. *Ibid.*, 13.

заправо, стечене успут, без улагања средстава и без икакве намере њиховог стицања.⁴⁰⁴

Кронман поделу сматра круцијалном за предвиђање будућег понашања рационалних субјеката при доношењу одлуке о производњи информација. Наиме, када је информација намерно стечена, а њен стицалац буде лишен користи од њеног поседовања и употребе, што би био случај када би такву информацију морао да подели са другима, он бива мотивисан да смањи или потпуно обустави стицање таквих информација у будућности.⁴⁰⁵ Са случајно стеченим информацијама нема такве опасности – како нису уложена средства у њено стицање, мало је вероватно да би наметање дужности обавештавања утицало на смањење друштвено корисних информација које су на тај начин стечене.

Као једно од решења проблема смањења подстицаја за стицање информација, Кронман види у томе да се стицаоцу информације осигура искључива корист од њеног поседовања. То је могуће постићи признањем права својине стицаоца на самој информацији,⁴⁰⁶ што, између осталог, значи и слободу да такву информацију, при закључењу уговора, задржи за себе. Другим речима, ненаметањем дужности обавештавања.

Кронман илуструје своју теорију путем неколико врло познатих примера из судске праксе. Први је *Laidlaw v. Organ*⁴⁰⁷ пред Врховним судом САД-а. *Organ* је био трговац из Њу Орлеанса, који се бавио куповином и продајом дувана. Током рата који је почео 1812. године, Њу Орлеанс је био под блокадом, а једна од последица блокаде било је и умањење цене дувана. У фебруару 1815. године, сазнавши да је рат званично окончан и да ће престати блокада, *Organ* је купио велику количину дувана од *Laidlaw*-а по сниженој цени, знајући да продавац још

⁴⁰⁴ Кронман као пример наводи бизнисмена који, путујући аутобусом, случајно сазнаје важну информацију слушајући разговор осталих путника. *Ibid.*, 13.

⁴⁰⁵ Осим тога, тешко да би се могло рећи да је онај ко је са намером стекао одређену информацију у позицији да уз најмањи трошак спречи настанак заблуде – трошак стицања информације се, такође, мора узети у обзир. *Ibid.*, 16.

⁴⁰⁶ Такву идеју је заступао и судија Маршал (*Marshall*) у *Laidlaw v. Organ*, који је у образложењу, позивајући се на Потјеа (*Pothier*), навео да „купац нема ништа више права да захтева од продавца да му пренесе своја знања, него што би имао права да му захтева да му поклони своју имовину“. Цит. према А. Кронман, 1, 14. О идеји о праву својине на информацији вид. и Pierre Catala, „La ‘propriété’ de l’information“, *Mélanges offerts à Pierre Raynard*, Dalloz-Sirey, 1985; Pierre Catala, „Ebauche d’une théorie juridique de l’information“, *Recueil Dalloz Sirey*, No. 1, Paris 1984.

⁴⁰⁷ *Laidlaw v. Organ* је често цитирани случај, чијом анализом су англосаксонски правни писци покушавали да дају одговор на најразличитија питања у вези са проблемом постојања предуговорне дужности обавештавања. А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 26; М. А. Eisenberg, 1661.

увек не зна за важне вести које ће значајно утицати на пораст цене дувана. Када их је коначно сазнао, продавац је одбио да преда ствар, те га је купац тужио. Случај је постао познат по образложењу судије Маршала (*Marshall*), које је касније практично постало извор права, у коме се наводи:

*Питање у овом случају јесте да ли је сазнање о спољашњим чињеницама које могу утицати на цену робе, које је било у искључивом знању купца, требало да буде саопштено продавцу? Суд сматра да купац није био дужан да обавести. Супротно би било врло тешко образложити када су средства сазнања информације била доступна и једној и другој страни. Али, истовремено, свака страна треба да води рачуна да не каже или не уради нешто чиме би утицала на одлуку друге стране.*⁴⁰⁸

Мада се ограничава да је тешко, из околности случаја, закључити да ли је купац, *Organ*, до информације дошао случајно или намерно, Кронман износи следеће: ако претпоставимо да је купац случајно дошао до информација, захтев упућен њему да продавца обавести о томе неће имати никакве последице на његово будуће понашање; и супротно, ако је стицање информација резултат намерне и скупе потраге, захтев да их саопшти продавцу лишио би га сваке личне користи коју би иначе стекао од употребе информације, што би у крајњој линији значило обесхрабривање за слична улагања у будућности.⁴⁰⁹

И у случајевима *Neill v. Shamburg*⁴¹⁰ и *Leitch Gold Mines v. Texas Golf Sulpher*⁴¹¹ купчева информација о вредности купљене земље била је резултат намерне претраге, у коју је уложена значајна количина новца. Таква сазнања су

⁴⁰⁸ „*The question in this case is, whether the intelligence of extrinsic circumstances, which might influence the price of the commodity, and which was exclusively within the knowledge of the vendee, ought to have been communicated by him to the vendor? The court is of opinion that he was not bound to communicate it. It would be difficult to circumscribe the contrary doctrine within proper limits, where the means of intelligence are equally accessible to both parties. But at the same time, each party must take care not to say or do anything tending to impose upon the other.*“ A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 26.

⁴⁰⁹ A. Kronman, 16.

⁴¹⁰ Стране су у том случају били закупци земље, али је једна страна (*Shamburg*) преузела закуп друге стране, прећутавши сазнање да на једном делу земље постоји вредан извор нафте. Суд је пресудио да нема дужности обавештавања. *Ibid.*, 19 и даље.

⁴¹¹ *Texas Golf Sulpher* је, при куповини земљишта за које је, након опсежног испитивања, оправдано веровао да у њему постоје налазишта минерала, прећутао ту чињеницу продавцима. Случај је решен ван суда. *Ibid.*, 20 и даље.

најчешће производ истраживања, због чега се и дозвољава стицање користи од њих, макар и ако то има за последицу искоришћавање туђег незнања.⁴¹²

Коначно, мада се, на први поглед, чини да је, у случају *Obde v. Schlemeyer*,⁴¹³ закључак суда да постоји предуговорна дужност продавца да обавести купца, упркос томе што је знање продавца резултат намерне и скупе претраге, неконзистентан са његовим претходним излагањем, Кронман упућује на неколико важних чињеница. Прво, да би купац открио скривене недостатке, то захтева додатне трошкове јер то нису мане које је могуће открити уобичајеним прегледом ствари. Све и када мана није позната ниједној страни, ефикасније је пребацити ризик таквих мана на продавца. Друго, чак и када је продавац имао значајне трошкове да би открио скривене мане, тешко да би се могло рећи да је његов циљ био да такву информацију користи као предност у преговарању са купцима. Власници такве трошкове предузимају првенствено да би заштити своје интересе, те би они уследили и у случају да знају да ће купце морати да информишу о откривеном недостатку.⁴¹⁴

3.3.1.1 Критика Кронманове теорије

Кронманова теорија имала је, несумњиво, велики значај. Његова идеја да ћутање о информацијама које другој страни могу бити значајне за закључење уговора може имати позитивну конотацију јесте била иновативна јер је указала на нешто другачији поглед на економску корисност ненаметања дужности обавештавања. То је уједно, како се наводи, и први рад из области економске анализе те специфичне предуговорне дужности.⁴¹⁵ Критике које јој се могу упутити, међутим, нису занемарљиве.

⁴¹² *Ibid.*, 21.

⁴¹³ Продавац је, наиме, прећутао чињеницу да је кућа нападнута термитима. Вашингтонски суд је закључио да је продавац дужан да обавести купца о скривеним манама ствари, које се не могу уочити уобичајеним прегледом ствари. *Ibid.*, 24 и даље.

⁴¹⁴ *Ibid.*, 24–26.

⁴¹⁵ Christopher T. Wonnell, „The Structure of a General Theory of Nondisclosure“, *Case Western Reserve Law Review* 41, 2/1991, 340; H. Fleischer, 154.

3.3.1.1.1 Практична непримењивост

Практична непримењивост Кронманове тезе универзални је и најчешћи приговор,⁴¹⁶ имајући у виду немогућности да се у сваком конкретном случају недвосмислено утврди начин стицања информације. Упркос теоријском значају дихотомне поделе информација коју је понудио, у пракси се ретко може наићи на „чисте“ случајеве, у којима се без проблема може утврдити на који се начин дошло до одређених сазнања. То, нарочито, имајући у виду Кронманово широко дефинисање намерно стечене информације, под чиме се подразумева и нечије школовање или развијање професионалних познанстава.⁴¹⁷ Тако је купац у случају *Laidlaw v. Organ* могао информацију сазнати и у случајном сусрету, али је она могла бити и резултат „развијања мреже пословних пријатеља“.⁴¹⁸ Значајно проширивање поља намерно стечених информација доводи до тога да би се тек изузетно могло рећи да је реч о „чистом“ случају случајно стечених сазнања.⁴¹⁹

Како је и сам био свестан проблематичне примене такве поделе, Кронман се оградио наводећи да правно правило не би требало да упућује на различита решења зависно од тога да ли се до сазнања у *конкретном случају* заиста дошло случајно или намерно.⁴²⁰ Такво утврђивање, и када би било могуће, изискивало би значајна средства и стварало велику правну несигурност. Уместо тога, он предлаже бланкетну норму, по којој би се у истим случајевима примењивало исто решење, зависно од тога да ли је *уобичајено* да се таква информација стиче намерно или случајно.⁴²¹ Ипак, не пружајући било какве смернице, проблем није учинио ближим решењу.

Даље, у теорији се оспорава и његова тврдња да дужност обавештавања, онда када је информација стечена случајно, не утиче на смањење интересовања за стицање и употребу знања и вештина. Тако, Ајзенберг (*Eisenberg*) и Флајшер (*Fleischer*) на сличан начин указују на то да информација, као таква, без

⁴¹⁶ M. Fabre-Magnan (1992), 79; B. Nicholas, 186; S. M. Waddams, 250; J. Coleman, D. Heckathorn, S. Maser, 692.

⁴¹⁷ A. Kronman, 13, 15.

⁴¹⁸ B. Nicholas, 186.

⁴¹⁹ M. Fabre-Magnan (1992), 79.

⁴²⁰ A. Kronman, 17.

⁴²¹ *Ibid.*, 18.

могућности њеног тумачења и адекватне примене, нема никакву вредност.⁴²² Има случајева када је употреба информације могућа само уз одређена претходно већ стечена знања и вештине. Стога вредност информације у великој мери зависи од могућности да се она повеже са већ постојећим знањем. У Кронмановом примеру са виолином⁴²³ једнако би се могло рећи да је реч о случајном откривању информација, као што би се могло рећи да је сазнање о њима уједно последица дугогодишњег школовања. У том смислу, иако би се могло рећи да наметање дужности обавештавања не би утицало на даље *откривање* случајних информација, оно би могло да умањи подстицаје за њено коришћење,⁴²⁴ што се чини озбиљнијим проблемом. Купац који има информацију могао би да одустане од уговора јер би његово закључење подразумевало дужност да обавести продавца. То због тога што постоји велика вероватноћа да би продавац, услед нових сазнања, или сам одустао од продаје или пробао да нађе бољег купца. Виолина би тако остала у рукама првобитног власника, који би из незнања могао према њој да се опходи са много мање пажње.

Конечно, Николас (*Nicholas*) приговара Кронману да не узима у обзир разлику између „урођених“ и „стечених“ вештина. Кронман полази од тога да сви крећу са исте почетне позиције: сваки појединац је *tabula rasa*, те своје вештине и знање стиче тек инвестирањем или случајно.⁴²⁵

3.3.1.1.2 *Занемаривање других значајних околности за наметање дужности обавештавања*

Проблематична примењивост Кронманове теорије у пракси није њен једини недостатак. Тежећи да утврди разлоге због којих су судови у појединим случајевима имали више толеранције и сматрали легитимним неоткривање релевантних информација, Кронман је, чини се, дао превелики значај самом

⁴²² М. А. Eisenberg, 1658; Н. Fleischer, 153.

⁴²³ Експерт за виолине, у случајној посети продавници половних музичких инструмената, уочава виолину коју за коју зна да вреди много више него што је продавац цени. Виолину купује не откривши ту околност продавцу. А. Kronman, 29.

⁴²⁴ Ајзенбер (*Eisenberg*) такав аргумент назива „аргументом корисности“ („*utilization argument*“). М. А. Eisenberg, 1659.

⁴²⁵ В. Nicholas, 186.

начину стицања информација, занемаривши притом све друге факторе, који могу имати одлучујући утицај на постојање предуговорне дужности обавештавања.⁴²⁶ Тако, замера Вадамс (*Waddams*), и када би се могло утврдити како је одређена информација стечена, доследна примена би подразумевала задржавање користи и у свим оним ситуацијама када се у улози информисаног купца налази професионалац наспрам нестручног продавца. Такође, Кронманов модел, примењен на радне односе, значио би дужност потенцијалних запослених да открију негативне стране своје професионалне прошлости – околност за коју је општеприхваћено да не постоји ни морална ни правна дужност обавештавања.⁴²⁷

Чињеница је да начин стицања информације није једини, а не би требало да буде ни главни критеријум утврђивања дужности обавештавања. Она се често намеће из сасвим других разлога, при чему утицај може имати и друштвена вредност информације: да ли се веће друштвено благостање постиже наметањем или ненаметањем дужности обавештавања.⁴²⁸ У том смислу, може доћи до тога да се понекад захтева обавештавање чак и када је информација стечена намерно. И обрнуто, то што није било трошкова при стицању информација није увек довољан разлог да се захтева да оне буду откривене.⁴²⁹ Околности као што су карактер информације,⁴³⁰ да ли је ималац информације продавац или купац,⁴³¹ однос поверења између страна, па чак и да ли је информација стечена на пуноважан

⁴²⁶ Штавише, у једној опсежној анализи судских одлука поједини аутори су показали да је чињеница да је информација стечена случајно или намерно имала занемарљиво мали утицај на одлуку суда да је постојала дужност обавештавања, нарочито у поређењу са другим чињеницама: много су већи утицај имали ћутање о скривеној мани ствари, постојање посебног односа поверења између страна, чињеница да је у улози неинформисане стране био купац или, пак, лице које због тренутног здравственог стања није било у могућности да штити своје интересе. Више у Kathryn Zeiler, Kimberly D. Krawiec, „Common-Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing Meta-Theories“, *Virginia Law Review* 91, 8/2005, 1821.

⁴²⁷ S. M. Waddams, 250–251.

⁴²⁸ H. Fleischer, 152–154.

⁴²⁹ Ајзенберг (*Eisenberg*) сматра да је понекад сазнање одређене информације само сплет срећних околности које стицалац има право да искористи, што у великој мери зависи од друштвеног морала и политике, као и од правних правила која из њих произлазе. Начин стицања информације те чињеница да су у њихово стицање уложена средства не представљају нити би требало да представљају једини критеријум. M. A. Eisenberg, 1657–1658.

⁴³⁰ *Ibid.*, 1663 и даље.

⁴³¹ Примећена је асиметрија у третману случајева необавештавања зависно од тога да ли је продавац или купац прећутао неку релевантну околност: англосаксонска пракса показује да су судови спремнији да интервенишу онда када се у улози дужника налази продавац. A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 148.

начин, сматрају се важнијим од чињенице да ли су информације намерно или случајно стечене.⁴³²

3.3.1.1.3 Ограничена примењивост на дужност обавештавања о сопственој престацији

Кронманова аргументација посебно долази до изражаја када се дужност обавештавања односи на околност која се тиче престације друге стране. Другим речима, онда када би једна страна требало да обавести другу о њеној (не сопственој) престацији. Наиме, постојање дужности обавештавања негативно утиче на мотиве информисане стране да даље улаже у сазнавање и употребу информација само онда када би постојала дужност обавештавања о чињеници која се тиче престације друге стране. Тако, ако би купац био дужан да продавца обавести о томе да је слика коју продаје вредно уметничко дело, то би значило привилеговати продавца бесплатним информисањем о чињеници која се тиче његове престације, престације коју нуди другој страни, а на рачун купца. Купци би на тај начин изгубили интересовање не само за трагање за скривеним уметничким делима већ и за улагање у утврђивање њихове аутентичности. Као што је већ поменуто, то би их обезвољило да уопште закључе уговор, чиме би и целокупно друштво могло да буде лишено вредних сазнања.⁴³³

Поменуте околности, на које се у теорији оправдано указује,⁴³⁴ у великој мери исцрпљују поље примене Кронманове теорије. Дужност обавештавања о сопственој (дужниковој) престацији нема такав ефекат на смањење подстицаја за откривањем нових информација. Тако, постојање предуговорне дужности обавештавања о манама ствари неће обезвољити власнике да испитују има ли њихова ствар ману.⁴³⁵ Они то, првенствено, раде да би заштитили своје интересе.

⁴³² М. А. Eisenberg, 1663 и даље.

⁴³³ Има схватања да постојање дужности обавештавања не мора нужно укинути могућност стицања профита оног ко је информацију стекао случајно. Увек постоји могућност „продаје“ информације – уновчавања самог откривање информације, што доноси бенефите и једној и другој страни. *Ibid.*, 1660.

⁴³⁴ М. Fabre-Magnan (1992), 86.

⁴³⁵ Економски је оправдано наметнути дужност обавештавања само у случају скривених мана. Наиме, иако је, на први поглед, продавцу лакше да укаже купцу и на видљиве мане, таква дужност

Штавише, могло би се рећи да би се постигао управо супротан, жељени ефекат: продавци су мотивисани да знају што више о својој ствари и да о таквим сазнањима, приликом продаје, обавесте купце, управо да би се спречила могућност евентуалног поништења уговора услед заблуде или да би се родила обавеза накнаде штете.⁴³⁶

Коначно, уколико би се информисани појединци лишили могућности да искористе своју информативну надмоћ, истиче се да би их то демотивисало да улажу у стицање сазнања. С друге стране, исти би ефекат био и на другу страну јер би се она превише ослонила на то да ће друга страна морати да јој открије оно што зна. Ситуација, међутим, није увек таква. То може бити тачно за случај када је друга страна заиста информисана, али то у тренутку закључења уговора не мора бити позната чињеница. Увек постоји бојазан да ни друга страна нема информације, те зато увек постоји мотивација да се о сопственој престацији зна што више.⁴³⁷ Осим тога, чак и да их има, поступак поништаја уговора услед заблуде није једноставан. Другим речима, постојање могућности поништаја јесте привилегија за оног који је у заблуди, али није самим тим нужно жељена последица. Нико не закључује тако олако уговор, ослањајући се на то да се он може поништити. Напротив. Поништење је тек крајњи и то нежељени циљ коме се нерадо прибегава. Зато увек постоји мотив да се спречи настанак сопствене заблуде.

3.3.2 Познеров (Posner) предлог најјефтинијег сакупљача информација

У свом делу *Економска анализа права*, Познер (Posner) истиче, слично као и Кронман, да је проблем информационе асиметрије при закључењу уговора најјефикасније решити уколико се ризик увек пребаци на ону страну која може да сазна одређене информације на најјефтинији начин (*cheapest-cost-avoider*).⁴³⁸ То се најбоље може уочити на примеру манљиве ствари. Уколико су карактеристике

би, дугорочно, произвела лење купце, с једне стране, и уплашене продавце, који скрећу пажњу на велики број мана које су и саме видљиве, с друге стране. А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 159.

⁴³⁶ М. Fabre-Magnan (1992), 82 и даље.

⁴³⁷ *Ibid.*, 89.

⁴³⁸ R. Posner, 121.

производа такве природе да их купац може уобичајеним прегледом ствари утврдити, било би непотребно наметнути продавцу дужност обавештавања.

Често се, међутим, догађа да се квалитет и карактеристике одређене ствари покажу тек касније, њеном употребом. Чак и тада, наводи Познер, трошкови утврђивања карактеристика ствари могу бити за купца ниски, ако је у питању ствар коју он често купује и чија је цена ниска. Осим тога, понекад једино купац поседује неопходне информације јер само он зна сопствене жеље и прохтеве, те да ли их одређена ствар може задовољити.⁴³⁹ Утврђивање карактеристика ствари би, у том случају, за купца били, заправо, само трошкови прве куповине, што може бити далеко повољније него продавцу, који би морао да пружи свеобухватне информације.

Према Познеровом мишљењу, дужност обавештавања би требало да терети продавца у следеће три ситуације: прво, када је реч о производу који се не употребљава често и чије се мане не могу утврдити уобичајеним прегледом ствари; друго, када је реч о производу који се купује често, али је врло скуп; или треће, када се квалитет производа не може поуздано утврдити ни након дуже употребе.⁴⁴⁰

У примеру са кућом која је нападнута термитима, Познер сматра да постоје два основа за постојање дужности указивања на такву ману ствари: прво, продавац је тај који сноси најмање трошкова откривања мане јер је он у поседу куће. Откривање мане није последица улагања средстава, он је добија „бесплатно“, самим коришћењем ствари; друго, ако продавац нема дужност да купцу открије такве мане, купац би морао да сноси ризик сопственог незнања. У тежњи да избегне такав ризик, купац ће бити мотивисан да улаже средства у инспекцију куће, што би представљало погрешну алокацију ресурса.

Другачије је уколико је продавац слагао о карактеристикама ствари. Средства која је он уложио у производњу и ширење нетачних информација нису имала друштвено корисну сврху, па не сме бити ни награђен. Он мора сносити последице својих штетних радњи и у случају да је купац могао открити недостатак уз минималан трошак. У супротном, немогућност купца да се ослони

⁴³⁹ *Ibid.* То има смисла само уколико је реч о неким посебним очекивањима купца, односно ако он планира да прибављену ствар употребљава на неуобичајен начин.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

на продавчеве речи могла би да проузрокује озбиљне последице у виду знатних (и сувишних) материјалних трошкова инспекције купљених добара.⁴⁴¹

3.3.3 Теорије о друштвеном значају информација

У фокусу појединих писаца који су се бавили економском анализом проблема дужности обавештавања није био начин стицања информација нити којој страни би било јефтиније да је открије већ какав карактер она има – да ли је њено откривање друштвено корисно.

3.3.3.1 Хиршлајферова (*Hirshleifer*) подела на предвиђање (*foreknowledge*) и откриће (*discovery*)

На важност карактера који одређена информација може имати први је указивао Хиршлафер (*Hirshleifer*). Он своју теорију није поставио искључиво са циљем да објасни проблем дужности обавештавања, већ је уопштено истраживао када и зашто је неефикасно инвестирање у стицање информација. У вези са тим, Хиршлајфер је направио поделу информација на оне које представљају „предвиђање“ (*foreknowledge*) и оне које представљају „откриће“ (*discovery*).⁴⁴²

Под „открићем“ се подразумева, заправо, „препознавање чињеница које врло могуће већ постоје, али су невидљиве“, све док се одређеном активношћу човека, улагањем времена, напора и(ли) средстава не дође до њих. Оне, дакле, захтевају изванредан труд, не откривају се саме од себе. Такве информације несумњиво могу бити од приватног интереса за лице које је до њих дошло, али се њихов значај управо огледа у томе што имају велики друштвени интерес. С друге стране, „предвиђање“ представља способност да се са одређеним степеном вероватноће увиди шта ће се десити у будућности. Али, то „сазнање“, предвиђање да ће наступити одређена будућа чињеница, свакако ће „у догледно време бити доступно свима“. У том смислу, таква информација може имати само лични,

⁴⁴¹ *Ibid.*, 122.

⁴⁴² Jack Hirshleifer, „The Private and the Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity“, *The American Economic Review* 61, 4/1971 (Sep.), 561 и даље.

приватни интерес за оног ко је предвидео наступање одређеног догађаја (све док он не наступи), али нема ширег друштвеног интереса да се улаже у стицање таквих информација. Оне ће кад-тад бити свима доступне, оне се откривају спонтано, за разлику од прве категорије информација, до којих се може доћи само уз одређену активност.⁴⁴³

Закон би, стога, требало да пружи подстицај да се улажу средства за свесно и намерно проналажење само информација које спадају у прву категорију; улагање у друге представљало би узалудно трошење ресурса.

3.3.3.2 Шавелова (*Shavell*) теорија о утицају карактера информације на дужност обавештавања

У свом чланку о стицању и откривању информација пре закључења уговора о продаји, Шавел (*Shavell*) испитује на који начин карактер информације и постојање или непостојање дужности обавештавања утичу на понашање продавца, односно купца када доносе одлуку да ли ће искористити одређене ресурсе како би дошли до одређене информације. Са том идејом, Шавел чини две основне поделе: прво, да ли продавац или купац доноси одлуку о стицању одређене информације; друго, да ли је информација која се стиче „обично предвиђање или је друштвено корисна, јер може водити повећању вредности ствари“.⁴⁴⁴

Шавел долази до следећих закључака.

Прво, уколико поседује друштвено вредну информацију јер повећава вредност ствари, дужност продавца да о томе обавести купца несумњиво је пожељна. И обратно, када информација није друштвено корисна, наметање дужности обавештавања није од значаја.⁴⁴⁵

Друго, ако информација нема друштвену вредност, улагање било каквих ресурса да се до ње дође представља друштвени губитак (*social waste*). Наметање дужности обавештавања је, стога, друштвено корисно јер се тиме смањује

⁴⁴³ *Ibid.*, 562.

⁴⁴⁴ Steven Shavell, „Acquisition and disclosure of information prior to sale“, *RAND Journal of Economics* 25, 1/1994, 20 и даље.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, 21.

подстицај да се за таквом информацијом трага. У супротном, уколико не би постојала дужност обавештавања, то би могло довести до тога да обе стране, и продавац и купац, улажу средства иако информација није друштвено корисна: наиме, продавац би имао интереса да купца обавести само о повољним информацијама, док би о неповољним ћутао; ћутање продавца би, са своје стране, могло да утиче на купца да сам улаже средства како би сазнао да ли и шта му продавац прећуткује.⁴⁴⁶

Треће, ако информација има друштвену вредност, онда је труд да се до ње дође друштвено користан, уколико је трошак њеног откривања нижи од очекиваног повећања вредности ствари. Продавац ће у том случају бити мотивисан да је стекне, чак и ако постоји дужност обавештавања јер ће захваљујући повећаној вредности ствари надокнадити трошак истраживања и стећи корист. То, међутим, није случај са купцем: ако би постојала дужност обавештавања, он не би имао никакав интерес да трага за информацијом, иако она има друштвену вредност. Разлог је у томе што продавац, сазнавши од купца информацију, може не само да одлучи да ствар прода по значајно већој вредности него што би то био случај ако би купац прећутао, већ би могао и да одлучи да ствар уопште не прода. Стога, да би купац уопште донео одлуку да ли ће улагати своје ресурсе у истраживање, њему се мора дати право да резултат свог истраживања задржи за себе.⁴⁴⁷

3.3.3.3 Кутерова (*Cooter*) и Уленова (*Ulen*) подела на продуктивне и редистрибутивне информације

Не одбацујући потпуно Кронманове идеје, Кутер (*Cooter*) и Улен (*Ulen*) су економски подстицај за стицањем нових сазнања, на сличан начин као Хиршлајфер, допунили нешто другачијом поделом информација, стављајући у први план друштвени значај информација на производњу богатства.

Тако они праве разлику између продуктивних информација (*productive information*), које омогућавају ефикаснију употребу постојећих средстава, и

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ *Ibid.*

редистрибутивних информација (*redistributive information*), које служе само стварању боље преговарачке позиције јер боље информисаној страни омогућавају да стекне користи од поседовања такве информације.⁴⁴⁸ Према њима, једино у случају продуктивних информација, економска ефикасност захтева пружање снажних подстицаја за њихово откривање јер оне доприносе развоју целокупног друштва. Како наводе, друштвена вредност открића полио вакцине или, пак, поморског пута између Европе и Азије, огромна је.⁴⁴⁹ Али, имајући у виду да је пренос таквих информација једноставан, они који су до ње дошли врло лако могу бити лишени могућности да је заслужено уновче; зато их треба заштитити. С друге стране, нема ширег друштвеног интереса, ни кумулирања богатства, у пружању заштите и подстицаја за стварање редистрибутивних информација. Стицање користи је ограничено само на оног ко је у њеном поседу. Инвестирање у стицање редистрибутивних информација представља погрешну алокацију ресурса, па постоји, заправо, снажан мотив да се такво инвестирање обесхрабри. Осим тога, оно би проузроковало и индиректне трошкове у виду тзв. одбрамбеног трошка – реч је о трошку једне стране због улагања средстава како би спречила губитак сопственог богатства онда када уговара са страном која је потенцијално боље информисана.⁴⁵⁰

Стога, једино улагање средстава у стицање продуктивне информације, представља снажан аргумент економске ефикасности, који намеће неопходност заштите оног ко је дошао у посед такве информације.⁴⁵¹ Ту, заправо, према њиховом мишљењу, лежи гранична линија дужности обавештавања. Постојање информационе асиметрије при закључењу уговора не би требало санкционисати уколико је реч о продуктивној информацији о којој сазнања има само једна уговорна страна, нарочито ако је она резултат улагања. И обрнуто, чисте редистрибутивне информације или информације које су стечене случајно требало би да подлежу дужности обавештавања.⁴⁵²

⁴⁴⁸ R. Cooter, T. Ulen, 357.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ *Ibid.* A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 152.

⁴⁵¹ R. Cooter, T. Ulen, 358.

⁴⁵² „*Contracts based upon one party's knowledge of productive information – especially if that knowledge was the result of active investment – should be enforced, whereas contracts based upon one party's knowledge of purely redistributive information of fortuitously acquired information should not be enforced.*“ *Ibid.*

Потврду за своје идеје аутори проналазе у поменутом случају *Laidlaw v. Organ*: за разлику од Кронмана, економско објашњење за одлуку суда да није постојала дужност обавештавања виде не само у чињеници да се до сазнања о склопљеном миру дошло случајно већ и у томе да закључење уговора није допринело повећању ефикасности, кроз повећану производњу дувана, због врло кратког периода ширења информације.⁴⁵³ Реч о чистој редистрибутивној чињеници, те стицање индивидуалних користи њеном (зло)употребом не би требало подржавати. Заправо, што је дужи период ширења информације, то је друштвена корист од ненаметања дужности обавештавања већа.

Коначно, као посебну категорију информација, аутори издвајају упозорења (*safety information*⁴⁵⁴), која служе спречавању настанка штете, за која увек постоји дужност обавештавања. За разлику од Кронмана, који је образложење за наметање дужности обавештавања у случају *Obde v. Schlemeyer* пронашао у томе да власници, чак и када предузимају улагања у стицање информација о стању ствари и њеним потенцијалним манам, не чине то само да би дошли до одређене информације, већ и да би заштитили сопствене интересе, Кутер и Улен сматрају да информација о постојању термита у кући подлеже дужности обавештавања купца, првенствено због тога што је то информација чије би откривање спречило настанак будуће штете.⁴⁵⁵

3.3.3.4 Колеманова (*Coleman*), Хекеторнова (*Heckathorn*) и Мејзерова (*Maser*) теорија о вредности информације

Хиршлајферов приступ је представљао инспирацију и за Колемана (*Coleman*), Хекеторна (*Heckathorn*) и Мејзера (*Maser*), према чијем мишљењу се све информације деле на технолошке и дистрибутивне. Како наводе, „из перспективе појединца, вредност нових информација, а тиме и улагања у њихово

⁴⁵³ Како би се, наине, постигла већа ефикасност употребе средстава, неопходно је да се уједине знање и могућности коришћења средстава. У поменутом случају, то би било могуће и без закључења уговора, већ за неколико сати, колико је заиста и протекло док информација није постала општепозната. Због тога не постоји општи интерес за одржавање таквог уговора на снази; друштвена корист од прећуткивања такве информације је готово минимална. *Ibid.*, 357.

⁴⁵⁴ У свом првом издању, аутори су такве информације називали деструктивним чињеницама („*destructive facts*“), али је термин замењен, чини се, много адекватнијим. М. Fabre-Magnan (1992), 95; Н. Fleischer, 162.

⁴⁵⁵ R. Cooter, T. Ulen, 360.

стварање, произилази из технологије (*technology*), добитака од ефикаснијег распоређивања ресурса и дистрибуције (*distribution*), преноса богатства које потичу од промена у ценама“.⁴⁵⁶ Као и у претходно поменутиим теоријама које у фокусу имају друштвену корист информације, ти аутори истичу да технолошке информације увећавају друштвену корист („*make the 'pie' larger*“), за разлику од дистрибутивних информација, које могу бити од интереса само за оне који их имају. Стога се, из перспективе друштва, „поздравља“ само стицање првих. Ипак, имајући у виду да свака информација има и једну и другу димензију, инвестирање у њу ће бити исплативо само уколико технолошки добитак превазилази трошкове инвестиције; има, пак, случајева у којима технолошки добитак може имати мањи значај него редистрибутивни.⁴⁵⁷

3.3.3.5 Критика теорија о значају друштвене вредности информација

И тим теоријама се, начелно, може замерити озбиљан недостатак практичне применљивости.⁴⁵⁸ Између друштвено вредних информација и оних које то нису није могуће у сваком случају повући јасну границу. Велики број информација се неретко може сврстати између поменутих категорија. У том смислу, говори се и о тзв. мешовитим информацијама („*mixed*“ *information*), које у себи садрже и елементе прве и елементе друге групе информација.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ J. Coleman, D. Heckathorn, S. Maser, 694.

⁴⁵⁷ Као објашњење, аутори износе следећи пример: „*Consider two cases. In one case, Jones and Smith each invest \$1 to gather information, the technological effect of which is \$10, while the redistributive effect is \$1.50. Two dollars are spent to secure \$10; \$1.50 goes to the discoverer, say Jones, with the net gain of \$8 shared among the group (including Jones). In the other case, Jones and Smith again invest \$1 to uncover information whose social value is only \$.25, but whose redistributive value is \$1.50. Jones and Smith each act rationally, spending \$1 to seek \$1.50, but the net effect is inefficient. Two dollars are spent to create \$.25. Thus, giving individuals the full benefit of the information they obtain may lead them to act in socially inefficient ways whenever the redistributive aspect of information dominates its technological dimension.*“ *Ibid.*

⁴⁵⁸ Има мишљења да би требало дати предност тешко примењивом, али правичном и ефикасном решењу, у односу на лоше решење, које има једноставнију примену. М. Fabre-Magnan (1992), 79–80, 98.

⁴⁵⁹ Тако, Кутер (*Cooter*) и Улен (*Ulen*) као пример мешовите информације наводе случај када информисани купац купује олдтајмер (*classic car*) од неинформисаног продавца. Информација о особинама и вредности аутомобила представља продуктивну информацију јер купац зна да аутомобил завређује посебан третман, али је уједно и редистрибутивна зато што корист коју купац стиче куповином аутомобила премашује вредност увећања вредности аутомобила услед такве посебне неге. Уговоре, при чијем закључењу је постојала асиметрија у познавању мешовитих

Осим тога, општа замерка је да ни ти напори нису резултирали стварањем општег модела – њихов домен примене је, такође, ограничен. Као и Кронмановој, и тим теоријама се може истаћи приговор да није адекватно ни довољно критеријум за утврђивање постојања предуговорне дужности обавештавања свести само на карактер информације.⁴⁶⁰ Док Кронман у фокусу има само начин стицања, ти аутори превелики значај дају природи информације, занемарујући остале важне критеријуме.

информација, предлажу ти аутори, требало би у већини случајева третирали на исти начин као оне које су засноване на продуктивним информацијама. Другим речима, ни тада не би требало сматрати да постоји предуговорна дужност обавештавања. R. Cooter, T. Ulen, 359.

⁴⁶⁰ M. Fabre-Magnan (1992), 98.

4 ПРЕПОЗНАВАЊЕ И УРЕЂЕЊЕ ОПШТЕ ПРЕДУГОВОРНЕ ДУЖНОСТИ ОБАВЕШТАВАЊА У МОДЕЛИМА И ПРОЈЕКТИМА ЕВРОПСКОГ УГОВОРНОГ ПРАВА

Анализа упоредног права, посебно судске праксе европско-континенталних система, показује све већу спремност да се призна постојање дужности обавештавања при закључењу уговора и мимо оних случајева када је предуговорна дужност обавештавања, као посебна, изричито уређена законом. Развој установе дужности обавештавања општ(и)јег карактера у судској пракси створио је потребу да се испитају њени конститутивни елементи и начин санкционисања, ради разумевања њеног појма и са идејом о евентуалном законском уређењу. Међутим, потреба демистификовања појма дужности обавештавања при закључењу уговора и њеног уређења није остала само у границама националног права држава. О томе сведочи вишедеценијски рад неколико стотина правника широм Европе, организованих у истраживачке групе,⁴⁶¹ чији је задатак био да ураде опсежну анализу постојећих решења, судске праксе и теоријских ставова у различитим правним системима, што је резултирало настанком више научних пројеката са идејом покушаја хармонизације правила уговорног права. Стога је рад на тим пројектима подразумевао, између осталог, и истраживање опште предуговорне дужности обавештавања. Имајући у виду да предложена решења представљају синтезу правила различитих правних система, нама се чини важним да укажемо, макар уопштено, на који је начин у њима предложено и регулисање опште предуговорне дужности обавештавања.

4.1 Принципи европског уговорног права (*Principles of European Contract Law*)

Једну од првих иницијатива хармонизације европског уговорног права представљају Принципи европског уговорног права.⁴⁶² Реч је о сету модел-закона

⁴⁶¹ C. von Bar, E. Clive, 1.

⁴⁶² *Principles of European Contract Law – PECL*, https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/, 20. април 2018.

сачињених са идејом да се консолидују и расветле основна правила уговорног права, заједничка великој већини земаља чланица Европске уније.⁴⁶³ Заснована на концепту униформног система европског уговорног права, резултат су дугогодишњег рада Комисије за европско уговорно право, састављене од правника из свих земаља чланица Европске уније, чији је председник био професор Оле Ландо (*Ole Lando*).⁴⁶⁴

4.1.1 Непостојање изричите одредбе о дужности обавештавања при закључењу уговора

Принципи европског уговорног права, у енглеској верзији објављеној 2000. године, показују тадашњу још увек велику суздржаност међународне заједнице, изражене у ставовима кодификатора, о имплементацији дужности обавештавања предуговорног карактера. Та верзија, за разлику од других нормативних текстова који представљају њене ‘следбенике’,⁴⁶⁵ није садржала одредбу којом би се уредила, као посебна установа, предуговорна дужност обавештавања. Чланом 4:106 била је предвиђена само санкција у случају пружања нетачних информација при закључењу уговора, не и санкција за пропуст једног сауговорача да другом пружи релевантне информације. Разлика је очигледна: будући уговорници морају се суздржати само од пружања оних информација у чију истинитост нису сигурни, односно пре него што пруже било какве информације, морају да провере њихову истинитост.⁴⁶⁶ Без обзира на то да ли може захтевати поништење уговора услед заблуде, страна која је закључила уговор ослањајући се на обавештења која јој је дао њен сауговорач, може захтевати накнаду штете која му је, услед тога, причињена.

⁴⁶³ Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, „Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules“, *Oxford Journal of Legal Studies* 31, 4/2011, 626.

⁴⁶⁴ O. Lando, H. Beale, 1 и даље, и Ole Lando, Eric Clive, André Prüm, Reinhard Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts III, The Hague 2003.

⁴⁶⁵ О њима ће бити речи у наставку.

⁴⁶⁶ J. Ghestin (2013), 1287.

4.1.2 Санкционисање повреде предуговорне дужности обавештавања применом правила о заблуди

Иако се у Принципима европског уговорног права не санкционише, непосредно и изричито, повреда предуговорне дужности обавештавања, то не значи да се на „ћутање“ сауговорача при закључењу уговора гледа благонаклоно те да ће оно у сваком случају бити без правних последица.

Пасивно понашање сауговорача, које се испољава као пропуст да пружи релевантна обавештења другој страни, свој правни значај, најпре, може имати на терену заблуде. Кодификатори Принципа европског уговорног права су, креирајући одредбе о заблуди, несумњиво били под утицајем решења која постоје у појединим правним системима, попут аустријског, који се у великој мери заснива на теорији поверења. Заблуда сауговорача при закључењу уговора неће у сваком случају утицати на пуноважност закљученог уговора. Последице заблуде ће, у принципу, пасти на терет жртве заблуде. Изузетак представљају ситуације када се „одговорност“ за заблуду може превалити на сауговорача жртве заблуде или онда када је заблуда била „заједничка“.⁴⁶⁷

Према члану 4:103, који носи назив „Битна заблуда о чињеницама или праву“, уговор се, услед заблуде о чињеницама или праву, може поништити само кумулативним испуњењем два услова. Први услов, постављен је у три алтернатије: захтева се или „i) да је заблуда изазвана информацијом коју је дала друга страна“, или „ii) да је друга страна знала или требало да зна за заблуду, при чему је било супротно начелу савесности и поштења да остави другу страну у заблуди“, или „iii) да је друга страна била у истој заблуди“. Осим тога, као други кумулативни услов, поставља се захтев да је „друга страна (је) знала или требало да зна да жртва заблуде, да је знала за право стање ствари, не би закључила уговор или би га закључила под фундаментално другачијим условима“.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ N. Jansen, R. Zimmermann, 648.

⁴⁶⁸ У члану 4:103 употребљава се формулација „*on fundamentally different terms*“, при чему се у коментару наглашава да заблуда мора бити фундаментална (*fundamental*), а не само битна (*material*). Под термином „*material*“ подразумева се, према чл. 1:301 (5), таква информација чији би утицај на вољу једног сауговорача да закључи уговор (или услове под којим би га закључила) требало да буде познат разумној особи на месту другог сауговорача. То би, примера ради, био случај када би таква информација утицала на цену под којом би једна страна закључила уговор, иако није реч о фундаменталној околности. O. Lando, H. Beale, 231.

Несумњиво се може закључити да Принципи европског уговорног права (PECL) пуноважност уговора услед заблуде условљавају, између осталог, и кривицом сауговарача. Нама је још значајније да се кривица не мора огледати само у томе што је заблуда проузрокована активним понашањем сауговарача (пружањем нетачних информација) већ и „остављањем друге стране у заблуди“. Тиме се индиректно, али несумњиво намеће дужност обавештавања уколико би „ћутање“ било супротно начелу савесности и поштења. Одредбама о заблуди се, међутим, не дају никакве смернице којима би се могло утврдити када би се пасивно понашање сауговарача, у односу на заблуду друге стране, могло сматрати несавесним и непоштеним поступањем.⁴⁶⁹

Кривица сауговарача, због које се може захтевати поништење уговора услед заблуде, постоји, најпре, уколико он има свест о две околности: да је друга страна у заблуди и да се погрешна представа односи на неку околност која има одлучујући значај за доношење одлуке о закључењу уговора.

Тако формулисан услов отвара питање квалификације. Уколико је, наиме, сауговарач знао за заблуду друге стране, при чему је уједно знао и за одлучујући значај који заблуда има на закључење уговора, није ли тада пре реч о превари ћутањем? Није неуобичајено да се у савременом праву границе између заблуде и преваре прилично замагљују и да често те две установе није могуће одсечно одвојити. Ипак, чини се да би се хипотетички случај, у коме сауговарач зна за заблуду друге стране и одлучујући значај такве погрешне представе на доношење одлуке о закључењу уговора или његовој садржини, према решењима PECL, могао подвести и под правила о заблуди (4:103(1)(a)(ii) и (б)) и под правила о превари (4:107). Разлика између њих би се евентуално могла пронаћи у захтеву да превара ћутањем (*fraudulent non-disclosure*) мора бити учињена са намером да се обмане.⁴⁷⁰ Теоријски је могуће, али уз велике потешкоће и сумњив практични значај, замислити случај у коме би ћутање сауговарача, уз свест о заблуди и

⁴⁶⁹ Редактори Принципа истичу да постоје ситуације у којима је дозвољено искористити чињеницу да је друга страна у заблуди. Тако, ако је реч о уговору чије закључење, по својој природи, носи висок степен ризика, ниједна страна не може оправдано очекивати да ће бити обавештена. Исто тако, ако се једна страна доста помучила како би дошла до релевантних сазнања, мора јој се омогућити да таква сазнања искористи. Више у О. Lando, Н. Beale, 232 и даље.

⁴⁷⁰ Вид. чл. 4:107 ст. 2 Принципа европског уговорног права.

њеном одлучујућем значају, било последица било чега другог сем намере да се обмане.

Кривица сауговарача се, међутим, не исцрпљује тиме. Он, према правилима о заблуди, може бити крив и ако није био, али је требало да буде свестан заблуде друге стране и одлучујућег значаја такве заблуде на закључење уговора. Његова се кривица ту огледа у изостанку дужне пажње, пажње која би довела да заблуда буде уочена (или да буде уочен значај који жртва заблуде придаје одређеној околности). Он се, стога, не може легитимно позивати на поверење у изјаву жртве заблуде, како би спречио поништење уговора.

Правилима о заблуди се, међутим, не указује само на значај држања сауговарача жртве заблуде при закључењу уговора. Право да захтева поништење уговора неће припасти оној страни која је сама скривила сопствену заблуду. Према ст. 2 истог члана, уговор се не може поништити ако је (а) заблуда била неизвињавајућа, у датим околностима, или је (б) ризик заблуде био, или би у датим околностима требало да буде, на страни жртве заблуде. Кривици жртве заблуде се, стога, даје већи значај него кривици њеног сауговарача.

4.1.3 Санкционисање повреде предуговорне дужности обавештавања применом правила о превари

Санкција повреде предуговорне дужности обавештавања се не само посредно, већ и непосредно предвиђа правилима о превари.

У члану 4:107 ст. 1 се предвиђа да „страна може захтевати поништење уговора онда када је била наведена да га закључи сауговарачевим преварним радњама (*fraudulent representations*), било речима (*words*) или понашањем (*conduct*), или преварним прећуткивањем (*fraudulent non-disclosure*) информације коју је, у складу са начелом савесности и поштења и фер пословања, требало да открије.“ Ставом 2 се прецизира да се сауговарачева радња или прећуткивање сматра преваром „ако је постојала намера да се обмане.“

За разлику од одредбе о заблуди, у којој се такође упућује на „савесност и поштење и фер пословање“ као критеријум за оцену постојања дужности обавештавања, одредбама о превари се дају смернице помоћу којих се он може

утврдити. Наиме, у ставу 3 се предлаже да би, „при процени да ли савесност и поштење и фер пословање захтева да страна открије неку одређену информацију, требало узети у обзир све околности случаја, укључујући и: (а) да ли је та страна поседовала стручна знања; (b) трошак прибављања релевантних информација; (c) да ли је друга страна разумно могла да прибави сама информацију; и (d) очигледан значај информације за другу страну“.⁴⁷¹

Принципима се, дакле, узимају у обзир не само економски разлози, већ и постојање евентуалне информационе асиметрије између страна, као резултат стручних знања једног од саговорача или доступности информација, својства саговорача и релевантност саме информације. Требало би поменути да списак није еnumerативан, ограничен само на њих, већ се оставља слобода да се, имајући у виду околности конкретног случаја, у обзир узму и неке друге околности.

Коначно, према чл. 1:302, „разумност“ се има процењивати зависно од тога шта би лица, која поступају у доброј вери и која се налазе у истој ситуацији као саговорачи, сматрала разумним. Прецизније, у процени шта је разумно, требало би узети у обзир природу уговора и циљ уговарања, околности конкретног случаја и обичаје у промету или професији.

4.1.4 Право на накнаду штете

Осим захтева за поништење уговора, под условима предвиђеним одредбама о заблуди и превари, чланом 4:117 Принципа се предвиђа још и право на накнаду штете. Оно није ограничено, како често јесте случај у упоредном праву, на лице које је преваром наведено на закључење уговора. Имајући у виду строге захтеве за поништење уговора услед заблуде, који претпостављају не само да нема кривице на страни жртве заблуде, већ и утврђивање кривице његовог саговорача, право на накнаду штете је одредбом из члана 4:117 признато и жртви заблуде. Имајући у виду да смо показали да се пропуст пружања релевантних

⁴⁷¹ Тако, објашњава се у коментару, од саговорача-професионалца се, према начелу савесности и поштења, чешће може очекивати да пружи информације другој страни него што је то случај када је реч о саговорачу-непрофесионалцу. Осим тога, информација о којој постоји дужност обавештавања чешће ће се односити на престацију која се има испунити другој страни него на престацију која се од друге стране стиче. Више у О. Lando, Н. Веале, 254.

обавештења јавља као један од видова несавесног поступања сауговорача, и према правилима о заблуди и према правилима о превари, то води закључку да поверилац предуговорне дужности обавештавања има право да због преваре/заблуде захтева поништење уговора и право да захтева накнаду штете.

Кодификатори су очигледно имали потребу да и на овом месту укажу на разлоге због којих се накнада штете досуђује жртви заблуде, односно преваре. Тако, као услов за накнаду штете, изричито се наводи да је друга страна „знала или требало да зна за заблуду или превару“. Такав услов се, међутим, чини потпуно непотребним, имајући у виду да је он већ уткан, као *sine qua non* услов, у појам заблуде и преваре, које су предвиђене члановима 4:103 и 4:107.

У случају кумулативног захтева за поништењем уговора и захтева за накнадом штете, накнада штете се има досудити у оном износу које ће повериоца „довести у приближно оно стање у коме би био да није закључио уговор“. Право на накнаду штете, међутим, није условљено захтевом за поништење. Накнада штете се може захтевати, према ставу 2, и када страна право да захтева поништење не врши, било зато што не жели, било зато што више не може да га врши, услед преклузије или конвалидације уговора потврђивањем (што представља одрицање од права да се захтева поништење). У том случају, висина накнаде штете ограничена је на „губитак који је претрпела услед заблуде или преваре“.

Коначно, препознавши могућност да пропуст у пружању информација може, у крајњој линији, имати утицаја и на неправилно извршење уговорне обавезе, према ставу 3 чл. 4:117, накнада штете се у другим случајевима сходно досуђује у складу са релевантним одредбама Одељка 9, пододељка 5, којим се регулише право на накнаду штете због неизвршења уговорних обавеза.

4.2 Европски законик о уговорима (*European Contract Code*)

Европски законик о уговорима⁴⁷² представља резултат рада Академије европских правника приватног права (*Academy of European Private Lawyers*), основане у граду Павија 1992. године, са циљем „да допринесе, кроз научна

⁴⁷² У даљем тексту: ЕЗУ или Гандолфијев законик.

истраживања, унификацији и будућем тумачењу и примени приватног права у Европи“ и да „промовише развој правне културе која води до унификације“.⁴⁷³ Европски законик је шире познат и као Гандолфијев законик, који је добио име по Ђузепеу Гандолфију (*Giuseppe Gandolfi*), координатору рада на том пројекту. Гандолфијев законик је објављен 2004. године.

Предуговорна дужност обавештавања је, на прилично опширан начин, регулисана најпре у одредбама којима се регулишу преговори, а затим и одредбом о заблуди.⁴⁷⁴

Према члану 7, који носи назив „Дужност обавештавања“, „у току преговора, свака страна има дужност да информира другу о свакој чињеничној или правној околности о којој има сазнања или би требало да има сазнања и која омогућава другој страни да процени пуноважност уговора и које су користи од његовог закључења“.⁴⁷⁵

У ставу 2 истог члана предвиђена је санкција у случају повреде те дужности. „У случају пропуста да пружи информацију или у случају давања погрешних или непотпуних изјава, а уговор није закључен или је ништав, она страна која је поступала супротно начелу савесности и поштења, одговорна је другој страни, на начин предвиђен у члану 6 ставу 4.“ Према чл. 6, ст. 4, страна која је поступала супротно начелу савесности и поштења биће дужна да надокнади другој страни штету, највише у оној мери у којој се покривају трошкови које је друга страна имала за време преговора, и штету насталу у виду измакле (сличне) прилике због постојећег преговарања. Коначно, „уколико је уговор закључен, ова страна је дужна да врати примљени износ или вредност који суд правично одреди, не дирајући тиме у право друге стране да захтева поништење уговора услед заблуде“.

О постојању предуговорне дужности обавештавања може се посредно закључити и на основу члана 151, којим се уређују уговори закључени у заблуди. Према ставу 1, једнострана заблуда представља узрок рушљивости уколико је,

⁴⁷³ Вид. чл. 1 Статута Академије европских правника за приватно право (*Academy of European Private Lawyers*), <http://www.eurcontrats.eu/acd2/>, 20. април 2018.

⁴⁷⁴ J. Ghestin (2013), 1288–1289.

⁴⁷⁵ Француска верзија чл. 7, ст. 1 Гандолфијевог законика гласи: „*Au cours des tractations, chacune des parties a le devoir d'informer l'autre sur chaque circonstance de fait et de droit dont elle a connaissance ou dont elle doit avoir connaissance et qui permet à l'autre de se rendre compte de la validité du contrat et de l'intérêt à le conclure.*“

између осталог, „изазвана обмањујућом изјавом или неоправданим ћутањем друге стране, или уколико је та друга страна свесна заблуде и њеног одлучујућег значаја или би требало да зна да је показала уобичајену пажњу.“ Уколико, према ставу 2, обмањујуће изјаве потичу од трећег, „уговор је рушљив уколико је то било познато сауговорачу који из тога може извући корист“. У оба случаја је од круцијалног значаја веза између заблуде и понашања друге стране. На овом месту би требало поменути да се у Гандолфијевом законику не прави разлика између преваре и заблуде, које су уређене истим чланом.

Конечно, према ставу 4, ако се заблуда не односи на битан елемент или аспект уговора, правне или економске природе и који је од одлучујућег значаја за закључење уговора, уговор се не може поништити, али се жртви заблуде „даје право да захтева измену њене обавезе или накнаду за губитак“ онда када „се заблуда односи на неки секундарни елемент или нема одлучујући утицај на вољу, т.ј. уговор би се ипак закључио, али под другачијим условима“.

4.3 Решења Нацрта заједничког оквира (*Projet de cadre commun*)

Имајући у виду да је у основи остао готово идентичан правилима PECL, решења предложена у француском Нацрту заједничког оквира (*Projet de cadre commun*) нећемо представљати детаљно већ ћемо само указати на главне разлике.⁴⁷⁶

Прво, француски реформатори су донекле изменили правила PECL о заблуди. Под утицајем решења предложених у пројектима реформе француског грађанског права,⁴⁷⁷ правилима о заблуди се изричито искључује могућност поништења уговора због заблуде о вредности.⁴⁷⁸ Друго, унет је додатни став којим се признаје могућност поништења уговора и у случају када се не ради о *фундаменталној* заблуди, под условом да жртва заблуде докаже да је другој страни била позната или (чак!) морала бити позната заблуда.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ О критици таквих решења у N. Jansen, R. Zimmermann, 650 и даље.

⁴⁷⁷ О тим пројектима више у J. Ghestin (2013), 17 и даље.

⁴⁷⁸ Чл. 4:103 (2)(с).

⁴⁷⁹ Чл. 4:103 (4).

Друго, важније, Нацртом се предвиђа посебно правило о дужности обавештавања при закључењу уговора. Према чл. 2:102: (1) свака страна је начелно дужна да се сама информише о условима под којима се уговор закључује; (2) за време преговора свака страна је дужна да одговори на свако постављено питање и да открије било коју информацију која може утицати на закључење уговора; (3) сауговорач који има посебне стручне компетенције у односу на предмет уговора у већој је мери оптерећен дужношћу обавештавања према другом сауговорачу; (4) сауговорач који повреди дужност обавештавања или који пружи нетачне информације одговоран је за штету, осим ако је имао оправдан разлог да верује да су дате информације тачне.

4.4 Нацрт заједничког референтног оквира (*Draft Common Frame of Reference*)

Нацрт Заједничког референтног оквира (*Draft Common Frame of Reference - DCFR*) представља још амбициознији научни пројекат, заснован на Принципима европског уговорног права, са циљем кодификације приватног права у Европи. Нацрт је настао као резултат рада Студијске групе за Европски грађански законик (*Study Group on a European Civil Code*) и Истраживачке групе за Европско приватно право (*Research Group on EC Private Law – Acquis Group*). Последње издање Нацрта изашло је 2009. године (*Full Edition*),⁴⁸⁰ а његови уредници су били Кристијан фон Бар (*Christian von Bar*) и Ерик Клајв (*Eric Clive*).

Као и у PECL, и у Нацрту се о постојању предуговорне дужности обавештавања може посредно закључити на основу правила о манама воље (заблуди и превари). Међутим, значајна новина, чиме се у Нацрту учинио важан искорак, јесте имплементација једне опште, аутономне, предуговорне дужности обавештавања.

⁴⁸⁰ Пре тога су биле објављене две верзије Нацрта: у фебруару 2008. године *Interim Outline Edition* и у фебруару 2009. године *Outline Edition*. *Full edition* је објављен у октобру 2009. године и садржи одређене измене у односу на претходна издања.

4.4.1 Уређење предуговорне дужности обавештавања као посебне установе

Предуговорна дужност обавештавања је у Нацрту изричито регулисана у члану П.-3:101 који носи назив „Дужност обавештавања о роби, осталој имовини и услугама“. Према њему: „(1) Пре закључења уговора о испоруци робе, остале имовине или пружања услуга од стране привредног субјекта другом лицу, привредни субјект има дужност да открије другом лицу такве информације које се односе на робу, осталу имовину или услуге која се има испоручити, у оној мери у којој то друго лице може разумно да очекује, узимајући у обзир стандарде квалитета и извршења, које су уобичајене у датим околностима. (2) При процењивању које информације може друга страна разумно да очекује, тест који се има применити, уколико је и то друго лице привредни субјект, јесте да ли би пропуштање пружања обавештења значило одступање од добре трговачке праксе.“⁴⁸¹

Најпре, треба поменути да се таквом одредбом несумњиво предвиђа једна општа, аутономна, предуговорна дужност обавештавања.⁴⁸² Она је општа у том смислу што је замишљена као правило општ(и)јег карактера, дужност која се не односи на закључење неког конкретног уговора већ свих уговора о испоруци робе, друге имовине или услуга. Аутори тог пројекта су очигледно имали идеју да је генерализују у односу на постојеће уређење дужности обавештавања у праву Европске уније јер њен садржај упућује на то да се не односи само на потрошачке уговоре.⁴⁸³ Она је аутономна јер је изричито предвиђена, осмишљена као посебна установа, независна од традиционалних, постојећих установа уговорног права, као што су мане воље или одговорност за скривене недостатке. Она је и предуговорног карактера јер терети будуће сауговораче у фази која претходи закључењу уговора.

⁴⁸¹ „(1) *Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances.*

(2) In assessing what information the other party can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other party is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice.“

⁴⁸² J. Ghestin (2013), 1289.

⁴⁸³ Bertrand Fages, „Pre-contractual Duties in the Draft Common Frame of Reference – What Relevance for the Negotiation of Commercial Contracts?“, *European Review of Contract Law* 3/2008, 309.

Иако значајна, правни писци јој упућују неколико незанемарљивих замерки.

Прво, иако DFCR показује намеру да генерализује дужност обавештавања, чини се да је стао „на пола пута“.⁴⁸⁴ Судаћи по тексту члана II.-3:101, Нацрт такву дужност предвиђа само на терет привредног субјекта као снабдевача, не и у случају трансакција које се одвијају између физичких лица. Ако се, дакле, физичко лице нађе у улози снабдевача, он је, према тој одредби, ослобођен дужности обавештавања. Редактори такво ограничење само констатују, али га не коментаришу.⁴⁸⁵

Ограничење субјеката који могу бити дужници предуговорне дужности обавештавања посебно је интересно уколико се одредба из члана II.-3:101 упореди са решењима која су имплементирана у одредбе о заблуди и превари. Имајући у виду да се и њима, посредно, али несумњиво, признаје постојање предуговорне дужности обавештавања, при чему се не прави разлика у односу на то да ли се у улози саговорача налази привредни субјект или физичко лице, могло би се поставити питање неконзистентности ставова кодификатора. О томе ће бити више речи у делу о заблуди и превари.

Друга замерка је да је дужност обавештавања постављена једносмерно („one-way“). Како Фаг (*Fages*) истиче, „несрећно је решење не захтевати од потрошача да пружи професионалцу одређене информације које би омогућиле да, примера ради, роба или услуге буду у складу са очекивањима потрошача“.⁴⁸⁶ То, нарочито, када се у улози саговорача нађе, такође, привредни субјект. У комплексним трансакцијама, очекује се да обе стране учествују у дијалогу. Стога и сматра да је дужност обавештавања предвиђена DCFR ограниченог значаја у преговорима за закључење комерцијалних уговора и да је способност тог пројекта да се прилагоди уговорним односима између професионалаца слаба.⁴⁸⁷

Иако, на први поглед, може деловати да је дужност обавештавања једносмерно постављена, чини се да та замерка не може до краја опстати. Дужност саговорача да „говори“, па макар и о томе која су његова очекивања од

⁴⁸⁴ В. Fages (2008), 310.

⁴⁸⁵ С. von Bar, Е. Clive, 201.

⁴⁸⁶ В. Fages (2008), 310.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, 304 и 310.

закљученог уговора, у овом случају може само бити у сопственом интересу. У супротном, неиспуњење те „дужности“ може само утицати на обим дужности обавештавања која терети другу страну. Исто важи и за дужност самообавештавања. То се може закључити и из Коментара Фон Бара (*von Bar*) и Клајва (*Clive*), који на самом почетку објашњавају да се од сваке стране основано очекује да сама прибави све информације које јој могу бити потребне за закључење уговора. У том смислу, дужност обавештавања није свеобухватна, потпуна, о свему што би другој страни било значајно за доношење одлуке о закључењу уговора или о условима под којима би га закључила. Обим ове дужности се у великој мери процењује у односу на то шта се сматра „релевантним за процену квалитета и извршења“, као и шта друга страна „може разумно очекивати да јој се открије“.⁴⁸⁸

У вези са тим, напомиње се да се тест „разумних очекивања“ тумачи различито, зависно од тога да ли се у улози повериоца дужности обавештавања налази привредни субјект или не. У првом случају, има се применити мање строги стандард „озбиљног одступања од добре пословне праксе“ („*gross deviation from good commercial practice*“).⁴⁸⁹ То разликовање се правда тиме што у комерцијалним односима дужност обавештавања не би требало да буде истог обима као у односима са потрошачима.⁴⁹⁰ У другом случају, када сауговорач није привредни субјект, има се применити „нормални стандард квалитета и извршавања“ („*normal standards of quality and performance*“).⁴⁹¹

⁴⁸⁸ С. von Bar, Е. Clive, 200–201.

⁴⁸⁹ Како се наводи, стандард добре пословне праксе употребљава се и за утврђивање предговорне дужности обавештавања у уговорима о привредном заступништву, франшизи и дистрибуцији (*commercial agency, franchise and distributorship agreements*), предвиђеним у чл. IV.E.-2:101. Мање строг стандард користи се у процени неправичности стандардних уговорних клаузула у уговорима у привреди. Тако, према II.-9:405, „неправично“ се тумачи према томе да ли „озбиљно одступа од добре пословне праксе, супротно начелу савесности и поштења и фер пословања“. *Ibid.*, 201 и 202.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, 202.

⁴⁹¹ Тако, примера ради, наводи се, у односу на случајеве када сауговорач није привредни субјект, ако продавац зна да се може јавити проблем са мотором аутомобила, ако се он буде користио само за краће релације, дужан је да о томе обавести купца јер та околност утиче на ниво квалитета који се разумно очекује. Даље, ако привредни субјект зна да се роба не може употребити за посебну намену, о којој га је купац обавестио, онда купац може разумно да очекује да ће бити обавештен о немогућности употребе те робе у посебне намене. Обавештење се, осим тога, не мора односити само на неки недостатак у ствари или неподобност да она буде употребљена у посебне намене. Дужност обавештавања, према мишљењу тих аутора, постоји чак и онда када аутомобил нема мане, али продавац зна да ће ускоро изаћи нови модел истог аута. Дужност обавештавања се може односити и на правне чињенице: ако продавац зна да се, због законских ограничења, ствар не може користити на начин на који купац то планира, продавац је дужан да га о томе обавести. *Ibid.*, 201–

Тест „разумног очекивања“ се, при утврђивању обима дужности обавештавања, има применити и у односу на то која знања дужник заиста поседује или би требало да поседује: „од снабдевача се не може разумно очекивати да пружи информације које ни сам нема, нити би требало да има“.⁴⁹²

Конечно, таквом уређењу предуговорне дужности обавештавања замера се и то што она није општа у правом, апсолутном смислу те речи. Она се примењује само на закључење уговора о продаји робе, других добара или услуга, али ван њених оквира остају бројни други уговори, као што су, примера ради, уговор о ортаклуку или уговор о јемству.⁴⁹³

Када је реч о санкцијама за случај повреде предуговорне дужности обавештавања, оне су у чл. П.-З:109 постављене на један врло занимљив начин.

Најпре, према ставу 2, уколико је уговор закључен а дужник претходно није испунио своју дужност обавештавања, то ће утицати и на саму садржину уговора и он ће бити дужан да другој страни испуни уговорну обавезу на онај начин на који је друга страна разумно очекивала, услед изостанка или нетачности датих информација. У том случају се, заправо, примењују решења која се у Нацрту предвиђају за случај неизвршења уговорних обавеза.

Према мишљењу Фон Бара (*von Bar*) и Клајва (*Clive*), став 2 тог члана преноси општу идеју да информације које сауговорачи размењују у предуговорној фази могу утицати на саму садржину уговора.⁴⁹⁴ Стога, ако је уговор закључен, пропуст да се сауговорачу доставе одређене релевантне информације може утицати на садржину обавеза из закљученог уговора, те ако се оне не изврше на начин на који се то разумно очекивало, сматраће се да уговорне обавезе нису извршене.

Осим тога, у појединим ситуацијама пропуштање пружања обавештења може створити и погрешну представу о одређеним чињеницама, па у обзир може доћи примена одредаба о манама воље. У ставу 4 се то изричито и помиње:

202. За критику овако опширно представљене дужности обавештавања вид. N. Jansen, R. Zimmermann, 656.

⁴⁹² C. von Bar, E. Clive, 201.

⁴⁹³ *Ibid.* Фаг (*Fages*) је указивао на то ограничење, коментаришући претходну верзију Нацрта, у којој се помињала само испорука робе или услуга (*goods and services*). В. Fages (2008), 311. Чини се да је тај коментар утицао на то да се круг уговора обухваћених том нормом прошири, те се сада, осим роба и услуга, помиње и друга имовина (*other assets*). Ипак, и даље су ван њених оквира остали поједини уговори.

⁴⁹⁴ C. von Bar, E. Clive, 236.

„Средства предвиђена овим чланом не утичу на права која могу бити доступна према II.-7:201 (Заблуда).“ Коментатори томе додају и могућност примене правила о превари, уколико постоји намера.⁴⁹⁵

Коначно, у ставу 3 се предвиђа и право на накнаду штете, које постоји независно од тога да ли је уговор закључен. Штета која се надокнађује јесте „било који губитак проузрокован другој страни услед неизвршења“ дужности обавештавања.

4.4.2 Регулисање повреде предуговорне дужности обавештавања преко правила о заблуди

Правила о заблуди регулисана су у Нацрту, првенствено, чланом II.-7:201.

Он гласи:

(1) Страна може захтевати поништење уговора због заблуде о чињеници или праву која је постојала у тренутку закључења уговора ако:

(а) страна, да није била у заблуди, не би закључила уговор или би га закључила под битно другачијим условима, а друга страна је ту околност знала или се може разумно очекивати да је знала за то и

(б) друга страна је:

(i) изазвала заблуду;

(ii) изазвала закључење уговора у заблуди, оставивши саговорача у заблуди, супротно начелу савесности и поштења и фер пословању, при чему је друга страна знала или се разумно може очекивати да је знала за заблуду;

(iii) изазвала закључење уговора у заблуди пропутивши да изврши предуговорну дужност обавештавања или дужности да учини доступним начине исправљања заблуде или је

(iv) сама била у заблуди.

(2) У сваком случају, саговорач не може захтевати поништење уговора услед заблуде уколико је:

(а) заблуда неизвињавајућа имајући у виду дате околности или

(б) ризик закључења уговора у заблуди сноси, или би у датим околностима требало да сноси, лице у заблуди.

DCFR у великој мери усваја решења предвиђена у PECL, али она нису идентична. Разлике су и у структури самог члана и у формулацијама. Осим тога, уметнута је и подтачка (iii), која није постојала у PECL.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, 237.

Треба поменути да се и у одредби о заблуди узима у обзир, макар индиректно, повреда предуговорне дужности обавештавања. То се може видети, најпре, из услова предвиђеног у подтачки (ii), где се кривица сауговарача жртве заблуде огледа у томе што је, „супротно начелу савесности и поштења и фер пословања“, *оставила другу страну у заблуди*, иако је за заблуду „знала или се разумно може очекивати да је знала“. Остављање у заблуди не би се могло другачије протумачити него као потпуно пасивно понашање, ћутање онда када би се од савесног сауговарача очекивало да говори. У погледу наметања предуговорне дужности обавештавања, још је значајнија подтачка (iii), у којој се кривица сауговарача жртве заблуде на изричит начин повезује са „изазивањем закључења уговора у заблуди тиме што се није придржавао предуговорне дужности обавештавања“.⁴⁹⁶

Значај предуговорне дужности обавештавања истакнута је и од коментатора DCFR.⁴⁹⁷ Према речима Фон Бара (*von Bar*) и Клајва (*Clive*), „сауговарачу не би требало да буде дозвољено да ћути, са намером да обмане другу страну, о околности која може утицати на одлуку друге стране да закључи уговор“. Они признају да „поједини правни системи у ЕУ, као опште правило, дозвољавају сауговарачу да ћути о важним околностима, чак и када је свестан да би то утицало на одлуку друге стране“. Томе, међутим, додају да „то може бити прикладно у појединим случајевима, примера ради, када је сауговарач стекао сазнања уз велике трошкове или у условима озбиљне тржишне конкуренције, али као опште правило то није прикладно. То није у складу ни са моралом у промету нити са оним што сауговарачи уобичајено очекују један од другог. Осим ако постоји добар разлог да се дозволи сауговарачу да ћути, ћутање је у супротности са начелом савесности и поштења и даје право другој страни да захтева поништење уговора“.

⁴⁹⁶ J. Ghestin (2013), 1290.

⁴⁹⁷ „A party should not normally be permitted to remain silent, with the deliberate intention of deceiving the other party, on some point which might influence the other party's decision on whether or not to enter the contract. It is true that some legal systems within the EU as a general rule do allow a party to remain silent about important information, even if aware that it would influence the other's decision. That may be appropriate in certain cases, for example when the knowledgeable party has only gained the knowledge at considerable expense, or in highly competitive commercial situations [...] but as a blanket rule it is not appropriate. It does not accord with either commercial morality or what contracting parties will normally expect of each other. Unless there is a good reason for allowing the party to remain silent, silence is incompatible with good faith and will entitle the other party to avoid the contract.“ C. von Bar, E. Clive, 460.

Фон Бар (*von Bar*) и Клајв (*Clive*) напомињу да одредбом о заблуди није предвиђен само случај када сауговарач „свесно злоупотребљава заблуду у којој се друга страна нашла“, што би могло да отвори и питање квалификације таквог вида несавесног поступања. Они додају да исто важи и онда када се „не може доказати да је сауговарач жртве заблуде заиста знао за заблуду, али се може разумно очекивати да је знао“. Другим речима, када је заблуда била „препознатљива“.

Правилима о заблуди DCFR могу се упутити и одређене замерке.

Слично као и у PECL, ни на овом месту нису дати критеријуми помоћу којих се може утврдити када ће се сматрати да је „остављање друге стране у заблуди“ супротно начелу савесности и поштења. Такви критеријуми дати су тек у одредби о превари. Мада, начелно, нема сметњи да се они примене и на заблуду,⁴⁹⁸ било би адекватније решење да су они издвојени у посебно правно правило, на које би упућивала и правила о заблуди и правила о превари.

У делу у коме се говори о одредби о дужности обавештавања донекле је постављено питање какав је однос те одредбе и решења која су предвиђена правилима о заблуди. Наиме, предуговорна дужност обавештавања наметнута је само привредним субјектима, те се она неће примењивати у односима између физичких лица. С друге стране, правила о заблуди не праве такву дистинкцију – уговор се може поништити без обзира на то ко се налази у улози жртве заблуде или његовог сауговарача. Довољно је само да се докаже да је сауговарач „изазвао закључење уговора у заблуди, оставивши сауговарача у заблуди, супротно начелу савесности и поштења и фер пословања“, при чему је знао или се разумно може очекивати да је знао за заблуду. Другим речима, сауговарач је, у датим околностима, без обзира на то да ли је привредни субјект или не, дужан да „извуче“ другу страну из заблуде, чиме се заправо намеће дужност обавештавања. Уколико он то не учини, не само што друга страна може поништити уговор већ, према правилу II.-7:214, може захтевати и накнаду штете. О накнади штете ће бити више речи, али на овом месту је довољно закључити да је тиме, чини се, обесмишљено правило о дужности обавештавања, а посебно свођење дужника само на привредног субјекта. Иако се у трансакцијама између физичких лица (па чак и трансакцијама између физичких лица и привредних субјеката, али где се

⁴⁹⁸ N. Jansen, R. Zimmermann, 656 фн. 200.

поставља питање да ли је физичко лице требало да пружи обавештења привредном субјекту), сауговорачи не би могли позивати на правила о дужности обавештавања, исти ефекти би се могли постићи позивањем на правило о заблуди, и у односу на поништење уговора и у односу на накнаду штете. У том смислу се ауторима тог научног пројекта може замерити да су били неконзистентни.⁴⁹⁹

4.4.3 Регулисање повреде предуговорне дужности обавештавања путем правила о превари

Поведа предуговорне дужности обавештавања може се санкционисати и применом правила о превари. Одредба DCFR о превари је врло слична оној која је предвиђена у PECL. Наиме, према члану II.-7:205:

(1) Страна може захтевати поништење уговора ако ју је сауговорач навео на закључење уговора преварним радњама (*fraudulent misrepresentation*), било речима или понашањем, или преварним прећуткивањем (*fraudulent non-disclosure*) било које информације коју начело савесности и поштења, или било која предуговорна дужност обавештавања налажу да се открије.

(2) Радње су преварне ако су учињене са знањем или веровањем да је изјава или понашање погрешно и ако је то учињено са намером да се њен прималац доведе у заблуду. Прећуткивање је преварно ако је учињено са намером да се страна од које је информација скривена наведе на заблуду.

(3) При утврђивању да ли савесност и поштење захтевају да страна открије неку одређену информацију, требало би узети у обзир све информације, укључујући:

- (а) да ли та страна има одређена стручна знања;
- (б) трошак који је та страна имала како би прибавила релевантну информацију;
- (ц) да ли је њен сауговорач разумно могао да добије ту информацију другим средствима и
- (д) очигледан значај те информације за сауговорача.

У DCFR-у се, када је реч о санкционисању преваре ћутањем, очигледно пошло средњим путем.⁵⁰⁰ Превара ћутањем постоји само онда када би савесност и поштење и фер пословање налагали да се одређена информација открије сауговорачу. У ставу 3, који је готово непромењем преузет из PECL, даје се

⁴⁹⁹ Вид. о томе и у N. Jansen, R. Zimmermann, 657.

⁵⁰⁰ H. Beale (2008), 329.

неенумеративна листа критеријума које би требало узети у обзир приликом процене да ли начело савесности и поштења налаже обавештавање.

4.4.4 Право на накнаду штете

Коначно, у члану II.-7:214 је на јединствен начин предвиђено право на накнаду штете.

Према том члану, „страна која има право да поништи уговор (или је то право имала, али је престало услед преклузије или потврђивања уговора) има право, без обзира на то да ли је уговор поништен или не, да од сауговорача захтева накнаду било које штете која је претрпљена као последица заблуде, преваре, принуде, претње или неправичног искоришћавања, уколико је друга страна знала или се разумно може очекивати да је знала за разлог рушљивости“.

У ставу 2 се предвиђа да се накнада дугује „у оном износу који би оштећену страну довео у онај положај у коме би била да уговор није ни закључен, уз то ограничење да, ако страна не захтева поништење уговора, накнада штете не може бити виша од износа губитака изазваних заблудом, преваром, принудом, претњом или неправичним искоришћавањем“.

4.4.5 Решавање проблема конкуренције захтева по више основа

Аутори DCFR-а су, у последњем члану одељка под називом „Пуноважност уговора“, унели и одредбу којом се решава проблем који се често може јавити у пракси – проблем конкуренције захтева по више различитих основа. Наиме, у појединим ситуацијама околности случаја могу бити такве да се заштита може пружити применом правила о манама воље и применом правила о неизвршењу уговорних обавеза, примера ради, када сауговорач другој страни преда ствар која није одговарајућег квалитета, при чему је о тој околности постојала заблуда те друге стране и тренутку закључења уговора. Иако се у националним системима том проблему прилази на различите начине,⁵⁰¹ у Нацрту се оштећеној страни даје

⁵⁰¹ C. von Bar, E. Clive, 535.

могућност избора за било који од њему доступних решења. Тако, према члану П.-7:216, страна којој припада право предвиђено тим одељком (*Section*), али јој околности случаја дају могућност да прибегне средствима предвиђеним за случај неизвршења уговора, може изабрати да врши било које од та два средства.

Чини се непотребним објашњавати да оштећена страна не може комбиновати права која су јој доступна једном, односно другом групом правила. Другим речима, она не би могла уједно захтевати, примера ради, поништење уговора и накнаду штете због неизвршења.⁵⁰² Али њој јесте дозвољено да изабере један од два могућа пута и да оствари сва права која су на њему доступна.

⁵⁰² *Ibid.*, 534.

5 ЕЛЕМЕНТИ ПРЕДУГОВОРНЕ ДУЖНОСТИ ОБАВЕШТАВАЊА

Анализа постојећих правних института у нашем праву, предложених решења у упоредноправним системима и научним пројектима, али и начина на који се развијала предуговорна дужност обавештавања у упоредноправној судској пракси, пружају солидну основу помоћу које се могу идентификовати конститутивни елементи опште предуговорне дужности обавештавања. Њихово идентификовање је двоструко корисно: оно нам даје не само одговор на питање под којим условима настаје дужност обавештавања већ и који би могао бити њен обим.

Условљавање настанка и обима опште предуговорне дужности обавештавања испуњеношћу одређених елемената само потврђује нешто што се чини већ прилично јасним, очигледним: не постоји предуговорна дужност обавештавања о свим околностима нити би таква потпуна, неограничена дужност обавештавања требало да постоји. Разлог је првенствено у томе што би она представљала претерано оптерећење за њеног дужника и била би прилично непрактична јер би водила претераном обавештавању, чак и онда када за тим нема никакве реалне потребе. Осим тога, њено наметање би било потпуно неприродно, нелогично: дужник би се више морао бринути о сауговарачевим него о својим интересима. Рационалан поредак ствари подразумева управо супротно – свака страна би најпре требало да се брине о својим интересима, а тек изузетно о сауговарачевим. Коначно, таква свеобухватна дужност обавештавања била би потпуно бескорисна за њеног повериоца из најмање два разлога: прво, он нема стварну потребу да добија обавештења о свему; друго, у „мору“ обавештења он би могао изгубити из вида шта је заиста релевантно.

Стога је условљавање настанка и обима дужности обавештавања израз тежње да се помире супротстављени интереси сауговарача и да се пруже смернице помоћу којих се долази до одговора на питање када природна потреба сваког сауговарача да заштити своје интересе уступа место потреби да се у обзир узму и интереси друге стране. У супротном, генерализација дужности

обавештавања значила би потпуну превласт начела заштите воље сауговарача науштрб правне сигурности.

Уопштено, може се говорити о два основна елемента дужности обавештавања.

Први елемент се у теорији означава као морални.⁵⁰³ Он подразумева неопходност анализе држања, понашања сауговарача при закључењу уговора.

Таква анализа је, по природи ствари, двострука.

С једне стране, треба анализирати понашање наводног дужника дужности обавештавања. Начелно се дужност обавештавања условљава тиме да је њен дужник имао сазнања о околности која представља објект дужности обавештавања јер се у принципу не може очекивати да он пружа обавештења другој страни о ономе о чему ни сам нема сазнања. Ипак, као посебно интересантно, анализираће се питање да ли (и када) постоји дужност дужника да прибави одређена сазнања како би се она могла саопштити другој страни. Другим речима, треба испитати да ли се скривљеним, несавесним понашањем наводног дужника може сматрати и ситуација када је он пропустио да се сам обавести о одређеним околностима како би могао о њима правилно обавестити другу страну.

С друге стране, треба анализирати понашање наводног повериоца дужности обавештавања. Наиме, циљ који се жели постићи наметањем предуговорне дужности обавештавања јесте да се елиминише или макар ублажи информациона асиметрија која постоји у тренутку закључења уговора, а чији је најчешћи узрок неједнака доступност информација. Имајући то у виду, када је одређена информација доступна обема странама, када њено сазнање не изискује од повериоца да уложи већи напор од оног што се у промету уобичајено очекује, дужност обавештавања не би требало да постоји јер се незнање наводног повериоца тада не може сматрати оправданим. Право не би требало да штити оне који не штите сами себе. Ипак, доступност информације није једини критеријум за процену да ли је незнање повериоца оправдано; и друге околности могу имати важну улогу.

Други елемент се означава као материјални.⁵⁰⁴ Он се односи непосредно на сам објект дужности обавештавања и истраживање о њему има циљ да пружи одговор на питање о којим чињеницама би једна страна могла да има дужност да

⁵⁰³ M. Fabre-Magnan (1992), 186.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, 122.

обавести другу. Другим речима, које информације би могле бити објект дужности обавештавања. Начелно, информација мора имати такав карактер да би свест повериоца о њој имала одлучујући утицај на вољу да закључи уговор. Али, како ће се показати, одлучујући карактер може бити само почетни критеријум помоћу кога се „бруси“ објект дужности обавештавања; природа информације, али и друге околности, могу значајно да допринесу коначном разумевању опште предуговорне дужности обавештавања.

5.1 Држање саговорача при закључењу уговора

5.1.1 Држање (претпостављеног) дужника при закључењу уговора

5.1.1.1 Свест дужника о одређеној релевантној чињеници као предуслов настанка дужности обавештавања

Без обзира на различите погледе на постојање, домашај и начин уређења предуговорне дужности обавештавања у упоредном праву, посебно у односу између англосаксонских и европскоконтиненталних система, анализа показује да се један елемент неспорно прихвата као један од предуслова настанка предуговорне дужности обавештавања. У том смислу, могло би се рећи да представља заједнички именилац упоредноправних решења.

Наиме, да би уопште настала дужност једне стране да другу обавести о одређеној релевантној чињеници, често се може уочити захтев да је она (дужник) заиста имала сазнања о тој чињеници при закључењу уговора.⁵⁰⁵ Доказе о томе можемо наћи и у упоредноправним законодавним решењима и у судској пракси.⁵⁰⁶ Најочигледнији пример је француски Грађански законик, у који је,

⁵⁰⁵ J. Ghestin (2013), 1388; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 127; M. Fabre-Magnan (1992), 190; Y. Boyer, 351–352; K. Zweigert, H. Kötz, 426; G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 50–52.

⁵⁰⁶ Вид. примере у K. Zweigert, H. Kötz, 426. За праксу француских судова вид., примера ради, одлуке ФКС: од 21. фебруара 1995, бр. 92-18394 – продавац је цедирао уделе у привредном друштву, прећутавши купцу да постоји хипотека на непокретности које припадају друштву; од 12. новембра 2009, бр. 08-14563 – продавац је продао непокретност купцима, не обавестивши их да непокретност није прикључена на канализациону мрежу, иако је за ту чињеницу знао, као и за све потешкоће и трошкове такве операције; од 4. јануара 2005, бр. 03-16667, од 18. фебруара 1997, бр. 95-11816, од 9. јула 1996, бр. 94-15412, од 21. јануара 1981, бр. 79-15443, у којима је банка прећутала јемцу тешку материјалну ситуацију у којој се налазио дужник; али и одлуку од 14. новембра 2000, бр. 98-12395, у којој је суд одбио поништење уговора о јемству јер није доказано

изменама 2016. године, изричито имплементирана општа предуговорна дужност обавештавања и као једно од ограничења постављен је захтев да дужник *има сазнања* о информацији која потенцијално представља објект дужности обавештавања.⁵⁰⁷

Такву идеју није тешко разумети. Да би уопште могао да буде у прилици да обавести сауговорача о било каквој чињеници, није ли потребно да дужник најпре има свест о њој? Како му се може замерити што другу страну није обавестио о ономе о чему ни сам није имао сазнања у тренутку закључења уговора? Такво решење било би у најмању руку „нелогично и неправично“.⁵⁰⁸

Узрок постављања тог захтева је још у једном: историја развоја предуговорне дужности обавештавања као аутономне установе показала је да се ћутање најпре санкционисало у оквиру неких других сродних установа, првенствено кроз превару ћутањем и одговорност за недостатке.⁵⁰⁹ Како се као услов примене тих правила на случајеве повреде дужности обавештавања начелно захтевао и доказ о томе да је дужнику заиста била позната одређена чињеница, то је и те како утицало на грађење појма предуговорне дужности обавештавања.

Стога, начелно се може рећи да не постоји дужност обавештавања о ономе о чему ни сам „дужник“ нема сазнања; другим речима, познавање одређене информације представља један од предуслова за настанак дужности обавештавања.

Али, да ли је такво правило апсолутно?

Готово истовремено са развојем установе предуговорне дужности обавештавања, у упоредном праву се рађа идеја да незнање дужника не може

да је банка имала сазнања о тешкој финансијској ситуацији дужника; вид. и одлуку од 8. априла 1986, бр. 84-11443 – суд сматра да дужност обавештавања о контраиндикацијама и секундарним ефектима лека постоји само у односу на она сазнања која постоје у тренутку када се лек ставља у промет или су јој стављена до знања након тог тренутка.

⁵⁰⁷ Вид. чл. 1112-1, ст. 1 ФГЗ, који гласи: „*Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.*“ (наше наглашавање); Вид. и Garance Cattalano-Cloarec, „Obligation d'information et réticence dolosive: une obscure clarté?“, *La réforme du droit des contrats en pratique* (dir. Mathias Latina), Paris 2017, 41; Julia Heinich, „Le devoir général d'information, 469 - Connaissance de l'information par le débiteur“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.

⁵⁰⁸ „*It would be illogical and unfair indeed to penalize a party, by ordering or allowing the avoidance of the contract into which he has entered, or by rejecting a claim by him for moneys due under that contract, because of his non-disclosure of a material fact, if that fact had been unknown to him.*“ (наше наглашавање) G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 50.

⁵⁰⁹ J. Ghestin (1989), 157–158.

представљати у сваком случају довољно оправдање да избегне дужност обавештавања и да буде ослобођен последица до којих би њена повреда могла да доведе. У вези са тим, показале се, својство дужника и те како има утицаја на обим информација који се од њега може очекивати при закључењу уговора.

5.1.1.1.1 *Дужност самообавештавања са циљем правилног извршења дужности обавештавања у француском праву (devoir de s'informer pour informer)*

Зачетак такве идеје у француском праву несумњиво је био на терену одговорности професионалних продаваца за недостатке продате ствари, одакле се даље проширила и на друге случајеве.⁵¹⁰

Наиме, иако одговорност за недостатке у француском праву постоји независно од тога да ли је продавац знао за недостатак, свест продавца о недостатку собом носи две важне последице: прво, одговорност продавца се не може уговором ограничити нити искључити; друго, продавац одговара за целокупну штету коју је купац претрпео.⁵¹¹ Тежња је била да се пружи шира заштита купцу у случају када се продавац понео несавесно, прећутавши недостатак. Али таква поштрена одговорност продавца захтевала је доказ о томе да је он заиста познавао ману. Незгодна процесна позиција купца често је била препрека остваривању права јер је терет доказивања у сваком случају лежао на купцу, чак и онда када својства продавца указују на то да му је мана морала бити позната, да се понашао онако како се у промету од њега оправдано очекује. То је довело до еволуције у схватањима француских судова у односу на професионалне продавце, на такав начин да је, упркос јасном ограничењу из члана 1645 ФГЗ – да продавац мора заиста имати свест о недостатку ствари – судска пракса увела необориву претпоставку да је професионалним продавцима мана била позната.⁵¹² Тиме је практично постало ирелевантно да ли је професионални продавац заиста

⁵¹⁰ J. Ghestin (2013), 1388–1389.

