

ТАМАРА ЂУРЂИЋ, дипл. правник

Студент докторских студија на Правном факултету у Крагујевцу

УДК: 347.440.76

Примљено: 12.05.2010.

Стручни чланак

ПРЕДУГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ У НАЦИОНАЛНОМ И ЕВРОПСКОМ УГОВОРНОМ ПРАВУ

У овом раду се размађра питање предуговорне одговорности, а пре свега правна природа овој институције (јер се у зависности од класификације ове одговорности као деликтне или уговорне примењивају и различита правна правила). Питање предуговорне одговорности надовезује се на питање места и домаћа начела савесности и поштења у правном систему, те у раду аутор анализира основне принципе на којима се темељи предуговорна одговорност. Појединачно су обрађени сви услови (препоставке) постојања предуговорне одговорности, а с посебном пажњом се анализира могућност примене концепта препостављене кривице починиоца иште у области предуговорне одговорности. Један део рада посвећен је дефинисању обима ове врсте одговорности, а пре свега садржаја неаитивној уговорној итереса. На крају рада се размађра усклађеност решења прихваћених у нашем законодавству са правилима европској уговорној права у погледу реулисања овој институције..

Кључне речи: *предуговорна одговорност / правна природа предуговорне одговорности / препоставке предуговорне одговорности / неаитивни уговорни итерес / начело савесности и поштења / правила европској уговорној права.*

УВОД

Савремено пословање карактерише масовност и разноврсност уговора. Поједини уговори су врло сложени по својој природи и садржини, и то су најчешће уговори великих вредности чијем закључењу редовно претходе преговори који могу трајати и

дужи временски период. С обзиром на учесталост ових уговора у пословном промету и питање преговора постаје све актуелније и добија на значају.

Преговори представљају један постепени, а кадкад и веома сложен процес, у којем се сукцесивно размењује низ предлога, мишљења, нацрта будућег уговора и понекад је тешко утврдити која је страна учинила понуду, а која прихват понуде, у ком моменту је настао уговор и каква је његова садржина. Са друге стране, уколико преговори не резултирају закључењем уговора, поставља се низ питања: да ли су стране у преговорима поступале у складу са начелом савесности и поштења, да ли страна која је учинила знатне трошкове припремајући закључење уговора може захтевати надокнаду тих трошкова и сл.

Ова и многа друга питања су предмет интересовања савремене правне теорије, посебно имајући у виду велика неуједначеност у погледу правног уређења преговора и предуговорне одговорности, односно одсуство правне регулативе у појединим правним системима, претежно оним који припадају англосаксонској правној традицији. Оваква неуједначеност последица је различитих концепција о месту и домаћају начела савесности и поштења у оквиру преговора.

Питање предуговорне одговорности је веома значајно и за нашу правну теорију и праксу. Овај институт је пре више од три деценије регулисан и нашим Законом о облигационим односима чија решења у великој мери одговарају савременим тенденцијама европског уговорног права. Међутим, судска пракса је још увек прилично оскудна што се тиче предуговорне одговорности, а у нашој правној теорији ово питање није било предмет свеобухватнијег разматрања, посебно у смислу упоредне анализе са решењима која су усвојена у европском уговорном праву.

Актуелност овог питања употпуњује и велики правни значај који преговори имају. Улога преговора је кључна за настанак будућег уговора и одређивање његове садржине, затим за употпуњавање уговора у погледу споредних елемената које уговорне стране нису дефинисале као и за тумачење уговора, јер је фаза преговора пресудна у формирању воље уговорних страна.

Појам, карактеристике и правни значај преговора

За означавање фазе која претходи закључењу уговора најчешће се користи назив преговори, и то у множини, иако постоје и други називи који имају слично значање

(погађање, припреме, ценкање, договор и сл.).¹ Преговор представља „размену мишљења, разговор о каквој заједничкој ствари две или више страна ради постизања одређеног споразума“.² То је заправо процес у којем две стране расправљају о условима под којима намеравају да закључе уговор и настоје да отклоне међусобне разлике и постигну споразум. Посматрано са позиције учесника, преговарање представља вољу у активност коју стране у преговорима предузимају у намери да усагласе своја различита, често супротстављена становишта, а да притом споразум, иако представља циљ њиховог напора може изостати.³

Преговори представљају претходну фазу у настајању уговора у којој се припрема његово закључење. Стране које преговарају су слободне да прекину преговоре када то желе, јер преговори не обавезују, за разлику од закљученог уговора који твори обавезе за уговорне стране. Све радње предузете у овом стадијуму од стране преговарача немају обавезујући карактер (споразуми, договори, обећања и сл.) све до момента закључења уговора. За разлику од закључења уговора које се везује за тренутак, преговарање представља процес који у појединим случајевима може трајати и дужи временски период.

Једно од обележја преговора јесте њихова контрадикторност, противуречна природа. Преговори се воде између страна које имају различите или супротстављене интересе и разлике у интересима представљају конфликтни пол преговора, а заједнички интерес представља пол сарадње. Друго обележје преговора јесте њихова алеаторност. Стране које преговарају су слободне да прекину преговоре кад год желе тако да се не може предвидети да ли ће преговори резултирати закључењем уговора или не. Исход преговора је потпуно неизвестан. Треће обележје јесте привременост. Преговори су привремено стање. Ово обележје их карактерише и када резултирају успехом, тј. закључењем уговора, и када се окончају без позитивног исхода.

Правни значај преговора је велики. Приликом тумачења уговора у случају спора, преговори имају кључну улогу у решавању спорних питања, као и у случајевима када су стране постигле сагласност о битним елементима уговора, а споредне тачке су остале недефинисане. У том случају суд води рачуна првенствено о претходним

¹ Виг. М. Орлић, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд, 1993, 15.

² „Преговор”, *Речник српског језика*, „Матица Српска”, Нови Сад, 2007.

³ М. Орлић, *op.cit.*, 13.

переговорима, поред обичаја и утврђене праксе међу уговорним странама, што је прописано Законом о облигационим односима.⁴

Порекло и правна природа предуговорне одговорности

Прве идеје о предуговорној одговорности⁵ (*culpa in contrahendo*) су настале *extra legem*, и везују се за судску и пословну праксу да би крајем 20. века нашле своје место и међу правним правилима. Ову идеју у највећој мери је подржавао немачки правни систем с обзиром да је основе предуговорне одговорности поставио немачки правник Rudolf von Jering 1861. године у својој студији о *culpa in contrahendo*.⁶

Culpa in contrahendo представља предуговорну одговорност која настаје због скривљеног кршења предуговорних обавеза. Из самог назива произилази да ова врста одговорности претпоставља постојање *culpa*⁷ (непажње) као степена кривице за време уговарања (*contrahendo*), дакле у фази када уговор још није настао, већ се налази у стварању.

Свака правна одговорност мора имати свој основ, односно утемељење, па то важи и за одговорност због *culpa in contrahendo*. Питање правне природе одговорности због *culpa in contrahendo* је од великог значаја како за правну теорију тако и за праксу, јер ће се у зависности од класификације ове одговорности као деликтне или уговорне

⁴ Чл. 32. ст. 2. Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003.

⁵ „Предуговорна одговорност“ као термин којим се означава период који претходи закључењу уговора можда није најадекватнији за означавање ове врсте одговорности, јер може асоцирати на предуговор и одговорност због неиспуњења обавеза из предуговора. Иако би адекватнији назив за означавање ове врсте одговорности био „пре-уговорна одговорност“, ипак се, у духу нашег језика, усталио термин „предуговорна одговорност“.

