

Снежана Дабих, мастер \*

## ПРЕДУГОВОРНА ДУЖНОСТ ОБАВЕШТАВАЊА ЈЕМАЦА \*\*

*Упоредноправна судска пракса сведочи о честој појави да јемци тврде да су, при закључењу уговора, били жртве преваре, односно да нису били довољно информисани о тешкој финансијској ситуацији дужника. Наиме, при закључењу уговора о јемству, повериоци јемаца (нарочито, банке) често располажу информацијама на основу којих се једноставно може проценити кредитна способност дужника и реална могућност да он преузету обавезу испуни. Управо у вези са тим се поставило питање: да ли су повериоци дужни да о томе обавесте јемца пре закључења уговора? И какве су последице по закључени уговор о јемству уколико они то пропусти да учине? Та питања би, на први поглед, могла да зачуде. Није ли дужник тај који налази јемца и обавештењима о себи и дугу утиче на његову вољу да јемчи? Штавише, није ли јемац, због свог односа са главним дужником, у бољој позицији од повериоца да зна стварни ризик свог обвезивања? Шта уколико је, упркос томе, јемац био у заблуди о солвентности дужника јер није добио (тачна или никаква) обавештења ни од дужника ни од повериоца? Може ли он да захтева поништење уговора о јемству због преваре?*

Кључне речи: *Јемство. – Мане воље. – Превара. – Дужност обавештавања.*

---

\* Ауторка је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, [snezana.dabic@ius.bg.ac.rs](mailto:snezana.dabic@ius.bg.ac.rs).

\*\* Чланак је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду *Идентитетски преображај Србије* за 2018. годину.

## 1. ПОНИШТЕЊЕ УГОВОРА О ЈЕМСТВУ ПРИМЕНОМ ПРАВИЛА О ПРЕВАРИ

Питање пуноважности уговора о јемству готово је занемарено у домаћој теорији.<sup>1</sup> У литератури се само уопштено помиње, у складу са изричитом одредбом закона, да јемац може истаћи против повериоца и своје личне приговоре, примера ради, ништавост уговора о јемству, застарелост повериоцевог потраживања према њему, приговор пребијања узајамних потраживања.<sup>2</sup> С друге стране, упоредно-правна доктрина и судска пракса озбиљно су се посветиле питању постојања предуговорне дужности обавештавања, па и оне која иде на терет повериоца, у корист јемаца, и услова под којима би се повреда те дужности санкционисала.<sup>3</sup> Тај утицај је био довољно снажан да су поједина законодавства у своје изворе облигационог права унела изричиту одредбу о предуговорној дужности обавештавања.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Једини домаћи аутор који је отворио тако важно питање и указао на главне проблеме и утицај манљивости јемчеве воље на закључен уговор јесте професор Хибер. Вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 330 и даље.

<sup>2</sup> Вид. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, последње измене бр. 1/2003, чл. 1009, ст. 3; Јаков Радишић, *Облигационо право*, Ниш 2014, 374; Божидар Павићевић, *Коментар ЗОО* (ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), II књига, Београд 1980, 593; Владан Станковић, *Коментар ЗОО* (ред. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), II књига, Крагујевац 1980, 993; Иван Букљаш, Борис Визнер, *Коментар ЗОО*, Загреб 1979, 2796.

<sup>3</sup> За француско право вид. Michel Cabrillac *et al.*, *Droit des sûretés*, Paris 2010, 73, 228 и даље; Anne-Sophie Barthez, Dimitri Houtcieff, *Les sûretés personnelles* (sous la direction de Jacques Ghestin), Paris 2010, 225 и даље; Philippe Simler, *Traité, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, Paris 2008, 143 и даље, 432 и даље; Jérôme François, *Droit civil, Les sûretés personnelles*, Paris 2004, 91 и даље; Manuella Bourassin, Vincent Brémond, Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, Paris 2016, 77 и даље. За швајцарско право вид. Philippe Meier, „Article 492“, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (eds. Luc Thévenoz, Franz Werro), Bâle 2012, 2907 и даље; Carlo Lombardini, *Droit bancaire Suisse*, Zurich 2008, 927 и даље; Pierre Engel, *Contrats de droit Suisse*, Berne 2000, 643; Pierre Tercier, Laurent Bieri, Blaise Carron, *Les contrats spéciaux*, Zurich 2016, 927 и даље. За право земаља англосаксонског система вид. Pierre Legrand Jr, „Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared“, *Oxford Journal of Legal Studies* 6(3)/1986, 322 и даље; Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, Oxford 2016, 363; John Cartwright, *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, London 2012, 808 и даље; Neil Andrews, *Contract Law*, Cambridge 2015, 254; Peter Cane, Jane Stapleton, *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford 1991, 241–242; Page Keeton, „Fraud – Concealment and Non-Disclosure“, *Texas Law Review* 15(1)/1936, 1; Robert Adler, Richard Mann, „Good Faith: A New Look At An Old Doctrine“, *Akron Law Review* 28(1)/1994, 33; Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford 1998, 428; Anthony Duggan, Michael Bryan, Frances Hanks, *Contractual Non-Disclosure, An Applied Study in Modern Contract Theory*, Melbourne 1994.

<sup>4</sup> Вид. измењени француски Грађански законик (ФГЗ), чл. 1112–1. Вид. и аустријски Закон о заштити потрошача (*Konsumentenschutzgesetz – KSchG*), § 25c,

Јемци се најчешће позивају на то да су уговор о јемству закључили у заблуди о солвентности дужника<sup>5</sup>, те да је та заблуда резултат преваре, било од стране дужника, било од стране повериоца. Чини се, међутим, да се на путу до заштите својих права, позивањем на правила о превари, јемци сусрећу са неколико озбиљних препрека.<sup>6</sup>

### 1.1. Утицај преваре трећег на пуноважност уговора о јемству

Ако је уговор о јемству закључен под преваром, она најчешће потиче од главног дужника.<sup>7</sup> То је само по себи разумљиво. Дужник проналази јемца и утиче на његову вољу да јемчи. Осим тога, он је тај који има посебан интерес да крије, па чак и „улепшава“ своје финансијско стање, са циљем да јемца убеди да се обавезе. С друге стране, уговор о јемству се закључује између *повериоца и јемца*; за тај однос, главни дужник представља треће лице. Може ли се јемац уопште позвати на превару која потиче од трећег?

#### 1.1.1. Свест повериоца о превари трећег

Свим већим европскоконтиненталним правним системима заједничко је то да превара трећег утиче на пуноважност уговора уколико је поверилац за њу знао.<sup>8</sup> Знање сауговорача за превару трећег, праћено потпуно пасивним поступањем, несумњиво га чини саучесником трећег. Свест о превари трећег и њена злоупотреба обесмишљавају чињеницу да превара није директно и непосредно последица радњи сауговорача; ћутањем, он је једнако крив за ману у вољи друге стране, намерно је оставивши у њој, како би је навео на закључење уговора.

Примењено на уговор о јемству, свестан чињенице да је јемац жртва преваре дужника, поверилац се не би могао оправдано позивати на то да превара не потиче од њега и тиме спречити поништење

којим је установљена посебна дужност обавештавања у корист јемаца.

<sup>5</sup> Заблуда о солвентности дужника је 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 и о било којој другој околности која утиче на повећање ризика да ће јемац морати да испуни обавезу уместо дужика.

<sup>6</sup> А. Barthez, D Houtcieff, 237–238.

<sup>7</sup> У француској доктрини се помиње и случај преваре која потиче од сајемца. Вид. J. François, 96; А. Barthez, D. Houtcieff, 239.

<sup>8</sup> Такво решење је предвиђено и у нашем праву. Вид. ЗОО, чл. 65, ст. 3. Вид. измењени ФГЗ, чл. 1138; италијански Грађански законик (ИГЗ), чл. 1439, ст. 2; швајцарски Законик о облигацијама (ШЗО), чл. 28, ст. 2; аустријски Грађански законик (АБГБ), §875; немачки Грађански законик (БГБ), §123, ст. 2.