⁵¹¹ Вид. чл. 1645 ФГЗ: „*Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur.*“

⁵¹² „*Cet individu* (произвођачи и професионални продавци, прим. аут.) *n'a pas en somme le droit d'ignorer les vices de la chose qu'il fabrique ou qu'il vend, sa bonne foi est inexusable et il doit, en tant que vendeur inhabile, être assimilé à un vendeur de mauvaise foi.*“ (наше наглашавање) M. de Juglart, 14. То се догодило постепено: судови су најпре увели обориву претпоставку, дозвољавајући професионалним продавцима да доказују супротно, али је она касније прерасла у необориву. J. Ghestin (2013), 1284, 1389.

познавао ману. Он ће одговарати купцу као да јесте јер се сматра да му мане ствари коју стално продаје не могу остати непознате.⁵¹³ Професионални продавац се, стога, правно поистовећује са продавцем који поступа несавесно и непоштено⁵¹⁴ јер му његово професионално својство забрањује да се позива на сопствено незнање. *Artifex spondet peritiam artis* – стручњак гарантује за своју струку, те се и недостатак професионалних вештина, због којих му је мана остала непозната, сматра једним видом кривице.⁵¹⁵

Француски судови се, међутим, нису задржали само на томе. Поље примене креираног правила о неоторивој претпоставци да је професионалном продавцу мана морала бити позната проширено је у односу на иницијални домен правила о одговорности за недостатке.

Судови су претпоставку да је продавцу мана морала бити позната почели да примењују и када се захтев за поништење уговора и(ли) захтев за накнаду штете заснивао на правилима о превари: реч је о превари ћутањем и онда када професионални продавац не обавести купца о чињеници која му је, имајући у виду његово професионално својство, морала бити позната. Тако, као познат, наводи се пример у којем је уговор поништен због *преваре* и усвојен је захтев за накнаду штете јер „гаражиста... није могао да не зна да бројач показује значајно нижу пређену километражу од реалне“.⁵¹⁶

Мада би се томе могли супротставити озбиљни правни аргументи,⁵¹⁷ релативизација појма преваре је разумљива: ако би пажљивом лицу истих својстава и компетенција као дужнику била позната одређена чињеница, узима се да је и дужнику морала бити позната. Све и ако није, његово незнање се сматра неоправданим.

⁵¹³ М. Fabre-Magnan (1992), 307.

⁵¹⁴ Вид., примера ради, одлуке француског Касационог суда: од 21. новембра 1972, бр. 70-13898; од 27. фебруара 1985, бр. 84-10022; J. Ghestin (2013), 1389; В. Gross, 338.

⁵¹⁵ В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 127.

⁵¹⁶ Вид. одлуку Касационог суда од 19. јануара 1977, бр. 74-12783; В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 127; J. Ghestin (2013), 1390.

⁵¹⁷ Ма колико незнање дужника сматрали неоправданим, може ли бити преваре без намере? Не противи ли се то самој природи и појму преваре? Домен правила о превари је у француској пракси практично двоструко проширен: прво, тиме што су судови преваром обухватили и случајеве злонамерног прећуткивања, иако се у чл. 1116 (неизмењеног) ФГЗ говорило само о активним радњама (*manoeuvres*); друго, тиме што се само захтева доказ да је дужнику одређена чињеница морала бити позната. Вид. о томе и у J. Ghestin (2013), 1115, да је суд у таквој одлуци заправо помешао установу преваре са установом дужности обавештавања.

Принцип да незнање дужника може у одређеним случајевима бити неоправдано утицало је и на развој предуговорне дужности обавештавања: француска судска пракса је дужност обавештавања почела да намеће и онда када је сматрала да је дужник *требало да зна* за одређену релевантну информацију и о њој обавести сауговорача.

Таква (претходна) дужност се у теорији и судској пракси означава на различите начине: као дужност/обавеза знања (*devoir de connaître*⁵¹⁸, *obligation de connaissance*⁵¹⁹); дужност/обавеза провере (*devoir de vérifier*⁵²⁰, *obligation de vérification*⁵²¹); дужност/обавеза самообавештавања ради обавештавања (*obligation de s'informer pour informer*⁵²², *devoir de s'informer*⁵²³). Иако нема јединствен назив, суштина јој је иста: дужник се у појединим случајевима не може позивати на то да му одређена чињеница није била позната како би избегао санкцију због повреде дужности обавештавања. Наиме, нарочито када се у улози дужника јављају професионалци,⁵²⁴ повредом дужности обавештавања ће се сматрати и када се другој страни не предоче чињенице о којима дужник већ има сазнања и када јој се не предочи оно о чему би он требало има сазнања, оно што се од њега очекује да зна.

Тиме су на суптилан начин француски судови проширили обим дужности обавештавања која терети професионалце, установивши практично још једну

⁵¹⁸ В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 127.

⁵¹⁹ Р. Malaurie, L. Aynès, Р. Stoffel-Munck, 394 и фн. 43–44.

⁵²⁰ Вид. одлуку Касационог суда од 3. фебруара 1981, бр. 79-13774.

⁵²¹ У. Boyer, 352 и даље.

⁵²² Вид. одлуку Касационог суда од 19. јуна 1996, бр. 94-12777 ; М. Fabre-Magnan (1992), 192; J. Ghestin (2013), 1391.

⁵²³ Вид. одлуку Касационог суда од 13. октобра 2009, бр. 08-10430.

⁵²⁴ Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*) износи тезу да та обавеза („*obligation de s'informer pour informer*“) може да терети сваког дужника, без обзира на својство, онда када се информација односи на битно својство објекта уговора јер је сваки сауговорач дужан да се информише о свим битним својствима престације коју нуди другој уговорној страни како би резултате тога пренео будућем сауговорачу. Међутим, ограђује се, та обавеза представља облигацију средства: дужник је своју обавезу испунио уколико је поступао пажљиво при трагању за одређеном информацијом, иако до ње није успео да дође. Другим речима, ако нема кривице у „потрази за информацијом“, његово незнање ће се сматрати оправданим, те самим тим не може ни доћи до повреде дужности обавештавања јер она није ни настала. Више у М. Fabre-Magnan (1992), 192 и 283–284. Међутим, таква идеја није шире прихваћена. Штавише, аутори који говоре о дужности да се одређене чињенице знају и у сврху обавештавања друге стране прибаве, њу везују за професионалце. В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 127; Р. Malaurie, L. Aynès, Р. Stoffel-Munck, 394; У. Boyer, 353; J. Ghestin (2013), 1391; L. de Leyssac, 339; Julia Heinich, „Le devoir général d'information, 485 – Connaissance de l'information et de son importance“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016; Р. Legrand (1991), 336–337; В. Fages (2001), 132–149; V. Christianos, 153.

дужност која јој претходи – дужност да прибаве информације које су сауговарачу релевантне за доношење одлуке о закључењу уговора. Уколико то не учине, њихово незнање се сматра неоправданим, скривљеним.⁵²⁵ Представљено на један другачији начин, суд у конкретном случају неће, као пресудну, узети у обзир чињеницу да ли је професионалац (наводни дужник) заиста познавао одређену чињеницу него да ли ју је, у складу са својим компетенцијама и квалификацијама, морао знати. Процена је, стога, *in abstracto*. Од сауговарача-професионалца се очекује да покаже виши степен пажње при закључењу уговора; у супротном, на њега ће се у крајњем превалити последице заблуде сауговарача уколико је реч о чињеници коју би знао да се понашао онако како се од њега у правном промету очекује. Управо у томе Гестен (*Ghestin*) види идеју асимилације: „оног који зна требало би изједначити са оним који би требало да зна, али бира да се не информише“.⁵²⁶

Мада је и даље најширу примену имала у домену купопродајних уговора, у односу на професионалне продавце,⁵²⁷ дужност обавештавања сауговарача о свим оним чињеницама за које се, према правилима струке, претпоставља да су им познате, у француској судској пракси је генерализована и наметнута у односу на све сауговараче-професионалце.⁵²⁸ Штавише, она обухвата и дужност

⁵²⁵ M. Fabre-Magnan (1992), 192.

⁵²⁶ J. Ghestin (2013), 1392.

⁵²⁷ Вид., примера ради, одлуке Касационог суда: од 1. децембра 1992, бр. 90-18238: продавац је дужан да се информише о потребама свог клијента, те да га информише о свим техничким ограничењима продате ствари и о могућности да се оствари жељени циљ; од 25. маја 1993, бр. 91-12205: продавац, специјалиста за инсталацију система за заштиту од крађе, дужан је, након што се сâм обавести о усклађености његовог материјала са нормама које намећу осигуравачи, да обавести купца о последицама куповине у погледу покривености ризика од крађе; од 3. фебруара 1981, бр. 79-13774: продавац је земљиште поделио на три дела и један део продао купцу, али је убрзо потом купац сазнао да се надлежни органи нису још увек сагласили са поделом и да дозвола за градњу није обухватала онај део парцеле који је купац купио, имајући у виду да није био прикључен на водоводну и електромрежу. Суд је купцу пружио заштиту јер је реч о лаику, док је продавац фирма која се бави продајом непокретности, поседује специјализована знања и стога је имала дужност да провери стање парцеле коју продаје и могућност да се на њој гради и о томе обавести купца; од 20. децембра 2012, 11-27129. Вид. и пример који се помиње у литератури: иако ни продавац ни купац нису знали да је на продатом аутомобилу постојала zaloга, суд је сматрао да је то морало бити познато продавцу-професионалцу, те да је о тој чињеници морао да се распита пре закључења купопродајног уговора. Како то није учинио, продавац је скривео купчеву заблуду и штету коју је услед тога купац претрпео. J. Ghestin (2013), 1391–1392. Исто тако, професионални продавци половних аутомобила дужни су да знају стварно годиште аутомобила; у супротном, сматрају се кривим, иако су и сами добили нетачне информације од својих продаваца. Y. Boyer, 353.

⁵²⁸ Вид. примера ради, одлуку Касационог суда од 15. фебруара 2006, бр. 04-19757: на извођачу радова лежи дужност да се распита од наручиоца која је крајња сврха предузетог посла, како би на

професионалаца да се информишу о циљу који њихов сауговарач жели да постигне закључењем уговора, како би били у прилици да га информишу о реалној могућности или препрекама да тај циљ оствари.⁵²⁹

Креирање дужности познавања одређених чињеница отвара питање утврђивања њеног обима. Које чињенице професионалцима морају бити познате? О чему су они дужни да се обавесте? Који је степен пажње који се од њих очекује при прибављању информација о којима су дужни да обавесте сауговарача? Да ли се и на који начин дужник може ослободити одговорности због тога што сауговарачу није предочио одређену чињеницу? Коначно, да ли је оправдано посматрати (општу) дужност професионалаца да познају одређене чињенице на идентичан начин као дужност професионалних продаваца да познају мане ствари коју продају? Другим речима, како је дужност професионалаца да се обавесте проистекла из дужности професионалних продаваца да познају мане своје ствари, значи ли то да се у оба случаја примењује необорива претпоставка о знању?

Одговори на та питања имају круцијалан значај – постојање и обим дужности да се обавесте непосредно утиче и на постојање и обим дужности обавештавања.

Најпре, корисно је поменути да поједини писци, у вези са применом необориве претпоставке да је професионалним продавцима познат недостатак, као круцијално, истичу да треба правити разлику и између самих професионалаца – на оне који представљају праве специјалисте, стручњаке *par excellence* у односу на

адекватан начин обавио посао за који је ангажован. Посебно место заузимају случајеви одговорности лекара за повреду дужности обавештавања. У вези са тим, наводи се, лекар је дужан да се обавести о тачном здравственом стању пацијента како би могао да га обавести о ризицима лечења и предложених процедура. Исти аутор наводи и бројне примере у којима је суд наметао дужност нотарима да провере информације које је продавац дао (нпр. о категорији лиценце за продају алкохола), односно да се информишу о другим релевантним чињеницама (нпр. да ли постоје и какво је стање терета на непокретности). Више. у В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 124. Исто тако, банка је била дужна да накнади купцу штету јер га, приликом продаје непокретности на аукцији, није обавестила да су две собе биле претворене у једну. Иако ни банка ни купац нису знали за то, суд је сматрао да је банка крива јер је о томе требало да се информише. Р. Legrand (1991), 336–337.

⁵²⁹ Вид., примера ради, одлуке Касационог суда (од 28. октобра 2010, бр. 09-16913; од 3. јула 1985, бр. 84-10875; од 5. децембра 1995, бр. 94-12376), у којима је наметнута дужност професионалним продавцима да се обавесте о намени због које купац прибавља ствар и да га обавесте да ли је ствар погодна за такву употребу. Исто су судови наметали и професионалним пружаоцима услуга (одлука од 2. јула 2014, бр. 13-10026). За остале примере вид. Julia Heinich, „Le devoir général d’information, 486 – Qualité de professionnel“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016. Вид. о томе и J. Ghestin (2013), 1393 и даље; J. Mestre (1999), 84. О дужности саветовања и упозорења биће више речи у делу 5.2.3 овог рада.

ствар коју продају, и оне који то нису, иако се баве продајом као редовном делатношћу.⁵³⁰ Према њиховом мишљењу, само би у односу на прве претпоставка требало да буде необорива јер се само од њих може основано очекивати да познају недостатке ствари које продају. С друге стране, од обичних препродаваца, иако су професионалци, не може се очекивати да буду упознати са свим карактеристикама великог броја ствари које продају, те би у најмању руку било неоправдано примењивати необориву претпоставку о познавању мане и на њих.⁵³¹

Таква схватања почивају на идеји да би терет немогућности доказивања да им мана није била позната требало да лежи управо на оним субјектима који заиста поседују (или се очекује да поседују) таква специјализована знања да им је мана морала бити позната; да се садржина претпоставке у највећем броју случајева заиста и поклапа са стварним стањем ствари. Она у први план истичу стручност дужника, а не његово својство. Сматра се да је продавцу мана била позната зато што му стручна знања које поседује то омогућавају, а не само зато што је професионалац.

Међутим, чак и површна анализа показује да француска судска пракса није уједначена по том питању. Поједине одлуке упућују на то да се дужност обавештавања о недостатку на ствари заснива на стручности,⁵³² док друге да та дужност произлази из професионалног својства.⁵³³ Питање је додатно

⁵³⁰ V. Christianos, 153; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 127; P. le Tourneau, 104.

⁵³¹ Своје идеје Кристијанос (*Christianos*) налази у схватањима швајцарског трибунала из половине 20. века: „*Attendue que celui qui s'adresse pour l'achat d'un appareil quelconque au marchand spécialisé dans la vente de ces appareils est en droit d'attendre de son vendeur les conseils nécessaires à son choix et par la suite ceux qui concernent le montage; attendue au contraire qu'en s'adressant à un 'bazar' vendant des appareils de toutes sortes, le client reste entièrement libre de son choix, l'absence de spécialisation du vendeur étant manifeste à raison de la multiplicité même des objets offerts à son choix et de l'impossibilité pour le commerçant d'être spécialisé dans chacune des branches de l'industrie à laquelle il s'adresse pour ses fournitures.*“ Међутим, сам писац додаје да се такво схватање сматра превазиђеним јер почива на организацији тржишта која је другачија од савремене. Осим тога, додаје да савремена судска пракса не прави такву разлику. V. Christianos, 153–154.

⁵³² Вид., примера ради, одлуке Касационог суда: од 23. априла 1985, бр. 83-17282, где се изричито наводи да „*l'obligation de renseignement incombe aussi bien au fabricant qu'au revendeur spécialisé*“; од 25. јуна 2002. године, бр. 99-15915: „*le devoir de conseil du (vendeur) s'inscrivait nécessairement dans son domaine de compétence technique*“ (наше наглашавање).

⁵³³ Вид., примера ради, одлуке Касационог суда (од 27. фебруара 1985, бр. 84-10022, и од 4. априла 1991, бр. 88-12015), у којима је суд изнео да на професионалном продавцу лежи дужност да посаветује купца-лаика, да га упозори на недостатке у квалитету ствари и да му укаже на то које мере предострожности мора предузети при коришћењу ствари. Осим тога, професионални продавац, иако само препродавац, не може се позивати на то да произвођач није навео довољно информација о продатој ствари, како би се ослободио одговорности.

Чини се да се такав став може наћи и мимо случајева у којима се утврђује одговорност продаваца. Вид., примера ради, одлуку Касационог суда од 18. априла 1989, бр. 87-12053, у којој је суд

проблематизовано тенденцијом француских судова да прошире примену претпоставке о познавању недостатка и на тзв. „повремене продавце“ (*vendeurs occasionnels*).⁵³⁴ То су, наиме, субјекти који се не баве продајом као редовном делатношћу, али њихова стручна знања и искуство оправдавају асимилацију са њима.

Та разлика, пак, није нимало занемарљива. Ако се акценат стави на професионално својство продавца као разлог због којег се необориво претпоставља да му је мана била позната, онда ће се на идентичан начин правно третирати и они продавци чија специјализована знања о одређеној врсти робе коју продају пружају могућност да на једноставан начин стекну свест о њеним недостацима и они продавци који таква знања не поседују, али се баве продајом као редовном делатношћу. У том случају, биће ирелевантне стварне компетенције професионалног продавца. Суштински, већи терет ће сносити ови други јер ће се од њих очекивати да се у правном промету понашају на идентичан начин као прави стручњаци, што значи да ће морати да уложе знатно већи напор да се обавесте о свим недостацима ствари које продају уколико желе да избегну одговорност. С друге стране, ако се пође од тога да је стручност продавца разлог примене необориве претпоставке, то отвара додатно питање: зашто се ограничити само на *професионалне* продавце? Зашто се правило о необоривој претпоставци не би примењивало увек онда када се утврди да продавац поседује стручна знања, без обзира на то да ли је он професионалац или физичко лице које се не бави продајом као својом делатношћу?

Проблеми у стварању необориве претпоставке да је (професионалном) продавцу мана била позната само се умножавају када се пређе на терен дужности

сматрао да је агент за некретнине дужан да накнади штету купцима јер им није указао на чињеницу да је дрвенарија на непокретности заражена стрижибубама. Њему, као лицу које се професионално бави продајом непокретности, таква околност је морала бити позната, иако није специјалиста за дрво. М. Fabre-Magnan (1992), 193. У теорији се, међутим, наглашава да мора бити речи о таквим чињеницама о којима се дужник могао обавестити, које су му биле доступне. Ј. Heiñich (485). Вид. и одлуку Касационог суда од 15. фебруара 2006, бр. 04-19757.

⁵³⁴ Вид., примера ради, одлуке Касационог суда (од 9 фебруара 2011, бр. 09-71498; од 26. априла 2006, бр. 04-18466; 26. фебруара 1980, бр. 78-15556; од 5. априла 1978, 76-14764) у којима се у улози продавца налазило физичко лице које поседује стручна знања (архитекта, инжењер, грађевински техничар, надгледник у грађевинској фирми) и које је, пре продаје сопствене непокретности, било само вршило одређене радове на њој, било учествовало у извођењу радова по сопственим нацртима. О критици таквог резонувања суда више у G. Forest, „Vices cachés: assimilation du vendeur occasionnel au vendeur professionnel”, 2011, www.dalloz-actualite.fr, 10. децембар 2017.

професионалаца да се обавесте о одређеним релевантним чињеницама, како би о њима обавестили саговорача (*devoir de s'informer pour informer*). Она је општијег карактера, у двоструком смислу: прво, намеће се без обзира на врсту уговора који се закључује; друго, информација о којој су дужни да обавесте саговорача не мора се свести нужно само на недостатке одређене ствари.⁵³⁵

То је био главни разлог због којег су се поједини писци противили томе да се схватање о *необоривој* претпоставци о знању доследно примени, као опште правило, и на установу предуговорне дужности обавештавања. То би значило да се потпуно искључује могућност да дужник-професионалац доказује да је његово незнање оправдано, када се претпоставка о знању практично претвара у обавезу гаранције. Тада дужност обавештавања губи сваки смисао јер „обавеза гаранције апсорбује све остале обавезе“.⁵³⁶ Стога Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*) сматра да дужност самообавештавања са циљем обавештавања (*devoir de s'informer pour informer*) може бити наметнута само као облигација средства:⁵³⁷ саговорач је крив само уколико постоји његова кривица у „потрази за информацијом“;⁵³⁸

⁵³⁵ Вид. примере у М. Fabre-Magnan (1992), 192–193.

⁵³⁶ *Ibid.*, 195. Пита се и Лејсак (*Leysac*), ако се пође од чињенице да би професионалац требало да поседује одређени степен стручних знања и способности, како му се онда може замерити да свог саговорача није обавестио о одређеном ризику када није ни био у могућности да га предвиди. Ако би се ствари поставиле на такав начин, да професионалци у сваком случају снесу ризик необавештавања, чак и када ни сами нису могли да се обавесте о одређеним чињеницама, потреба заштите саговорача би могла да иде на уштрб иновацијама – професионалци ће одбијати да се упуштају у оне операције у којима постоји озбиљна неизвесност уколико не могу да се осигурају од таквог ризика. L. de Leysac, 339.

⁵³⁷ Боаје (*Boyer*) ствари износи на нешто другачији начин. Према њему, могуће је направити разлику између три категорије решења. Прву категорију чине они случајеви у којима обавеза провере, како је он назива, има контуре облигације средства (*obligation de moyens*): суд не утврђује да ли је дужник заиста знао одређену информацију већ да ли је требало да је зна, имајући у виду околности случаја, посебно његове личне компетенције. Као пример наводи управо повремене продавце (*vendeur occasionnelle*) за које судска пракса, такође, претпоставља да им је позната мана ствари. Другу групу чине, пак, они случајеви у којима обавеза провере поприма облик обавезе резултата (*obligation de résultat*): као пример наводи одговорност закуподавца за евикцију – закуподавац је дужан да обавести закупца о предвидљивим проблемима које може имати. Осим тога, наводи да судска пракса такву обавезу нарочито намеће професионалним продавцима половних аутомобила. Они су дужни да купца обавесте и о информацијама које не поседују, као што су, примера ради, „да ли је возило из прве или друге руке, начин употребе од стране претходних власника, пређена километража, евентуалне саобраћајне несреће, година производње, постојање залого на ауту“. Одговорност стога не би постојала само уколико се утврди да ни сами професионалци не би могли да сазнају одређену информацију. Коначно, трећу групу чине случајеви у којима обавеза провере добија форму обавезе гаранције (*obligation de garantie*). Најважнији пример су правила о одговорности за правне и материјалне недостатке, према којима је савесност дужника ирелевантна. Та подела решава и проблем терета доказивања: у првом је терет на повериоцу, у другом на дужнику, док у трећем не постоји ни могућност да дужник доказује да му одређена чињеница није могла бити позната. Y. Boyer, 354 и даље.

⁵³⁸ М. Fabre-Magnan (1992), 196.

другим речима, ако је сауговарач пропустио да се обавести иако је располагао довољним средствима да сазна информацију, иако је требало да је зна.

Пракса створена од судова – да се од сауговарача-професионалца очекује у правном промету да има сазнања о одређеним чињеницама, да се о њима мора обавестити уколико их заиста не поседује, а све са циљем да би о њима могао да обавести свог сауговарача, утицала је на то да се у пројекте реформе француског грађанског права предвиди, као један од елемената опште предуговорне дужности обавештавања, услов да је дужник *знао или морао знати* за одређену релевантну информацију.⁵³⁹ Међутим, тако постављен услов ипак није доспео у коначан текст измена француског Грађанског законика. Спорна природа дужности познавања одређене релевантне чињенице, непостојање јасне опредељености на које би се све сауговараче односила, на који начин се дужник може ослободити одговорности, износе се као главни аргументи што се у чл. 1112-1 измењеног ФГЗ предвиђа да дужност обавештавања може теретити само дужника који заиста познаје одређену релевантну информацију.⁵⁴⁰ Осим тога, усвојеним решењем се уређује и питање терета доказивања: на наводном повериоцу је да докаже да је друга страна знала за одређену информацију и да је стога дужник дужности обавештавања.

У коментарима најновијих измена се, међутим, истиче да се то ограничење не примењује када сауговарача-професионалца терети дужност обавештавања посебног карактера, као што је дужност саветовања: у том случају он остаје дужан да се информише како би могао да изврши своју дужност пружајући адекватне савете.⁵⁴¹

⁵³⁹ Вид. чл. 1129 Пројекта Ордонансе за реформу уговорног права, општег дела и терета доказивања (*Projet d'Ordonnance du portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*) који је објавило Министарство правде Републике Француске, у фебруару 2015. године, http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf, 10. децембар 2017; чл. 1110 Преднацрта Катала (*Avant-Projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*) из 2005. године, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, 10. децембар 2017; чл. 33 Преднацрта Тере (*L'avant-projet Terré*), вид. у J. Ghestin (2013), 1305.

⁵⁴⁰ „Une telle présomption de connaissance de certaines informations peut, en effet, être justifiée lorsque le débiteur est un professionnel, mais elle semble tout à fait excessive lorsque n'importe quel contractant peut être concerné.“ J. Heinich (469); G. Cattalano-Cloarec, 41.

⁵⁴¹ J. Heinich (469); G. Cattalano-Cloarec, 41.

5.1.1.1.2 О претпостављеном знању као критеријуму за настанак и обим дужности обавештавања у англосаксонском праву

Мада је круг случајева у којима се прихвата да постоји дужност обавештавања далеко ужи него у системима континенталног права, и у англосаксонском праву се, као један од елемената који утиче и на настанак и на обим предуговорне дужности обавештавања, поставља знање дужника за одређену релевантну чињеницу. Али, испуњеност тог услова се не утврђује само на такав начин што се доказује да ли је конкретан дужник *заиста* поседовао сазнања о одређеним чињеницама у тренутку закључења уговора (*actual knowledge, actual notice*). Знање, наиме, може бити и претпостављено (*constructive, imputed, presumptive knowledge or notice*).⁵⁴² Довољан ће бити доказ о постојању основа претпоставке, чињенице на основу које се даље изводи закључак о претпостављеној чињеници – знању дужника. Ирелевантно је да ли је конкретан дужник о претпостављеној чињеници заиста имао сазнања, узмеће се као да јесте.

Англосаксонски писци Бауер (*Bower*), Тарнер (*Turner*) и Сатон (*Sutton*), у својој обимној студији о дужности обавештавања, све чињенице чије се знање претпоставља сврставају у пет категорија.⁵⁴³

Прву категорију чине све оне чињенице које су општепознате, као и правила и принципи који у свакодневном животу имају општу примену. За њих се претпоставља да су били познати странама у тренутку закључења уговора. Притом, општепознатом се сматра како она чињеница „која је позната целој заједници, тако и она која је позната једној класи или делу јавности, ако тој класи или делу припада онај саговорач коме се знање о њој импутира“.⁵⁴⁴ У оцењивању се узима у обзир особа просечног знања, образовања и искуства, „пажљив човек“ у правном промету.⁵⁴⁵

⁵⁴² G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 53. Вид., примера ради, чл. 3 (4) (а) енглеског *Insurance Act* из 2015. године, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/4/contents/enacted>, 20. април 2018. У том погледу, у теорији се наводи да, у односу на остале системе англосаксонског права, најстрожа правила предвиђа енглеско право. Више о томе у А. Duggan, М. Вryan, F. Hanks, 76–78.

⁵⁴³ G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 56 и даље. Чини се корисним напоменути да се категорије чињеница о којима се знање претпоставља не односе само на наводног дужника дужности обавештавања већ и на наводног повериоца. Другим речима, исти критеријуми служе да се претпостави знање и дужника и повериоца.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, 56.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, 57–58.

Другу категорију чине чињенице које би сауговарач, имајући у виду делатност којом се бави, морао да зна. Довољно ће, дакле, бити да се установи да се сауговарач бави одређеном делатношћу да би се претпоставило да су му, у тренутку закључења уговора, биле познате све „чињенице, околности, обичаји који представљају део уобичајеног скупа сазнања“.⁵⁴⁶

Трећа категорија чињеница произлази из специфичног односа властодавац – заступник. Наиме, уколико се утврди да је одређена чињеница била позната заступнику, претпоставља се да је била позната и властодавцу.⁵⁴⁷ Као оправдање да се властодавцу импутирају све чињенице које су биле познате заступнику, ти аутори најпре наводе разлоге правичности – властодавац је тај који бира заступника, он је његов *alter ego*, а осим тога, уколико властодавац може да извлачи користи из знања свог заступника, правично је да сноси и ризике тога. Осим тога, оправдање се огледа и у потреби заштите јавног поретка и правне сигурности, али и чињеници да је у највећем броју случајева таква претпоставка тачна – властодавцу најчешће и јесте познато оно што је било познато његовом заступнику.⁵⁴⁸

Четврта категорија се може објаснити на следећи начин: ако се утврди да је сауговарачу била позната једна чињеница, сматраће се да су му познате и све друге чињенице до којих води знање о првој или до којих би разумно очекивано истраживање могло да доведе.⁵⁴⁹ Тада се, наиме, сматра да је сауговарач „стављен на упит“ („*put on inquiry*“⁵⁵⁰), што подразумева да је имао довољно сазнања о одређеним чињеницама да се од њега, као разумног човека – „нити претерано сумњичавог нити наивно лакомисленог“⁵⁵¹ – очекује да се распита још и о неким другим.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, 59 и даље.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, 64 и даље. То се, штавише, у неким прописима изричито наводи. Вид., примера ради, у праву Енглеске, чл. 4 *Insurance Act* из 2015. године.

⁵⁴⁸ Да би се знање властодавца могло претпоставити, осим доказа да је заступнику одређена чињеница била позната, неопходно је доказати и да је заступник био дужан да такву чињеницу пренесе свом властодавцу (*agent to know*). G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 67.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, 56.

⁵⁵⁰ О могућности да зна за превару која потиче од трећег вид. J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 364; John Cartwright, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (ed. Ruth Sefton-Green), Cambridge 2005, 311–312; „Fraud and Duress as Defenses of a Surety“, *Columbia Law Review* 40, 7/1940, 1228–1229; K. Zweigert, H. Kötz, 428.

⁵⁵¹ G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 78.

Коначно, пету категорију, према мишљењу тих писаца, чине све оне чињенице чије се знање претпоставља на основу самог закона.⁵⁵²

Излагање о доктрини о претпостављеном знању (*doctrine of presumptive knowledge*) англосаксонски писци завршавају тиме да, иако листа случајева када се знање претпоставља није занемарљива, судови су прилично резервисани поводом њене шире примене.⁵⁵³ Али, њихова резервисаност, односно толерантност у великој мери зависи од тога како ће суд оценити оправданост незнања: када суд утврди да је једна страна свесно, намерно остала у незнању („*fraudulent blindness*“⁵⁵⁴), далеко је спремнији да на таквог сауговорача примени доктрину о претпостављеном знању; и обратно.⁵⁵⁵

5.1.1.1.3 Свест дужника као предуслов настанка дужности обавештавања у нашем праву

Питање да ли сауговорач заиста треба да има сазнања о одређеним релевантним чињеницама, као један од предуслова настанка његове дужности обавештавања, посебан значај добија последњих година, не само у нашој, већ и упоредноправној пракси, нарочито развојем потрошачког права. На посебан тест стављено је у актуелној судској пракси у вези са проблемом закључења уговора о кредиту у швајцарским францима. Једно од питања које се поставило јесте и да ли су банке биле дужне, у тренутку закључења уговора, да упозоре клијенте на повећани ризик индексирања кредита у швајцарским францима. Одговор на то питање отвара једно претходно: да ли су оне, имајући у виду њихово својство стручњака, могле и биле дужне да у тренутку закључења уговора предвиде (размере) ризика које закључење таквог уговора носи?⁵⁵⁶

⁵⁵² *Ibid.*, 56.

⁵⁵³ *Ibid.*, 80.

⁵⁵⁴ J. Story, 162.

⁵⁵⁵ То се објашњава као „преварно суздржавање од самообавештавања“ (*fraudulent abstention from inquiry*). „*When a man has statements made to him of something which is against him, and he abstains from making further inquiry because he knows what the result would be – or, as the phrase is, he ‘wilfully shuts his eyes’ – then judges are in the habit of telling juries that they may infer that he did know what was against him...*“ G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 82.

⁵⁵⁶ Вид. о томе, само примера ради, Решење Привредног апелационог суда, Пж 3826/2015(1) од 26. маја 2016; Пресуду Врховног касационог суда, Прев 60/2016(2) од 27. априла 2017; Пресуду Европског суда правде, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0186&qid=1395932669976&from=EN#Footnote*; Пресуду ФКС од 29. марта 2017, бр. 15-27231.

Нећемо се упуштати у решавање тог конкретног, несумњиво важног правног питања јер оно у великој мери превазилази оквире овог рада и захтева посебну, детаљну правну анализу. Али, оно несумњиво баца посебно светло на општа питања које се на овом месту у нашем раду постављају. Да ли је настанак дужности обавештавања условљен доказом да је дужнику заиста била позната одређена чињеница? Или дужност обавештавања може да буде повређена и ако је та чињеница њему морала бити позната? Како се утврђује да ли је дужнику она морала бити позната? Које околности случаја би требало имати у виду? Који је степен пажње који се од њега очекује?

У системима као што је наш, у којима се не уређује изричито предуговорна дужност обавештавања, као установа општег карактера, одговоре на постављена питања могуће је пружити само анализом других сродних установа грађанског права, чија примена, како смо показали, служи и санкционисању ћутања при закључењу уговора.

Постојање свести о одређеној чињеници и свести о заблуди друге стране услови су *sine qua non* за примену правила о превари.⁵⁵⁷ Ако се прихвати преовлађујуће схватање наше теорије и скромне судске праксе да одржавање у заблуди подразумева и ћутање, примена правила о превари нужно претпоставља да је сауговорач жртве преваре знао за релевантну информацију.⁵⁵⁸ Одржавање у заблуди само по себи подразумева да је сауговорач свестан заблуде друге стране, а свест о томе да друга страна има погрешну представу о одређеној околности претпоставља да је сауговорачу познато право стање ствари. Другим речима, тек уколико неко поседује тачне информације може препознати да о њима постоји погрешна представа друге стране.

Исто важи у случају примене правила о зеленашким уговорима, који у основи имају установу преваре: искоришћавање лакомислености или недовољног

⁵⁵⁷ Вид. чл. 65 ЗОО. Законом се, међутим, дозвољава да превара која потиче од трећег утиче на сам уговор ако је сауговорач за њу само *морао знати*.

⁵⁵⁸ Вид. Пресуду Врховног суда Југославије Рев. 1003/58, Збирка судских одлука, књига 4, свеска 1, бр. 36, стр. 83 и 85, цит. према М. Вуковић, 729, где је продавац свесно прећутао купцу да је земљиште обухваћено постојећим регулационим планом за изградњу улице, иако је знао да га купац купује да би градио на њему. Вид. и Пресуду Врховног суда Србије, Прев. 374/2001 од 20. марта 2002, *ParagrafLex*, мада из доступног текста одлуке није најјасније да ли је реч о превари активним радњама или ћутањем: продавци су закључили уговор о продаји удела власништва друштва са купцима (са којима су претходно основали друштво), али је споразум закључен само на основу документације коју су презентирали купци јер продавци нису имали могућност увида у документацију о пословању друштва. Из тих разлога суд је усвојио захтев за поништењем уговора.

искуства сауговарача, кроз уговарање користи која је у очигледној несразмери са оним што се добија, такође захтева доказ о томе да је постојала свест о релевантним чињеницама.⁵⁵⁹

Међутим, и летимичан поглед на остале одредбе закона чији је циљ, између осталог, да се санкционише пропуст да се сауговарачу пруже одређене информације, јасно показује да санкција повреде дужности обавештавања није у сваком случају условљена доказом да је њеном дужнику била позната чињеница о којој није обавестио другу страну. Њу ће, наиме, дужник морати да трпи и онда када су му одређене релевантне чињенице *морале бити познате*, односно *нису могле остати непознате*.

То се, најпре, може закључити на основу правила о одговорности за правне и материјалне недостатке.⁵⁶⁰ Подсећања ради, чињеница да је сауговарачу *био познат*, односно *није могао остати непознат* одређени недостатак, а о њему није обавестио сауговарача, има важне последице на закључење уговора: тако, стицалац задржава право да се позове на недостатак, иако није извршио своју обавезу да прегледа ствар и обавести продавца о недостатку у одређеном року;⁵⁶¹ уговорна одредба којом се искључује или ограничава одговорност за недостатке сматраће се ништавом;⁵⁶² преносилац одговара за ограничења јавноправне природе ако их је знао или знао да се могу очекивати;⁵⁶³ одговорност за штету је поопштена.⁵⁶⁴ Листа се тиме не исцрпљује – при регулисању појединих уговора, законодавац изричито предвиђа дужност обавештавања, и то не само о недостацима, већ и о другим околностима које би могле бити значајне за

⁵⁵⁹ Чл. 141 ЗОО. Вид., примера ради, одлуку Врховног суда Србије, Рев. 3112/98 од 24. јуна 1998, *ParagrafLex*: „тужени (је) искористио недовољно искуство тужиље, њену лакомисленост, стање да је као стара уз то болесна особа те оштећеног слуха била брижна ко ће је након смрти сахранити, њено велико поверење у туженог да ће он то учинити, да није знала за праву тржишну вредност предметног стана, да терет становања обзиром на животну доб тужиље је скоро небитан, што је извесно да је тужени знао као и да је прометна вредност овог стана далеко већа, па је искористио ово стање тужиље и уговорио за себе корист која је у очигледној несразмери са оним што је у извршењу купопродајног уговора дао, због чега је овај добио обележје неморалног уговора, па су судови правилно применили одредбу члана 141. Закона о облигационим односима када су уговор поништили“.

⁵⁶⁰ Вид. чл. 121 ЗОО.

⁵⁶¹ Вид. чл. 485 ЗОО и 509 ЗОО, којима се уређује одговорност продавца; чл. 574, 577 и 580, којима се уређује одговорност закуподавца.

⁵⁶² Вид. чл. 486, 513, 575. Вид. и чл. 265 ЗОО, којим се на општи начин предвиђа немогућност искључења или ограничења одговорности у случају намере или крајње непажње.

⁵⁶³ Вид. чл. 514 ЗОО, којим се регулише одговорност продавца, али се према одредби чл. 121, ст. 3 ЗОО, то правило има применити и на све остале преносиоце, уколико нешто друго није одређено.

⁵⁶⁴ Вид. чл. 266 ст. 1 и 2 ЗОО, као опште правило које се примењује на уговорну одговорност.

сауговарача, а биле су познате или морале бити познате дужнику.⁵⁶⁵ Коначно, требало би поменути да је савесност један од услова одговорности за недостатке у добротним уговорима.⁵⁶⁶

Мада су одредбе којима се уређује одговорност због недостатака начелно постављене на уопштен начин, тако да се примењују на све сауговараче, без обзира на њихово својство, анализа доступне домаће судске пракса показује да та околност може бити значајна. Наиме, претпоставку о знању, односно став да је дужник *морао знати* за недостатак, судови су износили управо онда када се у улози дужника налазио професионалац.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ Вид. чл. 606 ЗОО, према коме посленик одговара за штету која настане због недостатака у материјалу, налогу наручиоца или друге околности, ако наручиоца не упозори на њих, а били су му познати или морали бити познати; чл. 658 и 662 ЗОО, према којима одговара превозилац ако не скрене пажњу пошиљаоцу на недостатке паковања који се могу опазити, односно уколико не обавести пошиљаоца о свим околностима које би могле да утичу на извршење превоза; чл. 731 ЗОО, према коме складиштар одговара ако не упозори оставодавца на мане, природна својства робе, односно неисправну амбалажу, ако је такве недостатке опазео или морао опазити; чл. 830–833 ЗОО, према којима је отпремник дужан да упозори налогодавца на недостатке у његовом налогу, ако ствар није упакована или иначе није спремна за превоз како треба, као и на све друге околности од значаја за њега; чл. 864 ЗОО, према којем је организатор путовања дужан да путнику пружи потребна обавештења о ценама и условима превоза, боравка и посебних услуга, као и обавештења која се односе на квалитет превозних средстава и смештаја, на ред вожње, везе, граничне и царинске формалности, на санитарне, монетарне и друге административне прописе.

⁵⁶⁶ Вид. чл. 561 ЗОО, према коме је зајмодавац у уговору без накнаде одговоран за штету ако су му недостаци били познати или нису могли остати непознати, а о њима није обавестио зајмопримца. Исто правило се примењује и на одговорност поклонодавца и послугодавца. С. Перовић (1990), 617 и 703.

⁵⁶⁷ Вид., примера ради, одлуку Вишег привредног суда у Београду, Пж. 576/90, *IngPro*: „Ако је продавац знао или могао знати да испоручује робу купцу која није погодна за нарочиту сврху за коју је купац купује, одговара за материјалне недостатке и када их купац није на време рекламирао.“ Вид. и Пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 5993/2008 од 4. децембра 2008, *ParagrafLex*: закупац је захтевао снижење закупнине позивајући се на то да ствар има недостатак (површина закупљеног простора је мања него што је то било означено у уговору). Проблем се јавио због тога што је у првобитном уговору о закупу била наведена (нетачна, већа) површина закупљеног простора, али је закупнина била одређена паушално, те сама величина простора није имала велики значај, због чега јој ни купац није придавао велики значај. Потом је, међутим, тај уговор измењем и закупнина је везана за број квадрата, због чега је информација о површини добила круцијалан значај. Суд је изнео да је, према чл. 574 ЗОО, „одговорност закуподавца искључена ако се ради о недостацима који су у часу закључења уговора били познати закупцу или му нису могли остати непознати. Истовремено је овом одредбом и проширена његова одговорност за недостатке који су закупцу остали непознати упркос његовој крајњој непажњи, ако је сам закуподавац за њих знао и намерно је пропустио да о њима обавести закупца.“ Интересантно је да суд, као образложење за примену чл. 574, ст. 2 ЗОО, о поштреној одговорности закуподавца, није изнео доказ да је закуподавац заиста знао за недостатак и доказ да је таква околност намерно прећутана већ је само изнео да се „од закуподавца који ствар даје у закуп очекује да зна површину простора који даје на коришћење“. С друге стране, у Пресуди Вишег трговинског суда, Пж. 721/2003 од 25. фебруара 2003, *ParagrafLex*, суд није усвојио захтев закупца да му закуподавац надокнади штету коју је претрпео, управо образлажући тиме да закуподавац није знао да ће објект у коме се налази закупљени простор бити срушен. Закупац је, наиме, уложио у адаптацију закупљеног простора јер се ослањао да ће уговор о закупу производити правна дејства 10 година,

Од професионалаца се очекује да покажу виши степен пажње при закључењу уговора, због чега се одговорност због повреде дужности обавештавања о недостатку рађа не само уколико су за недостатак знали већ и ако су морали да знају, да су поступали онако како се од њих очекује. Такав захтев произлази и из опште одредбе чл. 18 ЗОО, према којој се од сауговорача-професионалаца очекује да, при извршавању обавеза из своје професионалне делатности, поступају са повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака).⁵⁶⁸ Поступање са повећаном пажњом може подразумевати, између осталог, и дужност да се о одређеним околностима обавесте пре закључења уговора како би могли да буду у позицији да о томе обавесте сауговорача и спрече настанак евентуалне штете. Такав став произлази из незанемарљивог броја судских одлука које се, између осталог, тичу дужности обавештавања и уговорног и вануговорног карактера.⁵⁶⁹

на колико је закључен, али је објект, на основу решења општинских органа, порушен након непуне две године.

Вид. и Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 742/2006 од 28. јуна 2006, *ParagrafLex*, из које додуше није јасно које је својство продаваца, односно купца: „тужени (продавац, прим. аут.) је **могао знати односно могао очекивати** наведена ограничења у погледу увоза и регистрације предметног возила имајући у виду начин на који је возило увезено, односно да није пружио доказе да је возило купио од овлашћене организације која се бави продајом возила, те да то није **саопштио** тужиоцу као купцу“ (наше наглашавање). Продавац је, наиме, увезао ауто супротно одредбама закона, због чега је, некон што је возило отуђио, покренут царински и прекршајни поступак против њега, по чијем окончању је возило одузето. Суд је спор решио применом правила о одговорности за правне недостатке, и то чл. 514. ЗОО. Интересантно је, међутим, да суд одлуку образлаже тиме да је продавац „могао знати односно могао очекивати“ да ће купац имати проблема због начина на који је возило увезено, иако се према чл. 514 ЗОО тражи знање продавца.

⁵⁶⁸ У судској пракси се објашњава да се од савесног привредника очекује да предузме све радње како би спречио или отклонио штету на страни сауговорача, при чему се конкретна садржина тих радњи процењује објективно, на основу тога да ли привредник са њом мора бити упознат кроз обављање редовне делатности. Вид. Пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 5579/2007 од 9. августа 2007, *ParagrafLex*. Мада у том случају није била повређена дужност обавештавања, суд у њој износи став који може послужити и као смерница општег карактера.

⁵⁶⁹ Вид., примера ради, Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 2728/2010(2) од 23. септембра 2011, у којој је суд сматрао да је лекар дужан да се обавести о здравственом стању пацијента како би могао правилно да изврши своју дужности обавештавања према њему. „Полазећи од одредбе члана 18. став 2. Закона о облигационим односима, којом је прописано да је страна у облигационом односу дужна да у извршавању обавезе из своје професионалне делатности поступа с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака), овај суд закључује да је поступајући лекар морао бити упознат и са овом аномалијом, те да је исту морао узети у обзир приликом хируршке интервенције. Он је то пропустио да учини. Стога, пропуштањем да у целини испита да ли је, којим случајем, пацијент један од оних који ову аномалију имају, лекар је начинио пропуст који је касније узроковао изливање урина у организам, а као последица тога и одстрањивање здравог и функционалног бубрега.“

Вид., примера ради, Пресуду Савезног суда, Гзс. 45/98 од 19. новембра 1998. и Врховног суда Србије, Пзз. 34/97 од 20. маја 1998, *ParagrafLex*. Проблем се јавио због тога што је продавац (увозник) производ који је представљао хербицид који се користи за уништавање дрвенастих

У том смислу може бити интересантна једна новија одлука нашег суда. Власник експроприсаног земљишта захтевао је поништај споразума о накнади за експропријацију јер је при њеном утврђивању био у битној заблуди о својствима земљишта. Наиме, годину дана пре закључења споразума, планским документом града промењена је намена земљишта из пољопривредног у градско грађевинско земљиште, због чега је његова вредност знатно порасла, а о томе власник није имао сазнања. Првостепени суд је одбио захтев за поништење уговора, сматрајући да је тужилац (власник) био дужан да поступа са пажњом која се у промету захтева и да се о вредности сопственог земљишта сам обавести. Међутим, апелациони суд је такав закључак сматрао неправилним: „Првостепени суд је био дужан да цени постојање битне заблуде тужиоца у погледу својстава земљишта имајући у виду начело поуздања у истинитост и потпуност података о предметном земљишту, уписаном у катастар непокретности.“ Другим речима, апелациони суд је сматрао да се савесност власника има оцењивати према стању у катастру јер „учесници у правном промету не могу да трпе штету због чињенице да се регистровано стање разликује од стварног стања непокретности. Увид у катастар непокретности, који је претходно извршио, представљао је довољну и потребну пажњу коју је тужилац требало да покаже приликом закључења предметних споразума.“ Међутим, у овом случају већу пажњу завређује чињеница да се апелациони суд није задржао само на процени понашања власника земљишта

биљака, шибља и шикара, продао као средство за заштиту биља, због чега је дошло до уништења великог броја стабала крушака. Проблем је настао услед тога што производ није био етикетиран. Суд је увозника производа обавезао на накнаду штете коју је ствар причинила на другим добрима купца, позивајући се на правила о одговорности произвођача из чл. 179 ст. 2 ЗОО: „Проверавање увезених производа била је дужност увозника. Пропуштање туженог увозника да провери увезени препарат, у околностима конкретног случаја, представља одлучну чињеницу која онемогућује да се он ослободи одговорности, јер из таквог поступања несумњиво произлази да није предузео све што је било потребно да спречи штету коју је могао предвидети.“

Вид., примера ради, Пресуду Вишег привредног суда, Пж. 1156/99 од 19. маја 1999, *ParagrafLex*: тужени (посленик) је уградио материјал (поцинковани лим) неодговарајућег квалитета, услед чега су се појавили недостаци (флеке) на ствари, због чега је суд умањео цену изведених радова. Тужени се бранио тиме да је тужилац био присутан при одабиру материјала и да није ставио било какве примедбе. У вези са тим, суд је изнео следеће: „Чак и да је тужилац давао материјал, тужени је био дужан да упозори тужиоца на квалитет односно неквалитет материјала, јер је тужени извођач предметних радова и као такав стручан да оцени да ли је неки материјал квалитетан за извођење одговарајућих радова.“ Посленик је, дакле, дужан да се обавести о томе да ли је материјал адекватног квалитета и о томе упозори налогодавца. Вид. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 2639/2008(1) од 16. маја 2008, *ParagrafLex*, и Решење Вишег трговинског суда, Пж. 3895/2002 од 19. марта 2002, *ParagrafLex*: „Извођачево понашање супротно је начелу савесности и поштења и онда ако му чињенице на које се односи недостатак дела нису биле познате, али му нису могле остати непознате да је радио савесно и поштено.“

(тужиоца) већ се осврнуо и на понашање туженог (корисника експропријације). Како се у пресуди износи, тужени је „као јавно предузеће, које делује у општем интересу, морао да води рачуна о стварном статусу земљишта, јер то спада у домен његових обавеза и да у складу са тим поднесе понуду о висини накнаде која одговара стварном статусу земљишта“.⁵⁷⁰ Дакле, на њему је, према схватањима апелационог суда, лежала дужност да се обавести о стварном статусу земљишта, очигледно и мимо увида у стање катастра, и да упути понуду која би одговарала његовој стварној вредности. Такво резоновање, чини се, води следећим закључцима: прво, да својство сауговорача може створити дужност да се пре закључења уговора обавесте о релевантним околностима; друго, да заблуда жртве може бити и последица повреде сауговорача да је обавести о одређеној околности.

Овај део завршићемо тиме да наше право несумњиво показује склоност да се кривица због повреде дужности обавештавања не мора нужно огледати само у томе да је дужник прећутао информацију која му је заиста била позната у тренутку закључења уговора. Он би се могао сматрати кривим и ако му она није била позната, али је имајући у виду све околности случаја, посебно његово својство професионалца, морала бити позната да се у промету понашао онако како се од привредника, односно стручњака оправдано може очекивати.

5.1.1.2 Свест о значају информације за сауговорача

Једна је ствар да ли је дужник имао или морао имати сазнања о одређеној чињеници, а нешто друго да ли је био свестан њеног утицаја на вољу повериоца. Шта уколико је пропустио да га обавести о одређеној чињеници јер је није сматрао релевантном, одлучујућом? Може ли му се тада приговорити да је повредио дужност обавештавања? Да ли је, другим речима, свест о одлучујућем карактеру одређене информације предуслов настанка дужности обавештавања о њој?

Одговори на постављена питања у великој мери зависе од начина процене одлучујућег карактера одређене информације. Сваки сауговорач, наиме, тежи да закључењем уговора задовољи неку своју потребу, да постигне одређени циљ. У

⁵⁷⁰ Вид. Решење Апелационог суда у Нишу, Гж. 2335/2017 од 13. априла 2017, *ParagrafLex*.

том смислу, да ли ће за једног сауговарача одређена чињеница имати одлучујући значај, зависи управо од тога да ли она ремети остварење циља које је он имао у виду. С друге стране, садржај информације коју једна страна сматра одлучујућом, јер би могла да поремети остварење циља који је имала у виду, може бити веома различит. Што је једном сауговарачу од одлучујућег значаја другоме се може чинити ирелевантним. Да ли би, стога, процену одлучујућег карактера информације требало вршити *in abstracto*, према томе да ли је одређена чињеница иначе подобна да утиче на закључење конкретног уговора, без обзира на то ко се налази у улози сауговарача или би процена требало да се врши *in concreto*, према томе какав су став о њој имали конкретни сауговарачи? У другом случају, пак, чему дати предност: схватању конкретног „повериоца“ или конкретног „дужника“?

5.1.1.2.1 Схватања у упоредном праву о начину процене одлучујућег карактера информације и неопходности постојања свести дужника о њој

Без обзира на разлике које постоје у погледима упоредноправних система на проблем постојања и обима предуговорне дужности обавештавања, чини се да међу њима нема разлике у начину процене одлучујућег значаја одређене информације. Чак и у системима као што је француски, у којима се усваја субјективни приступ при процени заблуде као мане воље, и много пре имплементације изричите одредбе о предуговорној дужности обавештавања, судска пракса и доктрина су износиле став да је он неадекватан када је реч о дужности обавештавања.⁵⁷¹ Уместо тога, процена се има вршити *in abstracto*,⁵⁷²

⁵⁷¹ Разлог због којег су се судска пракса и теорија определиле за објективан начин процене одлучујућег значаја одређене информације јесте у томе што је, за разлику од заблуде, држање сауговарача предуслов настанка предуговорне дужности обавештавања. М. Fabre-Magnan (1992), 142. О субјективном начину процене заблуде у француском праву вид., примера ради, у J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2013), 981 и даље; Jacques Mestre, „L'exigence de bonne foi dans la conclusion du contrat“, *Revue trimestrielle de droit civil*, oct.-déc. 1989, 739.

⁵⁷² Та разлика у приступу је задржана и након измена ФГЗ, што је видљиво у самом тексту. Тако, према чл. 1130, ст. 2 ФГЗ, којим се уређује начин процене одлучујућег карактера код заблуде, преваре и принуде, закон предвиђа да се морају имати у виду и сауговарачи и околности у којима је воља дата („*Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné*“). С друге стране, у члану којим се регулише предуговорна дужност обавештавања, чл. 1112-1, ст. 3, процена је деперсонализована: одлучујући утицај имају оне информације које имају директну и нужну везу са садржајем уговора или квалитетима сауговарача („*un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties*“). Julia

утврђујући шта се уобичајено сматра одлучујућим за вољу сауговорача, односно да ли би одређена чињеница имала одлучујући утицај на вољу „разумно пажљиве особе... имајући у виду врсту и природу уговора који се закључује“.⁵⁷³

Процена *in abstracto* управо подразумева да је, при утврђивању карактера одређене информације, ирелевантан став било ког сауговорача о томе.⁵⁷⁴

Сувишно је помињати да је широк дијапазон чињеница које стране могу имати у виду при закључењу уговора и које, за сваку од њих, могу имати одлучујући утицај на закључење уговора. Уколико би се процена вршила према томе да ли је одређена околност имала одлучујући утицај на конкретног „повериоца“, тиме би се умногоме отежао положај „дужника“. Сваки потенцијални дужник би се нашао у незавидној позицији да истражује којим би се мотивима, осим уобичајених, друга страна могла руководити при закључењу уговора. Тиме би дужност обавештавања прерасла у нешто много више: дужнику би се неоправдано наметнуо већи терет бриге о повериочевим интересима у односу на сопствене; штавише, и у односу на бригу коју би сам поверилац посветио својим интересима. С друге стране, уколико би се у обзир узимао став дужника о одлучујућем карактеру одређене информације, повериоцу би се неоправдано могла ускратити заштита и онда када је он, према општем уверењу, заслужије. Дужникова погрешна процена не сме бити на штету сауговорача, чак и када је учињена у доброј вери.⁵⁷⁵

Стога, уколико суд дође до закључка да је конкретна информација објективно важна, сматраће се да је дужник био дужан да је саопшти сауговорачу, без обзира на то што се њему, макар и у доброј вери, чинило да није.⁵⁷⁶ Исто тако,

Heinich, „Le devoir général d’information, 472 – Une information déterminante du consentement“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016; G. Cattalano-Cloarec, 41 фн. 22; M. Latina, G. Chantepie, 151.

⁵⁷³ G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 32.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, 38; M. Fabre-Magnan (1992), 142–143.

⁵⁷⁵ Исто правило важи и у обрнутом случају: ако једна страна одлучи да прећути информацију коју сматра корисном, а она то заправо није. Ни тада се његово мишљење неће узети у обзир. Такво понашање, макар било и злонамерно, неће бити санкционисано – чак и да је ту информацију проследио сауговорачу, она не би утицала на његову вољу да уговор закључи нити на услове под којима би се закључио. M. Fabre-Magnan (1992), 143.

⁵⁷⁶ Постављање захтева да се одлучујући карактер одређене информације начелно има процењивати објективно, независно од схватања дужника, није без недостатака. То може довести потенцијалног дужника у ситуацију да бира један од два пута: први, да сауговорача обавести о свему што зна како би могао бити сигуран да му се неће замерити да је нешто пропустио да каже; други, да се ослони на своју процену и прећути оно што сматра неважним. J. Alisse, 141. И један и

уколико одређена информација објективно нема одлучујући значај, жртва заблуде („поверилац“) нема никакву корист да доказује да је она заиста имала такав утицај на његову вољу за закључење уговора.⁵⁷⁷ Дакле, објективно релевантна чињеница не може постати небитна, само зато што ју је дужник сматрао таквом. И обрнуто: објективно ирелевантна чињеница не може постати битна само зато што је поверилац сматрао таквом.⁵⁷⁸

Чини се да је важно напоменути да је објективни начин процене одлучујућег карактера одређене чињенице *правило*, али оно нема апсолутни карактер. Примењује се увек када се из околности случаја не може закључити да је један саговорач другом ставио до знања да је за њега релевантна нека иначе објективно небитна чињеница. Међутим, када је то случај, када један саговорач другом ставља до знања мотиве којима се руководи при закључењу уговора, примера ради, посебну намену коју је определио за ствар коју прибавља или посебне квалитете које очекује од ње, информација о околностима које представљају препреку да се таква очекивања саговорача испуне, мора се сматрати релевантном. Дужник се онда не може успешно позивати на то да му њен одлучујући значај није био познат.⁵⁷⁹ То потврђују и бројни примери из упоредне судске праксе.⁵⁸⁰

други пут носе своје опасности. Првome се може замерити да би могао да одведе у претерано обавештавање – оно може бити не само непотребно већ и контрапродуктивно. Велики број информација које поверилац добија од дужника може га одвести у већу заблуду него да му ништа није речено. Други пут, пак, носи већи ризик по закључени уговор – дужникова погрешна процена може довести до поништења уговора и родити одговорност за штету.

⁵⁷⁷ G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 37.

⁵⁷⁸ Англосаксонски писци сматрају да би само у једном случају суду могло бити од користи да анализира какав је став саговорача био о релевантности одређене чињенице: онда када постоји сумња о томе да ли је одређена информација објективно битна. Тада би речи или понашање повериоца, односно дужника, из којих се може закључити да је био свестан (и)релевантности одређене чињенице, могле утицати на то да се сама оцена релевантности оконча против њега. *Ibid.*, 39.

⁵⁷⁹ M. Fabre-Magnan (1992), 143. Релевантност одређене чињенице за саговорача може се закључити и на основу питања која поставља при закључењу уговора, нарочито када она превазилазе домен обавештења која би се уобичајено могла очекивати од саговорача. G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 43.

⁵⁸⁰ Тако, одлуком аустријског Врховног суда из 1975. године, уговор о купопродаји је поништен и досуђена је накнада штете купцу јер је продавац пропустио да га обавести о томе да процесор података нема тражене функције. Купац је, наиме, продавцу напоменуо које функције процесор мора да обавља, али се продавац оглушио о то и доставио неодговарајућу ствар. Штета која му је надокнађена јесте штета због поверења коју је претрпео сносивши трошкове инсталирања процесора. За остале примере вид. W. Posch (2016), 83–84 и фн. 228 и 230. У швајцарској литератури се наводе бројни примери у којима је Трибунал сматрао да је саговорач био дужан да препозна значај одређене чињенице и о њој обавести саговорача: тако, у једном случају, сматрало

Ипак, и тада је реч о објективизованом начину процене. То је израз идеје да свест сауговорача (дужника) мора на неки начин бити ангажована, макар и тиме да му је одлучујући значај одређене информације био препознатљив. Захтев препознатљивости објашњава се теоријом поверења и захтева за лојалним поступањем у промету:⁵⁸¹ од разумних и пажљивих сауговорача очекује се да препознају значај информације онда када се она у промету уобичајено сматра таквом или када један сауговорач на то указује другом. Тиме се не само заузима неутралнији став и дистанцира од личних перцепција сауговорача већ се врши и природнија прерасподела ризика између њих. Уколико је одлучујући значај информације морао бити препознат од дужника, на њега ће пасти ризик његове сопствене погрешне процене и(ли) непажње. С друге стране, ако то није случај, ако одлучујући значај одређене информације није био ни препознатљив, ризик мора пасти на жртву заблуде. Њена је кривица што своје преокупације није учинила у довољној мери видљивим.

Захтев за препознатљивошћу одлучујућег значаја информације има још један значај: он решава проблем терета доказивања.⁵⁸² Уколико је, наиме, уобичајено у промету да одређена чињеница има одлучујући утицај при закључењу одређеног уговора (*in abstracto*), на (претпостављеном) дужнику је да докаже да она није имала одлучујући значај у конкретном случају. Ако је, пак,

се да је продавац тепиха био дужан да образложи купцу шта значи ознака „стари“ („ancien“) и да је, на основу околности случаја, морао да препозна, још у време преговарања, да купац не тражи да купи само стари тепих, већ и аутентичан, те да је та аутентичност неопходан елемент закључења уговора о купопродаји; у другом случају, у коме се испоставило да је штанд који је купио трговац доста краћи од предвиђеног, Федерални трибунал није испитивао да ли је продавац знао или морао знати за тај недостатак ствари већ је сматрао да је довољно установити да је купац ставио до знања продавцу да штанд мора бити постављен на тачно одређено место и да је прецизна дужина стола представљала битан елемент; дужност обавештавања постоји и у области продаје непокретности, примера ради, о стању терена које није адаптирано у односу на купчев пројекат градње места за камповање. В. Schmidlin, 233–234, 253. Према одлуци француског суда више инстанце у Перпињану (*Perpignan*), поништен је уговор о продаји апартмана на Пиринејима, који је закључио купац из Енглеске, на основу плана који јој је дао промотер тог апартмана. Наиме, у уговору о продаји нигде није било наглашено да је једина соба у апартману лишена сунчеве светлости јер има само један једини подрумски прозор, иако је купац изричито нагласио да му је то битно. Jacques Mestre, „De la réticence dolosive“, *Revue trimestrielle de droit civil*, avril-juin 1988, 336.

⁵⁸¹ Мада се изричито не предвиђа у закону, правило је изнедрила швајцарска судска пракса. Произлази из захтева за лојалним поступањем у промету да сауговорач има дужност да прецизно информише другу страну, посебно о аутентичности неког уметничког дела, корисности/употребљивости одређене машине, дозволи да се гради на одређеном грађевинском земљишту, вредности удела/акција или финансијској ситуацији одређеног друштва. В. Schmidlin, 233.

⁵⁸² L. de Leyssac, 324–325.

одређена чињеница била од одлучујућег значаја *in concreto*, у односу на вољу конкретног повериоца, на њему је да докаже да је такав значај био познат или морао бити познат дужнику.

5.1.1.2.2 *Схватања у нашем праву о начину процене одлучујућег карактера информације и неопходности постојања свести дужника о њој у нашем праву*

Став нашег законодавца, теорије и праксе о начину процене одлучујућег карактера информације и неопходности постојања свести дужника дужности да обавести о њој, не разликује се од ставова у упоредном праву. Мада наше позитивно право не уређује изричито, на општи начин, дужност обавештавања при закључењу уговора, такав закључак се може извести из анализе правила којима су уређене сродне установе, али и правила којима се уређују неке посебне дужности обавештавања.

Свест дужника о релевантности одређене чињенице представља услов *sine qua non* једино када се захтева поништење уговора применом правила о превари. Да би уопште било речи о превари, па и ћутањем, неопходно је утврдити да је постојала намера, а намере не може бити уколико не постоји свест о томе да је информација која се прећуткује одлучујућа.⁵⁸³ Самим тим, уколико се за наше право прихвати преовлађујући став да и ћутање представља један вид „одржавања у заблуди“⁵⁸⁴, у намери да се друга страна наведе на закључење уговора, може се закључити да примена правила о превари, као један од начина да се санкционише повреда дужности обавештавања, захтева и доказ о томе да је дужник био свестан значаја чињенице коју је прећутао другој страни. Како је, у случају преваре, реч о њеном злонамерном прећуткивању, ирелевантни су њена природа, њен садржај те да ли она уобичајено, за нормалног, просечног сауговарача, при закључењу уговора те врсте, има одлучујући значај.

Када, пак, није реч о намери, довољно је показати да је дужнику одлучујући карактер информације био препознатљив.

⁵⁸³ Исто и J. Ghestin (1989), 160.

⁵⁸⁴ Вид. чл. 65, ст. 1 ЗОО.

То произлази, најпре, из одредаба о заблуди. Када законодавац наводи шта се сматра битном заблудом, осим битних својстава предмета, битних својстава личности код уговора закључених с обзиром на личност и мотива код добротних уговора, он предвиђа да је заблуда битна и када је реч о околностима које се *по обичајима у промету* или *намери странака* сматрају одлучним.⁵⁸⁵ Несумњиво је да је законодавац желео да у сам појам битности заблуде „утка“ захтев да је сауговорачу битност околности о којој постоји заблуда била позната или морала бити позната, било зато што се до таквог закључка може доћи на основу објективних показатеља (проценом *in abstracto*), било зато што му је битност одређене чињенице била учињена видљивом.⁵⁸⁶

До готово идентичних закључака се долази анализом одредаба о одговорности за материјалне и правне недостатке. Да би се тим правилима санкционисала повреда дужности обавештавања, неопходно је да је дужник знао или морао знати за одређени недостатак у свом испуњењу. Али законодавац, начелно, не захтева доказ да је конкретан дужник заиста био свестан значаја информације о постојању недостатка за другу страну.

Релевантност је несумњива када је недостатак такве природе да ствар чини неподобном за њену редовну, уобичајену употребу или промет.⁵⁸⁷ Довољно ће бити да се докаже да је тај недостатак био познат или није могао остати непознат дужнику,⁵⁸⁸ свест о релевантности такве информације се претпоставља⁵⁸⁹ јер се сматра да би просечном сауговорачу значај такве чињенице морао бити познат.

⁵⁸⁵ Вид. чл. 61 и 62 ЗОО.

⁵⁸⁶ „Оно што би одлучујуће утицало на вољу нормалног, просечног уговорника не може остати непознато сауговорнику жртве заблуде; у сваком случају он је дужан да на то рачуна. Супротно, посебне преокупације оне које одступају од просечног, морају бити изричито уговорене.“ Д. Хибер (1991), 215–217.

⁵⁸⁷ Вид. чл. 479 ЗОО.

⁵⁸⁸ Вид. чл. 485 ЗОО. Вид. и Пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 5993/2008 од 4. децембра 2008, *ParagrafLex*: „У конкретном случају, уговором о закупу који је закључен 1989. године као предмет закупа су утврђене четири просторије и ходник, означена је површина од 132 m², а закупнина је уговорена у паушалном износу. У таквој ситуацији може се закључити да је закупнина одређена према укупним својствима закупљене ствари, а не преваходно према површини која представља само један од тих елемената. Зато када висина закупнине није била одређена помоћу цене по јединици површине простора, тачност података о површини простора у уговору није била таквог значаја...“ Међутим, „када су странке измениле ранији споразум о фиксној закупнини и установиле обрачун по јединици површине, сама одредба уговора о површини је добила другачији значај и последице.“ Суд је пружио заштиту закупцу и установио одговорност закуподавца за недостатак, износећи да се од њега „очекује да зна површину простора који даје на коришћење“, позивајући се притом на одредбе чл. 574 ЗОО о поштреној одговорности закуподавца. Суд се, у доступном тексту одлуке, није посебно бавио тиме да ли је закуподавац био свестан значаја информације о

С друге стране, ако ствар нема посебна својства за нарочиту употребу за коју се набавља, недостатак постоји само уколико је таква нарочита употреба била позната или морала бити позната сауговорачу.⁵⁹⁰ Свест о намери да се ствар употреби у нарочите сврхе дужник најчешће стиче тек када о томе буде обавештен од сауговорача,⁵⁹¹ кад му он стави до знања своје преокупације.⁵⁹²

Конечно, као пример може да послужи и начин на који су регулисане и неке посебне дужности обавештавања. Тако, у материји осигурања, законодавац као услов поставља само да је одређена информација о околностима које су од значаја за оцену ризика уговорачу осигурања била позната или морала бити позната.⁵⁹³ Али, закон не говори ништа о томе да ли је услов настанка те дужности и доказ о томе да је уговорач осигурања био свестан значаја одређене информације за осигуравача. Ако јесте, несумњиво је да је о њој био дужан да обавести осигуравача „и без питања“.⁵⁹⁴ Међутим, у случају да се таква свест не може доказати, теорија и домаћа судска пракса стоје на становишту да је тада

тачној површини – или ју је сматрао ирелевантном, или ју је претпоставио, најпре, на основу чињенице (да је закуподавац морао да зна тачну површину закупуљеног простора), а онда и чињенице да је (изменом начина обрачуна закупнине) информација о тачној површини „добила другачији значај и последице“, што би значило да је и закуподавцу требало да буде јасно да је тачна информација о површини од одлучујућег значаја.

⁵⁸⁹ Тако и у М. Fabre-Magnan (1992), 189,

⁵⁹⁰ Вид. чл. 479, ст. 1, т. 2 ЗОО.

⁵⁹¹ У том смислу, вид. и Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 2703/2012 од 24. јануара 2013, *ParagraphLex*: „Према уговору, за излагање странке су уговориле површину сајамског простора од 40 квадратних метара са једним прикључком за струју, без утврђивања других посебних карактеристика закупуљеног простора, па тако и тачне локације на којој треба да се налази. Стога отказни разлог који наводи тужени – да је добио неодговарајући део простора, не може се прихватити као оправдан разлог за отказ... У конкретном случају, странке нису изричито уговориле посебна својства закупуљеног простора која се односе на локацију у павиљону у коме се одржава сајамска приредба. Стога се не може сматрати да је тужилац скривио раскид уговора, обзиром да тужени није доказао да је тужилац преузео обавезу да преда тужиоцу уговорену површину простора која се налази на одређеној локацији у оквиру сајма.“

⁵⁹² „Ако је продавац знао или могао знати да испоручује робу купцу која није погодна за нарочиту сврху за коју је купац купује, одговара за материјалне недостатке и када их купац није на време рекламирао.“ Виши привредни суд у Београду, Пж. 576/90, *IngPro*.

Али, то не значи да поверилац у сваком случају има дужност да му скреће пажњу на специфичну намену коју има у виду за ствар коју прибавља – такво обавештење сматра се непотребним уколико је дужник на неки други начин био упознат са том чињеницом или када му је то морало бити познато. Турно (*Tourneau*) као пример наводи случај када између страна већ постоји претходна сарадња, на основу које су дужнику морале бити познате посебне потребе сауговорача. P. le Tourneau, 104. Стога се свест о значају одређене информације може претпоставити и на основу већ успостављене сарадње између сауговорача.

⁵⁹³ Вид. чл. 907 ЗОО.

⁵⁹⁴ „Ова дужност уговорача осигурања произлази из општег начела да је сваки учесник облигационог односа дужан да се понаша савесно и поштено.“ Ивица Јанковец, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1983, 461.

неопходно водити рачуна о околностима конкретног случаја – на основу њих би се могло претпоставити да је уговарач био свестан или макар морао бити свестан значаја одређене информације за оцену ризика.⁵⁹⁵

Имајући све то у виду, могуће је донети један општи закључак: када је околност таква да се у промету уобичајено сматра одлучујућом (*in abstracto*), уводи се претпоставка да је такав значај морао бити познат и дужнику; и обратно, када је циљ који једна страна жели да оствари неуобичајен, специфичан, поставља се захтев да тога дужник буде свестан како би се од њега уопште могло очекивати да обавести сауговарача о оним чињеницама које представљају препреку за остварење таквог циља.

5.1.2 Држање (претпостављеног) повериоца при закључењу уговора

5.1.2.1 Свест повериоца о одређеној релевантној чињеници

Опште је прихваћена чињеница да не постоји дужност једног сауговарача да обавести другог о околностима о којима он (други) већ има сазнања. Такав став не захтева детаљно објашњење, једноставно га је разумети: ако „поверилац“ већ

⁵⁹⁵ Тако, претпоставља се да су од значаја све „околности садржане у упитнику осигуравача“. Вид. Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 658/2010(2) од 7. априла 2010, *ParagrafLex*. Вид. и Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 8355/2013(2) од 5. фебруара 2014, *ParagrafLex*: суд је сматрао да је уговарач осигурања био дужан да пријави осигуравачу претње које је добијао од трећих лица. Према ставу суда, он „није могао претпоставити да такве околности тужиоца не би занимале. Из самог његовог чина подношења пријаве полицијској управи произлази да је оснивач туженог претње схватио озбиљно. У супротном се мора претпоставити да оснивач туженог, да је потпуно искључио могућност да су претње озбиљне и да би могле да буду остварене, пријаву полицијској управи не би ни поднео.“ Вид. и И. Јанковец (1983), 461–462.

Слично се наводи и у англосаксонској теорији, да осигуравач мора доказати да је дужнику био познат или макар морао бити познат одлучујући значај одређене чињенице. Тако се наводи, пример, ако је осигураник повремено патио од главобоља, за лекара би то могао бити знак и озбиљног обољења, „*but unless the insurer can persuade the court to hold that the insured realized the possible significance of the symptoms, or, as a reasonable layman should have done so, he cannot succeed in his claim*“. Бауер (*Bower*) стога предлаже да би осигуравач требало да припреми одређени сет питања којима ће другој страни ставити до знања значај одређене информације уколико жели да предупреди ситуације да му осигураници у доброј вери прећуте чињенице које му могу бити одлучујућег значаја. G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 55. Нешто другачије се наводи у А. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 77, према којима је позиција уговарача осигурања најнезгодија у енглеском праву, у коме се релевантност одређене околности често широко тумачила – као свака околност која би утицала на брижљивог осигуравача да уопште закључи уговор или да га закључи под датим условима. С друге стране, у праву Аустралије се узима у обзир да ли је уговарач осигурања знао за одлучујући значај одређене чињенице, односно да ли би разумни сауговарач (који се налази у улози уговарача осигурања) тога био свестан. J. O’Sullivan, J. Hilliard, 222; M. Furnston, 482 и даље.

има сазнања о релевантним информацијама, нема никаквог, још мање оправданог интереса да се „дужник“ обавезе да га о њима обавештава.⁵⁹⁶

Томе нас уче и правила о манама воље и одговорности за недостатке. Не може бити ни заблуде, ни одговорности за недостатке, а још мање преваре уколико „поверилац“ има сазнања о свим релевантним чињеницама које би могле да утичу на његову вољу да закључи уговор. Знање „повериоца“ спречава настанак заблуде, те се он не може позивати на то да га „дужник“ није обавестио о одређеним околностима како би исходовао поништење/раскид уговора и/или накнаду штете. То важи без обзира на то да ли је „дужник“ био свестан тога да сауговорач већ има релевантне информације. Чак и ако је постојала његова намера да „повериоца“ ћутањем обмане, санкционисање такве намере ће изостати уколико изостане штетна последица, а штете не може бити ако нема заблуде. Битнија је, дакле, воља сауговорача, да ли је она манљива, него несавесност, малициозност друге стране. Таква превара би остала само у домену покушаја,⁵⁹⁷ а покушај преваре, уколико је неуспешан, сам по себи не доводи у питање пуноважност уговора.⁵⁹⁸ Тиме се уједно спречава тежња „повериоца“ да из уговора изађе, ако се накнадно испостави да јој не одговара. То је неспорно и у нашој судској пракси, те се том питању неће посвећивати већа пажња.⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ J. Alisse, 141; Julia Heinich, „Le devoir général d’information, 470 – Ignorance légitime de l’information par le créancier“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.

⁵⁹⁷ „...ако га је (купац, прим. аут.) запазио, равнодушна је ствар да ли је тај недостатак продавац ‘arglistig’ прећутао (...); овде је само питање о томе да ли је купац био запазио недостатак а не и о евентуалним неисправним намерама продавчевим (које, уосталом, нису успеле – према нашој хипотези)“. Живојин Перић, *О уговору о продаји и куповини*, Београд 1986, 383–384. Л. Марковић, 234; F. Viney, 1751. Чини се да је важно поменути да се изузетак може јавити у случају када је поверилац увидео право стање ствари, али га је дужник уверавао у супротно (примера ради, увидео је да коњ храмље, али га је продавац уверио да је то пролазно). Тада може бити од две ствари једна: или је таква превара остала у домену покушаја, јер се купац није ослонио на такве нетачне тврдње, где заблуде нема; или је дужник преваром успео да доведе другу страну у заблуду, када заправо и не можемо говорити о „знању“ у правом смислу речи јер се купац ослонио на такве тврдње. У вези са тим вид. и чл. 480 ст. 3 ЗОО.

⁵⁹⁸ И онај ко покуша да превари несавестан је, али то неће утицати на пуноважност уговора. Такав акт би евентуално могао створити право да се захтева накнада штете. Како наводи Хибер, могао би се евентуално замислити пример у коме би такав покушај, уз пуноважност уговора, производио грађанскоправне последице, право жртве покушаја на накнаду штете коју је претрпела отклањајући твај покушај. Д. Хибер (1991), 232–233.

⁵⁹⁹ Вид. Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 398/06 од 1. марта 2006, *IngPro*: продавац не може тражити поништај уговора о купопродаји непокретности због прекомерног оштећења уколико му је пре закључења уговора била позната права вредност непокретности; Пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 795/2006 од 6. септембра 2006, *ParagrafLex*: нема правног основа за поништај уговора о продаји друштвеног капитала због означене цене ако је купац без мана воље у поступку аукцијске продаје понудио цену за коју је у том моменту знао да је знатно већа од

Много више пажње захтева питање да ли се несавесност, кривица повериоца дужности обавештавања своди само на доказ о томе да му одређена информација није била позната при закључењу уговор.

5.1.2.2 Дужност самообавештавања као природна граница дужности обавештавања

5.1.2.2.1 Уопштено о дужности самообавештавања

Упркос свеprisутној тенденцији да се прошири обим предуговорне дужности обавештавања, рано се у упоредноправној теорији, али и судској пракси, јавила потреба да се утврде њене границе. Предуговорна дужност обавештавања настала је са циљем да ублажи неједнакости које постоје између сауговорача при закључењу уговора, а које су последица често значајне диспропорције њихових знања, способности и вештина, посебно уочљиве у односу професионалаца и потрошача.⁶⁰⁰ Међутим, диспропорција у знањима сауговорача, услед које је закључен нежељени уговор, није увек резултат несавесног понашања информационо супериорнијег сауговорача. Нити је преваљивање терета реуспостављања равнотеже на њега у сваком случају оправдано – на то указују не само економски, већ и разлози правне сигурности, па и морални разлози.⁶⁰¹

реалне; Пресуду Врховног суда Србије, Прев. 489/2007 од 13. децембра 2007, *ParagrafLex*: не може се сматрати да постоји заблуда при сачињавању споразума којим се утврђују нови проценти сувласничких удела уколико је тужилац пре потписивања споразума био са тим процентима упознат; Пресуду Окружног суда у Ваљевоу, Гж.бр. 689/05 од 26. маја 2005, *Судска пракса 2/2007*: „туженом је, приликом закључења уговора, било познато стање у земљишним и јавним књигама, и како није било државинских и својинских претензија трећег лица, то је првостепени суд правилно применио материјално право када је нашао да, у смислу члана 508. став 1. ЗОО-а, нема одговорности тужиоца као продавца за правне недостатке.“; Пресуду Врховног суда Србије Рев 2018/87 од 28. октобра 1987, *Судска пракса* бр. 3/88, 44: Нема одговорности продавца ако су недостаци били познати купцу.

⁶⁰⁰ „*L'obligation d'information ne doit pas être un palliatif à la carence et à l'incurie: elle ne vise, ainsi qu'il a été dit, qu'à rétablir un déséquilibre informationnel.*“ Julia Heinich, „Le devoir général d'information, 489 – L'obligation d'information s'épuise en présence d'un contractant averti“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.

⁶⁰¹ Дужност самообавештавања одсликава идеје заступљене у економској анализи предуговорне дужности обавештавања, да би заблуду требало да спречи онај ко би то могао да постигне уз најмањи трошак – ако је то жртва заблуде, којој је информација била доступна, не може онда замерити сауговорачу што то није учинио уместо ње. Дужност самообавештавања има и морални основ у дужности да се свако стара о сопственим интересима и да не импутира другоме сопствени немар. М. Fabre-Magnan (1992), 202.

Традиционално се, као противтежа и нужно ограничавање предуговорне дужности обавештавања, у упоредном праву намеће дужност сваког сауговорача да се сам обавести о свим околностима које му могу бити од интереса при закључењу уговора.⁶⁰² „Сваки сауговорач има дужност да се понаша као пажљив и упућен човек.“⁶⁰³ Захтев да се свака страна стара о сопственим интересима има двоструки значај. Прво, било би претерано и непрактично стављати једног сауговорача у позицију да обавештава другог о свему, па и о очигледном. Друго, дужност самообавештавања преноси идеју да се, приликом утврђивања да ли је постојала предуговорна дужност обавештавања, у обзир мора узети и понашање њеног наводног повериоца.⁶⁰⁴ Није ли, наиме, поверилац понекад сам крив за сопствену необавештеност?

5.1.2.2.2 Развој дужности самообавештавања

Дужност самообавештавања („*devoir de se renseigner*“, „*obligation de savoir, ein Wissenmüssen*“⁶⁰⁵) представља генерализацију већ постојећих идеја.

Еволуција је започета на терену заблуде као мане воље. Жртви заблуде се, у упоредном законодавству или судској пракси, као услов за поништење уговора или ослобођење од одговорности за штету која је тиме причињена, често поставља захтев да се на сопствену заблуду може позивати само уколико није крива за њу, уколико је заблуда „извињавајућа“ („*excusable*“).⁶⁰⁶ Концепт нескривљене,⁶⁰⁷ извињавајуће заблуде послужио је као једноставан начин да се не пружи заштита – онда када на то не упућују чак ни морални обзири – оном који заштиту не заслужује. Другим речима, нема разлога да закон штити онога ко се сам не штити.

⁶⁰² *Ibid.*, 197; F. Schenker, 315; H. Kötz, A. Flessner, 202; Dirk Looschelders, „Pre-Contractual Obligations and the Concept of Culpa in Contrahendo I German Law”, *The Formation of Contract, New Features and Developments in Contracting* (eds. Reiner Schulze, Pilar Parales Viscasillas), Baden-Baden 2016, 37.

⁶⁰³ „*Chaque contractant a le devoir de se conduire comme un homme prudent et avisé*,” Y. Boyer, 251.

⁶⁰⁴ C. Garcin, O. Moréteau, 109.

⁶⁰⁵ François Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Paris 1928, 126–128.

⁶⁰⁶ Вид. чл. 61, ст. 2 ЗОО; чл. 26 ШЗО; J. Ghestin (2013), 1411 и даље; J. Mouly (2003), 2026; M. Fabre-Magnan (1992), 200; N. Kuonen, 450–451; O. Riske, 232-233; F. Schenker, 314 фн. 21.

⁶⁰⁷ О нескривљености заблуде вид. Драгор Хибер, „Нескривљеност заблуде“, *Архив за правне и друштвене науке*, април–јун 1992, Београд, 267 и даље.

Правилима о одговорности за правне и материјалне недостатке јасно се поставља готово идентичан захтев. Не постоји, начелно, дужност продавца (преносиоца) да скрене пажњу на видљиве мане – претпоставка је да их је купац знао.⁶⁰⁸

Принцип на коме почива дужност самообавештавања идентичан је захтеву да заблуда буде извињавајућа, да мана буде скривена:⁶⁰⁹ „претендовати да не буде везан уговором може само онај који се сам беспрекорно држао“⁶¹⁰, коме се не може пребацити да је својом немарношћу закључио, како ће се испоставити, нежељени уговор. У том смислу, дужност самообавештавања је општији, шири појам.⁶¹¹ Рећи да је заблуда скривљена или мана видљива није ништа друго до тврдити да је сауговарач имао дужност да се сам обавести о одређеним околностима, те да је такву дужност (самообавештавања) повредио. Његово незнање је тада неоправдано.

Није тешко препознати да се дужност самообавештавања ослања и на начело савесности и поштења. Онај ко је био недовољно пажљив при закључењу уговора и није предузео потребне мере да се увери да је уговор у складу са његовим интересима не може се сматрати савесним уговорником.⁶¹² Страна која је погрешила зато што је поклонила превише поверења другој страни или се уопште понела претерано неопрезно може само себе да криви јер „пажљив сауговарач зна да мора бити на опрезу“.⁶¹³

Дужност самообавештавања је дужност у сопственом интересу,⁶¹⁴ о чијој природи је већ било речи.⁶¹⁵ То није обавеза у техничком смислу јер не рађа

⁶⁰⁸ В. Капор (1978), 846; Pierre Tercier, Laurent Bieri, Blaise Carron, *Les contrats spéciaux*, Zurich 2016, 85, 99–100.

⁶⁰⁹ Такву везу, између дужности самообавештавања, с једне стране, и извињавајуће заблуде или видљивости мане, с друге стране, потврдила је и француска судска пракса. „*La negligence de la victim de l'erreur, rend celle-ci inexcusable, lorsque ladite victim pouvait et devait s'informer; qu'il peut être également reproché à la victim de ne pas s'être informée auprès de son cocontrctant en lui aisant connaître l'importance qu'elle attachait à la qualité considérée.*“ J. Ghestin (2013), 1412.

⁶¹⁰ Д. Хибер (1991), 242.

⁶¹¹ J. Mouly (2003), 2026; M. Fabre-Magnan (1992), 201.

⁶¹² Б. Визнер, 97–98; „*En ommetant de prendre ces précautions, on s'expose à commetre une illégalité et une injustice et par le seul fait, on se rend coupable d'une négligence ou d'une imprudence, qui entraine la responsabilité personnelle et ne permet pas de bénéficier d'une excuse de bonne foi.*“ F. Gorphe, 125–126, 131; Y. Boyer, 252.

⁶¹³ Вид. одлуке у J. Ghestin (1989), 160–161 фн. 41–43.

⁶¹⁴ Дужност самообавештавања изузетно може имати и другачију функцију. Тако, у швајцарском праву она је и у сопственом интересу (јер се жртва заблуде ослобађа одговорности због

никакву правну везу између сауговорача. То је дужност наспрам које не стоји никакво право, која постоји само на терет и само у корист једног лица – њеног дужника.⁶¹⁶ Њено извршење се не може захтевати принудним путем. Она се сауговорача тиче тек толико што спречава да настане његова дужност да „повериоца“ обавештава о оним околностима о којима је сам могао да се обавести.⁶¹⁷ Другим речима, њено извршење је тек претпоставка за вршење права – права да се позива на (евентуалну) одговорност друге стране због необавештавања.⁶¹⁸

Мада се помињала и у старијим радовима,⁶¹⁹ највећи утицај на развој идеје о дужности самообавештавања („*devoir de 'se' renseigner*“) у француској доктрини је имао Журдан (*Jourdain*), својим невеликим, али важним чланком под истим називом.⁶²⁰ Журдан је намеравао да концептом дужности самообавештавања допуни студију о дужности обавештавања. Како тај аутор наводи, „дужност сарадње сауговорача и дух солидарности“⁶²¹ при закључењу уговора налажу да се свака страна најпре мора сама информисати о свим околностима које јој могу бити значајне за доношење одлуке о закључењу уговора. Необавештеност тзв.⁶²² повериоца не би требало да буде резултат његове сопствене немарности. Поверилац, истиче, мора стећи право да буде обавештен, „право да не зна“ („*droit d'ignorer*“);⁶²³ није довољно само да докаже да му одређена чињеница није била

поништења уговора) и у интересу сауговорача (јер скривљена заблуда рађа његово право на накнаду штете). N. Kuonen, 451.

⁶¹⁵ О томе у делу 1.2 овог рада.