⁶ Пун назив овог Јеринговог дела: *Culpa in Contrahendo, oder Schädenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*. Основ његовог учења јесте обавеза потенцијалних страна уговорница да поступају са одговарајућом пажњом (*diligentia in contrahendo*) за време преговора, као што то чине стране уговорнице приликом испуњења уговорних обавеза. Уколико страна која преговара не пружи одговарајућу пажњу у току преговорања (тј. ако постоји *culpa in contrahendo*) биће обавезна да другој страни надокнади на тај начин проузроковану штету. Основ одговорности за проузроковану штету, према Јерингу, и у случају преговарања као и у случају испуњења уговорених обавеза, јесте повреда правила о пажњи. Ово становиште произилази из његовог поимања одговорности због *culpa in contrahendo* као уговорне одговорности.

⁷ Под појмом „*culpa*“ у данашњем праву подразумевају се оба облика кривице: намера (умишљај) и непажња (нехат), али је у случају *culpa in contrahendo* практично значајнија кривица у облику непажње. Под непажњом се подразумева запостављање опрезности која је у предуговорном стадијуму потребна, чиме се крши извесна предуговорна обавеза (вгд. Ј. Радишић, *Предуговорна одговорност - culpa in contrahendo*, упоредно правна студија, Београд, 1991, 20-21).

примењивати и различита правна правила.⁸ Дакле, питање правне природе одговорности због *culpa in contrahendo* се своди на питање правне природе предуговорних обавеза које могу бити уговорне, деликтне, квазиуговорне по својој природи или пак сврстане у категорију законом утврђених дужности.

Присталице деликтне теорије истичу да одговорност за штету насталу за време преговора постоји само уколико кршење предуговорних обавеза има обележја деликта. Тако је и обавеза страна у преговорима да поступају пажљиво општа деликтна обавеза. Одговорност због *culpa in contrahendo* се не заснива на кршењу уговорних обавеза, што је један од предуслова и уговорне одговорности, већ на неиспуњењу предуговорних дужности.

Као критика деликтној теорији, наводи се између осталог, да се предуговорни однос и деликт суштински разликују у томе што деликт представља кршење опште обавезе која се састоји у забрани наношења штете другоме, док код преговора долази до кршења не опште, већ релативне обавезе брижљивог поступања, која дакле постоји само у односу на партнера са којим се преговара.

Када је реч о уговорним теоријама, оне су бројније и настајале су са различитим модификацијама. Јеринг је први сматрао да одговорност због *culpa in contrahendo* има уговорну природу⁹. У оквиру самих уговорних теорија било је теоретичара који су заступали различита становишта. Тако су неки од њих сматрали да одговорност због *culpa in contrahendo* не почива на изјави воље страна које преговарају, већ на посебном предуговорном односу - законском облигационом односу. Они су заправо заступали становиште о квази - уговорној природи ове одговорности.¹⁰

⁸ Између уговорне и деликтне одговорности постоје значајне теоријске и практичне разлике (вид. Ј. Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2005, 183-187).

⁹ Пошто су сами преговори усмерени на закључење одређеног уговора, кривица која постоји за време преговора је повезана са уговорним односом и она је разлог што није дошло до закључења уговора о којем се преговара. Ова теорија је претрпела бројне критике, јер између осталог, није могла објаснити правни основ одговорности због *culpa in contrahendo* у случајевима када до закључења уговора није ни дошло, већ само онда када је закључен пуноважни или ништав уговор.

¹⁰ Према овом схватању, правни основ одговорности због *culpa in contrahendo* је у закону, а не у вољи уговорних страна. Овај законски облигациони однос није непосредно регулисан законским одредбама већ посредно произилази из начела, тј. одредбе о обавези савесног и поштеног поступања. Он подразумева обавезу посебне пажње међу његовим учесницима, што је карактеристична обавеза за уговорни однос, па се сходно томе примењују правила уговорног права.

И у оквиру схватања о квази-уговорној природи одговорности због *culpa in contrahendo* било је различитих становишта.¹¹ Значајно је указати на становиште према коме је принцип поверења правни разлог одговорности због *culpa in contrahendo*. Поверење између страна које преговарају твори облигациони однос међу њима, ако та примарна облигација буде прекршена, онда се такво понашање санкционише, слично уговорним обавезама.¹²

На крају бисмо напоменули и схватање о хетерогеној природи предуговорне одговорности према коме није исправно сврставати одговорност због *culpa in contrahendo* нити у деликтну нити у уговорну одговорност, јер је она заправо хетерогене природе и садржи и деликтне и уговорне елементе где су некад више изражени једни некад више други елементи.

У нашој правној теорији претежно је заступљено становиште да је одговорност због *culpa in contrahendo* деликтна¹³, али има и оних који заступају становиште о квази-уговорној природи¹⁴ ове одговорности. Деликтна природа ове одговорности прихваћена је и у Француском¹⁵ и Италијанском праву¹⁶, док је у Немачком праву *culpa in contrahendo* уговорне природе¹⁷ што је свакако утицај Јеринговог учења. Наш Закон о облигационим односима се не изјашњава у погледу правне природе предуговорне одговорности, иако је она регулисана у поглављу које се односи на закључење уговора.

¹¹ Било је теоретичара који су сматрали да је основ настанка предуговорног односа социално типично понашање, тј. социални контакт између одређених лица којим се ствара посебна предуговорна веза облигационо правне природе. Овде не настаје уговор, јер нема изјава воља страна које преговарају, већ настаје фактички уговорни однос који објашњава правну природу одговорности због *culpa in contrahendo* (вид. Ј. Радишић, *Предуговорна одговорност...*, 65).

¹² Ово схватање се ослања на становиште да ступање у преговоре има карактер једностраног правног посла. Тако једна страна отвара преговоре упућивањем понуде или позивом на преговоре и тражи на тај начин да јој се верује, а друга страна која приступа преговорима, на то пристаје. Поверење између страна које преговарају твори облигациони однос међу њима, а та примарна облигација буде прекршена, онда се такво понашање санкционише, слично уговорним обавезама. Међутим није меродавно субјективно, већ објективно поверење - дакле није битно да ли појединац приликом ступања у преговоре веровао да до штете неће доћи, него да ли је за то постојао довољан разлог који се сматра оправданим са становишта правног поретка (вид. Ј. Радишић, *Предуговорна одговорност...*, 64 – 67).

¹³ О деликтном карактеру предуговорне одговорности вид. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, 265.

¹⁴ О квази-уговором карактеру предуговорне одговорности вид. Ј. Радишић, *Облигационо право...*, сир. 111.

¹⁵ P. Giliker, *A Role for Tort in Pre-contractual negotiations? An Examination of English, French and Canadian Law*, The Interenational and Comaparative Law Quarterly, Vol. 52, No. 4, (Oct. 2003), p. 979.

¹⁶ F. Kessler and E. Fine, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract*, Comparative Study, Harward Law Review, Vo. 77. No. 3, (jan, 1964), p. 407.

¹⁷ *Ibidem*, p. 406.

Предуговорна одговорност је у Закону регулисана као посебна врста одговорности за чије постојање су прописани посебни основи.¹⁸

Одговорност због *culpa in contrahendo* данас се објашњава претежно идејом поверења, којом се оправдава посебна правна веза која се заснива преговорима и њена квалитативна разлика у односу на деликтно правне односе. Тај однос поверења који се међу странама заснива ступањем у преговоре диктиран је начелом савесности и поштења. Из овог начела произилази заповест за све учеснике једног правног односа, па самим тим и предуговорног, да имају обзира према оправданим интересима друге стране. С обзиром да је једна страна уговорница отпочињањем преговора ушла у домен и утицај друге стране уговорнице, она с правом може очекивати да њена личност и имовина буду сачуване у најширем смислу те речи.¹⁹

Начело савесности и поштења представља врховно правно начело и основ оцене предуговорне одговорности у правним системима већине европских држава. Француска је пример где обавеза поштовања овог начела за време преговора произилази из судске праксе. У немачком праву се такође примена овог начела у стадијуму преговора усталила као правило најпре у судској пракси и правној теорији, да би у новелираном Немачком грађанском закону из 2002. године била прописана општа обавеза савесног поступања преговарача, чиме је обезбеђена адекватна заштита права и интереса страна које су ступиле у преговоре. Наш Закон о облигационим односима путем генералне клаузуле прописује општу обавезу савесног поступања приликом заснивања облигационих односа и остваривања права и обавеза из тих односа.