уговора о јемству. Пропустивши да јемца извуче из заблуде, поверилац и сам врши превару.<sup>9</sup>

У појединим правним системима, као што су француски и италијански, превара трећег једино и може утицати на пуноважност уговора уколико је поверилац за то *знао*. Ако он ње није био свестан, превара главног дужника може само утицати на уговор о јемчењу, којим се јемац обавезао дужнику да ће јемчити. Јемац би у том случају и даље био везан уговором о јемству, али би од дужника могао да захтева накнаду штете. То је, пак, без практичног значаја уколико је дужник инсолвентан.<sup>10</sup>

Немогућност да се повериоцу супротстави чињеница да је уговор о јемству закључен преваром дужника, па и онда када ње поверилац није свестан, поједини француски писци оштро критикују.<sup>11</sup> Мада се однос између повериоца и јемца заснива на посебном уговору, он нема никаквог смисла уколико се посматра самостално, независно од других, а посебно од односа између повериоца и дужника. Штавише, због акцесорности, постојање и дејства уговора о јемству „омеђена су судбином уговора из којег је настала обавеза за коју се јемчи“.<sup>12</sup> На тај начин се и формира троугао, тространи однос између повериоца, јемца и главног дужника, у коме дужник игра централну улогу. Како истичу француски писци, поистоветити дужника са свим трећим лицима, „резултат је апстрактног и готово нереалног приступа“.<sup>13</sup>

Иако такво схватање има смисла, не би се смела занемарити чињеница да би прихватање поништења уговора услед преваре дужника, при чему поверилац није имао ни улогу саучесника, могло представљати значајан удар на правну сигурност. То би нарочито могло да повреди интересе оних поверилаца који не само да нису знали за превару трећег већ то нису ни могли да знају.<sup>14</sup>

### 1.1.2. Претпостављена свест повериоца о превари трећег

У неким правним системима се отишло корак даље, па превара трећег има утицаја на закључени уговор не само онда када је сауго-

<sup>9</sup> P. Simler, 158; J. François, 96.

<sup>10</sup> Д. Хибер, М. Живковић, 335.

<sup>11</sup> Christophe Albiges, Marie-Pierre Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, Paris 2015, 58; Phillippe Simler, Philippe Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Paris 2016, 79.

<sup>12</sup> Д. Хибер, М. Живковић, 283.

<sup>13</sup> P. Simler, 159; A. Barthez, D Houtcieff, 238; J. François, 96; M. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachellier, 80.

<sup>14</sup> A. Barthez, D Houtcieff, 239; J. François, 96.

варац за то знао него и када је *морао знати*. То решење је, осим у швајцарском, аустријском и немачком, прихваћено и у нашем праву.<sup>15</sup> Према чл. 65, ст. 3 ЗОО, ако је превару учинило треће лице, превара утиче на сам уговор уколико је друга уговорна страна у време закључења уговора *знала или морала знати за превару*.

Могућност поништења уговора и онда када сауговарач није знао али је морао знати за превару трећег посебно би могла бити важна у односу између повериоца и јемца. Није ли поверилац у појединим ситуацијама могао да претпостави да би дужник могао да утиче на вољу јемца да јемчи? Питање посебно добија значај када се у улози повериоца нађу професионалци, примера ради, банке. Оне имају дужност да процене дужникову кредитну способност.<sup>16</sup> Зар не би сазнање о тешкој материјалној ситуацији дужника, склоности ка неуредном испуњавању обавеза или неке друге околности које повећавају ризик јемчења били довољан сигнал да би дужник могао да утиче на вољу јемца да јемчи?

Тим идејама руководили су се и англосаксонски судови, посебно када је реч о најосетљивијој категорији јемаца – онима који су са главним дужником повезани породичним, пријатељским или другим непрофесионалним односом.<sup>17</sup> Како тада постоји појачана опасност недозвољеног утицаја дужника на јемца, судови су наметали банкама дужност обавештавања не само онда када је она заиста знала (*actual notice*) за превару трећег већ и када је требало да зна (*constructive notice*).<sup>18</sup> Како је објашњено у случају *Barclays Bank Plc v. O'Brien*<sup>19</sup>, банка би, у таквим околностима, морала да претпостави да би дужник могао да се послужи лажима или прикривањем чињеница

<sup>15</sup> Вид. ШЗО, чл. 28, ст. 2; АБГБ, §875; БГБ, §123, ст. 2.

<sup>16</sup> Таква дужност предвиђена је и чл. 18 Закона о заштити корисника финансијских услуга – ЗЗКФУ, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014.

<sup>17</sup> Као најчешће, помиње се јемчење жене за дуг свога мужа или његове компаније. *J. Cartwright*, 813.

<sup>18</sup> „...if the creditor knows or has good grounds for believing that the surety is being deceived or misled, or that he was induced to enter into the contract in ignorance of facts materially increasing the risks of which he has knowledge, and he has an opportunity, before accepting his undertaking, to inform him of such facts, good faith and fair dealing demand that he should make such disclosure to him; and if he accepts the contract without doing so, the surety may afterwards avoid it.“ Вид. „Fraud and Duress as Defenses of a Surety“, *Columbia Law Review* 40(7)/1940, 1228–1229; *J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright*, 363–364; *J. Cartwright*, 813; *A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks*, 82–83.

<sup>19</sup> Реч о случају из 1994. године у коме је дужник желео да добије кредит намењен за пословање фирме, а за јемца предложио своју жену. Обманута нетачним информацијама које јој је дао како би је навео на закључење уговора, његова жена је пристала да јемчи. Вид. о случају у *Andrew Burrows, A Casebook on Contract*, *Oregon* 2016, 810 и даље; *K. Zweigert, H. Kötz*, 428.

како би јемца навео на закључење уговора. Поништење уговора би се једино могло избећи уколико банка предузме неопходне кораке да се увери да јемчева воља није манљива. Она је, стога, дужна да јемца упозна са ризиком који преузима или макар да га упути да потражи независан савет.<sup>20</sup>

Добра страна таквог решења је у томе што се отварају врата поништењу уговора и када заблуда није битна, што је посебно важно када је реч о уговору о јемству. Заблуда о солвентности дужника није ништа друго до заблуда о мотиву, која према правилима о заблуди само изузетно чини уговор рушљивим.<sup>21</sup>

Али, може ли бити речи о превари, у правом смислу, ако сауговарач није знао, али је *морао знати* за превару трећег?

У нашој теорији се такво релативизовање појма преваре углавном оправдава тиме да и у том случају постоји кривица сауговарача жртве преваре. Сауговарач је крив и мора сносити последице преваре и онда када је „према једном општем току ствари требало да зна за такве радње“<sup>22</sup> (радње трећег); када „није употребио онај степен пажње који се иначе захтијева у таквим ситуацијама“;<sup>23</sup> када „због своје непажње за њу (превару) није знао“.<sup>24</sup>

Иако се начелно може подржати идеја да се уговор може поништити и онда када је заблуду скривио сауговарач, макар и тиме што је пропустио да уочи превару трећег, чини се прилично вештачким, фиктивним, такво понашање подвести под појам *преваре*. Превара претпоставља намеру<sup>25</sup>, а намере не може бити без свести о превари трећег и заблуди сауговарача. Осим тога, остаје нејасно зашто се сауговарачева непажња санкционише само онда када је његова кривица у пропусту да уочи превару трећег. Иза тог пропуста се крије прави разлог рушљивости – пропуст да се уочи заблуда сауговарача. Ако је сауговарач могао знати за заблуду жртве, али је из непажње пропустио да је уочи, то би му требало увек замерити, а не

<sup>20</sup> К. Zweigert, Н. Kötz, 428; А. Burrows (2016), 812; Ruth Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge 2005, 311–312.

<sup>21</sup> Вид. ЗОО, чл. 62.

