

Ксенија М. Џићковић
Универзитет у Београду
Правни факултет
ksenija@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-8115-4030

ПОЗИВ НА ПОНУДУ ИЗ УГЛА УПОРЕДНОГ И СРПСКОГ ПРАВА*

Сажетак: Ауторка полази од анализе позива на понуду, карактеристика и правних последица ове уговорне иницијативе. Њене специфичности издвојене су и кроз поређење са другим уговорним иницијативама – понудом, позивом на преговоре, једностраним обећањем и јавним обећањем наираде. Централни део рада је посвећен анализи случајева који се смајрају понудом у српском, француском, швајцарском, немачком и енглеском праву. То су рекламе, оласи, каталози и њима слична олацавања, излацање робе са или без означене цене, аукције и тендери. Приказана је и правна природа онлајн оласа и аукција. Ауторка настоји да објасни разлоге конкретних упоредно-правних решења и изведе закључке који оправдавају квалификацију уговорних иницијатива као позива на понуду, односно критикује предочена решења. Такође, посебна пажња је посвећена анализи српског позитивног права, чије одредбе се пореде са решењима других правних система, од којих су нека послужила као узор нашем законодавцу.

Кључне речи: *Invitatio ad offerendum*. – Понуда. – Излацање робе. – Олас. – Аукција.

УВОД

Позив на понуду (*invitatio ad offerendum*, *invitation to treat*, *invitation to make offer*, *invitation to tender*, *Aufforderung zur Abgabe eines Angebots*, *Einladung*

* Рад је настао као резултат истраживања на стратешком научноистраживачком пројекту Савремени проблеми правног система Србије за 2023. годину – подтема „Претходна и накнадна анализа правних прописа“, који је организовао и спровео Правни факултет Универзитета у Београду 2023. године.

zur Abgabe eines Angebots) представља иницијативу за закључење уговора коју позивалац на понуду чини другој страни, како би друга страна њему упутила понуду као коначан предлог за закључење уговора. Позивалац на понуду је тај који иницира закључење уговора, дефинише услове и садржину уговора. Међутим, он то не чини у улози понудиоца, већ позива другу страну да она упути понуду њему. Уколико друга страна прихвати позив на понуду, она ће као понудилац упутити позиваоцу понуду за закључење уговора. Тако ће позивалац постати понуђени, који може прихвати или одбити понуду. На тај начин, позивалац „*задржава за себе љраво да каже љоследњу реч*“¹ о настанку уговора.

Чини се да позивалац на понуду комбинује два најважнија овлашћења у фази закључења уговора – формулише садржину будућег уговора и има правну моћ да доведе до његовог закључења. Међутим, његово друго овлашћење је значајно ограничено. Позивалац у улози понуђеног нема слободу да прихвати или одбије закључење уговора као што то има типичан понуђени. Он не сме одбити понуду, осим ако за то нема основан разлог. У супротном, одговараће за штету, коју би претрпео понудилац² према правилима о деликтној одговорности. *Ratio* оваквог решења лежи у томе што је позивалац изразио начелну вољу за закључење уговора и на тај начин створио поверење у настанак уговора код друге стране.³ Суд *in concreto* процењује да ли је разлог неприхватања био основан. Штета се најчешће састоји у томе што је лице коме је такав позив послат пропустило да под истим условима прибави ствар или услугу од другог позиваоца или понудиоца.⁴ Под оправданим разлогом би требало сматрати економски разлог, попут исцрпљења залиха.⁵ На тај начин је ограничена позиција позиваоца на понуду – уколико не пристане на закључење уговора чију је садржину сам одредио и чије је закључење иницирао, биће обавезан да понудиоцу надокнади претрпљену штету. Штета се може састојати у узалудно учињеним трошковима које је понудилац предузео у уверењу да ће доћи до закључења уговора, као и измаклој користи услед прилике коју је он на другој страни пропустио, а притом је постојао висок степен вероватноће да ће се та прилика остварити.⁶

¹ Миодраг Орлић, *Закључење ујовора*, Београд 1993, 127.

² Закон о облигационим односима „Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ”, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ”, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС”, бр. 18/2020 чл. 35 ст. 2.

³ Младен Драшкић, *Чл. 26–45, 1072–1082*. (Коментар Закона о облигационим односима I, ур. Борис Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980, 125.

⁴ Слободан Перовић, *Облигационо љраво (књџа љрва)*: *седмо издање*, Београд 1990, 270.

⁵ М. Драшкић (1980), 125.

⁶ О степену вероватноће код измакле добити услед пропалих преговора вид. М. Орлић, 105–106.

Институт позива на понуду је настао као потреба праксе у Немачкој у доба велике инфлације. Од средине деветнаестог века се понуда у немачкој правној теорији сматра неопозивом, а Немачки грађански законик прописује како је онај ко другоме понуди закључење уговора везан понудом, ако везаност није искључио.⁷ Иако ово основно правило о начелној неопозивости понуде улива поверење понуђеном, она представља велики ризик за понудиоца. Управо такав ризик је након Другог светског рата, у доба велике инфлације, несигурности и непредвидивих осцилација понуде и потражње навео понудиоце да понуди додају клаузулу „без обавезе“. Јуриспруденција, вођена првенствено потребама праксе, а противно правној логици, овакву уговорну иницијативу није сматрала понудом, већ позивом на понуду.⁸

Ова уговорна иницијатива се у правној теорији по правилу објашњава кроз поређење са сродним уговорним иницијативама, попут понуде (посебно понуде са клаузулом *sine obligo* или тзв. понуде јавности), позива на преговоре (*offre de pourparlers, invitation to negotiate*), општих услова пословања, обећањем да се уговор закључи и јавним обећањем награде. По чему се позив на понуду разликује од побројаних уговорних иницијатива?

ПОЈМОВНА РАЗГРАНИЧЕЊА

а) Позив на понуду или понуда

Уговорна иницијатива која је најсличнија позиву на понуду и коју је у пракси најтеже разграничити од њега јесте понуда. У свим правним системима се под позивом на понуду подразумева предлог који нема сва обележја да би се могло говорити о понуди.⁹ Према томе, који је то елемент који позиву на понуду недостаје, да би се могао сматрати понудом? Правна теорија на ово питање одговара на неколико начина.

Најпре, карактеристика која понуду одваја од позива јесте коначност, односно подобност за прихват. Понуда је таква уговорна иницијатива која једноставним „да“, „прихватам“, „може“ и другим речима или симболима са сличним значењем доводи до настанка уговора.¹⁰ Ниједна уговорна иницијатива

⁷ Чл. 145 BGB. О различитим преводима овог члана на српски језик вид. Орлић 210 фн. 358.

⁸ *Ibid*, 219.

⁹ Вид. David Oughton, Martin Davis, *Sourcebook on contract law: Second Edition*, London 2020, 26; Stéphanie Porchy-Simon, *Droit civil 2e année. Les obligations* (9e édition), Paris 2016, 53–54.

¹⁰ Суд је у случају *South West Terminal Ltd v Achter Land & Cattle* [2023] закључио да је уговор закључен тако што је понуђени на понуду одговорио „да“ емоцијем. Тужилац и тужени су били у сталној пословној вези пет година пре таквог прихватања понуде (<https://>

цијатива осим понуде нема ово обележје. Због тога се каже да је понуда „*први одлучан корак за закључењу уговора*“.¹¹ Након упућене понуде, закључење уговора зависи искључиво и једино од понуђеног.¹² Понуда за дестинатера ствара моћ да прихватам створи уговор. Код позива на понуду, с друге стране, позитиван одговор лица коме је позив упућен не може да доведе до настанка уговора, већ до настанка понуде. Дакле, за разлику од понуђеног, лице којем је позив на понуду упућен нема правну моћ да једностраном изјавом воље доведе до настанка уговора. Ипак, коначност понуде није једини састојак који понуду разликује од позива да се она учини.