⁶¹⁶ Зато се у теорији пре говори о дужности сауговорача да се обавесте („*devoir de s'informer*“) него о обавези да се обавесте („*obligation de s'informer*“). M. Fabre-Magnan (1992), 200; „*Comment obliger juridiquement quelqu'un à faire quelque chose à l'égard de lui-même?*“ V. Christianos, 46–47.

⁶¹⁷ M. Fabre-Magnan (1992), 199 и даље; V. Christianos, 47.

⁶¹⁸ Тако, купац се не може позивати на недостатке ствари ако је имао дужност да се о њима сам обавести.

⁶¹⁹ L. de Leyssac, 325 и даље; C. Garcin, O. Moréteau, 108 и даље; M. de Juglart, 8 и даље.

⁶²⁰ P. Jourdain, 139 и даље; J. Ghestin (1989), 160–161; P. le Tourneau, 102 и даље; V. Christianos, 46 и даље; M. Fabre-Magnan (1992), 199 и даље; J. Ghestin (2013), 1411 и даље.

⁶²¹ „*Le devoir de coopération et l'esprit de solidarité qui président aux relations qu'entretiennent les parties, aussie bien dans la formation qu'au cours de l'exécution du contrat, imposent en effet que chacun se renseigne et informe loyalement autrui sur le contenu de la convention. Le devoir de se renseigner est donc un principe dont l'obligation d'informer ne représente qu'une exception.*” P. Jourdain, 139.

⁶²² Придев „такозвани“ је овде употребљен како би се истакло да није реч о повериоцу већ о субјекту који се представља као поверилац, иако то није. Он, другим речима, тврди да је друга страна требало о нечему да га обавести, иако дужност обавештавања у конкретном случају није постојала.

⁶²³ P. Jourdain, 139.

позната. То незнање треба да буде још и оправдано,⁶²⁴ да му се ништа не може замерити.

Дужност самообавештавања је, у том смислу, правило, чији тек изузетак представља дужност обавештавања.⁶²⁵ Или како Лејсак (*Leysac*) наводи, „дужност обавештавања јавља се онда када престане дужност самообавештавања“.⁶²⁶ Дужност самообавештавања се, на тај начин, подиже на ниво предуслова за настанак предуговорне дужности обавештавања. Она је, подржавају и други писци, природна граница дужности обавештавања.⁶²⁷

Такав поредак ствари је логичан најмање из два разлога. Најпре, када су информације једнако доступне обема странама, зашто оптерећивати било коју да о томе пружа обавештења? Мора се поћи од тога да је свако дужан да се стара о сопственим интересима. Тиме се не само избегава појава претераног обавештавања већ и спречава индолентност у праву. Осим тога, у таквим ситуацијама би свака страна оправдано могла поћи од претпоставке да је другој таква информација сигурно већ позната, да ју је уврстила у своју уговорну вољу и да нема потребе скретати јој пажњу.⁶²⁸

Мада би тако могло деловати, на овом месту се чини важним поменути да те идеје не би требало разумети тако да се дужност обавештавања нужно надовезује на дужност самообавештавања, односно да се кад год престане дужност самообавештавања (када поверилац није дошао до релевантних информација иако је показао пажњу која се од њега захтева) рађа дужност обавештавања. Могуће је, наиме, да ниједна уговорна страна нема сазнања о одређеној чињеници (нити се од њих може оправдано очекивати да се о њој обавесте), па у таквом случају нема ни дужности самообавештавања ни дужности обавештавања. То је типично поље обостране заблуде. И када је незнање повериоца оправдано, када је извршио своју дужност самообавештавања, мада до

⁶²⁴ J. Ghestin (1989), 160–161; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 128.

⁶²⁵ P. Jourdain, 139.

⁶²⁶ „...*l'obligation de renseigner apparaît quand disparaît l'obligation de se renseigner*“: L. de Leysac, 326.

⁶²⁷ „...*le devoir de s'informer fixe-t-il la limite de l'obligation précontractuelle d'information*“: J. Heinich (470); J. Ghestin (1989), 161; P. Tercier, P. Pichonnaz, 145; M. Latina, G. Chantepie, 155; O. Riske, 233.

⁶²⁸ „И не само то, већ је продавац био у праву претпоставити да је купац приметно махну и да је своју цену, и поред ње, одредио. Дакле, купац је прећутно пристао на ствар онакву каква је била, и не може доцније, због тога, правити никакав приговор.“ Ж. Перић, 380; Н. Ђурђевић (1987), 60.

релевантних информација није дошао, то не мора нужно да води закључку да је о тој информацији други саговорач имао дужност да га обавести.

О таквом надовезивању једне на другу би, евентуално, могло бити речи у случају информационе неједнакости, када се она не може елиминисати иако је поверилац показао дужну пажњу да се сам обавести. Међутим, под знаком је питања да ли се и у сваком таквом случају, када поверилац о нечему није могао сам да се обавести, постоји дужност друге стране, која те информације поседује, да га о њима обавести.⁶²⁹

С друге стране, не би требало закључити ни да се питање кривице наводног дужника увек доводи у зависност од кривице, прецизније, од непостојања кривице наводног повериоца. Представљено на други начин, дужност самообавештавања не искључује увек дужност обавештавања. Њихова се поља могу преклопити. Постоје, наиме, ситуације, о којима ће посебно бити речи⁶³⁰, када се може уочити да су обе стране криве: да је, с једне стране, поверилац могао сам да се обавести о одређеној чињеници, али то није учинио, док је, с друге стране, дужник имао сазнања о тој чињеници, знао да је поверилац у заблуди, а ипак намерно прећутао. Показаће се да кривица једног саговорача, који је повредио дужност да се сам обавести не значи нужно искључење кривице другог саговорача и спречавање настанка дужности обавештавања. Намера дужника може у појединим случајевима „извинити“ непажњу повериоца.

Овај део могуће је закључити тиме да би утврђивање оправданости незнања наводног повериоца требало у сваком случају да буде примарни корак. Тек уколико се утврди да он није крив, да је његово незнање оправдано, требало би прећи на други корак – анализирање савесног поступања (држања) друге стране и испитивање да ли је, о околностима о којима је поверилац био у заблуди, постојала дужност друге стране на обавештавање. Када изузетне околности то оправдавају, пропуст повериоца да се обавести могла би да „извини“ намера друге стране да га у заблуди одржи.

⁶²⁹ Пример може бити однос између послодавца и запослених, у коме се од запосленог не очекује да послодавца обавести о свему што му може бити од интереса. О томе ће бити више речи у поднаслову 5.1.4.2.2 овог рада.

⁶³⁰ Више о томе у делу 5.1.3 овог рада.

5.1.2.2.3 О начинима процене извршења дужности самообавештавања

Потреба да постоји дужност самообавештавања, као један од предуслова настанка дужности обавештавања, сама је по себи разумљива. Не може јој се приговорити. Проблем се, међутим, јавља у начину утврђивања њене садржине. Како се, наиме, утврђује граница те дужности у сопственом интересу (дужности самообавештавања)? Када се може закључити да је она извршена и да нема кривице повериоца за сопствено незнање?

У упоредном праву могу се уочити различити начини терминолошког означавања стандарда понашања који се од саговорача, наводног повериоца дужности обавештавања, очекује да покаже при закључењу уговора. Тако се говори о „пажњи која се у промету захтева“,⁶³¹ „пажњи које околности намећу“,⁶³² „оправданом незнању“ (*ignorance légitime*),⁶³³ „немогућности самообавештавања“ (*impossibilité de se renseigner*)⁶³⁴ итд.

И Закон о облигационим односима, појам нескривљене заблуде одређује путем правног стандарда „пажње која се у промету захтева“⁶³⁵: жртва неће бити крива за сопствену заблуду уколико је у њу упала иако је при закључењу уговора посветила пажњу која се од ње у промету очекује.

Али шта се конкретно може сматрати скривљеним понашањем и уједно повредом дужности самообавештавања, како се она у упоредном праву уобичајено назива? Који се степен пажње од повериоца очекује – да ли се он сматра кривим уколико су му релевантне информације остале непознате из крајње непажње или је довољна и обична непажња? Процењује ли се она *in concreto* или *in abstracto*?

⁶³¹ Вид. и §276 ст. 2 БГБ и у вези са тим F. Gorphe, 126 и даље.

⁶³² Nicolas Rouiller, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, Lausanne 2007, 445. Вид. и чл. 3 ШГЗ, а у вези са тим F. Gorphe, 127 и даље.

⁶³³ Вид. чл. 1112-1, ст. 1 ФГЗ; J. Ghestin (2013), 1411; P. le Tourneau, 102; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 128; P. Jourdain, 139.

⁶³⁴ Интересантно је да је Гестен (*Ghestin*) у једном од својих првих радова о дужности обавештавања управо користио термин *немогућност* када објашњава дужност повериоца да се сам обавести, док се у његовим скоријим радовима пре опредељује за термин *оправдано незнање* повериоца. Упор. J. Ghestin (2013), 1411, и J. Ghestin (1989), 161; Y. Boyer, 254–255, 285; B. Fages (2001), 132–131;

⁶³⁵ Вид. чл. 61, ст. 2 ЗОО.

5.1.2.2.3.1 О степену пажње повериоца при извршавању дужности самообавештавања

Готово је општеусвојено схватање у упоредном праву,⁶³⁶ а прихватају га и наши писци,⁶³⁷ да се повредом дужности самообавештавања сматра случај када повериоцу остане непозната нека општепозната, уобичајена, ноторна, чињеница доступна свима, коју би иоле пажљив човек знао;⁶³⁸ како се сликовито описује, „када сви у граду знају оно што он једини не зна“.⁶³⁹ Незнање као резултат поступања из крајње непажње представља, дакле, несумњиво повреду дужности самообавештавања.

Али, може ли се крајња непажња сматрати јединим мерилем дужне пажње?

У системима у којима је судска пракса креирала захтев да заблуда буде извињавајућа, као што је, примера ради, белгијски систем, има схватања да би се заблуда могла сматрати неизвињавајућом само уколико је резултат крајње непажње.⁶⁴⁰ Како се објашњава, логика таквог решења је у томе да је заблуда сама по себи разлог неважности уговора – захтев да она буде неизвињавајућа представља изузетак, те би само крајња непажња могла спречити поништење уговора.⁶⁴¹

Исто се, у појединим системима, предвиђа у процени видљивости мане код одговорности за недостатке: тако, примера ради, АБГБ говори о манама које „падају у очи“;⁶⁴² а према БГБ, само незнање из крајње непажње чини стицаоца

⁶³⁶ Енгел (*Engel*) описује и другачија (мањинска) схватања у швајцарској литератури да чак ни крајња непажња не доводи до губитка права купца да се позива на правни недостатак. Она су, наиме, последица законодавног решења у материји одговорности за правне недостатке: чл. 192. ст. 2 ШЗО говори само о знању купца за недостатак, не и могућности знања. Више о томе у Pierre Engel, *Contrats de droit suisse*, Berne 2000, 29.

⁶³⁷ Младен Драшкић, „О материјалним недостацима уопште“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–5/1978, 588.

⁶³⁸ J. Heinich (470); Jacques Mestre, Bertrand Fages, „De quelques limites aux obligations d’informations et de conseil“, *Revue trimestrielle de droit civil*, janv.-mars 2003, 861 и даље; Bertrand Fages, *Droit des obligations*, Paris 2017, 86; M. Latina, G. Chantepie, 155–156. Вид. одлуку ФКС од 6. марта 2002, 99-20637: „l’obligation de conseil ne s’applique pas aux faits qui sont de la connaissance de tous“. Слично у Одлуци ФКС од 20. новембра 2003, бр. 01-17.977; N. Rouiller, 445. Исто се предвиђа, као један од критеријума утврђивања претпостављеног знања, и у англосаксонској литератури. G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 56.

⁶³⁹ Д. Хибер (1991), 248.

⁶⁴⁰ Гестен (*Ghestin*) критикује такво схватање Дабена (*Debin*), упозоравајући да се мора правити разлика између крајње непажње и неизвињавајуће заблуде: неизвињавајућа је свака скривљена заблуда, без обзира на степен кривице. Вид. о томе у J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2013), 1005.

⁶⁴¹ Више о томе у Д. Хибер (1991), 248.

⁶⁴² Вид. §928 АБГБ.

несавесним у стицању права својине на покретним стварима од невласника.⁶⁴³ И у швајцарској литератури, када је реч о правним недостацима, преовлађује став да се купац сматра кривим, те да му је правни недостатак био заиста познат онда када је реч о тзв. долозном незнању (*ignorance dolosive*), односно незнању које је последица грубе непажње (*faute lourde*).⁶⁴⁴

Слично решење је предвиђао и Српски грађански законик: продавац не одговара само за недостатке који „свакоме падају у очи“.⁶⁴⁵ Купчево незнање које је резултат обичне непажње није значило губитак права да се позове на одговорност.

Међутим, према новијим схватањима, треба утврди један строжи критеријум.⁶⁴⁶

Чини се да такво решење прихвата и Закон о облигационим односима. Тумачење стандарда „пажње која се у промету захтева“, о чему ће више речи бити у наредном поглављу, показате да је за повреду дужности пажње (те дужности самообавештавања) довољан било који степен кривице, дакле, и обична непажња.

5.1.2.2.3.2 О субјективној и(ли) објективној процени непажње

Када се процењује понашање сауговорача, наводног повериоца дужности обавештавања, да ли се оно упоређује искључиво са понашањем замишљеног, апстрактног појединца при закључењу уговора? Или се, пак, узимају у обзир и друге околности конкретног случаја, како оне објективне, које се, примера ради, могу односити на врсту уговора који се закључује или „атмосферу“ у којој је он

⁶⁴³ Вид. §932 БГБ.

⁶⁴⁴ Тако, примера ради, купац се није понашао савесно уколико намерно није прочитао извод из регистара непокретности који му је достављен или документа која му је доставио продавац, а у којима је изричито описана неизвесност порекла права својине. Штавише, неки аутори заузимају став да се купац има лишити права и онда када није упознат са стварним правима која су уписана у овај регистар. Silvio Venturi, Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (dir. Luc Thévenoz, Franc Werro), Bâle 2012, 1369; P. Engel, 29. У чл. 192, ст. 2 ШЗО иначе се говори само о знању купца за недостатак, не и о могућности знања.

⁶⁴⁵ Вид. §556 СГЗ.

⁶⁴⁶ М. Fabre-Magnan (1992), 200; J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2013), 1005; Y. Boyer, 254–255, 285. Вид. и често цитирану одлуку ФКС од 27. новембра 1979, бр. 78-11962. О процени понашања купца при прегледу ствари, у швајцарској литератури се износи да „l’attention habituelle devrait lui permettre de découvrir même des défauts qui ne ‘sautent’ pas aux yeux“. S. Venturi, M.-N. Zen-Ruffinen, 1415.

закључен, тако и оне чисто личне, унутрашње особине, знања или способности конкретног сауговарача?

Као што је поменуто, у ЗОО се упућује на стандард „пажње која се у промету захтева“ у процени скривљености заблуде, али се одредбама о заблуди не пружају даље смернице помоћу којих би се могла конкретизовати његова садржина. С друге стране, уређујући одговорност продавца за недостатке, ЗОО је нешто конкретнији: сматра се да нису могли остати непознати купцу они недостаци које би „брижљиво лице са просечним знањем и искуством лица истог занимања и струке као купац могло лако опазити при уобичајеном прегледу ствари“.⁶⁴⁷

На који се начин треба процењивати понашање сауговарача, наводног повериоца дужности обавештавања?

Лезичко тумачење одредбе чл. 61, ст. 2 ЗОО упућује на апстрактно мерило пажње, а чини се да одредба из чл. 480, ст. 2 начелно апстрактно мерило ублажава упућивањем да се имају узети у обзир и поједине субјективне карактеристике конкретног купца.

Анализа наше, али и упоредноправне доктрине и судске праксе, показује лепезу различитих, често супротстављених схватања.

На једном су полу схватања да се процена понашања повериоца има вршити *in concreto*, имајући у виду све околности случаја, а нарочито личне способности наводног повериоца дужности обавештавања.⁶⁴⁸ Антић наводи да је, у оцени извињавајућег карактера заблуде, пажња која се у правном промету захтева „правни стандард који ће суд конкретизовати у вези са спорним случајем, водећи рачуна о свим околностима (нпр. узраст, искуство, занимање, стручност уговарача, врста робе, време које је било на располагању за преглед објекта купопродаје и сл.)“,⁶⁴⁹ а Аранђеловић, коментаришући одредбе о прекомерном оштећењу, да су „могућности познавања појединаца вредности у промету толико

⁶⁴⁷ Вид. чл. 480, ст. 2 ЗОО.

⁶⁴⁸ М. Fabre-Magnan (1992), 202 и даље, За примере субјективне процене извињавајућег карактера заблуде у француском праву вид. Didier Pottachia, „Les vices du consentement – Le dol et la violence“, *Collection Lamy Droit civil – Lamy Droit du contrat* (dir. Bertrand Fages, Sidonie Doireau), 2001, 205–263.

Вид. Решење Привредног апелационог суда, Пж. 7856/2012(2) од 19. јуна 2013; Пресуду Врховног суда Југославије, Рев. 109/71, *Збирка судских одлука из области Грађанског права 1973-1986*, одлука бр. 300.

⁶⁴⁹ О. Антић, 331.

различите с обзиром на сва њихова својства, која се свакако приликом те оцене морају узети у обзир“.⁶⁵⁰ Исте идеје се могу наћи и у старијој литератури. Тако, при утврђивању да ли је постојала заблуда, Павловић упућује да „ваља пазити на године, пол, стање и ступањ васпитања тужиоца; напослетку и на све околности спора“.⁶⁵¹

На другом су, пак, полу схватања да се процена оправданости незнања има оцењивати *in abstracto*,⁶⁵² тако што ће се понашање конкретног „повериоца“ упоређивати са понашањем уобичајено пажљивог човека који се стара о својим интересима. Добар домаћин, сматра се, не ослања се претерано на то да ће од свог будућег саговорача добити много обавештења.⁶⁵³ Још мање ако их сам не тражи.

И у нашој теорији и судској пракси се износи став да се у процени скривљености заблуде, скривености мане и уопште неоправданости незнања, има применити стандард из чл. 18 ЗОО, којим је уређено начело понашања саговорача при извршавању обавеза и остваривању права.⁶⁵⁴ Пажња конкретног саговорача се упоређује са пажњом коју би показао добар домаћин, добар привредник или добар стручњак.

⁶⁵⁰ Светислав Аранђеловић, „Прекомерно оштећење“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–5/1978, 525.

⁶⁵¹ Ђ. Павловић, 206.

⁶⁵² Тако, за оцену скривености мане, поједини писци сматрају да је законодавац усвојио објективни критеријум пажње. И. Јанковец (1993), 143; Владимир Капор, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1980, 973; „Брижљивост самог купца, односно његово надпросечно или исподпросечно знање или искуство, не узимају се у обзир.“ Н. Ђурђевић (1987), 63.

⁶⁵³ Герсен (*Garcin*) и Морето (*Moréteau*) истичу да треба правити разлику између начина процене извњавајућег карактера заблуде, који је *in concreto*, и начина процене извршења дужности самообавештавања, где правна сигурност намеће процену *in abstracto*. Потпору за свој став налазе у оним примерима из судске праксе у којима суд повреду дужности обавештавања није решавао на основу одредаба о манама воље. Тако, према ставу суда у Паризу, купац „не може да замери свом снабдевачу да га није упозорио на оне чињенице које не би остале непознате једном предузећу“. Више у С. Garcin, О. Moréteau, 109–111.

⁶⁵⁴ С. Перовић (19806), 259; Б. Визнер, 98; Zvonimir Slakoper, *Komentar Zakona o obveznim odnosima* (ур. Vilim Gorenc), Zagreb 2014, 691–692. Вид. Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 5518/2013 од 16. јануара 2014, *ParagrafLex*; Решење Врховног суда Србије, Рев. 3220/2005 од 1. јуна 2006, *ParagrafLex*; Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 2751/2001 од 8. децембра 2011, *ParagrafLex*; Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 15116/2010(2) од 14. октобра 2011, *ParagrafLex*; Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 3782/2013 од 16. октобра 2013, *ParagrafLex*; Пресуду Врховног суда Србије, Прев. 368/96 од 29. октобра 1997, *IngPro*.

Корисно је поменути да Закон о облигационим односима у чл. 18 говори само о пажњи при извршавању обавеза, што упућује на већ настали облигациони однос. Али, не види се оправдан разлог због којег се иста пажња не би захтевала од саговорача и при закључењу уговора. Вид. о томе и у Драган Павић, „Дужна пажња као правни стандард у судском одлучивању“, *Правни живот* 11–12/1994, 1709; С. Перовић (19806), 163; Z. Slakoper, 24.

И једном и другом схватању, ако би се прихватили у апсолутном облику, могле би се изнети озбиљне замерке.

Усвајање *in concreto* начина процене начелно одговара повериоцу јер се узимају у обзир све околности конкретног случаја, а посебно његова лична знања, способности и особине.⁶⁵⁵ Али, њен озбиљан недостатак је у томе што би претила да угрози правну сигурност – „јао оном ко уговара са недовољно способним; над уговором ће увек лебдети неизвесност да ли ће уговор остати на снази“.⁶⁵⁶ Незнање би се сматрало оправданим ако *конкретан* сауговорач, због своје испотпросечности, није могао доћи до одређених сазнања, иако би до њих једноставно могао доћи просечно пажљив сауговорач. Ризик би у крајњем увек сносила друга страна.

Усвајање *in abstracto* процене штити правну сигурност, али му се замера да не узима у довољној мери у обзир улогу воље при закључењу уговора.⁶⁵⁷ Без заштите би могли остати управо они којима је заштита најпотребнија: неуки, неискусни, они чија је способност процене и сазнања испод просечне.⁶⁵⁸

Као што то често бива, тежња да се супротстављени интереси помире и нађе решење тих дилема доводи до тога да се прихвати управо компромисно решење – упоређивање понашања конкретног повериоца са пажњом коју би у *истим околностима* показао човек *истих особина*. Тако, и аутори који се начелно залажу за принцип апстрактне процене признају да се појам разумног, пажљивог, апстрактног сауговорача у одређеној мери индивидуализује.⁶⁵⁹

Најпре, на шта се редовно скреће пажња у теорији, понашање апстрактног сауговорача мора се оцењивати у односу на конкретну ситуацију, што омогућава да се дужна пажња „испуни различитом садржином према фактичким

⁶⁵⁵ То није случај уколико би му, при закључењу уговора, асистирао експерт, када би сносио ризик његове погрешне процене. Bernard Dubuisson, Geneviève Tossens, „Les relations entre professionnels en droit belge“, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges* (dir. Jacques Ghestin), Paris 1996, 436.

⁶⁵⁶ Д. Хибер (1991), 249–250.

⁶⁵⁷ J. Ghestin (2013), 1415.

⁶⁵⁸ Д. Хибер (1991), 249.

⁶⁵⁹ С. Перовић (1980а), 392; М. Драшкић (1978), 587; P. Jourdain, 142; Y. Boyer, 285. Вид. слично и за белгијско право В. Dubuisson, G. Tossens, 434–436.

околностима“.⁶⁶⁰ У обзир се, дакле, пре свега имају узети објективне околности конкретног случаја.⁶⁶¹

На могућност повериоца да се обавести, најпре, може утицати природа уговора који се закључује.⁶⁶² Закључење појединих уговора уобичајено карактерише значајна информациона неједнакост будућих сауговорача. То је, примера ради, случај када једна страна прибавља од друге одређену ствар (купопродаја, закуп, размена и сл.): преносилац је макар одређено време имао у својој државини ствар коју преноси, што му је омогућило да се спонтано упозна и са недостацима који се уочавају тек након дуже употребе; с друге стране, стицалац је често ограничен на површни преглед ствари, који се често показује као недовољан да би се стекла права представа о њеним карактеристикама и квалитетима.⁶⁶³ То је главни разлог због којег се правилима о одговорности за правне и материјалне недостатке пружа жирока заштита стицаоца у случају ћутања преносиоца.⁶⁶⁴

Осим тога, на садржину дужности самообавештавања може утицати и природа објекта уговора.⁶⁶⁵ Када је реч о сложеним или опасним стварима, или уопште стварима чије карактеристике могу уочити само субјекти који поседују специфичне стручне компетенције,⁶⁶⁶ обим дужности обавештавања обично знатно превазилази обим дужности повериоца да се сам обавести. Али, то не значи да он може бити пасиван – он мора имати макар основна знања, а његова дужност се посебно огледа у томе да укаже преносиоцу на своје преокупације,

⁶⁶⁰ Д. Павић, 1706. Вид. Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 1475/2010(1) од 13. септембра 2010, *ParagrafLex*, и Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 795/2011(1) од 9. марта 2011, *ParagrafLex*: „степен пажње разумног и пажљивог човека у датим околностима, а у привредним односима у односу на степен пажње који се очекује од доброг привредника, у датим околностима“.

⁶⁶¹ У француској литератури се уобичајено говори о објективној и субјективној немогућности (*impossibilité objective/subjective de se renseigner*) повериоца да се обавести. Први је о томе говорио Жилијар (*Juglart*), али је она задржана и у радовима других француских писаца, под истим или другачијим називом, али са истом идејом. М. de Juglart, 10; Y. Boyer, 254; J. Ghestin (1989), 161; P. Jourdain, 142; B. Fages (2001), 132–131.

⁶⁶² М. de Juglart, 10–11; Y. Boyer, 255 и даље; J. Ghestin (2013), 1424 и даље.

⁶⁶³ У привредном промету обичаји често налажу да је довољна и само брза и површна провера достављене робе, нарочито када је природа производа таква да онемогућује озбиљнију проверу. P. Jourdain, 143.

⁶⁶⁴ Дужност обавештавања постоји како у односу на материјално и правно стање ствари, тако и у односу на начин њене употребе. Y. Boyer, 254 и даље.

⁶⁶⁵ Reinhard Zimmermann, Dirk A. Verse, *Good Faith in European Contract Law* (eds. Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker), Cambridge 2008, 172; N. Rouiller, 445.

⁶⁶⁶ Француска судска пракса обилује примерима у којима је објект продаје било неко уметничко дело. Више у J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2013), 999 и даље.

посебно у погледу начина употребе ствари, уколико је он специфичан. С друге стране, када је реч о половним стварима, судови показују мањи степен толеранције према повериоцу и очекују да он поступа брижљивије него када купује нову ствар.⁶⁶⁷

Листа се тиме не исцрпљује. У обзир се узимају и начин на који су стране водиле преговоре,⁶⁶⁸ специфичан начин закључења уговора, као што је куповина на распродаји⁶⁶⁹ или куповина на даљину,⁶⁷⁰ природа информације која се има прибавити,⁶⁷¹ али и друге објективне околности случаја које би могле утицати на понашање просечног сауговорача.⁶⁷²

⁶⁶⁷ М. Драшкић (1978), 588; P. le Tourneau, 102; J. Ghestin (2013), 1414. Код таквих ствари се истовремено очекује повишен степен бриге и од дужника: у вези са половним стварима, продавац мора обавестити купца не само о манана које он сматра важним већ и о свим чињеницама које служе да се процени могућност употребе ствари; код опасних или сложених ствари, дужник-професионалац, посебно произвођач, дужан је да пружи сва упозорења. P. Jourdain, 143. Вид. примере и у Н. Kötz, A. Flessner, 201–202 и фн 31.

⁶⁶⁸ Вид. Пресуду Врховног касационог суда, Рев2. 265/2013 од 19. марта 2014, *ParagrafLex*: „Текст споразума му је предат пре потписивања. Имао је услове и времена да га прочита, па његов евентуални пропуст да то учини не утиче на пуноважност споразума“; Пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 2666/2013 од 20. фебруара 2014, *ParagrafLex*: тужиоци су „били у могућности да прочитају Споразум... те се у складу са тим не могу позивати на постојање мане воље“; Пресуду Окружног суда у Београду Гжл-4576/07 од 15. априла 2009, *IngPro*: „тужилац се пре потписивања закљученог уговора могао упознати са његовом садржином“. У истом духу су и Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 4160/03 од 29. априла 2004, *IngPro*; Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 2751/2011 од 8. децембра 2011, *ParagrafLex*; Пресуда Врховног Касационог суда Рев2 341/2016 од 22. фебруара 2017, <http://www.vk.sud.rs/sr>, 20. април 2018.

Упор. са Пресудом Апелационог суда у Новом Саду, Гж.1 1596/2011 од 6. септембра 2001, *ParagrafLex*: суд је дозволио поништење уговора због заблуде јер је утврђено да „споразум о раскиду радног односа и уговор о раду са новим власником није могао да изнесе из фирме и да се посаветује у погледу његовог потписивања и да је његово потписивање била једина могућност уколико жели да настави да ради“.

⁶⁶⁹ М. Драшкић (1978), 588. Вид., примера ради, случај из немачке судске праксе (AG Coburg, од 24. априла 1992): продавац је на бувљој пијаци продао велики број бележница и делова бележница за десет немачких марака, не знајући да се међу њима налази и оригинални рукопис композиције коју је написао Моцарт. Суд је његов захтев за поништај одбио наводећи, између осталог, да је значајна диспропорција у вредности ствари које се продају или купују на бувљој пијаци уобичајена појава – може се десити да се за релативно ниску цену добије вредна ствар и, обрнуто, да се за релативно високу цену купи безвредна ствар – сваки сауговорач преузима такав ризик. Више о томе у Hugn Beale, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon, Stefan Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oregon 2010, 482; Martin Josef Schermaier, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (ed. Ruth Sefton-Green), Cambridge 2005, 142.

⁶⁷⁰ У привредном промету купци често немају могућност да прегледају ствари при закључењу уговора већ тек након што им роба буде достављена. Осим тога, може се поменути и случај познат у француској пракси: уговор о купопродаји апартмана на Пиринејима, који је закључио купац из Енглеске, на основу плана који му је дао промотер, поништен је јер нигде није било наглашено да је једина соба у апартману лишена сунчеве светлости (има само један једини подрумски прозор), иако је купац изричито нагласио да му је то битно. J. Mestre (1988), 336.

⁶⁷¹ У француској пракси чувен је пример у коме је уговор поништен зашто што је исти манекен раније већ рекламирао сличне конкурентске производе. Суд је сматрао да до таквих информација агенција није могла једноставно доћи и да већ само то што су манекен и његов агент прихватили

Када је, пак, реч о субјективним околностима, имају се узети у обзир само оне које су објективно сазнатљиве. На то, уосталом, упућују и чл. 18 и чл. 480, ст. 2 ЗОО.

Вредносни суд о понашању повериоца нарочито зависи од његовог својства.⁶⁷³

Очекивања суда најнижа су када се у улози повериоца јавља физичко лице, чије образовање, професија, године, личне компетенције указују на то да је реч о лаику.⁶⁷⁴ Степен пажње који се при закључењу уговора очекује од *доброг домаћина* далеко је нижи од оног који се очекује од лица у чију професионалну делатност спада закључивање таквих уговора (*доброг привредника*). Благонаклоност суда додатно се повећава када је саговорач повериоца-лаика

да закључе уговор имплицира да није постојала ранија сарадња у вези са истим производима са конкурентским фирмама. Више у J. Ghestin (2013), 1425–1426.

Вид. Решење Апелационог суда у Нишу, Гж. 2335/2017 од 13. априла 2017, *ParagrafLex*: саговорач није дужан да зна да је намена земљишта промењена планским документом града, уколико таква промена није регистрована у катастру.

⁶⁷² Вид. Решење Врховног касационог суда, Рев2 179/2015 од 3. јула 2015, <http://www.vk.sud.rs/sr>, 20. април 2018: суд је поништио споразум о престанку радног односа јер је утврдио да се запослена нашла у стању умањене урачунљивости проузроковане „јаким негативним афектом на изненадно обавештење о иницирању престанка радног односа“, закључивши да је „реаговала (је) на начин како се очекује од просечног човека у истој или сличној ситуацији“.

⁶⁷³ J. Heinich (489) и тамо наведене одлуке; P. Engel, 37.

⁶⁷⁴ В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 128.

Вид. Пресуду Врховног суда БиХ Рев 485/85 од 12. децембра 1985, *Судска пракса* 1/87, 46: суд је поништио вансудску нагодбу о накнади нематеријалне штете због трајно смањене животне активности јер се „из околности случаја не може се закључити да тужитељ није поступао са пажњом која се у промету захтева, јер као **неука** страна није могао знати да се дефинитивне последице повреде могу утврдити тек након завршеног лечења“ (наше наглашавање).

Вид. Пресуду Врховног касационог суда, Рев2 785-15 од 23. септембра 2015, <http://www.vk.sud.rs/sr>, 20. април 2018: „Тужилац је тражио да му радни однос престане код туженог због одласка у пензију, при чему није знао последице потписивања споразума о престанку радног односа, односно **није имао потребна знања** да би могао да направи разлику између споразумног престанка радног односа и престанка радног односа због одласка у пензију“ (наше наглашавање). Циљ тужиоца је био да прикупи целокупну потребну документацију ради остваривања права на старосну пензију, о чему је обавестио послодавца, али му је он понудио споразумни раскид уговора, који је запослени, не прочитавши, потписао.

Вид. Решење Врховног касационог суда, Рев2 179/2015 од 3. јула 2015, <http://www.vk.sud.rs/sr>, 20. април 2018: споразум о престанку радног односа поништен, између осталог, и зато што је запослена правно неука особа.

Вид. и схватање Окружног суда у Београду, у коме је одбијен захтев за поништај уговора о поклону: тужиља је тврдила да је приликом овере уговора била у уверењу да потписује папире за пребацивање његове фирме из ВВ у ГГ и за запошљавање најстаријег сина туженог, а не уговор о поклону. „Полазећи од тога да је тужиља виша медицинска сестра... нижестепени судови закључују да приликом закључења спорног уговора тужиља није поступала с пажњом која се у промету захтева а била је у могућности обзиром на своје образовање да контролише шта потписује.“ За разлоге због којих Врховни суд такав закључак не сматра исправим вид. Решење Врховног суда Србије, Рев 3132/05 од 13. априла 2006, <http://www.vk.sud.rs/sr>, 20. април 2018.

професионалац – први је другом, због његових особина, оправдано могао да поклони поверење.⁶⁷⁵

Међутим, апстрактно мерило понашања просечног доброг домаћина примењује се само као минимум за процену дужне пажње у промету.⁶⁷⁶ Ако је поверилац лице које поседује веће способности и вештине⁶⁷⁷ или његово искуство,⁶⁷⁸ својство „бившег професионалца“,⁶⁷⁹ па чак и близак однос са другим професионалцима⁶⁸⁰ указују на то да је био у знатно бољој позицији да самостално стекне релевантна сазнања у односу на оно што би се очекивало од

⁶⁷⁵ P. Jourdain, 142.

⁶⁷⁶ V. Gross, 204.

⁶⁷⁷ „Како и господарственици и професионалци ступају у односе грађанско правног а не трговачког карактера... истицање врсте односа и занемаривање особних својстава стране, довело би до закључка да у односима грађанско правног карактера господарственици и професионалци нису дужни поступати с пажњом доброг господарственика односно стручњака, него с пажњом доброг домаћина. Умјесто тога, држимо да су господарственици односно професионалци дужни поступати с пажњом доброг господарственика односно стручњака увијек, неовисно о томе јесу ли у односу који има грађанско правни или трговачко правни карактер.“ Z. Slakoper, 22–25.

Посебна својства повериоца могу имати и такав утицај да суд његово понашање квалификује као грубу непажњу. Вид. Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. бр. 5319/10 од 9. априла 2010, *Билтен Апелационог суда у Београду*, бр. 2/2011: „овакав однос тужиоца према садржини уговора последица је његове очигледне непажње манифестоване у грубом пропусту тужиоца (**као писменог и образованог човека**) да пре потписивања уговора прочита његов текст. Сада тужилац покушава да последице сопственог немара пребаци на тужену, за коју тврди да му је подметнула други текст договора у односу на стварни споразум“ (наше наглашавање).

Вид. одлуку ФКС од 13. новембра 2008, бр. 07-15.172 и 07-15.958, у којој је суд јемца сматрао обавештеним јер је реч о професионалном правнику, по професији судском извршитељу.

H. Kötz, A. Flessner, 185–186.

⁶⁷⁸ Вид. Пресуду Апелационог суда у Београду Гж1 70/15 од 4. фебруара 2015, www.bg.ap.sud.rs/bilten/Radno/bilten7_rad_06_1.doc, 20. април 2018: „нема оправдане заблуде када је запослени знао елементе потребне за обрачун отпремнине и за утврђивање вредности стимулативне отпремнине, а за њен обрачун му је било потребно знање просте математичке операције множења, а он је као **то-чилац имао искуство и био рачунолагач**, па му се не може приписати дефект на страни знања обрачуна отпремнине“ (наше наглашавање).

Вид. одлуку ФКС од 18. фебруара 1997, бр. 94-21644, где је суд одбио захтев за накнаду штете јер је сматрао да је поверилац, који је радио у банци и већ имао искуства у трговању на берзи, био упознат са механизмом функционисања берзанског тржишта. Упор. са одлуком ФКС од 26. марта 2008, бр. 07-11554: „une personne titulaire d'un diplôme d'études approfondies de droit des affaires ne doit pas être nécessairement considérée comme avertie, dès lors que d'une part elle n'était jamais intervenue sur le marché considéré et d'autre part que ce dernier présentait un caractère spéculatif“. P. le Tourneau, 103.

⁶⁷⁹ Вид. одлуку ФКС од 13. маја 1997, бр. 94-19614: иако поверилац није био професионалац када је реч о хотелима, морао је знати, као неко ко је држао пицерију, да рад било које установе отворене за јавност претпоставља поштовање одређених административних правила и да је требало да се о томе обавести.

⁶⁸⁰ Вид. одлуку ФКС од 6. марта 2001, 98-22556, којом је суд одбио захтев за поништење уговора због заблуде јер, иако се тужитељка није професионално бавила издаваштвом, велики део свог живота је посветила томе, имајући у виду да је њен муж професионални издавач, што јој је укупно дало довољно искуства које омогућава да се упозна са релевантним чињеницама и да једноставно дође до корисних савета од других професионалаца који су њихови убичајени сарадници и пријатељи.

просечног доброг домаћина, суд ће процењивати његово понашање управо према тим околностима.

С друге стране, када се у улози наводног повериоца јављају професионалци, судови су далеко спремнији да незнање сматрају неоправданим и да негирају постојање дужности обавештавања.⁶⁸¹ Због његових компетенција, често се сматра да професионалац није могао да не зна за одређену чињеницу⁶⁸² јер се од њега очекује да покаже знатно виши степен пажње при закључењу уговора.⁶⁸³

То, међутим, ни у ком случају не би требало да води закључку да професионалци не могу бити повериоци дужности обавештавања, нити да су они који уговарају са професионалцима ослобођени било какве дужности обавештавања.⁶⁸⁴ Њихово својство и те како има утицаја на настанак и обим

⁶⁸¹ То је судска пракса у више наврата показала не само на терену мана воље, преваре ћутањем и заблуде, већ и код одговорности за скривене мане. J. Ghestin (2013), 1411 и даље; M. Fabre-Magnan (1992), 203 и даље; P. le Tourneau, 102; J. Heinich (470).

⁶⁸² Вид. примере неизвињавајуће заблуде професионалаца у одлукама ФКС: од 11. фебруара 1992, бр. 89-13812 – закупци су морали знати какве су реалне могућности зараде предузећа јер су заблуду могли избећи увидом у просторије и књиге; од 8. децембра 1998, бр. 96-16160 – власник аутомобила је морао да зна да ће изменом каросерије смањити носивост поменутог возила; од 31. марта 1987, бр. 85-11877 – купац-професионалац није могао да не зна да статуета није оригинална, имајући у виду њену ниску цену; од 17. јула 2001, бр. 97-17259 – продавац није дужан да обавести купца о чињеници која се сматра ноторном у привредном промету и коју је купац морао знати. P. le Tourneau, 102. Тако, мане које би појединцу остале скривене када купује ствар, не могу остати скривене професионалцу. Y. Boyer, 293 и даље. Журдан наводи да није једноставно оборити претпоставку знања: професионалац мора не само да докаже да није знао за информацију већ да му је било немогуће да је сазна, да је заблуда била неизбежна, да је мана била неуочљива. P. Jourdain, 142–143.

⁶⁸³ Вид. Пресуду Вишег привредног суда у Београду, Пж. 3951/98 од 5. новембра 1998, *IngPro*; Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 15116/2010(2) од 14. октобра 2011, *ParagrafLex*; Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 5518/2013 од 16. јануара 2014, *ParagrafLex*; Пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 5579/2007 од 9. августа 2007, *ParagrafLex*; Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 12263/2010(3) од 26. октобра 2011, *ParagrafLex*; Решење Врховног суда Србије, Рев. 3220/2005 од 1. јуна 2006, *ParagrafLex*: тужени-противтужилац није могао стећи погрешну представу о својствима предмета уговарања, између осталог, и због тога што му је тужилац-противтужени предао сву документацију о регистрацији производа „из које је једноставно јасно могао, да је поступао с пажњом која се у промету захтева, утврдити да је, у време продаје, био заштићен робним жигом“. У уговору који су потписали, стајало је да је реч о патенту, а не робном жигу.

Вид. пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 721/2003 од 25. фебруара 2003: купац адаптирао пословни простор јер је мислио да ће у њему остати 10 година, како је уговорено, али је објекат порушен. Суд је одбио захтев за накнадом штете од закуподавца јер он није знао да ће доћи до рушења. С друге стране, „пошто је реч о објекту привременог карактера, заступник закупца је ову чињеницу морао да зна, те је закуп извршио на свој ризик, јер када су у питању објекти привременог карактера са привременом дозволом, корисник права коришћења има право да тражи уклањање објекта било када“.

⁶⁸⁴ Вид. одлуку ФКС од 24. новембра 1976, бр. 74-12352: „*celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispensé de lui fournir les renseignements qui sont en sa possession et don't l'absence altere le*

дужности обавештавања, али не онемогућава да се у улози повериоца нађе и професионалац.⁶⁸⁵ Постоје чињенице које и њима могу бити непознате,⁶⁸⁶ нарочито уколико превазилазе домен њихових компетенција. Подела професионалаца на стручњаке (зналце) и оне који то нису, имајући у виду конкретан уговор који закључују, у том погледу је круцијална.⁶⁸⁷

Несумњиво је да се стандардно разликовање сауговорача на професионалце и непрофесионалце у великој мери коригује разликовањем стручњака од лаика.⁶⁸⁸

5.1.2.2.3.3 Постоји ли дужност повериоца да потражи савет стручњака?

Решавање дилеме начина процене дуговане пажње сауговорача при закључењу уговора има пресудан утицај на још једно питање: ако будући сауговорач, наводни поверилац дужности обавештавања, због својих инкомпетенција није у могућности да се сам обавести, није ли онда дужан да потражи савет стручњака како би се показао довољно пажљивим?⁶⁸⁹ Може ли му се приговорити уколико то није учинио тако што би се његово незнање сматрало неоправданим?

consentement de son cocontractant“ – продавац (физичко лице) није обавестио купца-гаражисту да је продавац од кога је он купио аутомобил вратио километражу на нулу.

⁶⁸⁵ М. Fabre-Magnan (1992), 198.

⁶⁸⁶ Вид. одлуку ФКС од 15. новембра 1983, бр. 82-11310: мана је могла остати непозната и професионалцу; М. Fabre-Magnan (1992), 199 и даље.

⁶⁸⁷ Вид. одлуку ФКС од 19. фебруара 2002, бр. 99-13100: „*Mais attendu qu'à l'égard de l'acheteur professionnel, l'obligation d'information du vendeur n'existant que dans la mesure où la compétence de cet acheteur ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques des biens qui lui sont livrés.*“ Исто у одлуци ФКС од 3. јуна 1998, 96-16439. Вид. и одлуку ФКС од 23. априла 1985, 83-17282: познати сликар је набавио посебну боју од произвођача, али је неколико година касније она попуцала на сликама. Сликара је тражио накнаду штете од продавца јер на њиховој амбалажи није стајало никакво упозорење о начину употребе. Касациони суд је сматрао да његово својство сликара не подразумева да он уједно мора да познаје састав производа који користи за сликање. Иако јесте професионалац када је реч о сликању, не мора бити професионалац за материјал који користи при сликању. Jacques Mestre, „Des limites de l'obligation de renseignement“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1986, 340–341. Вид. и одлуку ФКС од 4. марта 2014, бр. 13-10588: иако је у улози зајмопримца било правно лице, суд је сматрао да није реч о „обавештеном зајмопримцу“ јер је на месту директора тек био постављен младић од 27 година, који није имао никаквог искуства у финансијским и рачуноводственим питањима, а „обавештеност“ правног лица се оцењује на основу „обавештености“ њеног законског заступника.

⁶⁸⁸ Y. Boyer, 286 и даље.

⁶⁸⁹ Д. Хибер (1991), 254; P. le Tourneau, 102.

Питање дужности ангажовања експерта сматра се у упоредном праву прилично контроверзним.⁶⁹⁰

Одговор, као што је поменуто, зависи од тога како се оцењује (не)могућност будућих саговорача да се о одређеној околности сами обавесте.

Опредељивање за субјективан начин процене дуговане пажње неминовно би водило негативном одговору. Могућност откривања релевантних чињеница процењивала би се само на основу знања, компетенција, особина конкретног повериоца; уколико њему самом информације нису биле доступне, незнање ће се сматрати оправданим.

Управо је супротно ако се процена дуговане пажње врши *in abstracto*: саговорачу који не би могао сам да дође до потребних сазнања на тај начин би се заправо наметнула дужност да се обрати експерту.⁶⁹¹

На идеје о дужности ангажовања стручњака може се наићи у нашој судској пракси. Тако, и пре доношења Закона о облигационим односима, износили су судови, „уговорач се не може позивати на битну заблуду при изјави воље ако је ту заблуду могао отклонити на било који начин“;⁶⁹² „не сматра се скривеном маном она која није примећена код куповине, већ само она која се и поред стручног испитивања није могла приметити. Таквом маном нарочито се не може сматрати она која се може утврдити неким од познатих и у робном промету уобичајених начина, као што је нпр. микроскопска анализа“.⁶⁹³ Готово идентичну мисао изнео је и 2007. године Виши трговински суд: „није скривена мана она која није могла бити примећена код куповине, већ она која се и поред стручног испитивања није могла приметити“.⁶⁹⁴

⁶⁹⁰ Y. Boyer, 303.

⁶⁹¹ J. Ghestin (2013), 1421.

⁶⁹² Вид. Пресуду Вишег привредног суда Србије, Сл. 47/64, од 28. фебруара 1964, цит. према Д. Хибер (1991), 253.

⁶⁹³ Вид. Пресуду Врховног привредног суда, Сл. 506/59, од 17. августа 1959, пример преузет из С. Перовић (1980а), 392, фн. 917, и Пресуду Врховног привредног суда, Сл. 2099/62, у Д. Митровић (1980б), 87.

Сличан став може се наћи и у старијој француској судској пракси: присуство термита на непокретности се не може сматрати скривеном маном нити купац позвати на своје неискуство, ако би се оно могло уочити пажљивим прегледом архитекте, „чију је помоћ пажљив купац требало да потражи“. М. Fabre-Magnan (1992), 308; Y. Boyer, 303.

⁶⁹⁴ Вид. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 6/2007(2) од 18. априла 2007, *ParagrafLex*. Вид. и одлуку Врховног суда Србије, Рев. 1217/97 од 3. марта 1998, *IngPro*, у којој је суд одбио захтев за поништењ уговора, нашавши да нема битне заблуде „јер су тужиоци купили краву и теле по виђењу, на основу прегледа који су сами извршили, **без позивања ветеринара** и сточног пасоша“

Истицање да се скривљеном сматра она заблуда коју је жртва могла избећи „на било који начин“ подразумева да је сауговорач (жртва заблуде) био дужан да исцрпи све могућности, у крајњем, и да ангажује адекватног стручњака, како би заблуду предупредио. У супротном, његово понашање ће се сматрати непажљивим. Дужност ангажовања стручњака још очигледније произлази из других одлука – видљивим ће се сматрати све оне мане које би се стручним испитивањем могле приметити.

Међутим, тешко да би таква схватања могла да имају ширу примену и да се прихвате као опште правило.

На то, најпре, указују одредбе Закона о облигационим односима. Према чл. 480, ст. 2, сматра се да купцу нису могли остати непознати само они недостаци које би брижљиво лице са *просечним знањем* и *искуством* лица истог занимања и *струке* као купац могло лако опазити при *уобичајеном прегледу* ствари. Наглашени изрази указују на то да би суд требало да има у виду шта би таквом сауговорачу било познато, а не да ли је одређена информација уопште *сазнатљива*, да ли би се до ње могло доћи ангажовањем свих доступних средстава.

На то, даље, указују и ставови у нашој доктрини и судској пракси – преовлађујуће је мишљење да не постоји дужност ангажовања експерта.⁶⁹⁵ Она би евентуално могла да постоји при закључењу уговора у привредном промету, али и ту ако на то указују обичаји.

На то, у крајњем, указују и практични разлози: ако би дужност прибављања експертског мишљења било правило, то би значајно повећало трошкове уговарања.

(наше наглашавање). Из доступног текста одлуке није најјасније да ли је истицањем да је преглед био извршен „без позивања ветеринара“ суд желео да укаже на то да је постојала дужност ангажовања стручњака или се тиме само желело нагласити да из свих околности случаја произлази да су купци купили ствар „по виђењу“, те да стога нема одговорности продавца. Наиме, купци су знали да је продавац претходно истог дана купио краву, те да није могао да им гарантује посебан квалитет.

⁶⁹⁵ Золтан Биро, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1983, 1509; Д. Митровић (1980б), 77, 79; Н. Ђурђевић (1987), 63; В. Капор (1983), 1295; О. Антић, 387.

До истог закључка се дошло и у упоредном праву.⁶⁹⁶ Судска пракса је врло опрезна и не намеће дужност да се потражи савет експерта, осим у изузетним случајевима, када је то у промету уобичајено.

Али ангажовање трећег – стручњака при закључењу уговора, било зато што то налаже дужност пажње или зато што сауговарач-лаик, свестан своје инфериорности, жели да предузме додатне мере предострожности, није без последица.

Најважнија се огледа у следећем. Уколико је сауговарачу-повериоцу помагао експерт, у знатно је тежој позицији да се позива на то да му одређена чињеница није била позната. Наша судска пракса познаје случај у коме је суд одбио захтев за поништење споразума о накнади за експропријацију, између осталог и због тога што се сауговарач „никако није могао налазити у извињавајућој заблуди у погледу цена – вредности експроприсаних објеката која би, у смислу чл. 61. Закона о облигационим односима... водила ништавости споразума. Ово тим пре, имајући у виду и наводе из жалбе да је пре закључења споразума тужиоцу пуномоћник сугерисао да понуду не прихвати јер није реална“.⁶⁹⁷

Уколико је, дакле, трећи правилно извршио своју обавезу и пружио адекватан савет сауговарачу, онда се сауговарач не може позивати на то да је био у заблуди. Могло би се разумети да је сауговарач одбио да „поверује“ у савет стручњака, да га из неког разлога није узео за озбиљно или да се само надао (ослањао на то) да ствари не стоје онако како му је предочено, али то је онда ризик који је сауговарач самовољно преузео. Због тога се не може касније позивати на то да је био у заблуди. Проблем би евентуално могао да има другачији исход уколико је таквој „заблуди“ „кумовала“ и друга страна, да је избор да не поверује у савет стручњака била последица одређења да се поверује у изјаве/понашање сауговарача.

Међутим, интервенција трећег лица при закључењу уговора може отворити и нека додатна проблематична питања.

⁶⁹⁶ J. Ghestin (2013), 1421; M. Fabre-Magnan (1992), 209–210; B. Gross, 204; M. Fabre-Magnan (1992), 209–210; Y. Boyer, 303; B. Dubuisson, G. Tossens, 436; S. Venturi, 1080; P. Tercier, P. Favre, M.-N. Zen-Ruffinen, 115; P. Engel, 37; S. Venturi, M.-N. Zen-Ruffinen, 1414–1415.

⁶⁹⁷ Вид. Решење Округног суда у Ваљеу, Гж. 305/2006 од 2. марта 2006, *ParagrafLex*.

Шта, наиме, ако је савет трећег погрешан?

Питање постаје нарочито значајно уколико се сматра да дужност пажње заиста налаже дужност ангажовања стручњака или уколико она произлази из других одредаба закона. Да ли ће се у том случају сматрати довољним за извршење дуговане пажње чињеница да је саговорач ангажовао стручњака, али да неће сносити ризик његовог погрешног савета? Или је сврха дужности ангажовања стручњака у томе да се постигне одређени циљ – сазнање релевантних информација – у ком случају неостварење циља представља повреду дужности пажње, упркос томе што заиста јесте ангажован стручњак? У другом случају, саговорач би сносио ризик погрешног савета и преостало би му само да од трећег захтева накнаду штете која је тиме проузрокована.

Пре измена грађанског законика, мађарским правом је било предвиђено да се на заблуду о праву саговорачи могу позивати само изузетно – уколико докажу да су од правног стручњака добиле „очигледно погрешно обавештење у погледу садржине правних прописа“.⁶⁹⁸ Правно неуки саговорачи су, дакле, били дужни да потраже стручни правни савет. Али, ризик погрешно пруженог савета сносили су само када је заблуда била једнострана. Другим речима, заблуда (о праву) се и у случају погрешног савета могла сматрати извињавајућом, али уколико је погрешан савет дат у присуству обе уговорне стране; дакле, ако је заблуда „учињена“ заједничком.⁶⁹⁹

Има и другачијих решења: белгијски суд се изјашњавао да, и поред погрешног савета, заблуда жртве неће бити извињавајућа ако је могла знати за право стање ствари.⁷⁰⁰

Могло би се додати и следеће: ако саговорач не би сносио ризик погрешног савета, уколико би се оправданост незнања ипак утврђивала у односу на конкретног саговорача и његове карактеристике, који би био смисао *дужности* ангажовања стручњака?

С друге стране, уколико не постоји дужност ангажовања стручњака али неуки саговорач то ипак учини, чини се много мање оправданим да ризик

⁶⁹⁸ Вид. чл. 210 бившег мађарског Грађанског законика. Вид. о томе и у С. Перовић (1980а), 298; Драгор Хибер, „Заблуда о праву према Закону о облигационим односима и његовој примени“, *Правни живот* 10–12/1988, 1631.

⁶⁹⁹ Д. Хибер (1991), 254.

⁷⁰⁰ *Ibid.*; В. Dubuisson, G. Tossens, 436.

погрешног савета буде на сауговарачу. Зашто би сауговарача, који је преузео додатне мере да се заштити, који се показао пажљивијим у промету, смештали у гору позицију од оног ко је предузео само минималан напор и пажњу која се од њега у промету очекује? Осим тога, ангажовање стручњака у том случају би требало да служи да се на тај начин употпуни воља неугог сауговарача, а не да се замени „вољом“ стручњака – параметар не би смео да буде да ли би се заблуда стручњака, да се нашао на месту неугог сауговарача, сматрала извињавајућом јер он и није на његовом месту.

Још једна недоумица која се јавља у случају интервенције⁷⁰¹ трећег при закључењу уговора огледа се у проблему кумулативног постојања дужности обавештавања. Да ли, наиме, ангажовање трећег, који тиме према неугом сауговарачу (повериоцу) стиче обавезу обавештавања уговорног карактера, искључује дужност обавештавања предуговорног карактера која евентуално може постојати на терет сауговарача (неугог повериоца) у односу на уговор који закључују? Или истовремено могу постојати и уговорна дужност трећег и предуговорна дужност сауговарача на обавештавање о истој чињеници? Штавише, може ли било која интервенција трећег, која не мора бити уговорног карактера, утицати на постојање евентуалне дужности сауговарача на обавештавање?

Питање се у упоредноправној теорији посебно поставило у случајевима када се закључење уговора врши у присуству нотара, чија је дужност да обавести сауговараче о великом броју релевантних чињеница.

Да не буде забуне, несумњиво је да интервенција трећег не лишава сауговарача (дужника) дужности обавештавања онда када се њихови објекти (информације о којима постоји дужност/обавеза обавештавања) не поклапају. Тако, примера ради, иако се уговор закључује пред нотаром, продавац се тиме не ослобађа дужности да обавести купца о скривеним манама ствари.

⁷⁰¹ Термин „интервенција“ је употребљен управо да би се њиме обухватили сви случајеви у којима, при закључењу уговора, на известан начин учествују трећа стручна лица – било зато што уговор не може ни настати без њих, било зато што дужност пажње намеће њихово ангажовање, било зато што су они ангажовани иако не постоји дужност, као мера предострожности.

Али да ли се сауговарач (наводни дужник) ослобађа (предуговорне) дужности обавештавања о оним чињеницама о којима постоји дужност нотара (или другог агажованог стручњака) да обавести неугог повериоца?

Уколико је одговор на постављено питање негативан, отвара се ново: какав је однос одговорности тих лица?

У тежњи да реши ту дилему, Лејсак (*Leyssac*) се позива на случај из француске судске праксе, када је Касациони суд закључио да нотар није повредио дужност саветовања када је пропустио да обавести клијента о фискалним последицама закљученог посла јер је клијент већ имао помоћ рачуновође.⁷⁰² Према Лејсаковом мишљењу, прихватање таквог резоновања би значило да кривица трећег искључује кривицу сауговарача због необавештавања. Са таквим ставом се уједно и саглашава истичући да се „не чини могућим прихватити одговорност ‘in solidum’ ова два дужника, јер би сауговарач могао да тврди да га је присуство експерта овластило да не мора да обавештава“. Општа дужност обавештавања би, према овом аутору, требало да буде „крајње средство“.

Има и другачијих идеја у француској литератури. Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*) истиче да интервенција трећег ослобађа сауговарача дужности обавештавања о истим чињеницама уколико је реч о сауговарачу-непрофесионалцу. Али, када се у улози дужника (будућег сауговарача) налази професионалац, његова дужност обавештавања може постојати истовремено са дужношћу трећег лица на обавештавање.⁷⁰³ Чини се да француска судска пракса размишља у истом правцу.⁷⁰⁴

Нама се чини да се и једном и другом ставу могу упутити замерке. Интервенција трећег не би требало да искључује дужност сауговарача, ни када је реч о непрофесионалцу, јер те две дужности стоје самостално, независно једна од друге. Иако стоји да интервенција трећег може утицати на то да се сауговарач

⁷⁰² L. de Leyssac, 328.

⁷⁰³ Али, Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*) указује на то да би се један дужник могао и потпуно ослободити одговорности уколико његова кривица има „лакши“ облик у односу на кривице другог дужника. M. Fabre-Magnan (1992), 207.

⁷⁰⁴ J. Ghestin (2013), 1423; „*la banque qui consent un prêt à un emprunteur non averti est tenu à son égard, lors de la conclusion du contrat, d'un devoir de mise en garde en considération de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt, dont elle ne peut être dispensée par la présence au côté de l'emprunteur d'une personne avertie, peu important qu'elle soit tiers ou partie*“. Вид. одлуку у Julia Heinich, „Le devoir général d'information, 490 – Critères identifiant le contractant averti“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016. Упор. са одлуком ФКС од 13. новембра 2008, бр. 07-15172 и 07-15958.

ослони на то да ће трећи пружити повериоцу неопходне информације, питање је да ли је такво „ослањање“ до краја оправдано. Наиме, уколико је савет учињен у присуству оба саговорача и уколико је он био погрешан или недовољан, тешко да би се дужник могао оправдано позивати на то да је дужност трећег искључила његову дужност обавештавања: могло би се тврдити да је дужник „грешку“ или „оскудност“ савета морао да примети и исправи, односно допуни информацијама којима он располаже. А ако се и сам „преварио“, повукао за погрешним саветом трећег, онда се доводи у питање постојање његове дужности обавештавања – заблуда је у том случају могла бити учињена „заједничком“. С друге стране, ако савет није учињен у присуству дужника (саговорача), да ли се он може ослонити на то да је његов саговорач заиста добио сва тачна и потпуна обавештења уколико се у то није и сам уверио?

Конечно, уколико дужност трећег не искључује дужност саговорача, могуће је да и један и други дужник повреде своју обавезу према повериоцу – обојица би тада била дужници накнаде штете која би тиме била причињена.

5.1.3 Однос злонамерног прећуткивања дужника и неизвињавајуће заблуде повериоца – чини ли превара ћутањем сваку заблуду нескривљеном?

5.1.3.1 Постављање проблема

Захтев да незнање буде оправдано, као предуслов настанка дужности обавештавања, израз је принципа да је свако дужан да се стара о сопственим интересима.⁷⁰⁵ Дужност једне стране да обавести другу не би, стога, требало да постоји у односу на оне чињенице о којима је та друга страна могла једноставно сама да се информише. Смисао дужности обавештавања није, нити би требало да буде у томе да се у сваком случају елиминише информациона асиметрија између будућих саговорача већ начелно онда када је она последица неједнаке доступности релевантних чињеница; дакле, када ту асиметрију информационо инфериорна страна није могла сама да елиминише, покушавајући да сазна релевантне чињенице.

⁷⁰⁵ A. von Tuhr, 266.

У упоредном праву се, међутим, поставило следеће питање: да ли такав поредак ствари остаје исти и уколико се испостави да је друга страна уочила заблуду жртве и намерно је оставила у њој, прећутавши јој информације којим би је из такве заблуде извукла. Другим речима, да ли ће се и на који начин оценити држање наводног дужника који је уочио да је друга страна у заблуди и намерно пропустио да је из ње извуче, у односу на држање наводног повериоца, који је пропустио да се сам обавести иако су му релевантне информације једноставно биле доступне?

Порекло те дилеме је у режиму преваре као мане воље. У складу са општим правилом *fraus omnia corrumpit*, у случају преваре не само да су све заблуде битне већ се уговор може поништити и када заблуда није била извињавајућа.⁷⁰⁶ Злонамерно „изазивање заблуде“ друге стране, са циљем да се она наведе на закључење уговора, сматра се довољним да би се уговор могао поништити и захтевати накнада штете; незнање жртве не мора истовремено да буде и оправдано.⁷⁰⁷

Када је реч о превари схваћеној у класичном смислу, активним понашањем, такво схватање је разумљиво сам по себи. Уколико страна, која је имала дужност да се при закључењу уговора информише о свим околностима релевантним за његово закључење, то не уради јер ју је друга о њима већ погрешно обавестила, таква превара довела би до престанка дужности самообавештавања. То зато што се и обавештавање од сауговорача сматра, на неки начин, самообавештавањем. Како Мули (*Mouly*) истиче, „дужност

⁷⁰⁶ J. Mouly (2003), 2025.

⁷⁰⁷ Вид. Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 108/2000 од 27. фебруара 2001, *IngPro*; Пресуду Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Гж. 3272/13 од 17. априла 2014, <http://bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=odgovornost-prodavca-materijalni-nedostatak-stvari>, 20. април 2018. године: „продавац одговара и за недостатке које је купац могао лако опазити, ако је изјавио да ствар нема никакве недостатке или да ствар има одређена својства или одлике... Како је првостепени суд на несумњив начин утврдио да је тужени, као продавац, упитан у том смислу од стране тужиоца, као купца, одговорио да пас не болује од наследних болести, те како је несумњиво утврђено да то није случај и да пас болује од урођене дисплазије кукова, то по виђењу овог већа, постоји одговорност туженог као продавца за материјалне недостатке ствари, односно предмета купопродаје“. Вид. и Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 4170/2010 (2009) од 8. децембра 2010, *ParagrafLex*; Пресуду Врховног касационог суда, Рев. 3244/2010 од 13. јуна 2012, *ParagrafLex*; Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1880/2003 и Гзз. 138/2003 од 8. октобра 2003, *ParagrafLex*; Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 3210/2015 од 9. новембра 2016, *ParagrafLex*; Пресуду Врховног касационог суда, Рев 952/10 од 20. октобра 2010, Избор судске праксе 2/2013, али вид. и Пресуду Вишег суда у Суботици, Гж. 112/2011 од 9. августа 2011, *ParagrafLex*: суд је сматрао да је купчева дужност да прегледа ствар и утврди постојање недостатака, иако је несумњиво утврђено да је „тужилац туженом изјавио да је коњ здрав и без недостатака“.

самообавештавања не подразумева проверу добијених информација“ (од сауговарача).⁷⁰⁸

У томе се слажу се и англосаксонски писци: довољно је и то да је сауговарач на активан начин „подржао“ другу страну у заблуди, иако је није изазвао, те се касније не може позивати на чињеницу да је жртва сопственом кривицом (непажњом) упала у заблуду.⁷⁰⁹

Проблем се јавља када се исто правило примени и на злонамерно прећуткивање. Ту нема никаквог самообавештавања, па чак ни од сауговарача.⁷¹⁰

Логично следи питање шта заслужује већи прекор: немарност жртве заблуде да се обавести или намера његог сауговарача да је остави у заблуди? Какав значај може имати чињеница да се злонамерно прећуткивање у пракси појединих система санкционише једнако као и превара активним понашањем? Да ли и злонамерно прећуткивање, као вид испољавања преваре, чини сваку заблуду извињавајућом, ништећи тиме дужност самообавештавања?

5.1.3.2 Однос кривице дужника и кривице повериоца према правилима о одговорности за недостатке

Чини се да је став нашег законодавца о односу кривице дужника и кривице повериоца и о утицају несавесности (оба) сауговарача на настанак дужности обавештавања најјаснији у правилима о одговорности за правне и материјалне недостатке.

Као основно правило одговорности за недостатке, о чему је већ било речи, поставља се захтев да мана мора бити скривена, да у тренутку закључења уговора она купцу (стицаоцу) није била нити морала бити позната.⁷¹¹ Купац, дакле, не сме бити крив за непознавање недостатка, он мора показати дужну пажњу при закључењу уговора да га уочи. Међутим, Закон о облигационим односима поставља изврстан коректив таквом правилу, предвиђајући да купац (стицалац) у одређеним случајевима ипак неће сносити последице сопствене непажње. Наиме,

⁷⁰⁸ J. Mouly (2003), 2025.

⁷⁰⁹ Више о томе у делу 2.1.2.1 овог рада.

⁷¹⁰ J. Mouly (2003), 2025.

⁷¹¹ Вид. чл. 480 ЗОО.

према чл. 485 ЗОО (који се, на основу наређења из чл. 121, ст. 3 ЗОО, примењује као опште правило на све теретне уговоре, осим ако за одређени случај није што друго прописано), купац не губи право да се позове на неки недостатак и када није извршио своју обавезу да ствар прегледа без одлагања или обавезу да у одређеном року обавести продавца о постојању недостатка, као и кад се недостатак показао тек по протеклу рока од шест месеци од предаје ствари, *ако је тај недостатак био познат продавцу или му није могао остати непознат*.

Том се одредбом врло јасно регулише однос кривице купца, због повреде дужности самообавештавања, и кривице продавца, због ћутања: пропуст купца да се сам обавести о недостацима сматраће се ирелевантним уколико је продавац за недостатке знао или му они нису могли остати непознати, а о њима је пропустио да обавести купца.⁷¹² Другим речима, дужност продавца да купца обавести о недостацима није условљена дужношћу купца да се сам обавести; кад год су продавцу мане познате (или му нису могле остати непознате) дужан је да о њима обавести купца.

Такво решење ЗОО није јединствено. Њега на готово идентичан начин предвиђа и Бечка конвенција,⁷¹³ а оно се на сличан начин примењује и у француском праву – ФГЗ у чл. 1645 говори само о продавцу коме су мане познате, али се са њим у пракси поистовећује и продавац-професионалац, коме оне нису могле остати непознате.

Специфичност таквог решења је у томе што се несавесност продавца (преносиоца) схвата на технички начин⁷¹⁴ и своди се на познавање (или дужност познавања) недостатка. Оно, наиме, не имплицира да мора постојати било каква намера преносиоца да недостатке прећути.

⁷¹² Вид. Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 929/03 од 11. септембра 2003, *IngPro*: „Одредба чл. 485. Закона облигационим односима укида дејство пропуштања купца да о скривеном недостатку благовремено обавести продавца, под условом да је недостатак био познат продавцу или му није могао остати непознат.“ Виши привредни суд у Београду, Пж. 576/90, *IngPro*: ако је продавац знао или могао знати да испоручује робу купцу која није погодна за нарочиту сврху за коју је купац купује, одговара за материјалне недостатке и када их купац није на време рекламирао. Према ставу изнетом на Заједничкој седници Савезног суда, Врховних судова и Врховног војног суда од 9. и 10. децембра 1982, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 3/2008, одредбе чл. 485 ЗОО примењују се и на уговоре у привреди.

⁷¹³ Према чл. 40, продавац се не може позивати на чињеницу да купац није прегледао ствар или обавестио продавца о манама ствари „када се недостатак саобразности односи на чињенице које су му биле познате или му нису могле бити непознате, а он их није открио купцу“.

⁷¹⁴ В. Gross, 324.

То је јасно већ из језичког тумачења одредбе чл. 485 ЗОО – оно не указује искључиво на то да продавчево ћутање мора бити последица намере. Довољно је да се утврди да је он за ману знао, штавише да му она није могла остати непозната. Свест о недостацима, међутим, не подразумева нужно и свест о заблуди друге стране, као ни намеру да се она у томе одржи.

У осталим одредбама ЗОО може се уочити извесна неуједначеност у ставовима нашег законодавца.

С једне стране, у чл. 617 ЗОО предвиђа се исто решење као и у чл. 485 за пропуст наручиоца да уочи видљиве недостатке: посленик се на то не може позвати онда када се недостатак односи на чињенице које су му биле познате, или му нису могле остати непознате, а није их саопштио наручиоцу.

С друге стране, у чл. 574, ст. 2, ЗОО је знатно конкретнији: закуподавац одговара за недостатак закупљене ствари који је закупцу услед крајње непажње остао непознат, ако је он знао за тај недостатак и *намерно* пропустио да о њему обавести закупца. Дакле, само намера закуподавца да одржи закупца у заблуди може ослободити закупца последица његовог крајње непажљивог понашања.⁷¹⁵

Иако за то немају чврстог ослоња у Закону о облигационим односима, у нашој доктрини се често наглашава да је *ratio legis* правила чл. 485 управо у томе што је продавац, прећутавши недостатак, поступао *преварно*.⁷¹⁶ Његово понашање, истиче се, представља повреду начела савесности и поштења,⁷¹⁷ чиме се оправдава преваљивање терета штетних последица са непажљивог купца на њега.

⁷¹⁵ Орлић, коментаришући тај члан, али се не осврћући на одступање од општег правила, сматра да, једнако као и у случају намере закуподавца, „треба поступити и у случају када су обојица поступили са грубом непажњом“. Другим речима, када је и закупцу, али и закуподавцу, недостатак остао непознат јер се нису понашали као иоле пажљиви уговарачи. Миодраг Орлић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1983, 1455.

⁷¹⁶ „*Ratio legis* овог правила лежи у томе што је у таквим случајевима продавац обмануо купца предајом ствари неодговарајућег квалитета. А право не дозвољава да се неко користи својим преварним радњама.“ И. Јанковец (1993), 148. „Али, уколико је знао за мане, а није их саопштио купцу, то представља злонамерно прикривање недостатака и повлачи одговорност.“ В. Капор (1978), 846. „Насупрот нехатности купца стоји долозно понашање продавца, који не заслужује никакву заштиту.“ Н. Ђурђевић (1987), 65. Према Горенцу, такво понашање продавца „могло би се квалификовати као преварно“. V. Gorenc, 701.

И према нашим старијим писцима, продавац ће бити одговоран и за недостатак који је купцу из крајње непажње остао непознат, „у случају да је преносилац права у преварној намери прећутао такав недостатак“. Ж. Перић, 383.

⁷¹⁷ В. Капор (1983), 1300; Б. Визнер, 1624; V. Gorenc, 700.

На такве идеје може се наићи и у нашој судској пракси.

Виши трговински суд износи да би одредбу чл. 617 ЗОО требало протумачити на следећи начин: „Опште је правило да се нико не може позвати на властити *dolus*. Ако се недостатак дела односи на чињенице које су извођачу биле познате, а није их саопштио наручиоцу, он је у *злој намери* (наше истицање, прим. аут.) прикрио те чињенице, у његовом интересу, а против интереса наручиоца. Такво понашање је супротно одредби члана 12. ЗОО према којој су учесници у заснивању обавезних односа и остваривању права дужни да се придржавају начела савесности и поштења. Извођачево понашање супротно је начелу савесности и поштења и онда ако му чињенице на које се односи недостатак дела нису биле познате, али му нису могле остати непознате да је радио савесно и поштено. Због таквог понашања извођача наручилац не може бити прикраћен у својим правима кад дело има недостатке и поред тога што је учинио пропусте... У хијерархији противправних дела и пропуста у његовом обавезном правном односу са извођачем, извођачева *зла намера* (наше истицање, прим. аут.) односно његово понашање у смислу одредаба овог члана има значајан противправни карактер таквог степена да му се не може пружити заштита. Заштита се мора пружити наручиоцу против чијих интереса је уперено извођачево противправно понашање.“⁷¹⁸

У односу на одредбу чл. 485, Савезни суд је 1985. године изнео схватање да је „закон кроз одредбу члана 485. јасно изразио став да начело савесности и поштења има примат над начелом правне сигурности само у случају кад је у питању недостатак за који је продавац знао или му није могао остати непознат. Дакле, само у случају *таквог ступња несавесности и непоштења* (наше истицање, прим. аут.) закон жртвује начело правне сигурности у корист начела савесности и поштења.“⁷¹⁹

⁷¹⁸ Вид. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 3895/2002 од 19. марта 2002, *ParagrafLex*.

⁷¹⁹ Вид. Правно схватање Савезног суда – начелни став бр. 4/85 од 6. новембра 1985, објављен у *Збирци судских одлука Савезног суда*, Свеска I–II, 1994. година – Судска пракса привредних судова, *Билтен* 2/98, 9, *ParagrafLex*. Вид. и Решење Врховног суда Србије, Прев. 244/2005 од 8. марта 2006, *ParagrafLex*: „У овом члану примењено је начело савесности и поштења у материји одговорности за недостатке“ (чл. 617. ЗОО); Пресуду Врховног суда Србије Рев-259/03 од 7. јула 2005, *Судска пракса* 7–8/07, <http://www.osnovnisudkg.net/media/bilten-januar-2008.pdf>, 22. децембар 2017, 29: „Ако је продавац несавестан у односу на право купца...“

Одговор би могао лежати и у природи информације која се у том случају прећуткује: она се тиче недостатака на ствари, због који ствар није подобна за њену редовну или посебну употребу, а таква информација увек има одлучујући значај на вољу друге стране. Стога, уколико је преносилац за недостатак знао, његово ћутање ће заиста најчешће бити последица намере или крајње непажње, која се у последицама готово увек изједначава са намером.⁷²⁰

Ипак, важно је поменути да законски текст оставља простора за шире тумачење – да се, дакле, не ограничава на намеру као највиши степен кривице да би се „извинило“ непажљиво понашање купца. У том смислу је то решење наклоњеније купцу (стицаоцу) од, примера ради, швајцарског, немачког или аустријског решења. Наиме, према аустријском⁷²¹ и немачком⁷²² праву, крајње непажљиво понашање купца неће значити губитак права да се на недостатак

⁷²⁰ Вид. одлуку Врховног суда БиХ Пж 233/90 од 21. фебруара 1991, *Судска пракса* 9/1991: продавац је купцу продавао патворено вино, које је претходно куповао од физичких лица која су вино производила вештачки, са чиме је продавац био упознат; одлуку Врховног суда БиХ Пж 596/87 од 14. јула 1988, *Судска пракса* 8/1989: продавац је знао да испоручује гумена црева мање дужине од наручене, сматрајући да она настављањем не губе од своје функције; Пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж. 3713/2017 од 27. јула 2017, *ParagrafLex*: продавац није уградио калориметар и термоглав у стану тужиоца, а њихова уградња је била предвиђена пројектном документацијом, а и у самом уговору о купопродаји. „Овде је тужени, као продавац, несавестан, па су без утицаја на другачије одлучивање његови наводи да тужилац није тражио измену или допуну уговора, да је примио непокретност без приговора и примедби у виђеном стању, да је знао да калориметри нису уграђени, те да је у моменту предаје стана ризик за недостатке прешао на купца“; Пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 5993/2008 од 4. децембра 2008, *ParagrafLex*: „Према члану 574. Закона о облигационим односима, одговорност закуподавца је искључена ако се ради о недостацима који су у часу закључења уговора били познати закупуцу или му нису могли остати непознати. Истовремено је овом одредбом и проширена његова одговорност за недостатке који су закупуцу остали непознати упркос његовој крајњој непажњи, ако је сам закуподавац за њих знао и намерно је пропустио да о њима обавести закупуца. Од закуподавца који ствар даје у закуп очекује се да зна површину простора који даје на коришћење.“ Подвучени део служи да укаже на то да суд није утврдио знање, још мање намеру закуподавца, већ се полази од тога та таква информација није могла остати непозната закуподавцу. Вид. Решење Врховног суда Србије, Прев. 234/2004 од 31. марта 2005, *ParagrafLex*.

О томе да се крајња непажња изједначава са намером вид. Р. Jourdain, 143; Y. Boyer, 348;

⁷²¹ Вид. новелирани §928 АБГБ: „Ако недостаци какве ствари падају у очи или ако се терети, који су на ствари, могу видјети из јавних књига, нема мјеста никакву јемству, осим у случају злонамјерног прешућења недостатка или изричног обећања, да је ствар проста од свих недостатака и терета (параграф 443). За дугове и остатке, који су на ствари, треба увијек одговарати“ (наше наглашавање). М. Вуковић, 763. Аустријски систем постаје наклоњенији купцу, препознавши у §377(5) УГБ (*Unternehmensgesetzbuch*) изузетак и у случају преваре ћутањем и у случају прећуткивања из крајње непажње. Вид. у Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford 2016, 674 фн. 3.

⁷²² Вид. §442 БГБ: „Ако купцу недостатак из крајње непажње остао непознат, он може остварити своја права у односу на недостатак само уколико је продавац намерно прећутао недостатак или је гарантовао квалитет ствари.“

позове уколико га је продавац злонамерно прећутао. У швајцарском праву,⁷²³ штавише, захтева се „намерно изазивање заблуде купца“; језичко тумачење те одредбе указује на то да је реч само о превари активним понашањем, али је теорија и пракса тумаче шире, обухватајући њоме све облике испољавања преваре.⁷²⁴ Дакле, тек превара, као највиши степен кривице и несавесног поступања, може ослободити повериоца последица његове непажње.

5.1.3.3 Неуједначеност ставова у судској пракси да превара ћутањем увек чини заблуду извињавајућом

Изједначавање преваре ћутањем са осталим видовима преварног поступања (активним понашањем) у појединим системима, као што је француски, отворило је додатни проблем: да ли то подразумева да и превара ћутањем, као и превара активним понашањем, чини сваку заблуду извињавајућом?

Дуго су француски судови истицали да, једнако као и код заблуде, и код злонамерног прећуткивања (*reticence dolosive*) заблуда мора бити извињавајућа. „Прећуткивање претпоставља ћутање једног сауговорача о одређеној околности или чињеници о којој други сауговорач оправдано нема сазнања“, износио је својевремено француски Касациони суд.⁷²⁵ Ствари постављене на такав начин подразумевале су да је примарна дужност сваке стране да се најпре сама постара да заштити сопствене интересе. У том смислу, свака страна је дужна да се при закључењу уговора сама информише о свему што је може интересовати; у супротном, ако то из непажње пропусти да учини, заблуда се сматра неизвињавајућом. То је даље водило закључку да не може бити речи о превари, као мани воље, иако је једна страна свесно прећутала другој одређене информације јер није ни постојала њена дужност да је информише о ономе о чему

⁷²³ Према чл. 203 ШЗО, продавац који је намерно изазвао заблуду купца не може да се позива ни на околност да купац није показао дужну пажњу при прегледу ствари ни на чињеницу да га купац није на време обавестио о манама ствари.

⁷²⁴ Правни писци се, у погледу тумачења шта се може сматрати преваром, упућују на схватања превари као општој установи. S. Venturi, 1086; P. Engel, 39; P. Tercier, P. Favre, M.-N. Zen-Ruffinen, 115.

⁷²⁵ „La réticence suppose le silence gardé par le cocotcontractant sur une circonstance ou un fait que son cocotcontractant était excusable de ne pas connaître.“ Реч је о одлуци Одељења за радне спорове Касационог суда из 1954. године. Вид. и друге одлуке овог суда у J. Ghestin (2013), 1126; M. Fabre-Magnan (1992), 201 фн. 377.

је жртва сама могла једноставно да се обавести. Ћутање се, дакле, сматрало легитимним онда када је жртва заблуде могла сама да дође до информација за које тврди да јој их је друга страна прећутала. Другим речима, дужност самообавештавања спречавала је настанак дужности обавештавања; намера једне стране да прећути другој одређену чињеницу сматрала се ирелевантном уколико је тој другој страни таква чињеница била једноставно доступна и о њој се могла сама обавестити.

Међутим, асимилација преваре ћутањем са преваром активним понашањем у француској судској пракси резултирала је тиме да Касациони суд 2001. године изнесе став да и „злонамерно прећуткивање увек чини заблуду извињавајућом“.⁷²⁶ Сматрало се да сама чињеница да је жртва лако могла избећи сопствену заблуду не може да учини занемарљивом другу чињеницу – да је друга страна била крајње нелојална, намерно пропустивши да је из заблуде изведе. Одлука из 2001. године сматра се прекретницом у правном регулисању преваре ћутањем у француској судској пракси, а њен значај је утолико већи што је жртва заблуде била купац-професионалац. Мада је у вези са тим проблемом у француској судској пракси и касније било колебања, о чему ће бити више речи у наставку, став да превара, па и ћутањем, увек чини заблуду извињавајућом накнадно је потврђен одлукама Касационог суда из 2005. и 2007. године, као и Годишњим извештајем Касационог суда из 2010. године.⁷²⁷ Коначно, такво решење је имплементирано и у француски Грађански законик, изменама из 2016. године.⁷²⁸ Тиме се, у француском праву, дужност обавештавања није више условљавала дужношћу повериоца да се сам

⁷²⁶ Вид. фн. 137 овог рада. Одлуку је донео француски Касациони суд 21. фебруара 2001, бр. 98-20817: реч је о случају у коме је продавац-професионалац продао купцу-професионалцу зграду која се користи као хотел, прећутавши да хотел послује без употребне дозволе и да није усаглашен са законским правилима о безбедности. Апелациони суд је одбио захтев купца за поништење уговора, сматрајући његову заблуду неизвињавајућом јер је „имао дужност да се о овим околностима сам обавести“, те да би „елементарна провера код продавца њему открила тачну управну ситуацију установе“. Касациони суд је, међутим, поништио такву одлуку нижег суда, сматрајући да није правилно примењена одредба о превари, имајући у виду да је постојало злонамерно прећуткивање продавца, а „злонамерно прећуткивање увек чини заблуду извињавајућом“. Вид. делове одлуке и у J. Ghestin (2013), 1127.

⁷²⁷ Вид. одлуку ФКС од 18. јануара 2005, бр. 03-15115, и одлуку ФКС од 13. фебруара 2007. године, бр. 04-16520. Као и у одлуци из 2001. године, и у одлуци из 2007. године лице у заблуди био је купац-професионалац; *La Rapport annuel de 2010 de la Cour de cassation*, https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/, 1. јун 2016.

⁷²⁸ Чланом 1137, ст. 2 ФГЗ, одређује се да се преваром сматра и када једна страна злонамерно прећути информацију за коју зна да има одлучујући значај за другу страну, док се чланом 1139 ФГЗ, одређује да је извињавајућа свака заблуда која потиче од преваре.

информише у случају када постоји намера дужника да одређену чињеницу прећути повериоцу.

Интересантно је да је Врховни суд Југославије, још половином прошлог века, дошао до истих схватања. Наиме, у већ поменутој одлуци из 1958. године, Врховни суд се изјаснио да преварно прећуткивање не може користити сауговорачу, без обзира на то да ли је друга страна била у могућности да се сама обавести о одређеној чињеници. Реч је о случају у коме је купац, приликом закључења купопродајног уговора, испољио своју намеру да непокретност купује ради грађења. Продавац му је, међутим, прећутао чињеницу да је то земљуште обухваћено постојећим регулационим планом за изградњу улице, одржавајући га на такав начин у заблуди о намени земљишта, иако је знао да купац купује земљиште ради грађења. Према речима суда, „Туженој не користи ова обмана, без обзира да ли је тужилац био у могућности да се обавијести о стању ствари у погледу регулационог плана. У интересу сигурности промета и поштења мора се судити по правном правилу да обмана ником не помаже.“⁷²⁹

Такво схватање суда несумњиво одговара решењима каква су у нашем позитивном праву предвиђена правилима о одговорности за недостатке, о којима је већ било речи.

Чини се, међутим, да је у одлукама Врховног суда Србије, скоријег датума, заузето другачије гледиште.⁷³⁰ Наиме, према утврђеном чињеничном стању, између сауговорача је закључен уговор о продаји робе, при чему је у уговору изричито наведено да је један од производа који се продаје „специјални производ заштићен као патент са подацима и комплетном документацијом о његовој регистрацији код Савезног завода за патенте са правима до 2000. године“. Међутим, у време закључења уговора о продаји, тај производ није био заштићен патентом већ само робним жигом. Купац је услед тога поднео тужбу против продавца ради поништаја уговора и накнаде штете јер је доведен у заблуду да

⁷²⁹ Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1003/58, *Збирка судских одлука*, књига 4, свеска 1, бр. 36, стр. 83 и 85, цит. према М. Вуковић, 729.

⁷³⁰ Вид. Решење Врховног суда Србије 3220/05 од 1. јуна 2006, *ParagrafLex*.

Вид. у том смислу и одлуку Врховног суда Републике Хрватске: „*Nije riječ o prijeviri jer tužitelj nije mogao prikriti činjenicu da je Z.p.d.d. blokiran i da ne može plaćati svoje obaveze, niti time prevariti tuženicu. Tuženica je kao i svaki drugi građanin, naime, bila u mogućnosti provjeriti bonitet trgovačkog društva Z.p.d.d. dionice kojeg je kupovala.*“ (Vs, Rev-601/05 od 21.12.2005. Izv.), нав. према Ivica Crnić, *Zakon o obveznim odnosima – napomene, komentari, sudska praksa i abecedno kazalo pojmova*, Zagreb 2012, 443.

купује производ заштићен као патент. Суд је, упркос изричитом означавању да је реч о патенту, одбио захтев за поништење уговора и накнаду штете, закључивши, између осталог, да купац није могао стећи погрешну представу о својствима предмета уговарања јер му је продавац предао сву документацију о регистрацији производа „из које је једноставно јасно могао, да је поступао с пажњом која се у промету захтева, утврдити да је (производ), у време продаје, био заштићен робним жигом“. Другим речима, без обзира на то што је у уговору изричито стајало да је реч о патенту, заблуда купца се није сматрала извињавајућом јер ју је он могао лако избећи увидом у документацију која му је достављена.

5.1.3.4 Намера као аргумент у прилог схватању да превара ћутањем чини заблуду извињавајућом

Схватање да долозно ћутање чини сваку заблуду извињавајућом наводи на неколико важних закључака.

Најпре, у први план се ставља намера, малициозност, воља да се обмане, која заслужује да буде санкционисана, иако није непосредан, односно примарни узрок заблуде друге стране. Полази се од тога да превара, па и ћутањем, увек мора довести до поништења, чак и онда када заблуда не би. Како Гестен (*Ghestin*) истиче, императив је санкционисати ону страну која се понашала крајње нелојално јер се такво понашање, само по себи, у правном промету не би смело толерисати.⁷³¹ Не треба заборавити да је превара, па и ћутањем, пре свега цивилни деликт.⁷³²

Друго, још значајније, свест једног сауговорача о заблуди друге стране и његово злонамерно пропуштање да је из ње извуче ослобађа ту другу страну дужности да сама дође до одређених информација, па макар оне биле и лако доступне. Такво решење почива на идеји да је тежи „грех“ *злонамерно* прећутати нешто за шта се зна да је другој страни важно и тако је навести на закључење уговора него *немарно* пропуштање те друге стране да се сама информише. Када једна страна, при закључењу уговора, поступа крајње несавесно и непоштено,

⁷³¹ J. Ghestin (2013), 1138.