За разлику од земаља са континенталном правном традицијом у којима начело савесности и поштења заузима централно место, у *common law* правним системима ово начело није признато као опште правило и не односи се на фазу преговора. Међу енглеским теоретичарима постоји схватање да би увођење начела савесности и поштења имало негативан утицај на слободу уговарања, односно преговарања, и да би обесхрабрило заинтересована лица да ступе у преговоре. То значи да у овим правним системима преговори имају алеаторни карактер²⁰, односно прихваћен је тзв. „негативни концепт слободе уговарања“. У том смислу, за стране које преговарају не настаје

¹⁸ Чл. 30. ст. 2. и ст. 3. Закона о облигационим односима.

¹⁹ С. Перовић, *Коментар закона...*, стр.14.

²⁰ A. Farnsworth, *Contracts*, 2nd ed., Boston, Toronto, London, 1990, p. 195.

никаква обавеза док се не закључи уговор и оне могу прекинути преговоре у било ком моменту.

Међутим, и у англосаксонском праву постоје институти који се могу поредити са институтом *culpa in contrahendo* у функционалном смислу. Тако у енглеском праву постоји одговорност за несавесно поступање за време преговора у случају нехатног довођења у заблуду друге стране у преговорима (*negligent misrepresentation*), која је ослањајући се на изјаву партнера у преговорима погрешно веровала да ће до закључења уговора доћи и тако претрпела штету.²¹ Као могући основ предуговорне одговорности напомињу се у америчкој доктрини и посебно обећање (*specific promise*) које је једна страна дала другој страни за време преговора, не би ли је заинтересовала за закључење уговора, да би потом страна која је дала обећања одустала од преговора и закључења уговора, и тиме проузроковала штету другој страни која се поуздала у дато обећање.²² Као могући основ предуговорне одговорности између осталог се напомиње и институт неоснованог богаћења (*enjust enrichment*) где постоји обавеза повраћаја свих користи које су стране неосновано стекле за време преговора.²³

ПРЕТПОСТАВКЕ ПРЕДУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ

За разлику од основа одговорности који представља оно због чега се одговора, услови или претпоставке правне одговорности су одређене чињенице које треба да се стекну да би постојала одговорност одређеног лица. Предуговорну одговорност карактеришу следећи услови: (а) штета, (б) узрочна веза, (в) кривица и (г) противправност.

(а) Штета је основна претпоставка имовинске одговорности. Да би страна у преговорима била одговорна због *culpa in contrahendo* другој страни, услов је да њено поступање има за последицу штету на правно заштићеним добрима друге стране. Ако је нпр. једна страна скривила прекид преговора, а друга страна том приликом није претрпела никакву штету, неће бити ни одговорности преговарача за прекид преговора,

²¹ O. Lando and H. Beale, *op.cit.*, Notes on Article 2:301, p. 192.

²² Случај *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc* представља прецедент за одговорност по основу специфичног обећања; детаљније М. Орлић, *Нејатајивни ујоворни инјерес*, Правни живот бр. 9-10/1992, 1203.

²³ E. A. Farnsworth, *op. cit.*, 229.

јер није било штете. Најчешћи облик штете који се надокнађује због кршења предуговорних обавеза јесте материјална штета под којом се подразумева стварна штета (*damnum emergens*) и измакла добит (*lucrum cessans*).

Обична или стварна штета представља претрпљени губитак, односно умањење имовине оштећеног и редовно се досуђује накнада ове штете због *culpa in contrahendo*. Ту се пре свега убрајају трошкови преговарања и припрема за закључење уговора, као и сви други трошкови који не спадају у редовне трошкове пословања, већ представљају ванредне издатке за једну страну у преговорима, а настали су као последица скривљеног понашања друге преговарачке стране. Измакла добит се састоји у спречавању увећања имовине једне стране противправном радњом друге стране. Наравно, приликом одређивања износа измакле добити важи опште правило о одговорности за проузроковану штету, те се узима као критеријум објективна могућност стицања добити²⁴.

У правној теорији је, међутим, спорно да ли накнада имовинске штете код предуговорне одговорности обухвата и накнаду измакле добити, или само обавезу накнаде обичне, позитивне штете.

Код преговора измакла добит се састоји најпре у користи коју је оштећена страна могла остварити из других преговора које је водила или имала прилику да води, уместо да је водила преговоре са преговарачем који је преговоре скривљено прекинуо. У сваком случају да би остварила своје право на надокнаду измакле добити, оштећена страна мора доказати следеће: да је имала другу или друге повољније прилику за закључење уговора, да је постојао степен вероватноће у погледу успешности тих преговора који се приближавао извесности и да је поменуте преговоре напустила из разлога упуштања у преговоре са преговарачем у којег је имала највише поверења, а који је потом скривљено прекинуо преговоре и проузроковао јој штету.

Не може се са сигурношћу рећи да ли одговорност због *culpa in contrahendo* обухвата поред имовинске и неимовинску штету. Одговор на ово питање пре свега зависи од поимања предуговорних обавеза²⁵ као и од становишта које заступају правни

²⁴ „То је онај добитак који се према редовном току ствари или према посебним околностима могао основано очекивати, а чије је остварење спречено штетниковом радњом или пропуштањем“, чл. 189. ст. 3. Закона о облигационим односима.

²⁵ Предуговорне обавезе се у најопштијем смислу класификују у две групе. Прву групу чине обавезе чувања и заштите оних правних добара партнерових који са уговором о којем се преговара немају

системи у погледу правне природе предуговорне одговорности. Наиме, неки правни системи предвиђају новчану накнаду само за вануговорну неимовинску штету, али не и уговорну.²⁶ Из праксе наших судова се може закључити да се у случају постојања предуговорне одговорности накнада стварне штете уобичајено досуђује, а постоји и неколицина случајева досуђивања накнаде измакле добити²⁷, док веома ретко и накнаде неимовинске штете²⁸.

(б) Други услов одговорности због *culpa in contrahendo* јесте **кривица**. Из самог назива *culpa in contrahendo* произилази да се ради о непажњи као облику кривице који је претпоставка предуговорне одговорности. Кривица код преговора постоји у два случаја: када је намера за закључење уговора недостајала од самог почетка преговора и када је намера за закључење уговора постојала, али је страна у преговорима одустала од те намере, без основаног разлога.²⁹ Од правила да је кривица један од услова одговорности због *culpa in contrahendo* постоје и изузеци. Закон о облигационим односима предвиђа одговорност стране која је у заблуди да због поништења уговора надоканди штету другој страни, иако није скривила заблуду.³⁰ Исто правило

ништа заједничког. Оне не стоје у унутрашњој вези са уговором, већ настају случајно, поводом уговора. Ту се пре свега мисли на заштиту личних и имовинских добара партнерових за време преговора чијом повредом најчешће настаје нематеријална штета. Другу групу чине обавезе у погледу правних добара партнерових која се тичу уговора о којем се преговара, његове садржине и циља. Ту се пре свега мисли на обавезе *обавештавања и објашњавања* партнеру оних чињеница које су меродавне за његову одлуку да закључи уговор о којем преговара (вид. Ј. Радишић, Предуговорна одговорност..., 36-52). У правној теорији је спорно да ли *обавезе чувања и заштите* представљају предуговорне обавезе или је реч о правим деликтним обавезама да се не шкоди правним добрима другога, које произилазе из општег правила *neminem ledere*. У том смислу се је неизвесно да ли и у којој мери одговорност због *culpa in contrahendo* треба да обухвати и нематеријалну штету.