Издајамо још и намеру понудиоца да буде везан одредбама будућег уговора (намера закључења уговора, *intention to be bound, animus contrahendi*). Позивалац на понуду, с друге стране, такву намеру још увек нема.¹³ *Animus contrahendi* означава да је изјава воље понудиоца упућена на закључење уговора, тј. да он спремно прихвата правне последице које из таквог уговора произлазе, било да је он у том уговору обавезан на неку чинидбу или није.¹⁴ Код позиваоца на понуду постоји само начелна спремност да закључи уговор¹⁵, али не и конкретна спремност да буде везан одредбама тог уговора – он за себе задржава могућност да још једном размисли да ли жели да закључи уговор.¹⁶

Свакако, *differentia specifica* позива на понуду у односу на понуду не представља разлика у правном дејству, прецизније чињеница да за разлику од понуде позив не ствара обавезу да се одржи (не опозове) одређено време. Прво, понуда није начелно неопозива у свим правним системима.¹⁷ Друго, и у правним системима где понуда јесте неопозива то правило има диспозитивни карактер.¹⁸ Занимљиво је становиште у погледу понуде са резервом француске јуриспруденције, а које прихватају тамошњи судови. Уколико се резерва заснива на критеријумима који не зависе од понудиоца, већ од спољних околности или трећег лица (објективне резерве), радиће се о понуди.

www.cbp.com.au/insights/insights/2023/july/modern-contract-law-for-acceptance-thumbs-up-emoj, последњи приступ 30.8.2023).

¹¹ Младен Драшкић, *Закључивање уговора о продаји*, Београд 1986, 41.

¹² М. Орлић, 303.

¹³ Hein Kotz, *European Contract Law: second edition*, Oxford 2016, 19–20.

¹⁴ М. Драшкић (1986), 41.

¹⁵ Александар Јакшић, Срђан Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, Београд 1995, 57.

¹⁶ Орлић, 224–225.

¹⁷ Пример јесте англосаксонско право – понудилац може опозвати понуду све док она не буде прихваћена, штавише одрицање понудиоца од права на опозив није могуће. Такође, то је случај и са француским правом, али уз важно ограничење. Пре реформе 2016. године пракса је правило о опозивности ограничила на неорочене понуде, а сада то прописује и чл. 1116 Грађанског законика.

¹⁸ Тако је нпр. у немачком, швајцарском и српском праву.

Типичан пример јесте назнака „до истека залиха“. Супротно, уколико резерва оставља понудиоцу избор да (не) закључи уговор према субјективном критеријуму, радиће се о позиву на понуду (релативне резерве). То ће бити онда када понудилац задржи могућност избора сауговорника, а притом се не ради о уговору *intuitu personae* (нпр. послодавац у огласу за посао).¹⁹

Такође, критеријум разграничења није ни број нити одређеност лица коме је понуда упућена. Понуда јесте адресована изјава воља чији се адресат по правилу зна, било да се ради о једном одређеном лицу или одређеној групи људи. Међутим, понуда може бити упућена и неодређеном броју лица (*ad incertam personam*), када говоримо о тзв. понудама јавности. Речју, понуда јавности је упућена „*свима и свакоме*“.²⁰ Примери понуде јавности у нашем праву су тзв. општа понуда²¹ и излагање робе са означањем цене, о којој ће детаљно бити речи у наставку рада. Понуда упућена неодређеном броју лица може бити у облику општих услова формуларних уговора, међу којима разликујемо уговоре по приступу, типске уговоре или опште услова пословања.²²

Четврти критеријум за разграничење позива на понуду од понуде на који смо наишли се примењује у пракси енглеских судова. Они узимају у обзир да ли би разумно и пажљиво лице коме је уговорна иницијатива упућена исту могло да схвати као понуду или као позив на понуду. Примера ради, ако је иницијатива послата на много адреса истовремено, шансе да се ради о понуди су мале. У супротном, прихватањем баш свих „понућених“ лица би дошло до закључења уговора са сваким од њих, те би пошиљалац одговарао за неиспуњење обавезе ако нема толику количину робе на залихама. Разуман човек у улози адресата би требало да размишља на овај начин. Тако се у енглеском праву начелно сматра да иницијативе упућене великом броју људи нису понуде, већ позиви да се понуда учини.²³

На крају, најмање поуздан критеријум јесте назив уговорне иницијативе. Сама уговорна иницијатива може носити назив „понуда“, „необавезујућа

¹⁹ S. Porchy-Simon, 53; Carole Aubert De Vincelles, *Droit des obligations – Tome I*, Paris 2020, 98.

²⁰ *Ibid*, 294.

²¹ Српски законодавац прописује да предлог за закључење уговора учињен неодређеном броју лица, који садржи битне састојке уговора чијем је закључењу намењен, важи као понуда, уколико друкчије не произлази из околности случаја или обичаја (чл. 33 ЗОО). Чини се да је овај члан требало да буде опште правило о понуди јавности, мада чланови који следе (излагање робе са означањем цене и слање каталога и огласа) уређују две сасвим различите ситуације. Због тога Орлић критикује одлуку законодавца да наруши прагматичност одредби Скице уношењем овакве одредбе која само уноси забуну (вид. М. Орлић, 300).

²² Код уговора по приступу једна страна у целости формулише услове уговора, а друга им друга само приступа, док општи услови представљају листу уговорних клаузула коју дефинише један уговорник, док о остатку садржине уговора стране могу преговарати (М. Драшкић 1980, 366).

²³ Н. Kotz, 20.

понуда“ и слично. Међутим, у складу са принципом *falsa nominatio non nocet*, ни тада не мора бити речи о понуди. Реч понуда се често олако користи у свакодневном говору, али и у трговинским уговорима, чак и када самопрокламовани понудилац још увек нема намеру да буде везан одредбама будућег уговора.²⁴

б) Разликовање позива на понуду од других (уговорних) иницијатива

Позив на преговоре јесте иницијатива којом позивалац исказује своју вољу да са заинтересованом особом дође у непосредан контакт ради преговарања о закључењу будућег уговора,²⁵ његовим условима и састојцима. Циљ позиваоца на преговоре је да успостави контакт са потенцијалним саговорником. Од позива на понуду се разликује тројако. Прва разлика је у степену одређености. Позив на понуду може садржати све битне састојке будућег уговора изузев цене (нпр. код излагања робе без означене цене) или количине (нпр. каталог или оглас за продају ствари одређених по роду). Код позива на преговоре, с друге стране, услови и садржина уговора још увек није одређена, него позивалац упућује позив заинтересованом лицу да они заједно покушају да формулишу такве одредбе које ће одговарати обојици. Речју, не постоји „*чврст љројекаџ ујовора (prefiguration)*“.²⁶ Док је позивалац на преговоре спреман на компромис и прилагођавање својих потреба потребама свог будућег саговорника, позивалац на понуду поставља јасне услове под којима жели да закључи уговор. Друга разлика се огледа у (не)дефинисаним улогама позиваоца и позваног. Код позива на понуду ће се позвани, уколико прихвати позив и формулише понуду, наћи у улози понудиоца по природи ствари, док ће позивалац увек бити понуђени. Код позива на преговоре се улоге преговарача не знају унапред, било који од њих може упутити понуду у зависности од тога како се преговори одвијају.²⁷ Најзад, позивалац на понуду не може да одбије понуду, осим ако за то не постоји оправдан разлог, што не важи за позиваоца на преговоре.

Code Civil (у даљем тексту: СС) познаје институт једностраног обећања²⁸ који има одређене сличности са позивом на понуду.²⁹ Једнострано обећање је уговор којим једна страна, стипулант или обећавалац, даје другој страни,

²⁴ Andrews Neil, *Contract Law*, Cambridge 2011, 40.

²⁵ Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 180.

²⁶ М. Драшкић (1986), 40.

²⁷ *Ibid*, 41.

²⁸ Чл. 1124 СС.

²⁹ СС све до реформе 2016. године није познавао овај институт, већ је он резултат доктрине и судске праксе. Након што је суд 1993. године огласио овакав споразум неважећим упркос дотадашњим схватањима и изазвао оштру критику јуриспруденције, постало је јасно да се овај институт мора законски уредити (Tegré, 283).

бенефицијару или кориснику, право да се определи за закључење уговора чији су битни елементи одређени, а за чије закључење сагласност даје само бенефицијар.