⁷³² *Ibid.*, 1139.

намерно прећутавши другој неку важну околност, не би требало уопште узимати у обзир понашање жртве заблуде. Нарочито не би смело да се допусти да *намера* да се друга страна одржи у својој (само)обмани буде „бачена у сенку“ само због тога што је жртва из *непажње* допустила себи да буде обманута. Стога, како наводе француски писци, однос те две корелативне обавезе (дужности обавештавања и дужности самообавештавања) круцијалан је само у режиму просте, ненамерне повреде дужности обавештавања; међутим, у случају намерног скривања информације, тас се преваљује у корист жртве заблуде.⁷³³ Таквим схватањем се, заправо, упоређује кривица једног и другог сауговарача и успоставља хијерархијски однос између њих – санкционише се намера једне стране, као озбиљнији прекршај, а „опрашта“ непажња другој.⁷³⁴ Тим путем се, заправо, дошло до тога да се намерним кршењем дужности обавештавања „ништи“ дужност на самообавештавање.⁷³⁵

Другим речима, без обзира на то да ли је незнање друге стране оправдано или није, дужност да се говори постоји у сваком случају, ако једна страна има сазнања о одређеним информацијама, свесна је значаја који та информација има за другу страну и свесна је заблуде друге стране.

Чини се да је важно прецизирати да се најпре се мора установити да је друга страна *намерно* прећутала одређену околност да би се заблуда сматрала извињавајућом.⁷³⁶ Злонамерно прећуткивање не подразумева само утврђивање да је једна страна имала сазнања о одређеним релевантним околностима. Оно мора, нужно, обухватити и свест о заблуди друге стране. Ако нема свести о заблуди друге стране, не може бити ни намере да се обмане. Могло би се, примера ради, замислити да је сауговарач жртве заблуде „прећутао“ одређену информацију само зато што је оправдано сматрао да ју је жртва заблуде сигурно већ сама уочила. То може нарочито бити случај ако су чињенице, поводом којих жртва тврди да је била у заблуди, такве да је, имајући у виду све околности случаја, готово

⁷³³ *Ibid.*, 1283; J. Heinich (470); P. Jourdain, 143.

⁷³⁴ J. Mouly (2003), 2025; Gwendoline Lardeux, „La réticence dolosive n’est pas un dol comme les autres“, *Recueil Dalloz*, 27 décembre 2012, no. 44, 2988.

⁷³⁵ Д. Хибер (1991), 270.

⁷³⁶ J. Ghestin (2013), 1136.

незамисливо да их није сама приметила, да је њена заблуда невероватна.⁷³⁷ Несумњиво је да је тада погрешна представа жртве заблуде последица и њене крајње непажње – није приметила оно што би сваки иоле пажљив саговорач приметио. Намера њеног саговорача, према усвојеном схватању, учинила би и такву заблуду извињавајућом. Али ако је ћутање једне стране последица оправданог уверења да друга страна о тој околности већ има сазнања, тада не може бити речи о намери, те ни превари која би заблуду учинила извињавајућом.

5.1.3.5 Критика схватања да превара ћутањем чини заблуду извињавајућом

Иако је одлука из 2001. године имала велики одјек, колебање највише судске инстанце у Француској наставило се и након тога. Исти суд се у неколико наврата враћао на претходни став да је превара ћутањем условљена извињавајућим карактером заблуде.⁷³⁸ Из тог разлога је такво схватање наишло на озбиљну критику појединих француских писаца. Она се може свести на следеће: може ли се само на основу *намере*, па и у случају прећуткивања, занемарити пасивност жртве заблуде и она ослободити дужности да се сама обавести?⁷³⁹

Таквом резонувању се, начелно, упућује неколико замерки.

Најпре, наглашава Мули (*Mouly*), полазећи од супротног гледишта које је Одељење за радне спорове Касационог суда изнело о истом питању,⁷⁴⁰ злонамерно

⁷³⁷ Примера ради, то може бити случај када је мана очигледна или је реч о некој општепознатој околности.

⁷³⁸ То је, примера ради, био случај код јемства, где су судови, у тежњи да се заштити јемство као средство обезбеђења, одступали од постојеће праксе да „превара увек чини заблуду извињавајућом“. Вид. нпр. одлуку Привредног одељења Касационог суда од 1. априла 2003, у којој је суд одбио захтев јемца за поништењем уговора, који је тврдио да га поверилац није обавестио о тешкој материјалној ситуацији дужника, образлажући своју одлуку тиме да је јемац, као оснивач дужника, имао сва доступна средства да се, пре прихватања да закључи уговор о јемству, обавести о солвентности дужника. Ту и друге одлуке видети у J. François, 95. Вид. и неколико одлука различитих одељења Касационог суда у A.-S. Barthez, D. Houtcief, 240 и фн. 120; Philippe Simler, *Traité, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, Paris 2008, 156 и фн. 110; J. Ghestin (2013), 1130 и даље.

⁷³⁹ G. Lardeux, 2987–2988.

⁷⁴⁰ Реч је, наиме, о две одлуке тог одељења. Наиме, у првом случају, о коме је суд одлучивао 1990. године, послодавац је приликом запошљавања на место директора био у заблуди о личности запосленог (послодавац није знао да је фирма, у којој је тај запослени раније био директор, ликвидирана за време његовог руковођења). Суд је ипак стајао на становишту да је „заблуда узрок рушљивости само уколико је извињавајућа“, што према Касационом суду није био случај. Без обзира на то што је запослени ћутао о свом претходном професионалном искуству, на послодавцу је била дужност да, пре запошљавања, утврди шта је са фирмом која је била наведена у CV-ју

прећукивање и извињавајућа заблуда представљају два међусобно искључујућа појма.⁷⁴¹ Они не могу истовремено да стоје: дужност обавештавања почиње тек онамо где се завршава дужност самообавештавања. У том смислу, није злонамерно прећукивање оно што би требало да чини заблуду извињавајућом, већ управо супротно – неизвињавајућа заблуда чини ћутање дозвољеним, легитимним. Уколико је лице у заблуди могло лако да дође до потребних информација, ћутање друге стране не може исправити чињеницу да је „жртва“ заблуде била пасивна.⁷⁴² Не може се кривац тражити у другом због сопствених пропуста. О злонамерном прећукивању би требало бити речи тек уколико постоји дужност да се говори. Међутим, уколико истовремено постоји дужност свих саговорача да се сами информишу, та дужност спречава рађање дужности обавештавања. Зато једна искључује другу, те не могу истовремено постојати и кривица (немар) због неизвињавајуће заблуде, чиме се повређује дужност самообавештавања, и кривица (намера) због прећукивања, чиме се повређује дужност обавештавања.⁷⁴³

Мулијеви аргументи доста подсећају на схватања уврежена у англосаксонском праву. Као главни аргумент против шире имплементације дужности обавештавања англосаксонски писци истичу да би очекивање од једне стране да другој укаже на заблуду у којој се налази пореметило већ утврђену

запосленог. У другом случају спор је био поводом тога да ли се може прихватити захтев послодавца за поништење уговора о раду због заблуде послодавца о кривичној прошлости свог радника (запосленог на месту ноћног чувара). Суд је такав захтев одбио са образложењем да, најпре, радник није био дужан да ту околност предочи послодавцу, а онда и да његово ћутање није било намерно. Разлоге зашто је суд сматрао да нема дужности обавештавања аутори су тумачили на различите начине: да би питање постављено запосленом о његовој криминалној прошлости требало да буде забрањено, те не само да нема дужност да о томе обавести послодавца, већ и да би о тој околности могао и да слаже; да дужност обавештавања није постојала јер његова криминална прошлост нема директне везе са запослењем. Мули као контрааргументе истиче да се питања о криминалној прошлости не налазе на листи забрањених питања коју је законодавац направио, те да иако стоји да би приватан живот запосленог требало да остане у забрањеној зони, карактерне особине запосленог, који се исказују и путем његове криминалне прошлости, чине значајан елемент процене на које послодавац има право да узме у обзир. J. Mouly (2003), 2024.

Иако не спори да је Одељење за радне спорове Касационог суда одступило од правила да злонамерно прећукивање увек чини заблуду извињавајућом, Гестен такво иступање суда из у односу на већ постављено правило правда снажном потребом да се пружи заштита запосленима. Мулијеви аргументе, стога, одбацује као недовољне јер посебне разлоге којима се у тим случајевима руководио Касациони суд не би требало подићи на ниво општег правила уговорног права. J. Ghestin (2013), 1140.

⁷⁴¹ J. Mouly (2003), 2023.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ *Ibid.*, 2027.

поделу ризика који свака страна има у преговорима. То би демотивисало стране да саме постављају питања, да проверавају информације које поседују, да снесу одговорност за сопствене одлуке у процесу закључења уговора.⁷⁴⁴

Друго, такво резонување претпоставља да је и друга страна *крива*, да њено незнање није оправдано. Лардо (*Lardeux*) се прикључује Мулијевим аргументима и додаје да, чак и ако се прихвати то упоређивање кривица, тежом би требало сматрати немарност лица у заблуди јер она временски претходи намери друге стране.⁷⁴⁵ Не би требало занемарити ни чињеницу да је, у случају ћутања, за разлику од преваре активним понашањем, примарни узрок заблуде пасивност, недовољна заинтересованост жртве заблуде. Друга страна њу само искоришћава, али је не ствара није је на било који начин активно подржава у њој. Лице у заблуди није мање непажљиво него онда када нема прећуткивања. Стога, пита се Лардо, како у том случају прихватити да постоји превара када би најпре требало замерити жртви заблуди на непажњи?⁷⁴⁶

Тим проблематичним питањима могло би се придружити још једно: постоји ли уопште у том случају узрочна веза између изјаве воље жртве заблуде и злонамерног прећуткивања друге стране?⁷⁴⁷ Као што је поменуто, заблуду није изазвало прећуткивање друге стране већ сопствена пасивност. У том смислу, прећуткивању се толико не замера обмањивање колико неизвлачење из заблуде. Воља жртве заблуде би била изјављена на исти начин и да није било *намерно* прећуткивања. Ништа се не би променило ни у случају да друга страна није знала за одређену информацију. Штавише, захтев да заблуда буде извињавајућа спречио би у том случају страну да се позива на њу и издејствује поништење уговора.

⁷⁴⁴ „Why should I have to tel him? It's his own fault...” А. Burrows, Е. Peel, 153.

⁷⁴⁵ G. Lardeux, 2988–2989.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, 2988.

⁷⁴⁷ „Ако код одржавања у заблуди узрочно последична веза између понашања сауговорника и уговорне воље није сасвим нарушена, код ћутања као потпуно пасивног понашања ње нема. Превара је лишена свог објективног елемента и ‘претварање’ заблуде (у коју је упала сама жртва) у превару бива дејством субјективног.“ Д. Хибер (1991), 266, „Између изјаве воље и преваре треба да постоји узрочна веза.“ Л. Марковић, 234.

5.1.3.6 Уопштени закључак

Овај део је могуће закључити тиме да се основни узрок колебања у француској судској пракси и критиковања решења да и превара ћутањем чини сваку заблуду извињавајућом заправо налази у проблематичној природи злонамерног прећуткивања: да ли је, наиме, потпуно изједначавање злонамерног прећуткивања са преваром адекватно и уопште могуће?⁷⁴⁸

Несумњиво је да у анализи природе злонамерног прећуткивања аутори полазе са различитих позиција.

Они који сматрају да и злонамерно ћутање извињава заблуду полазе од тога да је злонамерно прећуткивање један вид *преварног поступања*; као такав, преузима све особине преваре као мане воље, па и њене последице.

С друге стране, они који такво решење критикују посматрају злонамерно прећуткивање само као један (најтежи) вид повреде *дужности обавештавања*; мора се најпре утврдити да ли је у конкретном случају постојала дужност обавештавања, да би се уопште могло говорити о њеној повреди, макар и намерној.

И једном и другом решењу могу се изнети замерке.

Уколико би се у апсолутном смислу прихватило правило да је извињавајући карактер заблуде предуслов настанка дужности обавештавања, то би могло да води неправичним решењима. Тиме би се посредно дало „зелено светло“ злонамерном прећуткивању и омогућило таквом сауговарачу да стиче користи од сопственог долозног поступања.

Осим тога, имајући у виду преовлађујуће схватање у нашем праву, да се под „одржавањем у заблуди“ подразумева и потпуно пасивно поступање, ћутање једне стране уз свест о заблуди друге, могло би се поставити питање основаности прихватања таквог решења. Томе у прилог говоре и јасна правила одговорности за недостатке.⁷⁴⁹

⁷⁴⁸ G. Lardeux, 2986.

⁷⁴⁹ Али вид., примера ради, и чл. 911 ЗОО, у коме стоји да се осигуравач не може се позивати на нетачност пријаве или прећуткивања ако су му, у часу закључења уговора, биле познате или му нису могле остати непознате околности које су од значаја за оцену ризика, а које је уговарач осигурања нетачно пријавио или прећутао. Другим речима, ако је одређену чињеницу осигуравач требало да зна, ирелевантно је што је уговарач осигурања њу прећутао, штавише слагао, било намерно или ненамерно.

С друге стране, уколико би се у апсолутном смислу прихватило правило да злонамерно прећуткивање у сваком случају чини заблуду извињавајућом, то би такође могло да доведе до неправичних последица. Наиме, у појединим случајевима би се на тај начин једном саговорачу наметнула дужност да брине о интересима друге стране више него о сопственим; штавише, више него што та друга страна сама брине о својим. Показаће се на одговарајућим местима детаљније⁷⁵⁰, саговорач који се показао као пажљивији у промету морао би другог, увек када уочи његову заблуду, обавештавати чак и о чињеницама о којима се у промету не може основано очекивати да постоји дужност обавештавања, о којима није природно наметнути ту дужност. Само примера ради, готово је незамислива ситуација у којој би један трговац рекао другом да уговор који закључује није по њега најповољније решење јер ствар коју купује може једноставно прибавити и по повољнијој цени или уопште бољим условима.

Закључићемо на начин на који Лардо почиње свој чланак о неадекватности потпуне асимилације преваре ћутањем са осталим видовима преваре: чињеница је да обухватање ћутања преваром подразумева „тријумф ‘добре вере’ над лукавошћу саговорача који ћути о околности за коју зна да је одлучујућа за другу страну“; заборавља се, међутим, „да морал није, нити може бити, алфа и омега уговорног права... и други императиви морају се узети у обзир, ништа мање легитимни“.⁷⁵¹

5.1.4 Утицај оправданог поверења које поверилац има у дужника на дужност (само)обавештавања

И системи који начелно стоје на сасвим супротним позицијама у погледу начина разумевања и регулисања дужности обавештавања при закључењу уговора, као што су, примера ради, француски и англосаксонски системи, у једном се нарочито слажу: природа уговора који се закључује, постојећи однос

⁷⁵⁰ Вид. нарочито део 5.2.2.3.2 и 6.1.1 овог рада.

⁷⁵¹ G. Lardeux, 2986.

између будућих саговорача и својства саговорача и те како могу утицати на настанак и обим дужности обавештавања.⁷⁵²

Уопштено речено, рађање дужности обавештавања у тим случајевима свој узрок налази у *поверењу које један саговорач има према другом*, због чега се оправдано ослања да ће од њега добити обавештења о чињеницама које му могу бити значајне за закључење уговора. Примери о којима ће бити речи у овом делу рада показују да такво поверење може имати двојаке разлоге. Прво, разлог ослањања једне стране на другу да је о нечему обавести може бити у томе што су тој другој искључиво доступне одређене информације. Мада тежња повериоца да се о њима сам обавести не би у сваком случају нужно морала бити узалудна, могла би да подразумева улагање значајних средстава. Друго, разлог ослањања једне стране на другу може бити и у томе што су посебне околности случаја утицале на смањење нивоа опрезности повериоца при закључењу уговора. Зато се често у упоредноправној литератури налази на схватање да поверење које је једна страна имала у другу при закључењу уговора може имати такво дејство да поверилац буде ослобођен последица сопственог пропуста да се обавести. Другим речима, дужност самообавештавања неће увек бити услов настанка дужности обавештавања; може је заменити оправдано поуздање у саговорача.⁷⁵³

Пре него што буде представљена подела која се у упоредном праву у вези са тим уобичајено чини, важно је напоменути да она није строго учињена зависно од тога да ли је оправдано поверење последица „немогућности“ (или отежане могућности самообавештавања) или се поверилац једноставно ослонио да ће од саговорача добити и оне информације до којих је могао и самостално доћи. Чињеница је да се ти разлози често међусобно преплићу и да може бити тешко у

⁷⁵² Међу њима остаје круцијална разлика: док се у англосаксонским системима примери који следе помињу као изузеци од правила да не постоји дужност обавештавања, у француском праву се они помињу као случајеви у којима поверење које један саговорач има у другог може утицати на смањење пажње која се у промету очекује од повериоца – другим речима, може га ослободити дужности самообавештавања.

⁷⁵³ Вид. за француско право: P. Jourdain, 143; M. Fabre-Magnan (1992), 198–199; Y. Boyer, 310–316; Julia Heinich, „Le devoir général d’information, 471 – Confiance légitime dans l’autre partie“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016; B. Fages (2001), 132–131; M. Latina, G. Chantepie, 156.

За англосаксонско право: Robert Adler, Richard Mann, „Good Faith: A New Look at an Old Doctrine“, *Akron Law Review* 28, 1/1995, Article 2, 33; P. S. Atiyah, 255; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2016), 364 и даље; B. Nicholas, 172; M. A. Eisenberg, 1681 и даље; P. S. Atiyah, S. Smith, 249; S. M. Waddams, 248; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 51 и даље, 106 и даље.

појединачном случају утврдити шта је имало пресудни утицај на престанак дужности самообавештавања и рађање дужности обавештавања.

5.1.4.1 Посебан однос поверења заснован на квалитетима дужника

Када је закључење уговора први (или редак) контакт који стране имају једна са другом, ниједна од њих не очекује посебан степен лојалности од друге. „Све се мења“, каже Боаје (*Boyer*), „када између саговорача постоји поверење, које је настало као резултат специфичног односа који постоји између њих.“⁷⁵⁴

Давно је у упоредноправној литератури уочено да на настанак и обим дужности обавештавања и те како може утицати чињеница ко се налази у улози наводног дужника дужности обавештавања. Наиме, понекад се у улози „дужника“ може наћи лице које „повериоцу“ улива такво поверење да се он може (оправдано) ослонити на то да му дужник неће прећутати информације које би могле да утичу на његову вољу да закључи уговор, због чега може пропустити прилику да се сам обавести о њима.

Посебном односу поверења између саговорача, или фидуцијарном односу (*fiduciary relationship*),⁷⁵⁵ како се уобичајено назива у англосаксонском праву,⁷⁵⁶ посвећује се посебна пажња. Утврђивање да између супреговарача постоји фидуцијарни однос представља у англосаксонским системима један од важних изузетака од правила да не постоји општа дужност саговорача на међусобно

⁷⁵⁴ У. Boyer, 322.

⁷⁵⁵ Фидуцијарна веза је извор бројних фидуцијарних дужности које се намећу фидуцијару, у корист бенефицијара. Уопштено, фидуцијар је дужан да поступа савесно и поштено, да не злоупотребљава своју позицију и поверење друге стране које ужива, како би задовољио сопствене или интересе трећих лица, без информисаног пристанка свог бенефицијара. Уобичајено је да се дужности које извиру из таквог односа јављају као вид извршења неког већ постојећег уговора, али се оне тиме не исцрпљују, већ могу обухватати и дужности чије испуњење или повреда могу утицати на закључење и пуноважност неког будућег уговора. Ту се, првенствено, мисли на дужност обавештавања. J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2016), 365; A. Burrows (2013), 541.

⁷⁵⁶ Има писаца који праве разлику између односа поверења (*confidential relationships*) и фидуцијарних односа (*fiduciary relationships*). Док однос поверења извири из понашања страна или природе уговора који се закључује, фидуцијарни однос настаје из позиције у којима се стране налазе у међусобном односу. Тако, између чланова породице може, али и не мора да постоји однос поверења, зависно од тога да ли се уобичајено поверавају један другом и да ли већ имају развијен близак однос. С друге стране, због своје позиције, повереник (*trustee*) дугује бенефицијару фидуцијарну дужност без обзира на то какав је њихов свакодневни међусобни однос. K. Zeiler, K. D. Krawiec, 1809 фн. 33; R. Adler, R. Mann, 33–35.

обавештавање:⁷⁵⁷ фидуцијар (*fiduciary*) је дужан да обавести бенефицијара (*beneficiary*) о свим околностима које му могу бити релевантне за закључење уговора.⁷⁵⁸ Подвучена реч показује да је то одступање у двоструком смислу: не само да постојање фидуцијарне везе рађа дужност обавештавања већ се у оцењивању обима такве дужности не прави разлика у односу на то каква је природа информације у питању и да ли се о њој поверилац могао сам обавестити.⁷⁵⁹ Штавише, од дужника се често не очекује само пуко обавештавање већ и да другу страну саветује да ли јој је корисно да закључи уговор.⁷⁶⁰ Дужност обавештавања, дакле, постоји у најширим размерама, по чему се овај случај разликује од осталих изузетака од општег правила англосаксонског права да су стране слободне да „ћуте“ при закључењу уговора. Разлог је управо у томе што бенефицијар оправдано поклања поверење фидуцијару, ослања се на његову процену и полази од претпоставке да он дела (и) у његовом најбољем интересу.⁷⁶¹ Стандард понашања који се очекује од страна које су у фидуцијарном односу значајно је виши од оног који се очекује када међу сауговорачима нема односа поверења.⁷⁶² Стога, принцип *caveat emptor* ту не игра никакву улогу ни на настанак ни при утврђивању обима дужности обавештавања.⁷⁶³

На исте идеје наилазимо и у системима континенталног права.⁷⁶⁴ Посебан однос поверења који постоји између будућих сауговорача (или једносмерно, према једном од будућих сауговорача) може наметнути (далеко ширу) дужност обавештавања: и када обе стране имају једнак приступ релевантним информацијама, поверење које је једна страна имала у другу може је ослободити последица пропуста да се сама обавести јер се оправдано ослањала на то да ће

⁷⁵⁷ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2016), 364; B. Nicholas, 172; M. A. Eisenberg, 1682; P. S. Atiyah, S. Smith, 249; S. M. Waddams, 248; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 51 и даље.

⁷⁵⁸ P. S. Atiyah, 255–256.

⁷⁵⁹ У нормалним околностима, страна не би могла да захтева поништење уговора због заблуде о вредности, али је тако нешто могуће када је реч о фидуцијарном односу. A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 52.

⁷⁶⁰ J. Cartwright (2012), 822; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 58, 106.

⁷⁶¹ R. Adler, R. Mann, 33.

⁷⁶² „...many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee [fiduciary] is held to something stricter than the morals of the market place“. R. Adler, R. Mann, 35.

⁷⁶³ A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 106.

⁷⁶⁴ A. von Tuhr, 266; B. Schmidlin, 252–253; H. Kötz, A. Flessner, 200–201 и фн. 29.

информације добити од друге стране.⁷⁶⁵ Другим речима, дужност самообавештавања неће представљати предуслов за настанак дужности обавештавања; терет информисања се са повериоца преваљује на дужника дужности обавештавања.

Утицај доктринарних схватања и судске праксе био је у француском праву такав да је, изменама ФГЗ из 2016. године, у одредби којом се намеће општа предуговорна дужност обавештавања изричито предвиђено да дужност обавештавања постоји онда када се једна страна (поверилац) „оправдано поуздала у свог сауговарача“.⁷⁶⁶

Када се ствари поставе на начин који је приказан, основно је питање: када између сауговарача постоји такав однос поверења који повериоца ослобађа дужности самообавештавања и терет информисања преваљује на дужника? Када се једна страна може оправдано ослонити на другу да ће је о одређеним чињеницама обавестити?

Упркос важним последицама опредељивања једног односа као односа поверења, неопходно је поменути да ни у пракси ни у доктрини нема сагласности нити јасних критеријума помоћу којих би се несумњиво могло утврдити у којим случајевима постоји однос поверења између страна. Како се у англосаксонској литератури објашњава, судови свесно избегавају да сачине исцрпну листу, опредељујући се пре за лабавије, флексибилније стандарде, који им омогућавају да (о природи једног односа као фидуцијарног) донесу одлуку на основу околности сваког појединог случаја.⁷⁶⁷ Као главно, судови постављају питање да ли се стране налазе у таквом односу који рађа претпоставку да међу њима постоји однос поверења.⁷⁶⁸

⁷⁶⁵ M. Fabre-Magnan (1992), 198-199; P. Jourdain, 143; Y. Boyer, 322 и даље; B. Mercadal, 65; B. Fages (2001), 132-131; M. Latina, G. Chantepie, 156.

⁷⁶⁶ Вид. чл. 1112-1 ФГЗ: „*Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, **légitimement**, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant*“ (наше наглашавање).

⁷⁶⁷ K. Zeiler, K. D. Krawiec, 1809.

⁷⁶⁸ Одређујући ко се сматра фидуцијаром, Бауер (*Bower*), Тарнер (*Turner*) и Сатон (*Sutton*) истичу „*the courts will always put substance before form, and will consider the principle of the rule rather than the rule itself, the ratio legis rather than the lex. It is not a question of names*“ (наше наглашавање). G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 305-306. У том смислу, поједини аутори деле све фидуцијарне односе у две категорије: оне који се заснивају на статусу (*status-based*) и оне које се заснивају на околностима конкретног случаја (*fact-based*). J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2016), 365; J. Cartwright (2012), 821-823.

Ипак, постојање односа поверења између појединих субјеката (или према појединим субјектима) чини се (мање-више) неспорним у упоредном праву, те ћемо их у наставку приказати.

5.1.4.1.1 Закључење уговора између заступаног и заступника

Општеприхваћено је схватање да посебан однос поверења који постоји између заступника и заступаног рађа дужност обавештавања у најширем смислу.⁷⁶⁹

Такво схватање не треба детаљно објашњавати. Заступник је лице које је преузело дужност да предузима правне послове у име заступаног – таква дужност подразумева да се он мора старати о интересима заступаног у сваком смислу, да не сме злоупотребити ни свој положај ни информације које стиче вршећи своју дужност, како би закључио у своју корист уговор који је неповољан за лице које заступа.⁷⁷⁰ Зато заступник не би смео да прећути заступаном било какву чињеницу о којој има сазнања, а која би утицала на вољу заступаног да закључи уговор.

То истичу и наши писци,⁷⁷¹ а произлази и из одредаба Закона о облигационим односима. Према чл. 751 ЗОО, налогопримац је дужан да поступа са пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина, и да у свему пази на интересе налогодавца и њима се руководи. Штавише, уколико сматра да би извршење налога по добијеним упутствима било од штете за налогодавца, он је дужан скренути на то његову пажњу и тражити нова упутства.

⁷⁶⁹ Притом, појам заступања би требало схватити у ширем смислу, тако да обухвата сваки однос који се заснива на идеји заступања. Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*) наводи пример концесионара коме се продавац обратио да прода његов ауто. Према њој, могло би се сматрати да у таквом случају простоји прећутни однос заступништва, на основу кога је концесионар дужан да обавести власника о вредности ствари коју продаје. Ипак, оградајује се, то би требало дозвољавати само изузетно, примера ради, када постоји значајна неједнакост у способностима уговорних страна, када је једна од њих професионалац који има приступа свим информацијама по знатно нижем трошку од саговорача. М. Fabre-Magnan (1992), 173–174; М. de Juglart, 13; G. Cattalano-Cloarec, 43; Y. Boyer, 342; J. Ghestin (2013), 1427; A. von Tuhr, 266; B. Schmidlin, 252–253; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 54; G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 352 и даље. Брокер ангажован да купи акције за одређеног клијента не може му продати своје акције уколико му није пружио сва обавештења и ако није добио пристанак од клијента. J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2016), 366.

⁷⁷⁰ М. de Juglart, 13–14.

⁷⁷¹ Вид., уместо многих, С. Перовић (1980а), 741 и даље; Славко Царић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1980, 233; Миодраг Трајковић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), књига друга, Крагујевац 1980, 552.

Утолико више постоји дужност заступника да се руководи интересима заступаног уколико жели да се нађе у улози његовог сауговорача у односу на уговор који закључује у име заступаног. Имајући у виду да је такав „уговор са самим собом“ опасан по интересе заступаног, често се поставља питање његове допуштености. Иако такво уговарање не мора бити изричито забрањено, његова пуноважност ће у великој мери зависити од тога да ли је заступник предузео све што се од њега очекује да заштити интересе заступаног, укључујући и предочавање свих околности које могу утицати на његову вољу.⁷⁷² Штавише, тешко да се ту може говорити само о дужности обавештавања; она у великој мери њу превазилази и прераста у дужност саветовања.⁷⁷³

Заступник је, дакле, дужан да обавести заступаног о свему, па и оном о чему се и сам заступани могао обавестити, управо зато што је преузео да дела у његовом интересу. Тако, у англосаксонској пракси се наводи да би заступани (*principal*) основано могао да очекује да буде обавештен о вредности престације, своје или туђе; о „предвиђањима која би могла да утичу на вредност ствари која се купује или продаје“; о преговорима које заступник води о препродаји ствари коју прибавља од њега.⁷⁷⁴ Прећуткивање било које од тих информација представљало би повреду дужности обавештавања, без обзира на то што се о вредности ствари заступано лице могло и само обавестити. У том смислу, дужност самообавештавања, која иначе условљава настанак дужности обавештавања, уступиће место оправданом поверењу заступаног да ће добити све информације од свог сауговорача (заступника).

Мада нису спорни ни постојање ни обим дужности обавештавања, може бити спорна природа такве дужности. Да ли је та дужност обавештавања предуговорног или уговорног карактера? Несумњиво је да би ћутање заступника о било којој околности која би могла да интересује заступаног, у вези са уговором

⁷⁷² Л. Марковић, 252; С. Перовић (1980а), 252; О. Антић, 241–243; Y. Boyer, 342.

⁷⁷³ „Failure to provide the advice may amount to as serious a breach of fiduciary duty as concealment of specific facts. The duty to supply an opinion does not rest upon any express or implied contractual provision (although such terms are in fact the basis of many valuation agreements) but upon the broader equitable principles of disclosure.” A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 58.

⁷⁷⁴ У случају *Demerara Bauxite Co. v. Hubbard*, адвокат је купио од свог клијента удео, не обавестивши га притом да већ постоји интересовање једног купца да тај удео купи по вишој цени. Посебно је значајно то што адвокат до те информације није дошао у приватном својству; купац је до њега дошао зато што је заступао продавца (свог клијента) и водио његове послове. G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 366, 368–369.

који му је поверен на закључивање, представљало повреду уговора о заступању јер дужност обавештавања чини део корпуса дужности и обавеза које је заступник преузео закључивши уговор о заступању.⁷⁷⁵ То стоји без обзира на то ко се налази у улози сауговарача заступаног у односу на уговор који он жели да закључи; дакле, и када је сауговарач сам заступник, и када је то неко треће лице. Међутим, дужност заступника да заступаног обавести о свим релевантним околностима онда када он (заступник) сам жели да се нађе у улози сауговарача сматра се, у односу на уговор који се закључује, дужношћу предуговорног карактера. Оправдање је у томе што ће њена повреда учинити заблуду заступаног извињавајућом, а самим тим и утицати на пуноважност закљученог уговора. У супротном, ако би се она сматрала само повредом уговора о налогу, таква повреда не би могла да утиче на пуноважност закљученог уговора.

Конечно, у овом делу би се могло поставити још једно занимљиво питање: може ли се, на основу успостављеног односа поверења, наметнути дужност обавештавања и након што је однос заступништва формално престао?

Жилијар (*Juglart*), у свом чувеном чланку о дужности обавештавања, износи идеју да би у таквим ситуацијама требало да постоји дужност обавештавања, имајући у виду историју односа између сауговарача (*relations d'affaires préexistantes*).⁷⁷⁶ Свој став, међутим, даље не образлаже.

Покушавајући да нађе одговор на то питање, Боаје (*Boyer*) упућује на један занимљив случај из праксе француског Касационог суда, у коме су околности биле управо такве. Наиме, заступани је ангажовао два агента да се побрину за

⁷⁷⁵ У француској литератури се помиње случај у коме је продавац ангажовао агента за некретнине да прода непокретност, као и хотел-ресторан који је водио, за паушално одређену провизију од 67.300 франака. Пронашавши купце, агент је обавестио продавца, али до закључења уговора о продаји није дошло јер су продавци одбили да га закључе. Агент је поднео захтев за накнаду штете у износу провизије, али је Касациони суд одбио његов захтев, сматрајући да је „агент имао дужност да обавести и саветује заступаног, што уједно подразумева и обавештење о томе да вредност ствари премашује ону цену по којој је продавац желео да прода ствар. Та дужност је заснована на правилу 1135 неизмењеног ФГЗ, према коме уговори не обавезују само на извршење оног што је њима изричито предвиђено већ и на извршење оних дужности које захтеви правичности, обичаји или закон налажу, зависно од природе уговора“. Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*) тај случај помиње као изузетак од правила да не постоји дужност обавештавања о вредности сопствене престације. Међутим, тешко да је то право одступање. Уговор о купопродаји се у том случају не би закључио између продавца и заступника, већ продавца и трећег. Да је до закључења купопродајног уговора заиста и дошло, продавац не би могао да исходује поништење уговора. Евентуално би могао да захтева од агента за некретнине накнаду штете. Управо зато се тај случај једино може помињати у контексту повреде дужности обавештавања као повреде уговора о заступању. Вид. о случају у M. Fabre-Magnan (1992), 171 и даље.

⁷⁷⁶ M. de Juglart, 14.

наплату његовог потраживања према преминулом дужнику који је био презадужен. Међутим, убрзо потом је и заступани умро, чиме је однос заступништва формално био окончан. Ћерке заступаног, сматрајући да нема наде да ће потраживање бити намирено, одлучиле су да то потраживање цедирају агентима. Тек накнадно су сазнале да је дужник њиховог оца имао ћерку која је својим тестаментом одредила да се њена имовина искористи за намирење очевих дугова, да је та ћерка преминула и да су све те информације агенти знали. Иако у тренутку закључења уговора о цесији није постојао однос заступништва између сауговорача, суд је поништио уговор, сматрајући да је однос поверења који је између сауговорача постојао довољан да се агентима наметне дужност обавештавања.⁷⁷⁷

Околности тог случаја несумњиво показују да би наметање дужности обавештавања, и након окончања односа заступништва, могло бити оправдано. Али тешко да би се на основу њега могао изнети било какав општи закључак. Потврдан одговор би могао да следи уколико је, примера ради, такву информацију сауговорач (бивши заступник) стекао управо у вези са вршењем своје заступничке дужности, за време, па чак и након окончања односа заступништва⁷⁷⁸ или ако се може закључити да је, имајући у виду дуготрајност претходне сарадње, између сауговорача уопште створен посебан однос поверења, због чега „заступани“ верује да ће „заступник“ узети у обзир и његове интересе.⁷⁷⁹ Међутим, чини се да сама чињеница да је одређено лице некада имало улогу заступника не би могла бити довољан основ. Уосталом, тешко да би се тада поклоњено поверење могло сматрати оправданим.

5.1.4.1.2 Закључење уговора између директора друштва и његових (будућих) чланова

Судећи према утврђеној пракси француских судова, а слично се наводи и у англосаксонској литератури, однос поверења који рађа једну прилично

⁷⁷⁷ Y. Boyer, 341–344.

⁷⁷⁸ Као пример се у англосаксонској литератури наводи случај када би заступник стекао од трећих лица одређену информацију управо зато што та трећа лица и даље верују да постоји однос заступништва. G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 355.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, 354–355.

свеобухватну дужност обавештавања постоји између директора друштва и његових чланова.⁷⁸⁰

Дужности директора да, при откупу удела, продавце (имаоце удела) мора обавестити и о вредности удела и о преговорима које води са трећим и о цени по којој би се ти удели препродали, у француском праву утрла је пут чувена пресуда Касационог суда у случају *Vilgrain*.⁷⁸¹ Директор друштва је, наиме, при закључењу уговора, акционару-продавцу прећутао чињеницу да већ води преговоре са другим купцем, коме је исте акције, само четири дана касније, препродао по знатно вишој цени. Захтев продавца за накнаду штете, заснован на одредби из чл. 1382 неизмењеног ФГЗ о деликтној одговорности, Касациони суд је усвојио, образлажући тиме да је ћутањем повређена „дужност лојалности која се намеће директорима друштва према свим имаоцима удела“.⁷⁸² Исти став је тај суд потврдио и касније, у неколико наврата.⁷⁸³

Специфичност тих одлука, о којима ће више речи бити у делу тезе који се односи на објект дужности обавештања⁷⁸⁴, испољава се на неколико начина. Прво, у улози повериоца се нису налазили лаици, већ врло упућени сауговорачи, што показује да разлог наметања дужности обавештавања није у неједнакости преговарачких моћи и заштити слабије, информационо инфериорније стране. Друго, дужност обавештавања је била наметнута директору који се налазио у позицији купца, при чему се информација коју је он прећутао односила на вредност удела; дакле, на околност која је сауговорачима, у тренутку закључења уговора, начелно, била једнако доступна, о чему се продавац могао и сам обавестити. У том смислу, циљ дужности обавештавања која се намеће није само да реуспостави неједнакост у доступности информација. Осим тога, треба истаћи

⁷⁸⁰ G. Cattalano-Cloares, 43; M. Latina, G. Chantepie, 156; J. Ghestin (2013), 1162 и даље; G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 404 и даље; K. Zeiler, K. D. Krawiec, 1809; R. Adler, R. Mann, 34.

⁷⁸¹ Вид. одлуку ФКС од 27. фебруара 1996, бр. 94-11241; Didier Martin, „Du dol par omission dans une vente d'actions“, *Les Petites Affiches* 21, 17/02/1997, 9; P. Chauvel, 16; Laurent Aynès, Denis Mazeaud, Yves-Marie Laithier, Thomas Genicon, „Le silence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu“, *Revue des Contrats, Chroniques* – Juillet 2010, 811.

⁷⁸² D. Martin, 9; P. Chauvel, 16.

⁷⁸³ Вид., примера ради, одлуку Касационог суда од 25. марта 2010, бр. 08-13060, у којој је суд изнео: „У име дужности савесног и поштеног поступања која му се намеће, извршни директор друштва, коме је партнер цедирао свој удео у друштву, дужан је да информише партнера о свим елементима које се односе на вредност удела којим располаже.“ L. Aynès, D. Mazeaud, Y.-M. Laithier, T. Genicon, 811. О осталим одлукама вид. у J. Ghestin (2013), 1162 и даље.

⁷⁸⁴ Вид. део 5.2 овог рада.

да дужност обавештавања у тим случајевима није наметнута само због специфичне позиције саговорача (као купца или продавца)⁷⁸⁵ или због својства дужника као професионалца. Она је управо наметнута због посебног односа поверења који је поверилац има у директора друштва⁷⁸⁶ као дужника дужности обавештавања. Због њиховог својства, чињенице да иступају као директори, директори су дужни да саговорачу пренесу све информације које се односе на вредности удела или ствари, кад год би те информације могле да утичу на одлуку да се закључи уговор или на услове под којим би се закључио. То стога што се друга страна ослања на њу и има легитимна очекивања да ће њени интереси бити заштићени. Опрез који правни субјекти природно имају када закључују уговоре овде често изостане. Не може се основано очекивати да би правни субјекти морали да предузимају исте мере опреза када уговарају са субјектима са којима имају успостављен посебан однос поверења као и онда када таквог поверења нема. Како се истиче, када такав однос поверења постоји, он намеће „дужност савесног и поштеног поступања најјачег интензитета“ и захтева „кристалну транспарентност у свим уговорима које могу закључивати међусобно“.⁷⁸⁷ Стога, мада се директор друштва, као лице коме се поклања поверење, јавља у двострукој улози, његова улога саговорача, који је мотивисан да се руководи сопственим интересима, не би смела да превагне над његовом примарном улогом да се стара о интересима друге стране; то му забрањује дужност лојалности према њима.

⁷⁸⁵ Француска пракса познаје случајеве у којима је одбијен захтев продавца за накнаду штете јер је у улози продавца био имацац удела, а не директор друштва. Вид. одлуку у J. Ghestin (2013), 1162–1163.

⁷⁸⁶ Другим речима, када не постоји такав однос поверења између саговорача, као што ће се показати и у случају *Baldus*, о коме ће бити више речи, не види се зашто би купац требало да буде обазривији према продавцу. Такво резонување би водило закључку да је превара ћутањем, у случају заблуде о вредности, разлог рушљивости уговора само код појединих уговора, који намећу посебну дужност лојалности, као што је пример у односу између директора и имаоца удела. Christoph Jamin, „La réticence dolosive, l’obligation d’information et de la bonne foi dans la formation du contrat“, *La Semaine Juridique Edition Générale*, Jurisprudence, 11 Avril 2001 no. 15, Paris, 758.

⁷⁸⁷ L. Aynès, D. Mazeaud, Y.-M. Laithier, T. Genicon, 812–813.

5.1.4.1.3 Закључење уговора између чланова породице или других блиских лица

Закључивање уговора између чланова породице помиње се и у англосаксонској и у француској теорији и пракси, као пример уговора при чијем закључењу постоји посебан однос поверења између сауговорача који намеће дужност обавештавања. Разлог је у специфичном односу који постоји између сауговорача у таквим случајевима, који и те како може да утиче на снижење степена пажње и опреза које сауговорачи природно имају када уговарају. Нарочито су у упоредноправној пракси чести случајеви поништења уговора о деоби имовине између чланова породице (енг. *family settlements*⁷⁸⁸, фр. *pacte de famille*⁷⁸⁹) због повреде дужности обавештавања: закључење таквих уговора захтева потпуно обавештавање о свим околностима о којима стране имају сазнања.

Први проблем који се у вези са тим поставља тиче се круга лица која се тиме обухватају. Неспорно је да он не би могао бити прецизно одређен, али на који начин би суд могао да утврђује да је између сауговорача заиста постојао однос поверења само зато што су повезани породичним везама?

Англосаксонски писци истичу да би појам „породице“ требало схватити у ширем смислу, тако да обухвата и оне који су заиста повезани породичним везама, али и оне који се на такав начин понашају, примера ради, ванбрачни партнери.⁷⁹⁰ С друге стране, француска пракса се изјаснила да том кругу не припадају разведени брачни другови јер се сматра да између њих нема односа поверења.⁷⁹¹

Несумњиво је да јасан критеријум није искристалисан већ се оставља суду да у сваком појединачном случају испитује однос који је у тренутку закључења уговора постојао између сауговорача, како би утврдио да ли се наводни поверилац оправдано могао ослонити на то да ће сва релевантна обавештења добити од наводног дужника. Та „лабавост“, неодређеност појма односа поверења, флексибилност у његовом утврђивању, навела је поједине писце да се запитају до

⁷⁸⁸ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2016), 364; G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 189 и даље.

⁷⁸⁹ Y. Boyer, 345; J. Ghestin (2013), 1428.

⁷⁹⁰ G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 189.

⁷⁹¹ J. Ghestin (2013), 1428; Y. Boyer, 346–347.

које мере се може проширити појам односа поверења. Ако суд, ни када је реч о односима између чланова породице, не би требало строго да се држи чињенице да сауговараче повезује породична веза већ да *in concreto* утврђује да ли постоји однос поверења, шта спречава да се таква околност утврђује и између сауговарача које повезује нека друга врста везе? Може ли се, примера ради, сматрати да дугогодишњи пријатељ има оправдана очекивања да ће друга страна бити искрена приликом закључивања уговора?⁷⁹²

Управо се једна таква дилема јавила пред немачким судовима у чувеном *Daktari* случају.⁷⁹³ Наиме, сауговарач је уступио права на емитовање једне америчке серије свом пословном партнеру, задржавши притом право на 50% удела у цени коју он добије уколико то право уступи неком трећем. Међутим, након одређеног времена, он се одрекао тог удела за накнаду од 10.000 америчких долара. Убрзо потом, сазнао је да му је сауговарач у тренутку закључења тог другог уговора прећутао чињеницу да постоји појачано интересовање за серију и да је већ добио понуду од 8,3 милиона немачких марака за подлиценцу. Стога је захтевао његово поништење. Иако су се нижи судови чврсто држали става да није постојала дужност обавештавања о тој чињеници, Савезни суд Немачке (*Bundesgerichtshof*) преиначио је њихову одлуку са образложењем да је између сауговарача постојала дуготрајна и блиска пословна сарадња, штавише и однос личне природе, који је био таквог утицаја да се тужилац очигледно ослонио на то да ће га сауговарач обавестити о ситуацији на тржишту.

Поменути случај најбоље показује фундаменталну проблематичност заснивања дужности обавештавања на „односу поверења“ који се рађа из чисто личног односа између сауговарача. Његово прихватање несумњиво води залажењу у суптилна, нужно субјективна схватања сауговарача о њиховом међусобном односу. Како сигурно, објективно проценити степен блискости и поверења између два лица? И шта ако је то поверење једнострано или неоправдано? Да ли је уопште оправдано ослањати се на пријатељски, родбински, љубавни или сличан однос у пословању, нарочито када су интереси сауговарача несумњиво

⁷⁹² М. А. Eisenberg, 1683. Поједини француски писци наводе и пријатељску везу као пример односа у коме постоји посебан однос поверења. G. Cattalano-Cloarec, 43.

⁷⁹³ В. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnston, 310; Н. Kötz, А. Flessner, 200–201 и фн. 29.

супротстављени? И ако се једна страна заиста ослањала, није ли то ризик који је сама преузела?

Управо је због тога таква одлука немачког суда у литератури наишла на оштру критику. Није ли суд тиме зашао у сферу која се налази ван права? Иако је једна страна несумњиво поступила неморално, изневеривши пријатељство друге, може ли се таквој околности уопште дати значај у *правним* односима?⁷⁹⁴ Ово нарочито имајући у виду да су оба саговорача професионалци који су делали у оквиру своје редовне делатности, те да је реч је о информацији коју је тужилац лако могао да сазна и сам. Како се наводи, „трговци врло добро знају где престаје пријатељство и почиње посао“.⁷⁹⁵ Стога би блиску пословну и личну везу између саговорача требало би сматрати ирелевантном.

С друге стране, не би требало занемарити идеју која се крије иза таквог проширења круга односа поверења. Циљ није у томе да се зађе у сферу која је по природи ствари ван права већ да се спречи злоупотреба поверења које је једна страна поклонила другој. Несумњиво је да близак однос саговорача може да утиче на понашање страна при закључењу уговора, и то на такав начин да једна страна не предузима исте мере предострожности које би предузимала да нема таквог односа поверења јер полази од тога да јој друга неће прећутати оно што јој може бити битно.

Питање је само када се може сматрати да је такво поуздање у саговорача оправдано.

5.1.4.1.4 Закључење уговора између стручњака и лаика

Оправдање због поверења које једна страна поклања другој може се наћи и у посебним својствима, особинама једног од саговорача. Није ли супериорност једног саговорача због поседовања информација и знања која су релевантна за

⁷⁹⁴ B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 310.

⁷⁹⁵ H. Kötz, A. Flessner, 201.

уговор који се закључује довољно оправдан разлог да се друга страна ослони да ће те информације добити од њега?⁷⁹⁶

Имајући у виду инхерентну неједнакост која постоји у односу између професионалаца и лаика, последњих деценија се посебно уочавају тенденције наметања, у све већој мери, дужности обавештавања на терет професионалаца, а у корист лаика. Од сауговарача-професионалца се, због његових компетенција, основано очекује више него од сауговарача-лаика. Стога се у највећем броју случајева дужност обавештавања и намеће њима: професионалци су њени примарни и природни дужници.

У нашем и упоредном позитивном праву, бројни су извори дужности обавештавања који терете професионалце; тешко их је све и обухватити на једном месту. Могло би се, на општи начин, поменути да је у нашем праву она нарочито уређена у области продаје робе и пружања услуга у корист потрошача. Широк је спектар информација које: трговци дугују потрошачима при продаји робе или пружању услуга;⁷⁹⁷ пружаоци финансијских услуга њиховим корисницима;⁷⁹⁸ осигуравачи, посредници и заступници уговарачима осигурања⁷⁹⁹ итд. Али тиме се листа не исцрпљује. Та дужност произлази и из одредаба бројних других закона,⁸⁰⁰ а стручне компетенције и професионално својство сауговарача законодавац је имао у виду и када је доносио ЗОО: примера ради, у уређењу одговорности посленика, извођача и пројектаната, превозиоца, даваоца лиценце, складиштара, налогопримца, комисионара, тровинског заступника, посредника, шпедитера, организатора путовања итд.⁸⁰¹ Коначно, могло би се рећи да и из опште норме чл. 18 ЗОО о понашању сауговарача при извршавању обавеза и остваривању права произлази схватање да се од доброг привредника, односно стручњака нужно очекује више него од доброг домаћина.

⁷⁹⁶ М. Fabre-Magnan (1992), 199; J. Alisse, 122 и даље; J. Ghestin (2013), 1428–1429; Y. Boyer, 322 и даље; M. de Juglart, 14–16; P. Jourdain, 143; L. de Leyssac, 334–337; C. Garcin, O. Moréteau, 111; B. Fages (2001), 132–131; R. Zimmermann, D. A. Verse, 210; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 57.

⁷⁹⁷ Вид. ЗЗП.

⁷⁹⁸ Вид. ЗЗКФУ.

⁷⁹⁹ Вид. Закон о осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014.

⁸⁰⁰ Вид., примера ради, Закон о правима пацијената; Закон о адвокатури, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011 и 24/2012, посебно чл. 3 и 15; Закон о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, последње измене у 106/2015; чл. 177 ст. 2 ЗР.

⁸⁰¹ Вид. ЗОО чл. 606 и даље, 641 и даље, 658, 692, 731, 751, 772 и даље, 797, 818 и даље, 830 и даље, 864.

Анализа тих прописа показује да је дужност обавештавања која терети професионалце проширена, не само по обиму информација које се дугују, већ и у односу на њихову садржину: дужност обавештавања у великој мери поприма особине дужности саветовања и дужности упозорења. Та ће анализа, међутим, бити предочена на другом месту на коме ће се детаљније приказати шта такав тип дужности обавештавања може подразумевати. Овде само уопштено скрећемо пажњу на то да и стручне и професионалне компетенције саговорача могу имати такав утицај да се њему поклони поверење и од њега (оправдано) очекује пружање одређених информација. Ипак, ма колико широко постављена, дужност обавештавања која терети професионалце није нити би требало да буде свеобухватна – таква да може „извинити“ сваки пропуст лаика да се сам обавести, односно таква да може оправдати потпуно ослањање на саговорача професионалца да ће пружити и она обавештења чије му откривање несумњиво може шкодити. О томе ће бити више речи у делу о објекту дужности обавештавања.

5.1.4.1.5 *О неодређености појма односа поверења у англосаксонском праву*

Проблем неодређености појма односа поверења посебну је пажњу добио у англосаксонској теорији, имајући у виду, с једне стране, строгу позицију англосаксонских система да начелно не постоји предуговорна дужност обавештавања и, с друге стране, широко постављену дужност обавештавања у односима који се сматрају фидуцијарним.

Та флексибилност англосаксонских судова при оцени одређеног односа као односа поверења, у пракси је довела до тога да се један релативно неспоран појам фидуцијарних односа⁸⁰² умногоме прошири. Тако, често се односом поверења

⁸⁰² Под фидуцијарним односом се, уз већ поменуте примере (однос између заступника и заступаног, директора и чланова, између ортака), као еклатантан пример наводи веза између трастија (*trustee*) и бенефицијара (*beneficiary, cestui que trust*), о коме у овом раду није посебно било речи, имајући у виду да је специфичан само за англосаксонске системе. Како објашњавају англосаксонски писци Бауер (*Bower*), Тарнер (*Turner*) и Сатон (*Sutton*), није једноставно прецизно дефинисати ко се може наћи у улози трастија, али се уопштено под тим појмом, нарочито из угла постојања дужности обавештавања, може подразумевати свако лице коме је поверена брига о управљању одређеном имовином, руковођењу пословања, извршењу одређене обавезе и слично, без обзира на то да ли се оно заснива на уговору, неком другом акту или пак произлази из

сматра однос између старатеља и штићеника, родитеља и деце, доктора и пацијента, брачних другова, запосленог и послодавца, па чак и свештеника и парохијана.⁸⁰³ Листа, међутим, чак ни тиме није исцрпљена. И када се однос између две стране није могао сместити у одређену категорију фидуцијарних односа, англосаксонски судови су тежили да пруже заштиту у свим оним случајевима у којима се, имајући у виду све околности, оправдано очекује да такав однос наметне дужност обавештавања.⁸⁰⁴

То је и довело до питања: до које мере се може проширити појам фидуцијарног односа? Како утврдити његове контуре?

Проучавајући судску праксу, англосаксонски писци су покушали да изолују неколико критеријума којима су се судови руководили како би објаснили настанак дужности обавештавања у односима који се означавају као фидуцијарни или односи поверења. Тако, постојање односа поверења се понекад објашњава путем „теорије рањивости“ (*vulnerability theory*):⁸⁰⁵ једна страна се ослања на другу зато што је из неког разлога слабија, инфериорнија од ње. Разлог може бити у неједнакој доступности информација: једна страна, због свог положаја, знања, компетенција, може бити у бољој позицији да поседује или стекне информације које утичу на вољу да се уговор закључи. Мада се та теорија може применити у појединим случајевима,⁸⁰⁶ то не важи за све примере односа поверења. У неким се намеће дужност обавештавања иако су сауговорачима једнако доступне све потребне информације.⁸⁰⁷ Понекад се, пак, постојање односа поверења објашњава

околности конкретног случаја. О томе више у G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 340; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 54.

⁸⁰³ B. Nicholas, 172; R. Adler, R. Mann, 33; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2016), 364 и даље.

⁸⁰⁴ J. Cartwright (2012), 821–823.

⁸⁰⁵ R. Adler, R. Mann, 34. Тако, у случају *Hospital Products Ltd v. United States Surgical Corp.* (1984) пред аустралијским судом судија Даусон (*Dawson*) је изнео: „*There is... the notion underlying all of the cases of fiduciary obligation that inherent in the nature of the relationship itself is a position of disadvantage or vulnerability on the part of one of the parties which causes him to place reliance upon the other.*“ Слично је потврђено и пред канадским судом у случају *LAC Minerals Ltd v. International Corona Resources* (1989): „*the one feature... which is considered to be indispensable to the existence of the relationship, and which is most relevant in this case, is that of dependency or vulnerability.*“ A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 55–56.

⁸⁰⁶ Тако, директор друштва може поседовати информације о стању на тржишту које нису уобичајено доступне осталим члановима друштва; од експерта за уметнине се очекује да власника слике обавести и њеној вредности јер се власник може наћи у „рањивом“ положају, не толико због тога што је он економски слабија страна већ зато што се ослања на способности експерта. Управо та зависност рађа дужност обавештавања. A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 57; B. Nicholas, 172.

⁸⁰⁷ Примера ради, ортаци не дугују једни другима обавештавање зато што су једном од њих информације доступне, а другима не. *Ibid.*, 57.

тима да је једна страна прихватила да *дела у интересу друге*⁸⁰⁸ те је тиме преузела и дужност да је обавести о свему што би могло да угрози њене интересе. Она стоји онда када је реч о уговорима који се закључују између лица која се налазе у односу заступништва или сличном односу. Као једно од објашњења нуди се и теорија недозвољеног утицаја (*the doctrine of undue influence*):⁸⁰⁹ она се примењује кад год се покаже да је између саговорача постојао такав однос поверења да се једна страна оправдано могла ослонити да ће добити све неопходне информације од друге. Као пример се често помиње однос између родитеља и деце или брачних другова, али се не своди само на њих.⁸¹⁰ Ћутање друге стране тада се сматра злоупотребом поверења.⁸¹¹ Коначно, мада се не своди само на односе поверења,⁸¹² и теорија несавесног пословања (*the doctrine of unconscientious dealing*) може послужити да се објасни дужност обавештавања у тим случајевима. То је

⁸⁰⁸ Судија Познер (*Posner*) је у случају *United States v. Dial* (1985) говорио управо о тим аргументима за постојање дужности обавештавања у фидуцијарним односима: „*The essence of a fiduciary relationship is that the fiduciary agrees to act as his principal's alter ego rather than to assume the standard arm's length stance of traders in a market. Hence the principal is not armed with the usual wariness that one has in dealing with strangers; he trusts the fiduciary to deal with him as frankly as he would deal with himself-he has bought candor.*“ М. А. Eisenberg, 1682. Вид. и случај *Hospital Products Ltd v. United States Surgical Corp.* (1984): „*the critical feature of these relationships is that the fiduciary undertakes or agrees to act for or on behalf of or in the interests of another person in a legal or practical sense*“. А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 56.

⁸⁰⁹ Ту доктрину је објаснио судија Диксон (*Dixon*) у случају *Johnson v. Buttress* из 1936. године: „*It applies wherever one party occupies or assumes towards another a position naturally involving an ascendancy or influence over that other, or a dependence or trust on his part. One occupying such a position falls under a duty in which fiduciary characteristics may be seen. It is his duty to use his position of influence in the interest of no-one but the man who is governed by his judgment, gives him his dependence and entrusts him with his welfare.*“ А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 61–62.

⁸¹⁰ Пример могу бити и однос између заступника и заступаног, лекара и пацијента итд. *Ibid.*, 62.

⁸¹¹ Штавише, претпоставка да у таквим односима може постојати недозвољени утицај једног саговорача на другог може утицати и на пуноважност уговора који се закључује са трећим лицем. Тако, у случају *Barclays Bank Plc v. O'Brien* из 1994. године, дужник је желео да добије кредит за пословање фирме, а за јемца је предложио своју жену. Обманута нетачним информацијама које јој је дао, како би је навео на закључење уговора, његова жена је пристала да јемчи. Суд је, међутим, поништио уговор о јемству који је она закључила са банком. Образложење се заснивало на томе да је банка, у таквим околностима, морала да претпостави да би дужник (муж) могао да се послужи лажима или прикривањем чињеница како би јемца (своју жену) навео да закључи уговор. Банка је стога била дужна да се увери да јемчева воља није манљива, да га упозна са ризиком који преузима или макар да га упуту да потражи независни савет. Вид. о случају у Andrew Burrows, *A Casebook on Contract*, Oregon 2016, 810 и даље; К. Zweigert, Н. Kötz, 428.

⁸¹² Она се примењује увек онда када једна страна злоупотреби свој супериоран положај, надмоћ у односу на саговорача које се или налази у неком неповољном положају (као пример се налази саговорач који лежи у болници) или је пак реч о саговорачу који пати од неког вида физичке неспособности или интелектуалне инфериорности. А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 44 и даље.

нарочито случај када између сауговарача постоји значајна диспропорција у преговарачким моћима, на пример, између професионалаца и потрошача.⁸¹³

Али, према њиховом сопственом признању, ниједна од тих теорија није сама по себи довољна да би се објаснио сваки појединачни случај у коме се сматрало да постоји однос поверења који рађа дужност обавештавања. Осим тога, оне се често у практичној примени преплићу, због чега их је понекад тешко разликовати и утврдити која је заправо примењена у конкретном случају.

Све те околности су, претпоставља се, узете у обзир приликом објављивања правне студије *Restatement (Second) of Contracts*, о принципима америчког уговорног права. Наиме, према §161, ст. 4, уколико једна страна не открије другој страни чињенице које су јој познате, такво ћутање се изједначава са тврдњом да оне не постоје уколико друга страна има право да такву околност зна, имајући у виду однос поверења који постоји између њих.⁸¹⁴ Правило намерно не говори о постојању „фидуцијарних“ већ „односа поверења“, чиме се заправо хтело указати на то да се дужност обавештавања може наметнути и у свим оним случајевима где се не би могло говорити о правом фидуцијарном односу, а међу странама постоји такав однос поверења да се оправдано очекује међусобно обавештавање.⁸¹⁵ Разлог је у карактеристикама односа појединих сауговарача, који може бити такав да једна страна оправдано очекује да ће друга бити искрена, отворена, да ће јој скренути пажњу на околности које би је могле занимати. Блиска веза која постоји између сауговарача може утицати на смањење уобичајеног нивоа опрезности који сауговарачи имају при закључењу уговора. Тако, Ајзенберг (*Eisenberg*) управо користи пример закључења уговора између дугогодишњих пријатеља, при чему сваки од њих има оправдана очекивања да ће

⁸¹³ Али то мора да буде посебан вид недостатка. Примера ради, у случају *Commercial Bank of Australia Ltd v. Amadio* (1983), банка је закључила уговор о јемству са старијим паром из Италије, родитељима дужника, који су уједно врло слабо владали писаним енглеским језиком. Упркос томе, банка се није потрудила да им објасни природу обавезе коју преузимају нити им је дата прилика да добију непристрасан савет. *Ibid.*, 129–130.

⁸¹⁴ „A person's non-disclosure of a fact known to him is equivalent to an assertion that the fact does not exist... where the other person is entitled to know the fact because of a relation of trust and confidence between them.“

⁸¹⁵ Тако, породични односи сауговарача се не би могли сматрати класичним фидуцијарним односима, али се, упркос томе, сматра да су дужни да једни друге, приликом закључења уговора, обавесте о свим релевантним околностима о којима имају сазнања. J. Cartwright (2012), 817–818 и види примере у фуснотама.

друга страна бити искрена приликом закључивања уговора.⁸¹⁶ У том смислу предлаже да се, када је реч о дужности обавештавања, сваки однос у коме се оправдано може очекивати отвореност има сматрати односом поверења, без обзира на то да ли се уклапа у традиционалне калупе фидуцијарних односа. Суд би, дакле, требало да пође од тог критеријума – оправданог очекивања искреног поступања – како би утврдио да ли је постојала дужност обавештавања. Према његовом мишљењу, чак се и у привредним односима понекад може оправдано очекивати да ће сауговорач „играти отворених карата“. То је нарочито онда када је, примера ради, једна страна експерт, а друга се оправдано ослонила на његове способности.⁸¹⁷

Овај део ћемо завршити питањем које постављају англосаксонски писци Даган (*Duggan*), Брајан (*Bryan*) и Хенкс (*Hanks*): зашто се границе фидуцијарних односа у толикој мери проширују у англосаксонском праву? Они сматрају да је објашњење делимично и у томе што одређивање неког односа као фидуцијарног представља „кључ који отвара врата ка свим оним решењима која су иначе недоступна.“⁸¹⁸ Наиме, опште је правило англосаксонског права да не постоји општа дужност предуговорног обавештавања. Стога закључак да у конкретном случају однос између сауговорача има елементе фидуцијарног у великој мери олакшава посао судовима: они тада не морају утврђивати да ли је у конкретном случају дошло до преваре активним радњама како би могли да санкционишу повреду дужности обавештавања. Штавише, судови се неће упуштати ни у то да ли је одређену информацију дужник намерно прећутао нити каква је природа те информације.⁸¹⁹ Довољно је да је њему она била позната, без обзира на то што је није открио макар и услед обичне непажње.

Тиме се несумњиво омогућава да се заштита због повреде дужности обавештавања пружи у свим оним ситуацијама када се то чини правичним јер је злоупотребљено поверење које је једна страна имала у другу. Али, из истих се разлога и критикује: таква пракса је „циљно оријентисана“ и води правној

⁸¹⁶ M. A. Eisenberg, 1683.

⁸¹⁷ *Ibid.*; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 57.

⁸¹⁸ A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 60.

⁸¹⁹ У том смислу, како се наводи, ирелевантно је да ли се фидуцијар налази у улози продавца или купца – дужност обавештавања постоји у оба случаја, у једнаком обиму. *Ibid.*, 70.

несигурности јер резултат (став о постојању дужности обавештавања) у великој мери зависи од интуиције или саосећања суда.⁸²⁰

5.1.4.2 Посебан однос поверења заснован на природи уговора који се закључује

У упоредном праву се често износи да посебан однос поверења између сауговорача може бити резултат и саме природе уговора који се закључује, због чега се, при њиховом закључењу, од сауговорача очекује виши степен међусобне лојалности и бриге него што је то у уговорним односима уобичајено; то се, између осталог, остварује и међусобним обавештавањем о релевантним околностима. У англосаксонској литератури се, у вези са тим, говори о уговорима „крајње добре вере“ (*utmost good faith, uberrima fides*),⁸²¹ док их у француској литератури поједини писци означавају „уговорима од поверења“ (*contrat de confiance*).⁸²² У наставку ће бити представљени само они примери који се у упоредном праву најчешће помињу. Њихова анализа може бити значајна за разумевање разлога због којих се, при њиховом закључењу, намеће дужност обавештавања. Листа, свакако, није еnumerативног карактера, као што то није случај ни са примерима који су представљени у претходном поглављу.

5.1.4.2.1 Закључење уговора између (будућих) ортака

Специфична природа односа који се ствара између ортака, нарочито *лични* карактер уговора и његова *дуготрајност*, утицала је на то да се уговор о ортаклуку уобичајено издваја као пример уговора чија природа ствара посебан однос поверења између сауговорача.⁸²³ Држећи се правила које се искристалисало још у римском праву „*in societatis contractibus fides exuberet*“, дужност лојалности која се од ортака очекује подразумева не само дужност међусобног обавештавања

⁸²⁰ *Ibid.*, 60 и 61.

⁸²¹ Вид., уместо многих, G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 83 и даље; P. S. Atiyah, S. Smith, 247–248; J. Cartwright (2012), 791.

⁸²² L. de Leyssac, 326; J. Alisse, 87; Y. Boyer, 310 и даље.

⁸²³ Y. Boyer, 320 и даље; H. Kötz, A. Flessner, 201 фн. 29; J. Ghestin (2013), 1427 и фн. 209; A. von Tuhr, 266; B. Schmidlin, 252–253. У англосаксонском праву се уговори о ортаклуку такође сматрају *uberrima fides* уговором, а однос између ортака фидуцијарним. G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 194 и даље; J. Cartwright (2012), 807–808.

о свим питањима која се односе на њихово заједничко пословање, једном када је уговор о ортаклуку (фр. *contrat de société*, енг. *partnership contracts*) закључен, већ се она протеже и на сам период његовог закључења.

Тако, наводе француски писци прилично широко, будући ортаци су дужни да обавести једни друге „о свим информацијама које им омогућавају да процене њихову личност и имовинско стање, те њихов интерес да се уортаче“.⁸²⁴ Потпору налазе у одлукама француских судова, у којима се сматрало повредом дужности обавештавања и ћутање будућег ортака о околностима које би могле да утичу на остварење заједничког циља и ћутање постојећих ортака будућем о стању пословања друштва.⁸²⁵

Готово се идентично наводи и у англосаксонској литератури. Дужност обавештавања односи се на све околности које би будуће или постојеће ортаке могле да интересују приликом ступања у или иступања из ортаклука.⁸²⁶ То могу бити информације о „имовини, приходима, расходима, пословању, пословним књигама и другој документацији, прошлом и садашњем стању послова“;⁸²⁷ штавише, то може бити и информација о томе да је „постојала још једна понуда за куповину удела“ – ортак-купац мора о томе обавестити ортака-продавца.⁸²⁸

5.1.4.2.2 *Закључење уговора између запосленог и послодавца*

Из истих разлога – посебног односа поверења који настаје, личног карактера уговора, његове дуготрајности – и уговори о раду се уобичајено издвајају као примери уговора чија природа ствара посебан однос поверења

⁸²⁴ Y. Boyer, 320.

⁸²⁵ Вид., примера ради, одлуку ФКС од 21. априла 1959. године: ћутање будућег ортака о својој тешкој материјалној ситуацији, која га очигледно онемогућава да пружи било какав, новчани или неновчани, допринос сматра се повредом дужности обавештавања. Слично, ФКС је у одлуци од 8. марта 1965. године замерио будућем ортаку што остале ортаке није обавестио о обиму обавеза које може да предузме, због чега они нису били у могућности да процене ризик и тешкоће са којима ће се сустрести у остваривању циља. С друге стране, у одлуци ФКС од 22. новембра 1971. године, постојећим ортацима је замерено што су будућем ортаку прећутали да друштво није било у стању да исплати плате руководиоцима друштва, иако је нови ортак требало да дође на ту позицију. Цит. према Y. Boyer, 320–321; J. Ghestin (2013), 1427 и фн. 209.

⁸²⁶ J. Cartwright (2012), 807–808.

⁸²⁷ G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 195.

⁸²⁸ *Ibid.*, 197.

између саговорача.⁸²⁹ За такав однос се уобичајено истиче да га карактерише једна општа дужност – дужност лојалности, односно верности (енг. *duty of loyalty*, фр. *devoir de fidélité*) запосленог према послодавцу – из које могу произаћи бројне специфичне дужности запосленог, као што су, примера ради, дужност чувања тајне, забрана конкуренције, али и дужност обавештавања.⁸³⁰

То нас доводи до питања: на који начин природа уговора о раду и природа односа који се између послодавца и запосленог ствара утичу на постојање и обим дужности обавештавања?

Послодавац је приликом закључења уговора, али и у току његовог трајања, често оправдано заинтересован да сазна различите информације не само о професионалној већ и о приватној сфери живота (будућих) запослених, а које би непосредно или посредно могле да утичу на његову вољу да закључи уговор. Да ли је однос поверења, на који се указује у теорији, таквог карактера да се оправдано може очекивати да (будући) запослени пружи послодавцу сва обавештења која га могу интересовати?

Имајући у виду савремену судску праксу у области радног права, тешко да би одговор могао бити позитиван. Иако у упоредном праву постоји снажна тенденција проширења домена предуговорне дужности обавештавања, судска пракса у области радног права сведочи управо о супротном. Тежња да се заштите (будући) запослени као слабија страна и његово право на приватни живот, у великој мери је ограничила круг информација о којима је (запослени) дужан да обавести послодавца; исто важи чак и за информације које су искључиво доступне (будућем) запосленом, о којима се послодавац није ни могао сам обавестити. У сукобу интереса послодавца да сазна одређене информације и интереса (будућег) запосленог да их задржи за себе, често превагне овај други.

Који је онда домет дужности обавештавања која терети (будуће) запослене?

У нашем праву, у Закону о раду, предвиђена је одредба којом се намеће дужност обавештавања на терет запосленог. Тако, према чл. 15, запослени је

⁸²⁹ Y. Boyer, 320; H. Kötz, A. Flessner, 201 фн. 29; G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 370 и даље.

⁸³⁰ Поједини писци сматрају да сваки уговор о раду садржи прећутну одредбу о верности, која рађа дужност лојалности и савесности и поштења између послодавца и запосленог. J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2016), 366–367; Pierre Tercier, Pascal Favre, Marie Antoine Eigenmann, *Les contrats spéciaux* (dir. Pierre Tercier, Pascal Favre), Zurich 2009, 497–498.

дужан да обавести послодавца о битним околностима које утичу или би могле да утичу на обављање послова утврђених уговором о раду. Осим тога, запослени је дужан да обавести послодавца о свакој врсти потенцијалне опасности за живот и здравље и настанак материјалне штете. Њена је природа, међутим, нејасна: начин и место уређења те одредбе пре говоре о томе да је реч о уговорној него о предуговорној дужности.⁸³¹

У нашој теорији се уопштено наводи да постоји дужност запосленог да послодавца обавести о свим оним околностима које су *непосредно* повезане са послом за који одређено лице конкурише и проценом његових *професионалних* способности.⁸³² На то указују и примери из наше судске праксе. Тако, изнео је својевремено Суд удруженог рада СР Словеније, престанак радног односа се сматра законитим ако је запослени, при закључењу уговора о раду, „свесно прећутао податке о свом здравственом стању“. Наиме, његова болест кичме, коју је прећутао приликом лекарског прегледа, била је таквог карактера да је веома брзо установљено да је неспособан да обавља своје радне задатке.⁸³³ Слично се истиче и у новијој судској пракси Врховног суда Србије: запосленом може престати радни однос, независно од његове воље, ако је у моменту заснивања радног односа прећутао податак да нема радну способност за извршење послова због којих је радни однос заснован.⁸³⁴

Дакле, подаци о здравственом стању кандидата сматрају се релевантним, али само уколико доводе у питање нечију способност да обавља одређене радне задатке или пак онда када то захтева природа посла који се обавља.⁸³⁵

⁸³¹ Интересантан је податак да је неким претходним законима којима су били уређени радни односи, као што је Закон о радним односима, *Сл. гласник РС*, бр. 55/96 и 20/2001, изричито било предвиђено (у чл. 108, ст. 1, т. 12) да послодавац има право да откаже уговор о раду уколико је запослени, при заснивању радног односа, прећутао или дао неистините податке значајне за извршење послова ради којих је засновао радни однос. Важећи Закон о раду као разлог за отказ предвиђа само случај када је запослени дао нетачне податке који су били одлучујући за заснивање радног односа (чл. 179, ст. 3, т. 6), не и ако их је прећутао.

⁸³² Љ. Ковачевић, 504.

⁸³³ Из одлуке Суда удруженог рада СР Словеније Сп. 1622/81-3 од 22. октобра 1981. године, *Судска пракса* 12/81, 69–70.

⁸³⁴ Вид. Пресуду Врховног суда Србије, Рев-П-1587/03 од 25. фебруара 2004, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 2/2004, 67–68.

⁸³⁵ Тако, примера ради, запослени који у обављању послова долази у додир са храном морао би да обавести послодавца о инфективним болестима. О том и другим примерима вид. Љ. Ковачевић, 505 и даље.

Осим тога, у пракси француских судова наводи се пример да је запослени дужан да обавести послодавца, у тренутку закључења уговора, о постојању евентуалне клаузуле о забрани конкуренције која га везује за претходног послодавца.⁸³⁶

С друге стране, готово је опште усвојено схватање да, осим изузетно, не постоји дужност жена кандидаткиња за запослење да обавесте послодавца о својој евентуалној трудноћи при закључењу уговора о раду.⁸³⁷ Штавише, сматра се да би о тој околности кандидаткиња могла и да слаже, о чему ће посебно бити речи на другом месту.⁸³⁸

Упоредноправна судска пракса сведочи и о тенденцији да се пружа већа слобода и дискреција запосленом да прећути оне информације које му могу шкодити при закључењу уговора о раду.⁸³⁹ Већ је било речи о примерима праксе француског Касационог суда у којима је суд сматрао да запослени, будући директор, није дужан да обавести послодавца да је фирма у којој је претходно радио као директор ликвидирана за време његовог руковођења; или да радник који конкурише за место ноћног чувара није дужан да обавести послодавца о својој криминалној прошлости.⁸⁴⁰

Сличан пример познаје и пракса енглеских судова. У чувеном случају *Bell v. Lever Brothers Ltd.*, суд је сматрао да запослени нису дужни, пре закључења споразумног раскида, за који су добили накнаду због превременог прекида

⁸³⁶ Y. Boyer, 320; J. Ghestin (2013), 1427.

⁸³⁷ Тако, у једном случају пред Судом удруженог рада СР Словеније, запослена је закључила уговор о раду на одређено време, како би мењала другог одсутног радника, прећутавши притом да је у другом стању. Суд је сматрао да њој због тога не може престати радни однос. „Последице прећуткивања бременитости потребно је пресуђивати независно од мотива због кога је дошло до закључивања радног односа. (...) радни однос престаје само тада ако је радник прећутао податак у вези са радним условима и битан је за обављање послова. (...) Радница која роди није неспособна за обављање послова, већ је породилским допустом само реализовала своје право.“ Вид. одлуку Суда удруженог рада СР Словеније, бр. Сп. 622/81 од 23. априла 1981, *Судска пракса* 6/81, 78–79. Вид. и пресуду Врховног суда Србије, Рев. 3617/92 од 19. новембра 1992, *IngPro*: „Сумња да је радница засновала радни однос само ради тога да би се обезбедила за време трудноће, не може бити основ за престанак радног односа. Радни однос може засновати свако ко испуњава услове и има општу здравствену способност. Ту способност има и трудница. Трудноћа је управо знак здравља. Она није сметња за заснивање радног односа нити разлог за престанак радног односа.“ Вид. и В. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnston, 304; J. Ghestin (2013), 1381.

⁸³⁸ Вид. део 6.1.1 овог рада.

⁸³⁹ Такву праксу Гестен (*Ghestin*) правда снажном потребом пружања заштите запосленима. J. Ghestin (2013), 1140 и 1427.

⁸⁴⁰ Више у J. Mouly (2003), 2024.

уговора о раду, да обавесте послодавца о томе да су учинили такву повреду радне обавезе која би послодавцу омогућила да им једнострано откаже уговор о раду.⁸⁴¹

Могло би се констативати да природа односа послодавац – запослени, али и чињеница да су информације које могу бити значајне послодавцу често искључиво доступне само запосленом, утичу на то да се запосленом у одређеној мери намеће дужност обавештавања у корист послодавца. Ипак, она је у свом обиму прилично ограничена. Стога, мада између њих постоји однос поверења, не може се рећи да је он такве природе да наметне потпуну дужност обавештавања о свим чињеницама, као што је то случај у неким другим примерима односа поверења.

5.1.4.2.3 Закључење уговора о осигурању

У англосаксонској литератури се, као најзначајнији пример уговора „крајње добре вере“ (*uberrimae fidei*) наводи управо уговор о осигурању, који због своје природе рађа посебан однос поверења између саговорача.⁸⁴² Међутим, изричито означавање, и у пракси и у законским текстовима, да се уговор о осигурању сматра *uberrimae fidei* уговором, није пружало одговор на сва питања која су се нашла пред судском праксом и доктрином. Питали су се правни писци у чему је разлог издвајања уговора о осигурању, па и уопште свих *uberrimae fidei* уговора од других. Због чега се баш за њих везује начело поступања у крајњој доброј вери и намеће дужност обавештавања? Да ли је заиста довољно да суд у конкретном случају идентификује да је реч о уговору о осигурању и, сматрајући

⁸⁴¹ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2016), 366–367. Али има и другачијих примера. Више у G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 370 и даље.

⁸⁴² Вид. за право Енглеске чл. 17 *Marine Insurance Act* из 1906. године, чије су принципе судови уопштено примењивали на све друге видове осигурања. S. Park, 17 и даље; S. M. Waddams, 242; A. D. M. Forte, 79. Вид. за право Аустралије чл. 13 Закона о уговорима о осигурању из 1984. године (*Insurance Contracts Act*), којим се истиче да је реч о *utmost good faith* уговорима. Дужност обавештавања регулисана је од чл. 21–22 тог закона, и на терет уговорача осигурања и на терет осигуравача. Први пут је у шкотској судској пракси термин *uberrimae fidei* употребио лорд президент Инглис 1873, када је у образложењу одлуке навео да се уговори о осигурању разликују од других уговора управо по томе што захтевају *uberrima fides* од обе уговорне стране. A. D. M. Forte, 81. Принцип поступања у највишој доброј вери прихваћен је и од америчких судова. Први случај у коме се примењује доктрина о поступању у највишој доброј вери (*utmost good faith*) јесте *M'Lanahan v. Universal Insurance Co* из 1828. године, у коме је суд истакао да се „уговор о осигурању сматра *uberrimae fidei* уговором, због чега га и карактеришу високи морални принципи“. Вид. одлуку у E. Franklin, 572.

га, по аутоматизму, *uberrimae fidei* уговором, закључи да је постојала предуговорна дужност обавештавања? Може ли се без резерве рећи да дужност обавештавања постоји увек и у истом облику, са истим садржајем, кад год се ради о закључењу уговора о осигурању (или другог *uberrimae fidei* уговора), без обзира на околности конкретног случаја? Или укратко: који је разлог наметања дужности обавештавања при закључењу уговора о осигурању?

Упрошћено образложење, које се своди на то да је разлог наметања предуговорне дужности обавештавања у томе да је реч о уговору при чијем закључењу постоји дужност да се поступа у крајњој доброј вери (*utmost good faith*) није прошло без критика.

У системима који припадају англосаксонској породици права, али у којима се прихвата начело савесности и поштења као руководећи уговорни принцип,⁸⁴³ сматра се да је погрешно, али и непотребно степенувати поступање у доброј вери.⁸⁴⁴ Закључење сваког уговора прати захтев да стране морају поступати у доброј вери. У том смислу, „незамисливо је сматрати да се може поступати у малој, већој или највећој доброј вери“.⁸⁴⁵ Стране или поступају у доброј вери или не; трећега нема. Осим тога, наглашава се, дужност да поступају савесно и поштено при закључењу уговора не значи, по аутоматизму, и дужност да једна другу морају обавештавати о свим околностима које им могу бити од значаја за закључење уговора. Другим речима, из дужности поступања у доброј вери не произлази у сваком случају дужност обавештавања.

С друге стране, и у системима англосаксонског права који не прихватају начело савесности и поштења као општи уговорни принцип, какво је и енглеско право, наводи се да је термин „крајње добре вере“ (*utmost good faith*), сам по себи, недефинисан. На основу њега је тешко доћи до закључка зашто постоји дужност обавештања, а нарочито који је њен обим. Због тога се често доводи у питање његова корисност.⁸⁴⁶

Одговор би могао да лежи у коренима идеје о дужности обавештавања у уговорима о осигурању. Они се у англосаксонском праву јављају још у 18. веку, у

⁸⁴³ Такав је случај са правним системом Јужне Африке. J. Cartwright (2012), 793; A. D. M. Forte, 84.

⁸⁴⁴ „One may be less than honest but one cannot be more honest than honest.“ A. D. M. Forte, 83 фн. 28.

⁸⁴⁵ J. Cartwright (2012), 793 фн. 21.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, 791; A. D. M. Forte, 82.

чувеном случају *Carter v. Boehm*⁸⁴⁷ из 1776. године. Тај случај је постао познат по чувеном образложењу лорда Мансфилда који је, тежећи да објасни смисао дужности обавештавања, навео следеће:

*Уговор о осигурању је уговор који почива на шпекулацији. Посебне околности случаја, на основу којих се ризик има проценити, најчешће су доступне само уговарачу осигурања: осигуравач се ослања на његове изјаве и полази од уверења да уговарач осигурања није прећутао ниједну околност о којој има сазнања, како би навео осигуравача да верује да такве околности не постоје, те да процену ризика врши као да оне не постоје. Прећуткивање таквих информација јесте превара, због чега је и уговор о осигурању непуноважан... јер ризик који се њиме преузима много је другачији од оног који је осигуравач мислио да преузима при закључењу уговора... Савесност и поштење забрањују свакој страни да сакрије оно о чему има сазнања, да наведе сауговарача на закључење уговора, зато што је он несвестан тих чињеница и зато што верује да су околности другачије.*⁸⁴⁸

Мада лорд Мансфилд (*Lord Mansfield*) у свом образложењу није означио уговоре о осигурању као *uberrimae fidei* уговоре нити је у њему употребио термин „крајње добре вере“ (*utmost good faith*)⁸⁴⁹ управо за тај случај англосаксонски писци везују схватање да се у одређеним, тзв. *uberrimae fidei* уговорима од обе уговорне стране очекује да покажу знатно виши степен пажње према сауговарачевим интересима него што је то случај у другим уговорима.⁸⁵⁰ Тај случај, а посебно образложење лорда Мансфилда, представљали су својеврсну прекретницу у англосаксонском праву и имали су снажан утицај на имплементацију дужности обавештавања у англосаксонском праву: мада се случај

⁸⁴⁷ Спор је избио између Џорџа Картера, уговарача осигурања, и Чарлса Боема, осигуравача, управо због тврдњи другог да је први прећутао околности које би утицале на одлуку осигуравача да закључи уговор. Наиме, Џорџ Картер, забринут да би Французи могли заузети луку Марлборо на острву Суматра у Источној Индији, закључио је уговор о осигурању његове имовине која се тамо налазила од ризика да ће лука бити заузета „од европских непријатеља“. Након што је ризик наступио и Картер захтевао исплату осигуране суме, осигуравач Боем је, одбивши исплату, истакао приговор да је Картер прећутао одређене чињенице које би, да их је Боем знао у тренутку закључења уговора, спречиле закључење уговора. Боем је, најпре, истакао да је Картер знао за чињеницу да лука није била оспособљена да се одбрани од таквог потенцијалног напада; друго, тврдио је да је Картер прећутао да постоји озбиљна претња да ће луку напасти Французи или Холанђани. Више у S. Park, 9 и даље; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 72; E. Franklin, 571; M. Furmston, 481.

⁸⁴⁸ A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 72–73.

⁸⁴⁹ E. Franklin, 571 фн. 85; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2016), 360 фн. 274, где се наводи да је тај термин употребљен тек касније; S. Park, 9.

⁸⁵⁰ A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 72; M. Furmston, 481.

односио на уговор о осигурању, његов став се сматрао доктрином која се има применити на сва уговарања.⁸⁵¹

Тумачење његових речи је, међутим, погрешно истакло у први план савесност и поштење као основ дужности обавештавања. Кључ је управо у томе што су околности релевантне за процену ризика код уговора о осигурању често *недоступне осигуравачу* и налазе се само у свести уговарача осигурања.⁸⁵²

Управо је тај неравноправан приступ релевантним информацијама главни разлог што је законодавац сматрао оправданим и умесним да наметне дужност обавештавања у уговорима о осигурању. Мада се у улози повериоца дужности обавештавања налази осигуравач, обично економски снажан и искусан сауговарач, уговарач осигурања је често једини који има приступ релевантним информацијама. Осигуравачи често немају сазнања о факторима који утичу на процену тачно одређеног ризика, већ се морају ослањати на оно што им уговарач осигурања саопштава, те да им неће прећутати ниједну околност о којој има сазнања.⁸⁵³ Стога и ненамерно скривање информација представља повреду дужности обавештавања. Имајући у виду да осигуравачу не преостаје ништа друго него да се ослони на дате информације, ирелевантан је мотив необавештавања.

Англосаксонски писци који су постављали питање шта је прави узрок имплементације дужности обавештавања код уговора о осигурању истицали су да би пребацивање акцента на недоступност релевантних информација могло имати важне последице и на општа схватања о таквој дужности.

Прво, ако се пође од тога да се у *недоступности* релевантних информација, а не у чињеници да је реч о уговору „крајње добре вере“ крије главни разлог наметања дужности обавештавања, то може бити вишеструко користан критеријум за суд: помоћу њега не само да се олакшава процењивање да ли је у конкретном случају заиста постојала дужност обавештавања, већ и која је

⁸⁵¹ A. D. M. Forte, 79.

⁸⁵² P. S. Atiyah, S. Smith, 247–248.

⁸⁵³ Комисија за реформу права у Аустралији, управо под утицајем таквог схватања, изнела је у свом извештају о уговорима о осигурању да „они не могу да знају да су уговарачу осигурања претили смрћу, да је електричну мрежу у кући постављало нестручно лице или да је власник куће био у три наврата осуђен за крађу. Околности као што су ове најчешће су познате само уговарачу осигурања“. Како се даље наводи, постоје и озбиљни економски разлози које одвраћају осигураваче од идеје да у сваком појединачном случају спроводе независну проверу. Вид. део извештаја у A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 73.

њена садржина. Сауговарач је слободан да прећути и оно што је осигуравачу већ познато и оно што би требало да му буде познато.⁸⁵⁴

Друго, много значајније, ако је недоступност информације разлог због кога би требало наметнути дужност обавештавања, оправдано се поставља питање зашто би се постојање предуговорне дужности везивало само за уговоре о осигурању или друге уговоре који се означавају као *uberrimae fidei* уговори? У праву су аутори који тврде да дужност обавештавања није нешто што би требало да се повезује било са одређеном врстом уговора, као што је уговор о осигурању, било са захтевом да се ради о *uberrimae fidei* уговору, у коме стране морају да се понашају „у крајње доброј вери“⁸⁵⁵ јер недоступност релевантних информација није појава која је карактеристична само за њих. Уместо тога, требало би сматрати да се дужност обавештавања рађа у предуговорној фази било ког уговора, све док преговоре карактерише „невољно ослањање једне стране на другу за информације које су релевантне за доношење одлуке о закључењу уговора“.⁸⁵⁶

На аргумент о неједнакој доступности информација, као разлог наметања дужности обавештавања у уговорима о осигурању, у упоредноправној доктрини се често надовезује и чињеница да је реч о *алеаторном уговору*. Неизвесност је *sine qua non* услов за пуноважност таквих уговора и она мора постојати за обе стране.⁸⁵⁷

⁸⁵⁴ То је главни разлог што је у поменутом случају *Carter v. Boehm* суд одбио приговор Боема (осигуравача) на захтев за исплату суме осигурања – осигуравач је, у тренутку закључења уговора, могао самостално да се информише о околностима за које тврди да их је уговарач осигурања прећутао. Суд је проценио да је стање луке Марлборо било општепознато, те таква околност није могла бити сакривена од оних који су предузели потребне мере да се сами информишу.