²⁶ Новелираним хрватским Законом о обвезним односима из 2005. године уводи се уговорна одговорност за неимовинску штету. У чл. 246. овог закона изричито се предвиђа „правична накнаду за неимовинску штету, коју је дужник у време склапања уговора морао предвидети као могуће последице повреде уговора...“. Овакво решење је прихваћено у многим земљама (Немачка, Француска, Енглеска и др.) као и у Начелима европског уговорног права. У правној теорији је спорно да ли се и Законом о облигационим односима из 1978. године који је у Србији на снази, признаје право на накнаду неимовинске штете због повреде уговорних обавеза или не. У теорији преовлађује становиште да у самом закону постоји основ за досуђивање неимовинске штете у случају повреде уговорних обавеза и у прилог тој тврдњи се наводи чл. 255, чл. 266. ст. 2 и чл. 269. овог закона. Међутим, наша судска пракса не допушта досуђивање накнаде неимовинске штете због повреде уговора.

²⁷ Укупан износ досуђене накнаде обухвата и стварну штету и измаклу добит; пресуда Окружног суда у Београду, 725/74-79, од 9. децембра, 1980. године.

²⁸ „Према правним правилима имовинског права, а која се имају применити у конкретном случају, ко другоме причини штету дужан ју је надокнадити, што подразумева целокупну материјалну и нематеријалну штету. Тужилац је због става и понашања претрпео материјалну и нематеријалну штету па аналогно наведеном правном правилу стиче право да му се та штета у целости надокнади“; пресуда Окружног суда у Београду, П. бр. 725/74-79.

²⁹ Чл. 30. Закона о облигационим односима.

³⁰ Вид. чл. 61. ст. 3. Закона о облигационим односима.

предвиђено је и код одговорности уговорача на чијој је страни узрок рушљивости.³¹ Ипак ове изузетке од правила о предуговорној одговорности без кривице треба тумачити рестриктивно.

Једна од основних карактеристика преговора јесте алеаторност и потпуно је неизвесно да ли ће преговори резултирати закључењем уговора, имајући у виду слободу страна да преговоре прекину кад то желе. Међутим, намера страна које преговарају усмерена на закључење уговора мора постојати, а самим тим постоји и вероватноћа да ће до закључења уговора доћи. Утврђивање те намере, односно одсуства намере за закључење уговора није нимало лако, имајући у виду да је реч о субјективном односу једног лица према сопственим поступцима. Иначе, одсуство намере за закључење уговора стране која је ступила у преговоре сматра се типичним примером несавесности који је прихваћен у упоредном праву.

За наше право је карактеристично да важи претпоставка кривице починиоца штете и код уговорне као и код вануговорне одговорности.³² Тиме је олакшан положај оштећеног који не мора да доказује кривицу починиоца штете, али је отежан посао судова, посебно у примени правила о деликтној одговорности.³³ Из тог разлога је у судској пракси заузет став да важи претпоставка само обичне непажње, док се умишљај и груби нехат морају доказивати.³⁴

Међутим, у правној теорији је спорно да ли претпоставка кривице важи и у подручју предуговорне одговорности? Основно је правило код преговора да су стране слободне да прекину преговоре кад год желе, а намера за закључење уговора се претпоставља. Одговорност постоји само у случају одсуства те намере у време започињања преговора, односно неоправданог одустајања од те намере у доцнијем стадијуму преговора. Одсуство намере као основ одговорности представља повреду опште дужности да се не ствара погрешан привид да постоји нешто чега нема, односно привид да се жели закључити уговор. У том погледу се предуговорна одговорност приближава деликтној. Уколико би важила претпоставка кривице у фази преговора, то би значило да у свим случајевима прекида преговора постоји кривица стране која их је

³¹ Вид. чл. 115. Закона о облигационим односима.

³² Чл. 154. ст. 1. Закона о облигационим односима.

³³ У Скици закона о облигационим односима М. Константиновића био је предвиђен систем доказане кривице, али је у Нацрту закона уместо доказане кривице уведен систем претпостављене кривице.

³⁴ Вид. Ј. Радишић, *Облигационо право...*, 192.

прекинула, односно одсуство *animus contrahendi*, и да на њој лежи терет доказивања да кривице нема³⁵. У теорији преовладава становиште да је терет доказивања на страни оштећеног који треба да докаже да је друга страна скривила прекид преговора, односно одсуство њене намере да закључи уговор.³⁶ Дакле, сама чињеница прекида преговора није доказ да преговорац који је прекинуо преговоре није имао намеру да уговор о којем преговора и закључи.

Такође, да би одсуство намере једне стране за закључење уговора представљало основ одговорности, претпоставка је да је оштећени био савестан и да није знао нити морао знати за одсуство намере друге стране да закључи уговор. Одговорност се дакле заснива на поверењу које је самим покретањем преговора настало између преговарача. Ова врста одговорности ће изостати уколико ниједна од страна у преговорима није имала намеру да закључи уговор о којем преговара.

Још једно питање које се поставља у случају одустанка од преговора јесте питање основаног разлога за одустанак и шта се под овим појмом подразумева, односно који се разлози могу сматрати основаним. У иностраној правној теорији као неоснован се сматра сваки прекид који није изазван економским разлозима,³⁷ а овакво мишљење деле и неки наши правници. Међутим то не значи и да су сви неекономски разлози истовремено неосновани (нпр. породични разлози могу бити основан разлог за прекид преговора). Зато приликом оцењивања оправданости разлога руководеће начело мора бити начело савесности и поштења. У правној теорији постоји читава листа ових разлога коју је тешко исцрпети.³⁸ Међутим, сам појам прекида преговора “без основаног разлога” требало би тумачити рестриктивно с обзиром на важећи принцип да преговори не обавезују.³⁹ Још је значајно напоменути да преговарач који одустаје од преговора мора благовремено да то саопшти другој страни, пре него што је код ње створио уверење да ће уговор бити закључен.⁴⁰

(в) Још један општи услов имовинске одговорности који такође мора бити испуњен и у случају одговорности због *culpa in contrahendo* јесте постојање **узрочне везе** између радње лица коме се приписује штета и саме штете. Постоји низ теорија о

³⁵ М. Орлић, *Закључење уговора...*, 70.

³⁶ С. Перовић, *Коментар закона о облигационим односима*, Г. Милановац, 1980, 72.

³⁷ С. Перовић, *Коментар Закона...*, 73.

³⁸ Вид. М. Орлић, *Закључење уговора...*, 99-100.

³⁹ С. Перовић, *Коментар Закона...*, 73.

⁴⁰ Ј. Барбић, *Склапање уговора*, Загреб, 1980, 17-18.

узрочности у правној науци, а свакако је најзначајнија теорија адекватне узрочности⁴¹ која је у потпуности прихваћена у немачком и швајцарском праву, као и у нашем праву⁴².

Код предуговорне одговорности између скривљеног кршења неке од предуговорних обавезе једне стране и штете проузроковане другој страни, мора постојати узрочна веза и она такође мора бити адекватна. Ова узрочна веза, између осталог, произилази из одредаба Закона о облигационим односима којима је регулисана ова врста одговорности.⁴³

Питање адекватне узрочне везе код предуговорне одговорности је врло деликатно и тешко је утврдити њено постојање. Полази се од претпоставке да између страна у преговорима постоји један посебан однос – однос поверења у којем је страна којој је штета проузрокована веровала у савесност и поштење друге стране. Да би постојала одговорност због *culpa in contrahendo*, потребно је доказати да је штета настала као последица тог веровања. Ту везу ће нарочито бити тешко утврдити код надокнаде измакле добити. Потребно је најпре да суд утврди да је оштећена страна могла остварити одређену добит и да утврди износ те добити. Наравно, не узима се у обзир било која корист коју неко очекује, већ само она која се према редовном току ствари или посебним околностима може очекивати са високим степеном вероватноће који се ближи извесности. Потребни степен вероватноће остваривања добити на другој страни тешко је доказати, посебно ако је преговарач само водио преговоре са трећим у чију успешност је тешко поуздати се.