По својој природи, овај институт је негде између понуде и уговора. Више је од понуде – иако се зове једнострано обећање, ради се о уговору као сагласности воља две стране. С друге стране, мање је од уговора јер главни уговор још увек није закључен, будући да недостаје сагласност бенефицијара.³⁰ У зависности од тога да ли бенефицијар плаћа накнаду или не, једнострано обећање је једнострано или двострано обавезујући уговор. Плаћање накнаде се оправдава тиме што стипулант трпи штету јер је лишен употребе непокретности док бенефицијар размишља.³¹ Једнострано обећање се у пракси најчешће уговара приликом продаје непокретности, јер бенефицијару као купцу одговара да се услови продаје неће променити док он прибави сву документацију и потребан капитал.³²

Позив на понуду и треба разликовати и од јавног обећања награде.³³ У нашем праву је једнострана изјава воље засебан извор облигација, различит од уговора.³⁴ Јавно обећање награде дефинишемо као једностранни правни акт којим лице јавно (путем огласа, штампе, телевизије, саопштењем већем броју лица и слично) обећава неодређеном броју лица да ће дати награду ономе ко изврши одређену радњу, постигне неки успех или се нађе у одређеној ситуацији. Обавеза за обећаваоца настаје онда када јавно обећа награду, док право лица које је испунило услов који се захтевао у обећању настаје у тренутку испуњења.³⁵ Дакле, обећавалац је обавезан својом изјавом воље. Сличност са позивом на понуду се огледа у јавном начину саопштавања (нпр. путем огласа, летака и слично). Ипак, правно дејство на које су ове изјаве воље усмерене је дијаметрално различито. Позив на понуду сам по себи није извор облигација. Позивалац на понуду жели да позвани упуте понуду њему, коју ће он моћи да прихвати, а тек чијим прихватањем настаје уговор као извор облигационог односа. Притом, да би до закључења уговора дошло, лице које је позвано да учини понуду у улози понудиоца мора изјавити правно релевантну вољу за закључење уговора, а исту такву вољу мора исказати и позивалац на понуду у улози понуђеног. Прихватом, односно сагласношћу изјављених воља настаје уговор као основ њихових права и обавеза. Опречно,

³⁰ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénéde, *Droit civil Les obligations (12e édition)*, Paris 2019, 283–285.

³¹ S. Porchy-Simon, 64.

³² F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, 283.

³³ Правна теорија се бавила разграничењем јавног обећања награде и понуде, али аргуменати су слични (вид. Јаков Радишић, *Облигационо право: општи део*, Ниш 2017, 362).

³⁴ Овде убрајамо јавно обећање награде, неопозиву понуду и издавање хартија од вредности.

³⁵ J. Радишић, 23.

код јавног обећања награде извршилац радње из огласа не мора поседовати правно релевантну вољу да добије награду. Извршење његове радње је пуки материјални (реални) акт чијим извршењем стиче право на награду.³⁶ Он не мора ни знати за јавно обећање награде, бити пословно способан, ни у крајњој линији, желети да прихвати награду. Штавише, он може извршити радњу пре него што је јавно обећање учињено. Међутим, у англосаксонском праву није усвојено схватање да лице може обавезати себе једностраном изјавом воље, стога једностранни правни послови као извори облигација не постоје. Оно што се у нашем праву сматра једностраним обећањем награде, у *common law* представља иницијативу за закључење једностраног уговора (*unilateral contract*).³⁷ У зависности од одређености такве иницијативе, може се радити о понуди или позиву на понуду.

СЛУЧАЈЕВИ ПОЗИВА НА ПОНУДУ

Данас постоји низ претпоставки које служе разликовању позива на понуду од понуде. Ипак, овакво разликовање није увек једноставно, а некада се у обзир узима тзв. „објективна намера“, односно поставља се питање да ли је адресат иницијативе исту могао да разуме као позив на понуду или понуду.³⁸ Позивом на понуду се начелно могу сматрати: а) каталози, огласи, тарифе, рекламе и слично; б) излагање робе са или без означене цене; в) аукција; и г) тендер. У упоредном праву не постоји консензус у погледу квалификације наведених уговорних иницијатива. Које од претпоставки везујемо за одређени правни систем и да ли се ради о (не)оборивој претпоставци су питања којима ћемо се бавити у наредном одељку рада. Анализираћемо сваки од наведених случајева посматрано из угла српског, француског, швајцарског, немачког и енглеског права.

Каталози, огласи и рекламе

Каталози, тарифе, брошуре, огласи, рекламе и њима сличне уговорне иницијативе се начелно квалификују као позив на понуду у анализираним позитивноправним прописима и јуриспруденцији. Разлика је само у томе да ли постоји изричита законска одредба или је овакав правни режим резултат правне науке и судске праксе.

³⁶ *Ibid*, 362.

³⁷ Небојша Јовановић, „Појам уговора у англосаксонском праву“, *Анали Правној факултету у Београду* 1/2008, 72.

³⁸ Anna Katharina Suzuki-Klasen, *A Comparative Study of the Formation of Contracts in Japanese, English, and German Law*, Baden Baden 2022, 109.

Швајцарски и српски закон који уређују материју облигационог права садрже одредбу о правној квалификацији тарифа, ценовника, каталога и сличних иницијатива. По узору на швајцарски *Code des Obligations* (у даљем тексту: СО), наш законодавац је ову одредбу унео у ЗОО.³⁹ Сматра се да овде понуда није упућена одређеном лицу (аргумент сâм није уверљив, пошто су и понуде јавности такође понуде) и, важније, да недостају квантитативна ограничења.⁴⁰ У тренутку оглашавања количина робе којом одашиљалац таквих огласа располаже представља непознаницу,⁴¹ због чега се може догодити да он не буде у могућности да пошаље робу свим заинтересованим лицима.⁴² Антић зато наводи да разлози квалификације огласа и реклама као позива на понуду нису теоријске, већ практичне природе.⁴³ Међутим, важан је још један вид квантитативне неодређености – флајер, ценовник, реклама и сл. не садржи количину коју купац жели да прибави. Обратно, понуда као коначан предлог за закључење уговора мора да садржи све битне састојке будућег уговора. Како Орлић истиче, тек дефинисањем количине настаје понуда.⁴⁴ Због тога се не слажемо са Антићевим становиштем, већ сматрамо да оваква квалификација произлази не само из практичних разлога, већ и из основних теоријских поставки.

СС не садржи одредбу којом одређује правно дејство слања каталога, огласа и слично. Најпре у теорији и судској пракси, а од реформе 2016. године и у позитивном праву⁴⁵, је прихваћен став да понуда мора бити прецизна (садржи све елементе будућег уговора), чврста (постоји намера понудиоца да буде везан уговором у случају прихватања понуде) и изјављена (изричито или конклюдентно). Уколико недостаје чврстина или прецизност, постоји позив на улазак у преговоре (*invitation à entrer en négociations*), који не производи никакво правно дејство. Међутим, у теорији се истиче да у том случају долази до преокрета уговорних позиција (*un renversement des positions*

³⁹ Упор. чл. 35 ЗОО и чл. 7 ст. 2 СО.

⁴⁰ Daniel Guggenheim, Art 11–16. (Code des obligations I, ed. Luc Thévenoz, Franz Werro), Basel 2003, 50.

⁴¹ Вид. М. Драшкић (1980), 125.

⁴² *Ibidem*; Орлић, 298.

У случају Partridge v Crittenden [1968] судија Лорд Паркер је констатовао да је постојао „пословни осећај“ (*business sense*) приликом квалификације оваквих реклама као позива на понуду, јер би у супротном (ако их сматрамо понудом) оглашивач био одговоран према правилима о уговорној одговорности за неиспуњење обавезе. Заправо, он би одговарао јер није продао више робе него што је имао (Ewan McKendrick, *Contract Law: twelfth edition*, London 2017, 73).

⁴³ Оливер Антић, *Облигационо право (пето издање)*, Београд 2010, 308.

⁴⁴ М. Орлић, 297.

⁴⁵ Понуда и прихват понуде изричито нису били поменути у СС све до реформе 2016. године. Учење о овим изјавама воље дело је француске правне теорије и судске праксе (Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law: third edition*, London and New York 2014, 548). Вид. чл. 1114 СС.

contractuelles) у смислу да преговарач коме је овакав позив упућен преузима улогу понудиоца, а лице које је упутило позив постаје понућени.⁴⁶ Претпоставка да се огласи, каталози, тарифе и сл. сматрају позивом на понуду не постоји ни у правој теорији. Истиче се да понуда може бити упућена неодређеном броју лица и то у виду плаката, каталога, огласа у новинама или реклама,⁴⁷ наравно уколико поседује наведене три особине. Ако се пак ради о рекламама које само хвале производ и истичу његове позитивне особине, без навођења свих карактеристика или цене, радиће се о позиву на понуду.⁴⁸ Исти је случај и са огласима за закључење уговора *intuitu personae*, који не морају експлицитно садржати резерву.⁴⁹

Енглески судови рекламе у којима се нуди закључење двострано обавезујућих уговора сматрају позивом да се понуда упути.⁵⁰ У случају *Partridge v Crittenden* [1968] судија Лорд Паркер Си Џеј је констатовао да је „пословни осећај“ (*business sense*) приликом квалификације оваквих реклама као позива на понуду морао да постоји, јер би у супротном (ако се тумаче као понуда) оглашивач био одговоран по основу уговорне одговорности за неиспуњење обавезе. Заправо, он би одговарао јер није продао више робе него што је имао.⁵¹ Ово важи и у ситуацији када конобар преда госту у ресторану мени са истакнутим ценама или је мени изложен испред самог ресторана.⁵²

У енглеској правној теорији се истиче како од оваквог резонувања постоје одступања. Ради се о „рекламама за закључење једносџрано обавезујућих ујовора“ (*advertisements of unilateral contracts*) и сматра се да они могу представљати понуду.⁵³ Најпознатији случај овакве рекламе у коме је предмет расправе била правна квалификација уговорне иницијативе свакако је *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co* [1893]. Произвођач карбонске димне кугле (тужени), рекламирао је куглу против грипа и у реклами навео да ће свакоме ко се, упркос коришћењу кугле три пута дневно у периоду од две недеље, разболи од грипа платити £100 и депоновао је £1000 у банку у те сврхе. Гђа Карлил (тужилац) је користила куглу према упутству, али се разболела од грипа, те захтевала „обећаних“ £100. Тужени се бранио тврдећи да реклама није била обавезујућа понуда. Наиме, нелогично је да се тужени понудио да изврши чинидбу под условом који он не може да провери (не може утврдити да ли је

⁴⁶ Вид. S. Porchy-Simon, 53–54.