<sup>22</sup> Према Перовићевом мишљењу, ако сауговарач тада није ништа предузео да отклони заблуду, и он чини превару, те се уговор може поништити. Решење је засновано на једном „друштвеном стандарду“, који „доследно придаје значај чињеници савесности уговорника“. Вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, књига прва, Београд 1980, 265–266.

<sup>23</sup> И. Букљаш, Б. Визнер, 297.

<sup>24</sup> Стојан Цигој, *Коментар ЗОО* (ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980, 204.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 203; С. Перовић, 264.

само онда када је заблуда последица радњи трећег. Чини се да је законодавац у тој намери да заштити жртву заблуде остао недоследан.

## 1.2. Превара која потиче од сауговарача (повериоца)

Могуће је замислити, мада су такве ситуације ретке<sup>26</sup>, да поверилац буде тај који, пружањем нетачних информација, директно и непосредно утиче на вољу јемца да јемчи. Тада је реч о класичном случају преваре активним понашањем, те јемац може, без већих проблема, захтевати поништење уговора о јемству. Међутим, у пракси је много чешће да поверилац јемцу прећути околности које значајно утичу на повећање ризика који јемац преузима јемчењем, примера ради, тешку материјалну ситуацију дужника.<sup>27</sup> Повериоцу се, дакле, замера то што је био потпуно пасиван при закључењу уговора о јемству, иако је био свестан тога да дужник неће моћи да испуни своју обавезу и да ће се терет испуњења готово сигурно превалити на јемца. Поставља се питање: може ли уопште бити речи о превари у случају када се једна страна понашала потпуно пасивно? И ако може, под којим условима?

### 1.2.1. Уопштено о превари ћутањем

Превара ћутањем, као посебан вид преварног поступања, изазива посебну пажњу у упоредном праву.

Док се у англосаксонским системима она само изузетно прихвата<sup>28</sup>, земље континенталног система су далеко склоније да пруже заштиту и у случају ћутања. Најдаље је у том погледу отишло француско право, које је изменама из 2016. године изричито предвидело превару ћутањем (*réticence dolosive*) као посебан вид преварног

<sup>26</sup> Француска судска пракса сведочи и о таквом примеру. Уговор о јемству је поништен уговор због преваре, управо зато што је банка изричито потврдила јемцу, дан пре закључења уговора о јемству, да је финансијска ситуација дужника „здрава“ и да не постоји никакав ризик за јемца, иако је дужник већ био у дуговима. Вид. одлуку Касационог суда од 7. фебруара 1983, <https://www.legifrance.gouv.fr>, 1. јун 2017.

<sup>27</sup> Питање се углавном постављало онда када се у улози повериоца налазила банка. Вид. J. François, 94.

<sup>28</sup> У англосаксонском праву је опште правило да ћутање (*non-disclosure*) није превара јер преговори не представљају однос у коме се рађају дужности међусобног обавештавања. Напротив, свака страна је, у складу са правилом *caveat emptor*, дужна да се стара о својим интересима. Међутим, закључење уговора о јемству (*surety contracts, contracts of guarantee*) наводи се као један важан изузетак. Вид. J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 358 и даље; J. Cartwright, 779 и даље; N. Andrews, 251 и даље; Spencer Bower, Alexander Turner, Richard Sutton, *The Law Relating to Actionable Non-Disclosure and Other Breaches of Duty in relations of Confidence, Influence and Advantage*, London 1990, 151 и даље.

поступања.<sup>29</sup> Ћутање сауговорача се, начелно, сматра преваром и у немачком<sup>30</sup> и швајцарском<sup>31</sup> праву.

Када је у питању наше право, према чл. 65 ЗОО, превара постоји и ако једна страна само одржава другу у заблуди, са намером да је наведе на закључење уговора. Није, међутим, најјаснији домашај те одредбе. Њена стилизација пре упућује на то да се има у виду активно понашање саговорника. Томе се, као аргумент више, може додати да је законодавац на другом месту<sup>32</sup>, у истом закону, изричито предвидео ћутање као облик испољавања преваре. Међутим, у доктрини је<sup>33</sup>, па и скромној судској пракси<sup>34</sup>, прихваћен став да се чл. 65 има тумачити тако да обухвата и превару ћутањем.

<sup>29</sup> Вид. чл. 1137, ст. 2. У судској пракси је деценијама пре измена прихваћено да „превара може, под одређеним условима, бити последица ћутања једног сауговорача“. Вид. Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome I, Paris 2013, 1103.

<sup>30</sup> Савезни суд правде у Немачкој (*Bundesgerichtshof*), тумачећи §1231 БГБ о превари (*Täuschung*), изнео је да она може бити учињена не само лагањем већ и задржавањем информација које су значајне за другу страну. Вид. Basel Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Hart, Oxford 2006, 305. Ипак, у пракси се прецизира да је то случај само онда када страна има дужност да их открије (*Aufklärungspflicht*), што у великој мери зависи од важности одређене чињенице, њене доступности и да ли се прећуткивање сматра несавесним и непоштеним поступањем, у складу са БГБ, §242. Више у Hugh Beale, „The draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties of Disclosure“, *European Review of Contract Law* 3/2008, 326; К. Zweigert, Н. Kötz, 425–426.

<sup>31</sup> Преваром се сматра и ћутање, када се искоришћава заблуда у којој се друга страна нашла. Bruno Schmidlin, „Article 28“, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (eds. Luc Thévenoz, Franz Werro), Bâle 2012, 252.

<sup>32</sup> Према чл. 908 ЗОО, поништење је могуће „ако је уговорач осигурања намерно учинио нетачну пријаву или намерно *прећутао* неку околност“. Ствари се могу посматрати на два начина: да је законодавац већ општом одредбом обухватио превару ћутањем, као вид одржавања у заблуди, при чему чл. 908 представља само њену конкретизацију; да је законодавац у формулисању опште одредбе свесно изоставио превару ћутањем, при чему би она само у посебним случајевима, где је то изричито предвиђено, утицала на закључени уговор.

<sup>33</sup> Још је Лазар Марковић писао да „под појам преваре долазе и намерно необавештавање или подржавање у заблуди, у погрешном мишљењу (прећуткивање)“. Вид. Лазар Марковић, *Грађанско право, Општи део и Стварно право*, Београд 1927, 234. Ту идеју подржавају и савремени аутори. Вид. С. Перовић, 301–302; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2007, 311–312; Игор Вујовић, *Превара у савременом уговорном праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 66; Андрија Гамс, *Увод у грађанско право*, Београд 1990, 263; Драгор Хибер, *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1991, 209.

<sup>34</sup> „Када купац купује земљиште ради грађења, а продавац зна да је земљиште које је предмет уговора обухваћено регулационим планом, пропусти да га о томе обавести, постоји превара иако је регулациони план јавна исправа о чијој се сад-



### 1.2.2. Услови за поништење уговора о јемству због ћутања повериоца

Упоредноправна судска пракса показује извесну суздржаност када је реч о дозвољавању поништења уговора због ћутања повериоца. Та се суздржаност посебно испољава у суженом кругу околности о којима је поверилац дужан да обавести јемца. Осим тога, превара захтева доказ о томе да је поверилац заиста имао сазнања о тим околностима, да их јемац (оправдано) није знао, те да је ћутање учињено са намером.

#### 1.2.2.1. Свест повериоца о околностима које значајно повећавају ризик јемчења

Да би било речи о превари, поверилац мора имати сазнања о околностима које повећавају ризик да ће дужник извршити своју обавезу.<sup>35</sup> Он не може бити крив за превару уколико их није знао или је и сам био жртва преваре.<sup>36</sup> Свест о тешкој финансијској ситуацији дужника најчешће се, судећи по упоредноправној судској пракси, приписује банкама и другим кредитним институцијама (*établissement de crédit*). Како су оне дужне да, пре одобравања кредита, провере кредитну способност дужника, у бољој су позицији од осталих поверилаца да знају релевантне информације.<sup>37</sup>

Које су то околности које поверилац не би смео да прећути јемцу, о којима га мора обавестити?