„*Either party may be innocently silent, as to the grounds open to both, to exercise their judgment upon... There are many matters as to which the insured may be innocently silent – he need not mention what the under-writer knows... The insured need not mention what the under-writer ought to know, what he takes upon himself the knowledge of; or what he waves being informed of.*

The under-writer... needs not be told general topics of speculation: as for instance – the under-writer is bound to know every cause which may occasion natural peril; as, the difficulty of the voyage – the kind of seasons, the probability of lightening, hurricanes, earthquakes, and c. He is bound to know every cause that may occasion political perils; from the ruptures of States from war, and the various operations of it. He is bound to know the probability of safety, from the continuance or the return of peace; from the imbecility of the enemy, through the weakness of their counsels or their want of strength, and c...

Men argue differently, from natural phenomena, and political appearances: they have different capacities, different degrees of knowledge, and different intelligence. But the means of information and judging are open to both: each professes to act from his own skill and sagacity; and therefore neither needs to communicate to the other.“ A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 75.

⁸⁵⁵ A. D. M. Forte, 84–85.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, 84.

⁸⁵⁷ G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 97; J. Alisse, 84.

5.1.4.2.4 Закључење уговора о јемству

Алеаторна природа уговора о јемству и чињеница да поверилац (код уговора о јемству) често поседује информације о дужниковом материјалном стању које јемцу нису познате утицале су на то да се у упоредноправној литератури и уговор о јемству често наводи као пример уговора чија природа налаже настанак дужности обавештавања на терет повериоца, а у корист јемаца.⁸⁵⁸

Јемци се, наиме, често позивају на то да су уговор о јемству закључили у заблуди о солвентности дужника.⁸⁵⁹ Таква заблуда најчешће је резултат преваре која потиче од главног дужника, који има посебан интерес да крије, па чак и „улепшава“ своје финансијско стање, са циљем да јемца убеди да се обавеже. С друге стране, уговор о јемству је уговор који се закључује између *повериоца и јемца*; за тај однос главни дужник представља треће лице. Стога се поставило питање може ли се јемац уопште позвати на превару која потиче од трећег. Питање добија посебан значај када се у улози повериоца нађу професионалци, примера ради, банке. Оне имају дужност да процене дужникову кредитну способност.⁸⁶⁰ Није ли банка у појединим ситуацијама могла да претпостави да би дужник могао да утиче на вољу јемца да јемчи? Зар сазнање о тешкој материјалној ситуацији дужника, склоности ка неуредном испуњавању обавеза

⁸⁵⁸ Тај утицај је био довољно снажан да су поједина законодавства у своје изворе облигационог права унела изричиту одредбу о предговорној дужности обавештавања јемаца. Вид. и § 25с аустријског Закона о заштити потрошача (*Konsumentenschutzgesetz – KSchG*) којим је установљена посебна дужност обавештавања у корист јемаца.

За француско право вид. Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac, Philippe Pétel, *Droit des sûretés*, Paris 2010, 73, 228 и даље; A.-S. Barthez, D. Houtcieff, 225 и даље; P. Simler (2008), 143 и даље, 432 и даље; J. François, 91 и даље; Manuella Bourassin, Vincent Brémond, Marie-Noëlle Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, Paris 2016, 77 и даље. За швајцарско право вид. Philippe Meier, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (dir. Luc Thévenoz, Franc Werro), Bâle 2012, 2907 и даље; Carlo Lombardini, *Droit bancaire Suisse*, Zurich 2008, 927 и даље; P. Engel, 643; P. Tercier, L. Bieri, B. Carron, 927 и даље. За право земаља англосаксонског система вид. P. Legrand (1986), 322 и даље; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2016), 363; J. Cartwright (2012), 808 и даље; N. Andrews, 254; S. M. Waddams, 241–242; P. Keeton, 1; R. Adler, R. Mann, 33; K. Zweigert, H. Kötz, 428; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 79 и даље, 196–197.

⁸⁵⁹ Заблуда о солвентности дужника важан, али не и једини пример заблуде о околности која значајно утиче на процену ризика јемчења. Осим ње и уместо ње, може бити речи и о заблуди јемца о постојању другог средства обезбеђења или његовог ранга, заблуде о обиму обавезивања, као и о било којој другој околности која утиче на повећање ризика да ће јемац морати да испуни обавезу уместо дужика.

⁸⁶⁰ Таква дужност предвиђена је и чл. 18 ЗЗКФУ.

или неке друге околности које повећавају ризик јемчења не би био довољан сигнал да би дужник могао да утиче на вољу јемца да јемчи?

Упоредноправна литература нам показује да је јемство једна од ретких области у којој је судска пракса одбила да прибегне широким тумачењима правила. Опште је прихваћено да не постоји дужност повериоца да јемца обавештава о свим евентуалним ризицима закључења уговора о јемству.⁸⁶¹ Томе је највише допринела снажна потреба да се очува јемство као средство обезбеђења. Осим тога, дужност обавештавања о сваком потенцијалном ризику чини се излишним. Јемство увек собом носи одређени ризик; на то сваки јемац мора да рачуна.⁸⁶²

Међутим, ситуација се мења ако поверилац има сазнања о околностима које *значајно* повећавају ризик да дужник неће извршити своју обавезу. Тако, поверилац је дужан да обавести јемца уколико је дужникова материјална ситуација „безнадежна“ („*désespérée*”),⁸⁶³ „непоправљиво угрожена или макар прилично оптерећена“ („*irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée*”),⁸⁶⁴ „много озбиљнија од пролазних потешкоћа у новчаним трансакцијама“ („*beaucoup plus grave que la difficulté passagère de trésorerie*“)⁸⁶⁵ или када обезбеђени дуг из било којих других разлога није у складу са „финансијским способностима“ дужника.⁸⁶⁶ У англосаксонском праву се говори о необичним околностима (*unusual matters*),⁸⁶⁷ необичним карактеристима

⁸⁶¹ Вид. за швајцарско право Р. Engel, 643; Р. Meier, 2907–2908; а за француско право М. Cabrillac, С. Mouly, S. Cabrillac, Р. Pétel, 230. У англосаксонском праву се, као чувене, цитирају речи лорда Кемпбела (Lord Campbell) изнете у случају *Hamilton v. Watson* (1845): „*no bankers would rest satisfied that they had a security for the advance they made, if, as it is contended, it is essentially necessary that everything should be disclosed by the creditor that it is material for the surety to know. If such was the rule, it would be indispensably necessary for the bankers to whom the security is to be given, to state how the account has been kept: whether the debtor was in the habit of overdrawn; whether he was punctual in his dealings; whether he performed his promises in an honourable manner; for all these things are extremely material for the surety to know.*“ А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 35, 81–82.

⁸⁶² М. Cabrillac, С. Mouly, S. Cabrillac, Р. Pétel, 230.

⁸⁶³ Р. Engel, 643; Р. Tercier, L. Bieri, В. Carron, 927.

⁸⁶⁴ Вид. примера ради одлуке Касационог суда од 4. јануара 2005, бр. 03-16667, од 18. фебруара 1997, бр. 95-11816, од 9. јула 1996, бр. 94-15412;

⁸⁶⁵ Вид. нпр. одлуку Касационог суда од 21. јануара 1981, бр. 79-15443. Пролазне потешкоће у дужниковим новчаним трансакцијама не сматрају се довољно алармантним чињеницама да би поверилац имао дужност да обавести јемца о томе. М. Bourassin, V. Brémond, М. Jobard-Bachelier, 81 фн. 3.

⁸⁶⁶ На то указује не само презадуженост дужника већ и нереално предвиђен план отплате дуга. М. Cabrillac, С. Mouly, S. Cabrillac, Р. Pétel, 230.

⁸⁶⁷ N. Andrews, 254. Сматра се да је поверилац дужан да открије јемцу да је дужник, у претходном пословању са повериоцем, значајно каснио у извршавању обавеза и да му је већ дуговао значајну

транзакције са дужником (*unusual features of the transaction*),⁸⁶⁸ које јемац не би могао по редовном току ствари да очекује.⁸⁶⁹ У конкретном случају то могу бити информације о намени кредита, о тренутном износу дужниковог задужења, о износу кредита који се обезбеђује, односно о износу или услову потенцијалног новог кредита.⁸⁷⁰

Реч је, дакле, о околностима чије би сазнање *одлучујуће* деловало на вољу јемца да јемчи, да он уговор не би закључио да није био у заблуди о њима. Када постоје тако алармантни показатељи, истиче се да је поверилац дужан да скрене пажњу јемцу, чак и ако он сам не захтева било какве информације,⁸⁷¹ јер је већ при закључењу уговора о јемству готово извесно да ће за извршење обавезе поверилац морати да се обрати јемцу.⁸⁷² Алеаторности ту, као урођене особине јемства, готово и да нема.

5.2 Објект предуговорне дужности обавештавања

Изостанак изричитих, посебних законских одредаба у већини упоредноправних система, па и нашем, којима би се уредило постојање и домет опште предуговорне дужности обавештавања, отежава пружање одговора на неколико веома важних питања. Које су то информације које представљају објект предуговорне дужности обавештавања? О којим чињеницама или околностима би ћутање представљало повреду дужности обавештавања, те родило одговорност за

суму новца; исто тако, да је банка дужна да открије јемцу да је кредит одобрен дужнику намењен да покрије његова претходна дуговања према банци. G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 171.

⁸⁶⁸ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 363–364; J. Cartwright (2012), 812 фн. 103 и 813.

⁸⁶⁹ У случају *Commercial Bank of Australia Ltd v. Amadio*, судија Гибс (Gibbs) је истакао: „*the obligation is only to reveal those things in the transaction between the creditor and debtor which have the effect that the position of the debtor differs from that which the surety would expect; it would be 'commercially unreal' to suggest that a creditor has a duty to reveal all the facts which relate to the transactions and financial position of the debtor*“. A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 35, 82.

⁸⁷⁰ У англосаксонском праву је уобичајено и „јемство за верност запосленог“ (*fidelity bond*), где поверилац мора јемцу открити све оне ситуације у којима је запослени поступао неискрено. Вид. случај *London General Omnibus Co. Ltd. v. Holloway* у S. M. Waddams, 241; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 363–364.

⁸⁷¹ A.-S. Barthez, D. Houtcief, 243; M. Cabrillac, S. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, 77.

⁸⁷² Касациони суд је усвојио захтев за поништењем уговора пошто је утврдио да је банка била свесна да је повраћај кредита „математички немогућ“ („*que tout remboursement était mathématiquement impossible*“) и да је неизбежно да обавезу изврши јемац („*la mise en oeuvre du cautionnement était inéluctable*“). Вид. одлуку суда од 4. јануара 2005, бр. 03-16667; A.-S. Barthez, D. Houtcief, 242–243, и остале примере у фн 130.

штету и(ли) дало право сауговарачу да напусти уговорни однос? Или посматрано из другог угла: које се околности увек могу прећутати? О чему не постоји дужност обавештавања?

Пре него што се упустимо у проблем истраживања објекта дужности обавештавања, неопходно је подсетити се на једну неспорну чињеницу: ни у једном правном систему не постоји *потпуна* предуговорна дужност обавештавања. Таква дужност би, схваћена у апсолутном смислу, подразумевала пружање обавештења о свим околностима које би потенцијално могле бити значајне другој страни за доношење одлуке о закључењу уговора. То је разумљиво само по себи: таква дужност би била не само превелико оптерећење за дужника већ би била и потпуно бескорисна, па и штетна за повериоца. У „мору“ информација он често не би могао да разазна које су заиста релевантне, што би могло бити и контрапродуктивно: уместо да се спречи настанак заблуде, могло би се догодити супротно.⁸⁷³

Али, о чему су онда сауговарачи дужни да обавесте један другог?

На један уопштен начин, наводи се да су то информације које су стандардизоване, које интересују сваког сауговарача при закључењу уговора одређене врсте.⁸⁷⁴ Такво одређење, међутим, није од великог значаја.

Чињеница је да разноврсност уговора који се закључују, а нарочито разноврсност околности сваког конкретног случаја, онемогућавају било какав покушај *енумерације* информација које би потенцијално могле представљати објект опште предуговорне дужности обавештавања.⁸⁷⁵ Како су се кодификатори немачког БГБ својевремено изјаснили, реч је о питању на које „законодавац не

⁸⁷³ Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*), као пример, наводи дужност обавештавања која терети лекаре: лекар није дужан да пацијента обавештава о свим, па и изузетним, ризицима одређене лекарске интервенције. То би могло да доведе до тога да пацијент не разазна које му од тих информација могу бити релевантне, а које би требало да занемари. Обавештавање о свим ризицима могло би да доведе до тога да пацијент донесе погрешну одлуку и да, због неког ризика за који је мало вероватно да ће наступити, одлучи да не прихвати лекарску интервенцију која би му се саветовала да је прихвати. М. Fabre-Magnan (1992), 141 и даље.

⁸⁷⁴ Cyril Grimaldi, Jean-François Sagaut, „L’obligation d’information du vendeur“, у „Information, conseil, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d’obligations à la charge du professionnel“, *Revue des Contrats, Débats* – Juillet 2012, 1096.

⁸⁷⁵ Лејсак (*Leyssac*) тај проблем сликовито објашњава на основу примера закључења уговора о закупу апартмана: један купац може имати у виду површину апартмана као битну околност, други његову осветљеност или одсуство буке, трећи окружење или спрат на коме се налази, материјал од ког је изграђена непокретност, боја зидова, итд. L. de Leyssac, 324; J. Alisse, 139.

може пружити одговор“.⁸⁷⁶ То се чини готово немогућим и када се поље истраживања објекта дужности обавештавања сведе само на неку посебну врсту уговора, примера ради, купопродајне или уговоре о осигурању, или пак само на уговоре који се закључују између саговорача одређених својстава, примера ради, трговаца и потрошача. То доказују читаве тезе које су посвећене објашњењу установе дужности обавештавања и утврђивању њеног објекта управо у односу на неку конкретну врсту уговора или у односима трговаца и потрошача.⁸⁷⁷

Осим тога, разноликост животних ситуација у којима се може поставити питање постојања предуговорне дужности обавештавања умногоме отежава и покушај да се изврши макар каква генерализација и да се донесу *опити закључци*. Чак и када се то чини, као што је у француском, естонском, а донекле и холандском праву,⁸⁷⁸ одредба закона је најчешће прилично неодређено или широко постављена.⁸⁷⁹ Имајући у виду њен општи карактер, то се чини разумљивим, али се истовремено отежава њена примена у пракси јер се умногоме оставља суду да дискреционо процени да ли је одређена конкретна информација објект дужности обавештавања у конкретном случају.

Ипак, то не значи да би од покушаја да се реши тако тежак задатак – утврђивање објекта предуговорне дужности обавештавања – требало одустати. Предложена законодавна решења у упоредном праву, обимна судска пракса и ставови у теорији дају довољно материјала да се уоче критеријуми помоћу којих могли да се одреде објекти предуговорне дужности обавештавања. Сви они несумњиво имају заједнички циљ: ограничење домета (објекта) опште предуговорне дужности обавештавања.

⁸⁷⁶ Н. Kötz, А. Flessner, 199.

⁸⁷⁷ Примера ради, V. Christianos, 1 и даље; Patrice Fil, *L' obligation d'information et de conseil en matière d'assurance*, Marseille 1996; Philippe Pétel, *Les obligations du mandataire*, Paris 1988; А. Keglević, 1 и даље.

⁸⁷⁸ Холандски Грађански законик не садржи посебну одредбу којом се установљава дужност обавештавања, али предвиђа, у оквиру правила о превари, да превара може бити учињена и ћутањем ако се прећуткују чињенице „о којима је страна била дужна да обавести саговорача“. Закон, међутим, не даје смернице када постоји дужност обавештавања. Н. Kötz, А. Flessner, 199.

⁸⁷⁹ Слична ситуација постоји и у нашем праву, али у односу на уговорну дужност обавештавања. Тако, у чл. 268 ЗОО, наводи се само уопштено да ће уговорна страна која је дужна да обавести другу страну о чињеницама које могу да утичу на њихов међусобни однос одговорати за штету коју претрпи друга страна због тога што није била на време обавештена. Законодавац не пружа даље смернице како се има утврђивати које су то околности.

О којим је критеријумима реч? Како се може одредити објект дужности обавештавања?

5.2.1 Релевантност информације као критеријум за утврђивање објекта дужности обавештавања

Критеријум који се намеће као нужан, оправдан, општеприхваћен за сужавање круга чињеница које би могле бити објект предуговорне дужности обавештавања јесте релевантност чињенице. Она мора бити значајна (*material*),⁸⁸⁰ „да поверилац има интереса да је зна“,⁸⁸¹ да би свест о њој „изазвала реакцију код повериоца“,⁸⁸² али таквог интензитета да би навела сауговорача да одустане од закључења уговора или да на закључење пристане само под битно другачијим условима.⁸⁸³ У немачкој литератури се наводи да објект дужности обавештавања морају бити околности које су од „очигледног и пресудног значаја“ (*circumstances which are of evident and overwhelming importance*), што је посебно случај уколико је сазнање о одређеним околностима неопходно да би се остварила сврха због које је уговор закључен.⁸⁸⁴

⁸⁸⁰ G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 26.

⁸⁸¹ „...que le créancier de l'obligation a intérêt à connaître“. J. Alisse, 140.

⁸⁸² „...susceptible d'entraîner chez le créancier une réaction“. M. Fabre-Magnan (1992), 132.

⁸⁸³ L. de Leyssac, 323; C. Grimaldi, J.-F. Sagaut, 1096. Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*) наглашава да се проблем постојања дужности обавештавања увек поставља онда када су у питању „лоше“ (*„mauvaises“*) информације. Уколико један сауговорач има информације које би могле да утичу на повећање вредности престације коју он дугује другој страни, очигледно је да такве информације неће прећутати сауговорачу. Напротив, он ће их изнети управо зато да би га мотивисао да закључи уговор. Због тога и није неопходно наметати му дужност обавештавања у односу на њих, већ само у односу на информације које би утицале на смањење вредности престације која се дугује сауговорачу. M. Fabre-Magnan (1992), 132–133. Томе се може додати и аргумент да, све и када би пропустио да помене неку „позитивну“ информацију о престацији коју дугује другој страни, то не би могло да представља повреду дужности обавештавања из два разлога: прво, то није информација која би одвратила сауговорача од закључења уговора; друго, ћутање о њој тешко да би могло да причини штету сауговорачу. Чини се, међутим, да је тврдња да је објект предуговорне дужности обавештавања увек „лоша“ информација тачна само ако се објект дужности обавештавања ограничи искључиво на информације које се могу односити на престацију која се дугује другој страни. Уколико се, пак, прихвати да објект дужности обавештавања може бити и информација која се односи на престацију која се прима од сауговорача, та тврдња не може да стоји. У том случају се нужно прикрива „добра“ информација, чињеница која би у крајњој линији утицала на повећање вредности престације која се прима. О проблемима постојања дужности обавештавања о вредности престације, као и о престацији која се има примити о сауговорача више речи биће у делу 5.2.2.3 овог рада.

⁸⁸⁴ B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 307.

Захтев да информација буде од *одлучујућег*,⁸⁸⁵ *фундаменталног*,⁸⁸⁶ *очигледног*⁸⁸⁷ значаја за саговорача поставља се и у системима који су изричито уредили општу предуговорну дужност обавештавања и у упоредноправној судској пракси.⁸⁸⁸ То не чуди имајући у виду да су темељи на којима су грађења схватања о објекту предуговорне дужности обавештавања управо постојећа схватања о заблуди, превари и одговорности за недостатке. Идеја која се крије иза тога је, најпре, општеприхваћено правило да воља саговорача мора бити слободна и довољно информисана. У том смислу, и дужност обавештавања мора имати циљ да омогући саговорачима да уговор закључе довољно информисани, а то је онда када су саговорачу познате све оне информације које би могле да га одврате од закључења уговора.⁸⁸⁹

С друге стране, и у тим сродним установама, разлози правне сигурности начелно не дозвољавају да се странама омогући да једнострано напусте уговорни однос уколико заблуда није била озбиљна.⁸⁹⁰ Утолико пре се то не може дозволити када је реч о предуговорној дужности обавештавања: било би претерано наметнути дужност обавештавања и о околностима које имају тек некакав утицај на вољу саговорача. Отклањање постојеће информационе асиметрије, услед које стране полазе са различитих, неједнаких позиција при

⁸⁸⁵ Вид. нпр. чл 1112-1 ФГЗ, према коме дужност обавештавања постоји у односу на чињенице „чији је значај одлучујући за вољу друге стране“ („*dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre*“).

⁸⁸⁶ Вид. примера ради чл. 7:201 DCFR. С. von Bar, Е. Clive, 459.

⁸⁸⁷ Вид. §14, ст. 2 Закона о облигацијама Естоније, према коме су преговарачи дужни да један другом открију све информације чије сазнање има очигледан значај за саговорача имајући у виду сврху уговора. Martin Käerdi, „The Development of the Concept of Pre-contractual Duties in Estonian Law”, *European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in New Member States*, Juridica international, Law Review University of Tartu XIV, 2008, Estonia, 209.

⁸⁸⁸ Тако, француски Касациони суд се у више наврата изјашњавао да „превара може бити резултат и ћутања једне стране, када она прикрива чињеницу која би, да ју је друга страна знала, спречила закључење уговора“. Према ставу Савезног суда Немачке, „постоји дужност обавештавања о стварима које би уништиле сврху друге стране да закључи уговор и које су стога од виталног значаја за њега, до те мере да он може очекивати да о томе буде обавештен у складу са добром пословном праксом“. Н. Kötz, А. Flessner, 199; Н. Beale, В. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, D. Tallon, S. Vogenauer, 525; J. Ghestin (2013), 1430 и даље; Kim Lane Scheppele, *Legal Secrets, Equality and Efficiency in the Common Law*, Chicago – London 1988, 127.

⁸⁸⁹ „*La jurisprudence décide également que si une partie a eu à sa disposition toute une série d'informations largement suffisantes pour l'éclairer correctement dans sa décision de conclure le contrat, elle ne peut reprocher à son cocontractant de lui avoir recélé certaines informations secondaires pour demander l'annulation du contrat.*“ М. Fabre-Magnan (1992), 140; J. Alisse, 141–142; J. Ghestin (2013), 1430–1431.

⁸⁹⁰ Изузетак представљају случајеви када је реч о превари: превара утиче на пуноважност уговора и када заблуда није битна.

закључењу уговора, није у сваком случају, нити би требало да буде, на терету информационо надмоћније стране. Није универзални циљ или тежња да се по сваку цену изједначе почетне позиције уговорача већ да се спречи евентуална злоупотреба те надмоћи. Стога, ризик заблуде о околности које *немају* одлучујући утицај на вољу сауговорача мора сносити његова жртва.

Значај постављања таквог захтева је још у једном: у њему се, између осталог, крије једна карика при успостављању узрочне везе између кривице сауговорача и штете. Када се прећуткује информација која је од одлучујућег значаја за другу страну, сауговорач је корак ближе одговорности због евентуалне штете која је тиме настала.⁸⁹¹ Другим речима, неопходно је уочити однос између одређене чињенице и уговора који се закључује, прецизније, да ли би благовремено откривање такве информације спречило штету коју је поверилац претрпео.⁸⁹² Оне информације које не могу тако утицати на вољу за закључење уговора сматрају се тривијалним, безначајним („*trifling*“), те не могу представљати објект дужност обавештавања.⁸⁹³

У делу у коме се расправљало о томе да ли је потребно да дужник буде свестан одлучујућег карактера информације било је говора и о начину на који се он процењује, те се овде нећемо понављати. На овом месту истаћи ћемо само да, иако значајан, критеријум релевантности одређене информације може бити само почетни. Није тешко приметити да он није довољан да се на основу њега одреде ближе контуре објекта опште предуговорне дужности обавештавања. Овако одређен, објект дужности обавештавања може, хипотетички, бити било која информација која може утицати на вољу сауговорача да закључе уговор: информације које се односе на квалитете, особине, употребу, стање, евентуалне недостатке предмета престација; затим, прошли, будући или садашњи догађаји који би могли да утичу на вредност престација; неке информације омогућавају страни да стекне увид у садржину престације друге стране, друге му омогућавају да боље схвати садржај сопствене престације итд.⁸⁹⁴ Стога се чини да је

⁸⁹¹ L. de Leyssac, 324.

⁸⁹² M. Fabre-Magnan (1992), 135.

⁸⁹³ G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 32.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, 27; J. Alisse, 143.

неопходно истражити да ли заиста све информације чији је значај одлучујући могу бити објект предуговорне дужности обавештавања.

У аустријској судској пракси, одлуком из 1979. године, постављен је принцип да не постоји општа дужност на обавештавање сауговарача о свим околностима које могу утицати на његову одлуку да закључи уговор, већ само онда када, „према принципима правичне трговачке праксе“, партнер може да очекује одређену информацију.⁸⁹⁵

Информација, дакле, може бити одлучујућа, а да се ипак не сматра објектом дужности обавештавања; додатан филтер представљају обичаји у правном промету, да ли се према њима оправдано може очекивати да једна страна другу обавести о одређеној околности.

У немачкој литератури је, између осталог, у фокусу циљ који се жели постићи закључењем уговора: начелно постоји обавеза да се упозори друга страна на околности које су такве природе да спречавају реализацију циља уговора.⁸⁹⁶

Међутим, и у једном и у другом систему, одговор у великој мери зависи од саме садржине информације.

Француски Грађански законик је један од ретких који установу предуговорне дужности обавештавања уређује на општи начин,⁸⁹⁷ а уједно и једини који пружа макар какве смернице за утврђивање њеног домена. Тако, према чл. 1112-1, ст. 3 измењеног ФГЗ, одлучујући значај имају оне информације које су у директној и нужној вези са *садржином уговора* или *особинама уговорних страна*.⁸⁹⁸ Коментатори измена тог законика сложни су у томе да је законодавац, дефинисањем информација које могу имати одлучујући значај, намеравао да ограничи објект предуговорне дужности обавештавања.⁸⁹⁹ То произлази и из назнаке да се оне морају односити на садржину уговора или

⁸⁹⁵ W. Posch (2016), 84.

⁸⁹⁶ A. Rieg, 157 фн. 48.

⁸⁹⁷ Таква одредба је имплементирана и у право Естоније. Вид. и §14, ст. 2 Закона о облигацијама Естоније, према коме су преговарачи дужни да један другом открију све информације чије сазнање има очигледан значај за сауговарача имајући у виду сврху уговора. M. Käerdi, 209.

⁸⁹⁸ Вид. чл. 1112-1, ст. 3 ФГЗ: „*Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.*“

⁸⁹⁹ Вид. о томе у M. Latina, G. Chantepie, 151–152; B. Mercadal, 67–68; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, 81; N. Dissaux, C. Jamin, 18.

особине уговорних страна и из захтева да између њих постоји „директна и неопходна веза“.⁹⁰⁰

Такво одређивање објекта дужности обавештавања чини се разумљивим само по себи, штавише очигледним. Ако одређена информација није у директној вези са садржином уговора или особинама сауговорача, како би онда могла имати одлучујући карактер? Ако она не може бити од интереса за сауговораче, не би постојало никакво оправдање да се таква дужност наметне.

Међутим, и поред тежње да се поставе границе домену дужности обавештавања у француском праву, чини се да је законодавац у великој мери оставио „одрешене руке“ суду да у практичној примени те норме, у односу на околности сваког конкретног случаја, дође до конкретнијих одговора.⁹⁰¹

Из тих разлога, неопходно је испитати на који начин конкретна садржина информације утиче на настанак и обим дужности обавештавања.

5.2.2 Утицај садржине информације на дужност обавештавања

5.2.2.1 Подела информација на „унутрашње“ и „спољашње“ у англосаксонском праву

Поједини англосаксонски писци тврде да став суда о постојању дужности обавештавања у великој мери зависи од природе информације, прецизније, од тога да ли се чињеница коју је једна страна прећутала другој може квалификовати као „унутрашња“ (*intrinsic*) или „спољашња“ (*extrinsic*).⁹⁰²

⁹⁰⁰ Вид. чл. 1112-1, ст. 2 ФГЗ.

⁹⁰¹ У појединим коментарима реформе ФГЗ појам „садржине уговора“ сматра се прешироким, неухватљивим, те да је такав покушај конкретизације објекта дужности обавештавања од мале помоћи. „*Car la notion de 'contenu du contrat' est tout aussi trouble [...] elle demeure encore vierge de toute interprétation.*“ G. Cattalano-Cloarec, 42; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, 81. Према другим мишљењима, под тим се подразумева „објект обавеза, цена, престације“. M. Latina, G. Chanterpie, 152. Вид. и „*Ce qui est expressément indiqué dans la contrat doit être considéré comme en lien direct et nécessaire avec celui-ci. Pour les autres éléments, qui ne figurent pas dans le contrat, le lien nécessaire et direct doit être établi.*“ B. Mercadal, 67.

⁹⁰² Према Сторију (*Story*), „*there is often a material distinction between circumstances which are intrinsic, and form the very ingredients of the contract, and circumstances which are extrinsic, and form no part of it, although they may create inducements to enter into it, or affect the value or price of the thing sold. Intrinsic circumstances are properly those which belong to the nature, character, title, safety, use, or enjoyment of the subject-matter of the contract; such as natural or artificial defects in the subject-matter. Extrinsic circumstances are properly those which are accidentally connected with it, or rather bear upon it, at the time of the contract, and may enhance or diminish its value or price, or operate as a*

„Унутрашњим“ (*intrinsic*) се сматрају све оне информације које се односе на садржину уговора, природу или карактеристике престација сауговорача, начин употребе, чувања или уживања ствари која се стиче или преноси и евентуалне недостатке на њој, правне или материјалне природе. Те информације служе да се приближе, опишу, објасне карактеристике онога што се стиче закључењем уговора, због чега се сауговорачима и намеће дужност да једна другу о томе обавесте.

С друге стране, „спољашњим“ (*extrinsic*) се сматрају све остале околности које нису непосредно и директно повезане са престацијама сауговорача, али посредно могу утицати на њихово правилно разумевање. Примера ради, то могу бити информације о условима на тржишту, политичком, друштвеном или правном амбијенту, карактеристикама окружења ствари која се прометује и слично. Упркос томе што могу одлучујуће утицати на вољу сауговорача да закључе уговор, јер пружају могућност адекватне процене вредности престација или, пак, представљају мотив којима су се они руководили при закључењу уговора, те информације не представљају објект дужности обавештавања, те о њима стране нису дужне да обавесте једна другу.

Потпора за такав критеријум одређивања објекта дужности обавештавања изричито је дата и у случају *Laidlaw v. Organ*. Информација о окончању рата, услед кога је окончана и блокада луке у Њу Орлеансу, представљала је тзв. спољашњу информацију – информацију која се није тичала неке конкретне карактеристике дувана који је био предмет продаје већ промењених политичких прилика, чија је последица била значајан пораст његове цене. Према образложењу судије Маршала (*Marshall*), купац о таквим, спољашњим околностима, није дужан да обавештава продавца. „Било би тешко подржати другачије схватање у датим околностима, где су средства сазнања једнако доступна обема странама.“⁹⁰³

Подела информација на унутрашње и спољашње несумњиво има своју логику. Када је реч о „унутрашњим“ информацијама, сауговорачи начелно не полазе са једнаких почетних позиција. Страна која преноси право на одређеној

motive to make or decline the contract; such as facts respecting the occurrence of peace or war, the rise or fall of the markets, the character of the neighborhood, the increase or diminution of duties, or the like circumstances”. J. Story, 90 и даље; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 162. О провејавању тог критеријума и у старијој француској доктрини види у M. Fabre-Magnan (1992), 123 и даље.

⁹⁰³ A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 25–26.

ствари или пружа одређену услугу, *a priori* је у бољој позицији од друге када је реч о познавању карактеристика сопствене престације. С друге стране, када се информација односи на неку „спољашњу“ околност, начелно ниједна од уговорних страна није *a priori* у бољој позицији да је сазна. Ако се у информационој асиметрији и неједнаком приступу информацијама огледа главни разлог за наметање дужности обавештавања, из тога следи да би дужност обавештавања о спољашњим околностима била неоправдан терет за потенцијалног дужника.⁹⁰⁴ Због чега би било који сауговорач био оптерећен дужношћу да информише другу страну о околностима о којима је могла и сама да се информише? Стога, показате се касније, и у пракси континенталних судова се дужност обавештавања најчешће наметала управо у односу на чињенице које се, према тој подели, могу сврстати у „унутрашње“.

Ипак, на шта се оправдано указује у новијој англосаксонској литератури, критеријум поделе на унутрашње и спољашње информације нема апсолутни карактер и може само донекле да објасни због чега су англосаксонски судови били склонији да пруже заштиту жртви заблуде у појединим случајевима а у другима не.⁹⁰⁵ Али, он није ни од какве користи за разумевање зашто постоје одступања у оба смера: зашто је суд у појединим примерима нашао да није постојала дужност обавештавања, иако се радило о тзв. унутрашњој информацији,⁹⁰⁶ а у другим да је дужник повредио ту дужност, прећутавши околност која се несумњиво може означити као спољашња.⁹⁰⁷

Далеко боље објашњење, према мишљењу појединих писаца,⁹⁰⁸ пружа критеријум доступности информације: није одређена чињеница објект дужности обавештавања зато што је „унутрашња“ већ зато што до ње није једноставно доћи. А критеријум доступности одређене чињенице не поклапа се потпуно са критеријумом поделе на „унутрашње“ и „спољашње“. Као што је већ поменуто, то

⁹⁰⁴ M. Fabre-Magnan (1992), 127.

⁹⁰⁵ K. Zeiler, K. D. Krawiec, 1802; P. Keeton, 21.

⁹⁰⁶ Вид., примера ради, случај *Smith v. Hughes*, у коме је продавац прећутао битну карактеристику ствари коју продаје (овас), али се суд строго држао правила *caveat emptor*; или случај *Fox v. Mackreth*, у коме је суд изричито навео да, уколико не постоје посебне околности, купац није дужан да обавести продавца да на његовом имању постоји вредан рудник. Вид. те примере у В. Nicholas, 169; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 101–102.

⁹⁰⁷ Вид., примера ради, случај *Musgrave v. Lucas*, у коме је продавац продао фирму купцу, прећутавши му да је Ратни департаман САД (*U.S. War Department*) послао писмо у коме прети да ће покренути поступак против фирме. Вид. о томе у K. L. Scheppele, 129.

⁹⁰⁸ P. Keeton, 21.

ће по правилу бити случај. Међутим, има информација које су по природи „унутрашње“, као што су видљиве мане на ствари, али нису ништа мање доступне обема странама. И обратно: има околности које су „спољашње“ по својој природи, али степен напора који саговорачи морају да уложе да би дошли до сазнања о њима није ни приближно исти.

Конечно, пракса не само континенталних већ и англосаксонских судова сведочи о томе да посебне околности случаја могу оправдати наметање дужности обавештавања, чак и када је информација била једнако доступна.⁹⁰⁹

5.2.2.2 Информације које се односе на битна својства престације коју ће дужник дуговати повериоцу након закључења уговора

Анализа упоредноправне доктрине и судске праксе показује да се као преовлађујући објекат предуговорне дужности обавештавања традиционално означавају информације које су непосредно везане за престације саговорача, и то најпре оне престације која ће се закључењем уговора дуговати другој страни.⁹¹⁰

Чини се да је то имало утицаја и на кодификаторе DCFR, који су заузели нешто конкретнији приступ контурисању објекта дужности обавештавања. Према чл. 3:101 DCFR, дужност обавештавања постоји само у односу на информације о роби, другим стварима или услугама које саговорач разумно може да очекује, имајући у виду нормалне стандарде квалитета и извршења у датим околностима.⁹¹¹ Уколико предмет престације снабдевача задовољава критеријуме нормалног стандарда квалитета, њега неће теретити никаква дужност

⁹⁰⁹ Мисли се, првенствено, на уврежени став, у француском праву, да „превара чини сваку заблуду извињавајућом“; затим, на утицај оправданог поверења једног саговорача у другог, који може бити и таквих размера да ослобађа повериоца дужности самообавештавања; даље, на доктрину о несавесном поступању и злоупотреби повериоачеве лакомислености или недовољног искуства итд. За изузетак у случају преваре вид. М. Fabre-Magnan (1992), 124–125. О посебним околностима за англосаксонско право вид. А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 26–27.

⁹¹⁰ J. Alisse, 144; М. Fabre-Magnan (1992), 135. Боаје (Boyer) нешто другачије представља објект дужности обавештавања – према њему, он се мора односити на неопходне елементе (*éléments essentiels*), које закон поставља као услов за закључење уговора, и на елементе којима је једна страна условила закључење уговора (*conditions substantielles*). Ово зато што без њих не може настати пуноважан уговор, оне су *sine qua non*. То није ништа друго до дефиниција објекта уговора, под којим се подразумевају објекти престација страна. У. Boyer, 45; Eva Grassl-Palten, Raimund Madl, Roswitha Kundi, Helmut Ofner, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (ed. Ruth Sefton-Green), Cambridge 2005, 194; W. Posch (2016), 83.

⁹¹¹ C. von Bar, E. Clive, 200–201.

обавештавања. Она постоји само када карактеристике престације коју дугује другој страни одступају од онога што се разумно може очекивати.

Имајући у виду и начин на који су у нашем праву уређене установа заблуде, одговорности за недостатке, али и поједине посебне предуговорне дужности обавештавања, долази се до истог закључка: преовлађује идеја да је оправдано штитити интерес сваког сауговорача да при закључењу уговора има довољно информација о карактеристикама престације коју јој нуди друга страна.⁹¹²

Шта се све може сматрати битном карактеристиком престација сауговорача?

5.2.2.2.1 Информације о карактеристикама ствари која се преноси сауговорачу

На првом месту, то могу бити мане ствари, правни или материјални недостаци услед које се ствар не може употребити на редован или нарочит начин.⁹¹³ Али, осим тога, то могу бити и информације о квалитету,⁹¹⁴ стању⁹¹⁵ или

⁹¹² Вид. чл. 61, ст. 1 ЗОО; чл. 479 ЗОО; чл. 13 и даље ЗЗП; чл. 17 ЗЗКФУ.

⁹¹³ У упоредноправној литератури се наводе бројни примери. Тако, продавац је дужан да обавести купца о могућности градње на одређеном терену; ако продавац зна да је за пословање купца потребно снабдевање водом, мора га обавестити да не постоји веза са водоводом; да је продавац дужан да обавести купца да је аутомобил предмет заплена; при продаји предузећа да је један патент већ цедиран; да се за одређено земљиште не може добити дозвола за градњу; да је подрум непокретности плављен; да ситуациони план како би се добила дозвола за градњу не одговара стварној површини непокретности; да овлашћени органи планирају да преузму закуп куће, чиме би купцу било онемогућено да живи у кући. F. Kessler, E. Fine, 405; J. Alisse, 142–143 фн. 1; H. Kötz, A. Flessner, 202; продавац је дужан да обавести купца о стању крова који непокретност чини неадекватном за становање. C. Grimaldi, J.-F. Sagaut, 1092. Већ је помињан пример из праксе аустријског Врховног суда из 1975. године, где је продавац био дужан да туженог обавести да процесор неће моћи на задовољавајући начин да обавља све тражене функције. W. Posch (2016), 83–84 и фн. 228.

Вид. одлуку Врховног суда Србије, Рев. 5356/00 од 24. маја 2001, *IngPro*, и одлуку Врховног суда Србије, Рев. 645/98 од 27. маја 1998, *IngPro*: продавци нису обавестили купце да нису власници ствари коју су му продали. Вид. Пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж. 3713/2017 од 27. јула 2017, *ParagrafLex*: продавац није обавестио купца да у купљени стан није уграђен калориметар и термоглав, иако је њихова уградња била предвиђена пројектном документацијом. Вид. Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 1027/2012 од 5. септембра 2013, *ParagrafLex*: продавац је дужан да обавести купца о могућности претварања стана у пословни простор, „имајући у виду да је ова околност представљала одлучујући моменат у доношењу одлуке тужиоца да закључи спорни уговор и без те околности га не би закључио“.

⁹¹⁴ Тако, продавац мора да обавести купца да је кућа, наизглед солидно изграђена од цигала, у ствари од дрвене грађе. H. Kötz, A. Flessner, 202. Немачка судска пракса познаје случај у коме је продавац пропустио да обавести купца о посебном начину употребе ствари. Наиме, купац је купљени лепак искористио за постављање паркета у институту једног универзитета. Након што је очишћен водом, паркет се „подигао“. Купац је имао трошак поправке дефектног пода и изгубио је профит за време те поправке. Захтевао је накнаду штете од продавца тврдећи да га његов запослени није довољно информисао о квалитетима лепка који је, према мишљењу стручњака,

о нарочитим особинама конкретне ствари,⁹¹⁶ које се не могу строго окарактерисати као недостаци, већ њене особености, специфичности, о којима би сауговорач требало да буде обавештен како би употребљавао прибављену ствар на адекватан начин или како би се избегла евентуална штета.

Пружање таквих информација не сматра се превеликим оптерећењем за њеног дужника. Сваки сауговорач је дужан да другој страни објасни, приближи, шта је то што од њега може очекивати да добије закључењем уговора. Иако резултат тога може бити да друга страна одустане од закључења уговора, пружање таквих информација индиректно фаворизује правну сигурност и стабилност закључених уговора.⁹¹⁷

Међутим, требало би подсетити да свака информација о карактеристикама престација уговорних страна неће бити објект дужности обавештавања већ само она која се може квалификовати као одлучујућа. Оцену о томе, као што је већ поменуто, није лако дати и она у великој мери зависи од општег схватања – да ли би свест о одређеној чињеници утицала на просечног сауговорача при закључењу уговора одређене врсте, да ли се разумно, оправдано, уобичајено може очекивати обавештење о њој.

могао бити употребљен само тако што би се делови паркета уједно спојили и посебним металним спојницама. Захтев за накнаду штете одбијен је због преклузије, али је суд изнео став да је дужност продавца да купца обавести о таквим посебним особинама ствари. W. Lorenz, 175–176. Већ је поменут случај из француске судске праксе где је поништен уговор о продаји апартмана јер продавац није обавестио купца да до собе не допире сунчева светлост и да она има само један узак подрумски прозор. J. Mestre (1988), 336.

Вид. одлуку Врховног суда БиХ, Пж. 233/90 од 21. фебруара 1991, *Судска пракса* 9/1991: продавац је дужан да обавести купца да је вино патворено. Вид. Пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 5993/2008 од 4. децембра 2008, *ParagrafLex*: закуподавац је дужан да обавести закупца о тачној површини простора који му даје на коришћење.

⁹¹⁵ Немачка судска пракса познаје примере у којима се сматрало да је продавац дужан да обавести купца: да је трулеж захватила лифт и да, иако је третирана, може поново да се јави; да је зграда претрпела штету због влажности, при чему је неизвесно да ли би покушај санирања такве штете био успешан; да је земљиште које купује некада коришћено као депонија јер би то могло да укаже на евентуалну загађеност земљишта. Такође, сматра се преваром уколико банкар продаје удео у рударској компанији по редовној цени, а већ му је познато да је истог дана рудник поплављен. Н. Kötz, А. Flessner, 202; В. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnston, 308; К. Zweigert, Н. Kötz, 425–426. Насупрот томе, ако се у периоду економске кризе цедирају берзанске акције, а да продавац не упозори купца о паду цена, нема речи о превари. А. Rieg, 157.

⁹¹⁶ Тако, према ставу Касационог суда (из 2011. године), дужност лојалности намеће продавцу да купца обавести о постојању азбеста у ствари коју купује. С. Grimaldi, J.-F. Sagaut, 1092. Продавац је дужан да обавести купца да коњ кога прибавља има снажну навику да удара. Ту није реч о мани ствари већ о посебности ствари која се нуди на продају. J. Alisse, 144.

⁹¹⁷ J. Alisse, 145.

Схватања суда о домету дужности обавештавања на примерима закључења уговора о продаји половних моторних возила, честим предметом спора у упоредној судској пракси, могла би да послужи да се једноставно прикаже на који начин се разликују битне од небитних карактеристика ствари. Начелно се може рећи да су судови у таквим случајевима наклоњенији купцима. Оправдање за наметање проширене дужности обавештавања налази се, како је објашњено у немачкој судској пракси, у „посебним карактеристикама тржишта половних моторних возила“. Мада суд није образлагао шта се сматра „посебним карактеристикама“ промета половних возила, у теорији се претпоставља да су главни узрок томе потешкоће са којима се купци суочавају при откривању недостатака.⁹¹⁸ Тако, сматра се да је одлучујућа околност, и да је продавац дужан да купца обавести о њој, „да ауто стар 4 године има реконструисани мотор стар 11 година“, да је „у визуелно пристојном аутомобилу шасија зарђала“,⁹¹⁹ да су на камиону већ извршене бројне поправке, те да неке тек треба извршити, „како би камион функционисао мало нормалније“,⁹²⁰ или да је моторно возило претрпело штету у ранијем саобраћајном удесу.⁹²¹ Сматра се да свест о околности да ствар има недостатак или да је претрпело удес утиче на купчеву вољу да закључи уговор. Ипак, ни о тим околностима дужност обавештавања није неограничена. Како је у једном случају пред немачким Савезним судом изнето, она може зависити не само од тога какве последице је по моторно возило имао саобраћајни удес, већ и о каквом је моторном возилу реч.⁹²² Када је оштећење у удесу било занемарљиво мало, не може се разумно очекивати да би могло утицати на купчеву вољу да закључи уговор. Шта се може сматрати „безначајном“, „занемарљивом“ штетом („*trifling damage*“), зависи и од природе ствари. Тако, када је реч о аутомобилима, судови показују виши степен толеранције па се безначајним сматрају само мања, спољња оштећења, причињена на фарби аутомобила. Уколико је штета на лимарији аутомобила озбиљнија, без обзира на то што нема

⁹¹⁸ Н. Beale, В. Fauvarque-Cosson, Ј. Rutgers, D. Tallon, S. Vogenauer, 522.

⁹¹⁹ Н. Kötz, А. Flessner, 200 фн. 31.

⁹²⁰ Одлука Касационог суда из 1987. године. Ј. Mestre (1988), 339.

⁹²¹ Н. Beale, В. Fauvarque-Cosson, Ј. Rutgers, D. Tallon, S. Vogenauer, 520; Н. Kötz, А. Flessner, 201 фн. 31; В. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnston, 308; Н. Ђурђевић (1987), 126; С. von Bar, Е. Clive, 498; К. Zweigert, Н. Kötz, 425–426.

⁹²² Случај продаје половног камиона од 3. марта 1982. године. Н. Beale, В. Fauvarque-Cosson, Ј. Rutgers, D. Tallon, S. Vogenauer, 520 и даље.

далекосежне последице, не може се сматрати безначајном и купац о томе мора бити обавештен. С друге стране, оправдано је и такве веће штете на спољашњем делу камиона сматрати „безначајним“ јер изглед моторног возила начелно нема толику важност код комерцијалних возила у односу на аутомобиле. Код њих се значајним сматра тек онај недостатак који превазилази визуелни, спољашњи део возила, који далекосежно утиче на свеукупно стање и употребу возила.⁹²³ Тек када је то случај, продавац нема слободу да одлучи да ли ће купца обавестити; он је дужан да то учини.

Даље, корисно је поменути да француска судска пракса познаје бројне примере у којима се објект дужности обавештавања није односио строго на неку битну карактеристику престације сауговарача – у смислу да није реч о „урођеној“ карактеристици ствари која се преноси – али је ћутање о њему несумњиво одлучујуће утицало на вољу жртве такве заблуде да закључи уговор. Као њихов заједнички именоватељ може се навести да је сазнање о тим околностима имало значајан утицај на разумевање онога што се закључењем уговора добија.

У појединим случајевима, разлог поништења уговора и(ли) усвајања захтева за накнаду штете био је у томе што је сауговарач прећутао околности које указују на различите непријатности или узнемиравања које друга страна може доживети након закључења уговора. Тако, примера ради, сматра се преваром ћутањем ако продавац не обавести купца да се у непосредној близини продате непокретности налазе дискотека,⁹²⁴ терен за голф,⁹²⁵ фабрика⁹²⁶ или фарма свиња,⁹²⁷ због чега је ниво буке, загађења ваздуха, непријатних мириса или потенцијалне опасности од залуталих лоптица за голф значајно виши од онога што је купац могао очекивати.⁹²⁸

Оно што може бити интересантно, а заједничко је овим примерима, јесте да се скривена информација односила на околност која се, користећи поменуто поделу из англосаксонског права, може означити као „спољашња“. Сауговарач

⁹²³ Н. Beale, В. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, D. Tallon, S. Vogenauer, 521.

⁹²⁴ Вид. одлуку Касационог суда од 4. јануара 2006, бр. 04-17662.

⁹²⁵ Вид. одлуку Касационог суда од 22. новембра 2006, бр. 05-16719.

⁹²⁶ Вид. одлуку Касационог суда од 25. маја 2011, бр. 0-16677.

⁹²⁷ Вид. одлуку Касационог суда од 2. октобра 1974, бр. 73-11901; Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, François Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Paris 2015, 58 и даље.

⁹²⁸ Вид. и остале примере у P. Chauvel, 16.

није прећутао информације о самим карактеристикама ствари које преноси, нечему што им је урођено, унутрашње, већ информацију да постоје одређене околности, спољашњи утицаји, услед којих је уживање у прибављеној ствари значајно умањено. Такве информације су, међутим, често једнако доступне обема странама. Сасвим је умесно поставити питање због чега је у тим случајевима терет информисања пребачен на саговорача (продавца)? Зашто ризик сопствене необавештености не сноси сама жртва заблуде која је о њима могла једноставно да се обавести?

Већ је било речи о томе да се у француској судској пракси развило правило, сада изричито предвиђено законом,⁹²⁹ да превара чини сваку заблуду извињавајућом. Стога, саговорач који има сазнања о одређеној околности и свестан је одлучујућег утицаја који она има на другу страну и њене заблуде дужан је да је о њој обавести, без обзира на природу саме околности и без обзира на то што је друга страна могла и сама да дође до ње.

Другим речима, иако је о тим околностима жртва могла сама да се обавести, чињеница да је продавац намерно ћутао о њима „извињава“ њен пропуст да то учини.

Али, ако нема преваре, могу ли такве „спољашње“ околности бити објект дужности обавештавања?

Имајући у виду образложење суда у једном сличном случају из француске судске праксе, одговор се чини негативним. Наиме, купац је захтевао поништај уговора о купопродаји фирме која се бави пружањем услуга угоститељског карактера због преваре јер га продавац није обавестио да се у близини отвара конкурентско предузеће. Мада би несумњиво та околности могла да утиче на вољу да се уговор закључи, суд је такав захтев одбио са образложењем да дужности обавештавања нема нема уколико продавац није намерно сакрио ту околност и тиме повредио дужност свесног и поштеног поступања које је друга страна могла да очекује на тај начин да не би закључила уговор или би га закључила под значајно другачијим условима да је била информисана. Продавац није дужан да се информише о томе да ли се у близини отвара конкурентска фирма онда када за такву евентуалност зна само на основу спољних обележја,

⁹²⁹ Вид. чл. 1139 ФГЗ, према коме је извињавајућа свака заблуда која је резултат преваре, чак и онда када се ради о заблуди о вредности или мотиву.

радова који су у току, о којима је и купац имао сазнања, те је он сам био дужан да то истражи.⁹³⁰

5.2.2.2.2 Информације о другим околностима које омогућавају повериоцу да правилно разуме садржину престације која му се нуди

Упоредноправна судска пракса познаје случајеве у којима су се, као објект дужности обавештавања, јављале информације о неким другим околностима које могу утицати на разумевање оног што се уговором добија.

Тако, повреду дужности савесног и поштеног уговарања („*obligation de contracter de bonne foi*“) чини цедент који пропусти да обавести цесионара о вероватним последицама повреде на раду запосленог, која се десила пре закључења уговора, а која би могла да падне на терет привредног друштва, предмета цесије.⁹³¹ У немачкој литератури се помињу примери из судске праксе у којима је, при продаји привредног друштва, суд сматрао да је продавац дужан да обавести купца о „значајним неплаћеним дуговима друштва“ (нарочито пореза), „катастрофалном финансијском стању“ или „изненадном драматичном паду прихода непосредно пре закључења уговора“.⁹³² Познат је и случај *Thor Steinar*, у коме је суд сматрао да је купац био дужан да обавести закупадвца да ће у закупљеном локалу претежно продавати робу *Thor Steinar* која је била на лошем гласу. Одлучујући значај чињенице, због могућности повреде угледа закупадвца, и чињеница да се од њега није могло очекивати да се сам информише о тим околностима (сматрале су се непредвидивим и необичним) утицале су да суд одлучи да је постојала дужност обавештавања на терет закупца.⁹³³

У француској пракси су чести случајеви у којима се постављало питање дужности обавештавања о постојању или садржини других уговора чија би примена могла да утиче на закључени уговор.⁹³⁴ Често цитирани случај у

⁹³⁰ J. Mestre (1988), 339; H. Kötz, A. Flessner, 202; D. Looschelders, 37.

⁹³¹ Вид. одлуку Касационог суда од 15. марта 2005, бр. 01-13018.

⁹³² О тим одлукама вид. у В. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 308. Ти писци, међутим, упозоравају да су посебне околности сваког од тих случаја довеле до такве одлуке суда, те да би врло обазриво требало прићи доношењу закључака само на основу њих; у немачкој пракси, наиме, могуће је наићи и на одлуке у сличним случајевима у којима је суд заузео другачије схватање.

⁹³³ S. Jansen, 375–376.

⁹³⁴ Вид., примера ради, случај описан у литератури, у коме је суд сматрао да је банка имала не само дужност да клијента обавести о карактеристикама самог уговора о кредиту, већ и о акцесорним

француској литератури тиче се спора у коме се поставило питање да ли је цедент дужан да обавести цесионара о садржини уговора које је привредно друштво, предмет цесије, закључило са великим парфимеријама.⁹³⁵ О самом постојању тих уговора, цедент је изричито обавестио цесионара како би му указао на бенефите које може имати куповином привредног друштва. Али, главни проблем се јавио због специфичних клаузула које су ти уговори садржали, на које цедент није скренуо пажњу цесионару. Наиме, према њима, продавац парфема је дужан да у сваком тренутку продаје најмање три марке парфема које се налазе међу девет најбољих у међународној класи парфема, од којих најмање једна мора бити међу прва три најбоља парфема са те листе. Осим тога, уговор са једним од великих произвођача парфема предвиђао је могућност да он одлучи да не продужи уговор у случају преноса власништва над привредним друштвом. Убрзо након цесије, та парфимерија је одлучила да искористи ту могућност и, позвавши се на услове предвиђене уговором, обавестила цесионара да неће продужити уговор који је истицао. Међузависност уговора закључених са различитим произвођачима, проузроковала је и ланчану реакцију повлачења још две велике марке.

Цесионар је поднео захтев за поништење уговора услед преваре, који је био усвојен од Касационог суда. Оправдање за такву одлуку огледало се у највећој мери у понашању цедента: његово изричито помињање да привредно друштво има закључене уговоре са већим бројем озбиљних произвођача парфема, није неистинито, али је непотпуно.⁹³⁶ Таква индикација, која указује на бенефите које би закључење уговора донело купцу, несумњиво је имала значајан утицај на формирање његове воље. Цедент је, стога, био дужан да укаже и на садржину тих

условима закључења уговора. Тако, банка је знала да је осигуравач одбио да покрије ризике позајмице, али није о томе обавестила свог клијента, постављајући се тако да се сматра трећим лицем при закључењу таквог уговора. Суд је поништио уговор о кредиту због преваре ћутањем. J. Alisse, 146. Организатор спортских такмичења, макар она била и пријатељског карактера, дужан је да обавести играче о ограничењима осигураних ризика. Jacques Mestre, „De quelques nouvelles avancées de l’obligation de renseignement“, *Revue trimestrielle de droit civil*, juill.-sept. 1990, 466.

⁹³⁵ Вид. одлуку Касационог суда од 4. маја 1993, бр. 91-17321; Jacques Mestre, „Où l’obligation de renseignement a pour objet d’autres contrats que celui où elle est due“, *Revue trimestrielle de droit civil*, janv.- mars 1994, 93 и даље; В. Fages (2001), 132–143.

⁹³⁶ Објашњење доста подсећа на решење усвојено у англосаксонском праву, у којем се, мада има ригидан став о дужности обавештавања, сматра да је реч о превари уколико једна страна другој износи тзв. половичне тврдње (*half-truths*). Вид. о томе у делу 2.1.2.1 овог рада.

уговора, прецизније, на њихову „крхкост“;⁹³⁷ тек онда купац може имати потпуну слику о тим бенефитима.⁹³⁸

Међутим, оправдано би се могло поставити питање није ли довољно што је цедент поменуо другој страни да такви уговори постоје и тиме пребацио на цесионара терет бриге да захтева њихову предају и сам се увери у садржину уговора?⁹³⁹ На њих Местр (*Mestre*) даје негативан одговор. Према његовом мишљењу, такво решење је „у сагласности са захтевом савесног и поштеног поступања које судска пракса намеће при закључењу уговора. Иако правно не представљају део привредног субјекта, уговори на основу којих трговац осигурава себи клијентелу и задржава је, уско су економски повезани са субјектом, те је, стога, нормално очекивати да продавац спонтано обавести потенцијалног стицаоца о свим околностима које би могле то да угрозе, о свим клаузулама које би могле да доведу до престанка уговора“.⁹⁴⁰

Требало би нагласити да је и у том случају Касациони суд нашао да је реч о превари ћутањем. Остаје питање да ли би, да није постојала намера при прећуткивању, став суда био идентичан.⁹⁴¹

Пракса немачког Савезног суда показују да је суд, у сличним примерима, заузимао другачији став.⁹⁴² Наиме, доктор је продао своју ординацију купцу,

⁹³⁷ У доступном тексту одлуке се на неколико места помиње „*fragilité des contrats*“. Вид. одлуку Касационог суда од 4. маја 1993, бр. 91-17321. Инсистирање на „крхкости“ уговора указује на то да се такве околности сматрају објективно одлучујућим.

⁹³⁸ Исто се може рећи и за поменути пример продаје непокретности у чијој се непосредном суседству налази терен за голф. И у њему је продавац купцу указивао само на бенефите таквог окружења, не и његове негативне стране. Вид. одлуку Касационог суда од 22. новембра 2006, бр. 05-16719.

⁹³⁹ При процени какав би став француски судови могли заузети о том питању, од користи би могло бити схватање Апелационог суда у Паризу у једном другом спору. Према њему, „начело савесности и поштења намеће дужност елементарне отворености при информисању сауговорача о свим околностима које би је могле интересовати, а не да њему остави бригу или прилику да се упозна са овим околностима читајући 140 страна правилника којим се уређује суживот етажних власника (*règlement de copropriété*)“. М. Fabre-Magnan (1992), 139. Стога би одговор у великој мери могао да зависи од тога колико је одређена информација доступна другој страни, али и када је доступна (као што је случај са тим правилником), колико је једноставно самостално истраживати постоји ли нешто што би сауговорача могло интересовати када закључује уговор. Суд је у том конкретном случају сматрао да је претерано очекивати од купца да чита свих 140 страна правилника, како би утврдио да ли у њему стоји нешто што би га могло одвратити од закључења уговора. Продавцу је далеко једноставније да га о томе обавести јер му је поседовање те ствари дало прилике да се спонтано упозна са свим њеним предностима или недостацима.

⁹⁴⁰ J. Mestre (1994), 94.

⁹⁴¹ У вези са тим, у теорији се помиње сличан пример. Наиме, Апелациони суд у Версају је усвојио купчев захтев за поништење уговора о купопродаји половног компјутера јер га продавац није обавестио да је уговор о одржавању компјутера, на који се произвођач компјутера првобитно обавезао, раскинут. Вид. одлуку из 1986. године у J. Mestre (1988), 336.

наводећи у огласу и висину годишњег прихода. Чим је преузео руковођење ординацијом, купац је схватио да велики део тог прихода долази од врло малог броја пацијената. То је потпуно променило његову перцепцију ризика преузимања праксе – одлазак макар и једног од тих пацијената значило би озбиљан пад очекиваних прихода. Купац је, стога, тврдио да је продавац намерно прикрио профил пацијената и захтевао поништење уговора.

Мада је наишао на разумевање нижих судова, Савезни суд је одбио захтев за поништењем, сматрајући да у конкретном случају нису испуњени услови за настанак дужности обавештавања. Према речима суда, дужност обавештавања претпоставља да се утврди посебан правни однос између сауговарача, у којем би, имајући нарочито у виду могућност да се изјалови сама сврха због које је уговор закључен, ћутање било супротно начелу савесности и поштења, и у којем би сауговарач, према општеприхваћеном гледишту, могао да очекује да буде обавештен о одређеној чињеници. Али, дужност обавештавања не може бити тих размера да се од продавца очекује да самоиницијативно скреће купцу пажњу на сваку околност која може утицати на његову вољу да уговара, макар се она тичала и висине накнада испостављених пацијентима. Управо је супротно: друга страна је дужна да сама испита да ли је закључење таквог уговора корисно за њу и какве ризике он носи. Продавац оправдано може поћи од тога да се купац мора ослањати на своје способности да задржи већину пацијената и оправда њихово поверење.⁹⁴³ Осим тога, мада је за купца несумњиво већи ризик у случају када мањи број пацијената доноси већи део профита, то је ризик са којим је купац дужан да се носи. Своју оцену би суд променио само ако се установе додатне отежавајуће околности за купца, примера ради, уколико би се доказало да постоји посебна приврженост тих пацијената претходном доктору или уколико би скорашња смрт оног малог броја пацијената који доносе највећи део профита била готово извесна.⁹⁴⁴

У теорији се потврђује оно што се чини јасним и из образложења те одлуке: адекватна алокација ризика између сауговарача често за немачке судове

⁹⁴² Вид. одлуку немачког Савезног суда од 13. јула 1988. године у Н. Beale, В. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, D. Tallon, S. Vogenauer, 523 и даље.

⁹⁴³ *Ibid.*, 523–524.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, 524.

има пресудан утицај на настанак дужности обавештавања.⁹⁴⁵ Тас ће превагнути на једну или другу страну зависно од тога на коме би, према мишљењу суда, требало да лежи ризик откривања одређене околности: да ли се о њој оправдано може очекивати обавештење од саговорача или се до такве информације мора самоиницијативно доћи. Притом, ни релативна недоступност информације не мора нужно имати утицаја на одлуку суда. У конкретном случају, што ту одлуку чини још занимљивијом, суд је установио да купац није могао из достављене документације сазнати колико је индивидуално учешће сваког пацијента у укупном приходу. То је, међутим, сматрао ирелевантним. Купац није морао до сазнања доћи на тај начин, довољно је било да о томе само постави питање продавцу.

Колико се из образложења одлуке може закључити, таква информација се не сматра објективно битном. Тек су оне околности за које се на општем плану прихвата да имају одлучујући карактер несумњиво објект дужности обавештавања. За све остале, саговорач је дужан да се о њима сам обавести или да макар на њихову важност скрене пажњу саговорачу.⁹⁴⁶

5.2.2.2.3 Информације које се односе на битна својства личности саговорача

Опредељујући објект дужности обавештавања, ново решење француског права подразумева да одлучујући карактер може имати и информација која је у директној и нужној вези са *квалитетима саговорача*;⁹⁴⁷ законодавац, међутим, не прецизира шта се под тим подразумева.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, 525.

⁹⁴⁶ У литератури се наводи још један пример преноса власништва над привредним друштвом. Наиме, убрзо након куповине предузећа које се бавило пореским саветовањем, купац је сазнао да је један запослени био оптужен од локалне коморе пореских саветника за неприхватљиву праксу. Купац је захтевао смањење купопродајне цене, тврдећи да је продавац био дужан да га обавести о тенденцији запосленог на криминално понашање. Савезни суд је био мишљења да таква околност не може бити предмет обавештавања јер је формално писмо упозорења од коморе стигло чак две године пре закључења уговора. Запослени је све време након тога радио у предузећу, те нема доказа да је и након упозорења наставио да се понаша на идентичан начин. Осим тога, откривање таквих информација могло би бити у колизији са прописима о заштити права тог запосленог. Коначно, на такву одлуку суда утицала је и чињеница да је купац желео да партнерски сарађује са тим запосленим. Таква идеја би морала да утиче на то да се купац боље информише о особи којој предлаже такву сарадњу, било од продавца, било увидом у достављену документацију. *Ibid.*, 525–526.

⁹⁴⁷ Чл. 1112-1, ст. 3 ФГЗ.

Већ на први поглед уочава се повезаност између објекта дужности обавештавања и заблуде: и у француском праву се, на сличан начин на који је то учињено у нашем праву, битном заблудом сматра и заблуда о личности сауговарача, али само уколико је уговор закључен *intuitu personae*.⁹⁴⁸

Имајући то у виду, у коментарима реформе поједини писци садржај такве одреднице („квалитети сауговарача“) управо одређују на начин на који се уобичајено прецизира појам заблуда о личности. Тако се под „квалитетима страна“ подразумевају „карактеристике једне особе, укључујући не само скуп чињеница које се односе на његово стање (укључујући и име), већ и физичке и моралне појединости (године, здравствено стање, углед)“.⁹⁴⁹

На сличан се начин и у нашој теорији уопштено одређује да заблуда о личности сауговарача може подразумевати врло разноврсна својства личности сауговарача: његов физички и грађански идентитет, као и његове физичке, интелектуалне, моралне или правне особине.⁹⁵⁰

Мада су објашњени на широк начин, прилично уопштено, ограничавање да заблуда о личности може утицати на пуноважност закљученог уговора само уколико је уговор закључен с обзиром на личност у великој мери сужава круг случајева у којима би могла постојати дужност обавештавања; он се, дакле, своди само на оне у којима је одређено својство (идентитет или особина) личности имала такав утицај на вољу једног или оба сауговарача да они не би закључили уговор да су о томе имали сазнања у тренутку закључења.⁹⁵¹ То, даље, подразумева да је таква околност ушла у уговорно поље, да је из обичног мотива постала битан елемент уговора; другим речима, дужност обавештавања о њој може постојати само уколико је жртва заблуде своје преокупације (да има у виду одређено својство личности сауговарача при закључењу уговора) учинила видљивим, да је њена заблуда препозната или макар препознатљива сауговарачу.

У вези са дужношћу обавештавања о својствима личности сауговарача, у француској литератури се често помиње случај *Mannequin* из новије француске

⁹⁴⁸ Вид. чл. 61, ст. 1 ЗОО, према коме је заблуда битна и онда када се односи на „лице са којим се закључује уговор, ако се закључује с обзиром на то лице“; Вид. чл. 1134 ФГЗ.

⁹⁴⁹ M. Latina, G. Chantepie, 151–152.

⁹⁵⁰ Д. Хибер (1991), 341.

⁹⁵¹ Према Гестену (*Ghestin*), по правилу се добротини уговори закључују с обзиром на личности, док је код теретних то изузетно: примера ради, када се ради о заступништву, ортаклуку и сл. J. Ghestin (1963), 236–237.

судске праксе:⁹⁵² на име, рекламна агенција је ангажовала професионалног модела да сними рекламу за један производ, али је била принуђена да заустави објављивање снимљене рекламе јер је дошла до сазнања да је исти модел већ рекламирао сличан конкурентски производ. Касациони суд је потврдио одлуку апелационог и усвојио захтев агенције за накнаду штете, постављен и у односу на модела и у односу на његовог агента. Своју одлуку је образложио тиме да је, иако се у улози повериоца налази професионалац (агенција), информација о претходним ангажовањима модела тешко доступна, док је, с друге стране, моделу и његовом агенту та околност била позната, те да су, имајући у виду њихово својство професионалаца, морали знати какве су штетне последице накнадне употребе његовог лика за конкурентске производе. Осим тога, мада уговором није изричито предвиђен услов да сауговорач (модел) није раније пружао своје услуге другој рекламној агенцији за производ исте природе, нити је то поверилац (агенција) изричито напоменуо дужнику, суд је изнео схватање да сам пристанак на закључење уговора имплицитно садржи такву гаранцију; у супротном, постоји његова дужност да о томе обавести агенцију. Суд је у том случају јасно нагласио да ће, чак и када се уговара са професионалцем из исте бранше, постојати дужност професионалца да открије ограничења или ризике закључења уговора за другу страну.⁹⁵³

С друге стране, поједини примери из судске праксе из области радног права показују да дужност обавештавања не постоји онда када је сауговорачу релативно једноставно да до одређених информација дође. Тако, суд је сматрао да кандидат за запослење није дужан да обавести будућег послодавца о чињеници да је, за време његовог руковођења претходном фирмом, фирма ликвидирана; довољно је што је у CV-ју који је доставио послодавцу навео, између осталог, да је радно искуство на месту директора стекао у тој фирми.⁹⁵⁴ Послодавац је на основу тога могао једноставно да се распита о томе да ли та фирма и даље послује.⁹⁵⁵

⁹⁵² Вид. одлуку ФКС од 4. јула 1989, бр. 88-12779; J. Mestre (1989), 737; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 118.

⁹⁵³ J. Mestre (1989), 738.

⁹⁵⁴ J. Ghestin (2013), 1426.

⁹⁵⁵ Сличан став изнео је и Суд удруженог рада Косова, у одлуци бр. 851/85 од 24. децембра 1985, *Судска пракса* 2/86, 63: сматра се да запослени, при ступању у радни однос, није прећутао

У упоредном праву се поставља једно занимљиво питање: постоји ли дужност једне стране да другу обавести о својој (претећој) инсолвентности? Може ли солвентност сауговарача представљати битну особину личности због које би се могао поништити уговор?

Доводећи је у везу са заблудом о вредности, која се сматра небитном, на тај начин што се солвентност сауговарача посматра као израз његове економске вредности,⁹⁵⁶ преовлађујући одговор на постављена питања је у француској доктрини негативан.⁹⁵⁷

Да не буде забуне, да би се уопште поставило питање утицаја инсолвентности сауговарача на пуноважност уговора, она мора постојати у тренутку његовог закључења, не само извршења. Свака накнадна инсолвентност значила би само просту промену околности која, ма колико значајна за другу страну, не може довести у питање пуноважност уговора. С друге стране, сауговараче начелно не интересује инсолвентност која је постојала у тренутку закључења уговора ако је она накнадно отпала; другим речима, уколико је (некада инсолвентни) сауговарач постао способан да своју обавезу изврши у тренутку њене доспелости. Имајући то у виду, Гестен (*Ghestin*) прецизира да солвентност сауговарача, ако уопште може утицати на пуноважност уговора, то може само под та два кумулативна услова: да је већ постојала у тренутку закључења уговора; да је имала одлучујући утицај на вољу другог сауговарача да закључи уговор, о чему се може закључити тек уколико је инсолвентност опстала до тренутка његовог извршења; у супротном, накнадна солвентност би поништила потребу за поништењем уговора.⁹⁵⁸

Постављајући ствари на такав начин, Гестен критикује тврди став о ирелевантности заблуде о солвентности сауговарача, сматрајући да је он почива на погрешним премисама. Сличност заблуде о вредности и заблуде о солвентности јесте у томе што су у једна и у друга последица погрешне економске

чињеницу која се односи на његово чуло вида, имајући у виду да је приложио уверење Медицине рада о свом здравственом стању, коме је његово чуло вида означено као добро. Уколико је послодавац сматрао да је уверење неадекватно, „имао је могућност да пре ступања радника у радни однос провери те чињенице, а не након више месеци рада“.

⁹⁵⁶ „...la solvabilité étant l'expression de la valeur économique d'un individu“. О критици вид. J. Ghestin (1963), 244 и даље.

⁹⁵⁷ Вид. о томе у J. Ghestin (1963), 242 и даље; Д. Хибер (1991), 346.

⁹⁵⁸ J. Ghestin (1963), 244.

процене, али то сматра недовољним да би се искључила свака могућност да заблуда о солвентности буде битна. То нарочито уколико је солвентност једног сауговарача предмет и објективне процене, примера ради, тиме што је над сауговарачем отворен стечај.⁹⁵⁹ Заблуда о солвентности се тада не може сматрати само резултатом погрешне процене жртве.

С друге стране, требало би поменути да се и у француској и немачкој судској пракси уочава суздржаност у усвајању захтева за поништење уговора услед заблуде о солвентности, а посредно и у прихватању да дужност обавештавања може за објект имати и ту чињеницу.

Тако, Касациони суд је сматрао да не постоји дужност сауговарача да обавести другу страну о томе да је над њим покренут поступак реорганизације („*procédure de redressement judiciaire*“).⁹⁶⁰ С друге стране, у једној старијој одлуци, суд у Марсеју је дозволио поништење уговора о продаји јер је сауговарач прећутао да је већ у тренутку закључења уговора над њим био отворен стечајни поступак.⁹⁶¹

Немачка судска пракса је, такође, врло опрезна. У једном старијем случају који се описује у литератури, суд је поништио уговор о куповини велике количине кафе јер је у тренутку закључења уговора купац пропустио да упозори продавца о његовој потпуној инсолвентности.⁹⁶² У другом, сматрало се да је страна која се закључењем уговора задужује у значајној мери дужна да обавести другу страну о томе да има финансијских тешкоћа, посебно ако јој неминовно прети банкротство.⁹⁶³

На основу поменутих судских одлука, чини се да одговор у великој мери зависи од тога да ли је инсолвентност таквог карактера да је већ у тренутку закључења уговора било јасно да дужник неће моћи да изврши обавезе преузете

⁹⁵⁹ J. Ghestin (1963), 245.

⁹⁶⁰ „...aucun texte n'oblige une entreprise à informer son co-contractant du fait qu'elle fait l'objet d'un redressement judiciaire...“. Вид. одлуку Привредног одељења Касационог суда од 24. септембра 2003, бр. 00-21863; Вид. и J. Heinich (472); B. Mercadal, 67.

⁹⁶¹ J. Ghestin (1963), 245.

⁹⁶² Риг (*Rieg*) коментарише да се може приметити са којом лакоћом судови прихватају преварни карактер ћутања. A. Rieg, 157 и фн. 49.

⁹⁶³ Више о томе у B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 307.

самим уговором, да је неспорно доведено у питање остварење сврхе због које је уговор закључен.⁹⁶⁴

С друге стране, опрез судова, изражен у захтеву да инсолвентност буде „потпуна“, да сауговарачу „неминовно прети банкротство“, чини се да је резултат и покушаја да се спрече евентуалне злоупотребе: шире прихватање могло би да доведе до тога да се „жртва“ заблуде позива на то да је била у заблуди о солвентности сауговарача чак и када „инсолвентност“ није таквог карактера да би онемогућила извршење уговора, као начин да изађе из уговорног односа који јој из неког разлога више не одговара.

5.2.2.2.4 *Ограничење објекта дужности обавештавања постављањем захтева да информација буде у непосредној вези са садржином уговора или особинама сауговарача*

Наглашавање да информација мора бити у непосредној вези са садржином уговора или особинама сауговарача, као што се у француском праву изричито чини,⁹⁶⁵ чини се управо да би се из њеног поља избациле оне које, мада могу интересовати сауговарача, не би требало да представљају објект дужности обавештавања.

Еклатантни, мада не и једини, примери јављају се у односу између потенцијалног послодавца и запосленог при закључењу уговора о раду,⁹⁶⁶ о чему је већ донекле било речи: запослени је дужан да обавести послодавца само о оним околностима које су *непосредно* у вези са послом за који одређено лице конкурише и проценом његових *професионалних* способности. Осим тога, наводи се, при продаји одређене ствари, професионални продавац је дужан да упозна купца са карактеристикама ствари и модалитетима њене употребе, али дужност

⁹⁶⁴ И Меркадал (*Mercadal*), коментаришући ново решење ФГЗ полази од сврхе дужности обавештавања: како је њен коначан циљ пружање обавештења о престацијама које уговором настају, под „квалитетима страна“ требало би подразумевати способност сауговарача да предложено престацију изврше. Другим речима, сваки сауговарач је дужан да другу страну обавести о околностима које би могле да утичу на њену способност да изврши обавезе које преузима закључењем уговора. В. Mercadal, 67.

⁹⁶⁵ Вид. чл. 1112-1, ст. 3 ФГЗ.

⁹⁶⁶ N. Dissaux, C. Jamin, 18.

обавештавања не подразумева пружање информација и о стању и перспективама конкретног тржишта.⁹⁶⁷

То се нарочито односи на ситуацију када би пружање одређене информације директно погодовало конкурентима. Француска судска пракса познаје пример у коме се поставило питање постојања дужности обавештавања о информацијама које се тек посредно могу односити на битне карактеристике престација саговорача. Наиме, друштво-купац желело је да прибави софтвер прилагођен посебним потребама његовог привредног пословања и у те сврхе се обратило друштву које се бавило продајом софтвера. Имајући у виду те посебности комерцијалне активности купца, продавац га је обавестио да би се оне могле обављати тек уколико софтвер, који је имао у понуди, измени и прилагоди купчевим потребама. Међутим, неколико година након закључења уговора и инсталирања софтвера, купац је замерио свом добављачу да је повредио дужност обавештавања јер га није информисао да су, у тренутку закључења уговора, на тржишту били доступни други програми, посебно прилагођени привредним субјектима који се баве истом делатношћу као и купац.⁹⁶⁸

Иако су нижи судови сматрали да на продавцу, професионалцу у области информатичких система, лежи дужност да свог клијента-лаика обавести о томе да на тржишту постоје решења која су технички адекватнија и финансијски далеко исплативија, француски Касациони суд није подржао такав став. Према његовом мишљењу, професионалац је дужан да обавести потенцијалног клијента о свим битним особинама производа који му нуди и да га упозори на све несавршености или опасности који употреба тог производа са собом носи. Али, дужност обавештавања не може ићи даље од тога – он није дужан да их упоређује са производима које нуди конкуренција, нарочито ако би то ишло у корист само његовим конкурентима.⁹⁶⁹

Такву одлуку Касационог суда нема потребе додатно објашњавати. Мада би упоређивање са конкурентским производима помогло саговорачу да стекне комплетну слику и о карактеристикама производа који му се нуди, несумњиво је

⁹⁶⁷ У образложењу се наводи да купопродајни уговор предвиђа само продају алата, не и обавезу да се купцу пружи асистенција при његовој комерцијалној употреби. В. Fages (2001), 132–137.

⁹⁶⁸ Вид. одлуку ФКС од 12. новембра 1992, бр. 91-12600; Jacques Mestre, „L’information à l’une!“, *Revue trimestrielle de droit civil*, janv.- mars 1993, 116.

⁹⁶⁹ Вид. одлуку Касационог суда од 12. новембра 1992. у J. Mestre (1993), 116–117.

да се такве информације не могу подвести под дужност обавештавања о битним својствима престације јер између њих нема директне и непосредне везе. То нису информације „унутрашњег“ карактера, које непосредно објашњавају садржину уговора и карактеристике престација које његовим закључењем настају, већ такве тзв. „спољне“ информације које би служиле да покажу са којим субјектом би на тржишту сауговорачу било најкорисније да закључи уговор. Ма колико да су за њега одлучујуће, он не би могао оправдано очекивати да о њима буде обавештен од друге стране.⁹⁷⁰ Ако би се таква дужност наметнула, она би подразумевала да се сауговорач-дужник потпуно уживи у улогу сауговорача-повериоца и води се његовим, много више него својим интересима. То, међутим, није ни смисао дужности обавештавања.

5.2.2.3 Дужност обавештавања и заблуда о сопственој престацији

Досадашња излагања су показала да су судови начелно склони да прихвате да постоји дужност једне стране да другој пружи обавештења о чињеницама које јој (другој страни) на довољан и адекватан начин пружају могућност да стекне слику о контрапрестацији, односно о престацији коју *стиче* закључењем уговора. У том случају су, дакле, објект дужности обавештавања информације које се тичу (карактеристика или других околности које непосредно утичу на извршење) престације коју једна страна (дужник) *нуди* другој страни (повериоцу). Другим речима, поверилац начелно може, уз испуњење других услова, посебно оних који се односе на држање сауговорача при закључењу уговора, да очекује да буде обавештен о контрапрестацији.

Међутим, у упоредноправној литератури и судској пракси посебну „муку“ задало је питање могу ли објект дужности обавештавања бити информације које се односе на сопствену престацију повериоца. Ако, примера ради, продавац није свестан да је ствар коју продаје знатно вреднија, има ли купац дужност да му на

⁹⁷⁰ С друге стране, у једној другој одлуци Касационог суда објашњава се да професионални продавац није дужан да обавештава своје клијенте о промотивним понудама својих конкурената у односу на исти производ, али је „продавац-концесионар дужан да обавести своје клијенте да он не учествује у промотивним понудама опремања (возила, прим. аут.) које предлаже увозник“. Вид. одлуку Касационог суда од 13. априла 1999, бр. 97-13782. Вид. и В. Fages (2001), 132–155.

то скрене пажњу приликом закључења уговора? Другим речима, да ли је дужник дужан да обавести повериоца о чињеницама које (у крајњем) утичу на адекватну процену (вредности) његове (повериоачеве) сопствене престаације?

5.2.2.3.1 *О оправданости поништења уговора због заблуде о сопственој престаацији и дужности обавештавања о њој*

Проблем оправданости прихватања дужности обавештавања повериоца о његовој сопственој престаацији има корен прилично спорног правног питања допуштености поништења уговора због заблуде о сопственој престаацији.

У француском праву, питање могућности поништења уговора у случају заблуде о сопственој престаацији нарочито се реафирмисало у чувеном случају *Poussin*.⁹⁷¹ Реч је о случају у коме су продавци, госпођа и господин Сен-Ароман (*Saint-Arromans*), поседовали слику за коју су веровали да је дело аутора Пусена. Желећи да је продају, обратили су се трговцу за уметнине, експерту, како би утврдили вредност слике, не указавши му притом на своје сумње да је реч о вредном уметничком делу. Стручна анализа тог експерта их је заправо и довела у заблуду – он је нашао да је слика настала у школи Карачи (*Carracci*) и да њена вредност није већа од 1.500 франака. Ослањајући се на процену експерта, власници су одлучили да је продају путем јавне продаје, на којој је постигнут износ од свега 2.200 франака, вишеструко нижи од њене реалне вредности. Национални музеј (*Réunion des musées nationaux*) преузео је слику убрзо након тога, искористивши своје право прече куповине, јер је гајио сумње још у време закључења уговора да је реч о уметничком делу, а недуго затим изложио је као Пусеново дело. Схвативши да су били у заблуди, породица Сен-Ароман поднела је захтев за поништење уговора услед заблуде.

Иако став француских судова, у различитим инстанцама пресуђивања, није био једногласан,⁹⁷² крајњи исход је био такав да је суд усвојио захтев за поништењем уговора, заснивајући своју одлуку на томе да је реч о заблуди о

⁹⁷¹ Случај се, између осталог, може наћи и у Н. Beale, В. Fauvarque-Cosson, Ј. Rutgers, D. Tallon, S. Vogenauer, 476 и даље; Н. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, 29 и даље.

⁹⁷² Вид. више о томе у Н. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, 29 и даље; Н. Beale, В. Fauvarque-Cosson, Ј. Rutgers, D. Tallon, S. Vogenauer, 476 и даље.

битном својству ствари која, према чл. 1110 (неизмењеног) ФГЗ, представља битну заблуду.

Тај случај је у великој мери променио дотадашња схватања у француском праву. Као преовлађујуће, савремена француска доктрина и судска пракса прихватају решење да заблуда о сопственој престацији, једнако као заблуда о контрапрестацији, може водити рушљивости уговора.⁹⁷³ Упркос томе, и данас има писаца који доводе у питање оправданост такве праксе. Стога ће у наставку бити приказани најважнији аргументи који се у упоредноправној, посебно француској теорији, истичу против прихватања заблуде о сопственој престацији, при чему ће се истовремено указивати и на оправданост таквих аргумената.

5.2.2.3.1.1 Однос заблуде о сопственој престацији и других врста заблуда

Примарни аргумент који се истиче против прихватања заблуде о сопственој престацији, а посредно и о дужности обавештавања о њој, заснива се на премиси да заблуда о сопственој престацији није ништа друго до заблуда о вредности.⁹⁷⁴ Прихватање да заблуда о сопственој престацији може утицати на пуноважност закљученог уговора значило би заправо прихватање да заблуда о вредности може имати утицаја на пуноважност уговора. Заблуда о вредности је, пак, само изузетно дозвољена у француском праву, према правилима о лезији, те би свако проширење њене примене значило заобилажење правила о лезији.

Али, може ли се тврдити да се свака заблуда о сопственој престацији увек своди на заблуду о вредности, због чега би је требало увек подводити под режим заблуде о вредности и (готово) елиминисати могућност поништења уговора? Није ли понекад заблуда о сопственој престацији последица заблуде о битном својству ствари, што тек посредно доводи и до заблуде о њеној вредности?

Када су ствари тако постављене, чини се да је више него неопходно разграничити заблуду о вредности и заблуду о битним својствима ствари. Несумњиво је да се оне врло често преплићу. Штавише, могло би се рећи да је

⁹⁷³ J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2013), 931 и тамо наведене ауторе; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, 251.

⁹⁷⁴ J. Carbonier, 107.

заблуда о вредности ствари, више него и један други облик заблуде, испреплетана и са другим облицима заблуде и са другим установама уговорног права.⁹⁷⁵

Када је, наиме, као у случају Пусен, продавац у заблуди о сопственој ствари, те је продаје у уверењу да није реч о уметничком делу, за њега се може рећи да је и у заблуди о вредности и у заблуди о битном својству ствари. Прво, зато што је у заблуди о цени коју може да добије њеном продајом; друго, зато што је аутентичност једног дела важно својство ствари.

Којој од те две заблуде би требало дати предност?

Метод који је прихваћен у француском праву може се објаснити на следећи начин: ако се у конкретном случају заблуда може окарактерисати као заблуда о битним својствима ствари, њој треба дати предност и дозволити поништење уговора, без обзира на то да ли се таква заблуда може окарактерисати још и као заблуда о вредности.⁹⁷⁶ Другим речима, у случају истовременог постојања и заблуде о битним својствима ствари и заблуде о вредности предност би требало дати првој.

Томе у прилог иде и начин на који је уређена заблуда о битним својствима предмета: закон ту не прави разлику између заблуде о сопственој или контрапрестацији.⁹⁷⁷ Стога, ако би купац могао да поништи уговор услед заблуде о својствима купљене ствари, због чега ју је платио више него што је њена реална вредност, зашто то право не би имао и продавац?

Аргументу да би тиме могла бити заобиђена правила о лезији, која се у француском праву дозвољава само изузетно,⁹⁷⁸ могао би се поставити сличан контрааргумент: ако би се дала предност заблуди о вредности, у случају када је

⁹⁷⁵ Д. Хибер (1991), 360.

⁹⁷⁶ Gilles Goubeaux, „A propos de l’erreur sur le valeur“, *Mélanges J. Ghestin*, Paris 2001, 393; E. Grassl-Palten, R. Madl, R. Kundi, H. Ofner, 89.

⁹⁷⁷ Вид. чл. 61, ст. 1 ЗОО. У француској литератури је било чак и схватања да се текст чл. 1110 (неизмењеног) ФГЗ има тумачити тако да подразумева само заблуду о битним својствима контрапрестације, а не и сопствене престације, јер закон говори у једнини, о битном својству (једне) ствари. Таквом схватању се, међутим, могу изнети две замерке. Прво, говорећи уопштено о „ствари“, закон не одређује да се она мора односити на ствар која се *прима* или *даје* сауговорачу. Из тих разлога, законска одредба би се пре могла тумачити тако да се односи и на контрапрестацију и на сопствену престацију него само једну од те две. Друго, још важније, када је реч о добротиним уговорима, у заблуди се увек налази поклонодавац, и то управо о битним својствима сопствене престације. Ако се у том случају законска одредба тумачи тако да обухвата и случајеве заблуде о сопственој престацији, зашто то не би био случај и код синалагматичних уговора? Вид. о томе у J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2013), 932–933.