⁴⁷ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, 202; S. Porchy-Simon, 52.

⁴⁸ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, 197–198.

⁴⁹ Alain Bénabent, *Droit des obligations*, Paris 2017, 69.

⁵⁰ Супротно, реклама за закључење једностраних уговора се сматра понудом, пошто англосаксонско право не познаје институт једностраног обећања награде. Као пример се наводи понућена награда за оног ко да информације о лицу са потернице.

⁵¹ E. McKendrick, 73.

⁵² Edward Peel, *Treitel: The Law of Contract 14th ed*, London 2015, 2–011.

⁵³ *Ibid*, 2–010.

кугла заиста коришћена на предвиђен начин). Ипак, суд је као кључан аргумент узео депоновани новац у банци, који је јавност могао да наведе на закључак да се заиста ради о понуди.⁵⁴ Према томе, енглески судови приликом квалификације уговорне иницијативе узимају у обзир и да је лице коме је таква иницијатива упућена могло да се поузда у то да се ради о понуди, с обзиром на околности случаја.⁵⁵ Напомињемо да се овакво резонување може применити само у англосаксонском праву, док бу се у државама континенталног права оваква „понуда за закључење једностраних уговора“ сматрала засебним извором облигационог права – јавним обећањем награде, о чему је било речи у претходном одељку.

Ни Немачки грађански законик (у даљем тексту: BGB) не садржи одредбу о правном дејству каталога, огласа и сличних уговорних иницијатива. Међутим, јуриспруденција и судска пракса су сагласне да се овде ради о позиву на понуду.⁵⁶

Да ли се уговорне иницијативе попут каталога, тарифа и огласа у одређеним случајевима могу сматрати понудом? Неки швајцарски аутори сматрају да је могуће, уколико је рок важења „понуде“ из каталога одређен,⁵⁷ а на исту аргументацију наилазимо и у нашој теорији.⁵⁸ Мишљења смо да и у случају временског орочења важи двојака неодређеност, те да ће се и тада оглас сматрати позивом на понуду. Истиче се, такође, да ће се оглас сматрати понудом онда када је довољно одређен, тј. ако то произлази из њихове садржине. Притом, истицање цене само по себи не чини оглас понудом.⁵⁹ Ипак, ако оглас садржи наруџбеницу, може се сматрати понудом.⁶⁰ У том случају постоји *animus contrahendi* лица које је огласило одређени производ, а попуњавањем наруџбенице уговор добија и коначну садржину.

До сада смо говорили о „офлајн“ рекламама, флајерима и огласима. Да ли је њихова правна природа другачија уколико се налазе на интернету? Енглески суд је цитирао одлуку суда у Сингапуру⁶¹ који је истакао да за онлајн

⁵⁴ D. Oughton, M. Davis, 26–28.

⁵⁵ Суд је овај критеријум применио и у случају *Bowerman v Association of British Travel Agents Ltd (ABTA)*. Тужилац је резервисао пакет аранжман код туристичке агенције која је била члан туженог удружења АБТА. У огласу који је био истакнут у просторијама агенције је писало да ће у случају финансијског неуспеха удружења АБТА пре почетка аранжмана удружење надокнадити новац који су туристи платили за аранжман. Већина чланова већа Апелационог суда је сматрала да се овде ради о понуди, јер би разумно лице такав оглас сматрало понудом (Treitel 2–010).

⁵⁶ Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise (Second Edition)*, Oxford and Portland 2006, 62.

⁵⁷ D. Guggenheim, 50.

⁵⁸ А. Јакшић, С. Стојановић, 190.

⁵⁹ Такав став је потврђен и пресудом Врховног привредног суда Сл. 899/56 (Драшкић 1980, 125).

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Chwee Kin Keing v Digilandmall.com Pte Ltd [2004]*.

рекламе примењује исти режим, односно да се сматрају позивом на понуду.⁶² На исто становиште наилазимо у немачкој правној теорији.⁶³ Ипак, радиће се о понуди онда када је изјава конкретнија од пуке рекламе, нпр. уколико вебсајт осим података о роби која се рекламира и њеним доступним количинама садржи и формулар (наруџбеницу) коју потенцијални купац попуњава и дугме попут „наручи“, „додај у корпу“ или „купи“. Супротно, опције попут „за више информација контактирајте...“, „пошаљите упит“, „обавестите ме кад производ буде поново доступан“ сигнализирају да се ради о позиву на понуду. Такође, овде правимо разлику између материјалних и нематеријалних добара. За разлику од материјалних, код нематеријалних добара (нпр. куповина антивирус програма, компјутерске игре, е-књиге, курса за коришћење мајкрософт ексела) продавац по природи ствари не може доћи у ситуацију да робу нема на залихама. Због се у овим случајевима ради о понуди.⁶⁴

Излагање робе (са или без означене цене)

По природи ствари, изложена роба без означене цене сматра се позивом на понуду.⁶⁵ Овде се не може радити о понуди јер недостаје одређеност цене као битног елемента уговора. Потенцијални купац може упитати продавца за цену и количину, а онда ће продавац формулисати коначну понуду.

С друге стране, излагање робе са назначеном ценом се квалификује као понуда или као позив на понуду, зависно од конкретног позитивноправног решења. Становиште да се ради о понуди заузимају швајцарско, француско и наше право. Супротно, у *common law* државама (Енглеска, САД, и индијско право), бившим социјалистичким државама, Немачкој и Италији излагање робе са означеном ценом сматра се позивом на понуду.⁶⁶ Питање има практичан значај, пошто од правне квалификације зависе правне последице када је цена погрешно означена.

а) Правни системи у којима се излагање робе са означањем цене сматра понудом

СО и ЗОО садрже изричиту одредбу о томе да се излагање робе са означеном ценом сматра понудом.⁶⁷ Иако СС не прописује то изричито, француска

⁶² А. К. Suzuki-Klasen, 109 фн. 440.

⁶³ *Ibid*, 232–233.

⁶⁴ *Ibid*, 490–491.

⁶⁵ М. Драшкић (1980), 123. Визнер сматра да се овде не ради о позиву на понуду, него позиву на преговоре (1978, 180).

⁶⁶ Franco Ferrari, *Offer and Acceptance Inter Absentes* (Elgar Encyclopedia of Comparative Law, ed. Jan M. Smits, Jaakko Husa, Catherine Valcke, and Madalena Narciso), 2023, 125–137.

⁶⁷ Вид. чл. 7 ст. 3 СО и чл. 34 ЗОО. СО прописује да се излагање робе са означеном ценом начелно сматра понудом, док ЗОО наводи да се излагање робе са означањем цене сматра се као понуда, уколико друкчије не произлази из околности случаја или обичаја.

правна теорија излагање робе квалификује као понуду, уколико испуњава прописане услове које свака понуда мора да садржи.⁶⁸ Правило се примењује на робу изложену на полицама супермаркета, као и на робу у аутоматима.⁶⁹ Дакле, било да се роба налази на полици, било у аутомату – правни режим је исти. Уговор се сматра закљученим када купац узме ствар са полице, односно притисне одговарајући тастер на аутомату пошто је тада дошло до прихвата понуде.⁷⁰ Ради се о понуди која је учињена конклюдентном радњом, прећутно. Сматра се да се понуда не односи само на изложену робу, већ и на истоврсну робу у складишту, као и да је продавац слободан да купцу преда било изложену, било робу из складишта.⁷¹ Притом, швајцарска јуриспруденција одредбу проширује и на услуге (нпр. истакнута цена улазнице за биоскопску пројекцију)⁷², док код домаћих аутора наилазимо на опречан став.⁷³ Мишљења смо да нема разлога да се понуда услуге не сматра понудом за закључење уговора, осим ако личност уговорника не представља битан елемент.