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

---

ржини купац могао обавестити.“ Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1003/58, *Збирка судских одлука*, књига 4, свеска 1, бр. 36.

<sup>35</sup> Понекад су се француски судови задовољавали и доказом да банка „није могла да не зна посебно оптерећену финансијску ситуацију дужника“. Вид. P. Simler, 157; C. Albiges, M. Dumont-Lefrand, 60.

<sup>36</sup> Као пример, наводи се достављање лажних извештаја банци. Вид. J. François, 95 и фн. 3 и 4. Вид. и одлуку Касационог суда од 14. новембра 2000, бр. 98–12395, у којој је суд одбио да поништи уговор о јемству јер није доказано да је банка знала за тешку финансијску ситуацију дужника, <https://www.legifrance.gouv.fr/>, 1. јун 2017.

<sup>37</sup> Вид. примера ради, A. Barthez, D Houtcief, 243 фн. 130 и тамо наведене одлуке. M. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachelier, 80–81. То не значи да је осталим повериоцима дозвољено да прећуте околности које повећавају ризик јемчења. У пракси се, међутим, не срећу тако често случајеви у којима се у улози повериоца налази неки други субјект. Осим тога, мање је вероватно да би такви повериоци имали сазнања о тешкој материјалној ситуацији дужника.

закључења уговора о јемству.<sup>38</sup> Томе је највише допринела снажна потреба да се очува јемство као средство обезбеђења. Осим тога, дужност обавештавања о сваком потенцијалном ризику чини се излишном. Јемство увек собом носи одређени ризик; то је нешто на шта сваки јемац мора да рачуна.<sup>39</sup>

Из тих разлога се у упоредном праву дозвољава могућност поништења уговора о јемству само онда када поверилац прећути околности које указују на *значајно* повећање ризика да дужник неће извршити своју обавезу. Оне морају бити такве да *одлучујуће* делују на вољу јемца да јемчи, да он такав уговор не би закључио да није био у заблуди.<sup>40</sup> Тако, поверилац је дужан да обавести јемца уколико је дужникова материјална ситуација „безнадежна“ („*désespérée*“)<sup>41</sup>, „непоправљиво угрожена или макар прилично оптерећена“ („*irremédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée*“)<sup>42</sup>, „много озбиљнија од пролазних потешкоћа у новчаним трансакцијама“ („*beaucoup plus grave que la difficulté passagère de trésorerie*“)<sup>43</sup> или када обезбеђени дуг из било којих других разлога није у складу са „финансијским способностима“ дужни-

<sup>38</sup> Вид. за швајцарско право Р. Engel, 643; Р. Meier, 2907–2908; за француско право М. Cabrillac *et al.*, 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 overdrawing; 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“. Вид. А. Duggan, М. Bryan, F. Hanks, 35, 81–82.

<sup>39</sup> М. Cabrillac *et al.*, 230.

<sup>40</sup> У пракси се банкама најчешће замерало то што су прећутале јемцу тешку финансијску ситуацију дужника. Превара се, међутим, може односити и на друге околности које јасно указују на то да постоји повећан ризик да дужник неће вратити дуг. То може бити случај када банка прећути стварни износ обезбеђеног дуга или да дужник има још један кредит за исту намену. Вид. J. François, 95 фн 5; Р. Tercier, 176; Р. Simler, Р. Delebecque, 79.

<sup>41</sup> Р. Engel, 643; Р. Tercier, L. Bieri, В. Carron, 927.

<sup>42</sup> 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, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), 1. јун 2017.

<sup>43</sup> Вид., на пример, одлуку Касационог суда од 21. јануара 1981, бр. 79–15443, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), 1. јун 2017. Пролазне потешкоће у новчаним трансакцијама дужника не сматрају се довољно алармантним чињеницама да би поверилац имао дужност да јемца обавести о томе. Вид. М. Bourassin, V. Brémond, М. Jobard-Bachelier, 81 фн. 3.

ка.<sup>44</sup> У англосаксонском праву се говори о необичним околностима (*unusual matters*)<sup>45</sup>, необичним карактеристикама трансакције са дужником (*unusual features of the transaction*)<sup>46</sup>, које јемац не би могао у редовном току ствари да очекује.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

Могло би се закључити да се сматра да постоји превара и да јемац може поништити уговор кад год поверилац прећути околности због којих је, већ при закључењу уговора о јемству, готово извесно да ће, за извршење обавезе, морати да се обрати јемцу.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

#### 1.2.2.2. Утицај својстава и знања јемаца на поништење уговора

Опште је прихваћено да преваре нема, те ни дужности повериоца на обавештавање, ако су јемцу већ познате околности значајне за доношење одлуке да јемчи. У том случају, ћутање повериоца, па

<sup>44</sup> На то указује не само презадуженост дужника већ и нереално предвиђен план отплате дуга. Вид. M. Cabrillac *et al.*, 230.

<sup>45</sup> 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 суму новца; исто тако, да је банка дужна да открије јемцу да је кредит одобрен дужнику намењен да покрије његова претходна дуговања према банци. Вид. S. Bower, A. Turner, R. Sutton, 171.

<sup>46</sup> J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 363–364; J. Cartwright, 812 фн. 103 и 813.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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. Halloway* у P. Cane, J. Stapleton, 241; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 363–364.

<sup>49</sup> Касациони суд је усвојио захтев за поништење 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. Вид. и A. Barthez, D Houtcieff, 242–243, и остале примере у фн 130.

<sup>50</sup> *Ibid.*, 243; M. Cabrillac *et al.*, 77.

и злонамерно, остаје само у домену покушаја и не доводи у питање пуноважност уговора. Превара подразумева заблуду, а њу искључује знање јемца.<sup>51</sup>

Има ли места превари уколико је јемац био у прилици да се сам информише о околностима које утичу на повећање ризика јемчења, али то ипак није учинио? Другим речима, може ли злонамерно прећуткивање повериоца омогућити јемцу да уговор поништи и када је заблуду могао сам да избегне?

Када је реч о превари схваћеној у класичном смислу, активним понашањем, уговор се може поништити и када је жртва својом непажњом упала у заблуду, када ју је сама скривила.<sup>52</sup> Схватање је разумљиво само по себи. Уколико једна страна пропусти да се сама информише о свим релевантним околностима јер ју је друга о њима погрешно обавестила, она ће и даље моћи да захтева поништење уговора услед преваре. И обавештавање од сауговорача сматра се, на неки начин, самообавештавањем.<sup>53</sup>

Проблем се јавља када се исто правило примени и на превару ћутањем. Ту нема никаквог самообавештавања, чак ни од сауговорача.

Закон о облигационим односима се, као ни већина правних система, о томе изричито не изјашњава. Врховни суд Југославије се, половином прошлог века, изјаснио да се „у интересу сигурности промета и поштења мора судити по правном правилу да обмана никоме не помаже“ (*fraus omnia corrumpit*), чак и када је реч о околности о којој се друга страна могла сама обавестити. Превара, па и ћутањем, чини заблуду извињавајућом.<sup>54</sup> Чини се, међутим, да је у својој одлуци скоријег датума Врховни суд Србије изнео другачије гледиште.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Д. Хибер, М. Живковић, 335.

<sup>52</sup> Са изузетком измењеног ФГЗ (чл. 1139), у законима се изричито не предвиђа да превара увек чини заблуду нескривљеном, али је то општеприхваћено. Вид. Драгор Хибер, „Нескривљеност заблуде“, *Архив за правне и друштвене науке* 2(4–6)/1992, 267 и даље; Jean Mouly, „Des rapports entre la reticence dolosive et l’erreur inexcusable (l’opinion dissidente d’un ‘travailleiste’)“, *Recueil Dalloz* 30/2003, 2025.