⁹⁷⁸ Вид. чл. 1118 ФГЗ, пре измена.

заблуда о сопственој престацији резултат и погрешне представе о својствима сопствене ствари, не значи ли то да се даје предност правилима о лезији у односу на правила о заблуди?

Елиминисање из сфере заблуде о вредности оних случајева заблуде о сопственој престацији који представљају заблуду о битним својствима ствари доводи до тога да се о правој, „чистој“ заблуди о вредности може се говорити тек уколико је реч, како Гестен (*Ghestin*) дефинише, о случају „погрешне економске процене извршене на основу тачних података“.⁹⁷⁹ Тек тада, сматра се, када је очишћена од случајева заблуде о битним својствима предмета, заблуда о вредности неће утицати на пуноважност уговора применом одредаба о заблуди.⁹⁸⁰

Примена таквог метода несумњиво води значајном ограниченом домена заблуде о вредности.⁹⁸¹ Примери „чисте“ заблуде о вредности у пракси су врло ретки.

Разликовање заблуде о битном својству ствари и заблуде о вредности у ужем смислу значајно је и из угла предуговорне дужности обавештавања: ако је свестан чињенице да је продавац у заблуди о битном својству своје ствари, да ли је купац дужан да га из заблуде изведе?

Чини се да међу француским писцима о томе постоји сагласност: не само што се уговор може поништити због заблуде о битном својству сопствене престације већ је купац дужан да продавца из такве заблуде извуче.⁹⁸² На том путу стоје и други европскоконтинентални системи.⁹⁸³

⁹⁷⁹ „L’erreur sur la valeur se caractérise ainsi comme une appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes.“ Jacques Ghestin, *La notion d’erreur dans le droit positif actuel*, Paris 1971, 83.

⁹⁸⁰ Ако се схвати само у том ужем смислу, остаје закључак да је заблуда о вредности небитна. Наиме, ако постоји заједно са заблудом о својствима ствари, уговор се може поништити, али не због заблуде о вредности већ због заблуде о својствима ствари. С друге стране, ако постоји само заблуда о вредности, она неће утицати на пуноважност уговора. G. Goubeaux, 394.

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² D. Martin, 9; R. Sefton-Green, 20. И у случају Пусен, иако судови нису испитивали понашање купаца, суд у Паризу (*Tribunal de grande instance de Paris*) истакао је чињеницу да је велика стручност експерата из Националног музеја у очигледној диспропорцији са инфериорности продавца. Тужени је стога стекао корист, захваљујући озбиљној супериорности услед својих способности, од заблуде о својствима ствари продавца. Трибунал је очигледно интуитивно испишавао да ли се понашању купца може нешто замерити. M. Fabre-Magnan (1992), 165–167.

⁹⁸³ Вид. §871 АГЗ. Сауговарач нема право на заштиту ако је заблуду морао да уочи да је показао дужну пажњу, а још мање ако је заблуду заиста и уочио. Правило се примењује једнако, без обзира на то у којој се улози налазе сауговарачи. Продавац би, у том смислу, могао да поништи уговор, али и да захтева накнаду штете. R. Sefton-Green, 20. Захтев препознатљивости заблуде на сличан начин предвиђа се и у ИГЗ, у чл. 1428 и чл. 1431 ИГЗ. Међутим, треба поменути да се подели на

На овом месту корисно је поменути да поједини писци, као аргумент против прихватања заблуде о сопственој престацији, истичу да би то значило дати значај заблуди о строго личним преокупацијама сауговарача. Селис (*Célice*) то објашњава на примеру лица које је власник старе мастионице.⁹⁸⁴ За њу је веровао да је припадала чувеном државнику, али пошто он није био присталица партије којој је тај државник припадао, одлучио је да је прода. С друге стране, купац ју је купио зато што је антиквитет. Ако би након продаје продавац сазнао да она није припадала ниједном државнику, он не би могао да захтева поништење уговора због заблуде о битном својству ствари зато што је такво „својство“ ствари било познато само продавцу.⁹⁸⁵ Другим речима, заблуда о сопственој престацији често може представљати класичан пример заблуде о мотиву којим се руководио један сауговарач. Ако, пак, такав мотив није познат другој страни, а дозволи се могућност поништења, то би могло озбиљно да угрози правну сигурност, а потенцијално би могло да води и бројним злоупотребама.

5.2.2.3.1.2 Може ли заблуда о сопственој престацији бити извињавајућа?

Разграничење заблуде о вредности и заблуде о битним својствима ствари није успело да елиминише све аргументе против прихватања могућности поништења уговора због заблуде о сопственој престацији и наметању дужности обавештавања друге стране о њеној сопственој престацији.

Наиме, као важна, истиче се и замерка да је таква заблуда, заблуда о особинама своје ствари, готово увек неизвињавајућа.⁹⁸⁶ Власник је, као неко ко је

заблуду о вредности у ужем смислу и заблуду о својствима ствари супротстављају присталице „праведне расподеле ризика“. Према њиховом мишљењу, није важно како се одређена заблуда може квалификовати већ ко мора да сноси ризик такве заблуде („*Should it matter whether a person who buys shares overvalues them by mistake or erroneously supposes that they will give him a controlling interest in the company?*“). Н. Kötz, А. Flessner, 184. Пример се односи на заблуду купца, али утолико пре обухвата и заблуду продавца, која је иначе контроверзна.

⁹⁸⁴ Raymond Célice, *L'erreur dans les contrats*, Paris 1922, 196–197.

⁹⁸⁵ Сличан хипотетички пример наводи Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*), као аргумент против прихватања заблуде о сопственој престацији, осим изузетно: да ли би купац, верујући да купује Рембрантову слику, могао да поништи уговор ако се испостави да није? Према њеном мишљењу, ако слика није била означена као дело Рембранта нити је цена одговарала тако вредној слици, поставља се питање да ли је продавац знао да купац не би купио слику да није био у заблуди. Ако тако нешто није случај, купцу не би требало дозволити да поништи уговор, иако је био у заблуди о битном својству ствари. М. Fabre-Magnan (1992), 157, 159–160.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, 153; J. Carbonier, 107.

имао ствар у својим рукама бар одређени временски период пре закључења уговора, имао прилике да се упозна са особинама своје ствари. Пропуст да то учини последица је (готово увек) његове сопствене непажње или незаинтересованости. Због чега би га онда требало привилеговати у односу на сауговорача?

То, међутим, не мора увек бити случај, што потврђује и случај Пусен. Продавци су, управо због сумње у аутентичност дела, тражили мишљење експерта. Његова анализа била је пресудна у формирању заблуде. За шта продавцима онда приговорити ако су показали (и више него) довољан степен пажње, али упркос томе остали у заблуди?

Управо та околност, на којој се инсистирало у том случају, и доводи у питање оправданост различитог третмана заблуде о сопственој и контрапрестацији – околности случаја могу бити такве да и заблуда о сопственој престацији буде извињавајућа. Стога нема разлога да се једна прихвата, а друга не. Тиме се, међутим, не дира у питање на који начин треба оцењивати дужну пажњу сауговорача.⁹⁸⁷

Да извињавајући карактер може имати и заблуда о сопственој престацији, може се закључити и из наше судске праксе. Већ смо помињали пример у коме је власник експроприсаног земљишта захтевао поништај споразума о накнади за експропријацију јер је приликом њеног утврђивања био у битној заблуди о својствима земљишта.⁹⁸⁸ Наиме, годину дана пре закључења споразума, планским документом града извршена је пренамена земљишта из пољопривредног у градско грађевинско земљиште, због чега је његова вредност знатно порасла, али о томе власник није имао сазнања. Иако је првостепени суд одбио захтев за поништење уговора, сматрајући да је тужилац (власник) био дужан да поступа са пажњом која се у промету захтева и да се о вредности земљишта сам обавести, апелациони суд је такав закључак сматрао неправилним: савесност власника има се оцењивати према томе да ли је проверио књижно стање. Уколико јесте, његова заблуда је извињавајућа јер, у складу са начелом поуздања у истинитост и потпуност података о предметном земљишту уписаном у катастар непокретности, не може

⁹⁸⁷ Д. Хибер (1991), 413.

⁹⁸⁸ Решење Апелационог суда у Нишу, Гж. 2335/2017 од 13. априла 2017, *ParagrafLex*.

трпети штету због чињенице да се регистровано стање разликује од стварног стања непокретности.

У том случају завређује већу пажњу чињеница да се апелациони суд није задржао само на процени понашања власника земљишта (тужиоца) већ се осврнуо и на понашање туженог (корисника експропријације). Како се у пресуди износи, тужени је „као јавно предузеће, које делује у општем интересу, морао да води рачуна о стварном статусу земљишта, јер то спада у домен његових обавеза и да у складу са тим поднесе понуду о висини накнаде која одговара стварном статусу земљишта“.⁹⁸⁹ Дакле, на њему је, према схватањима апелационог суда, лежала дужност да се обавести о стварном статусу земљишта, очигледно и мимо увида у стање катастра, и да упути понуду која би одговарала његовој стварној вредности.

Интересантно је да и француска судска пракса познаје врло сличан случај, у коме је не само прихваћена заблуда о сопственој престацији већ је суд сматрао да је о томе друга страна имала дужност обавештавања.

Реч је, наиме, о случају у коме је једно друштво 1971. године стекло земљиште од општине за 112.000 франака како би на њему саградило тржни центар. Оно је, међутим, морало да одустане од тог пројекта јер је земљиште класификовано као пољопривредна зона. Тринаест година касније, друштво је одлучило да врати земљиште општини по цени од 185.000 франака. Општина је, међутим, само два месеца касније, исто то земљиште препродала за 614.350 франака. До значајног пораста цене дошло је због тога што је општина окончала поступак ревизије планских докумената, којим је дозвољена градња тржног центра. Продавац је тужио општину и каснијег стицаоца, захтевајући поништење уговора услед преваре и ништавост каснијег уговора, на основу чињенице да је општина знала да је покренут поступак ревизије и да ће вредност земљишта значајно порастати, а то није саопштила продавцу.⁹⁹⁰

⁹⁸⁹ Вид. Решење Апелационог суда у Нишу, Гж. 2335/2017 од 13. априла 2017, *ParagrafLex*. Интересантно је да се Законом о експропријацији, у чл. 56, ст. 3, наводи да дужност прикупљања података од значаја за вредност земљишта лежи на органу управе, а не кориснику експропријације. Суд додуше у пресуди помиње да је на „Секретаријату за урбанизам и имовинскоправне послове... пред којим се води поступак експропријације и поступак за споразумно одређивање накнаде за експроприсано земљиште, била примарна обавеза да буде упознат са чињеницом да је извршена пренамена земљишта“, али онда надовезује и став да је таква дужност теретила и корисника експропријације, иако, дакле, из одредбе закона то не произлази.

⁹⁹⁰ Одлука је 27. марта 1991. године. О случају више у М. Fabre-Magnan (1992), 170–171.

Мада је апелациони суд је одбио захтев за поништење уговора, наводећи да ћутање једног саговорача о намери да препрода ствар и да води преговоре са другим лицем „не може, само по себи, без додатних околности представљати недозвољене радње“, Касациони суд је поништио такву одлуку, сматрајући да треба утврдити да ли је општина, својим ћутањем, „повредила дужност савесног поступања“. Оправдање за такву одлуку суда Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*), која се иначе залаже за то да заблуда о сопственој престацији не би требало да има било какав утицај на пуноважност уговора, види у „несумњиво преварном“ понашању саговорача (општине), чиме оправдава његово поништење.⁹⁹¹ Наиме, у надлежности општине је целокупан поступак промене планских докумената и њихово објављивање, те она заправо може да утиче један важан елемент уговора – цену по којој се земљиште продаје.

5.2.2.3.1.3 О корисности прихватања заблуде о сопственој престацији и дужности обавештавања о њој

Један од важних аргумената против прихватања заблуде о сопственој престацији и наметања дужности обавештавања о њој, макар и када је она последица заблуде о битним својствима сопствене ствари, огледа се у томе што би се тиме обесрабрило предузимање иницијативе за истраживање и трагање за информацијама.⁹⁹² О томе је већ било речи у делу о економској анализи дужности обавештавања. Наиме, стицање информација је најчешће последица улагања значајних ресурса у њихово проналажење. Ти ресурси се не односе само на новац или време који су уложени у трагање за конкретним информацијама већ и на стицање знања и развијање личних способности како би се лакше дошло до вредних информација. Тако, истичу поједини писци, ако фирма уложи значајна средства да открије да ли испод земљишта постоји нафта, зашто би она била дужна да власницима земљишта бесплатно открије такву информацију? Или ако експерт за уметнине пронађе вредно уметничко дело, зашто би био дужан да то подели са продавцем? Зашто би било ко други стицао корист од њиховог труда и

⁹⁹¹ „*Son attitude était en réalité sans conteste dolosive*“. *Ibid.*, 171.

⁹⁹² *Ibid.*, 157, 158; J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2013), 933.

знања?⁹⁹³ Ако би се омогућило да се уговор поништи, то би посредно значило санкционисати оне „који умеју да пронађу значајна дела онамо где други нису“.⁹⁹⁴

Својеврсна паралела прави се и са правилима којима се уређује налаз скривеног блага: проналазачу припада макар један део.⁹⁹⁵ Није ли неправично одузети ту могућност купцима, наметањем дужности обавештавања?

То је један од разлога због којих је холандски суд одбио да поништи уговор због заблуде продавца о својствима ствари коју продаје, у чувеном случају *Cantharus* 1959. године. Околности случаја доста подсећају на случај *Poussin*. Наиме, продавац, наследница металног суда, ангажовала је два експерта да утврде вредност тог предмета, који је својевремено ископан у близини реке Мезе. Обојица су изнела схватање да, иако јесте од чистог сребра, предмет нема никакав историјски ни уметнички значај. Један од њих, златар по професији, који се уједно интересовао за историју уметности, одлучио је да купи тај предмет. Опседнут пореклом тог предмета, купац је започео дуготрајно и детаљно истраживање које је резултирало сазнањем да је реч о суду непроцењиве вредности, који води порекло из 2. века. Сазнавши то, продавац је захтевао поништење уговора, али је суд такав захтев одбио.

Слично као у случају *Poussin*, ни у том случају се продавцу не би могло замерити да се понашао немарно, непажљиво. Он је потражио стручни савет како би открио порекло и вредност ствари. Штавише, лице које је ствар купило управо је био један од ангажованих експерата. Ипак, то није утицало на одлуку суда. Суд је сматрао да нема преваре нити било каквог другог облика кривице купца. Осим тога, сматрао је да нису испуњени ни услови за поништај применом правила о заблуди. У теорији се сматра да је таква одлука суда резултат схватања да постоји општи интерес у сазнавању информација о пореклу предмета који могу имати историјски или други значај, те ако би купац био дужан да га врати продавцу, то би могло значајно да демотивише истраживаче.⁹⁹⁶

У англосаксонском праву се иде чак и корак даље. Купцу се, осим изузетно, не намеће дужност обавештавања продавца, макар и када је заблуда о

⁹⁹³ Н. Kötz, А. Flessner, 200.

⁹⁹⁴ Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Paris 2008, 45–46.

⁹⁹⁵ Вид. о томе више у М. Fabre-Magnan (1992), 162 и даље.

⁹⁹⁶ Н. Kötz, А. Flessner, 180 фн. 36.

вредности ствари последица заблуде о тзв. унутрашњим чињеницама (*intrinsic facts*). Штавише, чак и када је продавац свестан заблуде купца и намерно пропушта да га из ње извуче. Правило је поставио још лорд Турлоу у случају *Fox v. Mackreth* (1788), у коме је продавац био у заблуди да на имању које продаје постоји рудник. Купац је био свестан и постојања рудника и заблуде у којој се налази продавац. Упркос томе, суд је сматрао да нема дужности обавештавања. Према речима суда, питање није да ли би „частан човек презрео такав начин уговарања, већ да ли се ћутање може уклопити у окриве погрешног поступања које суд познаје“.⁹⁹⁷

Аргументу да заблуду о сопственој престацији не би требало прихватити јер сазнање релевантних информација подразумева улагање значајних ресурса може се истаћи и контрааргумент: стицање информација не мора увек бити резултат било каквих трошкова. Она се може стећи и спонтано, случајно, када аутори, иначе резервисаног става, сматрају да дужност обавештавања постоји.⁹⁹⁸

Међутим, чак и када је информација резултат значајних улагања, француска теорија и судска пракса показују да заштита интереса купца не би морала нужно да се огледа само у томе што се искључује могућност поништења уговора због заблуде. Има, наиме, идеја да, у случају поништења уговора услед заблуде о сопственој престацији, купцу треба надокнадити трошкове које је имао у трагању за таквом информацијом.⁹⁹⁹

Такво решење нашло је своју примену у још једном чувеном случају *Fragonard* из француске судске праксе.¹⁰⁰⁰ Околности случаја су биле следеће: продавац је наследио слику под називом „Le Verrou“, коју је његова породица купила тридесетак година раније од колекционара, као реплику познатог Фрагонаровог дела. Годину дана касније заложио ју је банци, у виду обезбеђења

⁹⁹⁷ „It is therefore not only necessary that a great advantage should be taken in such a contract, and that such an advantage should rise from a superiority of skill or information; but it is also necessary to show some obligation binding the party to make such a disclosure. Therefore, the question is not whether the transaction be such as a man of honour would disclaim and disdain, but it must fall within some settled definition of wrong recognized by this Court.” A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 21–22; G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 115–116. У прилог дужности обавештавања често се истиче аргумент тежње да се успостави једнакост између страна. Али, питају се поједини писци, зар не би било једнако неправично у сваком случају санкционисати купца зато што је продавцу прећутао битно својство ствари? P. Keeton, 22–23.

⁹⁹⁸ H. Kötz, A. Flessner, 201.

⁹⁹⁹ M. Fabre-Magnan (1992), 179 и даље.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*

кредита. Из тих разлога, дао ју је на процену експерту, који је закључио да је реч о старој реплици из 19. века, те да није Фрагонарово дело. Неколико година касније власник је дао сагласност да се слика прода, као начин реализације залогe. Сliku је, по цени од 55.000 франака, купио директор једне галерије, који је након детаљне рестаурације дошао до сазнања да је реч о оригиналном Фрагонаровом делу. Ангажовао је већи број експерата како би потврдио своје сумње, а потом је слику продао Музеју Лувр по цени од 5.150.000 франака. Продавчеви наследници су тужили купца и захтевали поништење уговора због заблуде. Апелациони суд у Паризу је усвојио захтев за поништење уговора и, како повраћај више није био могућ, наложио купцу да исплати износ од 5.095.000 франака, као разлику између цене по којој је купио, а онда и продао дело. Мада је Касациони суд потврдио одлуку Апелационог, када је реч о поништењу уговора због заблуде, замерио му је што, при утврђивању износа новца који купац има исплатити наследницима продавца, није узео у обзир износ трошкова које је купац имао да би утврдио аутентичност дела; због тога је случај враћен на поновно суђење.

Мада то није био изолован случај у француској пракси,¹⁰⁰¹ таквој концепцији се са правом упућују замерке.

Прво, постоји озбиљан проблем да се утврди висина трошкова које би требало надокнадити купцу. Да ли су то само директни трошкови (примера ради, утрошак времена и средстава који је у поменутом примеру купац имао при рестаурацији, трошак прибављања даљих мишљења експерата итд.) или би требало урачунати и трошак стицања неопходних стручних сазнања, без којих у појединим случајевима не би ни дошло до стварања сумње о значају одређеног предмета? Ако би се прихватило и ово друго, како одредити који део трошка образовања може да се надокнади у односу на сваки конкретни случај? Свако одређивање таквих трошкова нужно би било арбитрерно. Осим тога, не би требало занемарити ни трошак времена док се трага за одређеном информацијом.¹⁰⁰²

Друго, признавање права купца на накнаду трошкова које је имао у трагању за информацијом тешко да би могло да буде права мотивација да вредне

¹⁰⁰¹ Вид. о другим случајевима у Н. Kötz, А. Flessner, 180 фн. 36; М. Fabre-Magnan (1992), 181 и даље.

¹⁰⁰² М. Fabre-Magnan (1992), 182 и даље.

информације подели са сауговарачем пре закључења уговора. Купац, који је већ предузео одређене трошкове пре закључења уговора, како би дошао до вредних информација, неће имати мотив да то подели са другом страном јер би цена коју би могао да му понуди нужно морала бити умањена макар за износ учињених трошкова. Сазнавши, бесплатно, те вредне информације, продавац би могао да одустане од закључења уговора са њим и покуша да нађе другог купца који би, имајући у виду да је и сам од продавца бесплатно сазнао те вредне информације, био вољан да понуди вишу цену. Право на накнаду трошкова би, стога, имало смисла само накнадно, као последица поништења уговора, али не би могло да делује превентивно. Другим речима, право на накнаду трошкова не би била довољна мотивација да потенцијални купац подели своја сазнања са продавцем.

Коначно, у теорији се, као аргумент против наметања дужности обавештавања и прихватања заблуде о сопственој престацији, наводи још један разлог: да би то могло да има утицаја и на будуће понашање купца. Он би, наиме, био мотивисан да скрива вредну ствар до које је дошао све до тренутка док не протекне рок за поништење уговора и накнаду штете.¹⁰⁰³

Тај аргумент, међутим, нема велику снагу. Иста опасност постоји и у случају када би купац активним радњама довео продавца у заблуду, када је несумњиво да се уговор може поништити због преваре.

5.2.2.3.2 *Заблуда о вредности у ужем смислу и дужност обавештавања*

5.2.2.3.2.1 О општеприхваћеном ставу да нема дужности обавештавања о вредности престација и његовој оправданости

Уопштено је прихваћено да заблуда о вредности (у ужем смислу) не утиче на пуноважност уговора,¹⁰⁰⁴ осим када је резултат преваре. Може ли се под исти изузетак подвести и превара ћутањем? Да ли би свест једног сауговарача о заблуди друге стране и намерно прећуткивање чињеница упркос томе били довољни да се дозволи поништење уговора? Другим речима, постоји ли дужност

¹⁰⁰³ *Ibid.*, 165–166.

¹⁰⁰⁴ Н. Көтз, А. Флесснер, 183; R. Sefton-Green, 20.

обавештавања онда када постоји свест о заблуди друге стране, макар она била и о вредности?

Упоредноправна судска пракса нуди различита решења.

Позиција англосаксонских судова јасна је и из поменутог случаја *Laidlaw v. Organ*. Купац је искористио кратак временски период док се вест о престанку рата није проширила и док за њу продавац још није сазнао да купи од њега дуван по дотадашњој, знатно нижој цени. Продавац је, накнадно сазнавши за то, одбио да испоручи дуван, због чега га је купац тужио и захтевао накнаду штете. Несумњиво је реч о класичној заблуди о вредности ствари. Судија Маршал (*Marshall*), чије је мишљење подигнуто готово на ниво законског правила, сматрао је да купац није имао дужност обавештавања према продавцу. Образложење је било у томе што су такве тзв. спољашње (*extrinsic*) околности једнако доступне обема странама.¹⁰⁰⁵ Стога се ћутање купца, макар и намерно, не сматра повредом дужности обавештавања јер и не постоји дужност обавештавања о вредности купљене ствари. Правило није без изузетака; посебне околности случаја могу указивати на другачије решење.¹⁰⁰⁶

Све до измена француског Грађанског законика, то питање није било изричито регулисано. За однос заблуде о вредности и преваре ћутањем посебно су важне две одлуке.

Старија од те две одлуке донета је у чувеном случају *Baldus*.¹⁰⁰⁷ Продавац је, наиме, продао купцу 85 фотографија аутора Балдуса, по цени која је била знатно нижа од реалне. Он није био у заблуди о аутентичности слика; знао је ко

¹⁰⁰⁵ A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 26. Тако, купац није дужан да продавцу открије ни чињеницу да може доћи до значајног повећања цене земљишта услед изградње железничког пута. G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 116.

¹⁰⁰⁶ Ту се, најпре, мисли на ситуације у којима између саговорача већ постоји посебан однос поверења, због чега се очекује да ће показати виши степен бриге о саговорачевим интересима. Осим тога, поништење уговора би могло бити засновано и на несавесном пословању (*unconscientious dealing*), али и на чињеници да, иако спољашња, одређена околност може бити доступна само једној страни (проблем инсајдерског трговања). A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 26–27.

¹⁰⁰⁷ Наиме, 1986. године, госпођа Бушер (*Boucher*) је на аукцији продала 50 фотографија аутора Балдуса по цени од 1.000 франака по фотографији. Три године касније, господину Клину (*Clin*) продала је најпре 35, а потом још 50 Балдусових фотографија по истој цени по којој их је и први пут продавала. Убрзо је сазнала да је Балдус веома познат фотограф и да је у тренутку друге продаје свака његова фотографија коштала значајно више. Схвативши да је купац то знао, поднела је захтев за поништење уговора услед преваре. Купчево знање недвосмислено потврђује чињеница да је, у тренутку куповине слика од гђе. Бушер, он већ закључио други уговор, којим је исте слике продао по знатно вишој цени. Вид. одлуку Грађанског одељења Касационог суда од 3. маја 2000, бр. 98-11381; C. Jamin, 757.

их је сачинио. Али јесте био у заблуди о томе која је њихова права вредност. Сазнавши да му је купац то прећутао, продавац је неуспешно покушао да уговор поништи позивајући се на правила о превари.

Друга одлука је донета неколико година касније.¹⁰⁰⁸ Реч је о случају у коме је продавац, у заблуди о вредности ствари, продао своју непокретност купцу по знатно нижој цени. На одлуку Касационог суда није утицала ни чињеница да је купац био професионалац, агент за некретнине, а продавац, како се описује, „пољопривредник, чија је жена била потпуно онеспособљена за рад“. Продавац је захтевао поништење уговора, тврдећи да му је купац намерно прећутао праву вредност непокретности, али је суд изразио чврст став да „купац, иако професионалац, није дужан да продавца обавештава о вредности ствари коју продаје“.¹⁰⁰⁹

Тим одлукама се несумњиво одступило од схватања да се ћутање има третирати као сваки други вид преварног поступања.¹⁰¹⁰

Због чега је дошло до таквог одступања? Чиме би се могли руководити судови када кажу да не постоји дужност обавештавања о вредности престације, посебно сопствене?

Као општи аргумент против прихватања могућности поништења уговора услед заблуде о вредности у теорији се најпре истиче разлог правне сигурности. Пословно поверење би било урушено ако би увек постојала могућност да сауговорачи пониште уговор који се испоставио као лош пословни подухват. Погрешна „економска процена“ инхерентна је правним пословима,¹⁰¹¹ те свака

¹⁰⁰⁸ Вид. одлуку Трећег грађанског одељења Касационог суда од 17. јануара 2007, бр. 06-10442; Н. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénède, 64 и даље.

¹⁰⁰⁹ „...l'acquéreur, meme professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du biens acquis“. Вид. одлуку Грађанског одељења Касационог суда од 3. маја 2000, бр. 98-11381 и одлуку Трећег грађанског одељења Касационог суда од 17. јануара 2007, бр. 06-10442. Интересантно је да су у оба случаја нижи судови нашли да је купац злонамерним прећуткивањем повредио „дужност савесног и поштеног уговарања“, али је обе одлуке преиначио Касациони суд.

¹⁰¹⁰ G. Lardeux, 2989. Судска пракса је, санкционисањем злонамерног прећуткивања преко преваре, начин извршења преваре ставила у други план, истичући значај намере да се обмане. Утолико више чуде такве одлуке: не само што је купац знао за праву вредност ствари и то намерно прећутао продавцу већ су у оба случаја у улози купца били професионалци.

¹⁰¹¹ Jean Mouly, „Une règle de nature à induire en erreur: la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée“, *Recueil Dalloz* 2012, 1352–1353.

страна мора да прихвати ризик „прецењености или потцењености онога што прима или даје“.¹⁰¹²

Много значајнији аргумент огледа се у односу заблуде о вредности и лезије: ако би се прихватило поништење уговора због заблуде о вредности и у случају злонамерног прећуткивања, то би водило потпуном заобилажењу правила о лезији.¹⁰¹³ Правилима о лезији се тежи да се заштити једнакост узајамних давања само у случају да је неједнакост међу њима значајна, очигледна. Разлог је у томе што је потпуну једнакост немогуће постићи. Потпуна једнакост би претпостављала да је пре тога могуће утврдити објективну вредност сваке ствари. Међутим, о томе је често илузорно говорити, нарочито о стварима као што су уметничка дела. Њихову објективну вредност не би било могуће утврдити ни када би се обратили за помоћ експертима: и њихови резултати били би недовољно поуздани да би се могли генерализовати.¹⁰¹⁴ Цена по којој ће се ствар продати резултат је, првенствено, приближавања супротстављених интереса страна. Свака страна процењује колико је спремна да да за оно што од друге стране прима. У том смислу, свака процена је нужно субјективна. Цена која се постигне у једном уговорном односу може одступати од оне која би се постигла на тржишту, што може бити последица различитих мотива којима се стране руководе. Стога се у праву и не може тежити успостављању потпуне једнакости узајамних престајања уговорних страна. Уместо тога, треба тежити обезбеђењу правичне уговорне процедуре и „једнакости оружја“. Тако, забрањено је свакој страни да на било који начин утиче на поступак утврђивања цене ствари довођењем друге стране у заблуду преварним радњама, лажима или прећуткивањем битних својстава ствари. Али ако заблуда једне стране о вредности није последица заблуде о својствима ствари, онда она представља само погрешну економску процену. Иако је друга страна тога свесна јер има сазнања да се на тржишту за исте или сличне ствари одређује другачија цена, она није дужна да је о томе обавести. Свака страна мора сама да сноси ризик истраживања и процене тржишних услова.¹⁰¹⁵ Како се истиче,

¹⁰¹² Н. Kötz, А. Flessner, 183–184. „Намера законодавца није и не би требало да буде да ослободи стране сваког потенцијалног економског ризика.“ Е. Grassl-Palten, R. Madl, R. Kundi, Н. Ofner, 89.

¹⁰¹³ Њена примена би се свела само на изузетне случајеве заједничке заблуде. G. Lardeux, 2990; G. Goubeaux, 398; J. Mouly (2012), 1352–1353.

¹⁰¹⁴ J. Ghestin (2013), 1156.

¹⁰¹⁵ Н. Kötz, А. Flessner, 201.

у односима између продавца и купца „који су једно другом странци“, захтев за савесно и поштено поступање не може ићи дотле да се међусобно обавештавају о самој вредности ствари, која је резултат њихове сопствене процене, „јер би то значило успостављање једног моралног правила које је претерано ограничавајуће у уобичајеним поступцима економске размене“.¹⁰¹⁶

Томе се може придружити и сликовит Мартинов (*Martin*) аргумент да су „правни послови (су) правни послови, а не хуманитарни рад. Купити и препродати уз профит је умеће о коме свако сања, те би било противно природном току ствари и сурово ако би се тако нешто ограничило“.¹⁰¹⁷ Малори (*Malaurie*), у складу са тим, наводи хипотетички пример: замислимо једног трговца добрима који, с једне стране, зна да је Секундус спреман да плати одређену ствар 3 милиона франака, а с друге стране, ту исту ствар Примус нуди да прода за 2 милиона франака. Зар не би била права бесмислица обавезати трговца да обавести Примуса да његова ствар вреди 3, а не 2 милиона?¹⁰¹⁸

Конечно, зашто би се продавцу дозволило да се позове на прећуткивање купца ако би се претходно њему самом морало замерити да се није информисао о вредности ствари коју продаје?¹⁰¹⁹ То би значило да је купац дужан да више брине о продавчевим интересима него што продавац брине о сопственим. Штавише, то би значило да је купац дужан да више брине о продавчевим интересима него о својим! Зар се може разумно очекивати да би купац требало да каже продавцу да ствар коју продаје вреди знатно више?

У светлу питања да ли би се ћутање сауговорача, уопште код заблуде о сопственој престацији, могло сматрати преваром, Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*) предлаже да би, као круцијалну, требало правити разлику зависно од тога да ли се жртва заблуде налази у улози понудиоца или у улози примаоца понуде. Према њеном мишљењу, уколико је купац тај који је пронашао продавца и понудио му

¹⁰¹⁶ J. Ghestin (2013), 1157.

¹⁰¹⁷ „...*les affaires sont les affaires et non des exercices de charité. Savoir acheter et revendre avec profit est un talent dont chacun rêve pour soi, et qu'il serait sans doute contre nature, et donc cruel, de brimer chez les autres*“. D. Martin, 9.

¹⁰¹⁸ P. Malaurie, 518 и даље.

¹⁰¹⁹ Жамен (*Jamin*) сматра да би у случају *Baldus* могло бити разумљиво зашто се продавац није информисао о вредности слика. Он је, наике, три године раније већ продавао слике, и то на јавној продаји. Стога поставља питање: да ли се основано могло очекивати да ће вредност слика порастати више од 20 пута у периоду од три године? Ако је одговор негативан, онда је и продавчева инертност разумљива. С. Jamin, 759.

закључење уговора, одредивши притом све елементе будућег уговора, требало би сматрати да постоји превара и дозволити поништење уговора. И обрнуто, ако је продавац тај који нуди да прода своју ствар по одређеној цени, уговор не би требало поништити.¹⁰²⁰

Суштина таквог предлога своди се на то у чијим је рукама била (моћ) прилика да формулише све битне елементе будућег уговора. Ако је то учинио продавац (жртва заблуде), па се у вредности ствари преварио, таква заблуда не може бити извињавајућа. На њему је била дужност да се о вредности сопствене ствари информише пре него што учини понуду. Ако он то не учини, терет таквог пропуста може само он да сноси. Иако је купац био свестан тога да ствар вреди много више и да је продавац у заблуди о тој околности, прећуткивање тих информација можда заслужује моралну, али не и правну санкцију.¹⁰²¹ Купац је само наишао на понуду која је за њега била врло повољна и прихватио ју је. Другачије би било да је он упутио понуду продавцу. Знајући за праву вредност ствари, ако би продавцу ту околност прећутао и понудио му знатно нижу цену, то би се морало сматрати преваром.

Чини се да се оваквом предлогу мора упутити неколико замерки. Прво, идеја да пуноважност уговора може зависити само од тога ко је понудио закључење уговора потпуно се обесмишљава уколико након те понуде одмах не уследи прихват. То нарочито ако стране уђу у преговоре – тада постаје ирелевантно какве су биле иницијалне позиције преговарача и ко је имао иницијативу за закључење уговора. Друго, такав предлог полази од претпоставке да понудилац и прималац понуде немају једнаку могућност да се информишу о вредности сопствене ствари. Није, међутим, најјасније зашто би то био случај. Сама чињеница да ли се понуда прима или даје не мора нужно довести стране у различите позиције. Једино што даје предност понудиоцу је то што је имао више времена да стекне сазнања о свему што му може бити релевантно. Али да ли би тај временски фактор могао да буде пресудан у процени скривљености сопствене заблуде, независно од свих других околности?

Жамин (*Jamin*) наводи хипотетички пример у коме се у улози понудиоца налази неискусни сауговарач (лаик), који не може да дође до релевантних

¹⁰²⁰ M. Fabre-Magnan (1992), 168–169.

¹⁰²¹ *Ibid.*, 169.

информација јер су му недоступне. Зар би протек времена у том случају играо било какву улогу?¹⁰²² Исто тако, када се на месту примаоца понуде налази професионалац, он нема потребу за додатним временом да би разумео и природу и вредност ствари коју купује. Временски фактор не игра никакву улогу ни када између саговорача постоји посебан однос поверења. Понуда тада често може да уследи без икаквог претходног информисања о вредности ствари која се нуди. Разлог је у томе што такав однос може да утиче на смањење опрезности коју саговорачи имају при закључењу уговора. Понудилац се ослања на то да га саговорач не би оставио у заблуди ако цена не одговара вредности ствари.

Протек времена, стога, може бити важан, али не и пресудан фактор, због кога би се ускратила или пружила заштита било ком саговорачу.¹⁰²³

5.2.2.3.2.2 Посебан однос поверења између страна као изузетак од правила да нема дужности обавештавања о вредности престације

Упоредноправни системи познају један важан изузетак од правила да заблуда о вредности нема утицаја на пуноважност уговора. Реч је о ситуацијама у којима између саговорача већ постоји успостављен однос поверења. Имајући у виду такав однос, саговорачи оправдано очекују један од другог виши степен лојалности при закључењу уговора него иначе. Та лојалност се испољава и у очекивању да ће бити обавештени о свему што би могло да утиче на њихову вољу да закључе уговор, макар то била сазнања која се односе само на вредности престације.¹⁰²⁴

У судској пракси можемо наићи на бројне доказе, о којима је на одговарајућим местима већ било речи.

Подсећања ради, чувена је пресуда Касационог суда у случају *Vilgrain*,¹⁰²⁵ у коме је суд сматрао да је директор друштва био дужан да, при откупу удела,

¹⁰²² C. Jamin, 759.

¹⁰²³ *Ibid.*

¹⁰²⁴ G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 117.

¹⁰²⁵ Директор друштва г. Вилгрин (*Vilgrain*) купио је од продавца акције друштва, али и посредовао у њиховој продаји трећим лицима по цени која је је била знатно нижа од оне коју су он и остали купци продали, четири дана касније, друштву Буиг (*Bouygues*). Сазнавши за то, продавац је тужио директора друштва, али и остале купце, и захтевао накнаду штете. Одлука је донета 27. фебруара 1996. године, али је исти став суда потврђен бројним одлукама које су јој следиле. Вид., примера

продавце (имаоце удела) обавести и о вредности удела и о преговорима које води са трећим и о цени по којој би се ти удели препродали.

Сличне примере познаје и англосаксонска пракса, када је реч о ортачком односу (*partnership*). Дужност обавештавања о вредности удела¹⁰²⁶ и потенцијалних преговора које један ортак води са трећим¹⁰²⁷ терети најпре сауговараче из постојећег ортачког односа. Она се, међутим, протеже и на оне случајеве у којима такав ортачки однос тек треба да настане.

Шта те случајеве чини другачијим од класичног купопродајног односа? Због чега је у њима судска пракса имала више слуха за продавце као жртве заблуде о вредности?

Оправдање за наметање дужности обавештавања се у тим случајевима не може строго наћи у томе да ли су стране лаици или професионалци. Како се наводи у коментарима одлуке *Vilgrain*, продавац није био „неупућени лаик“, да би се тиме могао разумети став суда. Штавише, реч је о „врло обавештеном капиталисти“, који је имао и помоћ независног саветника, а притом је и „врло темељно пратио стручну штампу о факторима валоризације своје активе“.¹⁰²⁸

С друге стране, аргументи да би требало узети у обзир историју међусобних уговорних односа сауговарача, али и својства сауговарача на основу којих би се могао развити однос поверења између страна, у француској литератури истицани и у критици поменуте одлуке од 17. јануара 2007. године. Продавац и агент за некретнине су већ неколико пута сарађивали пре закључења спорног уговора. Таква заједничка „уговорна прошлост“ могла је створити код

ради, одлуку Касационог суда од 25. марта 2010, бр. 08-13060, у којој је суд изнео: „У име дужности савесног и поштеност поступања која му се намеће, извршни директор друштва, коме је партнер цедирао свој удео у друштву, дужан је да информише партнера о свим елементима које се односе на вредност удела којим располаже.“ L. Aynès, D. Mazeaud, Y.-M. Laithier, T. Genicon, 811. О осталим одлукама вид. у J. Ghestin (2013), 1162 и даље.

¹⁰²⁶ Тако, у случају *Madderford v. Austwick* (1826), суд је поништио уговор јер је један партнер, који је имао увид у пословне књиге, купио удео од свог спољашњег (*outdoor partner*) партнера по цени значајно нижој од реалне. „...the defendant, being the partner whose business it was to keep the whole accounts of the concern, could not, in fairness, deal with the plaintiff for his share of the profits of the concern, without putting him into possession of all the information“. G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 196 фн 2.

¹⁰²⁷ У случају *Sachs v. Johnston* (1915), суд је поништио уговор јер је купац (партнер) купио од свог партнера удео, не откривајући му да постоји још једна понуда да се купи његов удео, по већој цени. *Ibid.*, 196 фн 2.

¹⁰²⁸ D. Martin, 9.

продавца осећај поверења према агенту.¹⁰²⁹ Ускраћивање заштите суда још је озбиљније критикована због својстава страна:¹⁰³⁰ продавац, лаик, чија деликатна породична ситуација није остављала простора да се сам информише о вредности непокретности, ушао је у уговорни однос са професионалцем, лицем који се иначе бавило прометом непокретности. Иако је купац у конкретном случају иступао у приватном својству, а не као агент за некретнине, несумњиво је да је продавац имао у виду и његове професионалне способности и знања. Продавац је могао имати легитимна очекивања, заснована на историји њиховог међусобног односа и професионалних знања и капацитета купца, да му купац неће прећутати вредност ствари, што би могло представљати ваљан разлог да се купчево ћутање сматра преваром.

Упркос томе, судови су били чврстог става да купац није дужан да обавештава продавца о вредности ствари. Из тога би се могло закључити да својства сауговорача нису утицала на одлуку суда; он се чврсто држао става да није постојала дужност обавештавања о вредности ствари.

Образложење за поменута одступања могло би се делимично оправдати неједнаком доступношћу информација којима располажу сауговорачи. Директори друштва могу располагати привилегованим информацијама о вредности удела, које нису доступне имаоцима удела.¹⁰³¹ Слично може бити и у ортачким односима, нарочито ако један ортак поседује ексклузивна или макар већа сазнања о пословању друштва јер је њему препуштено руковођење свим пословима друштва. Он је при закључењу уговора дужан да та сазнања подели са својим сауговорачем. Није важно ко се налази у улози продавца или купца. Дужност може једнако да терети и купца.¹⁰³²

Ипак, „рањивост“ сауговорача, који се мора ослањати на информације од друге стране, не може до краја објаснити сва поменута одступања. Између ортака

¹⁰²⁹ Denis Mazeaud, „Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu: la messe est dite!“, *Recueil Dalloz* 15/2007, 1052.

¹⁰³⁰ Мули (*Mouly*) сматра да се у односима између лаика и професионалаца, управо због поверења које се рађа због својства професионалаца, не би смело једнако примењивати правило да „купац нема дужност да продавца обавести о вредности ствари коју продаје“. „...*la Cour de cassation va certainement trop loin lorsqu'elle applique la solution au profane qui s'adresse à un professionnel en raison de la confiance que lui inspire cette qualité. On sait en effet que la confiance placée dans le contractant l'oblige à donner à l'autre partie les informations qu'elle est en droit d'attendre de lui*“. J. Mouly (2012), 1352–1353.

¹⁰³¹ P. Chauvel, 16; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 57.

¹⁰³² G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 197.

не мора нужно постојати таква информациона асиметрија; често су информације једнако доступне обема странама. Исто се може рећи и за однос заступништва: заступник не мора нужно знати више од властодавца, нити су њему нужно у већој мери доступне информације о вредности престације.

Управо се из тих разлога наглашава однос поверења који постоји међу њима. Он је такав да се „њихови интереси (интереси страна) не могу потпуно разграничити“.¹⁰³³ Заступник је и ангажован да се побрине о властодавчевим интересима при закључењу конкретног уговора. Информације до којих долази да би испунио дужност да дела у име заступаног не сме да злоупотреби како би од њих стекао користи на рачун заступаног.¹⁰³⁴ Директор друштва, при куповини удела, не може прећутати продавцима праву вредност ствари јер му дужност лојалности према њима то забрањује. У том смислу, дужност обавештавања није њима наметнута зато што се налазе у улози купца, продавца, цесионара,¹⁰³⁵ па ни професионалаца, већ зато што се налазе у својству директора друштва.¹⁰³⁶ Због свог својства, ти субјекти су дужни да сауговарачу пренесу све информације које се односе на вредности удела или ствари, увек када би те информације могле да утичу на одлуку да се закључи уговор или на услове под којим би се закључио. Иако се лице коме се поклања поверење јавља у двострукој улози, улога сауговарача, у којој је мотивисан да се руководи сопственим интересима, не би смела да превагне над његовом примарном улогом – да се стара о интересима друге стране. То стога што се друга страна ослања на њу и има легитимна очекивања да ће њени интереси бити заштићени. Опрез који правни субјекти природно имају када закључују уговоре овде често изостане. Не може се основано очекивати да би правни субјекти морали да предузимају исте мере опреза када уговарају са субјектима за које их веже посебан однос поверења. Како се истиче, када такав однос поверења постоји, он намеће „дужност савесног и поштеног

¹⁰³³ L. Aynès, D. Mazeaud, Y.-M. Laithier, T. Genicon, 813.

¹⁰³⁴ M. de Juglart, 13–14.

¹⁰³⁵ Француска пракса познаје случајеве у којима је одбијен захтев продавца за накнаду штете јер је у улози продавца био ималац удела, а не директор друштва. Вид. одлуку у J. Ghestin (2013), 1162–1163.

¹⁰³⁶ Другим речима, када не постоји такав однос поверења између сауговарача, што је показано и у случају *Baldus*, не види се зашто би купац требало да буде обазривији према продавцу. Такво резонување би водило закључку да је превара ћутањем, у случају заблуде о вредности, разлог рушљивости уговора само код појединих уговора, који намећу посебну дужност лојалности, као што је, на пример, у односу између директора и имаоца удела. С. Jamin, 758.

поступања најјачег интензитета“ и захтева „кристалну транспарентност у свим уговорима које могу закључивати међусобно“.¹⁰³⁷

Ипак, неопходно је подсетити се да релативна флексибилност у схватањима када постоји однос поверења (као резултат његове неодређености), нарочито са овако озбиљним последицама у виду готово неограничене дужности обавештавања, може довести до врло неуобичајених решења. Већ смо помињали доста критиковани случај *Daktari* из немачке судске праксе, у коме је суд дозволио поништење уговора због заблуде о вредности, сматрајући да је посебно близак пословни, али и лични однос између саговорача створио дужност обавештавања.

Судови би, стога, требало да буду врло обазриви и изузетак од правила да заблуда о вредности не утиче на пуноважност уговора тумачити управо као изузетак – уско.

5.2.2.3.2.3 Дужност обавештавања и заблуда о вредности према новим решењима француског Грађанског законика

Имајући све то у виду, утолико више изненађује начин на који је уређен однос дужности обавештавања и заблуде о вредности најновијим изменама француског Грађанског законика.

Наиме, према чл. 1112-1, ст. 2 ФГЗ, изричито се искључује предуговорна дужност обавештавања о вредности, било сопствене, било контрапрестације. Али, довољно ће бити да се утврди да је једна страна *намерно* прећутала другој праву вредност престације да би се такво ћутање сматрало преваром, у ком случају ће та друга страна ипак моћи да захтева поништење уговора и накнаду штете. Закључак о томе не произлази из одредбе којом је регулисала предуговорна дужност обавештавања (1112-1), већ из одредаба којима се уређује превара. У чл. 1139 ФГЗ изричито је предвиђено да превара чини уговор рушљивим и у случају заблуде о вредности или заблуде о мотиву. Штавише, уговор се може поништити и када је жртва непажњом упала у заблуду јер „превара увек чини заблуду

¹⁰³⁷ L. Aynès, D. Mazeaud, Y.-M. Laithier, T. Genicon, 812–813.

извињавајућом“.¹⁰³⁸ Проблем се не би поставио да се под преваром подразумева само превара активним радњама. Међутим, према чл. 1137, преварити се може не само „радњама или лажима“ већ и намерним прикривањем чињеница.¹⁰³⁹ Превара ћутањем је, дакле, у последицама потпуно изједначена са преваром активним радњама, што самим тим обухвата и случај намерног ћутања о вредности престације.¹⁰⁴⁰ Другим речима, уговор се може поништити и ако један сауговорач само прећути другој страни праву вредност ствари, без обзира на то што је та друга страна крива за сопствену заблуду јер је о томе пропустила да се сама обавести. Француски законодавац притом не условљава поништење уговора ни тиме ко се налази у улози сауговорача ни тиме да ли између њих постоји посебан однос поверења.

Очигледно је да је намера да се обмане стављена у први план и да такав степен кривице искључује непажњу друге стране. Али, тешко је разумети зашто је такво правило учињено апсолутним. Тиме се тас, неоправдано, у великој мери преваљује у корист жртве заблуде; или боље рећи „жртве“.

5.2.2.3.2.4 Могућност поништења уговора због заблуде о вредности у ужем смислу у нашем праву

У нашем праву је неспорно да се заблуди о вредности значај придаје онда када су испуњени услови за примену правила о зеленашким уговорима. Према чл. 141 ЗОО, примена правила о зеленашким уговорима захтева испуњење два услова. Осим објективног услова, који подразумева да су престације уговорних страна у *очигледној несразмери*, неопходно је још и да буде испуњен субјективни услов,

¹⁰³⁸ Чл. 1139 ФГЗ гласи: „*L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat.*“

¹⁰³⁹ Чл. 1137 ФГЗ гласи: „*Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges*“ (ст. 1). „*Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie*“ (ст. 2).

¹⁰⁴⁰ У Преднацрту Каталана је стајало да је заблуда изазвана (*provoquée*) преваром увек извињавајућа, чак и када се односи на заблуду о вредности или мотиву, што се тумачило као ограничење само на превару активним радњама, не и ћутањем. Поједини аутори су сматрали да је тиме ратификована одлука у случају Балдус. Yves Lequette, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, *Reforming the French Law of Obligations, Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescriptions ('the Avant-projet Catala')* (eds. John Cartwright, Stefan Vogenauer and Simon Whittaker), Oregon 2009, 511.

који се огледа у томе да је једна страна *злоупотребила* неповољну ситуацију у којој се нашла друга: *стање нужде, тешко материјално стање, њено недовољно искуство, лакомисленост или зависност*.

Примењено на проблем који се поставља у овом делу рада, да би се могла утврдити ништавост, неопходно је утврдити да је једна страна са намером, као највишим степеном кривице, злоупотребила чињеницу да се друга страна налази у заблуди о вредности сопствене, па и контрапрестације, схваћене у ужем смислу, услед своје лакомислености или недовољног искуства.

Наша судска пракса познаје пример у коме је уговор о купопродаји непокретности оглашен ништавим, управо применом правила о зеленашким уговорима, због заблуде продавца о вредности непокретности коју продаје.¹⁰⁴¹ Наиме, у том случају се у улози продавца налазила, према речима суда, „медицинска сестра у пензији, старија особа, која се креће уз помоћ штапа, оштећеног слуха и која није имала ближе родбине“. Купца је, пре закључења уговора познавала неколико година, за које време се између њих развио близак однос. Стан који је био предмет купопродаје власница (продавац) је пре закључења уговора откупила (био је у друштвеној својини), а неколико месеци касније и продала купцима за цену од 392.000 тадашњих динара. Уговором је био предвиђен терет доживотног права становања продавца, али није унета обавеза купаца да продавца након њене смрти сахране, иако је усмено такав договор постигнут јер је то био главни разлог због којег је продавац пристао да закључи уговор. Након закљученог уговора, купци су променили своје понашање према продавцу. Тржишна вредност тог стана је у време закључења уговора била значајно виша (9.522.239 тадашњих динара), што продавцу није било познато.

Суд је захтев продавца за утврђивање ништавости уговора усвојио, иако је вредност непокретности чињеница о којој се продавац могао сам обавестити, истичући у први план чињеницу да је купац био свестан да је прометна вредност стана знатно већа и да је искористио недовољно искуство тужиље, њену лакомисленост, њено стање (старост и болест), бригу ко ће је након смрти сахранити и њено велико поверење у купца да ће он то учинити. Терет становања је суд сматрао небитном околношћу, „с обзиром на животну доб тужиље“.

¹⁰⁴¹ Вид. одлуку Врховног суда Србије, Рев. 3112/98 од 24. јуна 1998, *IngPro*.

Ако се, међутим, занемаре правила зеленашких уговора, чини се да у нашем праву не постоји могућност поништења уговора због заблуде о вредности у ужем смислу. И правила о заблуди и правила о прекомерном оштећењу захтевају, као предуслов, да заблуда буде извињавајућа,¹⁰⁴² због чега се у нашој доступној судској пракси углавном наилази на одлуке у којима је суд одбијао захтев за поништење уговора због заблуде о вредности ствари.¹⁰⁴³

Разлог лежи у томе што се наш законодавац определио за субјективни¹⁰⁴⁴ а не објективни појам прекомерног оштећења. Такав је случај, примера ради, у аустријском праву, које је при уређењу прекомерног оштећења отишло најдаље: према §974 АБГБ, свака страна има право да поништи уговор ако вредност онога на шта се обавезала премашује вредност престације друге стране за више од пола (*Verkürzung über die Hälfte*).¹⁰⁴⁵ Другим речима, у аустријском праву би, осим изузетно,¹⁰⁴⁶ била могућа примена правила о прекомерном оштећењу због заблуде о вредности.

¹⁰⁴² Према чл. 61, ст. 2 ЗОО, поставља се захтев да је жртва заблуде при закључењу уговора „поступала са пажњом која се у промету захтева“, а према чл. 139, ст. 1 ЗОО, да оштећена страна у тренутку закључења уговора за праву вредност није знала нити морала знати.

¹⁰⁴³ Вид. Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 305/2006 од 2. марта 2006, *ParagrafLex*: суд је одбио поништење споразума о накнади за експроприсане грађевинске објекте, закљученог између власника и корисника експропријације, сматрајући да се власник „никако није могао налазити у извињавајућој заблуди у погледу цена – вредности експроприсаних објеката која би, у смислу члана 61. Закона о облигационим односима (даље: ЗОО), водила ништавости споразума. Ово тим пре, имајући у виду и наводе из жалбе да је пре закључења споразума тужиоцу пуномоћник сугерисао да понуду не прихвати јер није реална“. Како се може закључити на основу доступног текста одлуке, власник непокретности је, упркос саветима свог пуномоћника, прихватио понуду коју му је дао корисник експропријације, у висини према подацима које је прибавио од својих стручних служби. Вид. Решење Апелационог суда у Нишу, Гж 3183/2017 од 15. јуна 2017, *ParagrafLex*: суд је одбио захтев продавца за поништење уговора о продаји стана према правилима о прекомерном оштећењу, између осталог, и због тога што продавац „ничим није доказао да у моменту закључења овог уговора није знао, нити могао знати за праву вредност продатих непокретности“. Непокретност је продата за 200.000 динара, иако је њена тржишна вредност била 1.803.991 динар. Осим тога, иако је продавац „вишегодишњи корисник психоактивних супстанци и уживалац опојних дрога, у време закључења предметног уговора, по налазу вештака, био пословно способан, могао је да управља својим поступцима и био свестан предузетих радњи“. Вид. Пресуду Привредног апелационог суда, Пж 2243/2015(1) од 22. октобра 2015, *ParagrafLex*: на прекомерно оштећење, као разлог рушљивости уговора, оштећена страна се „може позивати само ако у време закључења уговора за праву вредност није знала нити је морала знати, што је услов који је овде није остварен имајући у виду процедуру закључења уговора, као и чињеницу да се ради о уговору у привреди, те да су уговорне стране привредни субјекти који као добри привредници, односно добри стручњаци свакодневно закључују уговоре, па се не може сматрати да су приликом закључења уговора биле у заблуди у погледу вредности узајамних давања“.

¹⁰⁴⁴ Вид. о томе, уместо многих, у С. Перовић (1980а), 411.

¹⁰⁴⁵ Н. Kötz, А. Flessner, 130–131.

¹⁰⁴⁶ Примена правила је једино искључена када је реч о трговцима, продавцу који је био свестан праве вредности ствари, али ју је продао по нижој цени из пријатељских побуда (*Freundschaftspreis*), као и купцу који је за ствар дао вишу цену из посебне наклоности. *Ibid.*, 131.

Други велики европскоконтинентални правни системи махом не познају установу прекомерног оштећења на начин на који је она уређена у нашем или аустријском праву, али садрже правила која у великој мери подсећају на наша правила о зеленашким уговорима. Изложено на уопштен начин, уговори се сматрају ништавим само уколико је очигледна несразмера у вредностима престација резултат тога што је једна уговорна страна злоупотребила недовољно искуство, лакомисленост или други вид неповољног стања у коме се налази друга страна.¹⁰⁴⁷

Сличан вид заштите пружа се у англосаксонским системима применом доктрине о недозвољеном утицају (*undue influence*) или доктрине о несавесном поступању (*unconscientious dealing*).¹⁰⁴⁸

Остаје питање да ли би била могућа примена правила о превари. Одговор у великој мери зависи од дилеме о којој је већ било речи: да ли се под „одржавањем у заблуди“ може подразумевати и превара ћутањем. Ако се прихвати преовлађујући став у нашој теорији да се под одржавањем у заблуди подразумева и превара ћутањем, наметао би се позитиван одговор, чиме би се наше решење поклапало са решењима усвојеним у француском праву, последњим изменама закона. Ипак, упоредноправна судска пракса и теорија, укључујући и француску пре измена закона, показала је да је, осим изузетно, у најмању руку неоправдано омогућити поништење уговора због заблуде о вредности у ужем смислу. На промену става није утицала ни чињеница да је у појединим случајевима сауговорачу жртве било познато да је она у заблуди. Стога се чини непримерним да се превара ћутањем потпуно асимилије са осталим видовима преварног поступања.

5.2.2.4 Предуговорна дужност обавештавања о праву

Проблем постојања дужности обавештавања о праву није могуће испитати уколико се претходно не разуме појам заблуде о праву и њен утицај на пуноважност уговора.

¹⁰⁴⁷ Вид. §138 (2) БГБ; §879, ст. 1, т. 4 АБГБ; чл. 21 ШЗО (који иначе носи назив „лезија“).

¹⁰⁴⁸ О томе више у Н. Beale, В. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, D. Tallon, S. Vogenauer, 582 и даље; А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 44 и даље, 170 и даље.

5.2.2.4.1 Појам заблуде о праву и њен однос са заблудом о чињеницама

У упоредном праву ретко се изричито регулишу правне последице закључења уговора у заблуди о праву. Са изузетком италијанског Грађанског законика,¹⁰⁴⁹ а од реформе и француског Грађанског законика,¹⁰⁵⁰ може се приметити да ниједан други већи правни систем не издваја заблуду о праву као посебан вид заблуде.¹⁰⁵¹ Тим путем кренуо је и Закон о облигационим односима, у коме се заблуда о праву не помиње.

Ипак, уобичајена је и стара готово колико и сама теорија о заблуди подела на заблуду о чињеницама и заблуду о праву.¹⁰⁵² Разлог се огледа у специфичности заблуде о праву и питању може ли она имати исте последице по закључени уговор као и заблуда о некој другој околности.

Пре него што се испитају адекватност поделе на заблуду о праву и заблуду о чињеницама и одрживост идеје да само ова друга може учинити уговор рушљивим, чини се да је важно претходно „очистити“ поље заблуде о праву од случајева који само личе на њу. Наиме, у литератури се, па и у судској пракси, често под појам заблуде о праву подводе и они случајеви који представљају *par excellence* заблуду о чињеницама.¹⁰⁵³ То је примарни разлог због којег се у швајцарској литератури оправдано указује на то да та подела пати од једне озбиљне непрецизности.¹⁰⁵⁴ Тако би из појма заблуде о праву у правом смислу,

¹⁰⁴⁹ Вид. чл. 1429, ст. 1, т. 4 ИГЗ, према коме је заблуда битна уколико је сауговорач у заблуди о праву, а та заблуда је била једини или примарни разлог закључења уговора. Заблуда о праву је регулисана и у чл. 210 бившег мађарског Грађанског законика.

¹⁰⁵⁰ Вид. чл. 1132 ФГЗ.

¹⁰⁵¹ Вид. и чл. 4:103 PECL, као и чл. 7:201 DCFR.

¹⁰⁵² F. Gorphe, 131 и даље; Д. Хибер (1991), 395.

¹⁰⁵³ Професор Гестен (*Ghestin*) у својој тези наводи један такав пример из француске судске праксе. Наиме, суд у Паризу је поништио уговор о продаји непокретности јер је продавац, верујући да на продатој ствари постоји плодуживање и да на купца преноси само „голу“ својину, продао ствар купцу. Сазнавши да је био у заблуди, да је на купца пренео право у целини јер плодуживалац више није био у животу, продавац је захтевао поништење уговора. Гестен тај случај управо наводи као пример заблуде о праву која се у крајњој линији своди на заблуду о чињеници. На основу тога закључује да је, без обзира на то да ли је реч о заблуди о правном правилу или чињеници, увек заблуда о својствима ствари та која оправдава поништење уговора. J. Ghestin (1971), 58–59. Ипак, тешко да би се такав случај заблуде могао уклопити у појам заблуде о праву. Продавац у том случају није био у заблуди о неком правном правилу већ о чињеници смрти плодуживаоца. Стога, таква заблуда не би ни требало да квалификује као заблуда о праву већ као класичан пример заблуде о чињеници.

¹⁰⁵⁴ В. Schmidlin, 238.

тзв. праве заблуде о праву (*erreur au sens propre*) најпре требало издвојити случајеве тзв. неправе заблуде о праву (*erreur au sens impropre*).¹⁰⁵⁵

Неправа заблуда о праву представља заправо заблуду о чињеницама које могу погодити један уговорни однос. Тако је купац који верује да украдени ауто припада власнику, да на одређеној непокретности не постоји службеност¹⁰⁵⁶ или да се на одређеном земљишту може градити¹⁰⁵⁷ у заблуди о једној тачно одређеној чињеници. Та чињеница несумњиво погађа право које сауговарач стиче закључењем уговора, али она се не може квалификовати као заблуда о праву јер жртва није у заблуди о постојању или садржини било које правне норме. Стога нема разлога да се такви случајеви заблуде третирају на било који начин другачије од осталих случајева заблуде о чињеницама.¹⁰⁵⁸ Другим речима, они ће довести до поништења уговора под истим условима под којима би се дозволило поништење уговора услед заблуде о битним својствима ствари, битним својствима личности или некој другој чињеници.

Исто важи и када су предмет уговора права. Мада се често представљају као примери заблуде о праву,¹⁰⁵⁹ заблуда о природи права које се преноси или стиче једнако се може подвести под заблуду о битним својствима предмета уговора.

Тек се заблуда о објективном праву, о норми позитивног права,¹⁰⁶⁰ може назвати правом заблудом о праву (заблуда о праву у ужем смислу). Она се испољава или као заблуда о постојању одређене норме или као заблуда о њеној садржини, која је одлучујуће утицала на вољу жртве заблуде да закључи уговор.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

¹⁰⁵⁶ Изузетак представљају службености установљене законом.

¹⁰⁵⁷ Шмидлин (*Schmidlin*) наводи да је реч о ситуацији када се на једном земљишту фактички не може градити, те да би то требало разликовати од ситуације када је на одређеном земљишту посебним правним правилом забрањена градња. *Ibid.*, 238 фн 95.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, 238.

¹⁰⁵⁹ Већ је поменут пример из тезе професора Гестена (*Ghestin*) у коме је суд поништио уговор јер је продавац био у заблуди у погледу природе права које преноси. Продавац је веровао да на купца преноси само „голу својину“ на ствари, а заправо је пренео право у целини. Иако се пример наводи у делу тезе у коме се анализира заблуда о праву, чини се да ту не припада. Продавчева заблуда о природи права које преноси заправо је последица заблуде о чињеници да плодуживалац није био у животу у тренутку закључења уговора о продаји. Вид. пример у J. Ghestin (1971), 45.

¹⁰⁶⁰ Д. Хибер (1991), 396.

¹⁰⁶¹ R. Célice, 154, 156; V. Schmidlin, 238.

Међутим, и када се појам заблуде о праву „очисти“ од случајева који ту несумњиво не би требало да припадају, у упоредноправној литератури се подела на заблуде о чињеницама, као дозвољене, и заблуде о праву, као недозвољене, све више критикује.

Гестен (*Ghestin*), мада не једини,¹⁰⁶² посебно је инсистирао на томе да је несувисло разликовање заблуде о праву од заблуде о чињеници, те признавање могућности поништења уговора само у овом другом случају.¹⁰⁶³

То схватање потпору најпре налази у већ поменутом – да се у упоредном законодавству изузетно ретко заблуда о праву уопште помиње као посебан вид заблуде. Значајније је то што је још ређа појава да се законом изричито *искључује* могућност да заблуда о праву може учинити уговор рушљивим. И онај невелики број правних система у којима се заблуда о праву помиње формалноправно је не уређује ни на који начин другачије од заблуде о чињеници.¹⁰⁶⁴ Изузетак у том смислу представљала су решења француског Грађанског законика, пре измена из 2016. године, којима је у два случаја изричито искључена могућност поништења уговора услед заблуде о праву: код судског признања дуга и код поравнања.¹⁰⁶⁵ То је, међутим, само дало повода француским писцима да, применом *argumentum a contrario*, закључе да би у свим осталим случајевима заблуда о праву морала да има исте последице као заблуда о чињеницама.¹⁰⁶⁶

Значајнији аргумент у прилог тези да би требало дозволити поништење уговора услед заблуде о праву огледа се у томе што се заблуда у праву у крајњој линији увек може свести на заблуду о чињеници. Тиме се посредно негира и заблуда о праву као посебна врста заблуде. Суштина је, наиме, у правом значају заблуде о праву. Како се истиче, непознавање права или његова погрешна интерпретација никада неће, сама по себи, бити довољна да се оправда

¹⁰⁶² Исте идеје се јављају и у швајцарској доктрини. В. Schmidlin, 239.

¹⁰⁶³ Такав став је најпре изнео у својој докторској дисертацији, оставши при њему и у својим каснијим делима различитог карактера. J. Ghestin (1971), 52 и даље; Jacques Ghestin, Yves-Marie Serinet, „Erreur“, *Répertoire de droit civil Dalloz*, 2006, 45; J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2013), 917 и даље.

¹⁰⁶⁴ Вид. чл. 1429 ИГЗ, где се само помиње да заблуда може бити битна и за заблуду о праву, уколико је та заблуда је била једини или примарни разлог закључења уговора. Према чл. 1132 измењеног ФГЗ, заблуда о праву се наводи уз заблуду о чињеницама, те обе морају да испуњавају идентичне услове како би имале утицаја на закључени уговор. Исто се може рећи и за PECL правила (чл. 4:103), као и DCFR правила (чл. 7:201).

¹⁰⁶⁵ Вид. чл. 1356 и 2052 неизмењеног ФГЗ. Садашња правила ФГЗ не садрже та искључења.

¹⁰⁶⁶ J. Ghestin (1971), 52; J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2006), 45.

поништење уговора.¹⁰⁶⁷ Жртва заблуде је често, услед погрешне представе о постојању или садржини одређене норме, посредно и у заблуди о битним својствима предмета или уопштено о предмету уговора. Управо тада, судови не би требало да узимају у обзир порекло заблуде – околност да једна страна није познавала одређену норму права – већ какве је последице заблуда о тој норми произвела.¹⁰⁶⁸ Заблуда о праву може бити узрок неке друге заблуде, као што је заблуда о својствима ствари, о личности, или чак може да лиши уговор свог основа.¹⁰⁶⁹ У том смислу, заблуда о праву се и не може посматрати као посебна категорија заблуде; она је узрок погрешне представе о објекту уговора или неке друге чињенице која ће оправдати поништење уговора.¹⁰⁷⁰ Гестен (*Ghestin*) у својој тези закључује да је заблуда о праву само „психолошко порекло погрешне представе објекта“.¹⁰⁷¹ Да ли то значи да је без икаквог значаја да се жртва заблуде позове на заблуду о праву? На то хипотетичко питање Гестен одговара да би таква тврдња била претерана. Према његовом мишљењу, тужилац увек има интереса да се позове на своје непознавање или погрешну интерпретацију права. Заблуда о праву само је прва карика у ланцу – тиме би показао да је погрешно разумео и саму садржину уговора, што даље може довести до поништења уговора.¹⁰⁷²

Под утицајем таквих схватања која су одавно развијена у француској доктрини, те прихваћена у судској пракси, последњом реформом француског грађанског права изричито се предвиђа да заблуда о праву, једнако као заблуда о чињеницама, може довести до поништења уговора када се односи на битне

¹⁰⁶⁷ Тако, примера ради, како се наводи и у домаћој литератури, сауговорач се не може позвати на то да није знао правила о одговорности за недостатке па зато побија уговор. С. Цигој (1980), 193.

¹⁰⁶⁸ M. Latina, G. Chantepie, 253.

¹⁰⁶⁹ Као примери, наводе се случајеви у којима су француски судови поништили уговор о продаји јер, према управним прописима, на земљишту није могла да се изгради школа, иако је оно било купљено са том намером; исто тако, поништен је уговор о продаји јер су купци били у заблуди да је земљиште у санитарној зони и да је на њему забрањена градња. J. Ghestin (1971), 54 и фн 42.

¹⁰⁷⁰ И у швајцарској теорији се износи схватање да је разликовање заблуде о праву од заблуде о чињеницама неадекватно и да је много разумније заблуду о праву сматрати „специфичним видом битне заблуде“. Шмидлин (*Schmidlin*) наводи да би таква преоријентација у схватањима била пожељна и због тога што би се швајцарско право више приближило режиму заблуде о праву у другим европским правним системима. В. Schmidlin, 239.

¹⁰⁷¹ „*Elle (l'erreur de droit) n'est finalement que l'origine psychologique d'une représentation inexacte de l'objet.*“ J. Ghestin, Y.-M. Serinet (2006), 45.

¹⁰⁷² J. Ghestin (1971), 57.

особине престације која се дугује сауговарачу или од њега прима.¹⁰⁷³ Те савремене тенденције препознате су и у од кодификатора PECL и DCFR правила.¹⁰⁷⁴

Скроман број доктринарних извора у којима се уопште помиње подела на заблуду о праву и заблуду о чињеници сведочи о томе да и наши писци сматрају да је она непотребна и да би заблуду о праву требало на исти начин третирати као и заблуду о чињеницама.¹⁰⁷⁵ Главни разлог је у томе што је у пракси понекад врло тешко одредити да ли је у конкретном случају реч о заблуди о праву или заблуди о чињеници.

О томе је говорио, много пре доношења Закона о облигационим односима, крајем 19. века, Павловић: када је уговор закључен у заблуди, „...није нужно разликовати да ли је то била правна или материјална заблуда. Тако, на пример, ја поделим какво наслеђе са неким, за ког мислим да има тако исто право на њ као и ја. Сад било да сам ово учинио у материјалној заблуди, што сам мислио, да је то лице сродник умрлога, а није – било да је то следствие правне заблуде, што сам држао, да по закону он има право на наслеђе: како у једном, тако и другом случају, може се захтевати да се деоба уништи, јер је овакој деоби лажан узрок“.¹⁰⁷⁶

И према мишљењу професора Хибер, у „сплету околности“ понекад је врло тешко одговорити на питање да ли је у конкретном случају реч о *error iuris* или *error facti*.¹⁰⁷⁷ Прожимања између заблуде о чињеници и заблуде о праву неминовна су, као што је то иначе случај у материји заблуде.¹⁰⁷⁸ Заблуда о постојању и садржини правне норме може се манифестовати заблудом о постојању неког правног односа, субјективног права односно обавезе или о правним дејствима уговора,¹⁰⁷⁹ због чега је „могуће изједначавање, везивање

¹⁰⁷³ Вид. чл. 1132 измењеног ФГЗ-а.

¹⁰⁷⁴ Вид. чл. 4:103 PECL, као и чл. 7:201 DCFR правила.

¹⁰⁷⁵ „По дефиницији свака заблуда је заблуда о чињеници: и само право је свакако једна чињеница.“ Д. Хибер (1991), 395; Б. Визнер, 286.

¹⁰⁷⁶ Ђ. Павловић, 205.

¹⁰⁷⁷ Како објашњава, у судској пракси се заблуда о праву најчешће јавља тако што уговорник закључује уговор мислећи да има неку, на објективном праву засновану обавезу. Примера ради, суд је разматрао пуноважност уговора о издржавању због заблуде да је обавеза издржавања већ постојала; или пуноважност уговора о накнади за експроприсану непокретност због погрешне представе власника да је корисник експропријације дужан да носиоцу станарског права додели стан на коришћење. О примерима види у Д. Хибер (1988), 1624; Д. Хибер (1991), 398.

¹⁰⁷⁸ Д. Хибер (1991), 401.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, 398.

чињеничне заблуде и заблуде о праву; последња доводи до заблуде о неком елементу посла“.¹⁰⁸⁰

Коначно, када је реч о нашем праву, повода за разликовање заблуде о праву од заблуде о чињеницама не даје ни наш Закон о облигационим односима. Чланом 61, ст. 1 ЗОО, захтева се само да је заблуда битна, што је према тексту те одредбе случај не само онда када се односи на битна својства предмета, на лице са којим се закључује уговор, ако се закључује с обзиром на то лице, *већ и на све друге околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним*, ако страна која је у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине. У ЗОО се стога оставља простора да се уговор може поништити и у случају заблуде о праву.

5.2.2.4.2 *Заблуда о праву и извињавајући карактер заблуде*

Иако дозвољава хипотезу да се заблуда о праву може подредити заблуди о чињеници, професор Хибер наглашава да та подређеност не значи да се оне у свему „понашају“ на идентичан начин и да ће у сваком случају бити могуће поништити уговор.¹⁰⁸¹ И за њу се, као и за чињеничну заблуду, у појединим системима поставља захтев да заблуда мора бити извињавајућа. Тако и према чл. 61, ст. 2 ЗОО, саговорач може захтевати поништење уговора због битне заблуде само уколико је при закључењу уговора поступао са пажњом која се у промету захтева.

Стога се поставља питање: може ли заблуда о праву уопште имати извињавајући карактер?

Уобичајено издвајање заблуде о праву као посебне врсте заблуде, о чему је било речи, и оспоравање било каквог утицаја заблуде о праву на закључени уговор последице су старог правила да се нико не може позвати на то да није познавао право – *Nemo legem ignorare censetur*. Штавише, *ignorantio legis nocet* – непознавање права шкоди! То правило римског права, које поједини законици чак

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, 402.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

изричито предвиђају,¹⁰⁸² заснива се на претпоставци, могло би се рећи и фикцији, да сваки правни субјект познаје право. Доследна примена тог правила значила би да није могуће поништити уговор који су, обе стране или само једна од њих, закључиле у заблуди о праву.

Мада има своја оправдања, у савременом праву се максима да се нико не може позивати на то да не познаје право никада није безусловно прихватала у материји заблуде. Напуштање строге примене правила *Nemo legem ignorare censetur* оправдање је нашло у самом смислу те максиме. Наиме, нема спора о томе да је законска претпоставка познавања права успостављена управо како би се обезбедила ефикасност правних правила. Уколико би сваки правни субјект могао захтевати да се на њега не примени одређена правна норма јер је био у заблуди о њој, то би могло потпуно да уруши један правни систем.¹⁰⁸³ Свако би могао да се позива на то да му одређени пропис није био познат како би избегао његову примену. Међутим, погрешно би и потпуно нереално било ако би се закључило да та изрека подразумева да свако заиста зна сва законска правила која би га могла интересовати. Она заправо подразумева да нико не може *избећи* примену једног законског правила под изговором да није познавао право.¹⁰⁸⁴ Али, то није идеја онога који се позива на заблуду о праву. Жртва заблуде, позивајући се на заблуду о праву, не тражи да се отклони примена правног правила о коме је била у заблуди већ само да *не буде везана уговором који је услед заблуде закључила*.¹⁰⁸⁵ Другим речима, дозвољавање утицаја заблуде о праву на пуноважност уговора не би било у супротности са максимумом да незнање права шкоди – поништењем уговора се не захтева изузеће из режима правила о којој је жртва била у заблуди.

¹⁰⁸² Вид. §2 АБГБ, према коме, чим се одређени закон објави, нико се не може позивати да није био упознат са његовим правилима.

¹⁰⁸³ „...*nemo censetur ignorare legem*, истинито је, и може се постојано примењивати у кривичном праву, стога што општи интерес и поредак не дају да се окривљени брани тим што није познавао закон; али нема разлога, зашто би се поменуто правило тако строго примењивало у грађанским стварима, тим већма, што би у многим случајевима та примена рађала велику неправду.“ Ђ. Павловић, 204–205.

¹⁰⁸⁴ J. Ghestin (1971), 53. У истом смеру су и речи лорда Аткина (*Lord Atkin*) у случају *Evans v. Bartlam* из 1937. године: „*For my part I am not prepared to accept the view that there is in law any presumption that every one knows the law. There is the rule that ignorance of the law does not excuse, a proposition of very different scope and application.*“ G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 59.

¹⁰⁸⁵ Д. Хибер (1988), 1622.

Штавише, управо се тражи да се на ту ситуацију примени једна законска норма – она о заблуди.¹⁰⁸⁶

Да не буде забуне: циљ истраживања значења максиме *Nemo legem ignorare censetur* није да доведе до закључка да она нема никаквог утицаја у материји заблуде и да би је требало занемарити. Али, супротан закључак – да је свака заблуда о праву нужно неизвињавајућа – био би несумњиво престрог, ако не и погрешан.

То нас враћа на почетно питање: може ли заблуда о праву бити извињавајућа?

Објективна доступност правних норми готово да онемогућује доказ о томе да је заблуда о постојању или садржини једне правне норме извињавајућа.¹⁰⁸⁷ Правне норме су, самим тим што су објављене, свима једнако доступне и о њиховој садржини се свако може обавестити. То је и разлог због којег се далеко ређе него у случају заблуде о чињеницама прихвата да заблуда о праву може утицати на пуноважност уговора. Преовлађујуће је схватање, и у упоредноправној доктрини и у судској пракси, да непознавање законских правила не може представљати ваљани основ за поништење уговора закљученог у заблуди. То посебно онда када се заблуда односи на законе или правила која, према својој *општој природи*, морају свима бити позната.¹⁰⁸⁸

С друге стране, због пренормираности закона, а посебно због њихове сложености, „нико, па чак ни онај који има правно образовање, не зна све норме које у друштву постоје“.¹⁰⁸⁹ Свесни чињенице да је нереално, па и неправедно, сматрати да сваки правни субјект познаје све прописе, судови су почели да доводе у питање легитимност „претпоставке“ о познавању права и све чешће одступају од апсолутне примене правила да непознавање права шкоди. Тако, продире схватање да садржина претпоставке о познавању права у великој мери зависи од тога ко се налази у улози сауговорача, те да се не може применити на идентичан

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ R. Célice, 154.

¹⁰⁸⁸ B. Schmidlin, 238.

¹⁰⁸⁹ Д. Хибер (1991), 403.

начин на све субјекте;¹⁰⁹⁰ да претпоставка о познавању права не може да стоји за области које, због своје сложености, захтевају поседовање специфичних знања;¹⁰⁹¹ да би у сваком конкретном случају требало испитати да ли се основано могло очекивати да жртва заблуде познаје конкретна законска правила;¹⁰⁹² да ли би се, у истој ситуацији, у заблуди о праву нашла разумна и пажљива особа¹⁰⁹³ итд.

Али, иако се не може очекивати да свако познаје све правне норме, није ли разумно очекивати да се свако обавести о *оним* нормама које се односе на закључење и извршење уговора који закључује? Штавише, „не треба ли странка, ако није сигурна у своје правно знање, да се обрати стручњаку“?¹⁰⁹⁴

Историја упоредног законодавства показује нам да је било и таквих решења. Пре измена Грађанског законика, мађарско право је предвиђало да се на заблуду о праву сауговорачи могу позивати само изузетно – уколико докажу да су од правног стручњака добиле „очигледно погрешно обавештење о садржини правних прописа“.¹⁰⁹⁵ Од онога ко право не зна очекивало се да се обрати експерту.

Онај мали број писаца који се у нашој доктрини осврнуо на проблем заблуде о праву свестан је неправедности строгог и безизузетног прихватања принципа *Nemo legem ignorare censetur* и схватања да се заблуда о праву има третирати на исти начин као заблуда о чињеницама.¹⁰⁹⁶ У вези са оценом извињавајућег карактера заблуде о праву, поменуто (раније) решење мађарског права Хибер сматра „сувише тврдим“ јер „практично искључује могућност

¹⁰⁹⁰ Вид. за ту одлуку суда у Риму у Alberto Musy, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (ed. Ruth Sefton-Green), Cambridge 2005, 210, која представља значајни помак у односу на преовлађујуће схватање да се знање права претпоставља.

¹⁰⁹¹ Тако су се изјашњавали швајцарски судови. В. Schmidlin, 239.

¹⁰⁹² Управо имајући у виду велики број прописа, последњих година се уочава тенденција аустријских судова да заузму либералнији приступ, упркос изричитом законском правилу из §2 АБГБ да се нико не може позивати на то да му нису била позната законска правила. Willibald Posch, *Precontractual Liability in European Private Law* (eds. John Cartwright, Martijn Hesselink), Cambridge 2008, 311–312.

¹⁰⁹³ Према наводима у литератури, да би заблуда о праву била дозвољена, извињавајућа, белгијском Касационом суду у једном случају није било довољно да жртва заблуде докаже да је била погрешно информисана, макар и од стручњака (адвоката). То из тог разлога што је суд нашао да је то било тако ноторно правно питање да је странка морала да примети да је савет погрешан. Isabelle Corbisier, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (ed. Ruth Sefton-Green), Cambridge 2005, 196; Д. Хибер (1991), 403.

¹⁰⁹⁴ Д. Хибер (1991), 403; F. Gorphe, 133.

¹⁰⁹⁵ Вид. чл. 210 бившег мађарског Грађанског законика. Вид. о томе и у С. Перовић (1980а), 298; Д. Хибер (1988), 1631.

¹⁰⁹⁶ Ђ. Павловић, 204–205; Б. Визнер, 286; С. Перовић (1980а), 298; С. Цигој (1980), 193.

позвати се на заблуду о праву“.¹⁰⁹⁷ Уместо тога, предлаже да би сваку ситуацију требало оцењивати еластично, „с обзиром на особине странке, али и карактер питања о којем заблуда постоји, и нарочито важност уговора за странку; ако он излази из реда свакодневног треба очекивати да ће се брижљива странка обавестити о свим правним питањима које он покреће, па и позвати у помоћ оног који је за то компетентан, ако сама за то нема потребна знања“.¹⁰⁹⁸

Конечно, треба поменути да се у упоредном праву износи још и идеја да би се извињавајући карактер заблуде о праву и прихватање да она може бити узрок поништења уговора могли условити и тиме да је сауговорачу жртве заблуде таква заблуда била препознатљива. Шмидлин (*Schmidlin*) сматра да се сложеност модерног живота не може игнорисати слепим придржавањем принципа да нико не може да не зна право. Заблуду о праву би требало сматрати специфичним видом заблуде о чињеницама, која би се прихватала под три услова: прво, да жртва заблуде не би закључила уговор да није била у заблуди; друго, да се у конкретном случају није могло или барем није требало очекивати да је жртва заблуде познавала неко специфично законско правило или његову примену; и коначно, да је сауговорач жртве заблуде требало да зна који значај одређено законско правило има за жртву заблуде.¹⁰⁹⁹

Другим речима, зар не би требало, уз савесност жртве заблуде, узети у обзир и савесност њеног сауговорача? Није ли понекад за заблуду крив и сауговорач који је пропустио да је уочи и обавештењем спречи? Ако је један сауговорач упознат са садржином прописа који могу утицати на вољу друге стране да закључи уговор, да ли је дужан да је о томе обавести?

5.2.2.4.3 Дужност обавештавања о праву

Циљ излагања о појму и природи заблуде о праву био је да се укаже на специфичност тог вида заблуде. Закључци до којих се дошло и проблеми на које

¹⁰⁹⁷ Д. Хибер (1988), 1631.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.* Визнер не даје конкретна мерила према којима би требало оцењивати да ли је заблуда извињавајућа, али помиње да би требало „посебно узимати у обзир евентуално постојећу правну стручност уговорне стране, као и питање да ли је у правној заблуди налазећа се уговорна страна конкретно примљене ‘правне савјете’ добила од праву вјеште или невјеште особе“. Б. Визнер, 286.

¹⁰⁹⁹ В. Schmidlin, 239.

смо указали могу служити као важне смернице за одговор на већ постављено питање: да ли и када постоји предуговорна дужност обавештавања о праву?

Одговор на то питање не може бити једнозначан. Чини се да је умесно, како би се до њега дошло, посебно разматрати три различите ситуације: прва и друга се односе на поделу о којој је већ било речи – на тзв. неправу и праве заблуде о праву; трећа се односи на случајеве заблуде о пуноважности уговора. Као што то у праву често бива, околности конкретног случаја често не дозвољавају да се између тих категорија направи одсечна разлика, посебно између прве две категорије. Једна иста околност могла би се окарактерисати и као заблуда о чињеници и као заблуда о праву, што још једном доводи у питање оправданост њихове поделе. Уз ову напомену, дужност обавештавања анализираће се кроз те три поделе.

5.2.2.4.3.1 Дужност обавештавања и неправу заблуда о праву

Као што се оправдано указује у швајцарској доктрини, под појам заблуде о праву не би требало да се подводе оне ситуације у којима жртва није у заблуди о постојању или садржини одређене правне норме, објективног права већ је у заблуди о одређеној чињеници која утиче на престације уговорних страна.¹¹⁰⁰

Те чињенице могу представљати објект предуговорне дужности обавештавања под истим оним условима под којима се иначе намеће дужност обавештавања о релевантним чињеницама.

¹¹⁰⁰ Ипак, испреплетаност околности случаја, међусобна прожимања различитих видова заблуде (заблуда о праву се у крајњем увек може свести на заблуду о чињеницама) и сродност правних установа доводе до тога да се решавању истог правног проблема може приступити на различите начине. Тако се, питају се поједини писци, заблуда о правима на земљишту може квалификовати и као заблуда о чињеници и као заблуда о праву – али зар је квалификација релевантна? Продавац је очигледно нешто знао о ствари коју преноси и то је пропустио да помене купцу. Такав пропуст истиче различите погледе на дужност обавештавања у упоредном праву. Коначно, у односу на исте околности случаја, заблуда о правима на земљишту може отворити и питање одговорности за недостатке. R. Sefton-Green, 219. На исти начин, у швајцарској литератури и судској пракси сматра се да, ако на ствари постоји ограничење које произлази из самог закона, као што је, примера ради, право изградње, или када ствар није у складу са свим административним захтевима, оно је погођено правном маном која отвара пут заштите применом правила о одговорности за материјалне недостатке. То је из разлога што купац не може да извлачи све користи из купљене ствари. P. Tercier, L. Bieri, B. Carron, 86 и 97.

Најпре, ту се могу сврстати сви они случајеви када постоји заблуда о чињеници да постоји право трећег на објекту уговора (ствари или праву које представља предмет престације), којим се ограничава или потпуно искључује право жртве заблуде. На том месту се у пуном сјају испољава традиционална повезаност како између одговорности за правне недостатке ствари и мана воље, тако и између одговорности за недостатке и дужности обавештавања. Како француски писац Грос (*Gross*) истиче, ако бисмо тражили мотиве за санкционисање гаранта, они ће се у великој мери огледати у кривици сауговорача који није довољно информисао другу страну.¹¹⁰¹

То се може јасно уочити и из формулације чл. 508 ЗОО: продавац одговара ако на продатој ствари постоји неко право трећег које искључује, умањује или ограничава купчево право, а о чијем постојању *купац није обавештен* нити је пристао да узме ствар оптерећену тим правом.¹¹⁰²

Због тога је примарна обавеза преносиоца ствари или права да прибавиоца обавести о свим евентуалним правима трећих или другим узроцима који би могли да умање могућност уживања у прибављеној ствари. Евикција подразумева депоседовање, али се иста правила примењују и када се само омета уживање ствари.¹¹⁰³

Тој категорији припадају и случајеви, чести у нашој судској пракси, када продавац прода купцу моторно возило не обавестивши га о фалсификованом броју шасије.¹¹⁰⁴ Такви случајеви се често решавају применом правила о

¹¹⁰¹ В. Gross, 197.