СС не прописује изричито да излагање робе уз означену цену јесте понуда, али чл. 1113 дозвољава такво тумачење, прописујући да воља приликом закључења уговора може бити резултат недвосмислене изјаве или *јонашања њеној изјавиоца*.⁷⁴ Јуриспруденција као пример имплицитне понуде наводи управо ситуацију када трговац изложи робу на продају.⁷⁵

Правне последице оваквог схватања се огледају у томе да је продавац везан својом понудом, односно дужан је придржавати се истакнуте цене.⁷⁶ Практично, то значи да у случају да је продавац истакао одређену цену, он не може рећи да је цена погрешно означена и купцу наплатити другу цену. Пракса показује да до овакве ситуације често долази, посебно у супермаркетима у време инфлације када се цене готово свакодневно мењају, а запослени не стижу променити све истакнуте цене. Шта се дешава у тој ситуацији, да ли купац има право да захтева да му се ствар преда по означеној цени? Иако се у пракси⁷⁷ купцу у таквој ситуацији нуди да одустане од куповине

⁶⁸ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, 202.

⁶⁹ Пошто је купац слободан да се предомисли и врати ствар коју је узео са полице све док не дође до касе, сматра се да се понуда сматра прихваћеном доласком на касу (Драшкић 1980, 124).

⁷⁰ F. Ferrari, 125–137.

⁷¹ М. Драшкић (1980), 123.

⁷² D. Guggenheim, 50.

⁷³ Вид. А. Јакшић, С. Стојановић, 58.

⁷⁴ Вид. чл. 1113 ст. 2 СС.

⁷⁵ S. Porchy-Simon, 54.

⁷⁶ D. Guggenheim, 50.

⁷⁷ Више о овом проблему вид. Korolev, Sergei Viktorovich et al, „Wrong Price Tag’ at a Supermarket in the Focus of General Principles of Law“, *Journal of Advanced Research in Law*

или да купи ствар по цени за коју је сазнао тек приликом плаћања, сматрамо да би теоријски доследно решење било да купац има право да ствар купи по назначеној цени.⁷⁸

Иако се у наведеним правним системима излагање робе са означеном ценом начелно сматра понудом, правило није апсолутно. ЗОО прописује да друкчије може произаћи из околности случаја или обичаја, док СО наводи да се такво излагање *јенерално* сматра понудом. Који су то случајеви када излагање робе са означеном ценом не представља понуду, већ позив да се она упути? Лице које је изложило робу, а не жели да се иста сматра понудом, може на изречан или други начин искључити то уобичајено значење које право придаје излагању робе. Примера ради, може ставити знак „није на продају“. Ни излагање робе у рекламне сврхе, на сајму, изложби и другим случајевима када је цена истакнута само информативно се неће сматрати понудом. Ипак, Орлић истиче како је незгодно што се поступање у овој области није искристализовало у обичаје, а теорија је далеко од постизања сагласности о полазним становиштима.⁷⁹

б) Правни системи у којима се излагање робе са означењем цене сматра позивом на понуду

Излагање робе у продавници, излогу, на тезгама и сл. се у енглеском праву не сматра понудом, већ позивом на понуду и када је цена јасно истакнута. Став је потврђен у случају *Pharmaceutical Society of Great Britain v Boots Cash Chemists (Southern) Ltd* [1953]. Уговор је закључен оног момента када купац изабере жељене артикле, а продавац (може бити касир или неко трећи кога је продавац запослио) прихвати такву понуду. Судија Доналд Сомервел (Donald Somervell) је том приликом објаснио како смисао оваквог решења лежи у томе што је купац слободан да се предомисли и замени ствар коју је изабрао и ставио у корпу другим производом са рафа продавнице све док не дође до касе и формулише своју коначну понуду.⁸⁰ Сомервел је истакао како продавница није место принудне продаје, већ место погађања (*place*

and Economics, Volume IX, Summer, доступно на: <http://journals.aserspublishing.eu/jarle/index>, 2018. Аутори цитираног дела пореде руско и немачко право у погледу овог питања и следејуће правне последице. У руском праву се излагање робе са означеном ценом сматра понудом, а аутори критикују такво решење као непрактично управо због предочених проблема коју тамошње позитивно право не решава доследно (S. Viktorovich et al, 1008).

⁷⁸ Према одредбама Закона о заштити потрошача (у даљем тексту: ЗЗП), нетачно навођење цене се сматра обмањујућом пословном праксом која представља прекршај и повлачи новчану казну за трговца. Вид. чл. 18 ст. 4 и чл. 187 ст. 1 тачка 3 ЗЗП.

⁷⁹ М. Орлић, 296.

⁸⁰ D. Oughton, M. Davis, 31.

for bargaining, not for compulsory sales), додајући да се значај личности купца ни у данашње време, не може елиминисати. Наиме, можда ће продавац имати посла са највећим трговачким супарником, пијаницом или скитницом, лични елемент никад није у потпуности искључен. Примера ради, железница није обавезна да закључи уговор са путником коме здравствено стање не дозвољава да путује. Штавише, Сомервел речено поткрепљује примером да чак и када на прстену у излогу јувелнирнице стоји натпис „*расипогаја – 1\$ за њрвої куйца који уђе у рагњу*“, уговор о продаји прстена ће бити закључен само са лицем са којим јувелир буде желео.⁸¹ Требало би имати у виду да је пресуда донета средином прошлог века и да би се данас такво схватање противило моралним схватањима данашњице, али и прописима о забрани дискриминације и прописима којима се уређује трговачка делатност.⁸²

Другачија је ситуација када се ради о аутоматима и самоуслужним продавницама (*self-service*), где се изложена роба сматра понудом. Тако истакнута цена горива на пумпи представља позив на понуду коју продавац прихвата сипањем одређене количине горива у резервоар, док истакнута цена на самоуслужној пумпи представља понуду, коју купац прихвата када почне да пуни резервоар.⁸³

Речено важи и за немачко право. Традиционално, у немачком праву се излагање робе сматра позивом на понуду. У тренутку када потенцијални купац узме жељени артикал са полице и долази на касу, он само испуњава предуслов за комплетирање понуде. С обзиром да се не ради о понуди, јасно је да се овде проблем у случају погрешно истакнуте цене решава у корист продавца. Практично, цена производа у самопослузи има само информативни карактер, а тек на каси купац формулише понуду за закључење уговора.⁸⁴ Изузетак такође представља и роба у аутоматима, када се ради о понуди која важи док год у аутомату има залиха.⁸⁵ Становиште је укорењено у немачкој правној теорији и судској пракси, мада ВГВ позив на понуду изричито не помиње.

Да ли се овакво разумевање излагања робе односи и на онлајн продају? Енглески аутори наводе да се сличан принцип примењује и код онлајн продаје, када је на сајту продавца означена количина доступне робе. Тада купац кликом на одговарајућу опцију чини понуду продавцу, који је слободан да ову прихвати или одбије.⁸⁶ Сматрамо да се приликом излагања робе онлајн примењује речено о онлајн огласима и рекламама (вид. претходни одељак).

⁸¹ Ibid, 32.

⁸² Вид. чл. 51 ст. 1 тачку 2 Кодекса пословне етике (“Сл. гласник РС”, бр.1/2006, доступно на: https://www.paragraf.rs/propisi/kodeks_poslovne_etike.html).

⁸³ E. Peel, 2–009.

⁸⁴ Вид. S. Viktorovich et al.

⁸⁵ R. Youngs, 549.

⁸⁶ Ibidem.

в) Став аутора

Које од наведених решења више одговара потребама праксе у двадесет првом веку? Да бисмо одговорили на ово питање, потребно је сагледати њихове циљеве и у којој мери су они остварени.