<sup>53</sup> Дужност самообавештавања (*devoir de se renseigner*) не подразумева проверу добијених информација од сауговорача. *Ibid.* Довољно је и то да је сауговорач „подржао“ другу страну у заблуди, иако је није изазвао, те се касније не може позивати на чињеницу да је жртва сопственом кривицом упала у заблуду. Вид. Andrew Burrows, Edwon Peel, *Contract Formations and Parties*, Oxford 2010, 147.

<sup>54</sup> „Иако је регулациони план јавна исправа о чијој се садржини купац могао обавестити“, продавцу та обмана не може користити. Вид. Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1003/58, *Збирка судских одлука*, књига 4, свеска 1, бр. 36, 83 и 85.

<sup>55</sup> Вид. одлуку Врховног суда Србије 3220/05 од 1. јуна 2006. Закључен је уговор о продаји робе у којем је наведено да је један од производа који се продаје

Суочени са честом појавом да се жртвом преваре представљају и јемци чија је заблуда резултат њихове сопствене непажње<sup>56</sup>, а у тежњи да се заштити јемство као средство обезбеђења, француски судови су одступили од постојеће праксе да „превара увек чини заблуду извињавајућом“.<sup>57</sup> Стога су заштиту ускраћивали не само јемцима који су заиста имали сазнања о одлучујућим околностима већ и онима који би та сазнања требало да имају. Другим речима, заштиту нису могли да добију они јемци који су се сматрали „обавештеним“ (*averties*).<sup>58</sup>

Судска пракса није прецизно дефинисала ко се има сматрати „обавештеним“ јемцем већ се о томе дискреционо процењивало на основу околности сваког случаја, *in concreto*.<sup>59</sup> Може се закључити да су судови нарочито узимали у обзир својства јемаца и карактер везе између њега и дужника. Тако, заштита је углавном била ускраћена јемцима који су због професионалног односа са дужником били у могућности да се о његовој финансијској ситуацији на једноставан начин сами обавесте.<sup>60</sup> С друге стране, јемцима-лаицима (*profanes, non averties*) сматрали су се они који су са дужником били у породичном, пријатељском или неком другом виду непрофесионалног односа.<sup>61</sup>

„специјални производ заштићен као патент“, иако је био заштићен само робним жигом. Суд је 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“.

<sup>56</sup> P. Simler, 157.

<sup>57</sup> О том правилу више у Jacques Ghestin, „La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée“, *La Semaine Juridique* 24/2011, 1163; J. Mouly, 2023 и даље; Gwendoline Lardeux, „La reticence dolosive n'est pas un dol comme les autres“, *Recueil Dalloz* 44/2012, 2986.

<sup>58</sup> Како се истиче, о превари може бити речи само онда када друга страна није могла да је избегне. Вид. M. Cabrillac *et al.*, 76–77.

<sup>59</sup> *Ibid.*, 230 и фн. 342.

<sup>60</sup> Тако, заштита је била ускраћена онда када су се у улози јемца налазили: директор, председник управног одбора, оснивач друштва за чију обавезу јемчи. Вид. одлуке у J. François, 95 фн 2; M. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachelier, 82 фн. 1; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Les sûretés, La publicité foncière*, Paris 2014, 85. С друге стране, јемац који је запослен у друштву за које јемчи није се нужно сматрао обавештеним уколико није имао могућност увида у финансијско стање и пословање друштва. Има и аутора који сматрају да јемац треба да „има стручне способности у конкретном сектору активности за који се кредит одобрава и да поседује стручна економска знања како би могао да разуме финансирање операције“. Вид. M. Cabrillac *et al.*, 230 и тамо наведене ауторе.

<sup>61</sup> Касациони суд је поништио уговор о јемству, иако је јемац био повезан са друштвом за које је јемчио, због природе те везе (породични односи) и његових годи-

Сличним идејама водили су се и англосаксонски судови. Природа везе са дужником<sup>62</sup>, својства јемца<sup>63</sup>, а нарочито неједнак однос између јемца и повериоца, утичу на то да се од повериоца очекује да покаже виши степен бриге о неискусном сауговарачу.

Пружање заштите тој категорији јемаца разумљиво је најмање из два разлога. Прво, посебно близак однос са дужником, али и поверење у професионално поступање банака, природно утиче на смањење опрезности коју субјекти имају при закључењу уговора. Они се ослањају на то да би им дужник (или макар банка) скренули пажњу да постоје околности које значајно повећавају ризик јемчења. Њихово ћутање би се могло протумачити и као сигнал да не постоји ништа што би јемац требало да зна. Друго, важније, то су најчешће ситуације у којима јемци нису ни имали могућности да се сами информишу о конкретним ризицима обвезивања. За те информације они су се морали ослањати на повериоца и дужника.

Међутим, изменама француског Грађанског законика, правило да превара чини сваку заблуду извињавајућом добило је и своју законску снагу.<sup>64</sup> У коментарима тих измена се истиче да се то односи на све видове преваре, па и превару ћутањем.<sup>65</sup> Очигледно је да се

---

на (19 година). Сматрало се да кредитна институција није смела да му прећути околности које он сам није могао да сазна јер није имао увид у финансијско пословање и стање дужника. Вид. одлуку од 8. јула 2003, бр. 01-00880, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), 1. јун 2017. За одлуку Касационог суда у којој је уговор поништен јер је јемац био брат дужника, при чему није био укључен у његове послове, вид. А. Barthez, D Houtcieff, 242–243. Ипак, таква веза није, сама по себи, довољна да би се пружио заштита. Суд је у процени узимао у обзир конкретан однос између јемца и дужника и све околности случаја. У једном случају, суд је одбио поништење, иако је јемац био само пријатељ дужника, јер је његово активно учешће у процесу настанка главног дуга омогућавало да схвати обим свог обавезивања. Исто тако, иако јемац и дужник нису били у професионалном односу, јемац није могао да не зна финансијске потешкоће дужника јер је већ предузео неопходне кораке да постане главни партнер друштва. Вид. одлуке у J. François, 95 фн 2; А. Barthez, D. Houtcieff, 240 фн. 120; М. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachelier, 82.

<sup>62</sup> Судови су благодиклонији према оним јемцима који су са главним дужником у непрофесионалном односу јер ту постоји повећан ризик недозвољеног утицаја на вољу да се јемчи. Вид. J. Cartwright, 813.

<sup>63</sup> 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. Вид. А. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 129–130.

<sup>64</sup> ФГЗ, чл. 1139.

<sup>65</sup> Вид. 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 prevue des obligations*, Caen 2016, 91; Gaël Chanterie, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et*

тежим „грехом“ сматра *злонамерно* прећуткивање једне стране него *немарно* поступање друге.<sup>66</sup> Као опште, правило се има примењивати на све уговорне односе, па и оне којим се установљава јемство. То ће несумњиво утицати на другачије решавање таквих питања.

### 1.2.2.3. Ћутање мора бити намерно

Ни кумулативно испуњење свих тих услова није довољно да би се уговор о јемству могао поништити. Превара захтева доказивање намере да се обмане.<sup>67</sup> Намеру је, пак, у случају ћутања, врло тешко доказати.<sup>68</sup> Како са сигурношћу доказати да је повериочево ћутање последица намере да обмане, а не непажње? Чињеница да је поверилац свестан да постоји значајан ризик да дужник неће моћи да врати дуг није, сама по себи, доказ да је ћутање било *злонамерно*.<sup>69</sup> Имајући у виду повезаност јемца и дужника, поверилац би оправдано могао да претпостави да је јемац већ био упознат са ризиком, да се о томе информисао од дужника.<sup>70</sup> Свести о околностима које значајно повећавају ризик јемчења морала би се придружити још и свест о јемчевој заблуди, или макар сумња о њој<sup>71</sup>, у ком случају би се од повериоца очекивало да ту околност утврди и да га из евентуалне заблуде извуче. У супротном, ћутање би се могло сматрати само последицом непажње, не и намере, што начелно није довољно за поништење уговора.<sup>72</sup>

Намера да се обмане би се понекад могла закључити из околности случаја. Француска пракса сведочи о томе да су банке, желећи да потпуно избегну поништење, у уговоре о јемству уметале чак

---

*pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris 2016, 269; Nicolas Dissaux, Christophe Jamin, *Reforme du droit des contrats, du regime general et de la prevue des obligations*, Paris 2016, 43.