Још теже је установити узрочни однос између радње починиоца штете која се састоји у одустанку од преговора на једној страни, и повољне или повољније прилике оштећеног на другој страни. У овом случају, најпре је потребно утврдити да ли је

⁴¹ Према овој теорији узрок штете је само онај догађај који је према обичном току ствари и према редовном дејству подесан да изазове настанак последице. Утврђивање адекватне узрочне везе је пре свега правно питање и о њеном постојању одлучује суд у конкретном случају. Приликом оцене адекватности води се рачуна о томе да ли је понашање штетника адекватно утицало на настанак и обим штете. У том случају, судија треба да оцени све околности које су деловале на настанак штете у конкретном случају и да издвоји ону која се може сматрати узроком те штете, руководећи се при том објективним критеријумом. То значи да се другој уговорној страни могу ставити на терет само штетне последице које је разуман човек могао предвидети⁴¹, док други теоретичари критикују елеменат предвидивости управо због његове непрецизности (вид. Ј. Радишић, *op. cit.*, 207-209).

⁴² Немачко право је извршило велики утицај на нашу правну теорију у погледу прихватања теорије адекватне узрочности; више о томе Н. Ђурђевић, *Нека питања узрочне везе као претпоставке имовинске одговорности у праву СР Немачке*, Страни правни живот бр. 2, 1995, 43-48.

⁴³ Чл. 30. Закона о облигационим односима.

оштећени напустио преговоре, одбио понуду или чак раскинуо уговор уздајући се у обећања и уверавања друге стране. Да ли постоји веза између уверавања као узрока и напуштања преговора (повољније прилике на другој страни) задатак је суда. Потом је потребно утврдити да је страна која је уливала лажну наду сауговарачу и тиме утицала да пропусти неку повољнију прилику заправо скривила незакључење уговора (одустала од преговора и тиме проузроковала штету другој страни). У том делу, штетничко понашање подразумева рашчлањивање на два поступка која само заједно у целини представљају адекватан узрок штете у виду измакле добити: прво је уверавање друге стране да ће преговори успети, а друго скривљено прекидање преговора као завршни чин у том узрочном низу.⁴⁴

Дакле, да бисмо могли говорити о предуговорној одговорности, између страна у преговорима мора постојати једна посебна веза поверења која претпоставља веровање оштећенога да ће се његов партнер понашати савесно и поштено, а затим мора бити испуњен и услов да је штета последица тог веровања. Зато је најпре потребно утврдити да ли би оштећени да је знао за право стање ствари и да није веровао, исто поступио. Ако би одговор био позитиван, у том случају не би постојала одговорност због *culpa in contrahendo*, јер нема ни узрочне везе.

(г) Противправност радње којом се проузрокује штета представља још једну претпоставку предуговорне одговорности. Међутим, противправност радње се у Закону о облигационим односима не наводи као изричит услов одговорности за штету. Овакво решење законодавца се образлаже тиме да кривица починиоца штете претпоставља постојање противправности радње којом је штета проузрокована.⁴⁵

Питање постојања кривице одређеног лица се може поставити само пошто је утврђено да се то лице понашало противправно, при чему је од значаја објективно противправно понашање, али не и свест о томе да се противправно поступа. Могуће су ситуације противправног понашања када извршилац противправне радње за њу није крив (нпр. неурачунљиво лице може бити физички способно да изврши правно недозвољену радњу), те је с тога пожељно ова два појма (тј. услова имовинске одговорности) раздвајати, јер нису идентични. У прилог овој тврдњи се наводе и

⁴⁴ М. Орлић, *Закључење уговора...*, 109.

⁴⁵ Вид. Ј. Радишић, *Облигационо право...*, 221.

стандардни разлози искључења противправности штетне радње који су Законом о облигационим односима предвиђени.⁴⁶

Противправном се сматра она људска радња којом се крше одређене правне забране или заповести. Забране и заповести не морају непосредно да произилазе из правних норми, већ могу произићи и из општих начела, добрих обичаја, смисла појединих закона, јавног поретка. Тако, генерална забрана проузроковања штете другом произилази из правног начела којим се предвиђа општа дужност уздржавања од штетних поступака (*neminem ledere*). Проузроковање штете услов је предуговорне одговорности, и за радњу којом се проузрокује штета постоји претпоставка да је противправна.

Централно начело за област преговора је начело савесности и поштења. Поступање супротно овом начелу за време преговора је противправно, тако да се противправност намеће као засебан услов предуговорне одговорности. Поштовање начела савесности и поштења представља општу и заједничку обавезу за све ситуације за време преговора. Из ове обавезе извиру све остале појединачне и конкретне предуговорне дужности у чијој основи су обавеза повећане пажње, узајамне обзирности и лојалности, а то су: обавеза да се поступа озбиљно за време преговора; обавезе обавештавања друге стране о извесним чињеницама у вези са уговором о којем се преговара; обавеза давања савета другој страни у вези са склапањем уговора према најбољем сопственом уверењу; обавеза заштите правних добара друге стране док преговори трају.

ОПСЕГ ПРЕДУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Основна санкција у случају скривљеног кршења предуговорних обавеза јесте надокнада штете. У области предуговорне одговорности начелно важи опште правило натуралне реституције и потпуне накнаде штете, иако су у теорији присутна и супротна становишта. Тако, оштећени има право да захтева да буде успостављено оно стање у којем би се налазио да није дошло до кршења предуговорне обавезе, односно стање

⁴⁶ Стандардни разлози који искључују противправност штетне радње су: 1) вршење јавне дужности; 2) пристанак оштећеног; 3) нужна одбрана; 4) стање крајње нужде; 5) дозвољена самопомоћ; 6) коришћење својим правом.

које је постојало пре него што је штета настала. Штета коју је једна страна у преговорима проузроковала другој страни кршењем предуговорних обавеза означава се синтагмом „негативни уговорни интерес“. Овај појам први пут је употребио Јеринг у својој студији о *culpa in contrahendo*,⁴⁷ а потом он бива општеприхваћен у правној теорији.

У савременом праву је и данас актуелно питање: шта се у подручју предуговорне одговорности подразумева под негативним уговорним интересом, као и да ли позитивни уговорни интерес представља горњу границу одговорности за негативни уговорни интерес ?

Позитивни уговорни интерес или штета због неиспуњења је имовинска штета коју је једна страна проузроковала другој услед неиспуњења или неуредног испуњења уговорених обавеза. У овом случају штета се састоји у разлици између имовног стања у којем би оштећени био да је дошло до испуњења, односно ваљаног испуњења уговорене обавезе и неповољнијег стања у којем се поверилац налази пошто је изостало испуњење уговорене обавезе од стране дужника. Дакле, оштећеном се надокнађује интерес који је имао да уговор буде испуњен, односно дугује се накнада штете којом оштећени треба да буде доведен у ситуацију као да је уговор испуњен, односно уредно испуњен.

Надокнада позитивног уговорног интереса има смисла само ако је закључен пуноважан уговор, јер једино у том случају се може захтевати од друге стране испуњење уговорене обавезе, односно накнада штете због неиспуњења. Уколико није дошло до закључења пуноважног уговора, односно уколико је ништав уговор који је настао, или је поништен из разлога рушљивости, у том случају се не може говорити о позитивном већ само о негативном уговорном интересу, јер до закључења пуноважног уговора није ни дошло. Иначе, право на накнаду позитивног уговорног интереса је секундарне природе, јер ступа на место права да се захтева испуњење уговорене обавезе, по чему се и разликује од негативног уговорног интереса.