Правни системи који излагање робе уз означену цену сматрају понудом настоје да постигну правну сигурност и спрече арбитарно поступање продавца, у смислу дискреционог одлучивања коме ће продати робу коју нуди. Свакако, он је робу изложио како би је продао, одредио цену и заинтересовано лице прихватам такве понуде постаје купац. Другим речима, зар роба са означеном ценом не би требало да представља понуду, пошто продавац нема разлога да заинтересованом купцу који понуди означену цену одбије да ту робу прода?! Наравно, продавац неће закључити уговор уколико се ради о продаји алкохола или дуван малолетнику, лека на рецепт лицу који тај рецепт нема и слично, у складу са прописима конкретне професије. Поменута пресуда која у пракси енглеских судова представља преседан (*Pharmaceutical Society of Great Britain v Boots Cash Chemists (Southern) Ltd*) се односила управо на један од оваквих случајева – продају лекова. Ради се о изузецима којима се не дира у карактер излагања робе као понуде.

Главни аргумент присталица квалификације излагања робе са означеном ценом као позива на понуду су последице у ситуацији када продавац нема захтевану количину робе. Истиче се да би, ако се ради о понуди, продавац одговарао према правилима о уговорној одговорности за неиспуњење, што је претерано и неправично. Међутим, наглашавамо да се ради о *изложеној* роби, дакле оно што је изложено постоји на залихама (другачије је када су у питању огласи, каталози, рекламе и слично, када евентуални недостатак залиха продавца оправдава квалификацију огласа као позив на понуду). У том смислу, истиче се да изложена роба представља понуду само у погледу количине која је изложена.⁸⁷ Купац се не може оправдано поуздавати да продавац има још истоврсне робе у магацину, камиону или складишту, већ му се на продају нуди само роба у количини која је изложена, уколико другачије не произлази из околности. Такође, понуда се може формулисати тако да истиче онда када залихе буду исцрпљене, што би задовољило интересе и продавца и купца.

Видели смо да се у енглеској и немачкој јуриспруденцији велика пажња посвећује одређивању тренутка у коме купац формулише понуду. Истиче се да он то чини тек када дође на касу и спусти ствари на траку, док је све до тог тренутка слободан да се предомисли и врати ствар назад на полицу. Међутим, и уколико се излагање робе у том случају схвати као понуда, може се узети да се понуда сматра прихваћеном онда када купац учини неку мање

⁸⁷ М. Драшкић (1986), 51.

двосмислену радњу, примера ради стави ствари на касу за плаћање.⁸⁸ Према томе, аргумент не сматрамо пресудним.

Обе квалификације имају позитивне и негативне стране, а предност једног тумачења је истовремено мана другог. Ипак, имајући у виду изнете аргументе и противаргументе, а првенствено онај који се односи на евентуални недостатак робе на залихама, сматрамо да квалификација излагања робе са означеном ценом као понуде у потпуности задовољава потребе трговине на начин на која се она данас одвија.

Аукције

Аукција представља начин закључења уговора у којем се више лица међусобно надмеће у давању понуда заинтересованом лицу, тако да са њим закључује уговор онај понудилац чија је понуда у датом тренутку најповољнија за организатора.⁸⁹

Поступак аукције почиње објављивањем аукцијског огласа који се назива и „расписивање аукције“. Овакав оглас сматра се позивом на понуду.⁹⁰ Поред тога што је упућен неодређеном броју лица (што још увек не представља *differentia specifica* позива на понуду), у њему нису садржани прецизно одређени елементи будућег уговора, тако да се не може радити о понуди. Елемент који није одређен јесте цена, пошто је овде, за разлику од каталога и огласа, количина увек одређена.⁹¹ Штавише, овакав оглас ће представљати позив на понуду чак и када је одређена почетна цена, будући да се ни тада не зна на којој ће се цени учесници зауставити.⁹² Ни када на аукцији учествује само једно лице које потом прихвати почетну цену оглас се не квалификује као понуда, пошто се правна природа института не може мењати накнадно у зависности од околности случаја. Изнето важи и за тзв. прикупљање писаних понуда (писане аукције).⁹³ Правило је да је позив чини аукционар, односно организатор аукције,⁹⁴ позивајући учеснике аукције да дају своје понуде.⁹⁵

⁸⁸ E. Peel, 2–009.

⁸⁹ Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, Београд 2021, 94–95.

⁹⁰ Мирко Васиљевић 2018, 60.

⁹¹ Миодраг Мићковић, „Позив на понуду“, *Право и њиврега* 3–4/98, 25–27.

⁹² Део енглеске јуриспруденције сматра да се овде ради о понуди (McKendrick 2017, 74). Такође, за другачије мишљење у домаћој правној теорији вид. Мићковић 1998, 26.

⁹³ Маша Мишковић, *Правна природа аукције (докторска дисертација)*, 126–130. Београд 2021. Указујемо и на становиште да се оглашавање аукције сматра понудом, али не понудом за њено одржавање, него понудом аукционара да ће он у име власника прихватити највишу понуду (до које се долази надметањем) (E. Peel, 2–008).

⁹⁴ Аукционар и организатор аукције не морају бити исто лице. Организатор аукције јесте лице које организује аукцију, а аукционар је конкретно физичко лице које том аукцијом руководи (Мишковић 2021, 11).

⁹⁵ E. McKendrick, 75.

У говору се може чути и нетачан назив „противпонууда“⁹⁶. Све радње које предузимају било аукционар, било (потенцијални) учесници аукције након што је оглас објављен, а пре саме аукције квалификују се као преговори, јер је њихов циљ помагање учесницима као евентуалним понудиоцима да формулишу што повољнију понуду.⁹⁷ На самој аукцији учесници су ти који чине понуду, а понуда се сматра прихваћеном од стране аукционара, када он покаже свој пристанак на уобичајен начин, нпр. падом чекића.⁹⁸ Пошто ЗОО не садржи посебна правила о аукцији, на аукцију се примењују правила о закључењу уговора између присутних лица.⁹⁹

Међутим, истиче се да одговор на питање о правној природи аукције зависи од врсте аукције, прецизније од тога да ли се ради о аукцији са резервом или аукцији без резерве. Овакав став упориште има и у ЗОО.¹⁰⁰ Код аукције са резервом аукционар искључује своју обавезу закључења уговора. Он није дужан закључити уговор са најповољнијим понудиоцем, већ за саговорника може изабрати другог понудиоца или пак не закључити уговор уопште. Најповољнији понудилац не може принудно захтевати закључење уговора, али ће имати право на накнаду претрпљене ако докаже да су преговори несавесно вођени. Ако није прецизирано о којој врсти аукције је реч, претпоставља се да се ради о аукцији са резервом.¹⁰¹ Правна природа такве аукције је неспорна, ради се о позиву на понуду. С друге стране, код аукције без резерве је аукционар обавезан да закључи одговор са најповољнијим понудиоцем, а у супротном одговара за штету коју је такав понудилац претрпео услед пропуштања да се уговор закључи и то према правилима о деликтној одговорности.¹⁰² Према томе, поставља се питање да ли се расписивање аукције без резерве може сматрати понудом или је и овде реч о позиву на понуду. ЗОО прописује да се позив за надметање о цени радова сматра позивом на понуду у случају искључења обавезе да се уговор закључи.¹⁰³ *A contrario*, произлази да се без искључења обавезе не ради о позиву на по-

⁹⁶ Вид. правилник Лимунда (<https://www.limundo.com/pravila-uslovi>, последњи приступ: 12.9.2023). Међутим, противпонууда постоји када се понуђени не сагласи са понудом у целисти, него жели да је измени. Тада није дошло до закључења уговора, већ се његова изјава сматра новом понудом.

⁹⁷ М. Мишковић, 100.

⁹⁸ Е. Peel 2–008.

⁹⁹ М. Васиљевић, 60.

¹⁰⁰ Вид. чл 604 ЗОО.

¹⁰¹ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 97–98. Јовановић истиче да ће то бити у ситуацији ако је аукционар одбио најповољнију понуду, а за то није имао оправдан разлог (Ibid, 98).

¹⁰² Ibidem; Снежана Дабић, *Дужност обавештавања при закључењу уговора* (докторска дисертација), Београд 2018, 77 фн. 293.

¹⁰³ Чл. 604 ст. 2 ЗОО.

нуду, дакле да се ради о понуди. Без обзира на опредељење законодавца, сматрамо да се ради о позиву на понуду из два разлога. Први разлог се односи на јасно дефинисане улоге лица које аукцију организује и оних који у њој учествују. Наиме, учесник аукције је тај који чини понуду аукционару, улога понудиоца је резервисана за оне који се надмећу. Уколико расписивање аукције са резервом квалификујемо као понуду, онда бисмо дошли до апсурдне ситуације да су учесници аукције понуђени, односно да они одлучују о закључењу уговора. Други разлог је везан за садржину огласа којим се аукција расписује, а који не садржи све битне састојке будућег уговора¹⁰⁴.