<sup>66</sup> Те идеје постоје и у швајцарској доктрини. И када је заблуда последица грубе непажње жртве, друга страна не сме из тога извучити корист и дужна је да је обавести. Вид. Bruno Schmidlin, „Article 28“, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (eds. Luc Thévenoz, Franz Werro), Bâle 2003, 180.

<sup>67</sup> Carole Vuillemin-Gonzalez, „La réticence dolosive des établissements bancaire à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi“, *Daloz* 41/2001, 3340; A. Barthez, D Houtcieff, 241; P. Simler, 155–156; C. Albiges, M. Dumont-Lefrand, 59.

<sup>68</sup> „*Le silence n'est-il pas ambigu par nature?*“ Вид. A. Barthez, D Houtcieff, 250 фн. 147.

<sup>69</sup> C. Vuillemin-Gonzalez, 3340.

<sup>70</sup> J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 363.

<sup>71</sup> P. Tercier, 176.

<sup>72</sup> У појединим системима, међу којима је и наш, предвиђен је изузетак када је превару учинио трећи, а то је саговорач знао или *морао знати*. Вид. нпр. ЗОО, чл. 65; ШЗО, чл. 28; АБГБ, §875; БГБ, §123.

и клаузуле којима се предвиђа да финансијско стање дужника није одлучујући услов за преузимање јемства<sup>73</sup>, да је главни дужник већ обавестио јемца о својој ситуацији или да јемац преузима дужност да се о томе сам обавести.<sup>74</sup> Уметање таквих клаузула, уз свест о тешкој материјалној ситуацији дужника, може бити доказ несавесног и непоштеног поступања.<sup>75</sup> Из тих разлога судови су повериоцима ускраћивали могућност да се на њих позивају.<sup>76</sup>

Коначно, једна од озбиљних препрека доказивању намере могла би да буде и дужност чувања банкарске тајне<sup>77</sup>: банка би могла да тврди да њено ћутање није последица намере да се обмане већ придржавања те дужности.<sup>78</sup>

Тај аргумент несумњиво има своју тежину. Наметањем дужности обавештавања, банке би се могле наћи у незавидној позицији јер поштовање банкарске тајне забрањује, осим изузетно, откривање поверљивих информација о дужнику.<sup>79</sup>

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“.<sup>80</sup> Чини се довољним и да се јемац само упозори на постојање таквих околности.<sup>81</sup> Томе се додаје и аргумент да банкарска тајна не сме бити параван и изговор да се прећути „безнадежно стање дужника“.<sup>82</sup>

<sup>73</sup> Emmanuelle Mazuyer, „Dol du créancier: réticence dolosive et manquement à l’obligation d’information“, *Dalloz* 4/2004, 262.

<sup>74</sup> P. Simler, 155–156; M. Cabrillac *et al.*, 231.

<sup>75</sup> „Dans cette perspective, on peut alors en effet estimer qu’il y a une sorte de ‘presumption de mauvaise foi’ du créancier.“ E. Mazuyer, 263.

<sup>76</sup> „Le créancier qui a stipulé la clause en sachant très bien que le débiteur était en mauvaise situation financière ne ‘peut s’en prévaloir’.“ *Ibid.*, 264; M. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachelier, 81.

<sup>77</sup> C. Lombardini, 927 и фн. 352; M. Cabrillac *et al.*, 231; A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 81.

<sup>78</sup> Christian Gavalda, Jean Stoufflet, *Droit bancaire*, Paris 2015, 639.

<sup>79</sup> *Ibid.*, 639; C. Lombardini, 927 и фн. 352. Вид. и Закон о банкама – ЗБ, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015, чл. 46.

<sup>80</sup> „Le devoir de mise en garde... n’implique pas une dérogation au secret bancaire, car sa mise en œuvre n’exige pas la communication à la caution d’information précises sur les affaires du débiteur garanti.“ Вид. C. Gavalda, J. Stoufflet, 182.

<sup>81</sup> То би утицало на јемца да се мало боље информише о ризику који преузима или да натера дужника да банци да дозволу да јемца о тим ризицима прецизније обавести.

<sup>82</sup> Још би мање могла да оправда пружање нетачних информација јемцу. Вид. *Ibid.*, 639.



## 2. ДУЖНОСТ ОБАВЕШТАВАЊА ЈЕМАЦА И САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ

Информациона асиметрија, неједнакост уговорних страна, проблематичност доказивања намере у случају преваре ћутањем те потреба заштите слабије стране главни су разлози тенденције да се у упоредном праву јемцима пружи већа заштита. Један од начина на који се то чини јесте наметањем дужности обавештавања, чија се повреда санкционише без обзира на то којим је степеном кривице учињена.

У француско право, дужност обавештавања, и то као уставна општег, предуговорног карактера, имплементирана је изменама ФГЗ.<sup>83</sup> Међутим, кораци ка заштити јемаца предузети су много раније. Наиме, француски судови су, на терет повериоца-професионалаца (кредитних институција, *établissement de crédit*), а у корист јемаца-лаика (*profanes, cautions non averties*), наметнули дужност упозорења (*devoir de mise en garde*).<sup>84</sup> Она није настала одједном; развила се из дужности установљене у корист зајмопримаца-лаика да буду упозорени на обимност свог обвезивања и реалну могућност да своје обавезе испуне.<sup>85</sup> Конкретно, на кредитним установама је дужност да тзв. необавештене јемце упозоре на ризик да дужник неће моћи своју обавезу да изврши јер је на њима и дужност да утврде да ли је одобрени кредит прилагођен могућностима дужника да га врати.<sup>86</sup> Та дужност се заснивала директно на дужности савесног уговарања.<sup>87</sup> Њена повреда се санкционисала независно од правила

<sup>83</sup> Вид. измењени ФГЗ, чл. 1112–1.

<sup>84</sup> С. Albiges, М. Dumont-Lefrand, 60 и даље; Р. Simler, Р. Delebecque, 80. Први корак ка томе учињен је тиме што се поништење, услед преваре, понекад дозвољавало и само на основу доказа да је поверилац имао сазнања о одлучујућим околностима. Није се, дакле, захтевало још и да доказује намеру. Вид., на пример, одлуку Касационог суда од 4. јануара 2005. О томе и у А. Barthez, D Houtcieff, 243–244.

<sup>85</sup> „Банка има дужност пажње и саветовања како према свом клијенту, друштву које жели да закључи уговор о кредиту, тако и према физичким или правним лицима који се јављају у улози јемца“; „институција која даје кредит дужна је да обавештава и саветује јемца, нарочито ако је лаик и није повезан са пословањем главног дужника“. Вид. одлуке у J. François, 97 фн. 4.

<sup>86</sup> А. Barthez, D Houtcieff, 253.