⁴⁷ Према Јеринговом мишљењу, уколико је закључен пуноважан уговор, позитиван уговорни интерес (интерес испуњења) састоји се у тежњи да уговор буде испуњен. У случају да је уговор поништен, интерес уговорника се састоји у штети коју он трпи због тога што је уговор поништен (негативни уговорни интерес). Дакле, негативни уговорни интерес јесте интерес оштећене стране да до закључења уговора није ни дошло. Он се састоји у разлици имовног стања у коме би се оштећени налазио да нису отпочети преговори, и стања у коме се налази након што је уговор поништен.

Позитивном уговорном интересу је супростављен негативни уговорни интерес. Негативни интерес представља штету због веровања и везује се за нешто негативно, а то је незакључење уговора или закључење непуноважног уговора. Он представља штету коју неко трпи зато што је веровао у успешност преговора, односно да ће до закључења уговора доћи или да је закључени уговор пуноважан. Страна која је крива за насталу штету дужна је да другој страни надокнади разлику у имовном стању у којем би оштећени био да није водио преговоре (повољније, хипотетичко имовно стање) и стања у којем се налази након што су преговори прекинути (стварно, неповољније имовно стање). Дакле, повреда негативног уговорног интереса се састоји у томе што се оштећени поуздао у закључење уговора које је осујећено од стране другог преговарача.⁴⁸

Надокнада негативног уговорног интереса се може захтевати само у случајевима када до закључења уговора није ни дошло или је закључен ништав, односно рушљив уговор који је накнадно поништен. Значајно је напоменути и то да је право на надокнаду негативног уговорног интереса примарног карактера, што значи да оштећени није могао од починиоца штете претходно захтевати било какву чинидбу, јер до момента проузроковања штете између ове две стране није постојао било какав облигационо-правни однос.

Кључно питање у погледу накнаде негативног уговорног интереса јесте шта накнада ове штете заправо обухвата: да ли само накнаду обичне, стварне штете или и измакле добити? У нашој и упоредној теорији постоје присталице схватања да се ова надокнада ипак ограничава само на обичну штету, не наводећи у прилог тој тврдњи значајнију аргументацију.⁴⁹ Ово становиште засновано је на чињеници да до закључења уговора није ни дошло, па из тог разлога нема места надокнади измакле добити. Пошто су преговори прекинути, оштећена страна не може захтевати накнаду измакле добити,

⁴⁸ "Преговарач, који води преговоре без намере да склопи уговор, као и онај који води преговоре тако да јасно испољава намеру да закључи уговор, па од те намере одустане без оправданог разлога, дужан је другоме преговарачу, који је, поступајући коректно у тим преговорима, претрпео штету (негативни уговорни интерес), ову накнадити"; из пресуде Савезног суда, гзс. 51/77. Ова пресуда је донета пре доношења Закона о облигационим односима, а представља први значајнији корак у погледу признавања преговорне одговорности.

⁴⁹ Становиште по којем негативни уговорни интерес код преговора не обухвата измаклу добит: М. Драшкић, *Предуговорна одговорност* (чл. 30 ЗОО), Привредно-правни приручник бр. 1, Београд, 41; С. Перовић, *Коментар закона...*, 73; супротно Јаков Радишић, *Облигационо право...*, 110.

јер се та добит није могла основано очекивати из уговора који није и неће бити закључен.

Међутим, чињеница да није дошло до закључења уговора са страном са којом се преговарало онемогућава накнаду измакле добити као дела позитивног уговорног интереса, али не и накнаду измакле добити као дела негативног уговорног интереса. Дакле, када оштећени захтева надокнаду измакле добити он ту не мисли на корист која би произишла из уговора о којем се преговарало, јер он није ни закључен (позитивни уговори интерес), већ на корист коју је пропустио да оствари на другој страни (негативни уговорни интерес). Закључујемо да је код накнаде негативног уговорног интереса, основни проблем у томе што се измакла добит као део негативног уговорног интереса поистовећује са измаклом добити као делом позитивног уговорног интереса.

Такође се у теорији често поистовећује ограничење штете са ограничењем накнаде. Наиме, штета као чињеница се утврђује у конкретном случају и она се не може ограничити. Зато и негативни уговорни интерес представља врсту штете која у конкретном случају или постоји или не постоји. Суд утврђује износ штете и не може га ограничавати, док износ накнаде може ограничити с обзиром на околности.⁵⁰

У правној теорији преовладава схватање да висина позитивног уговорног интереса представља горњу границу износа негативног уговорног интереса. Ово становиште заступао је првенствено Јеринг, али и већина других теоретичара, мада има и оних који сматрају да у изузетним случајевима износ негативног уговорног интереса може премашити износ позитивног уговорног интереса.⁵¹

Износ новчане накнаде за обичну штету одређује се према висини обичне штете и не може бити од ње већи. Висина накнаде се одређује према ценама у време доношења судске одлуке и ово опште правило важи и у области предуговорне одговорности.

При оцени висине измакле користи узима се у обзир добитак који се могао основано очекивати према редовном току ствари или према посебним околностима, а чије је остварење спречено штетниковом радњом или пропуштањем.⁵² Приликом утврђивања негативног уговорног интереса не узима се у обзир измакла добит из

⁵⁰ М. Орлић, *Закључење уговора...*, 116.

⁵¹ Ј. Радишић, *Облигационо право...*, 204.

⁵² Чл. 189. ст. 3. Закона о облигационим односима.

уговора о којем су вођени преговори са починиоцем штете, јер тај уговор није ни закључен, већ измакла добит коју је оштећени могао остварити на другој страни, али је ту могућност пропустио верујући у успешан исход преговора са починиоцем штете.

Доказивање постојања, а потом и висине измакле добити је тежи задатак у случајевима када је измакла добит део негативног уговорног интереса него када је део позитивног уговорног интереса. И код позитивног и код негативног уговорног интереса поступак утврђивања износа измакле добити почива на оцени степена вероватноће чије је утврђивање знатно теже код негативног уговорног интереса. Тако се код позитивног уговорног интереса испитује само вероватноћа наступања измакле добити у будућем времену, док се код негативног уговорног интереса испитује да ли је измакла добит могла бити остварена на другој страни узимајући као хипотезу могућност да су догађаји узели другачији ток, а не онај који се уистину збио.

Усклађеност Закона о облигационим односима и принципа европског уговорног права

Један од услова за пуноправно чланство Републике Србије у Европској унији јесте усклађивање националног законодавства са *acquis communautaire*, односно правним тековинама Европске уније. Ову обавезу Србија је званично преузела потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању 2008. године, иако је усклађивање унутрашњих прописа отпочела знатно раније. Од посебног важности је усклађивање националног законодавства са правилима европског уговорног права, имајући у виду значај уговора у савременом пословању. Осим тога, највећи број прописа европског приватног права односи се на облигационо право, а првенствено на уговорне односе.

Опште правило европског уговорног права је принцип слободе уговарања. Стране су слободне да закључују уговоре и одређују њихову садржину, с тим да је слобода уговарања ограничена императивним правилима установљеним овим начелима, као и обавезом савесног и поштеног поступања.⁵³ На овом општем начелу заснива се и слобода преговарања. У области европског уговорног права заузет је

⁵³ Čl. 1:102 PECL; Lando and H. Beale, *op.cit.*, Comments on Article 1:102, p. 99.

начелан став да преговори не обавезују⁵⁴ и да је одговорност за несавесно вођење преговора изузетак од тог правила. Осим оних случајева у којима је предвиђена законска обавеза закључивања појединих врста уговора, свака страна је слободна да одлучи хоће ли закључити или не конкретан уговор. Она може ући у преговоре иако није сигурна да ће уговор о којем преговара и закључити⁵⁵, а може и прекинути преговоре без образлагања разлога који су довели до прекида преговора.⁵⁶

Слобода уговарања је општи принцип који карактерише преговоре и у нашем облигационом праву. Према владајућем ставу теорије и праксе преговори немају обавезујући карактер⁵⁷ и свака их страна може прекинути кад год хоће.⁵⁸ Овде је интересантно напоменути новелирани Закон о обвезним односима Републике Хрватске који је задржао први део формулације овог става, изостављајући други део реченице „и свака их страна може прекинути кад хоће“⁵⁹. Ова измена се образлаже аргументом да преговори не обавезују стране које преговарају и из начела диспозитивности произилази да су стране слободне да их прекину кад то желе.