Данас су све популарније електронске (онлајн) аукције¹⁰⁵, а постоје и компаније које се искључиво баве њиховим спровођењем (нпр. *eBay*).¹⁰⁶ Пример платформе за одржавање аукција у нашој земљи јесте вебсајт *Лимунго*. Каква је правна природа огласа постављеног на сајту ових и сличних компанија? Немачка правна теорија истиче да се чл. 156 BGB не примењује на онлајн аукције.¹⁰⁷ Апелациони суд у Хаму је оглашавање аутомобила „фолксваген пасат“ на приватној онлајн аукцији (учесници су били обавезни да се претходно региструју да би могли да учествују), квалификује као понуду, а највишу цену учесника аукције као прихват понуде. Као главни аргумент, суд је истакао да је изјава воље туженог који је огласио аутомобил била довољно прецизна, а да се он приликом оглашавања аутомобила на сајту сагласио са стандардним одредбама у којима је стајало да је обавезан да закључи уговор са учесником аукције који добије потврду да је његова понуда прихваћена. Овом одлуком је укинута одлука Основног суда у Минстеру, који је пресудио у корист продавца, аргументујући да се ради о позиву на понуду и да је без воље продавца уговор није могао бити закључен. Заправо, основни суд је одступио од тзв. објективне теорије (теорије изјаве) и тумачио да ли је уговор закључен примењујући теорију воље, која је одбачена у деветнаестом веку због неприхватљивог степена произвољности и правне

¹⁰⁴ Мишковић такође заузима овакав став, наводећи недостатак одређености цене као битног састојка уговора и конститутивног елемента понуде (М. Мишковић, 129).

¹⁰⁵ Разлике између класичне и онлајн су: 1) сајт као платформа на којој се аукција одржава није аукционар, него само место (marketplace) сусрета продавца и купаца ради закључења уговора, оператори ових сајтова не организују аукцијску продају; 2) класична аукција се спроводи у унапред одређено време, док се онлајн аукција спроводи у одређеном временском периоду, па учесници не морају све време бити онлајн и пратити аукцију како би у њој учествовали; 3) аукционар има улогу приликом саветовања учесника, што не важи за оператора сајта; и 4) веб-сајт пружа информације о плаћању, али оператор сајта није тај који плаћање спроводи (М. Мишковић, 26–28).

¹⁰⁶ Ibid, 4.

¹⁰⁷ А. К. Suzuki-Klasen, 247 фн. 1231. На аукцији, уговор није закључен до тренутка пада чекића. Понуда престаје да важи ако је учињена већа понуда или ако је аукција затворена без пада чекића (чл. 156 BGB).

несигурности.¹⁰⁸ Према другом схватању, правна природа онлајн аукције, односно огласа постављеног на такву платформу не може се одредити начелно, већ зависи од конкретних услова које оператер сајта поставља, а на које и продавац и купци као учесници пристају. Уколико се ради о „аукцији са резервом“ (где продавац задржава право да одбије закључење уговора) радиће се о позиву на понуду, док „аукција без резерве“ (уговор закључује аутоматски са најповољнијим понудиоцем, оглашавање продавца) претпоставља да постоји понуда.¹⁰⁹ Сматрамо да би овде требало применити аналогују са реченим о (офлајн) аукцији, те да се ради о позиву на понуду уз исту аргуменацију.

Тендери (јавне набавке)

У енглеској правној теорији се аукција и тендер (*invitation to tender, appel d'offres*) раздвајају као засебни правни институти и два различита случаја позива на понуду.¹¹⁰ Заправо, ради се о два облика надметања, при чему је њихов циљ и начин реализације различит. Код аукције се понудиоци надмећу ко ће понудити најбољу цену, а код тендера ко ће понудити најбоље услове за обављање одређеног посла.¹¹¹ Такође, док аукција представља јавно надметање, тендер се обично спроводи упућивањем писаних позива одређеним лицима са предлогом да организатору доставе писану

¹⁰⁸ Peer Zumbansen, „Contracting in the Internet: German Contract Law and Internet Auctions“, *German Law Journal*, 2001 2(7). Тужилац је осам секунди пре краја аукције понудио 26350 немачких марака за VW пасат и оператер вебсајта посредством кога је приватна аукција одржана му је потврдио да је његова понуда успешна и проследио му податке о идентитету продавца, како би могао да ступи у контакт са њим. Међутим, продавац је тврдио да уговор није закључен јер је он намеравао да прода аутомобил по цени од „око 39000 немачких марака“. Апелациони суд је пресудио у корист тужиоца, истичући да је уговор закључен јер је продавац био везан својим огласом који се сматра понудом, док се највиша цена коју учесник аукције понуди сматра прихватам те понуде. *Bundesgerichtshof* 7.11.2001 NJW 2002, 363 (S.B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 547–550).

¹⁰⁹ Вид. E. Peel, 3–162.

Примера ради, у правилнику на сајту „Лимундо“ стоји да се уговор између продавца и члана-купаца сматра се закљученим када истекне аукција и члан са највишом првом датом противпундом постаје купац и ступа на снагу одмах по истеку аукције, и у том смислу нису потребна никаква додатна обавештења. Вид. на <https://www.limundo.com/pravila-uslovi> (последњи приступ: 12.9.2023).

¹¹⁰ Вид. E. Peel 2–008, 2–013; D. Oughton, M. Davis 29.

¹¹¹ Напомињемо да М. Мишковић (10) наводи ову диференцијацију као становиште руске правне теорије, али на исти критеријум поделе наилазимо и у енглеској правној теорији („*tenders for the supply of goods or for the execution of work*“, D. Oughton, M. Davis, 34), док из дефиниције на коју наилазимо у нашој јуриспруденцији можемо доћи до истог закључка („давањем писмене понуде за *описани њосао* (тендер)“ (наглашава ауторка), Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 95).

понуду за посао који је описан у позиву. Дакле, тендер представља вид не-јавног надметања¹¹², док је аукција по природи јавна. Код нас се тендер уобичајено назива јавном набавком.¹¹³

Да ли је наручилац дужан да прихвати најбољу понуду? Енглеско право на то питање начелно одговара негативно, било да се ради о тендеру за продају, односно набавку одређене робе или тендеру за извођење радова. Правило је установљено у случају *Spencer v Harding* [1870].¹¹⁴ Овакво решење је неповољно за понудиоца, пошто припрема конкурисања на тендер подразумева знатне трошкове, које он обично сноси на сопствену одговорност. Могуће је и да се у тендеру изричито истакне да је позивалац обавезан да ће прихватити највишу понуду за продају одређене робе (или, у зависности од случаја, најнижу понуду за куповину или пружање наведених услуга). Тада је позиција понудиоца знатно повољнија. Истиче се да се тада тендер може сматрати „понудом или позивом за подношење понуда заједно са обавезом прихватања највише (или, у зависности од случаја, најниже) понуде“.¹¹⁵ Управо оваква ситуација је разматрана у случају *Harvela Investments Ltd v Royal Trust Co of Canada* [1986], када је суд закључио да се ради о једностраном уговору.¹¹⁶ Напомињемо да је већ било речи о схватању енглеског права да једнострана изјава воље не може створити обавезу, те њиховој квалификацији као једностраних уговора. Мишљења смо да се правна природа тендера не разликује од правне природе аукције. Разлике између ова два начина надметања се односе само на начин њиховог спровођења, техничке

¹¹² Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 95.

¹¹³ Када је реч о јавним набавкама, осим посебног закона који уређује ту материју (Закон о јавним набавкама „Сл. гласник РС“ бр. 91/2019) указујемо и на чл. 604, 605 и 232 ЗОО. Међутим, институте у нашем праву који подразумевају надметање остављамо за посебно истраживање.

¹¹⁴ D. Oughton, M. Davis, 34.

¹¹⁵ E. Peel, 2–013.

¹¹⁶ Радило се о позиву *Royal Trust Co of Canada* упућеном двојници ривала (обојица су желели да прибаве акције компаније) да доставе запечаћене понуде до одређеног датума. Притом било је изричито наведено да ће највиша понуда бити прихваћена. Један од ривала (*Harvela Investments Ltd*) дао је понуду од \$2.175.000; други (*Sir Leonard Outerbridge*) је дао понуду од \$2.100.000 „или \$101.000 више од било које друге понуде...“. Прво питање којим се суд бавио било је да ли овакав „референтни“ елемент понуде сер Леонарда може бити правно ваљан. Дом лордова је једногласно сматрао да је таква понуда неспојива са духом фиксног лицитирања и, да ће тендери постати неизводљиви ако се усвоји пракса таквих понуда. Лорд Диплок је нагласио како се понуде не смеју бити условљене међусобно, већ независне једна од друге. Друго питање се односило на изјаву Ројал Траста којом се обавезао да ће прихватити највишу понуду (то је била понуда Харвела, пошто је друга оглашена неважећом) (D. Oughton, M. Davis 34–35). Једногласно је закључено да је оваква изјава ствара обавезу за Ројал Траст да закључи уговор, те да се ради о једностраном уговору (вид. https://oxbridgenotes.co.uk/law_cases/harvela-investments-v-royal-trust-co-of-canada, последњи приступ 13.9.2023).