<sup>87</sup> „Није савесно, нити лојално, пустити јемца да се обавезе, а не обавестити га прецизно о природи и обиму његове дужности.“ *Ibid.*, 251; Р. Legrand, 334–335. Судови су се позивали на правила о грађанској одговорности увек када се поништење уговора није могло заснивати на правилима о превари. Банке су, наиме, биле дужне да надокнаде штету због закључивања уговора о јемству којима су обезбеђени претерани кредити. J. François, 97–98. Та одговорност се често заснивала на чл. 1147 ФГЗ, о уговорној одговорности. То се објашњавало дејством атракције:

о превари, али је претпостављала кумулативно испуњење три услова<sup>88</sup>: да је поверилац имао сазнања о релевантним информацијама, да закључење уговора о јемству носи појачани ризик<sup>89</sup> те да јемац није знао нити морао знати за њих.<sup>90</sup>

У светлу развоја дужности обавештавања у банкарском праву, и међу швајцарским писцима има идеја да би се могло сматрати да постоји дужност банака да обавесте неискусне јемце о ризицима које преузимају. Како се наводи, та дужност има основ у начелу савесности и поштења.<sup>91</sup> Ипак, такав став није широко прихваћен нити има потпору у судској пракси.<sup>92</sup> Осим када се утврди да је реч о превари, макар и ћутањем<sup>93</sup>, сматра се да поверилац није дужан да јемца самоиницијативно обавештава о финансијској ситуацији дужника. Наметнути му дужност која није изричито предвиђена законом, „могло би озбиљно да угрози правну сигурност и да омогући јемцу да напусти уговор управо у моменту када он остварује свој смисао“.<sup>94</sup>

Дужност обавештавања изричито је наметнута повериоцима у аустријском праву, али само у односу на јемце-потрошаче. Према § 25с Закона о заштити потрошача<sup>95</sup>, поверилац је дужан да обавести јемца о дужниковој финансијској ситуацији ако зна или би требало да зна да дужник неће бити у могућности да, у целини или делимично, изврши своју обавезу. Ако то не учини, јемац ће бити везан уговором само ако би закључио уговор о јемству и да је знао за то.

Заштита се јемцима пружа и у англосаксонским системима и када поверилац није намерно ћутао. Довољно је доказати да је

информација се односи на ризике неизвршења уговора о кредиту и јемству, па се у том смислу квалификовала као уговорна дужност. Вид. А. Barthez, D Houtcieff, 253.

<sup>88</sup> Терет доказивања је пребачен на кредитну институцију – на њој је да докаже да један од тих услова није испуњен. М. Cabrillac *et al.*, 230.

<sup>89</sup> Искључена је дужност обавештавања онда када је кредит усклађен са финансијским способностима дужника. *Ibid.* Када је реч о ризицима да кредит не буде враћен, кредитна установа је дужна да упозори и зајмопримца и јемца о одрживости операције. А. Barthez, D Houtcieff, 253.

<sup>90</sup> „Банка нема никакву дужност саветовања према јемцу који већ располаже, из разлога његове улоге и квалитета и савета којима је окружен, свим информацијама корисним да донесе одлуку.“ Вид. одлуку у J. François, 97 фн 4; М. Bourassin, V. Brémond, M. Jobard-Bachelier, 81.

<sup>91</sup> „Ce devoir de renseignement se fonderait directement sur CC 2, en l'absence de toute relation de mandate entre la banque et la caution.“ Вид. Р. Meier, 2908.

<sup>92</sup> Вид. С. Lombardini, 927, и тамо наведене ауторе и одлуке.

<sup>93</sup> Уговор се може поништити због преваре уколико поверилац пружи јемцу нетачне или непотпуне информације, уколико га уверава да је закључење уговора о јемству чиста формалност, али и ако је поверилац свестан да је јемац у заблуди и ћутањем га намерно оставља у њој. Вид. Р. Meier, 2907; С. Lombardini, 927.

<sup>94</sup> *Ibid.*, 927.

<sup>95</sup> *Konsumentenschutzgesetz – KSchG.*

имао сазнања о околностима које јемац не би убичајено могао да очекује.<sup>96</sup> Ћутање се тада посматра као прећутно изношење нетачних чињеница (*implied misrepresentation*)<sup>97</sup>, чиме се јемац наводи на закључење уговора, због чега му се даје могућност да из таквог уговорног односа изађе.<sup>98</sup>

Коначно, када је реч о нашем праву, предуговорна дужност обавештавања законом није изричито предвиђена, ни као установа општег карактера ни као посебна дужност која се намеће при закључењу уговора о јемству.<sup>99</sup> Упркос свеprisутној тенденцији заштите слабије уговорне стране, развојем потрошачког права, наше законодавство не предвиђа чак ни посебан вид заштите јемаца-лаика који уговарају са професионалцима. Законом о заштити корисника финансијских услуга предвиђена је само дужност банке да, не само дужнику већ и јемцу достави понуду, односно уговор о кредиту, о издавању кредитне картице, о дозвољеном прекорачењу рачуна<sup>100</sup>; њој није наметнута дужност да јемца обавештава о финансијској ситуацији дужника. Уколико би и добила такав захтев од јемца, то би, чини се, могла да учини само уз сагласност дужника.<sup>101</sup> Међутим, требало би поменути да су кодификатори Преднацрта грађанског законика препознали тенденције у савременом праву и потребу заштите јемаца. У чл. 1553 Преднацрта изричито је предвиђена могућност поништења уговора о јемству због заблуде о имовинским приликама дужника. Према ст. 1, јемац за будућу или условну обавезу може захтевати да се поништи уговор о јемству, ако није знао у часу закључења уговора да је лице за које се подјемчио презадужено, а та је чињеница била позната повериоцу или му није могла остати непозната.<sup>102</sup>

<sup>96</sup> Hugh Beale, *Mistake and Non-Disclosure of Facts, Models for English Contract Law*, Oxford 2012, 21.

<sup>97</sup> Ћутање се, заправо, тумачи као *изјава* да нема ничег релевантног о чему би требало обавестити другу страну. За критику такве фикције вид. А. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 35.

<sup>98</sup> J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, 363; J. Cartwright, 810–811.

<sup>99</sup> Дужност обавештавања јемца, из чл. 1010 ЗОО, намеће се повериоцу тек након закључења уговора; она је, дакле, уговорног, а не предуговорног карактера.

<sup>100</sup> Вид. ЗЗКФУ, чл. 17, ст. 9, чл. 19, ст. 5, чл. 20, ст. 4.

<sup>101</sup> Вид. ЗБ, чл. 47, ст. 3.

<sup>102</sup> Дужност обавештавања наметнута је и чл. 5 Закона о заштити жираната у Федерацији Босне и Херцеговине. Поверилац је дужан, пре закључења уговора о кредиту, уз претходну писмену сагласност корисника, жиранта или другог лица које лично осигурава испуњење обавезе корисника, међусобно их обавестити и упознати са документацијом и подацима прибављеним у поступку процене кредитне способности.

### 3. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

У прилог наметању дужности обавештавања, посебно када су повериоци професионалци, може се истаћи неколико аргумената. Прво, то би спречило хазардерско понашање банака. Поверилац који може успешно да пренесе ризик дужниковог неизвршења на јемца има мање мотива да буде пажљив при одобравању кредита.<sup>103</sup> То може довести до тога да банке одобравају кредите за које је унапред готово извесно да их неће отплатити дужник већ јемац. Закључивање уговора о јемству тада престаје да буде само додатна мера опреза повериоца и постаје замена за проверу кредибилности потенцијалних дужника или потпуно преваљивање готово извесног ризика на јемца.<sup>104</sup> Јемство се тиме лишава главне особине – средства обезбеђења. Даље, банке су често у бољој позицији од јемца да процене стварни ризик неиспуњења обавезе од дужника. Треће, својства јемца и природа везе са дужником могу довести до тога да, с једне стране, он не буде у позицији да правилно процени ризик који преузима, а да, с друге стране, не може да одбије да јемчи због блиског односа са њим. Коначно, ако банка не би имала дужност да јемцу саопшти да је ризик јемчења значајно већи, јемци који се не могу сами обавестити о томе били би остављени на „милост и немилост“ дужника. Пред њима би биле само две могућности: да се не упуштају у ризик који не могу да процене или да га слепо прихвате надајући се да не постоји ништа што им већ није познато.

С друге стране, сматрати да постоји дужност обавештавања, иако она није изричито предвиђена законом, претило би да угрози правну сигурност и обесмисли јемство као средство обезбеђења. Сваки би се јемац могао позвати на то да није знао за инсолвентност дужника. То би значило да је банка морала, при закључењу уговора, у сваком случају да води рачуна о томе да ли је јемчева воља манљива, иако близак однос између јемца и дужника може бити индиција да јемац има сва потребна сазнања. Преваљивање терета заблуде на повериоца имало би оправдања само када је реч о превари. Основна је дужност сваког саговорача да се најпре сам брине о својим интересима. Осим тога, зар чињеница да поверилац тражи јемца није довољан сигнал да постоји ризик да дужник неће моћи сам да изврши обавезу? Коначно, дужност обавештавања би могла да се сукоби са дужношћу чувања банкарске тајне, што би се морало узети у обзир.

