

Dr Snežana Miladinović

vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore

UDK: 347.44

Primljeno: 14. juli 2011.

Izvorni naučni članak

POGLED NA SAVREMENA LEGISLATIVNA PRAVILA O PREGOVORIMA I ODGOVORNOSTI ZA PREKID PREGOVORA

Autor u radu istražuje zakonske, teorijske i praktične aspekte pregovora za zaključenje ugovora i odgovornosti za prekid pregovora. Ovaj rad je zasnovan na zakonskim odredbama iz oblasti pregovora i odgovornosti za pregovora, a autor u radu razmatra i neka nova teorijska mišljenja izložena u modernoj italijanskoj pravnoj doktrini. Težište analize autora je na upoređenju odredbi crnogorskog Zakona o obligacionim odnosima sa Načelima evropskog ugovornog prava. Činjenica je da common law i kontinentalno pravo imaju različito gledanje na pravila i značaj bona fides u oblasti ugovornog prava. Autor je posebnu pažnju poklonio sličnostima i razlikama između ta dva pravna sistema i njihovom uticaju na uporedno zakonodavstvo u pitanjima regulisanja pregovora za zaključenje ugovora i odgovornosti za prekid pregovora.

Ključne riječi: *kompromis, pregovori, načelo bona fides, prekid pregovora, culpa in contrahendo*

Pregovaramo svakodnevno, u raznim životnim prilikama i okolnostima. Pregovaramo da bi učinili život jednostavnijim i lakšim i življenje sa drugim ljudima mogućim. Pregovaramo, mada nerijetko samo tražimo, zahtijevamo, da bi, opomenuti neuspjehom - popuštali, nastojali da dođemo do „zlatne sredine“, do kompromisa. Jer, život nas (na)uča da je i on sam - kompromis.¹ „Kompromis je osnovni modus

¹ Ivan Klajn, Milan Šipka – Veliki rečnik stanih reči i izraza, Prometej, Novi Sad, 2008. str. 643. Riječ „kompromis“ dolazi iz latinskog jezika (compromittere), a ima znečenja: sporazum, nagodba, pogodba, ali i ishod, rešenje koje samo delimično zadovoljava želje jedne i druge strane.

postojanja, u kome su regulisani i svi ostali. Planetarna su kretanja kompromis između tuđih privlačnih sila i vlastite mase. Kao privremeno postojanje, život je kompromis između nepostojanja i večnog postojanja. Čovek je kompromis između inteligencije i instinkta. Ljudska zajednica je kompromis između slobode i ropstva. Neupotrebljive slobode da zajednice nema i nekorisnog ropstva da osim nje nema ničeg drugog.²

Kompromisu, dakle, teže i „slijepe sile“, a kako neće razumni ljudi. Naša svakodnevnica, pa i cijeli život, izatkani su od kompromisa. Istina, „kod svakog kompromisa o ozbiljnim stvarima, presudno je pitanje da li svetlost koju smo dobili vredi utrošene sveće“.³ Ako je to pitanje i ako je to dilema – onda dileme nema. Svjetlost treba uvijek da bude izbor, jer je „svetlost jedna od prvobitnih snaga i vrlina.“⁴

Iako kompromis ima svoje nesumnjivo važenje u ljudskim stvarima, postoji oblast u kojoj kompromisu nema mjesta. To je saznanje Istine. U pitanjima Istine, nema dogovora, nema kompromisa. Između dvije strane: istine i laži, nema sredine, nema dogovaranja. Stoga, u svijetu nauke samo je Istina važna i znajući nju otpadaju svi njeni surrogati, a i sama laž, po tačnom uvidu filozofa Spinoze: „Istina je mjerilo sebe i laži“ (Veritas norma sui et falsi est)

Težnja ka kompromisu, u pozitivnom pravu, izražena je naročito u materiji zaključenja ugovora. Ugovor je rezultat automonije volja stranaka, ili preciznije, ugovor je uzajamni i recipročni pristanak saugovarača, kako na zaključenje, tako i na sadržinu ugovora.

Da li zato što je ugovora sve više, ili što je vrijednost angažovanih dobara sve veća, ili što se sve češće za zaključenje ugovora traži stručnost i specijalistička znanja, ili što se sve veći broj ugovora zaključuje sa partnerima sa kojima ne postoji trajna poslovna saradnja, ili što se tržište globalizuje i time usložnjava proces zaključenja ugovora - tek sve češće se prisupa pregovaranju. Zato i „nije nikakvo čudo da kompromis, koji nam se predstavlja kao univerzalna nužnost, postepeno postaje naša potreba, a potom i naš program. Forma se pretvara u sadržinu.“⁵

Borislav Pekić je pisao da je „kompromis stari, lukavi gospodar svih velikih podviga“.⁶ Rečeno, svakako, važi i za ugovore, kao tvorevine autonomije volje

² Borislav Pekić, *Marginalije moralije*, Solaris, Novi sad, 2008. str. 178.

³ Isto

⁴ Branimir Živojinović, *Geteove misli (kroz dela, pisma, razgovore)*, Artist Beograd, 2007, str. 335. (Istorija Teorije boja, 3. odeljak, Bekon.)

⁵ Isto

⁶ Borislav Pekić, *nav.djelo*, str. 178.

kontrahenata. Pregovori, kao prethodna faza u zaključivanju ugovora, imaju za cilj postepeno približavanje volja pregovarača što treba da dovede do zaključenja ugovora, koji možemo posmatrati i kao kompromis između dvije udaljene pozicije, dva interesa, dvije volje. Nesporno je, dakle, da je kompromis „lukavi gospodar“ od kog zavisi i poduhvat koji se zove – zaključeni ugovor.