су природе, а свакако недовољне да доведу до разлике у њиховој правној природи.

ЗАКЉУЧАК

Позив на понуду је специфична уговорна иницијатива настала као потреба праксе, а која се по степену везаности изјавиоца налази између позива на преговоре и понуде. Позивалац на понуду прецизира садржину будућег уговора (нацрт, пројекат уговора), али још увек нема намеру да се коначно обавезе (*animus contrahendi*). Он жели да саговорник коме је позив упућен њега понуди на закључење уговора који је сâм осмислио. Дакле, позивалац на понуду формулише садржину уговора и он је тај који изјављује коначну реч приликом закључења таквог уговора. Међутим, за разлику од обичног понуђеног, он не може одбити понуду, осим ако за то нема основан разлог. Теорија је сагласна у томе да се разлог за одбијање сматра основаним ако је економског карактера, док личне и друге околности не оправдавају понуђеног. Ако он без оправданог разлога одбије да прихвати понуду, одговараће за штету према правилима о деликтној одговорности.

Док је у теорији релативно једноставно уочити разлике између понуде и позива на понуде, њихово разграничење може представљати тежак задатак за судије. Због тога су правна теорија и законодавци настојали да издвоје одређене ситуације када ће се начелно радити о позиву на понуду, уз ограду да у конкретној ситуацији то не мора бити случај. Најпре, позивом на понуду се у свим анализираним упоредноправним системима сматрају огласи, ценовници, тарифе и слично. Напомињемо да француско право има резервисан став када је неки од набројаних видова оглашавања у питању, већ инсистира на томе да се природа огласа *a priori* не зна, док суд у конкретном случају не оцени да ли је довољно одређен да би се сматрао понудом. Српско и швајцарско право садрже претпоставку да се ради о позиву на понуду, али су одступања могућа. Енглески судови такође заузимају потоњи став, али од њега и одступају, а нарочито када се ради о тзв. понуди за закључење једностраног уговора (код нас јавно обећање награде). Уколико се оглас или реклама налазе на Интернету, може се радити о понуди ако постоји опција која дозвољава кориснику да ствар најпре „дода у корпу“, а уз још додатних неколико кликова и купи. Други случај јесте излагање робе на продају. Сагласност постоји око правне природе излагања робе чија цена није истакнута, које се сматра позивом на понуду. Међутим, наилазимо на опречне ставове за случај у коме цена робе јесте истакнута. Швајцарско, француско и српско право сматрају да се тада ради о понуди, док немачко и енглеско право квалификују иницијативу као позив на понуду. На крају, расписивање

аукције и тендера се такође традиционално сматра позивом на понуду. У теорији је спорна ситуација аукције без резерве, коју део правне науке сматра понудом због тога што је аукционар обавезан да закључи уговор са најповољнијим понудиоцем. Онлајн аукцију би такође требало сматрати позивом на понуду.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Антић, Оливер. *Облигационо право*. Београд, Правни факултет у Београду, 2010.
- Bénabent, Alain, *Droit des obligations*, Paris LGDJ, Lextenso éditions, 2017.
- Васиљевић, Мирко, *Трговинско право*, Београд, Правни факултет у Београду, 2018.
- Vizner, Boris, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978.
- Дабић, Снежана, *Дужности обавештавања при закључењу уговора: докљорска дисертација*, Београд, 2018.
- De Vincelles Carole Aubert, *Droit des obligations – Tome I*, Paris, 2020.
- Драшкић, Младен, *Закључивање уговора о прогаји*, Београд, 1986.
- Драшкић, Младен, *Чл. 26–45, 1072–1082*. (ур. Благојевић, Борислав, Круљ Врлета Коментар Закона о облигационим односима I), Београд, Савремена администрација, 1980.
- Ferrari, Franco, Offer and Acceptance Inter Absentes. Elgar Encyclopedia of Comparative Law, (ed. by Jan M. Smits, Jaakko Husa, Catherine Valcke, and Madalena Narciso) 125–137, 2023, <https://doi.org/10.4337/9781839105609.offer.acceptance.inter.absentes>.
- Јакшић, Александар, Стојановић, Срђан, *Елементи за једно уговорно право*, Београд 1995.
- Јовановић, Небојша, Појам уговора у англосаксонском праву. *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008: 63–88.
- Јовановић, Небојша, Радовић Мирјана, Радовић, Вук, *Трговинско право*, Београд, Правни факултет у Београду, 2021.
- Kotz, Hein, *European Contract Law: second edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Korolev, Sergei Viktorovich et al. 2018, ‘Wrong Price Tag’ at a Supermarket in the Focus of General Principles of Law, *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, Volume IX, Summer, 3(33): 1004–1010, доступно на: <http://journals.aserspublishing.eu/jarle/index>, 10.14505/jarle.v9.3(33).26.
- Markesinis, Sir Basil; Unberath, Hannes; Johnston, Angus, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise (Second Edition)*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.
- McKendrick, Ewan. *Contract Law: twelfth edition*. London, 2017.
- Мићовић, Миодраг. Позив на понуду, *Право и привреда* 3–4/98: 22–33.
- Мишковић, Маша, *Правна природа аукције (докљорска дисертација)*, Београд, 2021.
- Орлић, Миодраг, *Закључење уговора*, Београд, Институт за упоредно право, 1993.

- Oughton, David, Davis, Martin, *Sourcebook on contract law: Second Edition*, London, Cavendish Publishing Limited, 2000.
- Peel, Edward, *Treitel: The Law of Contract 14th ed*, London: Sweet & Maxwell Ltd, 2015.
- Перовић, Слободан, *Облигационо право (књига прва): седмо издање*, Београд, Службени лист СФРЈ, 1990.
- Porchy-Simon, Stéphanie, *Droit civil 2^e année. Les obligations (9^e édition)*, Paris, Dalloz, 2016.
- Радишић, Јаков, *Облигационо право: општи део*, Ниш, Правни факултет у Нишу, 2017.
- Suzuki-Klasen, Anna Katharina, *A Comparative Study of the Formation of Contracts in Japanese, English, and German Law*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co, KG: Baden Baden, 2022, <https://doi.org/10.5771/9783748911777>.
- Terré, François, Simler, Philippe, Lequette Yves, Chénéde François, *Droit civil Les obligations (12^e édition)*, Paris, Dalloz, 2019.
- Guggenheim, Daniel, *Art 11–16*. (ed. Thévenoz, Luc, Werro, Franz, Code des obligations I). Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003.
- Zumbansen, Peer, “Contracting in the Internet: German Contract Law and Internet Auctions”. *German Law Journal*, 2(7), E1, 2001, doi:10.1017/S2071832200003412
- Youngs, Raymond, *English, French & German Comparative Law: third edition*, Routledge, London and New York, 2014.

Ksenija M. Džipković
University of Belgrade
Faculty of Law
ksenija@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-8115-4030

Invitation to Treat From the Perspective of Comparative and Serbian Law

Abstract: *The author begins with an analysis of an invitation to treat, its characteristics and legal consequences. Its peculiarities are also highlighted through comparison with other contractual initiatives – an offer, an invitation to negotiations, a unilateral promise, and a public promise of reward. The central part of the work is devoted to the analysis of cases that are qualified as the invitation to treat in Serbian, French, Swiss, German, and English law. These are advertisements, display of goods with or without a marked price, auctions, and tenders. The legal nature of online advertisements and online auctions is presented as well. The author explains the reasons for specific comparative law solutions and draws conclusions that justify the qualification of contractual initiatives as invitations to treat or she criticizes the solutions presented. Also, attention is devoted to the analysis of Serbian positive law since its provisions are compared with the solutions of other legal systems. Furthermore, some of those provisions served as a model for Serbian legislator.*

Keywords: *Invitatio ad offerendum. – Offer. – Display of goods. – Advertisement. – Auction.*

Датум пријема рада: 03.10.2023.

Датум достављања коначне верзије рада: 01.11.2023.

Датум прихватања рада: 13.11.2023.