Основно начело на коме се темељи предуговорна одговорност јесте начело савесности и поштења, као темељно правило европског уговорног права.⁶⁰ Свака уговорна страна је дужна да поступа у складу са начелом савесности и поштења и уговорне стране ову дужност не могу нити искључити нити ограничити.⁶¹ Обавеза савесног и поштеног поступања се конкретизује низом посебних одредби од којих се поједине односе управо на фазу преговора. Страна која је водила преговоре или их је прекинула супротно овом начелу одговара другој страни за штету коју јој је на тај начин проузроковала.⁶² Начело савесности се даље конкретизује навођењем, као примера, ситуације отпочињања или настављања преговора без постојања стварне намере да се уговор закључи.⁶³

⁵⁴ Čl. 2:301(1) PECL: „A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement“.

⁵⁵ O. Lando, *When a Person be Liable or Bound When Negotiating a Contract?*, in: *And og rett-Festskrift till Birger Stuevold lassen*, Oslo, 1997, p. 629.

⁵⁶ O. Lando and H. Beale, *op.cit.*, Comments on Article 2:301.

⁵⁷ Вид. пресуду Врховног суда Србије, Рев. 107/90; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1700/99.

⁵⁸ Чл. 30. ст. 1. Закона о облигационим односима.

⁵⁹ Чл. 251. ст. 1. Закона о обвезним односима Републике Хрватске, 2005.

⁶⁰ O. Lando, *CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*, in: *American Journal of Comparative Law* 53, Berkley, 2005, p. 391.

⁶¹ Čl. 1:201 PECL.

⁶² Čl. 2:301 (2) PECL.

⁶³ Čl. 2:301 (3) PECL.

Поменуто начело савесности и поштења заузима централно место и у нашем правном систему, посебно у подручју уговорног права, а у Закону о облигационим односима је регулисано генералном клаузулом: “У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења”.⁶⁴ С обзиром да заснивање облигационих односа отпочиње најчешће преговорима, тумачењем поменутог члана долазимо до закључка да стране које учествују у преговорима имају дужност да поступају савесно и поштено.⁶⁵

Осим тога, у нашем систему облигационог права важи претпоставка савесности.⁶⁶ Начело савесности и поштења се у даљем тексту закона конкретизује кроз низ посебних одредаба. Шта се заправо подразумева под савесним и поштеним поступањем, није прецизирано поменутом клаузулом већ се његово значење одређује у сваком конкретном случају, с обзиром на посебне околности, а у складу са “општеважећим захтевима правичности, животним искуством и практичним разумом”.⁶⁷ То значи да је у нашем праву прихваћен субјективни концепт тумачења овог начела.⁶⁸ Једна страна је савесна уколико није знала нити морала знати за одређене околности због којих би, да је за њих знала, била дужна да се понаша другачије него што се понашала.⁶⁹

У контексту претходних разматрања, значајно је указати на то да се наш законодавац, поред генералне одредбе којом се прописује позитивна обавеза савесног и поштењег поступања у заснивању облигационог односа, определио за негативно регулисање предуговорне одговорности, нормирајући је специјалним одредбама којима

⁶⁴ Чл. 12. Закона о облигационим односима.

⁶⁵ “Одредбом чл. 12. Закона о облигационим односима прописано је да су у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа, учесници дужни да се придржавају начела савесности и поштења. То значи да учесници облигационих односа у правном промету слободно уговарају своја права и обавезе, али та њихова слобода има границу, односно не може да пређе ван начела на којима је заснован правни поредак...тако су без утицаја на одлуку у конкретном случају наводи тужиоца, као и околност да је тужени потписао поруџбеницу и да је потписивањем исте прихватио цену која није реална вредност за робу која се нуди поруџбеницом”; из пресуде Вишег привредног суда, Пж. 2069/94.

⁶⁶ “Савесност у заснивању права и обавеза се претпоставља”; из пресуде Округног суда у Ваљеву, Гж. бр.160/05.

⁶⁷ Ј. Радишић, *Облигационо право...*, 32.

⁶⁸ “Савесност као правни принцип тумачи се као субјективно психичко стање субјекта који преузима правне поступке или се налази у некој правној ситуацији. Појам поштења у правном промету треба тумачити тако да је недељив принцип са принципом савесности. Оно се управља претежно ка објективним вредностима, доличности и његовим просечностима и правилностима...”; из пресуде Вишег привредног суда, Пж. 2069/9.

⁶⁹ И. Јанковец, *Уговори у привреди*, Београд, 1987, 22.

се забрањују конкретни облици несавесног поступања. Насупрот томе, начела европског уговорног права уређују предуговорну одговорност у виду општег принципа и прописују општу обавезу савесног и поштеног поступања за време преговора: “Страна која је преговарала или прекинула преговоре супротно начелу савесности и поштења је одговорна за штету која је тиме проузроковала другој страни”.⁷⁰ Из овакве формулације произилази да сви случајеви вођења или прекида преговора који су супротни начелу савесности и поштења повлаче обавезу надокнаде штете. Као конкретно понашање које је нарочито супротно начелу савесности и поштења у Начелима се наводи случај када страна уђе у преговоре с другом страном без праве намере да с том страном склопи уговор.⁷¹ Овај случај је наведен само као пример⁷², али су могући и други случајеви који се сматрају супротним начелу савесности и поштења и који повлаче самим тим одговорност за накнаду штете (случајеви непотребног одуговлачења преговора, неиспуњење обавезе обавештавања друге стране о чињеницама које су од значаја за закључење уговора или пак давање нетачних информација и сл.).

Иначе, Закон о облигационим односима је један од ретких закона који је материју предуговорне одговорности нормирао, и то на конкретан начин, наводећи два појавна облика ове одговорности. За штету насталу вођењем преговора одговара страна која је водила преговоре без намере да закључи уговор,⁷³ као и страна која је водила преговоре у намери да закључи уговор, па одустане од те намере без основаног разлога и тиме другој страни проузрокује штету.⁷⁴ Ствара се утисак да је оваквом методом регулисања кроз конкретно навођење случајева предуговорне одговорности, у одређеној мери стављена у сенку генерална одредба о поштовању начела савесности и поштења која се односи и на фазу преговора, те су је судови често превидели као могући основ предуговорне одговорности. Предуговорна одговорност се не односи само на случај скривљеног прекида преговора, већ се може јавити и у низу других случајева као што су неосновано одбијање понуде упућене од лица позваног да понуду учини, поништење уговора закљученог под утицајем битне заблуде или под утицајем

⁷⁰ Čl. 2:301 (2) PECL; Čl. 3:301 (2) DFCR, Book II.

⁷¹ Čl. 2:301 (3) PECL.

⁷² Вид. чл. 251. Закона о обвезним односима Републике Хрватске, 2005. година: „Супротно је начелу савесности и поштења, **између осталог**, ако страна уђе у преговоре са другом страном без праве намере да са том страном склопи уговор“.

⁷³ Чл. 30. ст. 2. Закона о облигационим односима.

⁷⁴ Чл. 30. ст. 3. Закона о облигационим односима.