<sup>103</sup> A. Duggan, M. Bryan, F. Hanks, 196.

<sup>104</sup> Како је лепо примећено, „поверилац заправо не жели јемца, већ солвентног садужника од кога ће неминовно тражити извршење обавезе“. Вид. A. Barthez, D Houtcief, 244; P. Simler, 156.

## ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Adler, R., Mann, R., „Good Faith: A New Look At An Old Doctrine“, *Akron Law Review* 28(1)/1994.
- Albiges, C., Dumont-Lefrand, M., *Droit des sûretés*, Paris 2015.
- Andrews, N., *Contract Law*, Cambridge 2015.
- Антић, А., *Облигационо право*, Београд 2007. (Antić, A., *Obligaciono pravo*, Beograd 2007)
- Barthez, A., Houtcieff, D., *Les sûretés personnelles* (sous la direction de J. Ghestin), Paris 2010.
- Beale, H., „The draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties of Disclosure“, *European Review of Contract Law* 3/2008.
- Beale, H., *Mistake and Non-Disclosure of Facts, Models for English Contract Law*, Oxford 2012.
- Beatson, J., Burrows, A., Cartwright, J., *Anson's Law of Contract*, Oxford 2016.
- Bourassin, M., Brémond, V., Jobard-Bachellier, M., *Droit des sûretés*, Paris 2016.
- Bower, S., Turner, A., Sutton, R., *The Law Relating to Actionable Non-Disclosure and Other Breaches of Duty in relations of Confidence, Influence and Advantage*, London 1990.
- Букљаш, И., Визнер, Б., *Коментар ЗОО*, Загреб 1979 (Bukljaš, I., Vizner, B., *Komentar ZOO*, Zagreb 1979)
- Burrows, A., Peel, E., *Contract Formations and Parties*, Oxford 2010.
- Burrows, A., *A Casebook on Contract*, Oregon 2016.
- Cabrillac *et al.*, *Droit des sûretés*, Paris 2010.
- Cane, P., Stapleton, J., *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford 1991.
- Cartwright, J., *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, London 2012.
- Chantepie, G., Latina, M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris 2016.
- Џигој, С., *Коментар ЗОО* (ред. Б. Благојевић, В. Круљ), Београд 1980. (Cigoj, S., *Komentar ZOO* (red. B. Blagojević, V. Krulj), Beograd 1980)
- Dissaux, N., Jamin, C., *Reforme du droit des contrats, du regime general et de la prevue des obligations*, Paris 2016.
- Duggan, A., Bryan, M., Hanks, F., *Contractual Non-Disclosure, An Applied Study in Modern Contract Theory*, Melbourne 1994.

- Engel, P., *Contrats de droit Suisse*, Berne 2000.
- François, J., *Droit civil, Les sûretés personnelles*, Paris 2004.
- Гамс, А., *Увод у грађанско право*, Београд 1990. (Gams, A., *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1990)
- Gavalda, C., Stoufflet, J., *Droit bancaire*, Paris 2015.
- Ghestin, J., „La réticence dolosive rend toujours excusable l’erreur provoquée“, *La Semaine Juridique* 24/2011.
- Ghestin, J., Loiseau, G., Serinet, Y., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Tome I, Paris 2013.
- Хибер, Д., *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1991. (Hiber, D., *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1991)
- Хибер, Д., „Нескривљеност заблуде“, *Архив за правне и друштвене науке* 2(4–6)/1992. (Hiber, D., „Neskrivljenost zablude“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2(4–6)/1992)
- Хибер, Д., Живковић, М., *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015. (Hiber, D., Živković, M., *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd 2015)
- Keeton, P., „Fraud – Concealment and Non-Disclosure“, *Texas Law Review* 15(1)/1936.
- Lardeux, G., „La reticence dolosive n’est pas un dol comme les autres“, *Recueil Dalloz* 44/2012.
- Legrand, P., „Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared“, *Oxford Journal of Legal Studies* 6(3)/1986.
- Lombardini, C., *Droit bancaire Suisse*, Zurich 2008.
- Malaurie, P., Aynès, L., *Les sûretés, La publicité foncière*, Paris 2014.
- Markesinis, B., Unberath, H., Johnston, A., *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Hart, Oxford 2006.
- Марковић, Л., *Грађанско право, Општи део и Стварно право*, Београд 1927. (Marković, L., *Građansko pravo, Opšti deo i Stvarno pravo*, Beograd 1927)
- Mauger-Vielpeau, L., *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 prevue des obligations*, Caen 2016.
- Mazuyer, E., „Dol du créancier: réticence dolosive et manquement à l’obligation d’information“, *Dalloz* 4/2004.

- Meier, P., „Article 492“, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (eds. L. Thévenoz, F. Werro), Bâle 2012.
- Mouly, J., „Des rapports entre la reticence dolosive et l’erreur inexcusable (l’opinion dissidente d’un ‘travailliste’)“, *Recueil Dalloz* 30/2003.
- Павићевић, Б., *Коментар ЗОО* (ред. Б. Благојевић, В. Круљ), II књига, Београд 1980. (Pavićević, B., *Komentar ZOO* (red. B. Blagojević, V. Krulj), II knjiga, Beograd 1980)
- Перовић, С., *Облигационо право*, Београд 1980. (Perović, S., *Obligaciono pravo*, Beograd 1980)
- Радишић, Ј., *Облигационо право*, Ниш 2014. (Radišić, J., *Obligaciono pravo*, Niš 2014)
- Schmidlin, B., „Article 28“, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (eds. L. Thévenoz, F. Werro), Bâle 2003.
- Schmidlin, B., „Article 28“, *Commentaire Romand, Code des obligations I* (eds. L. Thévenoz, F. Werro), Bâle 2012.
- Sefton-Green, R., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge 2005.
- Simler, P., *Traités, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, Paris 2008.
- Simler, P., Delebecque, P., *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Paris 2016.
- Станковић, В., *Коментар ЗОО* (ред. С. Перовић, Д. Стојановић), II књига, Крагујевац 1980. (Stanković, V., *Komentar ZOO* (red. S. Perović, D. Stojanović), II knjiga, Kragujevac 1980)
- Tercier, P., Bieri, L., Carron, B., *Les contrats spéciaux*, Zurich 2016.
- Vuillemin-Gonzalez, C., „La réticence dolosive des établissements bancaire à l’égard des cautions, un manquement à l’obligation de contracter de bonne foi“, *Dalloz* 41/2001.
- Вујовић, И., *Превара у савременом уговорном праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009. (Vujić, I., *Prevara u savremenom ugovornom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009)
- Zweigert, K., Kötz, H., *An introduction to comparative law*, Oxford 1998.

Snežana Dabić, LL.M.

Lecturer

University of Belgrade, Faculty of Law

## PRECONTRACTUAL DUTY TO INFORM THE SURETY

### *Summary*

Sureties often claim that they have not been informed about the difficult financial situation of the principal debtor prior to the conclusion of the contract and that they have been the victims of a fraud. Usually, it is the debtor who is responsible for the fraud: he is interested in concealing or even improving his real financial situation. However, the surety contract is concluded between the surety and the creditor. Is the surety in a position to annul the contract if the deceit is practiced by a third party? On the other side, creditors (especially, banks) often possess the exact information about the financial capacity of the debtor: should they inform the surety about this? And what are the consequences if they do not? Can the surety ask for the annulment of the contract on the basis of creditor's non-disclosure?

Key words: *Suretyship. – Defects of consent. – Fraud. – Duty to inform.*

Article history:

Received: 28. 6. 2017.

Accepted: 10. 4. 2018.