¹¹⁰² Исто се може закључити и из чл. 514 ЗОО: продавац одговара и за посебна ограничења јавноправне природе која купцу нису била позната, ако је он за њих знао или је знао да се могу очекивати, а није их купцу саопштио.

¹¹⁰³ Тако, купац се штити и када постоји право закупа на ствари и када се ствар одузме услед експропријације. Боаје (*Boyer*) наводи примере из француске судске праксе где је суд замерио закуподавцу што закупца није обавестио да је ствар већ претходно дата у закуп другом лицу; да постоји обавеза неконкурентности; па чак и да је у близини јавна кућа. Вид У. Boyer, 259. За одлуку Касационог суда да је агенција за продају непокретности била дужна да обавести купца да је одлука о подели земљишта предмет поништења пред управним судом, вид. J. Mestre (1988), 336.

¹¹⁰⁴ Вид. Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 6144/2012 од 25. септембра 2013, *ParagrafLex*; Пресуду Вишег суда у Панчеву, Гж. 1158/2011 од 23. новембра 2011, *ParagrafLex*; Пресуду Округног суда у Ваљеву, Гж. 892/2006 од 20. септембра 2006, *ParagrafLex*; одлуку Врховног суда БиХ, Рев. 361/86 од 13. августа 1987, *Судска пракса* 8/88, 52–53; одлуку Врховног суда БиХ, Рев. 429/87 од 12. маја 1988. године, *Судска пракса* 11/89, 46; Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 259/2003 од 7. јула 2005, *Судска пракса* 7-8/07, <http://www.osnovnisudkg.net/media/bilten-januar-2008.pdf>, 22. децембар 2017, 29.

одговорности за правне недостатке,¹¹⁰⁵ и то конкретно применом чл. 514 ЗОО. Њиме се предвиђа одговорност продавца зато што купца није обавестио о посебним ограничењима јавноправне природе, а за њих је знао или је знао да се могу очекивати. Међутим, у таквим случајевима се одговорност продавца не јавља зато што је скривио заблуду купца о постојању и садржини законске норме којом се искључује могућност регистрације возила са фалсификованим бројем шасије. То би се евентуално могло поставити као питање онда када купац већ зна да купује возило коме је промењен број шасије. Купац је, заправо, у свим тим случајевима најпре био у заблуди да је број шасије промењен, што је типичан пример заблуде о чињеници, а тек посредно и о прописима због којих ће му бити онемогућена употреба купљене ствари.

5.2.2.4.3.2 Дужност обавештавања и права заблуда о праву

Усвојивши преовлађујуће теоријско схватање да је подела на заблуду о праву и заблуду о чињеницама неоправдана, те да се свака заблуда о праву у крајњем може свести на заблуду о чињеницама, кодификатори измена француског Грађанског законика из фебруара 2016. године ту поделу не чине ни у одредби чл. 1112-1, којом је имплементирана општа предуговорна дужност обавештавања. Подсећања ради, тим чланом је предвиђено да је сауговорач који зна за одређену информацију која има одлучујући утицај на вољу другог сауговорача дужан да га о томе информише, под условом да тај други сауговорач, из оправданих разлога, није знао ту информацију или се поуздао да ће га сауговорач о томе обавестити. Уколико су ти услови испуњени, ирелевантно је да ли је информација која се мора саопштити сауговорачу чисто правног или чињеничног карактера.

Ново решење ФГЗ резултат је већ устаљених ставова у доктрини и пракси. Француска судска пракса обилује примерима у којима је суд сматрао да постоји

¹¹⁰⁵ Постоје судске одлуке у којима се наводи да се постојање фалсификованог броја шасије на моторном возилу може сматрати скривеним недостатком јер због њега купац не може да употребљава ствар. Вид. Решење Врховног суда Србије, Рев. 2746/98 од 2. јуна 1999, *ParagrafLex*; „Ако број мотора аутомобила није идентичан са бројем мотора уписаним у саобраћајној дозволи, будући да је број мотора битан елемент предмета купопродаје, постоји заблуда купца о битном својству предмета купопродаје, а тиме и могућност за раскид уговора о купопродаји, иако се купац одрекао права раскида уговора по било ком основу.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2151/79, *Збирка судских одлука из области грађанског права 1973–1986*, одлука бр. 273.

дужност обавештавања и о информацијама правног карактера, који се у теорији често подводе под дужност обавештавања о својствима ствари.¹¹⁰⁶ Тако, наводи се, сауговарач је дужан да обавести другу страну о томе да постоје посебни прописи,¹¹⁰⁷ али и ограничења управноправног карактера, који могу да утичу на престације уговорних страна.¹¹⁰⁸ Санкција повреде дужности обавештавања није

¹¹⁰⁶ О једном таквом примеру већ је било речи, у делу о заблуди о сопственој престацији. Реч је о случају од 27. марта 1991. године, у коме је друштво 1971. године стекло земљиште од општине за 112.000 франака како би на њему саградило тржни центар. Оно је, потом, морало да одустане од тог пројекта јер је земљиште класификовано као пољопривредна зона. Тринаест година касније, друштво је одлучило да врати земљиште општини по цени од 185.000 франака. Општина је, само два месеца касније, исто то земљиште препродала другом друштву за 614.350 франака. Цена је значајног порасла због тога што је општина окончала поступак ревизије планских докумената, којим је дозвољена градња тржног центра. Иако је Апелациони суд одбио захтев за поништење уговора, наводећи да ћутање једног сауговарача о намери да препрода ствар и да води преговоре са другим лицем „не може, само по себи, без додатних околности представљати недозвољене радње“, Касациони суд је поништио такву одлуку, сматрајући да треба утврдити да ли је општина, својим ћутањем, „повредила дужност савесног поступања“ не откривши сауговарачу да је у току измена планских докумената. Више о случају у М. Fabre-Magnan (1992), 170–171.

¹¹⁰⁷ Примера ради, у једном случају пред Касационим судом сматрало се да је продавац дужан да обавести купца да је за инсталирање аларма неопходно да прибави посебну дозволу надлежних органа. Вид. о том примеру у В. Fages (2001), 132–140. У односу на службености установљене законом (*servitudes légales*), дуго се сматрало да не постоји дужност продавца да о њима обавести купца. Имајући у виду да су установљене законом, видљивост службености резултира из претпоставке познавања права. Међутим, савремена француска судска пракса напустила је схватање да је свако дужан да познаје право, сматрајући га престрогим. Тако, француска пракса познаје примере у којима је Касациони суд сматрао да је продавац фабрике био дужан да обавести купца о постојању законске службености којом се забрањује мењање терена (*non-aedificandi*) која би спречила купца да гради. Постојање закона којим се намеће законска службеност није довољно да би се службеност сматрала видљивом. У сваком конкретном случају би морале да постоје још и неке друге околности које би изазвале сумњу купца да таква службеност постоји. Тако ће се службеност истоветности (*servitude d'alignement*) сматрати видљивом јер непокретност коју терети мора да изгледа исто као и суседне непокретности. Другим речима, уколико службеност није видљива на основу околности случаја, видљивост службености на основу закона није довољна, већ је продавац дужан да купца и о томе обавести. Више у В. Gross, 199-200.

¹¹⁰⁸ Тако, наводи се да је продавац дужан да обавести о постојању права лова на непокретности; закуподавац је дужан да обавести закупуца да је току процедура експропријације. В. Fages (2001), 132–140. Продавац не сме прећутати да ће ускоро истећи дозвола за коришћење јавне површине, лиценца за служење алкохолних пића, дозвола за експлоатацију каменолома, да постоји пресуда о забрани становања итд. Ћутање се може односити и на неку околност услед које је ограничена или чак забрањена употреба непокретности. Тако, преносилац је дужан да обавести стипендијанта о томе да постоји управна службеност (*servitude administrative*) која спречава да се на одређеном земљишту постави фабрика, да постоји забрана градње павиљона на месту на коме постоји право пролаза, да је неопходно добити дозволу за градњу како би се поставила „покретна“ кућа (*maison mobile*) итд. Осим тога, помиње се и доста судских одлука које се односе на пренос права својине на правном лицу: продавац парфимерије је дужан да обавести купца да нема више права на продају парфема познатих марки; да не постоји дозвола да се објекат користи као дискотека (продавац је објекат користио у те сврхе, али је дозвола гласила на личност, те је престала самим преносом пословања на купца) итд. Вид. примере одлука у Р. Chauvel, 13, 14–16. Суд је наметнуо продавцу дужност да надокнади штету коју је купац претрпео јер га продавац није обавестио о неадекватности дозволе за градњу, због чега је купац морао да тражи нову дозволу и каснио са радовима. У. Boyer, 262. Повреда дужности обавештавања постоји и ако се прећути постојање ограничења у обављању делатности на закупуљеној ствари. D. Roggachia, 207–225. Продавац је дужан да јасно објасни шта је то што преноси купцу. На продавцу је да информише купца о правној ситуацији продате ствари: о

следила само када је она учињена са намером; за њену повреду била је довољна и непажња.¹¹⁰⁹

У теорији је познат случај у коме су француски судови испитивали постоји ли дужност обавештавања саговорача да, закључењем уговора између њих, губи могућност закључења неких каснијих уговора са трећим лицима, услед неиспуњења услова предвиђених посебним прописима.

Наиме, купац, који се бавио продајом накита као својом делатношћу, закључило је уговор о куповини алармног система заштите од крађе од продавца. Проблем се јавио убрзо након тога, када је купац уједно желео и да се осигура од ризика крађе – осигуравач је одбио да са њим закључи уговор јер материјал од кога је сачињен уграђени алармни систем није био у складу са прописима које су усвојила осигуравајућа друштва.¹¹¹⁰ Купчев захтев за раскид уговора и накнаду штете није добио подршку нижих судова. Они су сматрали да није на продавцу да брине о томе да ли његов купац намерава да закључи уговор о осигурању. Купац је, као професионални продавац таквих вредних предмета, о томе требало да се побрине сам пре уградње алармног система. Касациони суд је, међутим, био другачијег става. Према његовом мишљењу, управо је на продавцу, стручњаку који се специјализирао за област система заштите од крађе, да зна да ли је материјал од кога је сачињен алармни систем у складу са нормама које су наметнули осигуравачи, те да обавести свог купца о последицама уградње тог система на могућност покривања ризика крађе.¹¹¹¹ Оправдање за наметање

могућности градње на земљишту, о постојању службености, да је у току поступак чији исход може утицати на битна својства земљишта. Вид. одлуке ФКС од 21. фебруара 2001, бр. 99-17666, од 1. јула 1998, бр. 96-20358, од 30. јуна 1992, бр. 90-19093, као и коментар у *Recueil Dalloz* 2001, 1078.

¹¹⁰⁹ Тако је, у једном поступку пред Касационим судом, власник земљишта, за које су надлежни органи дали дозволу за градњу, поделио земљиште на три дела и један део продао купцу који је ту имао намеру да сагради кућу. Испоставило се да дозвола за градњу није покривала део земље који је продат. Купац је успео да издејствује поништење уговора иако није утврђено да је продавац заиста знао да се дозвола за градњу не односи на део који је продат. Имајући у виду да је купац био физичко лице а продавац компанија која се бавила продајом непокретности, за коју се сматра да поседује стручна знања, била је дужна да купцу пружи прецизне информације. Интересантно је да је суд сматрао да се и у том случају радило о превари ћутањем, иако је ћутање продавца била последица његове непажње, а не намере. Претпоставља се да је суд то учинио како би такво поступање могао адекватно да санкционише јер примена правила о превари омогућава не само поништење уговора већ и надокнаду штете. Вид. одлуку Касационог суда од 13. фебруара 1981. у Н. Kötz, А. Flessner, 202–203.

¹¹¹⁰ Вид. одлуку Касационог суда од 25. маја 1993, бр. 91-12205; J. Mestre (1994), 94–95; В. Fages (2001), 132–143.

¹¹¹¹ Вид. одлуку Касационог суда од 25. маја 1993, бр. 91-12205: „*vendeur installateur spécialisé dans les systèmes de protection contre le vol, la société SME était tenue, au besoin après s'être elle-même*

дужности обавештавања поједини писци виде у „захтеву лојалности“ („*exigende de loyauté*“): „продавац такве робе добро зна да се, у данашње време, заштита јувелирница од крађе врши и уградњом алармног система и осигурањем. Добра која нуди не би требало да створе препреку накнадном закључењу уговора о осигурању од стране стицаоца“.¹¹¹²

С друге стране, у једном другом случају Касациони суд је ограничио дужност стручњака да свог саговорача обавести само о оним околностима које спадају у домен којим се он бави, у односу на који има специјализована знања: стога, не постоји дужност професионалног продавца да купца обавести о томе да камере које је прибавио не сме поставити у бифеу јер је то забрањено прописима којима се уређује област радног права.¹¹¹³

Примере дужности обавештавања о праву могуће је наћи и у немачкој судској пракси. Дужност обавештавања се може јавити не само у односу на ограничења управноправне природе већ и на законом предвиђена ограничења.¹¹¹⁴ Тако, у случају који се нашао пред Савезним судом Немачке (*Bundesgerichtshof*), продавац је, како би привукао купце, преузео обавезу да купцима пронађе адекватне просторије у којима би могли да обављају делатност хемијског чишћења, уколико купе апарате од њега. Убрзо се испоставило да простор који је продавац препоручио није био одговарајући јер није имао минималну величину која је захтевана према посебним законским прописима како би се предупредио настанак несрећа. Суд је сматрао да је продавац повредио предуговорну дужност обавештавања купца о тим законским прописима, те је дозволио поништење

renseignée sur la conformité de son matériel aux normes imposées par les assureurs, d'informer son acheteur sur les conséquences de son achat au regard de la couverture du risque de vol“.

¹¹¹² J. Mestre (1994), 94–95.

¹¹¹³ Вид. одлуку Касационог суда од 25. јуна 2002, бр. 99-15915; J. Mestre (2003), 863.

¹¹¹⁴ Тако, Савезни суд Немачке је обавезао продавца да накнади штету зато што је пропустио да обавести купца о томе да су органи надлежни за просторно планирање наредили да се инсталира противпожарни излаз испред јединог прозора у стану. Необавештавање је у том случају било последица продавчеве непажње. W. Logenz, 175 фн 35. Исто тако, наводи се да је продавац дужан да обавести купца да изградња димњака није дозвољена уколико је свестан чињенице да би купац морао, за обављање одређене професионалне делатности, да догради димњак; ако продавац каже купцу да су надлежни органи за просторно планирање дали дозволу за градњу, мора да га обавести и да таква одлука није коначна; продавац мора да обавести купца да је дозвола за изградњу стамбених објеката повучена. H. Kötz, A. Flessner, 202. Продавац је дужан да обавести купца: о забрани градње на земљишту, иако је продавац знао да га купац купује ради изградње; ако је забрањена употреба земљишта на начин на који је купац планирао; ако је земљиште део „заштићене зоне“ (*Landschaftsschutzgebiet*), чиме је онемогућена уобичајена употреба земљишта. B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 308.

уговора и наметнуо продавцу дужност да накнади купцу штету која је купцу тиме причињена.¹¹¹⁵

Усвајање идеје о постојању дужности обавештавања о праву није непознато ни другим правним системима.¹¹¹⁶ Штавише, на то нису остали имуни ни аустријски судови, иако се у §2 АБГБ изричито предвиђа да се, након објављивања, нико не може позивати на то да му нису позната законска правила. Оцењујући да ли постоји дужност обавештавања, суд у сваком конкретном случају утврђује да ли се разумно могло очекивати да одређена особа познаје одређени пропис¹¹¹⁷ и да ли је према начелу правичне трговачке праксе и општеприхваћеним стандардима у промету могла да очекује од саговорача да је о томе обавести.¹¹¹⁸ Дужност обавештавања се нарочито претпоставља онда када се

¹¹¹⁵ Суд је, између осталог, прибегао правилима о предуговорној одговорности (*culpa in contrahendo*) како би купцу пружио заштиту и због недостатака на прибављеним апаратима за хемијско чишћење. Ти недостаци су били такве природе да би уобичајено водили раскиду уговора, али се купац на правила о одговорности за недостатке није могао више позивати јер је право на раскид уговора престало услед преклузије (протекао је рок од шест месеци). Накнада штете због повреде дужности обавештавања заснована је на одредби §249, којом се уређује накнада штете. Према том правилу, дужник је дужан да ствари врати у оно стање у коме би биле да штета није причињена. То није једини случај у коме су судови, услед кратких рокова за примену правила о одговорности за недостатке, прибегавали примени правила о предуговорној одговорности, преко установе предуговорне дужности обавештавања. W. Lorenz, 174 и даље.

¹¹¹⁶ Када је реч о италијанском праву, у литератури се истиче да би купац могао да захтева раскид уговора уколико није обавештен да на продатој ствари постоји неки терет или стварна или облигациона права која нису била видљива и која могу да умање уживање у ствари. Постојање терета или ограничења може бити резултат административних правила и судских одлука или уговора. С друге стране, постоји озбиљна дискусија о томе да ли би требало да постоји дужност обавештавања о законским правилима. Уобичајено се у судској пракси јављају случајеви у којима се сматрало да је продавац био дужан да обавести купца о новим правилима просторног планирања који се односе на непокретност која је предмет продаје. Постоји само једна одлука Трибунала у Риму где је суд, применивши приступ правичности, рекао да се познавање права не може применити у истој мери на свакога. A. Musy (2005), 197 и 210.

Када је реч о белгијском праву, у литератури се наводе примери у којима је купац био у заблуди да се на земљишту може дозволити градња; куповина земљишта у заблуди да постоји службеност пролаза уз право својине; куповина земљишта у уверењу да је реч о земљишту у развоју, на основу сертификата о просторном планирању које је повучено одмах по закључењу уговора; судови познају и случај када је купцу усвојен захтев за поништење уговора, али и захтев за накнаду штете, јер није био обавештен о томе да је истекла дозвола за градњу на непокретности, чиме је купац био спречен да добије нову дозволу. I. Corbisier, 197.

У англосаксонској теорији се наводи да правни недостатак постоји и уколико је продавац примио било какву наредбу или обавештење од органа власти о томе да је, примера ради, дужан да врши оправке на огради или рестаурацију трошног дела куће, или да ће му ствар бити експроприсана или порушена, или о престанку или измени лиценце да продаје алкохол. G. S. Bower, A. K. Turner, R. J. Sutton, 120–123.

¹¹¹⁷ W. Posch (2008), 311–312.

¹¹¹⁸ W. Posch (1991), 46–47; E. Grassl-Palten, R. Madl, R. Kundi, H. Ofner, 194.

одређена информација, непосредно или посредно, односи на сам предмет уговора.¹¹¹⁹

И у нашој судској пракси могу се наћи примери у којима је суд сматрао да је постојала дужност обавештавања о информацијама правног карактера.

У неким од њих, суд је примењивао правила о одговорности продавца за правне недостатке ствари. Тако, у једном случају који се нашао пред Врховним судом Србије, продавац је продао купцу аутомобил који је увезао супротно одредбама Закона о спољнотрговинском пословању и Одлуци о забрани увоза коришћених моторних возила и коришћене опреме. По спроведеном царинском поступку, наложено је одузимање возила. Према ставу суда, „продавац ће одговарати по правилима евикције и у случају када су на ствари постојала и одређена ограничења јавноправне природе, а продавац их није саопштио купцу. Он ће одговарати не само за она ограничења јавноправне природе која већ постоје у часу закључења уговора, већ и за она која се могу очекивати, а ако је у конкретном случају он за то знао. У овом случају тужилац није знао нити је могао знати како је тужени увезао предметни ауто, односно да је исти увезен супротно одредбама Закона и Одлуци, јер су те чињенице утврђене тек накнадно у царинском поступку који је вођен против туженог. Насупрот њему, тужени је могао знати односно могао очекивати наведена ограничења у погледу увоза и регистрације предметног возила имајући у виду начин на који је возило увезено, односно да није пружио доказе да је возило купио од овлашћене организације која се бави продајом возила, те да то није саопштио тужиоцу као купцу.“¹¹²⁰

Када примењује правило из чл. 514 ЗОО, суд није дужан да утврђује којим степеном кривице је повређена дужност обавештавања. За одговорност продавца довољно је само утврдити да је продавац *знао* за посебна ограничења јавноправне природе или да је *знао да се могу очекивати*. Продавац, дакле, мора бити упознат

¹¹¹⁹ Дискусија о позицији аустријског права према постојању дужности обавештавања дата је у литератури управо имајући у виду хипотетички случај у коме продавци нису обавестили купце о томе да је, непосредно пре закључења уговора, право пролаза преко непокретности измењено одлуком надлежног органа, чиме је дозвољено и моторним возилима да туда пролазе. Проширењем службености пролаза, што је допринело повећању буке, нарушена је једна од главних предности непокретности – тишина. Више о томе у Е. Grassl-Palten, R. Madl, R. Kundi, H. Ofner, 193 и даље.

¹¹²⁰ Вид. Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 742/2006 од 28. јуна 2006, *ParagrafLex*.

са постојећим или предстојећим ограничењима.¹¹²¹ Другим речима, довољно је да се докаже продавчево знање, а за санкцију због прећуткивања тих информација купцу довољна је и обична непажња. Ипак, за разлику од општих правила одговорности за материјалне и правне недостатке, законодавац је на овом месту изричито ограничио продавчеву одговорност на случајеве када је он био свестан да постоје посебна јавноправна ограничења или да се она могу очекивати, а то је прећутао купцу. Стога чуди што у том случају суд није није тражио доказ о томе да су продавцу заиста биле познате околности увоза и регистрације предметног возила; он се задовољио и тиме да је продавац за њих „могао знати“, имајући у виду околности случаја.¹¹²² Тиме је несумњиво суд проширио домен примене чл. 514.

У другим случајевима се, пак, о постојању дужности обавештавања закључује на основу примене правила о превари.

О једном таквом примеру већ је било речи и он датира из праксе Врховног суда Југославије још пре доношења Закона о облигационим односима.¹¹²³ У том случају, купац је куповао земљиште ради изградње, при чему је своју побуду јасно ставио до знања продавцу. Продавац је, упркос томе, прећутао купцу чињеницу да је земљиште обухваћено постојећим регулационим планом за изградњу улице и тиме га одржавао у заблуди о намени земљишта. Суд је такво понашање окарактерисао као преварно и усвојио купчев захтев за престанак уговора. Значај те одлуке је двоструки. Прво, она показује да се уговор може

¹¹²¹ Та ограничења, према ставовима у теорији, могу произлазити из свих аката државне власти, општег или посебног карактера, којима се искључује, ограничава или умањује право или овлашћења умаоца права: примера ради, покренут (или најављен) поступак експропријације или конфискације; поступак којим се одређена ствар ставља ван промета; забрана градње; забране или ограничења у спољнотрговинском промету итд. В. Капор (1980), 1010; С. Перовић (1980в), 141; Нрвоје Момчиновић, *Komentar Zakona o obveznim odnosima* (ur. Vilim Gorenc), Zagreb 2014, 747.

¹¹²² У тексту пресуде који нам је доступан, суд не образлаже зашто је одговорност продавца „проширио“ и на случај где је он само могао знати за посебна јавноправна ограничења. Одговор би могао лежати у томе што се општа правила о одговорности за материјалне и правне недостатке примењују и онда када преносилац није знао нити је могао знати за недостатак. Другим речима, и када нема кривице преносиоца за недостатак на ствари, услед примене начела једнаке вредности узајамних давања. Ипак, чини се да се не може сматрати случајним што је законодавац, за разлику од општих правила, одговорност продавца на овом месту изричито ограничио на случај када је поступао несавесно – када је за постојећа или будућа ограничења знао. Вид. тако и Н. Момчиновић, 748.

¹¹²³ Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1003/58, *Збирка судских одлука*, књига 4, свеска 1, бр. 36, 83 и 85. Вид. и М. Вуковић, 729.

поништити¹¹²⁴ и када је једна страна била у заблуди о постојању и садржини регулационог плана, што представља пример заблуде о праву. Друго, још значајније, суд је дозволио поништење упркос томе што је регулациони план акт са чијом садржином је купац могао сам да се упозна и тиме спречи сопствену заблуду. Како се у тексту одлуке наводи: „Туженој не користи ова обмана, без обзира да ли је тужилац био у могућности да се обавијести о стању ствари у погледу регулационог плана. У интересу сигурности промета и поштења мора се судити по правном правилу да обмана никоме не помаже.“ Тиме је суд, заправо, исказао став, посебно изражен у француској судској пракси, да „превара све квари“ (*fraus omnia corrumpit*) и да је, у случају преваре, свака заблуда извињавајућа. Као што се и на основу ове одлуке може закључити, то важи не само за превару активним понашањем, већ и за превару ћутањем. Свестан купчеве намере да на земљишту гради, самим тим и његове заблуде о постојању и садржини регулационог плана, управноправног акта којим се осујећује таква намера, продавац је био дужан да га из те заблуде извуче и обавести о околностима које утичу на могућност коришћења ствари и остварење намере због које ју је купац прибавио. Дужност обавештавања постоји и ако природа информације указује на то да је реч о информацијама правног карактера. Заблуда о праву се, наиме, и у том случају, свела на заблуду о својствима предмета.¹¹²⁵ Ћутање о томе несумњиво се сматра погрешним поступањем, а његово санкционисање потврдом да је повређена дужност обавештавања.

Поверење које је једна страна имала у другу, имајући у виду њено професионално својство, али и чињеницу да му је скренула пажњу на циљ који жели постићи закључењем уговора, утицало је на одлуку Врховног касационог суда да усвоји захтев за поништење уговора, иако је реч о заблуди која се

¹¹²⁴ Заправо, у делу одлуке који се наводи у литератури стоји да купац има право да „тражи раскид уговора и повраћај плаћене куповине...“, али се одлука наводи као пример уз §871 новелираног АБГБ, односно §537 Српског грађанског законика, којим се регулишу последице уговора закљученог у заблуди и превари. Чини се да је термин „раскид“ само (погрешно) употребљен уместо прецизнијег термина „поништење“, мада цитирани део одлуке није довољан да би се то могло несумњиво закључити. М. Вуковић, 729.

¹¹²⁵ Штавише, и професор Вуковић је тај пример из судске праксе означио као „заблуду о намени објекта“, иако је таква заблуда, заправо, последица заблуде о постојању и садржини једног управноправног акта, која се у крајњем свела на заблуду о својствима предмета. М. Вуковић, 729.

уобичајено сматра неизвињавајућом.¹¹²⁶ Наиме, тужилац, запослени, навршио је 65 година живота, чиме је испунио услов за одлазак у старосну пензију. Како је за остваривање тог права било потребно да му престане радни однос, он је са писаним захтевом отишао код послодавца и захтевао престанак радног односа због одласка у пензију. Послодавац је, међутим, такав писани предлог одбио и предложио закључење споразумног раскида уговора о раду. Како није био свестан да је последица споразумног раскида уговора губитак отпремнине, а ослањајући се притом на саговорача коме је скренуо пажњу на своју намеру, запослени је потписао уговор не прочитавши га. Врховни касациони суд је усвојио захтев за поништење уговора услед заблуде. У образложењу је наведено да је „тужилац тражио да му радни однос престане код туженог због одласка у пензију, при чему није знао последице потписивања споразума о престанку радног односа, односно није имао потребна знања да би могао да направи разлику између споразумног престанка радног односа и престанка радног односа због одласка у пензију. Циљ тужиоца је био да прикупи сву потребну документацију ради остваривања права на старосну пензију. Стога правилно закључују нижестепени судови да је на страни тужиоца постојала мана воље приликом потписивања споразума о престанку радног односа – заблуда у погледу битног својства предмета таквог споразума, тј. околност да тужилац има и право на исплату отпремнине због одласка у пензију, што није било регулисано споразумом о престанку радног односа“.¹¹²⁷

Има, међутим, и другачијих примера, у којима се показује извесна суздржаност суда да дозволи поништење уговора услед заблуде о праву, иако околности случаја указују на то да би она могла бити извињавајућа. Реч је, наиме, о случају у коме је запослена тражила поништење споразумног раскида уговора о раду који је са својим послодавцем, уз исплату отпремнина, закључила у погрешном уверењу да би јој радни однос у сваком случају престао у будућности. Наиме, новим актима о систематизацији радних места за њено радно место било је предвиђено да запослени мора имати виши степен стручне спреме од оне коју је

¹¹²⁶ Вид. Пресуду Врховног касационог суда, Рев2 785/2015, од 23. септембра 2015, <http://www.vk.sud.rs/sr>, 20. април 2018.

¹¹²⁷ Као што се може видети, и у тој пресуди је заблуда о праву у крајњем сведена на заблуду о битним својствима предмета споразума.

она поседовала.¹¹²⁸ Међутим, оно о чему је тужилац био у заблуди јесте да, према Уредби о разврставању радних места намештеника, и запослени (дактилограф) који има нижи степен стручне спреме може бити распоређен и на послове (дактилографа) за које се захтева виши степен стручне спреме, „ако његово радно искуство на пословима радног места обезбеђује делотворно вршење тих послова“.¹¹²⁹ Другим речима, запослена је, у време кад је закључивала споразумни раскид уговора о раду, била у заблуди у вези са тиме да постоји правна норма која дозвољава могућност да она остане запослена на истом радном месту, иако је за њега предвиђена виша стручна спрема. Према њеним тврдњама, да је за такву могућност знала, не би пристала на закључење споразумног раскида уговора о раду. Мада је првостепени суд нашао да се у том случају радило о битној заблуди и усвојио захтев за поништење, такву одлуку је преиначио Апелациони суд, наводећи да се „ради о пропису који је објављен у Службеном гласнику Републике Србије и самим тим је морао бити доступан свима на непознавање таквог прописа не може бити заблуда у овом случају, а ни уопште“.¹¹³⁰

Из текста одлуке несумњиво се може закључити да је Апелациони суд изнео један општи став: непознавање прописа који је објављен и свима доступан неће се толерисати не само у конкретном случају већ ни иначе. Суд се, без икакве оградe, у апсолутном смислу придржавао принципа да се нико не може позивати на то да не зна право. На одлуку Апелационог суда није утицала чињеница да се у улози запосленог налазило лице чија стручна спрема (основно образовање) јасно указује на то да је реч о лаику. Још се мање осврнуо на чињеницу да се у улози сауговорача, послодавца, налазио орган за прекршаје, професионалац. Суду је, осим тога, очигледно било ирелевантно и о ком је конкретно пропису жртва била

¹¹²⁸ Тужилац (запослена) је, наиме, 2006. године засновала радни однос у Општинском органу за прекршаје, као дактилограф, на неодређено време. У октобру 2009. године усвојен је Акциони план за решавање вишка запослених у правосудним органима и органима за прекршаје у условима реформе правосудног система, а након тога су донети привремени акти о систематизацији послова према којима је било прописано да се за радно место дактилографа – записничара захтева, између осталог, трећи или четврти степен стручне спреме. Иако је испуњавала све остале услове, тужиља није испуњавала услов који се односи на степен стручне спреме јер је имала само завршену основну школу. Вид. Пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 1-1989/2012 од 21. септембра 2012, *ParagrafLex*.

¹¹²⁹ Вид. чл. 16а Уредбе о разврставању радних места намештеника, *Службени гласник РС*, бр. 5/2006 и 30/2006.

¹¹³⁰ Вид. Пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 1-1989/2012 од 21. септембра 2012, *ParagrafLex*.

у заблуди – ако је објављен и доступан свима, његова садржина јој је морала бити позната.

Та одлука може бити занимљива и из угла предуговорне дужности обавештавања. Тужилац је, наиме, у поступку изнео да је схватио да је био жртва заблуде тако што је, након престанка радног односа, сазнао да је „Министарство правде било упутило обавештење тадашњим органима за прекршаје [...] да сви дактилографи који имају завршену основну школу могу да буду распоређени по привременим актима о систематизацији места јер испуњавају услове за то радно место и да по том основу нема могућности да им буде отказан уговор о раду“, да су „старешине органа биле дужне да са тим дописом упознају сва заинтересована лица“ и да „старешина органа у коме је тужиља радила тако није поступио“.

На основу дела текста одлуке који је доступан може се закључити да суд у просуђивању није разматрао ниједан од тих навода тужиоца: ни да ли је надлежно министарство заиста упутило обавештење; ни да ли је послодавац заиста био дужан да о томе обавести заинтересована лица; ни да ли је послодавац извршио такву дужност (или „дужност“) или се о њу оглушио; ни, ако се оглушио, да ли је то учинио са намером. Чини се да би одговор на та питања могао да отвори нова: ако је министарство „подсетило“ послодавца на садржај конкретне правне норме по којој се на иста радна места могу распоедити и запослени са нижом стручном спремом, да ли се заиста основано могло очекивати да запослени мора познавати ту исту норму; није ли се он оправдано могао поуздати у то да би га послодавац, пре споразумног раскида уговора, обавестио о могућности да остане у радном односу, ако таква могућност постоји на основу прописа? Поверење које странка има у саговорника-стручњака може утицати на процену њене пажње.¹¹³¹ То нарочито ако се има у виду да су запосленима била доступна друга акта (Акциони план и привремени акти о систематизацији радних места), у којима није била наведена таква могућност. Да ли се основано могло очекивати да се запослени даље распитују о својим могућностима?

Од две ствари је једна: или је суд сматрао да су околности на које је тужилац указао ирелевантне за његову одлуку, што би значило да сматра да није

¹¹³¹ Д. Хибер (1991), 404.

постојала дужност обавештавања; или је пропуст да се те околности размотре био случајан. Вероватнијом се чини прва опција.

5.2.2.4.3.3 Дужност обавештавања и заблуда о пуноважности уговора

Посматрано у ширем смислу, посебан вид заблуде о праву може представљати и заблуда о пуноважности уговора. Да не буде забуне, заблуда о пуноважности уговора није такав вид заблуде о праву који би уговор могао учинити рушљивим.¹¹³² Код заблуде о праву, као мани воље услед које се уговор може поништити, једна страна је закључила уговор на који иначе не би пристала да није била у заблуди. Насупрот томе, код заблуде о пуноважности уговора или, како је Цигој назива, „правне заблуде у погледу закључења правног посла“, страна је заправо у заблуди о томе да је уговор уопште настао.¹¹³³

Заблуда о пуноважности уговора јесте заблуда о испуњености свих неопходних услова за закључење уговора. Она је најчешће последица непознавања прописа, примера ради, да је трговање или извоз одређеног предмета забрањен, да се за закључење уговора захтева сагласност надлежног органа или да се за пуноважност правног посла захтева форма.

Специфичност тог „вида“ заблуде о праву (у ширем смислу) јесте у томе што уговор не настаје или, услед ништавости, не производи правна дејства.¹¹³⁴ Сауговорач који се позива на то да је био у заблуди о пуноважности посла то не чини да би изашао из уговорног односа. Уговора, по природи ствари, овде нема или он не производи правна дејства. Напротив. Жртва „заблуде“ то чини најчешће¹¹³⁵ како би издејствовала накнаду штете која му је закључењем

¹¹³² *Ibid.*, 401.

¹¹³³ С. Цигој (1980), 193.

¹¹³⁴ На овом месту се пажња неће посвећивати разлици, која се у теорији убичајено чини, на ништаве и непостојеће правне послове јер је за потребе овог рада ирелевантна. И у једном и у другом случају, за жртву такве заблуде може настати штета управо зато што уговор није (пуноважно) закључен. О разлици између ништавих и непостојећих уговора вид. (уместо многих) у Катарина Доловић, „Непостојећи уговор“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2012, 263 и даље; Лепосава Карамарковић, *Расправе из уговорног, одитетног и процесног права*, Београд 2002, 7 и даље.

¹¹³⁵ У немачкој судској пракси се последњих деценија јављају и случајеви у којима је суд обавезивао другу страну да изврши обавезу коју је „преузела“ закључењем уговора коме недостаје форма. Другим речима, иако нису испуњени сви услови за настанак пуноважног уговора (услед недостатка форме), исход судског спора би могао бити испуњење уговора уколико би суд дошао

неважећег уговора причињена. Стога, иако такав вид заблуде о праву није разлог рушљивости уговора, због чега се не примењују правила о манама воље, она и те како завређује пажњу уколико се отвори питање одговорности „сауговарача“ за ништавост правног посла, а посебно питања да ли је постојала дужност обавештавања о томе да је пуноважно закључење одређеног уговора немогуће или да је пуноважност уговора условљена испуњењем додатних услова.¹¹³⁶

Тек поједини упоредноправни системи, којима припада и наше право, садрже посебну норму којом се изричито регулише одговорност за штету насталу закључењем ништавог уговора.¹¹³⁷ Али, чини се да је важно напоменути да изостанак такве изричите норме у неким другим системима није спречио судове да дођу до истог исхода.

Анализа тих решења указује на то да су и у једним и у другим системима готово идентични услови чије се испуњење захтева како би се родила одговорност за штету услед закључења неважећег уговора. Они се свде на испитивање држања сауговарача, њихове савесности, односно кривице због закључења непуноважног уговора.

до закључка да би, према начелу савесности и поштења (§242 БГБ), оштећена страна имала право да захтева испуњење уговора, односно да би истицање ништавости уговора од друге стране било у супротности са тим начелом. Таква пракса суда наилази на критику јер суд, ако се ослања само на начело савесности и поштења, једну неважећу обавезу претвара у пуноважну. То може значајно да угрози правну сигурност. Према наводима у литератури, то се, међутим, дозвољава само у изузетним случајевима – када би ништавост уговора због недостатка форме имала „апсолутно неподношљив резултат“ (*schlechthin untragbares Ergebnis*) по оштећену страну; за такву судску конвалидацију уговора, не би било довољно да се утврди да би последице ништавости уговора само биле неповољне. То би подразумевало да је учињена груба повреда дужности пажње и лојалног поступања једног сауговарача и да ништавост уговора озбиљно угрожава економско стање другог (невиног) сауговарача. Груба повреда дужности пажње постоји онда када једна страна, знајући да се уговор мора закључити у одређеној форми, намерно спречи испуњење тог законског услова, како би се касније могла позивати на то да уговор није закључен у предвиђеној форми. Као добар пример, у литератури се наводи случај који се нашао пред Савезним судом Немачке. Наиме, купац је било лице старије доби, које је непокретност купио како би у њој провео своје дане у пензији. Његове године, намера због које је купио ствар и чињеница да накнада штете не би била адекватно решење јер је постојала велика вероватноћа да ће ускоро умрети утицале су на то да суд усвоји захтев купца да му се досуди право својине на непокретности, иако уговор није испуњавао све захтеве форме. В. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnston, 85–86; R. Zimmermann, D. A. Verse, 258–259; Stephan Lorenz, Wolfgang Vogelsang, *Precontractual Liability in European Private Law* (eds. John Cartwright, Martijn Hesselink), Cambridge 2008, 318.

¹¹³⁶ Више о томе у Н. Beale, В. Fauvarque-Cosson, Ј. Rutgers, D. Tallon, S. Vogenauer, 418 и даље.

¹¹³⁷ Вид. чл. 108 ЗОО; чл. 1338 ИГЗ; чл. 7:304 DCFR. У теорији се помиње и §878 АБГБ, као одредба која се има сходно применити на све случајеве одговорности за ништавост уговора, иако се у њеном тексту помиње изричито само одговорност због ништавости услед закључења уговора са немогућим обавезама. W. Posch (2016), 83; S. Lorenz, W. Vogelsang, 318.

Најпре, одговорност за штету због закључења непуноважног уговора јесте субјективне природе. Дужник накнаде штете мора бити крив за закључење ништавог уговора. То јасно произлази и из текста чл. 108 ЗОО: уговарач *који је крив* за закључење ништавог уговора одговоран је своме сауговарачу за штету коју трпи због ништавости уговора, ако овај није знао или према околностима није морао знати за постојање узрока ништавости.

То свакако отвара питање: у чему се огледа кривица сауговарача? Шта је евентуални дужник накнаде штете урадио или пропустио да уради због чега се родила његова одговорност за штету? Међу системима који изричито предвиђају одговорност због закључења ништавог уговора, наш законодавац је један од ретких, ако не и једини, који не пружа јасне смернице за утврђивање кривице сауговарача-дужника накнаде штете. Анализа упоредноправних решења показује да се кривица најпре огледа у томе што један сауговарач зна да постоје околности које спречавају настанак пуноважног уговора, али свесно приступа његовом „закључењу“. Међутим, осим тога, сауговарач ће бити крив за закључење непуноважног уговора и онда када је за такве околности *требало да зна*.¹¹³⁸ Одговорност стога постоји не само када је једна страна била свесна да закључује ништав уговор већ и када је својом непажњом пропустила да уочи околности које ће га учинити ништавим. Решење делује прихватљиво и за наше право, посебно узевши у обзир да су исте такве смернице дате за процену држања сауговарача-повериоца накнаде штете (жртве заблуде о пуноважности уговора).¹¹³⁹ Томе у прилог говоре и примери из наше судске праксе.¹¹⁴⁰

¹¹³⁸ Према §878 АБГБ, страна која је, приликом закључења уговора, знала или је требало да зна за немогућност испуњења уговора, дужна је другој страни, ако то исто не важи за њу, надокнадити штету коју је претрпела услед поверења у пуноважност уговора. Према чл. 1338 ИГЗ, сауговарач који зна или би требало да зна да је уговор ништав и пропусти да о томе обавести другу страну дужан је да јој надокнади штету насталу ослањањем на пуноважност уговора. Према чл. 7:304 DCFR, сауговарач уговора који је ништав или поништен, у целини или делимично, има право да од друге стране захтева накнаду штете која му је причињена услед тога, под условом да није знао нити се разумно могло очекивати да зна за разлог ништавости/рушљивости, као и да је друга страна знала или се разумно могло очекивати да зна за разлог ништавости/рушљивости. Мада се у швајцарском праву не може наћи слична одредба, одговорност због пропуста да сауговарача обавести о разлозима ништавости уговора прихваћена је у швајцарској доктрини и судској пракси не само онда када је сауговарач знао већ и када је требало да зна за разлоге ништавости. Вид. о томе у Peter Loser, *Precontractual Liability in European Private Law* (eds. John Cartwright, Martijn Hesselink), Cambridge 2008, 331–332.

¹¹³⁹ Види други део одредбе чл. 108 ЗОО.

¹¹⁴⁰ Тако, у случају који се нашао пред Врховним судом Србије, суд је усвојио захтев тужиоца за накнаду штете управо зато што је нашао да је тужени „поступао крајње нестручно и

Судећи према наводима у упоредноправној литератури, дужност да зна за разлоге ништавости, нарочито уколико су они последица неиспуњења свих законских претпоставки за пуноважност уговора, најчешће се у судској пракси наметала оним сауговорачима који имају посебна стручна сазнања (професионалцима).¹¹⁴¹ Од њих се очекује да буду упознати са свим условима чије испуњење закон захтева како би настао пуноважан уговор. То подразумева и дужност да се о њима обавесте пре закључења уговора. Како би се предупредила одговорност за штету која би другој страни могла бити причињена, корисно је, али не и неопходно, да се отклоне разлози који би учинили уговор ништавим. У том смислу, довољно ће бити да се о постојању тих разлога сауговорач само обавести пре закључења уговора.¹¹⁴²

С друге стране, на одговорност сауговорача за штету која је настала услед поверења у пуноважност закљученог уговора може се позивати само савесна друга страна – она којој се не може једнако замерити да је знала или морала знати за постојање узрока ништавости. Не може се говорити о заблуди о пуноважности уговора, те ни о штети због поверења, уколико је друга страна знала за разлог ништавости. Али, у којим ће случајевима заблуда о пуноважности уговора, због свог неизвињавајућег карактера, спречити настанак одговорности? Када је жртва

непрофесионално“ јер је пропустио да покаже дужну пажњу и тиме спречи настанак ништавог уговора. Наиме, тужени је, у току Светског првенства у фудбалу, организовао Спортску кладионицу. Тужилац је уплатио два тикета. Међутим, Одлуком управног одбора туженог, та игра је поништена, као и сви уплаћени листићи, јер добитна комбинација није зависила од неизвесног догађаја, па се самим тим није радило о игри на срећу већ је постојао систем у којем играч уплатом остварује добитак који је већи од улога. Вид. Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 174/2004 од 16. фебруара 2005, *ParagrafLex*.

¹¹⁴¹ Вид. о случају из немачке судске праксе, од 29. јануара 1965. године: „*A failure on the part of a commercial company to ensure that a contract concluded with private individuals complies with the necessary formalities represents a breach of the company's duty to conduct pre-contractual negotiations with care, and can give rise to a claim to compensation for the loss suffered as a result.*“ Н. Beale, В. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, D. Tallon, S. Vogenauer, 420 и даље.

¹¹⁴² То се јасно види и из формулације чл. 1138 ИГЗ: сауговорач који зна или би требало да зна да је уговор ништав и пропусти да о томе обавести другу страну дужан је да јој надокнади штету насталу ослањањем на пуноважност уговора. Аустријски писци наводе да је предуговорна дужност да се другој страни укаже на препреке које спречавају закључење пуноважног уговора праксом аустријског Врховног суда значајно проширена и дужношћу да се предузму све могуће мере како би се уклониле препреке које воде ништавости уговора. Тако, суд је нашао да је послодавац, при закључењу уговора о раду, дужан не само да обавести запосленог (који није домаћи држављанин) да му је за обављање радних дужности потребна радна дозвола већ и да предузме све како би прибавио његову радну дозволу, уколико му је обећао да његово запослење неће проузроковати никакав проблем. Ако то не уради, дужан је да му надокнади штету. W. Posch (1991), 46–47.

заблуде била дужна да зна за разлоге ништавости? Или, посматрано из другог угла: када је њено незнање оправдано?

Имајући у виду основно правило да незнање права шкоди, полазна је претпоставка да је свака страна дужна да се сама информише о законским условима за пуноважност уговора који закључује.¹¹⁴³ Уколико се то не учини, сматраће се да сауговорачи нису показали пажњу која се од њих очекује при закључењу уговора. Дужност обавешавања о законским условима за пуноважност уговора намеће се, стога, у упоредном праву само изузетно. Утврђивање да ли та дужност постоји зависиће у великој мери од својстава сауговорача и тога да ли се од жртве заблуде, имајући у виду околности конкретне случаја, могло основано очекивати да познаје конкретна законска правила.¹¹⁴⁴ Судови чешће налазе да је постојала дужност искусније стране да сауговорачу пружи сва потребна обавештења о законским условима пуноважности уговора. То је посебно случај уколико је реч о професионалцу који уговара са лаиком; од стручњака се очекује виши степен дужности пажње према сауговорачевим интересима јер његово професионално својство може утицати на то да се сауговорач оправдано поузда у то да ће о свим захтевима пуноважности уговора бити обавештен.¹¹⁴⁵

¹¹⁴³ Преовлађујући је став италијанске судске праксе да се кривица претпоставља уколико је заблуда о пуноважности уговора последица незнања правила предвиђених законом. Другим речима, ако је неважност уговора последица тога што нису испуњени сви законом предвиђени услови, жртва заблуде морала би да доказује да није крива за своје непознавање прописа. P. G. Monateri, A. Musy, F. A. Chiaves, 84; Michele Graziadei, *Good Faith in European Contract Law* (eds. Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker), Cambridge 2008, 270.

¹¹⁴⁴ У литератури се помиње пример из немачке судске праксе у коме је суд сматрао да је једна страна била дужна да упозори другу страну на то да је потребно одобрење државног органа како би уговор производио правна дејства. Проблем је био у томе што су законска правила о размени са иностранством такво одобрење државног органа захтевала само у случају када сауговорач има странско држављанство. У таквим случајевима не може се увек претпоставити да је друга страна знала да је, за пуноважност уговора, потребна дозвола државног органа. Повреда дужности упозорења може родити право на накнаду штете, према правилима о предуговорној одговорности. W. Lorenz, 171. За пример из италијанске судске праксе, да је суд дужан да узме у обзир понашање оба сауговорача у процени да ли су поступали савесно и поштено при закључењу уговора, чак и када је реч о непознавању прописа, вид. Alberto Musy, *Precontractual Liability in European Private Law* (eds. John Cartwright, Martijn Hesselink), Cambridge 2008, 324–325.

¹¹⁴⁵ Вид. §1299 АБГБ. Таква дужност може да произађе из посебне везе која постоји између сауговорача. Према ставу Савезног суда Немачке, то је случај само уколико једна страна зна да је друга неискусна и да се ослањала на њено правно знање када је реч о пуноважности уговора. Прихваћено је да дужност пажње (*Betreuungspflicht*) може произаћи и из тога што је једна страна професионалац. Друга страна се, стога, могла основано поуздати у њено експертско знање. Ако се једна страна ослањала на професионализам друге стране, друга страна ће бити одговорна ако пропусти да обавести прву о захтевима форме због које уговор није пуноважан. W. Posch (2008); Olivier Deshayes, Grégory Maitre, *Precontractual Liability in European Private Law* (eds. John

Према ставовима у нашој теорији,¹¹⁴⁶ понашање сауговарача има се упоредити са понашањем доброг домаћина, односно доброг привредника. Чини се да се истим резоновањем води и наша судска пракса, мада доступне одлуке показују да су се пред судом углавном јављали случајеви у којима су обе стране били привредни субјекти. Тако, Врховни касациони суд је, у једној одлуци скоријег датума, одбио захтев за накнаду штете због ништавости уговора која су сауговарачи закључили. Ништавост оба уговора била је последица тога што је, у име туженог, уговор закључио вршилац дужности директора, без прибављене сагласности Скупштине, иако се њима располагало имовином велике вредности. Према схватању суда, „разлози ништавости уговора тужиоцу су морали бити познати“ јер је он дужан да се понаша „у складу са стандардом доброг привредника“. Стандард доброг привредника суд је протумачио на врло широк начин. Према њему, подразумева се да тужилац мора имати сазнања о неколико околности: прво, каква се располагања, према Закону о привредним друштвима, сматрају располагањима имовином велике вредности; друго, на који начин се може располагати имовином велике вредности; треће, да ли се конкретан уговор који закључује са сауговарачем може сматрати располагањем имовином велике вредности, имајући у виду финансијске извештаје сауговарача, који су јавно доступни.¹¹⁴⁷

Накнаде штете, стога, нема у случају обостране савесности или несавесности.¹¹⁴⁸

Cartwright, Martijn Hesselink), Cambridge 2008, 317; S. Lorenz, W. Vogelsang, 318–320; P. Loser, 331–332.

¹¹⁴⁶ Б. Визнер, 469.

¹¹⁴⁷ Вид. Пресуду Врховног касационог суда, Прев. 77/2016 од 24. новембра 2016, <http://www.vk.sud.rs/>, 31. јул 2017.

¹¹⁴⁸ Б. Визнер, 469. Вид. и Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 3942/2014(2) од 10. јула 2014, *Судска пракса привредних судова*, *Билтен* 1/2015, *ParagrafLex*, у којој се наводи следеће: „уколико нема кривице, односно несавесности ниједног од сауговарача, или је кривица обострана, онда нема ни накнаде штете. У конкретном случају првостепени суд је правилно утврдио да су и тужилац и тужени скривили ништавост основног уговора о испоруци кеса, имајући у виду да је тужилац морао знати да се ниједна измена уговора не може усмено вршити, као и да са туженим може ступати у правне односе само након законом спроведеног поступка јавне набавке, а да тужени, као страна којој је, на основу Закона о јавним набавкама, забрањено закључивање двостранотеретних уговора усменим путем, са којих разлога су обе парничне стране несавесне“. Део одлуке који је доступан не даје више информација о околностима конкретног случаја и шта је суд, осим чињенице да је реч о привредним субјектима, још могао имати у виду када је доносио такву одлуку.

Ни у закону, а ни у судској пракси, не води се рачуна о степеновању несавесности сауговарача. Уколико су обе стране знале за узрок ништавости уговора, одговорности не може бити јер не може бити ни поуздања у његову пуноважност. С друге стране, уколико су обе стране, поступајући непажљиво, скривиле непуноважност уговора, ни тада не може бити одговорности за штету – шта се може приговорити једном, могло би се приговорити и другом сауговарачу. Шта се, међутим, дешава уколико несавесност сауговарача није истог нивоа? Шта ако је један сауговарач поступао са намером, а други непажљиво? Да ли би накнаду штете због поверења у пуноважност уговора могао од сауговарача који је намерно проузроковао неважност уговора да захтева онај сауговарач који је непажњом утицао на сопствену заблуду? Може ли се и на овом месту применити правило да „превара чини заблуду извињавајућом“?¹¹⁴⁹

5.2.3 Подела дужности обавештавања према својој природи (дужност обавештавања, саветовања и упозорења)

Анализа објекта опште предуговорне дужности обавештавања захтева и један другачији поглед на природу информација које га чине.

Наиме, у упоредноправној литератури, али и богатој судској пракси, у оквиру дужности обавештавања (схваћене у ширем смислу) прави се трипартитна подела на дужност обавештавања у ужем смислу, дужност саветовања и дужност упозорења.¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁹ Уобичајено се предвиђа да нема одговорности сауговарача уколико је жртва заблуде непажњом скривила сопствену заблуду. За став да у швајцарском праву одговорност једног сауговарача може бити и само ограничена, а не потпуно искључена, уколико је други сауговарач поступао непажљиво, вид. Р. Loser, 331–332.

¹¹⁵⁰ Вид. примера ради, М. Fabre-Magnan (1992), 7 и даље, 379 и даље; Martine Behar-Touchais, „Rapport introductif“, у „Information, conseil, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d’obligations à la charge du professionnel“, *Revue des contrats, Débats* - Juillet 2012, 1041 и даље; J. Ghestin (2013), 1314 и даље. Сва три степена информисања препозната су и од француског Касационог суда. Вид. примера ради, одлуку од 27. фебруара 1985, бр. 84-10022, и одлуку од 3. јула 1985, бр. 84-10875: „*Il appartient au vendeur professionnel de matériau acquis par un acheteur profane de le conseiller et de le renseigner, et, notamment, d’attirer son attention sur les inconvénients inhérents à la qualité du matériau choisi par le client, ainsi que sur les précautions à prendre pour sa mise en oeuvre, compte tenu de l’usage auquel ce matériau est destiné.*“

Уопштено речено, критеријум те поделе огледа се у различитој природи информације коју дужник дугује повериоцу, али и различитом степену ангажованости која се у извршењу те дужности очекује од дужника.

Пре објашњења тих појавних облика, неопходна је једна напомена: иако између њих постоји одређени степен разлике, што ће се показати, он није такав да их могуће потпуно, јасно и строго разграничити, те посебно анализирати као категорије независне једна од друге.¹¹⁵¹ Често је тек у односу на конкретне околности случаја, али ни тада са апсолутном сигурношћу, могуће утврдити да ли је реч о дужности обавештавања у ужем смислу, дужности саветовања или дужности упозорења. Узрок је у њиховој међусобној испреплетаности. Немогуће је дати савет или упозорење без пружања обавештења о одређеним чињеницама; свест о њима представља мотив да се да савет или упозорење.¹¹⁵² Извршење дужности саветовања или упозорења, дакле, претпоставља извршење дужности обавештавања. С друге стране, када информације „говоре саме по себи“,¹¹⁵³ просто обавештавање о њима може вршити исту функцију као и саветовање. Ни између саветовања и упозорења нема јасне границе: понекад се суштина савета своди на упозорење друге стране на негативне последице одлуке коју доноси. Тешко је тада одредити да ли је реч о дужности саветовања или дужности упозорења.¹¹⁵⁴

¹¹⁵¹ М. Fabre-Magnan (1992), 9.

¹¹⁵² У тежњи да начине јасну разлику између дужности обавештавања и дужности саветовања, поједини аутори наводе да само дужност обавештавања може бити предуговорног карактера, док дужност саветовања увек има уговорни карактер јер се односи на правилно извршење уговорних обавеза. В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 123; Y. Boyer, 328 и даље. Такав став своју потпору налази и у судској пракси: велики је број одлука у којима суд заснива повреду дужности саветовања на одредби чл. 1147 неизмењеног ФГЗ, којом је била уређена уговорна одговорност. Позивање на уговорну одговорност често се теоријски објашњава дејством атракције: информација се односи на ризике неизвршења уговора, па се у том смислу квалификовала као уговорна дужност. А.-S. Barthez, D. Houtcief, 253. Ипак, такво схватање оправдано заслужује критику: како се одређени савет може датовати у предуговорној фази, тако се обична обавештења могу датовати у уговорној фази. J. Ghestin (2013), 1316. Каква ће у конкретном случају бити природа те дужности, пресудно зависи од тога да ли између саговорача већ постоји уговорни однос и од тога како би одређена информација утицала на вољу повериоца да закључи уговор. М. Fabre-Magnan (1992), 384–385.

¹¹⁵³ „...*parlent d'eux-mêmes*“. J. Ghestin (2013), 1316.

¹¹⁵⁴ Поједини аутори говоре о позитивним и негативним саветима (*conseils positifs et négatifs*). Позитивни савети су они којима дужник упознаје повериоца са решењима које сматра најадекватнијим за задовољавање његових потреба, док се негативним сматрају они којима се сигнализирају ризици које закључење уговора носи за другу страну. V. Christianos, 90–91. Оне често и прате једна другу. Упозорење понекад може бити недовољно уколико га уједно не прати и савет како да се избегну опасности на које се указује. М. Fabre-Magnan (1992), 390.

Али, то разграничење и није од пресудне важности – оно је више теоријског него практичног значаја. Из угла правне сигурности и извесности много је значајније сазнати, утврдити, када је дужност обавештавања (схваћена у ширем смислу) извршена него да ли је информација која се преноси, по својој природи и садржини, обично обавештење, савет или упозорење.

5.2.3.1 Дужност обавештавања у ужем смислу

Дужност обавештавања у ужем смислу или дужност простог обавештавања (фр. *obligation de simple renseignement*) представља основни, по обиму најужи, а по степену оптерећености дужника најједноставнији облик дужности обавештавања у ширем смислу.

Садржину дужности обавештавања у ужем смислу чине оне информације које су неопходне, али и довољне како би се поставили *темељи* да сауговорач донесе информисану одлуку о закључењу уговора.¹¹⁵⁵ Зависно од уговора који се закључује, њена садржина може да варира, али је за извршење довољно да се сауговорачу ставе у изглед релевантне информације у њиховом сировом, „непрерађеном“ облику. Оне су, у том смислу, двоструко неутралне. Прво, лишене су било какве субјективизације у односу на конкретног повериоца. Њихов објект су обично информације које не зависе од конкретних намера или специфичних потреба сауговорача-повериоца при закључењу уговора,¹¹⁵⁶ те није ни потребно испитивати да ли су такве посебне намере или потребе биле познате дужнику. Реч је о „објективно битним“¹¹⁵⁷ чињеницама, таквим да интересују сваког ко се јави у улози повериоца. Друго, информације које се прослеђују повериоцу лишене су било каквог вредносног суда дужника о њима. Дужник није дужан да се стави у позицију сауговорача и указује на све оне позитивне и негативне аспекте закључења уговора које би требало узети у обзир или које би он узео у обзир. Он није дужан да обликује његову вољу нити да га усмерава на било који начин. Довољно је само да му презентује релевантне чињенице,

¹¹⁵⁵ М. Behar-Touchais, 1042; J. Ghestin (2013), 1314.

¹¹⁵⁶ М. Fabre-Magnan (1992), 387; С. Grimaldi, J.-F. Sagaut, 1094.

¹¹⁵⁷ В. Fages (2001), 132–134.

препуштајући му терет да их сам „процесуира“ и на основу њих закључи да ли је склапање уговора корисно.

Коначно, својство сауговарача коме се намеће дужност обавештавања у ужем смислу (просто обавештавања), ирелевантно је; у улози дужника може се наћи и субјект који има стручне компетенције и онај који их нема.¹¹⁵⁸

5.2.3.2 Дужност саветовања

Дужност саветовања (*devoir de conseil*) комплекснији је појавни облик дужности обавештавања, схваћене у ширем смислу. То је разумљиво само по себи јер саветовати није исто што и информисати. Дужност саветовања је по својој садржини шира, обимнија од дужности простог обавештавања и њено правилно извршење захтева много озбиљније ангажовање дужника.

Прво, за разлику од дужности простог обавештавања, није довољно да дужник само предочи сауговарачу своја сазнања о одређеним релевантним чињеницама. Он је, осим тога, дужан и да му те информације објасни, протумачи, приближи.¹¹⁵⁹ У том смислу се и наводи да се дужност саветовања надовезује на дужност обавештавања.¹¹⁶⁰ Савет подразумева процену, вредносни суд, препоруку дужника какав би став сауговарач требало да заузме у односу на пружене информације. Сврха саветовања је у томе да поверилац дужности саветовања стекне јасну слику о последицама закључења уговора, каква је корист од његовог закључења, предности или мане такве одлуке.¹¹⁶¹

Друго, дужност саветовања представља својеврсну „персонализацију информације“¹¹⁶² како би она била прилагођена потребама конкретног повериоца. Пружање савета јесте резултат „повезивања обавештења са циљевима које

¹¹⁵⁸ C. Grimaldi, J.-F. Sagaut, 1096.

¹¹⁵⁹ L. de Leyssac, 333–334. Тако, према ставу Касационог суда, сервисер аутомобила има професионалну дужност не само да укаже неискусном клијенту шта треба поправити већ и каква је корист од тога. Вид. одлуку Касационог суда од 20. марта 1984, 83-12371.

¹¹⁶⁰ М. Орлић (1993), 31.

¹¹⁶¹ М. Fabre-Magnan (1992), 9.

¹¹⁶² Stéphane Piedlièvre, „Assurance de groupe, obligation légale d’information et devoir de conseil du banquier“, *Recueil Dalloz* 14/2007, 986.

сауговарач жели да постигне“.¹¹⁶³ Према преовлађујућем мишљењу у француској теорији, како би пружио адекватан савет, дужник је не само дужан да узме у обзир посебне намере сауговарача или мотиве којима се руководи већ и да их истражи, да се о њима распита код повериоца.¹¹⁶⁴ У том смислу, дужност саветовања подразумева виши степен сарадње између будућих сауговарача. Између њих се мора одвијати прави дијалог, „али је на дужнику да тим дијалогом управља“.¹¹⁶⁵ Преваљивање терета на информисаног сауговарача, који би уобичајено падао на повериоца, узроковано је посебним односом поверења који се рађа између њих – због специфичних, професионалних компетенција дужника, поверилац се ослања да ће добити потребне информације које могу утицати на његову вољу да закључи уговор.¹¹⁶⁶

Треће, правилно извршење дужности саветовања подразумева да се дужник, у одређеној мери, стави у позицију сауговарача.¹¹⁶⁷ Савет служи оријентисању одлуке сауговарача, усмеравању са циљем да он учини прави избор за себе.¹¹⁶⁸ Коју ће конкретно садржину савет имати, тешко је одредити на

¹¹⁶³ „...le conseil étant la mise en relation d'un renseignement avec l'objectif poursuivi par le destinataire de celui-ci“. M. Fabre-Magnan (1992), 387.

¹¹⁶⁴ Грималди (*Grimaldi*) говори о две фазе процеса пружања савета код купопродајног уговора: прва се састоји у томе да се продавац информише о купчевим потребама; друга, да му пружи адекватан савет, узимајући у обзир његове потребе. С. Grimaldi, J.-F. Sagaut, 1095; J. Ghestin (2013), 1315. Такво схватање је подржала и судска пракса. Вид. примера ради, одлуку Касационог суда од 1. децембра 1992, бр. 90-18238: продавац је дужан да се информише о потребама свог клијента, те да га информише о свим техничким ограничењима продате ствари и о могућности да се оствари жељени циљ; одлуку Касационог суда од 7. априла 1998. године, бр. 96-16148, према којој је сауговарач – инсталатер камина – био дужан да се информише о потребама купца и да му понуди ствар која ће такве потребе задовољити. Вид. и J. Mestre (1999), 84. Вид. и одлуку ФКС од 2. јула 2014, бр. 13-10076: пружалац услуга је дужан да се обавести о томе какве су потребе његових клијената-лаика и да их обавести о техничким ограничењима предложеног телефонског система. Вид. и одлуку Касационог суда од 2. марта 2007, бр. 06-15267, према којој није довољно да банка која предложи примаоцу кредита да приступи закључењу уговора о групном осигурању само достави уговор о осигурању већ је дужна да објасни клијенту који су ризици њиме покривени, а који нису, зависно од његових потреба. Другим речима, ризици покривени осигурањем морају бити скројени према конкретном примаоцу кредита; стандардизовано обавештење није довољно. S. Piedlièvre, 985; „il incombe au vendeur professionnel de prouver qu'il s'est acquitté de l'obligation de conseil lui imposant de se renseigner sur les besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de l'informer quant à l'adéquation de la chose proposée à l'utilisation“; одлука Касационог суда од 28. октобра 2010, бр. 09-16913; Julia Heinich, „Le devoir général d'information, 480 – Typologie des obligations d'information“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016; Natacha Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes*, Paris 2011, 274.

¹¹⁶⁵ То свакако не искључује дужност повериоца да дужнику укаже на посебне околности које могу утицати на пружање адекватног савета. Уколико то не учини, дужник не може бити крив што је дао погрешне савете. J. Ghestin (2013), 1315; V. Christianos, 90–91.

¹¹⁶⁶ L. de Leyssac, 334–335.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, 333-334; J. Ghestin (2013), 1315; J. Mestre (1999), 84.

¹¹⁶⁸ M. Behar-Touchais, 1042–1043.

уопштен начин. Она у великој мери зависи од уговора који се закључује, али и од других околности случаја, као што су, примера ради, својство сауговорача и циљеви које жели да постигне закључењем. Понекад ће савет подразумевати предлог да се закључи уговор другачије садржине од оне коју је сауговорач понудио, уколико би се тиме боље задовољиле његове потребе или ако би то за њега било економичније.¹¹⁶⁹ Понекад ће, пак, пружање савета имати такве размере да се од дужника очекује да одвраћа сауговорача од закључења уговора,¹¹⁷⁰ а изузетно и да одбије да га закључи.¹¹⁷¹

Али, да не буде забуне, то не подразумева да се на дужника потпуно преваљује терет одлучивања *уместо* повериоца. Сврха дужности саветовања је да се успостави информациона симетрија између сауговорача, да се омогући да они преговарају „на истом нивоу“,¹¹⁷² али одлука о закључењу уговора и даље остаје на повериоцу. Другим речима, уколико је посаветован на правилан начин, он не може замерати дужнику на негативним последицама одлуке коју је донео, свестан свих релевантних чињеница и упркос упозорењима које је добио.¹¹⁷³ Дужност саветовања је облигација средства, а не циља.¹¹⁷⁴

Осим тога, дужност саветовања не подразумева да се дужник води *искључиво* сауговорачевим интересима, макар и на сопствену штету. То најбоље показује пример о коме смо већ говорили у вези са ограничењем дужности обавештавања: професионалац је дужан да обавести свог потенцијалног клијента о свим битним особинама производа који му нуди и дужан је да га упозори на све његове несавршености или евентуалне опасности, али дужност саветовања не иде

¹¹⁶⁹ P. Legrand (1986), 340–341.

¹¹⁷⁰ Тако, сервисер моторних возила је дужан да саветује свог неискусног клијента да није корисно предузети одређене поправке на аутомобилу, имајући у виду обимност тих поправки и малу вредност моторног возила. Вид. одлуке Касационог суда од 25. фебруара 1981, бр. 79-15227, од 20. јуна 1979, бр. 78-10318; банка је дужна да одвраћа клијента од закључења уговора о кредиту уколико сматра да је терет задужења у несразмери са средствима клијента, вид. одлуку Касационог суда од 27. јуна 1995. године, бр. 92-19212; В. Fages (2001), 132–134.

¹¹⁷¹ Гестен (*Ghestin*), примера ради, наводи да би извођач радова требало да одбије да изврши поједине радове или да би нотар требало да одбије да изврши оно што клијент од њега захтева. J. Ghestin (2013), 1315.

¹¹⁷² „*la bonne foi du professionnel comporte l'obligation de mettre le profane à son niveau de connaissance pour traiter à armes égales.*“ P. Legrand (1986), 340–341.

¹¹⁷³ Вид. одлуку ФКС од 11. јуна 1985. године, бр. 83-16004: фирма-купац је прибавила алармни систем и систем надзора, како би се заштитила од крађе. Систем се, међутим, показао као неефикасан при провали. Упркос томе, суд је сматрао да није повређена дужност саветовања јер је дужник предложио, при закључењу уговора, ефикаснији систем заштите, који фирма-купац није прихватила. J. Ghestin (2013), 1315; J. Mestre (1986), 342.

¹¹⁷⁴ V. Christianos, 93.

даље од тога – он није дужан да сауговарачу скреће пажњу да на тржишту постоје технички адекватнија или економски исплативија решења. Таква жртва се сматра претераном јер би, између осталог, директно користила његовим конкурентима.¹¹⁷⁵ Када су интереси супротстављени на тако јасан начин, дужност саветовања престаје да постоји.¹¹⁷⁶

Осим значајних разлика *ratione materiae*, дужност саветовања се од дужности простог обавештавања разликује и *ratione personae*. Наиме, пружање савета није једноставно. Оно подразумева да је њен дужник добро информисан о предмету уговора који закључује и да поседује способност да таква знања на адекватан начин подели са сауговарачем како би и његови интереси и очекивања били задовољени. С друге стране, већ је поменуто да се у основи дужности саветовања налази не само информациона асиметрија која се тежи елиминисати, већ и чињеница да се једна страна ослања на компетенције и знања друге и од ње (оправдано) очекује да добије савет, имајући у виду предмет уговора и циљеве које жели да постигне његовим закључењем. Стога се у француској теорији и пракси једногласно истиче да се дужност саветовања (*devoir de conseil*) може наметнути само професионалцима.¹¹⁷⁷ И то не само због тога што они поседују професионалне компетенције и знања на која се друга страна ослања већ и зато што унапред знају или би макар требало да знају којим се мотивима руководе сауговарачи, шта би могло да их интересује.¹¹⁷⁸

Примарно поље деловања дужности саветовања несумњиво су односи између професионалаца и лаика јер тај однос „нужно имплицира постојање

¹¹⁷⁵ Вид. одлуку ФКС од 12. новембра 1992, бр. 91-12600: околности случаја су биле такве да је једно друштво (купац) желело да прибави софтвер прилагођен посебним потребама његовог привредног пословања и у те сврхе се обратило друштву које се бавило продајом софтвера. Имајући у виду те посебности комерцијалне активности купца, продавац га је обавестио да би се оне могле обављати тек уколико софтвер, који је имао у понуди, измени и прилагоди купчевим потребама. Међутим, неколико година након закључења уговора и инсталирања тог софтвера, купац је замерио добављачу да је повредио дужност саветовања тиме што га није информисао да су, у тренутку закључења уговора, на тржишту били доступни други програми, посебно прилагођени привредним субјектима који се баве истом делатношћу као и купац. Касациони суд је захтев тужиоца одбио. J. Mestre (1993), 116–117.

¹¹⁷⁶ L. de Leyssac, 336.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, 334; P. Legrand (1986), 340; J. Ghestin (2013), 1315. Вид. о примерима дужности саветовања (нотара, архитекте, извођача радова, лекара, банака и осталих даваоца кредита, као и других пружалаца услуга, продаваца итд.) у Geneviève Viney, Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, Paris 2013, 558 и даље; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 125–126.

¹¹⁷⁸ M. Fabre-Magnan (1992), 388.

разлике у компетенцијама између сауговорача“,¹¹⁷⁹ али се на њега не ограничава. Критеријум за утврђивање ко се може наћи у улози повериоца дужности саветовања није својство (потрошача или трговца) већ *његове компетенције* у односу на предмет уговора који се закључује. Другим речима, и субјект који се бави неком привредном делатношћу може се јавити у улози повериоца, уколико му његове професионалне способности и знања не омогућавају да правилно разуме предмет уговора и да оствари сврху због које закључује уговор.¹¹⁸⁰ Оне могу представљати значајно ограничење дужности саветовања, тако што могу да спрече њен настанак и да сузе њен обим (онамо где се утврди да постоји), али не искључују потпуно могућност да се у улози повериоца нађе и трговац.

Када је реч о садржини дужности саветовања, може се поставити питање да ли савет нужно мора бити из оне сфере, домена, у коме се дужник специјализовао, односно да ли се од њега може оправдано очекивати да пружи и савете који превазилазе, у строгом смислу, тај домен. Француска судска пракса је лутала у вези са тим питањем. Ранија пракса није оклевала да професионалцима наметне дужност да изађу из окриља својих компетенција и да трагају за информацијама које интересују њихове клијенте, чак и када су и они сами професионалци.¹¹⁸¹ Већ је поменута одлука у којој је Касациони суд сматрао да је продавац алармног система дужан да обавести купца да, због материјала од кога је сачињен, неће бити у могућности да накнадно закључи и уговор о осигурању¹¹⁸² или одлука према којој је банка дужна да пружи савет клијенту, коме нуди да

¹¹⁷⁹ Софено-Брујо (*Sauphanor-Brouillaud*) истиче да односи између професионалаца и потрошача у погледу дужности саветовања нису изричито уређени законом, али да то није представљало препреку да судови пруже заштиту потрошачима онда када сматрају да је повређена дужност саветовања. Они су се или позивали на сходну примену чл. 111-1 Закона о потрошачима, којим се предвиђа дужност професионалца да обавести потрошача о битним карактеристикама робе или услуге, или су се позивали на повреду чл. 1147 неизмењеног ФГЗ, којим се уређивала уговорна одговорност. N. Sauphanor-Brouillaud, 274.

¹¹⁸⁰ Вид. одлуку Касационог суда, од 20. јуна 1995, бр. 93-15948: „*l'obligation d'information et de conseil du vendeur à l'égard de son client sur l'adaptation du matériel vendu à l'usage duquel il est destiné existe à l'égard de l'acheteur professionnel dans la mesure souverainement appréciée en l'espèce où sa compétence ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques du dispositif en cause*“. Вид., примера ради, и одлуку Касационог суда од 18. фебруара 2004, бр. 02-17523, у којој се наводи да је произвођач дужан да обавести купца ако нови производ (боја) садржи неке особине нетипичне за производе те врсте, чак и онда када је реч о купцу-професионалцу, који их стално употребљава; Julia Heinich, „Le devoir général d'information, 488 – Protection d'une partie supposée faible“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016. Грималди (*Grimaldi*) сматра да дужност постоји и према оном купцу који је уговор закључио у присуству експерта. С. Grimaldi, J.-F. Sagaut, 1096–1097.

¹¹⁸¹ J. Mestre (2003), 863.

¹¹⁸² Вид. одлуку Касационог суда од 25. маја 1993, бр. 91-12205.

приступи уговору о осигурању, који су ризици њиме покривени и да ли они одговарају потребама тог клијента.¹¹⁸³ Чини се, међутим, да се у новијим одлукама заузима резервисанији став – дужност саветовања се ограничава само на информације из оне делатности којом се дужник професионално бави.¹¹⁸⁴

Требало би поменути и да дужност саветовања не постоји нужно само у случајевима када је предмет уговора нека комплексна ствар, чије су особине познате само онима који поседују одређена стручна знања. Иако свој развој дужност обавештавања нарочито дугује развоју индустрије и технологије, услед кога је постало нужно спречити, макар и тим средством, злоупотребу информационе надмоћи једне стране, дужност саветовања се не ограничава само на њих. Она ће постојати увек када се инкомпетентан саговорарач оправдано ослања на то да ће све релевантне информације, које се односе на предмет уговора који се закључује, добити од свог саговорарача-професионалца.¹¹⁸⁵ Али, корисно је напоменути да дужност саветовања не подразумева и обавештавање о оним чињеницама које се сматрају општепознатим.¹¹⁸⁶ Ипак, у случају спора, терет доказивања је преваљен на дужника-стручњака: он може избећи одговорност уколико докаже да је његов саговорарач био компетентан. Али, није довољно да се докаже да је повериоцу одређена информација била позната већ много више – да је умео да је протумачи.¹¹⁸⁷

¹¹⁸³ Вид. одлуку Касационог суда од 2. марта 2007, бр. 06-15267.

¹¹⁸⁴ Тако, продавац система за видео-надзор није дужан да обавести купца о томе да је постављање камера у бифеу друштва забрањено одредбама радног законодавства (одлука Касационог суда од 25. јуна 2002, бр. 99-15915); осигуравач нема дужност да саветује уговарача осигурања да ће уговор о осигурању бити пуноважан само уколико брод има потврду о пловидбености јер је власник брода дужан да је има без обзира на то да ли жели да осигура брод – „*l'obligation de conseil de l'assureur ne peut s'étendre à des circonstances qui excèdent le cadre de l'opération d'assurance qu'il propose*“ (одлука Касационог суда од 2. јула 2002, бр. 99-14765).

¹¹⁸⁵ Тако, продавац је дужан да посаветује купца подних плочица да ли могу бити употребљене на начин на који купац планира (одлука Касационог суда од 28. октобра 2010, бр. 09-16913); посебно уколико ствар има неке посебне, нетипичне карактеристике (одлука Касационог суда од 14. новембра 1977, бр. 75-15185); N. Sauphanor-Brouillaud, 275.

¹¹⁸⁶ J. Mestre (2003), 864.

¹¹⁸⁷ L. de Leyssac, 337–338.

5.2.3.3 Дужност упозорења

Дужност упозорења (фр. *devoir de mise en garde*,¹¹⁸⁸ енг. *duty to warn*¹¹⁸⁹), такође, комплекснији је појавни облик од дужности обавештавања у ужем смислу. Мада у основи садржи дужност пружања обавештења, природа обавештења која се пружају је таква да се њима жели скренути пажња сауговарачу на неки „негативни аспект закључења уговора или ствари која је предмет уговора“.¹¹⁹⁰ Другим речима, дужност упозорења подразумева указивање на ризике, опасности са којима се поверилац може суочити уколико се одлучи да закључи уговор.¹¹⁹¹ Она представља већи терет од обичне дужности обавештавања јер подразумева не само пружање информација већ и истицање евентуалних последица закључења уговора. Њен циљ није (само) заштита воље сауговарача, спречавање да они закључе уговор у заблуди о некој релевантној чињеници већ и спречавање настанка штетних последица до којих би могло доћи уколико се на одређене ризике не би упозорило. На извештајан начин, ако је немогуће потпуно спречити неповољне последице, дужност упозорења може имати и такву функцију да повериоца благовремено припреми на њих, што му, између осталог, пружа и прилику да предузме одговарајуће мере како би их макар ублажио.

У упоредном, па и нашем праву, дужност упозорења се нарочито развила на терет произвођача и професионалних продаваца.¹¹⁹²

Закон о облигационим односима је био један од првих прописа у Европи којим је посебно уређена одговорност произвођача ствари са недостатком.¹¹⁹³ У чл. 179, којим се уређује одговорност произвођача ствари са недостатком, предвиђена су два облика одговорности. Први представља одговорност за стављање у промет ствари која због неког недостатка представља опасност штете

¹¹⁸⁸ J. Heinich (480); J. Ghestin (2013), 1314. Дужност упозорења се у старијој француској литератури означава и као дужност обезбеђења (*obligation de sécurité*). J. Alisse, 75.

¹¹⁸⁹ A. Burrows (2013), 541. Али, употребљава се и израз „*duty to disclose danger*“. В. Nicholas, 174.

¹¹⁹⁰ M. Fabre-Magnan (1992), 381.

¹¹⁹¹ B. Fages (2001), 132–134; M. Behar-Touchais, 1042.

¹¹⁹² B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 125; R. Zimmermann, D. A. Verse, 172 и даље. Пре него што се развила као самостална установа, санкција за повреду дужности упозорења се у судској пракси пружала применом правила о одговорности за недостатке. Међутим, често је таква пракса подразумевала вештачко проширивање тих правила и на случајеве када опасност није резултат неког недостатка ствари, схваћеног у строгом смислу те речи, већ неке урођене карактеристике одређене ствари. Из тих разлога је постојала тежња да се те две установе раздвоје и дужност упозорења је постепено у судској пракси почела да добија аутономију. J. Alisse, 105–106.

¹¹⁹³ Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд 2013, 191.

за лица и ствари, без обзира на то да ли је произвођачу такав недостатак био познат. Други, који нас више занима, представља одговорност произвођача за опасна својства ствари уколико није предузео све што је могао да штету, коју је могао предвидети, спречи упозорењем, безбедном амбалажом или другом одговарајућим мером. Одговорност за опасна својства, дакле, може постојати и уколико је произвођач пропустио да упозори на постојање таквих опасних својстава.¹¹⁹⁴ Одговорност произвођача је Законом о облигационим односима уређена на општи начин, тако што се примењује без обзира на то ко се налази у улози оштећеног лица, а недавно је, доношењем Закона о заштити потрошача, уведен посебан режим одговорности произвођача само у случају када се у улози оштећеног лица јавља потрошач.¹¹⁹⁵ Дужност упозорења, осим тим, може бити предвиђена и другим прописима, као што је, примера ради, Закон о трговини, према чијим правилима роба у трговини на мало мора имати декларацију која садржи и упозорење на евентуалну опасност или штетност робе.¹¹⁹⁶

Када је реч о њеном обиму, у упоредноправној литератури се скреће пажња да дужност упозорења, како би била ефикасна, често подразумева прецизније објашњење ризика који може наступити уколико се не поштује упозорење. Понекад, дакле, неће бити довољно само опште упозорење.¹¹⁹⁷

На овом месту би требало скренути пажњу да се одговорност произвођача због повреде дужности упозорења о опасним својствима или начину употребе ствари не своди само на одговорност због повреде једне *предуговорне* дужности. Њен домет је много шири, због чега се одговорност може јавити и према субјекту са којим произвођач није ни у каквом уговорном односу. Ипак, имајући у виду да произвођач може бити уједно и уговорна страна, па би повреда дужности упозорења била истовремено и повреда предуговорне дужности, у овом делу рада се и она помиње.

¹¹⁹⁴ Вид. Пресуду Савезног суда, Гзс. 45/98 од 19. новембра 1998, *ParagrafLex*: купцу је испоручено пет канистера средстава за заштиту биља, за које се испоставило да представљају чист хербицид. Проблем је настао у томе што производ није био етикетиран, па је купцу настала штета у виду оштећених стабала крушака. Другим речима, штета је настала као последица повреде дужности упозорења о опасним својствима ствари.

¹¹⁹⁵ Вид. чл. 59 и даље ЗЗП.

¹¹⁹⁶ Вид. чл. 40 Закона о трговини, *Службени гласник РС*, бр. 53/2010 и 10/2013.

¹¹⁹⁷ Тако, Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*) помиње пример у коме је суд усвојио захтев за накнадом штете јер на амбалажи није довољно прецизирано колико је запаљив купљени лепак. М. Fabre-Magnan (1992), 382.

Осим произвођача, дужност упозорења може да терети и професионалне продавце који су, у складу са својим компетенцијама, дужни да упозоре купца на евентуалне инхерентне карактеристике својства, због којих употреба ствари може представљати ризик, али и на евентуалне мере предострожности које би купац требало да предузме како би спречио настанак штете.¹¹⁹⁸

Међутим, дужност упозорења, за разлику од дужности саветовања, не терети само дужнике-професионалце. Одговорност може лежати на било ком субјекту који се нађе у улози продавца, према правилима о одговорности за недостатке, о чему је већ било речи на одговарајућим местима.¹¹⁹⁹

Исто важи и када је реч о професионалним пружаоцима услуга.¹²⁰⁰

¹¹⁹⁸ Вид. одлуку Касационог суда од 27. фебруара 1985, бр. 84-10022: „*il appartient au vendeur professionnel de materiau acquis pas un acheteur profane de le conseiller et de le renseigner, et, notamment, d'attirer son attention sur les inconvenients inherents a la qualite du materiau choisi par le client, ainsi que sur les precautions a prendre pour sa mise en oeuvre, compte tenue de l'usage auquel ce materiau est destine*“. Вид. и V. Christianos, 118. За одлуку француског суда у којој је продавац био одговоран фризеру јер му није указао на „важна упозорења лекара о опасности производа“ вид. J. Alisse, 107.

¹¹⁹⁹ Вид. и за став у англосаксонском праву да продавац може бити одговоран за повреду дужности упозорења ако не укаже купцу на недостатак ствари који је извор опасности и који може изазвати телесну повреду или штету на имовини. A. Burrows (2013), 541; B. Nicholas, 174; K. Zeiler, K. D. Krawiec, 1805–1807; P. Keeton, 15. Тако, у случају *CRF Holdings Ltd v. Fundy Chemical International Ltd* из 1982. године, продавац земљишта је одговарао за штету јер је пропустио да упозори купца да је шљака која је на земљишту била ускладиштена била радиоактивна. A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 42. Или случај *Hurley v. Dyke*, у којем је власник ауто-сервиса продавао аутомобил на аукцији, уз изричито искључење сваке одговорности за мане ствари, иако је ауто имао опасне недостатке, због који је купац доживео саобраћајну несрећу. Мада је он преминуо, његов сувозач је претрпео озбиљне повреде. Сувозач није био покривен осигурањем и зато је поднео тужбу против продавца. Имајући у виду уобичајену праксу да се аутомобили на таквим аукцијама не купују за возњу већ за делове, већина чланова већа је изнела став да јасно искључење сваке одговорности продавца њега ослобађа дужности да предузме неопходне мере опреза како би спречио штету. С друге стране, лорд Денинг (*Lord Denning*) је изнео схватање да је продавац знао да је ауто „смртна замка“, те да ништа мање од вољног пристанка путника на ризик не би могло да ослободи продавца одговорности. B. Nicholas, 174.

¹²⁰⁰ Тако, примера ради, у ЗОО је предвиђена дужност посленика да упозори наручиоца на недостатке у материјалу или налогу (чл. 606); дужност складиштара да упозори оставодавца на мане или природна својства ствари, односно неисправну амбалажу (чл. 731); дужност отпремника да упозори на недостатке у налогу (чл. 830) итд. Вид. и чл. 67 ЗЗП. Вид. и домаћу судску праксу о одговорности посленика: Пресуду Привредног апелационог суда, Пж 5808/2014 од 12. маја 2016, *ParagrafLex*; Пресуду Вишег привредног суда, Пж. 1156/99 од 19. маја 1999, *ParagrafLex*. Вид. и примере из француске судске праксе: лице које обавља хемијско чишћење има дужност да упозори своје клијенте о ризицима чишћења; организатор спортских такмичења, макар и пријатељског карактера, дужан да упозори учеснике на ограничења осигурања; али, иако је сваки издавач дужан да обавести неискусног аутора на садржај уговора који закључују, од издавача се не може очекивати да упозори аутора на ризик лоше продаје књиге јер сваки аутор, макар и аматер, не може да не зна да је продаја првог издања сваког јавности потпуно непознатог аутора обично осуђена на пропаст. B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 125; J. Mestre (1990), 466, 468; одлуку ФКС од 12. јуна 2012, бр. 11-21661.

У вези са њима, у упоредном праву је посебно развијена дужност банака да клијенте упозоре о потенцијалним ризицима закључења одређеног уговора.¹²⁰¹ Тако, у француској судској пракси се, чини се понекад и претерано широко, поставља дужност банака да обавесте упозоре примаоце кредита о различитим околностима које могу утицати на могућност враћања кредита.¹²⁰² Поред тога, банкама се такође намеће дужност да јемца упозоре о тешкој материјалној ситуацији дужника. Дужност упозорења, као што је то случај уопште када је реч о дужности обавештавања, у великој мери зависи од својстава и компетенција потенцијалног повериоца.¹²⁰³

Када је реч о пружаоцима услуга, прилично је развијена и дужност лекара да пацијента упозори на ризике одређене медицинске интервенције.¹²⁰⁴ Да би на њу могао да пристане, и уопште донео разумну одлуку која се тиче његовог здравља, пацијент мора да зна евентуалне опасности, компликације, са којима би могао да се суочи, како у току, тако и након интервенције.¹²⁰⁵ Како би могао правилно да изврши дужност упозорења, лекар је дужан да се обавести о тачном здравственом стању пацијента, јер тек онда може бити у могућности да адекватно процени све евентуалне ризике и о томе обавести пацијента.¹²⁰⁶

¹²⁰¹ Вид. о дужности банке да упозори клијенте на ризике закључења уговора о кредиту индексираним у швајцарским францима, само примера ради, Пресуду Европског суда правде, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0186&qid=1395932669976&from=EN#Footnote*; Пресуду ФКС од 29. марта 2017, бр. 15-27231; Пресуду ФКС од 29. марта 2017, бр. 16-13050; али и Решење Привредног апелационог суда, Пж 3826/2015(1) од 26. маја 2016; Пресуду Врховног касационог суда, Прев 60/2016(2) од 27. априла 2017; Пресуду Апелационог суда у Новом Саду од 1. марта 2018, <http://efektiva.rs/aktuelnosti-efektiva/aktuelnosti-kredit/raskid-chf-pravnosnazna-presuda/>, 23. април 2018.