преваре, одговорност због поништења рушљивог уговора уговарача на чијој је страни узрок рушљивост, одговорност лица које је скривило ништавост уговора, и сл.⁷⁵

Што се тиче опсега предуговорне одговорности, ово питање је у нашем правном систему регулисано истоветно као и у правном систему европског уговорног права. У том смислу важи правило да је страна која је одговорна због кршења предуговорних обавеза дужна да надокнади другој страни негативни уговорни интерес који обухвата стварну штету (*reliance interest*) и измаклу добит (*expectations interest*). Под стварном штетом се подразумева укупан износ трошкова насталих у вези са закључењем уговора, начињених у уверењу да ће тај уговор настати, а измакла добит се односи на пропуштање прилика да се закључи уговор сличан ономе о коме се безуспешно преговарало.⁷⁶

Значајно је напоменути да за разлику од важећег Закона о облигационим односима, европски законодавац прописује обавезу чувања поверљивих информација до којих су стране дошле за време преговора, а које се односе на партнера у преговорима. Тако се предвиђа обавеза преговарача да поверљиве информације не смеју учинити доступним трећим лицима, већ их морају чувати као пословну тајну, нити их могу користити за сопствене потребе, независно од тога да ли је уговор касније закључен или не.⁷⁷ Такође се прописује и санкција у случају повреде ове обавезе која се састоји у накнади штете која је проузрокована злоупотребом поверљивих информација, али и повраћају користи које је друга страна на тај начин стекла, чак и у случају да савесна страна том приликом није претрпела штету⁷⁸.

⁷⁵ У Закону о облигационим односима регулисан је низ појединачних случајева у којима је предуговорна одговорност могућа (чл. 35, ст. 2; чл. 54, ст. 3; чл. 61, ст. 3; чл. 65, ст. 2; чл. 87, ст. 5; чл. 88, ст. 4; чл. 108; чл. 115; чл. 116; чл. 460).

⁷⁶ Lando and H. Beale, *op.cit.*, Comments on Article 2:301, under G.

⁷⁷ Čl. 2:302 PECL.

⁷⁸ Једно питање се намеће у вези са обавезом чувања поверљивих информација коју предвиђа PECL: да ли постоји обавеза чувања свих информација до којих се дошло за време преговора, а које се тичу друге стране, или само оних информација које је друга страна означила поверљивим? Из коментара овога члана може се закључити да не постоји општа обавеза преговарача да све информације до којих су за време преговора дошли третирају као поверљиве, осим уколико друга страна није јасно назначила да је реч о таквој врсти информација или се оне у светлу конкретних околности могу посредно (имплицитно) сматрати поверљивим (Lando and H. Beale, *op.cit.*, Comments on Article 2:302 PECL, under A i B). У том смислу је DFCR (*Draft of Common Frame of Reference*) експлицитнији, јер садржи дефиницију „поверљивих информација“. Под поверљивом информацијом се подразумева „информација која се било по својој природи, било према околностима под којима се до ње дошло сматра поверљивом за једну страну, а да је при том друга страна примајући ту информацију знала или се од ње очекивало да зна да је она поверљива“⁷⁸. За разлику од PECL-а, DFCR садржи и одредбу којом се предвиђа да страна која је основано предвид. повреду обавезе чувања поверљивих информација има право да прибави судски налог којим се забрањује такво поступања (Čl. 3:302 (3) DFCR, Book II).

Напоследку бисмо указали на још један недостатак (или неодређеност) Закона о облигационим односима у погледу регулисања предуговорне одговорности. Закон предвиђа да је „одговорна за штету и страна која је водила преговоре у намери да закључи уговор, па одустане од те намере без основаног разлога и тиме другој страни проузрокује штету“. Неодређеност се односи на синтагму „без основаног разлога“ која је прилично неодређеног значења и у теорији се доста расправљало о томе шта она заправо подразумева.⁷⁹

Ако говоримо о евентуалним изменама Закона о облигационим односима у поступку прилагођавања и усклађивања нашег облигационог права са правом ЕУ, могле би се узети у обзир наведене сугестије у погледу предуговорне одговорности, чиме би измене биле више концепцијске, него суштинске, али би се на тај начин допринело јасноћи самог Закона и нагласила би се утемељеност предуговорне одговорности на повреди начела савесности и поштења. Не треба занемарити ни искуство Републике Хрватске као и других земаља у окружењу у погледу реформисања њиховог законодавства, а посебно уговорног права. Њихова искуства усклађивања и приближавања праву ЕУ, могла би бити од користи, имајући у виду да је Закон о облигационим односима из 1978. године био заједнички свим бившим државама СФРЈ, које су га и преузеле у своје законодавство као заједничко наслеђе и примењују га и даље, уз мање или веће измене и допуне.

Закључна разматрања

Наш Закон о облигационим односима несумњиво представља кодификацију која и после три деценије постојања одолева изазовима савременог доба. Чињеница да је донет знатно пре него што су настала правила европског уговорног права и да као такав садржи решења слична оним у модерним европским законодавствима, потврђује његову изванредну правну вредност.

Неспорно је да је у Закону о облигационим односима предуговорна одговорност регулисана у складу са европским стандардима и да нема суштинских разлика у том смислу. Наш законодавац се определио за регулисање ове врсте одговорности путем

⁷⁹ С. Перовић, *Коментар Закона...*, 73.

генералне клаузуле о обавези савесног и поштеног поступању приликом заснивања уговорних односа, да би потом питање предуговорне одговорности конкретизовао посебним одредбама, наводећи појединачне случајеве у којима ова одговорност може постојати. Оваквим приступом су општа правила о савесном и поштеном поступању, као и забрани проузроковања штете другом, стављена у други план, тако да су их судови често превиђали као могући основ предуговорне одговорности, што, претпостављамо, није била намера законодавца. У прилог томе говори и оскудна судска пракса када је реч о предуговорној одговорности, тако да је ово питање и даље веома актуелно са становишта његове оправданости и начина на који је законом регулисано.

Начело савесности и поштења једно је од основних принципа на којем се темељи европско уговорно право, а нарочито предуговорна одговорност, те је оно посебно наглашено како у Начелима европског уговорног права тако и Нацрту заједничког појмовног оквира у оквиру одељка који се односи на преговоре. Посебна правила о предуговорној одговорности која предвиђа наш законодавац никако не би смела имати већу правну снагу у односу на општа правила, као што је начело савесности и поштења. У правцу наглашавања овог начела као основа предуговорне одговорности требало би да се крећу евентуалне измене постојеће законске регулативе преговора у поступку усклађивања националних прописа са прописима Европске уније. Осим тога, било би целисходно прописати и обавезу чувања поверљивих информација за време преговора.

Процес хармонизације јесте процес приближавања националног законодавства праву Европске уније, чиме се несумњиво доприноси модернизацији и европеизацији постојећег правног система. Усклађивање националног законодавства са прописима европске уније никако не би требало да представља пуко преписивање понуђених решења на уштрб складности националног правног система, не поштујући правне вредности које тај систем негује. У том смислу би Закон о облигационим односима требало очувати као значајно правно наслеђе и велику кодификацију у нашој правној баштини.

Tamara Djurdjic

**PRE-CONTRACTUAL LIABILITY IN NATIONAL AND EUROPEAN
CONTRACT LAW**

Summary

In this paper the issue of pre-contractual liability has been discussed, especially, legal nature of this institute (because different legal rules are going to be applied in particular case depending on qualification of the liability as delictual or contractual). The question of pre-contractual liability arises from another question about position and scope of the principle of good faith and fairness in legal system. Therefore, author examines the basic principles that pre-contractual liability is based on. Further analyze involves all conditions (assumptions) required for pre-contractual liability, emphasizing the question of possibility to apply the concept of presumed guilty of a damage perpetrator in the area of pre-contractual liability. One part of this paper examines the scope of pre-contractual liability, particularly the content of negative contractual interest. In final part of the paper author discusses compliance of solutions accepted in our national legislation with the rules of European contract law, with regard to regulation of this institute.

Key words: *pre-contractual liability, legal nature of pre-contractual liability, assumptions of pre-contractual liability, negative contractual interest, principle of good faith and fairness, principles of European contract law.*