¹²⁰² То могу бити околности као што су губитак посла, здравствени проблеми, умањење прихода, финансијске способности клијента да врати дуг итд. А.-S. Barthez, D. Houtcieff, 254; М. Behar-Touchais, 1046. Вид. одлуку ФКС од 23. јуна 2016, бр. 15-12113: банка је била дужна да упозори клијента на ризик губитка посла и да га саветује да узме осигурање од тог ризика; одлуку ФКС од 29. јуна 2007, бр. 05-21104; одлуку ФКС од 21. фебруара 2006, бр. 02-19066: суд је замерио банци што није скренула пажњу примаоцу кредита на важно ограничење колективног осигурања који је закључио преко банке, према коме осигурање покрива само случај потпуног инвалидитета које подразумева обавезну помоћ треће особе. J. Mestre (1990), 466. За велики број примера вид. и J. Heinich (486).

¹²⁰³ Вид. примере у J. Heinich (489).

¹²⁰⁴ Вид. чл. 11 Закона о правима пацијената. Више о томе у J. Радишић (2008), 100 и даље; Ненад Ђурђевић, „Надокнада штете као последица необавештавања пацијента о ризицима оперативног захвата“, *Судска пракса* 2/1996, 49 и даље.

¹²⁰⁵ Лекар је дужан да информише пацијента само о уобичајеним ризицима, не и о изузетним ризицима. В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 125.

¹²⁰⁶ Вид., примера ради, Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 2728/2010 (2) од 23. септембра 2011, *ParagrafLex*: лекар је дужан да се обавести о томе да ли пацијент има аномалију због које би предложена интервенција била значајно ризичнија, те да га упозори на све ризике медицинске

Овај део ћемо завршити тиме да дужност упозоравања, као и дужност саветовања, представља само облигацију средстава, а не резултата.¹²⁰⁷ Осим изузетно, за њено извршење биће довољно да је дужник упозорио повериоца на негативне последице до којих закључење уговора може довести; он не може сносити одговорност због тога што је поверилац, адекватно упозорен, одлучио да ипак закључи уговор.¹²⁰⁸ Другим речима, дужност упозорења не подразумева уједно и доношење одлуке уместо повериоца.

интервенције. Француска судска пракса познаје случај када је радиолог пропустио да се у довољној мери упути у здравствено стање пацијента, због чега је пацијент је дан након ортографије осетио хемипарезу која је прерасла у хемиплегију услед хиперлипидемије која је повезана са употребом контрацептива. В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 124.

¹²⁰⁷ J. Alisse, 75.

¹²⁰⁸ Вид. одлуку ФКС од 18. јануара 2000, бр. 97-17716: офталмолог не може бити одговоран за штету коју је пацијент претрпео уколико је упозорен на ризике коришћења локалне анестезије при операцији катаракте, али је ипак инсистирао на њој, уместо опште анестезије, коју је лекар препоручио.

6 О ДРУГИМ ПРЕПРЕКАМА ЗА НАСТАНАК ДУЖНОСТИ ОБАВЕШТАВАЊА

6.1 **Право на изношење нетачних чињеница као препрека за настанак дужности обавештавања**

Истраживање проблема постојања и обима дужности обавештавања при закључењу уговора чини се непотпуним уколико се не осврнемо, макар површно, на још једно питање које се поставља у упоредном праву: да ли се свако изношење нетачних чињеница при закључењу уговора сматра преваром, те је подложно санкцији? Постоји ли, у одређеним случајевима, право једне стране на изношење нетачних чињеница? Може ли оно представљати препреку за настанак дужности обавештавања?

6.1.1 *Превара и право на лагање*

Мада се у судској пракси, нарочито система континенталног права, јасно уочава тенденција да се појам преваре прошири као мана воље, судска пракса у области радног права показује управо супротно. Није случајност, кажу поједини писци, да се управо пред судовима који су надлежни за решавање радноправних спорова најпре јавило питање: да ли, у изузетним случајевима, постоји не само право будућег саговорача да одређене чињенице прећути већ и право да о њима слаже?¹²⁰⁹

При закључењу уговора о раду, који представља *intuitu personae* уговор са трајним престацијама, послодавац често има оправдан интерес, а и право да сазна одређене чињенице о кандидату за запослење, па и податке из његовог приватног живота. О томе је на одговарајућем месту већ било речи.¹²¹⁰ У тежњи да дођу до информација које сматрају релевантним, послодавци често прибегавају различитим методама, између осталог, и постављању великог броја питања кандидату за запослење. Постављање питања служи и следећем: право послодавца

¹²⁰⁹ В. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnston, 304.

¹²¹⁰ Вид. о томе у делу 5.1.4.2.2 овог рада.

да откаже уговор о раду прилично је ограничено, па прибегавање правилима о поништењу уговора због заблуде или преваре делује као пригодно средство да изађе из уговора ако се испостави да је одговор запосленог на неко питање послодавца било нетачно.¹²¹¹

Међутим, међу постављеним питањима могу се наћи и она којима се дубоко залази у приватну сферу кандидата за запослење или која једноставно могу водити дискриминацији при запослењу. У том смислу, интерес послодавца да зна могао би се сукобити са интересом кандидата за запослење да одређене информације задржи за себе и не подели их са послодавцем.¹²¹²

Стога, да ли и када постоји право кандидата за запослење да изнесу нетачне чињенице?

Има правних система у којима је то питање изричито законом регулисано. Тако, примера ради, хрватским Законом о раду предвиђено је да приликом поступка одабира кандидата за радно место (разговор, тестирање, анкетирање и слично) и склапања уговора о раду, као и током трајања радног односа, послодавац не сме тражити од радника податке који нису у непосредној вези са радним односом. На таква недопуштена питања се не мора пружити одговор.¹²¹³ Слично, у француском праву се предвиђа да послодавац може од кандидата захтевати само информације које служе процени способности кандидата да изврши радне обавезе и његовим професионалним способностима. Притом, оне морају бити у „директној и непосредној вези са предложеним радним местом и проценом професионалних способности“. Осим тога, послодавцу се изричито забрањује истраживање, на било који начин, информација које се односе на евентуалну трудноћу кандидаткиње, док се, с друге стране, предвиђа да кандидаткиња за запослење није дужна, осим изузетно, да открије да је трудна.¹²¹⁴

У другим системима, судска пракса је преузела терет изградње критеријума који би могао да послужи да се разграниче дозвољена од забрањених питања и да се дође до одговора о чему је кандидат за запослење овлашћен да изнесе чак и нетачне информације.

¹²¹¹ В. Marquesinis, Н. Unberath, А. Johnston, 304.

¹²¹² Љ. Ковачевић, 504.

¹²¹³ Вид. чл. 25 Закона о раду, *Народне новине* 93/14, 127/17.

¹²¹⁴ Вид. чл. L 1221-6 и L 1225-1 Code du travail, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>, 20. април 2018; М. Fabre-Magnan (1992), 144.

У немачкој литератури се наводи да „право на лагање“ („*Recht zur Lüge*“) у великој мери зависи од оправданости питања у конкретном случају; уколико оно није оправдано, кандидат за запослење је слободан да и намерно пружи нетачан одговор. Међутим, није пружен прецизан критеријум за оцену оправданости одређеног питања. Питање које се у немачкој пракси најчешће постављало јесте да ли постоји право жена-кандидата да слажу о својој евентуалној трудноћи. Мада се најпре сматрало да такво питање није начелно забрањено, те да може бити оправдано уколико је послодавцу изричитим нормама забрањено да запосли трудну жену на одређено радно место,¹²¹⁵ новија судска пракса показује врло ригидан став: чак и ако послодавац није у могућности да обезбеди адекватно радно место за време трудноће, трудноћа је привремено стање. Дакле, питање о трудноћи се у сваком случају сматра неоправданим.¹²¹⁶

Схватања да не постоји дужност обавештавања о трудноћи при закључењу уговора о раду давно су усвојена и у нашој судској пракси;¹²¹⁷ ипак, није нам познато да ли се суд конкретно изјашњавао о праву на изношење нетачних информација.

Када је реч о одредбама закона, Законом о раду се не уређује изричито право кандидата да прећути одређене чињенице ни право да слаже, али се чини да то право посредно произлази из појединих одредаба. Тако, чл. 26 се изричито предвиђа да послодавац не може од кандидата да захтева податке о породичном, односно брачном статусу и планирању породице, односно достављање исправа и других доказа који нису од непосредног значаја за обављање послова за које

¹²¹⁵ У одлуци која се помиње у литератури поставило се питање може ли се отказати уговор о раду запосленој која због трудноће не може да долази на посао, а притом је примљена на посао управо зато да би заменила другу запослену која се налази на породичном одсуству. В. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnston, 304.

¹²¹⁶ В. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnston, 304.

¹²¹⁷ Тако, у једном случају пред Судом удруженог рада СР Словеније, запослена је закључила уговор о раду на одређено време како би мењала другог одсутног радника, прећутавши притом да је у другом стању. Суд је сматрао да њој због тога не може престати радни однос. „Последице прећуткивања бременитости потребно је пресуђивати независно од мотива због кога је дошло до закључивања радног односа. (...) радни однос престаје само тада ако је радник прећутао податак у вези са радним условима и битан је за обављање послова. (...) Радница која роди није неспособна за обављање послова, већ је породичским допустом само реализовала своје право.“ Вид. одлуку Суда удруженог рада СР Словеније, бр. Сп. 622/81 од 23. априла 1981, *Судска пракса* 6/81, 78–79. Вид. и пресуду Врховног суда Србије, Рев. 3617/92 од 19. новембра 1992, *IngPro*: „Сумња да је радница засновала радни однос само ради тога да би се обезбедила за време трудноће, не може бити основ за престанак радног односа. Радни однос може засновати свако ко испуњава услове и има општу здравствену способност. Ту способност има и трудница. Трудноћа је управо знак здравља. Она није сметња за заснивање радног односа нити разлог за престанак радног односа.“

заснива радни однос. Такође, не може да условљава заснивање радног односа тестом трудноће, осим за послове чије обављање представља знатан ризик за здравље жене и детета утврђен од надлежног здравственог органа.¹²¹⁸ Осим тога, чл. 18 је, као опште правило, забрањена непосредна и посредна дискриминација лица која траже запослење и запослених с обзиром на пол, рођење, језик, расу, боју коже, старост, трудноћу, здравствено стање, односно инвалидност, националну припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, сексуално опредељење, политичко или друго уверење, социјално порекло, имовинско стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство. На основу тога би се могло закључити да је, начелно, не само забрањено узимати у обзир те околности при запослењу или у току радног односа већ и постављати питања о њима.¹²¹⁹

Наши писци предлажу да би се одговор на та питања могао пронаћи „у светлу начела умесности, односно оправданости или основаности“.¹²²⁰ Како се објашњава, „ово начело подразумева да послодавац, изузетно, може да тражи од кандидата податке који се односе на чињенице из његовог приватног живота само ако су испуњена два кумулативно одређена услова: 1) да су подаци *непосредно повезани са послом за који одређено лице конкурише*; 2) да су подаци *неопходни за процену професионалних способности кандидата*“.¹²²¹ У супротном, сматра се да кандидат не само да има право да одређену околност прећути, и када о њој није упитан, већ и право да одбије да пружи одговор на постављено питање, штавише и да пружи неистинит одговор; послодавац, с друге стране, не би могао да се позива на то да је уговор о раду закључио у заблуди или превари.¹²²²

¹²¹⁸ Вид. чл. 26 ЗР.

¹²¹⁹ Ипак, треба имати у виду да Закон о раду предвиђа изузетке, у ком случају би давање нетачних података који су били одлучујући за заснивање радног односа представљало разлог за отказ уговора о раду. Вид. у вези са тим нарочито чл. 22 и 179 ст. 3 т. 6 ЗР.

¹²²⁰ Љ. Ковачевић, 504.

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² *Ibid.*, 507–508.

6.1.2 Превара и *dolus bonus*

„Не узимље се да је пријевара, кад онај који ствар нуди, у опште је хвали, па било и преко мјере, ако се у саобраћају на такве преувеличене хвале много не пази“¹²²³ – предвидео је Богишић у Општем имовинском законнику за Црну Гору традиционално правило уговорног права да не представља свако лукавство, свака лаж превару.¹²²⁴ Оно своје порекло води још из римског права, које га је назвало *dolus bonus*, у тежњи да га разграничи од *dolus malus*.

Наиме, постоје лажи које су у правном промету уобичајене, које се толеришу. Таква „дозвољена превара“ посебно је честа у продаји: препоруке продавца за одређену робу, њено хвалисање, па чак и претеривање у истицању њених квалитета посматрају се као вештине, лукавства којима се он служи како би што боље представио и продао своју ствар. Прибегавање таквим „претераним лажима“, *mere puffs*, како се у англосаксонском праву означавају,¹²²⁵ не сматра се преваром јер је мало вероватно да би оне могле да доведу другу страну у заблуду.¹²²⁶ Чак и ако би друга страна у њу наивно упала, таква заблуда не би могла да доведе до поништења уговора или права на накнаду штете – њена невероватност би је несумњиво учинила скривљеном.¹²²⁷ „Свака страна мора у себи имати одређени ‘критички дух’ и да зна да постоје одређена претеривања која су у трговини нормална.“¹²²⁸

Међутим, савремена пракса и теорија се суочавају са проблемом: која је граница таквог „хвалисања“? Када лаж престаје да буде бенигна и прераста у превару?

Развојем потрошачког права, *dolus bonus* као уобичајено одступање од појма преваре, у великој је мери ограничено. Оно што би се некада сматрало

¹²²³ Вид. чл. 519 ст. 2 ОИЗ.

¹²²⁴ Ђ. Павловић, 211; Jacques Ghestin (2013), 1099.

¹²²⁵ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2010), 303.

¹²²⁶ Тако, Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*) наводи да реклама у којој се ставља у први план јачина торби, симулацијом фудбалске утакмице у којој су булдожери уместо играча, а торба уместо лопте, није подобна да изазове заблуду, иако су приликом снимања рекламе те торбе уништене. M. Fabre-Magnan (2004), 291.

¹²²⁷ Вид. одлуку ФКС 13. децембра 1994, 92-20806: суд је сматрао да нема преваре јер „*exagération commise dans la description publicitaire ne dépassait pas ce qui est habituel dans les pratiques commerciales*“; J. Ghestin (2013), 1099; Julia Heinich, „Le dol, 576 – Dolus bonus“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016; D. Porrachia, 207–213.

¹²²⁸ И. Вујовић, 43.

вештим начином презентације, сада се често сматра преваром.¹²²⁹ То нарочито важи у случају јавног рекламирања производа – бројна законодавства су у своје прописе о заштити потрошача унела изричите одредбе којима се тежи сузбијању обмањујуће пословне праксе.¹²³⁰ Дакле, прекомерном ће се сматрати свака реклама која би могла да доведе у заблуду потрошаче о квалитетима одређеног производа.¹²³¹ Ипак, на овом месту се нећемо даље упуштати у анализу правног режима прекомерне рекламе; иако је важна, она превазилази оквири овог рада.

Овај део ћемо закључити указивањем појединих француских писаца на то да је, у области радног права, *dolus bonus* доживео нарочито широку примену.¹²³² Тако, суд није сматрао преваром ако је запослени, у свом CV-ју изнео информације које су „непрецизне и подложне погрешном тумачењу“;¹²³³ штавише, изношење нетачних информација се сматра преваром „само ако се докаже да запослени није имао стварне способности за обављање функција за које је запослен“.¹²³⁴

Међутим, остаје питање колико је та пракса заиста одраз идеје о *dolus bonus*, а колико заправо тежња судова да запосленом пружи заштиту чак и онда када би се с правом могло поставити питање њене оправданости.

6.1.3 Превара и изјаве мишљења или намере у англосаксонском праву

Давање изјава приликом закључења уговора за које се накнадно испостави да не одговарају стварном стању ствари не сматра се у упоредном праву у сваком

¹²²⁹ J. Ghestin (2013), 1099–1100.

¹²³⁰ Вид. чл. 18 и даље ЗЗП, али и чл. 18 ст. 5, према коме се то „не односи на случајеве уобичајеног и допуштеног оглашавања које подразумева давање изјава које не треба узимати дословно“. Вид. чл. L 121-2 француског Code de la consommation, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>, 20. април 2018; Директиву 2006/114 о обмањујућем и упоредном рекламирању (Directive 2006/114/EC on misleading and comparative advertising, OJ L 376, 27. децембар 2006), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0114>, 20. април 2018.

¹²³¹ Поједини писци разлику између прекомерне рекламе и преваре виде у резултату: прекомерна реклама се има прекорити уколико она може изазвати заблуду, док превара захтева постојање заблуде. С. Garcin, О. Moréteau, 115.

¹²³² J. Heinich (576).

¹²³³ Вид. одлуку ФКС од 16. фебруара 1999, бр. 96-45565.

¹²³⁴ Вид. одлуку ФКС од 30. марта 1999, бр. 96-42912.

случају довољним да би се усвојио захтев за поништење уговора. У англосаксонском праву се, у вези са тим, уобичајено прави разлика између „изјављивања чињеница“ (*representation of fact*) и „изјављивања мишљења“ или „намера“ (*representation of opinion or intention*); у случају првих се дозвољава поништење, док друге немају никакав утицај на закључени уговор.¹²³⁵

Наиме, изјавама мишљења сматрају се оне изјаве којима један сауговорач само изражава свој став, начин на који разуме одређену чињеницу. Оне не представљају тврдњу, гаранцију да ствари заиста стоје онако како су представљене. Обично изражавање мишљења или намера, уколико се испостави да је неосновано, неће утицати на пуноважност уговора. У литератури се наводи пример *Bisset v. Wilkinson* из 1927. године, у коме је купац купио фарму, ослањајући се на процену продавца да би на њој „могло да се узгаја пар хиљада грла оваца“. Имајући у виду да продавац, у тренутку закључења уговора, није имао никаквог искуства у узгајању домаћих животиња, те да је његова изјава била само израз његовог искреног уверења, суд је одбио захтев за поништење уговора.¹²³⁶ Слично је суд пресудио и у случају *Economides v. Commercial Union Assurance Co plc* из 1998. године: изјава продавца, двадесетједногодишњег студента без искуства, да би опремање стана могло да кошта 16.000 фунти, може се сматрати само изјавом мишљења, на коју се купац није смео ослањати.¹²³⁷

Ипак, изјављивање мишљења није у сваком случају без правних последица. Наиме, сауговорач може, у одређеним случајевима, на основу изјаве мишљења друге стране погрешно закључити да постоје чињенице које оправдавају такво мишљење. То је нарочито случај када страна која износи своје мишљење познаје чињенице много боље од свог сауговорача. Уколико се покаже да је један сауговорач, у форми мишљења, изнео одређене чињенице иако није имао

¹²³⁵ В. Nicholas, 172; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2010), 302; C. von Bar, E. Clive, 493.

¹²³⁶ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2010), 302.

¹²³⁷ *Ibid.* У литератури се, као пример, наводи и случај *Wales v. Wadham* из 1977. године: бивши супружници су, након развода брака, преговарали о висини издржавања које ће жена примати. Она је том приликом изјавила да нема намеру да се преудаје. Али, до тренутка када је коначно пристигла понуда њеног бившег мужа, она се предомислила и већ је била у плановима да се поново уда за једног богатог човека. Да је њен бивши муж то знао у тренутку када је учинио понуду, несумњиво би учинио другачију понуду. Суд је, међутим, био на становишту да је, у тренутку када је то изјављивала, његова бивша жена заиста веровала да се више неће удавати. Осим тога, суд је сматрао да је то била само изјава мишљења, а не и тврдња да се заиста неће удавати, у ком случају би имала дужност да свог бившег мужа обавести о промени свог мишљења. В. Nicholas, 172.

оправданог разлога да верује да ствари стоје онако како је представио или је пропустио да се у то сам увери, таква изјава мишљења би се могла сматрати изношењем нетачних чињеница, које рађа последице. Тако, у случају *Smith v. Land and House Property Corporation* из 19. века, купац је на аукцији купио хотел од продавца, који је у проспекту навео да је хотел изнајмљен „веома пожељном закупцу“. Испоставило се да је купац био у тешкој материјалној ситуацији и да је последњу закупнину платио тек уз одређено инсистирање власника. Суд је стао на становиште да се таква изјава не може сматрати само мишљењем јер она посредно садржи тврдњу да у односу између власника и закупца није постојало ничег што би могло да изазове сумњу да купац није онакав какав је представљен.¹²³⁸

6.2 Однос дужности обавештавања и дужности чувања тајни

Истраживање објекта дужности обавештавања учи нас, између осталог, и томе да дужност обавештавања може бити ограничена на још један начин. Наиме, потреба заштите и приватних и општих интереса под одређеним условима може створити дужност појединих субјеката, нарочито професионалаца, да информације о одређеним околностима, до којих долазе приликом обављања своје редовне делатности, не смеју даље преносити. Уопштено се таква дужност може назвати дужношћу чувања (професионалне) тајне, мада у различитим делатностима она може добити и конкретнији назив.¹²³⁹ Не би требало изгубити из вида да, иако се таква дужност чувања тајне најчешће намеће законом на терет професионалаца, она може бити наметнута и другим субјектима.¹²⁴⁰ Осим тога, дужност чувања тајне не мора да има основ само у закону. Пример може бити закључење уговора којим се установљава дужност једног или оба саговорача да

¹²³⁸ J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright (2010), 303.

¹²³⁹ Тако, примера ради, у банкарском праву говори се о дужности чувања банкарске тајне (чл. 46 и даље Закона о банкама, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015); у медицинском праву о дужности чувања лекарске тајне (чл. 23 и даље Кодекса медицинске етике Лекарске коморе Србије, *Службени гласник РС*, бр. 104/2016) итд.

¹²⁴⁰ Вид. примера ради, Закон о заштити пословне тајне, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, према коме се у улози дужника (дужности чувања пословне тајне) може наћи и физичко и правно лице, под условима предвиђеним законом.

не смеју износити одређене чињенице трећим лицима.¹²⁴¹ У том случају, у улози сауговорача се може наћи било који субјект, без обзира на његово својство.

У вези са тим, на овом месту се поставља питање: у каквом односу могу бити дужност чувања тајне и дужност обавештавања? Шта уколико постоји оправдан интерес једног сауговорача да буде обавештен о одређеној чињеници, при чему истовремено постоји дужност другог сауговорача да такву околност не открива? Да ли дужност чувања тајне у сваком случају искључује могућност настанка дужности обавештавања о околностима које представљају предмет тајне?

Одговор на постављена питања несумњиво захтева детаљнију анализу, која превазилази оквире овог рада. Без ње је тешко дати одговор на уопштен начин.

Има писаца који сматрају да поверљив карактер одређене информације не мора нужно да спречи настанак дужности обавештавања о томе.¹²⁴² Према њиховом мишљењу, да ли ће превагнути дужност чувања тајне или дужност обавештавања, у великој мери може да зависи и од тога шта је предмет тајне, те које су предности и недостаци уколико би се таква тајна открила у појединим случајевима. Ако би се чување одређене тајне могло сматрати фундаменталним принципом, ако је од приоритетног значаја, у том случају не би могла постојати дужност обавештавања о информацијама које представљају предмет такве тајне. С друге стране, ако би се закључило да интерес сауговорача да буде обавештен о одређеним информацијама претеже над интересом да се по сваку цену сачува тајна, онда дужност чувања тајне не би могла да спречи настанак дужности обавештавања; али у том би се случају сауговорачу (повериоцу дужности обавештавања) морала наметнути дужност да такве информације не сме даље да преноси.

Само илустрације ради, поменућемо да се питање односа дужности чувања професионалне тајне и дужности обавештавања поставило у упоредноправној судској пракси у случајевима који су се тicali закључења уговора о јемству. Као

¹²⁴¹ Када се дужност чувања тајне установљава уговором, требало би водити рачуна о томе да ли је преузимање такве дужности у складу са законом. Уколико то није случај, таква одредба би се могла сматрати ништавом.

¹²⁴² Дужност би, сматра Фабр-Мањан (*Fabre-Magnan*), могла да се састоји и у томе да се дестинатар такве информације обавезе да не сме даље да је открива. Као пример наводи да је основни принцип у међународним арбитражама да су странке дужне да не откривају информације до којих долазе у поступку преговарања. М. Fabre-Magnan (1992), 150–151.

што је на одговарајућем месту укратко објашњено, јемци се често позивају на то да су уговор о јемству закључили у заблуди о солвентности дужника. Када се у улози повериоца из уговора о јемству нађу банке, које имају дужност да процене дужникову кредитну способност, да ли су оне дужне да обавесте јемца уколико дођу до сазнања да се дужник налази у тешкој материјалној ситуацији? Како би дужност чувања банкарске тајне могла да утиче на евентуалну дужност обавештавања према јемцу? Наметањем дужности обавештавања банке би се могле наћи у незавидној позицији јер поштовање банкарске тајне забрањује, осим изузетно, откривање поверљивих информација о дужнику.¹²⁴³ У вези са тим, у теорији је изнето схватање да дужност банке да упозори јемца на околности које значајно повећавају ризик јемчења не мора нужно да представља повреду дужности чувања банкарске тајне. Како се истиче, извршење те обавезе „не захтева да се јемцу пруже прецизне информације о дужниковом пословању“.¹²⁴⁴ Чини се да је довољно и да се јемац само упозори на постојање таквих околности или макар да га банка упути да потражи независни савет.¹²⁴⁵ Такво упозорење би могло да утиче на јемца да се мало боље информише о ризику који преузима или да натера дужника да банци дâ дозволу да јемца о тим ризицима прецизније обавести. Томе се додаје и аргумент да банкарска тајна не сме бити параван и изговор да се прећути „безнадежно стање дужника“.¹²⁴⁶

¹²⁴³ C. Gavalda, J. Stoufflet, 639; C. Lombardini, 927 и фн. 352. Вид. и чл. 46 Закона о банкама, *Сл. гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015.

¹²⁴⁴ „*Le devoir de mise en garde... n'implique pas une derogation au secret bancaire, car sa mise en œuvre n'exige pas la communication à la caution d'informations précises sur les affaires du débiteur garanti.*“ C. Gavalda, J. Stoufflet, 182.

¹²⁴⁵ K. Zweigert, H. Kötz, 428; A. Burrows (2016), 812; J. Cartwright (2005), 311–312.

¹²⁴⁶ Још би мање могла да оправда пружање нетачних информација јемцу. C. Gavalda, J. Stoufflet, 639.

7 ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Више од два миленијума након чувеног Цицероновог филозофског дела о дужностима, и даље је жива расправа о предуговорној дужности обавештавања. Штавише, чини се да је последњих деценија она нарочито успевала да закупира упоредноправну научну мисао, доживљавајући својеврсни процват, посебно развојем потрошачког права. Њена ванвременска актуелност не би требало да чуди: као што је предочено на самом почетку овог рада, дилеме које прате истраживање постојања и обима предуговорне дужности обавештавања имају корене у општој теорији о уговорима. Вечита недоумица како на адекватан начин помирити супротстављене интересе, којима од њих дати превагу и под којим околностима, лежи и у самој основи предуговорне дужности обавештавања и у великој мери је утицала на њен развој.

Уопштено би се могло рећи да су проблематична фундираност и практична неодређеност предуговорне дужности обавештавања општег карактера њене основне мане. Правним теоретичарима је требало много времена да схвате и образложе (доскорашњу) суздржаност законодаваца у имплементацији такве дужности. Непостојање општег правила уговорног права којим би се она на изричит начин уредила у великој мери отежава њено истраживање. Осим тога, комплексности проблема доприноси и историјска различитост поставки и начела на којима почивају англосаксонски, односно правни системи који припадају европскоконтиненталној породици права, те се слободно може рећи да се на плану дужности обавештавања као установе уговорног права у пуном сјају истиче дискрепанца између њих.

Две се чињенице могу изнети као неспорне.

Најпре, не постоји правни систем у коме се сауговарачима намеће дужност да једни друге обавештавају о свему што би могло утицати на вољу за закључење уговора. Таква дужност би представљала неоправдано велико оптерећење за дужника, а осим тога, била би и потпуно бескорисна, па и штетна за повериоца.

Друго, правна празнина у погледу изричитог уређења опште дужности обавештавања при закључењу уговора не представља доказ да таква дужност

уопште не постоји у једном правном систему. Али, истраживање је у том случају неопходно окренути ка другим институтима уговорног права, којима се макар делимично и макар посредно постиже исти циљ: санкционисање ћутања при закључењу уговора.

Први корак је учињен на терену преваре као мане воље постављањем питања може ли се преварити ћутањем. Дилема је настала поводом облика испољавања преваре. Ако се материјални елемент преваре схвати у ужем смислу, тако што се преваром сматра само довођење и одржавање друге стране у заблуди на један активан начин, (позитивним) радњама, тиме се уједно негира могућност преваре ћутањем. Ако се, пак, материјални елемент преваре схвати у ширем смислу, тако да обухвата сваки вид преварног поступања, укључујући и потпуно пасивно понашање, тиме се заправо признаје да сауговораче при закључењу уговора терети дужност обавештавања, чија намерно повређивање отвара врата поништењу уговора применом правила о превари.

Прихватању и једног и другог схватања у апсолутном смислу износе се замерке. Негирањем преваре ћутањем потпуно би се занемарио морални аспект преваре, односно чињеница да је једна страна била свесна заблуде друге стране и да је намерно оставила у њој. Тиме би се, практично, дало „зелено светло“ понашању које се често може окарактерисати као морално потпуно неприхватљиво. Осим тога, строго искључивање ћутања из материјалног елемента преваре чини се дискутабилним – ћутање понекад говори више од речи. С друге стране, поистовећивање преваре ћутањем са осталим видовима преварног поступања води у другу крајност. Оно би значило да дужност обавештавања постоји у сваком случају у коме је једна страна свесна заблуде друге, без обзира на то да ли је та друга страна својом непажњом упала у заблуду, те без обзира на природу чињенице о којој постоји заблуда. Тиме би се тас неоправдано превалио у корист жртве заблуде јер би се наметнула дужност обавештавања и онда када није природно наметнути је, када се у промету не може основано очекивати да она постоји.

Поменути аргументи довели су до тога да се у највећем броју упоредноправних система прихвати компромисно решење, као најприхватљивије. О превари ћутањем може бити речи тек онда када је (са намером) повређена

дужност обавештавања. Дакле, предуслов примене правила о превари је утврђивање да је у конкретном случају постојала дужност обавештавања. Али, тиме се проблем враћа на почетак: када уопште постоји дужност обавештавања?

Анализа постојећих правних института, нарочито правила помоћу којих се штити воља саговорача и правила о одговорности за недостатке, затим предложених решења у упоредноправним системима и научним пројектима, али и начина на који се развијала предуговорна дужност обавештавања у упоредноправној судској пракси, пружила је солидну основу помоћу које је било могуће идентификовати околности којима се даје значај конститутивних елемената за настанак предуговорне дужности обавештавања.

Уопштено, може се говорити о два основна елемента дужности обавештавања.

Први елемент се означава као морални. Он указује на то да је неопходно приступити анализи понашања оба саговорача при закључењу уговора како би се утврдило може ли им се нешто замерити и, у складу са тим, дошло до одговора на питање да ли је у конкретном случају постојала дужност обавештавања, те да ли је она повређена. Таква анализа је, по природи ствари, двострука.

С једне стране, треба анализирати понашање наводног дужника дужности обавештавања. Резултати нашег истраживања показују да се дужност обавештавања начелно условљава доказом да је дужник заиста имао сазнања о околностима о којима постоји погрешна (или никаква) представа друге стране. Наиме, сматра се нелогичним и неправичним да се на дужника превале последице заблуде друге стране због тога што јој није пружио обавештења о чињеницама које ни њему нису биле познате у тренутку закључења уговора. Ипак, такво правило није без изузетака. Нарочито када се у улози наводног дужника јављају професионалци, лица која поседују стручне компетенције, од њих се очекује да у промету покажу виши степен пажње, пажњу доброг привредника, односно стручњака. Такав повећан степен пажње налаже да о одређеним чињеницама морају имати сазнања, у складу са својим компетенцијама. Уколико то није случај, њихово незнање неће спречити настанак дужности обавештавања. Напротив. Повредом дужности обавештавања сматра се и ћутање о околностима о

којима дужник (заиста) није имао сазнања, али је био дужан да се о њима претходно обавести, како би их могао саопштити свом сауговарачу.

Осим тога, у процени понашања дужника, као посебна околност, оцењиваће се чињеница да ли је он био свестан (или је морао бити свестан) релевантности одређене чињенице, односно одлучујућег утицаја који сазнање о њој може имати на доношење одлуке о закључењу уговора. Релевантност се процењује *in abstracto*: ако њему (дужнику) нису биле познате посебне преокупације повериоца, утврђује се да ли одређена чињеница има тај капацитет да уобичајено одлучујуће утиче на вољу сауговарача. Другим речима, узмеће се да дужник морао бити свестан релевантности одређене чињенице уколико би она имала одлучујући утицај на вољу просечног сауговарача, имајући у виду врсту и природу уговора који се закључује.

С друге стране, треба анализирати и понашање наведеног повериоца дужности обавештавања. Циљ који се жели постићи наметањем предуговорне дужности обавештавања јесте да се елиминише или макар ублажи информациона асиметрија која постоји у тренутку закључења уговора, чији је најчешћи узрок неједнака доступност информација. Имајући то у виду, када је одређена информација доступна обема странама, када њено сазнање не изискује од повериоца улагање већег напора од оног што се у промету очекује, сматра се да дужност обавештавања не би требало да постоји јер се незнање наведеног повериоца тада не може сматрати оправданим. Право не би требало да штити оне који не штите сами себе. Стога, дужност сваке стране да се пре закључења уговора сама обавести о свему што јој може бити од значаја за доношење одлуке представља предуслов настанка дужности обавештавања. Као изванредан коректив тог правила наводи се случај када једна страна (поверилац) поклони поверење другој (дужнику): када се покаже као оправдано, повериоцу се не замере што се о одређеној чињеници није сам обавестио јер се с правом ослањао на то да ће о њој добити обавештења од дужника.

Други елемент се означава као материјални и он се односи непосредно на сам објект дужности обавештавања. Његово истраживање имало је циљ да се из другог угла приђе проблематици дужности обавештавања и да се пружи комплетнија слика о њој, тако што би се испитало о којим чињеницама би једна

страна могла да има дужност да обавести другу. Начелно, информација мора имати такав карактер да би свест повериоца о њој имала одлучујући утицај на вољу да закључи уговор. Али, како се показало, одлучујући карактер може бити само почетни критеријум помоћу кога се „бруси“ објект дужности обавештавања. Природа информације, у том смислу, игра важну улогу и може значајно да утиче на крајњи исход дилеме о томе да ли је у конкретном случају постојала дужност обавештавања. Управо се у њој често крије „кључ“ за (коначно) разумевање постављених граница дужности обавештавања.

ЛИТЕРАТУРА

- Adler, Robert, Mann, Richard, „Good Faith: A New Look at an Old Doctrine“, *Akron Law Review* 28, 1/1995, Article 2.
- Albiges, Christophe, Dumont-Lefrand, Marie-Pierre, *Droit des sûretés*, Paris 2015.
- Alisse, Jean, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, thèse, Paris 1975.
- Alpa, Guido, „Italy“, *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (ed. Ewoud Hondius), Boston 1991.
- Andrews, Neil, *Contract Law*, Cambridge 2015.
- Angermann, Juliane, *Die Verletzung vertragsschlussbezogener Informationspflichten des Europäischen Privatrechts, Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionierung fehlerhafter Informationserteilung nach nationalem Recht*, Baden-Baden 2010.
- Антић, Оливер, *Облигационо право*, Београд 2009.
- Аранђеловић, Светислав, „Прекомерно оштећење“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–5/1978.
- Atiyah, P. S., *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford 1995.
- Atiyah, P. S., Smith, Stephen, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford 2005.
- Aynès, Laurent, Mazeaud, Denis, Laithier, Yves-Marie, Genicon, Thomas, „Le silence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu“, *Revue des Contrats, Chroniques – Juillet* 2010.
- von Bar, Christian, Clive, Eric, *Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Munich 2009.
- Barg, Eric Sebastian, *Die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers im VVG 2008*, Berlin 2008.
- Barthez, Anne-Sophie, Houtcieff, Dimitri, sous la direction de Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil, Les sûretés personnelles*, Paris 2010.
- Beale, Hugh, „The Draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties of Disclosure“, *European Review of Contract Law* 3/2008.

- Beale, Hugh, *Mistake and Non-disclosure of Fact*, Oxford 2012.
- Beale, Hugh, Fauvarque-Cosson, Bénédicte, Rutgers, Jacobien, Tallon, Denis, Vogenauer, Stefan, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oregon 2010.
- Beatson, Jack, Burrows, Andrew, Cartwright, John, *Anson's Law of Contract*, Oxford 2010.
- Beatson, Jack, Burrows, Andrew, Cartwright, John, *Anson's Law of Contract*, Oxford 2016.
- Behar-Touchais, Martine, „Rapport introductif“, у „Information, conseil, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'obligations à la charge du professionnel“, *Revue des contrats*, Débats – Juillet 2012.
- Benedick, Gilles, *Die Informationspflichten im UN-Kaufrecht (CISG) und ihre Verletzung*, München 2008.
- Bernstein, Herbert, Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG in Europe, A compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods*, London 1997.
- Биро, Золтан, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1983.
- Boccard, Bruno, „Dol, silence et réticence“, *Gazette du Palais*, 1^{er} sem., Paris 1953.
- Böhme, Lothar, *Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen*, Göttingen 1964.
- Börger, Andreas, *Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten*, München 2010.
- Bourassin, Manuella, Brémond, Vincent, Jobard-Bachellier, Marie-Noëlle, *Droit des sûretés*, Paris 2016.
- Bower, George Spencer, Turner, Alexander Kingcome, Sutton, Richard John, *The Law Relating to Actionable Non-Disclosure and Other Breaches of Duty in relation of Confidence, Influence and Advantage*, London 1990.
- Boyer, Yves, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Marseille 1978.
- Breidenbach, Stephan, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, München 1989.
- Burrows, Andrew, *A Casebook on Contract*, Oregon 2016.
- Burrows, Andrew, *English Private Law*, Oxford 2013.

- Burrows, Andrew, Peel, Edwon, *Contract Formations and Parties*, Oxford 2010.
- Veljanovski, Cento, *Economic Principles of Law*, Cambridge 2007.
- Venturi, Silvio, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (dir. Luc Thévenoz, Franc Werro), Basel 2003.
- Venturi, Silvio, Zen-Ruffinen, Marie-Noëlle, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (dir. Luc Thévenoz, Franc Werro), Bâle 2012.
- Визнер, Борис, *Коментар Закона о облигационим односима*, Загреб 1978.
- Viney, François, „Absence de nullité du contrat pour réticence dolosive du vendeur lorsque l’acquéreur est averti: quelles justifications?“, *Recueil Dalloz* 30, 11 septembre 2014.
- Viney, Geneviève, Jourdain, Patrice, *Les conditions de la responsabilité*, Paris 2013.
- Водинелић, Владимир, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2012.
- Вујовић, Игор, *Превара у савременом уговорном праву*, докторска дисертација, Београд 2009.
- Вуковић, Михајло, *Правила Грађанских законика (с накнадим прописима, судском праксом, напоменама и подацима из литературе)*, Загреб 1961.
- Waddams, S. M., „Pre-contractual Duties of Disclosure“, *Essays for Patrick Atiyah* (eds. Peter Cane, Jane Stapleton), Oxford 1991.
- Wilhelmssons, Thomas/ Twigg-Flesner, Christian, „Pre-contractual information duties in the acquis communautaire“, *European Review of Contract Law* 4/2006.
- Wonnell, Christopher T., „The Structure of a General Theory of Nondisclosure“, *Case Western Reserve Law Review* 41, 2/1991.
- Гамс, Андрија, *Увод у грађанско право*, Београд 1990.
- Garcin, Claude, Moréteau, Olivier, „Le dol et l’obligation de renseignement dans la formation des contrats“, *Annales de la faculté de droit*, Lyon 1982.
- Graziadei, Michele, *Good Faith in European Contract Law* (eds. Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker), Cambridge 2008.
- Ghestin, Jacques, „The Pre-contractual obligation to Disclose Information, 1. French report“, *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* (eds. Donald Harris, Denis Tallon), London 1989.

- Ghestin, Jacques, *Conformite et garanties dans la vente (Produits mobiliers)*, Paris 1983.
- Ghestin, Jacques, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris 1963.
- Ghestin, Jacques, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris 1971.
- Ghestin, Jacques, Loiseau, Grégoire, Serinet, Yves-Marie, *Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 1, Le contrat, Le consentement*, Paris 2013.
- Ghestin, Jacques, Serinet, Yves-Marie, „Erreur“, *Répertoire de droit civil Dalloz*, 2006.
- Gorenc, Vilim, *Komentar Zakona o obveznim odnosima* (ur. Vilim Gorenc), Zagreb 2014.
- Gorphe, François, *Le principe de la bonne foi*, Paris 1928.
- Goubeaux, Gilles, „A propos de l'erreur sur le valeur“, *Mélanges J. Ghestin*, Paris 2001.
- Grassl-Palten, Eva, Madl, Raimund, Kundi, Roswitha, Ofner, Helmut, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (ed. Ruth Sefton-Green), Cambridge 2005.
- Green, Shelby D., „Contesting Disclaimer-of-Reliance Clauses by Efficiency, Free Will, and Conscience: Staving Off Caveat Emptor“, *2 Texas A&M Law Review* 1/2014.
- Grigoleit, Hans Christoph, *Vorvertragliche Informationspflichten*, München 1997.
- Grimaldi, Cyril, Sagaut, Jean-François, „L'obligation d'information du vendeur“, y „Information, conseil, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'obligations à la charge du professionnel“, *Revue des Contrats, Débats – Juillet* 2012.
- Gross, Bernard, *La notion d'obligation de garantie dans les droit des contrats*, Paris 1964.
- Denizot, Aude, „La réticence dolosive avant 1958“, *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre 2015.
- Desgorges, Richard, „Le principe de bonne foi“, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile, Thémis droit* (dir. Catherine Labrusse-Riou, Didier Truchet), Paris 2011.
- Deshayes, Olivier, Genicon, Thomas, Laithier, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, Paris 2016.

- Deshayes, Olivier, Maitre, Grégory, *Precontractual Liability in European Private Law* (eds. John Cartwright, Martijn Hesselink), Cambridge 2008.
- Dissaux, Nicolas, Jamin, Christophe, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris 2016.
- Доловић, Катарина, „Непостојећи уговор“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2012.
- Драшкић, Младен, „О материјалним недостацима уопште“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–5/1978.
- Драшкић, Младен, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига прва, Београд 1983.
- Dubuisson, Bernard, Tossens, Geneviève, „Les relations entre professionnels en droit belge“, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges* (dir. Jacques Ghestin), Paris 1996.
- Duggan, Anthony, Bryan, Michael, Hanks, Frances, *Contractual Non-Disclosure – An Applied Study in Modern Contract Theory*, Melbourne 1994.
- van Dunné, Jan M., „Precontractual duties and obligations“, *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (ed. Ewoud Hondius), Boston 1991.
- Ђорђевић, Живомир, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), књига прва, Крагујевац 1980.
- Ђорђевић, Живомир, Станковић, Владан, *Облигационо право*, Београд 1987.
- Ђурђевић, Ненад, „Надокнада штете као последица необавештавања пацијента о ризицима оперативног захвата“, *Судска пракса* 2/1996.
- Ђурђевић, Ненад, „Право купца на надокнаду штете због материјалног недостатка продате ствари“, *Правни живот* 8–10/1989.
- Ђурђевић, Ненад, *Одговорност за материјалне недостатке продате ствари, посебно аутомобила*, магистарски рад, Крагујевац 1987.
- Eisenberg, Melvin A., „Disclosure in Contract Law“, *California Law Review* 91, 2003.
- Engel, Pierre, *Contrats de droit suisse*, Berne 2000.
- Zeiler, Kathryn, Krawiec, Kimberly D., „Common-Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing Meta-Theories“, *Virginia Law Review* 91, 8/2005.

- Zimmermann, Reinhard, Whittaker, Simon, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2008.
- Zimmermann, Reinhard, Verse, Dirk A., *Good Faith in European Contract Law* (eds. Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker), Cambridge 2008.
- Zweigert, Konrad, Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford 2011.
- Jamin, Christoph, „La réticence dolosive, l’obligation d’information et de la bonne foi dans la formation du contrat“, *La Semaine Juridique Edition Générale*, Jurisprudence, 11 Avril 2001 no. 15, Paris.
- Јанковец, Ивица, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1983.
- Јанковец, Ивица, *Уговорна одговорност*, Београд 1993.
- Jansen, Nils, Zimmermann, Reinhard, „Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules“, *Oxford Journal of Legal Studies* 31, 4/2011.
- Jansen, Sanne, „Belgian Case Note, The Defect of Consent Deceit, Information Duties, and Discrimination Legislation: The Thor Steinar Cases Applied in Belgian Law“, *European Review of Private Law* 3–4/2011.
- Jourdain, Patrice, „Le devoir de ‘se’ renseigner“, *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique XXV, 1983.
- de Juglart, Michel, „L’obligation de renseignements dans les contrats“, *Revue trimestrielle de droit civil*, Recueil Sirey 1945.
- Kablan, Serge, Oulaï, Arthur, „La formulization du devoir d’information dans les contrats de cyberconsommation: analyse de la solution québécoise“, *McGill Law Journal*, 2009.
- Käerdi, Martin, „The Development of the Concept of Pre-contractual Duties in Estonian Law“, *European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in New Member States*, *Juridica international, Law Review University of Tartu* XIV, 2008, Estonia.
- Капор, Владимир, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1980.
- Капор, Владимир, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1983.

- Капор, Владимир, „Купопродаја“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), том први, Београд 1978.
- Карамарковић, Лепосава, *Расправе из уговорног, одштетног и процесног права*, Београд 2002.
- Караникић Мирић, Марија, *Објективна одговорност за штету*, Београд 2013.
- Keglević, Ana, *Грађанскоприви аспекти обвезе обавјештавања код потрошачког уговора о осигурању*, doktorski rad, Zagreb 2012.
- Keeton, Page, „Fraud – Concealment and Non-disclosure“, *Texas Law Review* 15, 1/1936–1937.
- Kessler, Friedrich, Fine, Edith, „Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract“, *Harvard Law Review* 77, 3/1964, January.
- Klarić, Petar, Vedriš, Martin, *Грађанско право, Опћи дио, стварно право, обвезно и наследно право*, Zagreb 2009,
- Klingler, Joachim, *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht – Hypothesen zu ihrer richterlichen Instrumentalisierung*, Düsseldorf 1981.
- Ковачевић, Љубинка, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд 2013.
- Kötz, Hein, Flessner, Axel, *European Contract Law*, Oxford 1997.
- Kronman, Anthony, „Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts“, *The Journal of Legal Studies* 7, 1/1978.
- Kruisinga, Sonja, *(Non-)conformity in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?*, Antwerp 2004.
- Круљ, Врлета, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига прва, Београд 1983.
- Kuonen, Nicolas, *La responsabilité précontractuelle, Analyse historique, Etude de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels, Théorie générale en droit suisse*, Zurich 2007.
- Lando, Ole, Beale, Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague 2000.
- Lando, Ole, Clive, Eric, Prüm, André, Zimmermann, Reinhard (eds.), *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague 2003.

- Lardeux, Gwendoline, „La réticence dolosive n’est pas un dol comme les autres“, *Recueil Dalloz*, 27 décembre 2012, no. 44.
- Latina, Mathias, Chantepie, Gaël, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*, Paris 2016.
- Lauer, Jürgen, *Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht*, Bern 1983.
- Legrand, Pierre, „Information in Formation of Contracts: A Civilian Perspective“, *The Canadian Business Law Journal* 19, Aurora 1991.
- Legrand, Pierre, „Pre-contractual disclosure and information: English and French Law compared“, *Oxford Journal of Legal Studies* 6, 3/1986.
- Lequette, Yves, Loiseau, Grégoire, Serinet, Yves-Marie, *Reforming the French Law of Obligations, Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescriptions (‘the Avant-projet Catala’)* (eds. John Cartwright, Stefan Vogenauer and Simon Whittaker), Oregon 2009.
- LeViness, Charles T., „Caveat Emptor vs. Caveat Venditor“, *Meryland Law Review*, 1942–1943.
- de Leyssac, Lucas, „L’obligation de renseignements dans les contrats“, *Information en droit privé* (dir. Yvon Loussouarn, Paul Lagarde), Paris 1978.
- Lombardini, Carlo, *Droit bancaire Suisse*, Zurich 2008.
- Looschelders, Dirk, „Pre-Contractual Obligations and the Concept of Culpa in Contrahendo I German Law“, *The Formation of Contract, New Features and Developments in Contracting* (eds. Reiner Schulze, Pilar Parales Viscasillas), Baden-Baden 2016.
- Lorenz, Werner, „Germany“, *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (ed. Ewoud Hondius), Boston 1991.
- Lorenz, Stephan, Vogelsang, Wolfgang, *Precontractual Liability in European Private Law* (eds. John Cartwright, Martijn Hesselink), Cambridge 2008.
- Loser, Peter, *Precontractual Liability in European Private Law* (eds. John Cartwright, Martijn Hesselink), Cambridge 2008.

- Mazeaud, Denis, „Réticence de l'acquéreur sur la valeur du bien vendu: la messe est dite!“, *Recueil Dalloz* 15/2007.
- Mazeaud, Denis, „Obligation de mise en garde“, *Revue des contrats*, janvier 2010.
- Malaurie, Philippe, „Cession d'actions: la réticence dolosive en raison des circonstances. L'affaire Bouygues des Grands moulins de Paris“, *Recueil Dalloz* 1996.
- Malaurie, Philippe, Aynès, Laurent, Stoffel-Munck, Philippe, *Les obligations*, Paris 2011.
- Манић, Самир, „Предуговорна одговорност“, *Правни живот* 10/2010.
- Markesinis, Basile, Unberath, Hannes, Johnston, Angus, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Oxford 2006.
- Марковић, Блажа, „Предуговорна одговорност“, *Бранич* I, 1/1991, јануар–март, Београд.
- Марковић, Лазар, *Грађанско право, Општи део и Стварно право*, Београд 1927.
- Martin, Didier, „Du dol par omission dans une vente d'actions“, *Les Petites Affiches* 21/1997.
- Mauger-Vielpeau, Laurence, *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime general et de la preuve des obligations* (dir. Thibault Douville), Caen 2016.
- Meier, Philippe, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (dir. Luc Thévenoz, Franc Werro), Bâle 2012.
- Mercadal, Barthélemy, *Réforme du droit des contrats*, Levallois 2016.
- Mestre, Jacques, „Actualité de l'obligation d'information et du devoir de conseil“, *Revue trimestrielle de droit civil*, Recueil Sirey 1999.
- Mestre, Jacques, „De la réticence dolosive“, *Revue trimestrielle de droit civil*, avril-juin 1988.
- Mestre, Jacques, „De quelques limites aux obligations d'informations et de conseil“, *Revue trimestrielle de droit civil*, janv.-mars 2003.
- Mestre, Jacques, „De quelques nouvelles avancées de l'obligation de renseignement“, *Revue trimestrielle de droit civil*, juill.-sept. 1990.
- Mestre, Jacques, „Des limites de l'obligation de renseignement“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1986.

- Mestre, Jacques, „L'exigence de bonne foi dans la conclusion du contrat“, *Revue trimestrielle de droit civil*, oct.- déc. 1989.
- Mestre, Jacques, „L'information à l'une!“, *Revue trimestrielle de droit civil*, janv.-mars 1993.
- Mestre, Jacques, „Où l'obligation de renseignement a pour objet d'autres contrats que celui où elle est due“, *Revue trimestrielle de droit civil*, janv.-mars 1994.
- Митровић, Добросав, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига прва, Београд 1980 (1980а).
- Митровић, Добросав, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1980 (1980б).
- Момчиновић, Hrvoje, *Komentar Zakona o obveznim odnosima* (ur. Vilim Gorenc), Zagreb 2014.
- Monateri, Pier Giuseppe, Musy, Alberto, Chiaves, Filippo Andrea, „Italy“, *Wolters Kluwer*, 2016.
- Mouly, Jean, „Des rapports entre la reticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un 'travailleiste')“, *Recueil Dalloz* 30/2003.
- Mouly, Jean, „Une règle de nature à induire en erreur: la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée“, *Recueil Dalloz* 2012.
- Musy, Alberto, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (ed. Ruth Sefton-Green), Cambridge 2005.
- Musy, Alberto, *Precontractual Liability in European Private Law* (eds. John Cartwright, Martijn Hesselink), Cambridge 2008.
- Neumayer, Karl, Ming, Catherine, *Convention de Vienne dur les contrats de vente international de merchandises, Commentaire* (dir. François Dessemontet), Lausanne 1993.
- Nicholas, Barry, „The Pre-contractual Obligation to Disclose Information, 2. English Report“, *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons* (eds. Donald Harris, Denis Tallon), London 1989.
- Орлић, Миодраг, *Закључење уговора*, Београд 1993.
- Орлић, Миодраг, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1983.
- O'Sullivan, Janet, Hilliard, Jonathan, *The Law of Contract*, Oxford 2012.

- Павић, Драган, „Дужна пажња као правни стандард у судском одлучивању“, *Правни живот* 11–12/1994.
- Павловић, Ђорђе, *О обвезностима и уговорима уопште*, Београд 2014.
- Palmieri, Nicola, „Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations“, *Seton Hall Law Review*, 1993–1994, HeinOnline.
- Park, Semin, *The duty of disclosure in insurance contract law*, Vermont 1996.
- Patry, Robert, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, Genève 1953.
- Перић, Живојин, *О уговору о продаји и куповини*, Београд 1986.
- Перовић, Слободан, „Заблуда о својствима предмета и одговорност за скривене мане“, *Правни живот* 1/1972.
- Перовић, Слободан, „Заблуда“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), том трећи, Београд 1978.
- Перовић, Слободан, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), књига прва, Крагујевац 1980 (1980б).
- Перовић, Слободан, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), књига друга, Крагујевац 1980 (1980в).
- Перовић, Слободан, *Облигационо право*, Београд 1980 (1980а).
- Перовић, Слободан, *Облигационо право*, Београд 1990.
- Pétel, Philippe, *Les obligations du mandataire*, Paris 1988.
- Петровић, Милан, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига прва, Београд 1980.
- Piedlièvre, Stéphane, „Assurance de groupe, obligation légale d’information et devoir de conseil du banquier“, *Recueil Dalloz* 14/2007.
- Piotet, Paul, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Berne 1963.
- Pohlmann, André, *Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten*, Berlin 2002.
- Porrachia, Didier, „Les vices du consentement – Le dol et la violence“, *Collection Lamy Droit civil – Lamy Droit du contrat* (dir. Bertrand Fages, Sidonie Doireau), 2001.

- Posch, Willibald, „Austria“, *Wolters Kluwer*, 2016.
- Posch, Willibald, „Austria“, *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (ed. Ewoud Hondius), Boston 1991.
- Posch, Willibald, *Precontractual Liability in European Private Law* (eds. John Cartwright, Martijn Hesselink), Cambridge 2008.
- Posner, Richard, *Economic analysis of law*, New York 2014.
- Радишић, Јаков, *Медицинско право*, Београд 2008.
- Радишић, Јаков, *Облигационо право*, Ниш 2014.
- Rehm Gebhard, M., *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*, München 2003.
- Remy-Corlay, Pauline, Fenouillet, Dominique, „Le consentement“, *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. François Terre), Paris 2009.
- Rieg, Alfred, *Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris 1961.
- Ripert, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris 1925.
- Riske, Olivier, *La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen, Perspectives pour l'ordre juridique suisse, Analyse historique, comparative et prospective*, Bâle 2015.
- Rouiller, Nicolas, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, Lausanne 2007.
- Салма, Јожеф, *Облигационо право*, Нови Сад 2004.
- Sauphanor-Brouillaud, Natacha, *Traité de droit civil, Les contrats de consommation, Règles communes*, Paris 2011.
- Sefton-Green, Ruth, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge 2005.
- Simler, Phillippe, Delebecque, Philippe, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Paris 2016.
- Simler, Philippe, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris 2016.
- Simler, Philippe, *Traités, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, Paris 2008.

- Zvonimir Slakoper, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, (ur. Vilim Gorenc), Zagreb 2014.
- Slakoper, Zvonimir, Gorenc, Vilim uz suradnju Maje Bukovac Puvača, *Obvezno pravo, Opći dio – sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, Zagreb 2009.
- Spagnolo, Lisa, „Opening Pandora’s Box: Good Faith and Precontractual Liability in the CISG“, *21 Temple International and Comparative Law Journal* 261, 2007, HeinOnline.
- Spindler, Gerald, Rieckers, Oliver, „Germany“, *Wolters Kluwer*, 2011.
- Станковић, Обрен, Водинелић, Владимир, *Увод у грађанско право*, Београд 2007.
- Станојевић, Обрад, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1983.
- Starck, Boris, Roland, Henry, Boyer, Laurent, *Obligations, 2. Contrat*, Paris 1995.
- Стојановић, Драгољуб, „Савесност и поштење“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), том трећи, Београд 1978.
- Стојановић, Драгољуб, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), књига прва, Крагујевац 1980.
- Story, Joseph, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, приредио А. Е. Randall, London 1920.
- Schenker, Franz, „Switzerland“, *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (ed. Ewoud Hondius), Boston 1991.
- Scheppele, Kim Lane, *Legal Secrets, Equality and Efficiency in the Common Law*, Chicago – London 1988.
- Schermaier, Martin Josef, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (ed. Ruth Sefton-Green), Cambridge 2005.
- Schmidlin, Bruno, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (dir. Luc Thévenoz, Franc Werro), Bâle 2012.
- Schmidt, Reimer, *Die Obliegenheiten*, Karlsruhe 1953.
- Schmidt-Szalewski, Joanna, „France“, *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990* (ed. Ewoud Hondius), Boston 1991.

- Schneider, Nicole, *Uberrima Fides, Treu und Glauben und vorvertragliche Aufklärungspflichten im englischen Recht*, Berlin 2004.
- Schwenzer, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. Peter Schlechtriem), Oxford 1998.
- Schwenzer, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford 2016.
- Shavell, Steven, „Acquisition and disclosure of information prior to sale“, *RAND Journal of Economics* 25, 1/1994.
- Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge – London 2004.
- Tegethoff, Michael, „Culpa in contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability“, *5 Maastricht Journal of European and Comparative Law* 341, 1998, HeinOnline.
- Tercier, Pierre, Bieri, Laurent, Carron, Blaise, *Les contrats spéciaux*, Zurich 2016.
- Tercier, Pierre, Favre Pascal, Zen-Ruffinen, Marie-Noëlle, *Les contrats spéciaux* (eds. Pierre Tercier, Pascal Favre), Zurich 2009.
- Tercier, Pierre, Favre, Pascal, Eigenmann, Marie Antoine, *Les contrats spéciaux* (dir. Pierre Tercier, Pascal Favre), Zurich 2009.
- Tercier, Pierre, Pichonnaz, Pascal, *Le droit des obligations*, Zurich 2012.
- le Tourneau, Philippe, „De l’allègement de l’obligation de renseignements ou de conseil“, *Recueil Dalloz Sirey*, Chronique XIX, 1987.
- von Tuhr, Andreas, *Partie générale de Code fédérale des Obligations*, Lausanne 1929.
- Трајковић, Миодраг, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), књига друга, Крагујевац 1980.
- The Journal of Law and Commerce*, Volume 30, Special Issue 2012.
- Thévenoz, Luc, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (dir. Luc Thévenoz, Franc Werro), Basel 2003.
- Thévenoz, Luc, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (dir. Luc Thévenoz, Franc Werro), Basel 2012.
- Fabre-Magnan, Muriel, *De l’obligation d’information dans les contrats, Essai d’une théorie*, Paris 1992.
- Fabre-Magnan, Muriel, *Les obligations*, Paris 2004.

- Fages, Bertrand, „Pre-contractual Duties in the Draft Common Frame of Reference – What Relevance for the Negotiation of Commercial Contracts?“, *European Review of Contract Law* 3/2008.
- Fages, Bertrand, *Droit des obligations*, Paris 2017.
- Fages, Bertrand, „La protection du consentement – L’obligation d’information“, etude 132, *Collection Lamy Droit civil – Lamy Droit du contrat* (dir. Bertrand Fages, Sidonie Doireau), Octobre 2001.
- Fil, Patrice, *L’obligation d’information et de conseil en matière d’assurance*, Marseille 1996.
- Fleischer, Holger, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, München 2001.
- Forest, G., „Vices cachés: assimilation du vendeur occasionnel au vendeur professionnel“, 2011, www.dalloz-actualite.fr, 10. децембар 2017.
- D. M. Forte, Angelo, „Good Faith and Utmost Good Faith: Insurance and Cautionary Obligations in Scots Law“, *Good faith in contract and property* (ed. Angelo D. M. Forte), Portland 1999.
- François, Jérôme, sous la direction de Christian Larroumet, *Droit civil, Les sûretés personnelles*, Paris 2004.
- Franklin, Eric, „Mandating Precontractual Disclosure“, *Scholarly Works*, 2013.
- Furmston, Michael, *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract*, Oxford 2012.
- Hamilton, Walton, „The Ancient Maxim Caveat Emptor“, *The Yale Law Journal* 40, 8, June 1931.
- Hartmann, Stephan, *Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht*, Fribourg 2001.
- Heinich, Julia, „Le devoir général d’information, 469 – Connaissance de l’information par le débiteur“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.
- Heinich, Julia, „Le devoir général d’information, 470 – Ignorance légitime de l’information par le créancier“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.
- Heinich, Julia, „Le devoir général d’information, 471 – Confiance légitime dans l’autre partie“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.
- Heinich, Julia, „Le devoir général d’information, 472 – Une information déterminante du consentement“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.

- Heinich, Julia, „Le devoir général d’information, 480 – Typologie des obligations d’information“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.
- Heinich, Julia, „Le devoir général d’information, 485 – Connaissance de l’information et de son importance“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.
- Heinich, Julia, „Le devoir général d’information, 486 – Qualité de professionnel“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016
- Heinich, Julia, „Le devoir général d’information, 488 – Protection d’une partie supposée faible“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.
- Heinich, Julia, „Le devoir général d’information, 489 – L’obligation d’information s’épuise en présence d’un contractant averti“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.
- Heinich, Julia, „Le devoir général d’information, 490 – Critères identifiant le contractant averti“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.
- Heinich, Julia, „Le dol, 576 – Dolus bonus“, *Le Lamy Droit du contrat*, Mise à jour 07/2016.
- Hesselink, Martijn, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (ed. Ruth Sefton-Green), Cambridge 2005.
- Хибер, Драгор, „Заблуда о праву према Закону о облигационим односима и његовој примени“, *Правни живот* 10–12/1988.
- Хибер, Драгор, „Нескривљеност заблуде“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, април–јун 1992. године.
- Хибер, Драгор, *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација, Београд 1991.
- Hirsch, Werner, *Law and Economics, An Introductory Analysis*, Boston 1988.
- Hirshleifer, Jack, „The Private and the Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity“, *The American Economic Review* 61, 4, Sep. 1971.
- Hondius, Ewoud (ed.), *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Boston 1991.
- Horn, Norbert, preveo Luke Nottage, „Bank’s Duties to Inform and to Give Advice under German Law“, *European Business Law Review*, November–December 1998.

- Huet, Jérôme, *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés*, Paris 1987.
- Cabrillac, Michel, Mouly, Christian, Cabrillac, Séverine, Pétel, Philippe, *Droit des sûretés*, Paris 2010, 73.
- Cane, Peter, Stapleton, Jane, *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford 1991.
- Capitant, Henri, Terré, François, Lequette, Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Paris 2008.
- Capitant, Henri, Terré, François, Lequette, Yves, Chénéde, François, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Paris 2015.
- Carbonier, Jean, *Droit civil, Les Obligations*, Paris 1956.
- Царић, Славко, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига друга, Београд 1980.
- Cartwright, John, *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, London 2012.
- Cartwright, John, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (ed. Ruth Sefton-Green), Cambridge 2005.
- Catala, Pierre, „Ebauche d’une théorie juridique de l’information“, *Recueil Dalloz Sirey* 1/1984, Paris.
- Catala, Pierre, „La ‘propriété’ de l’information“, *Mélanges offerts à Pierre Raynard*, Dalloz-Sirey, 1985.
- Cattalano-Cloarec, Garance, „Obligation d’information et réticence dolosive: une obscure clarté?“, *La réforme du droit des contrats en pratique* (dir. Mathias Latina), Paris 2017.
- Célice, Raymond, *L’erreur dans les contrats*, Paris 1922.
- Цигој, Стојан, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига прва, Београд 1980.
- Цигој, Стојан, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), књига прва, Београд 1983.
- Цицерон, Марко Тулије, *Филозофски списи, О пријатељству, О дужностима, О старости* (прев. Бранко Гавела, Василије Томовић), Београд 1955.
- Chaussade-Klein, Bernadette, *Vorvertragliche „obligation de renseignements“ im französischen Recht*, Frankfurt am Mein 1992.
- Chauvel, Patrick, „Dol“, *Répertoire de droit civil Dalloz*, juin 2014.

- Chazal, Jean-Pascal, *De la puissance économique en droit des obligations*, Grenoble 1996;.
- Choné-Grimaldi, Anne-Sophie, *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (dir. Thibault Douville), Caen 2016.
- Christianos, Vassili, *L'obligation d'informer dans la vente de produits mobiliers*, Paris 1987.
- Coleman, Jules, Heckathorn, Douglas, Maser, Steven, „A bargaining theory approach to default provisions and disclosure rules in contract law“, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 12, 3/1989.
- Cooter, Robert, Ulen, Thomas, *Law and Economics*, Boston 2012.
- Corbisier, Isabelle, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (ed. Ruth Sefton-Green), Cambridge 2005.
- Cravetto, Chiara, Pasa, Barbara, „The ‘Non-sense’ of Pre-contractual Information Duties in Case of Non-concluded Contracts“, *European Review of Private Law* 6/2011.
- „Fraud and Duress as Defenses of a Surety“, *Columbia Law Review* 40, 7/1940.

ЦИТИРАНЕ СУДСКЕ ОДЛУКЕ И СТАВОВИ СУДОВА

- Начелни став са Заједничке седнице Савезног суда, Врховних судова и Врховног војног суда од 9. и 10. децембра 1982, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 3/2008.
- Одлука Вишег привредног суда у Београду, Пж. 576/90, *IngPro*.
- Одлука Врховног суда БиХ Пж 596/87 од 14. јула 1988, *Судска пракса* 8/1989.
- Одлука Врховног суда БиХ, Пж. 233/90 од 21. фебруара 1991, *Судска пракса* 9/1991.
- Одлука Врховног суда БиХ, Рев. 361/86 од 13. августа 1987, *Судска пракса* бр. 8/88, 52-53.
- Одлука Врховног суда БиХ, Рев. 429/87 од 12. маја 1988, *Судска пракса* 11/89, 46.
- Одлука Врховног суда Србије, Пзз. 34/97 од 20. маја 1998, *ParagrafLex*.
- Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1217/97 од 3. марта 1998, *IngPro*.
- Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1291/97 од 3. јуна 1997, *IngPro*.
- Одлука Врховног суда Србије, Рев. 3112/98 од 24. јуна 1998, *ParagrafLex*, *IngPro*.
- Одлука Врховног суда Србије, Рев. 3205/99 од 7. августа 1999, *IngPro*.
- Одлука Врховног суда Србије, Рев. 5356/00 од 24. маја 2001, *IngPro*.
- Одлука Врховног суда Србије, Рев. 645/98 од 27. маја 1998, *IngPro*.
- Одлука Суда удруженог рада Косова, бр. 851/85 од 24. децембра 1985, *Судска пракса* 2/86, 63.
- Одлука Суда удруженог рада СР Словеније, бр. Сп. 1622/81-3 од 22. октобра 1981, *Судска пракса* 12/81, 69–70.
- Одлука Суда удруженог рада СР Словеније, бр. Сп. 622/81 од 23. априла 1981, *Судска пракса* 6/81, 78–79.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 99-19072 од 1. априла 2003, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 90-18238 од 1. децембра 1992, www.legifrance.gouv.fr.

- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 96-20358 од 1. јула 1998, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 83-16004 од 11. јуна 1985, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 89-13812 од 11. фебруара 1992, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 11-21661, од 12. јуна 2012, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 91-12600 од 12. новембра 1992, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 08-14563 од 12. новембра 2009, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 97-13782 од 13. априла 1999, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 92-20806 од 13. децембра 1994, www.legifrance.gouv.fr,
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 94-19614 од 13. маја 1997, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 07-15172 и 07-15958 од 13. новембра 2008, www.legifrance.gouv.fr,
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 08-10430 од 13. октобра 2009, www.legifrance.gouv.fr,
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 04-16520 од 13. фебруара 2007, www.legifrance.gouv.fr,
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 75-15185 од 14. новембра 1977, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 98-12395, од 14. новембра 2000, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 01-13018 од 15. марта 2005, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 82-11310 од 15. новембра 1983, www.legifrance.gouv.fr.

- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 04-19757 од 15. фебруара 2006, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 96-45565 од 16. фебруара 1999, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 06-10442 од 17. јануара 2007, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 97-17259 од 17. јула 2001, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 87-12053 од 18. априла 1989, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 97-17716 од 18. јануара 2000, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 03-15115 од 18. јануара 2005, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 94-21644 од 18. фебруара 1997, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 95-11816 од 18. фебруара 1997, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 02-17523 од 18. фебруара 2004, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 74-12783, од 19. јануара 1977, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 94-12777 од 19. јуна 1996, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 99-13100 од 19. фебруара 2002, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 99-14765 од 2. јула 2002, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 13-10076 од 2. јула 2014, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 06-15267 од 2. марта 2007, www.legifrance.gouv.fr.

- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 73-11901 од 2. октобра 1974, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 01-17.977 од 20. новембра 2003, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 11-27129 од 20. децембра 2012, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 78-10318 од 20. јуна 1979, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 93-15948, од 20. јуна 1995, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 83-12371 од 20. марта 1984, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 79-15443 од 21. јануара 1981, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 70-13898, од 21. новембра 1972, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 92-18394 од 21. фебруара 1995, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 98-20817 од 21. фебруара 2001, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 99-17666, од 21. фебруара 2001, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 02-19066 од 21. фебруара 2006, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), од 22. новембра 2006. године, бр. 05-16719, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 83-17282 од 23. априла 1985, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 15-12113 од 23. јуна 2016, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 74-12352 од 24. новембра 1976, www.legifrance.gouv.fr.

- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 00-21863 од 24. септембра 2003, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 99-15915 од 25. јуна 2002, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 91-12205 од 25. маја 1993, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 0-16677 од 25. маја 2011. године, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 08-13060 од 25. марта 2010, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 79-15227 од 25. фебруара 1981, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 04-18466, од 26. априла 2006, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 78-15556 од 26. фебруара 1980, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 92-19212 од 27. јуна 1995, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 92-19212 од 27. јуна 1995, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 78-11962 од 27. новембра 1979, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 84-10022 од 27. фебруара 1985, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 94-11241 од 27. фебруара 1996, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 07-13487 од 28. маја 2008, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 09-16913 од 28. октобра 2010, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 05-21104 од 29. јуна 2007, www.legifrance.gouv.fr.

- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 15-27231 од 29. марта 2017, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 16-13050 од 29. марта 2017, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 84-10875 од 3. јула 1985, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 96-16439 од 3. јуна 1998, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 98-11381, од 3. маја 2000, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 02-11211 од 3. маја 2006, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 79-13774 од 3. фебруара 1981, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 90-19093 од 30. јуна 1992, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 96-42912 од 30. марта 1999, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 85-11877 од 31. марта 1987, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 88-12015, од 4. априла 1991, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 03-16667 од 4. јануара 2005, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 04-17662 од 4. јануара 2006, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 88-12779, од 4. јула 1989, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 91-17321 од 4. маја 1993, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 13-10588 од 4. марта 2014, www.legifrance.gouv.fr.

- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 85-18763 од 4. октобра 1988. године, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 76-14764 од 5. априла 1978, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 94-12376, од 5. децембра 1995, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 98-22556 од 6. марта 2001, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 99-20637, од 6. марта 2002, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 96-16148 од 7. априла 1998, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 84-11443 од 8. априла 1986, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 96-16160 од 8. децембра 1998, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 82-10493 од 8. новембра 1983, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 09-71498 од 9. фебруара 2011, www.legifrance.gouv.fr.
- Одлука француског Касационог суда (*Cour de cassation*), бр. 94-15412 од 9. јула 1996, www.legifrance.gouv.fr.
- Правно схватање Савезног суда – начелни став бр. 4/85 од 6. новембра 1985, објављено у *Збирци судских одлука Савезног суда*, Свеска I–II 1994, *Судска пракса привредних судова*, *Билтен* 2/98, 9, *ParagrafLex*.
- Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 2/12 од 25. јануара 2012.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 12263/2010(3) од 26. октобра 2011, *ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 2213/2011 од 5. јула 2012, *ParagrafLex*.
- Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. бр. 5319/10 од 9. априла 2010, *Билтен Апелационог суда у Београду* 2/2011.

- Пресуда Апелационог суда у Београду Гж1 70/15 од 4. фебруара 2015, www.bg.ap.sud.rs/bilten/Radno/bilten7_rad_06_1.doc, 20. април 2018.
- Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 1027/2012 од 5. септембра 2013, *ParagrafLex*.
- Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 15116/2010(2) од 14. октобра 2011, *ParagrafLex*.
- Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 2728/2010 (2) од 23. септембра 2011, *ParagrafLex*.
- Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 6144/2012 од 25. септембра 2013, *ParagrafLex*.
- Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1 965/2014 од 20. маја 2015, *ParagrafLex*.
- Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 1-1989/2012 од 21. септембра 2012, *ParagrafLex*.
- Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж. 3713/2017 од 27. јула 2017, *ParagrafLex*.
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду од 1. марта 2018, <http://efektiva.rs/aktuelnosti-efektiva/aktuelnosti-krediti/raskid-chf-pravnosnazna-presuda/>, 23. април 2018.
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Гж. 3272/13 од 17. априла 2014, <http://bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=odgovornost-prodavca-materijalni-nedostatak-stvari>, 20. април 2018.
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж.1 1596/2011 од 6. септембра 2001, *ParagrafLex*.
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 2666/2013 од 20. фебруара 2014, *ParagrafLex*.
- Пресуда Вишег привредног суда Србије, Сл. 47/64, од 28. фебруара 1964.
- Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 3951/98 од 5. новембра 1998, *IngPro*.
- Пресуда Вишег привредног суда, Пж. 1156/99 од 19. маја 1999, *ParagrafLex*.
- Пресуда Вишег суда у Панчеву, Гж. 1158/2011 од 23. новембра 2011, *ParagrafLex*.

- Пресуда Вишег суда у Суботици, Гж. 112/2011 од 9. августа 2011, *ParagrafLex*.
- Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 5579/2007 од 9. августа 2007, *ParagrafLex*.
- Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 5993/2008 од 4. децембра 2008, *ParagrafLex*.
- Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 721/2003 од 25. фебруара 2003, *ParagrafLex*.
- Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 795/2006 од 6. септембра 2006, *ParagrafLex*.
- Пресуда Врховног Касационог суда Рев2 341/2016 од 22. фебруара 2017, <http://www.vk.sud.rs/sr>, 20. април 2018.
- Пресуда Врховног касационог суда, Прев 60/2016(2) од 27. априла 2017.
- Пресуда Врховног касационог суда, Прев. 77/2016 од 24. новембра 2016, <http://www.vk.sud.rs/>, 31. јул 2017.
- Пресуда Врховног касационог суда, Рев 952/10 од 20. октобра 2010, *Избор судске праксе 2/2013*;
- Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 3244/2010 од 13. јуна 2012, *ParagrafLex*.
- Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 785/15 од 23. септембра 2015, <http://www.vk.sud.rs/sr>, 20. април 2018.
- Пресуда Врховног касационог суда, Рев2. 265/2013 од 19. марта 2014, *ParagrafLex*.
- Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 2099/62.
- Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 506/59, од 17. августа 1959.
- Пресуда Врховног суда БиХ Рев 485/85 од 12. децембра 1985, *Судска пракса 1/87*, 46.
- Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1003/58, *Збирка судских одлука*, књига 4, свеска 1, бр. 36, 83 и 85.
- Пресуда Врховног суда Југославије, Рев. 109/71, *Збирка судских одлука из области Грађанског права 1973-1986*, одлука бр. 300.
- Пресуда Врховног суда Србије Рев 2018/87 од 28. октобра 1987, *Судска пракса 3/88*, 44.

- Пресуда Врховног суда Србије Рев. 259/03 од 7. јула 2005, *Судска пракса* 7-8/07, <http://www.osnovnisudkg.net/media/bilten-januar-2008.pdf>, 22. децембар 2017.
- Пресуда Врховног суда Србије Рев-950/06 од 24. јануара 2006, *Избор судске праксе* 3/07, <http://www.osnovnisudkg.net/media/bilten-jul-2007.pdf>.
- Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 368/96 од 29. октобра 1997, *IngPro*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 374/2001 од 20. марта 2002, *ParagrafLex*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 489/2007 од 13. децембра 2007, *ParagrafLex*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 512/2004 од 30. јуна 2005, *ParagrafLex*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 52/98 од 13. маја 1998, *ParagrafLex*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 108/2000 од 27. фебруара 2001, *IngPro*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 174/2004 од 16. фебруара 2005, *ParagrafLex*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1880/2003 и Гзз. 138/2003 од 8. октобра 2003, *ParagrafLex*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2151/79, *Збирка судских одлука из области грађанског права 1973-1986*, одлука бр. 273.
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3617/92 од 19. новембра 1992, *IngPro*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 383/97 од 9. априла 1997, *IngPro*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 398/06 од 1. марта 2006, *IngPro*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 742/2006 од 28. јуна 2006, *ParagrafLex*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 4160/03 од 29. априла 2004, *IngPro*.
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев-II-1587/03 од 25. фебруара 2004, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 2/2004.
- Пресуда Европског суда правде, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0186&qid=1395932669976&from=EN#Footnote*.
- Пресуда Окружног суда у Београду Гжл-4576/07 од 15. априла 2009, *IngPro*.
- Пресуда Окружног суда у Ваљеву Гж. 689/05 од 26. маја 2005, *Судска пракса* 2/2007.
- Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 892/2006 од 20. септембра 2006, *ParagrafLex*.

- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж 2243/2015(1) од 22. октобра 2015, *ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж 5808/2014 од 12. маја 2016, *ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 1475/2010(1) од 13. септембра 2010, *ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 2703/2012 од 24. јануара 2013, *ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 2751/2001 од 8. децембра 2011, *Судска пракса привредних судова, Билтен 1/2012, ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 3210/2015 од 9. новембра 2016, *ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 3782/2013 од 16. октобра 2013, *ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 3942/2014(2) од 10. јула 2014, *Судска пракса привредних судова, Билтен 1/2015, ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 4170/2010 (2009) од 8. децембра 2010, *ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 5518/2013 од 16. јануара 2014, *ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 658/2010(2) од 7. априла 2010, *ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 795/2011(1) од 9. марта 2011, *ParagrafLex*.
- Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 8355/2013(2) од 5. фебруара 2014, *ParagrafLex*.
- Пресуда Савезног суда, Гзс. 45/98 од 19. новембра 1998, *ParagrafLex*.
- Решење Апелационог суда у Нишу, Гж 2335/2017 од 13. априла 2017, *ParagrafLex*.
- Решење Апелационог суда у Нишу, Гж 3183/2017 од 15. јуна 2017, *ParagrafLex*.

- Решење Вишег трговинског суда, Пж. 2639/2008(1) од 16. маја 2008, *ParagrafLex*.
- Решење Вишег трговинског суда, Пж. 3895/2002 од 19. марта 2002, *ParagrafLex*.
- Решење Вишег трговинског суда, Пж. 6/2007(2) од 18. априла 2007, *ParagrafLex*.
- Решење Вишег трговинског суда, Пж. 6196/2008(2) од 14. августа 2008, *ParagrafLex*.
- Решење Вишег трговинског суда, Пж. 9850/2005 од 7. септембра 2006, *ParagrafLex*.
- Решење Врховног Касационог суда, Рев2 179/2015 од 3. јула 2015, <http://www.vk.sud.rs/sr>, 20. април 2018.
- Решење Врховног суда Србије, Прев. 234/2004 од 31. марта 2005, *ParagrafLex*.
- Решење Врховног суда Србије, Прев. 244/2005 од 8. марта 2006, *ParagrafLex*.
- Решење Врховног суда Србије, Рев 3132/05 од 13. априла 2006, <http://www.vk.sud.rs/sr>, 20. април 2018.
- Решење Врховног суда Србије, Рев. 2746/98 од 2. јуна 1999, *ParagrafLex*.
- Решење Врховног суда Србије, Рев. 3220/05 од 1. јуна 2006.
- Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 305/2006 од 2. марта 2006, *ParagrafLex*.
- Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 929/03 од 11. септембра 2003, *IngPro*.
- Решење Привредног апелационог суда, Пж 3826/2015(1) од 26. маја 2016.
- Решење Привредног апелационог суда, Пж. 7856/2012(2) од 19. јуна 2013.

ИНТЕРНЕТ АДРЕСЕ

- <http://bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=odgovornost-prodavca-materijalni-nedostatak-stvari>, 20. април 2018.
- <http://efektiva.rs/aktuelnosti-efektiva/aktuelnosti-kredit/raskid-chf-pravnosnazna-presuda/>, 20. април 2018.
- http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0186&qid=1395932669976&from=EN#Footnote*, 20. април 2018.
- *Sale of Goods Act* из 1979. године, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>, 20. април 2018.
- *Supply of Goods and Services Act* из 1982. године, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/29/contents>, 20. април 2018.
- www.dalloz-actualite.fr, 10. децембар 2017.
- Академија европских правника за приватно право (*Academy of European Private Lawyers*), <http://www.eurcontrats.eu/acd2/>, 20. април 2018.
- Апелациони суд у Београду, www.bg.ap.sud.rs/bilten/Radno/bilten7_rad_06_1.doc, 20. април 2018.
- Аустријски Грађански законик – АБГБ (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, 20. април 2018.
- Врховни касациони суд, <http://www.vk.sud.rs/sr>, 20. април 2018.
- Годишњи извештај Касационог суда из 2010. године (*La Rapport annuel de 2010 de la Cour de cassation*), https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/, 1. јун 2016.
- Директива 2006/114 о обмањујућем и упоредном рекламирању (*Directive 2006/114/EC on misleading and comparative advertising*, OJ L 376, 27.12.2006), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0114>, 20. април 2018.
- Закон о облигацијама Р. Естоније (*Võlaõigusseadus*), <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/506112013011/consolide>, 20. април 2018. Закон о осигурању Енглеске (*Insurance Act*) из 2015. године, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/4/contents/enacted>, 20. април 2018.

- Законик о раду Р. Француске (*Code du travail*), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>, 20. април 2018.
- Извештај председнику Републике о ордонанси бр. 2016-131 од 10. фебруара 2016. године о реформи уговорног права, општег дела и терета доказивања (*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>, 20. април 2018.
- Италијански грађански законик – ИГЗ (*Codice civile*), <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>, 20. април 2018.
Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (*United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods*), <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>, 20. април 2018.
- Немачки Грађански законик – БГБ (*Bürgerliches Gesetzbuch*), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html, 20. април 2018.
- Потрошачки законик Р. Француске (*Code de la consommation*), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>, 20. април 2018.
- Преднацрт реформе облигационог права (чл. 1101–1386 француског Грађанског законика) и права протеча времена (чл. 2234–2281 француског Грађанског законика) – Преднацрт Катала (*Avant-Projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*) из 2005. године, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, 10. децембар 2017.
- Принципи европског уговорног права (*Principles of European Contract Law – PECL*), https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/, 20. април 2018.
- Пројекат Ордонансе за реформу уговорног права, општег дела и терета доказивања (*Projet d'Ordonnance du portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*) који је објавило Министарство правде Републике Француске, фебруара 2015. године, <http://www.justice>.

- gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf, 10. децембар 2017.
- Судска пракса 7–8/07, <http://www.osnovnisudkg.net/media/bilten-januar-2008.pdf>, 22. децембар 2017.
 - Француски грађански законик – ФГЗ (*Code civil*), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, 20. април 2018.
 - Холандски Грађански законик (*Burgerlijk Wetboek*), <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>, 20. април 2018.
 - Швајцарски Законик о облигацијама – ШЗО (*Code des obligations*), <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html>, 20. април 2018.

БИОГРАФИЈА

Снежана Дабић је рођена 20. фебруара 1988. године у Скопљу. Основну и средњу школу је завршила у Лесковцу са одличним успехом као носилац Вукове дипломе. Правни факултет Универзитета у Београду завршила је у року, 2010. године, као најбољи студент у генерацији са просеком 9,86, што јој је донело награду из Фондације „Професор др Мирко Васиљевић“. Као студент четврте године, похађала је Летњу школу пореског права у Бечу и Летњу школу арбитражног права у Дизелдорфу.

Након основних студија, 2010. године уписује мастер студије на истом факултету, које завршава са просечном оценом 9,75, одбранивши мастер рад *Правна дејства закључења зеленашких уговора* са оценом 10. Током мастер студија учествовала је на међународном такмичењу из области арбитражног права и права међународне продаје робе као део тима који је у укупном пласману освојио пето место, а упоредо је радила и у адвокатској канцеларији „Harrisons“.

Докторске студије уписује 2012. године на Правном факултету Универзитета у Београду, Грађанскоправна ужа научна област I, током којих је положила испит из предмета методи научноистраживачког рада, први усмени докторски испит (општи део грађанског права, стварно право и облигационо право) и други усмени докторски испит (закључење уговора и право обезбеђења потраживања), све са оценом 10, а израдила је и успешно одбранила семинарски рад и пројекат докторске дисертације.

У звање сарадника у настави (предмет: грађанско право – општи део и стварно право) изабрана је у новембру 2011. године, а у звање асистента у марту 2013. године. Од првог избора у звање до сада, изводила је вежбе из предмета грађанско право – општи део и стварно право, облигационо право, као и вежбе на мастер студијама на Грађевинском факултету Универзитета у Београду (предмет: право у управљању непокретностима, модул: Управљање непокретностима, Катедра за геодезију).

Током јуна 2016. и јуна 2017. године, боравила је на Институту за упоредно и међународно приватно право „Max Planck“ у Хамбургу (Немачка), а

током августа 2017. године на Europa-Institut-у у Сарбрикену, Универзитет Сарланд. За истраживачке боравке у 2017. години добила је стипендију Немачке службе за академску размену (DAAD).

Када је реч о осталим ангажовањима, током 2012. и 2013. године била је члан Комисије за припрему документације за акредитацију – реакредитацију Правног факултета Универзитета у Београду, од маја 2013. године обавља функцију секретара за постдипломске студије Катедре за грађанско право, а од новембра 2016. године и функцију секретара Управног одбора Удружења за арбитражно право у Београду. Од 2013. године ангажована је на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду под називом *Идентитетски преображај Србије*, а од 2018 године и на пројекту *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*.

Говори енглески језик, а служи се француским и немачким језиком.

Изјава о ауторству

Име и презиме аутора _____

Број индекса _____

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

Потпис аутора

У Београду, _____

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора _____

Број индекса _____

Студијски програм _____

Наслов рада _____

Ментор _____

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањена у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис аутора

У Београду, _____

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци.
Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

Потпис аутора

У Београду, _____

1. **Ауторство.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. **Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. **Ауторство – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.