Tržištem i tržišnim odnosima danas se bave stručnjaci iz različitih oblasti: prava, ekonomije, menadžmenta, marketinga, antropologije, sociologije, psihologije, koriste se znanja iz oblasti likovne umjetnosti, muzike, filma, mode i mnogih drugih.⁷ I pregovori su postali predmet interesovanja kako zakonodavaca, poznavalaca pozitivnog prava, pravne nauke, tako i ekonomske teorije, znanja iz oblasti marketinga i menadžmenta, ali i interesovanja antropologa, sociologa, psihologa... Pregovori traže ne samo puno informacija iz raznih segmenata života i poslovanja, već sve više znanja i vještina. Pregovaranje se uči, a tehnike pregovaranja usavršavaju, tako da danas sve češće, u poslovnom svijetu, pregovaraju timovi, a sve manje pojedinci.⁸

Pregovori su uvijek budili interesovanje, a u ovom radu ćemo ih sagledati kroz prizmu savremenih zakonskim rješenja, a u prvom redu kroz odredbe Načela evropskog ugovornog prava. Zbog evidentno rastućeg značaja, pregovori i pregovaranje su postali predmet velikog interesovanja teoretičara, ali i žive zakonodavne aktivnosti. O tome, između ostalog, svjedoči i činjenica da je Komisija za izradu Načela evropskog ugovornog prava cjelokupan treći odjeljak drugog poglavlja Načela posvetila pregovorima i odgovornosti za vođenje pregovora i to nakon dugih rasprava i analiza brojnih pitanja.⁹

Zainteresovana lica mogu, u cilju približavanja i postupnog usaglašavanja svojih volja usmjerenih na zaključenje ugovora, da se odluče na pregovaranje. Pregovori su prehodna, neobavezna faza na putu ka zaključenju ugovora. Oni mogu da dovedu, a najčešće i dovode, kako do postepenog uobličavanja sopstvene volje, tako i

⁷ Pogledajmo samo neke od naslova knjiga u navedenim oblastima: Filip Kotler – Kako kreirati, ovladati i dominirati tržištem, Asee books, Novi Sad, 2004.; Abraham Maslov – Psihologija u menadžmentu, Asee books, Novi Sad, 2005.; Isak Adišes – Idealan menadžer, Asee books, Novi Sad, 2008. Džek Velč, Veština pobeđivanja, Asee books, Novi Sad, 2007. Piter Draker – Moj pogled na menadžent, Asee books, Novi Sad, 2004.; Kris Vest – Istraživanje tržišta, Asee books, Novi Sad, 2007.

⁸ Detaljnije: Nada Rumencić, Poslovni pregovori sa stranim partnerima, Građevinska knjiga, Beograd, 2008.; Petar Saša, Pregovarajte sa crnim đavolo i zadržite krila, Biblioteka, Poslovna komunikacija, Beograd, 2005.; Viktor Radun - Konkurencija na nišanu (Konkurentski intelidžens), Hesperia edu, Beograd, 2008.

usaglašavanja volja pregovarača da bi, zatim, kroz ponudu i prihvata ponude došlo do zaključenja ugovora.¹⁰ Moguće je, naravno, i drugačiji „scenario“ - da iz dobijenih informacija pregovarači procijene da im zaključenje ugovora nije u interesu i da okončaju pregovore, a time i svaku dalju aktivnost vezano za zaključenje ugovora. Dakle, pregovaranje označava aktivnost koju pregovarači preduzimaju u namjeri da „usaglasе svoja različita, često i suprotstavljena stanovišta, ali postizanje sporazuma, iako predstavlja cilj njihovih napora, može, ipak, izostati.“¹¹

Pregovaranje podrazumijeva i pretpostavlja „dva suprotna pola“¹². Jedan pol je različitost interesa pregovarača, a drugi je njihov zajednički interes. Zajednički interes može da približi partikularne interese subjekata i da dovede do zaključenja ugovora. Tu leže razlozi što pravni poredak daje subjektima slobodu da vode pregovore i što oni ne mogu da budu, i nisu, odgovorni za njihov negativan ishod - nezaključenje ugovora.¹³

Naglasimo na ovom mjestu i to da pregovori imaju širi značaj i da je nepravilno svesti ih samo na prethodnu fazu u zaključenju ugovora. Iako u osnovi ne obavezuju i ne moraju da dovedu do zaključenja ugovora, pregovori imaju veliki značaj kako za pregovarače, tako i za brojne druge subjekte. Tako npr. sud prilikom utvrđivanja sporednih elemenata ugovora vodi računa i o pregovorima i zaključcima do kojih su stranke došle u fazi pregovora. Dakle, kada se pojavi potreba za integracijom ugovora pregovori mogu da pruže ključne podatke. Naime, popunjavanje ugovorne praznine može biti izvršeno primjenom dispozitivnih odredaba zakona, što znači da sudija, uzimajući u obzir tip ugovora primijenjuje odgovarajuće zakonsko pravilo ili tako što sudija u sadržinu ugovora unosi pravilo koje je najbolje prilagođeno okolnostima ugovora uzimajući pri tom u obzir prethodne pregovore, ustaljenu praksu među

⁹ Načela evropskog ugovornog prava, Poglavlje 2. – Zaključenje ugovora, Odjeljak 3. - Odgovornost za vođenje pregovora, čl. 2:301-2:302

¹⁰ Detaljnije: Miodrag Orlić, Zaključenje ugovora, str. 13-117.; Jakša Barbić, Sklapanje ugovora, Zagreb, 1980. str. 15. i dalje; Oliver Antić, Obligaciono pravo, Beograd, 2010, str. 304-307., Jakov Radišić, Obligaciono pravo, Beograd, 2008., str. 108-111.; Slobodan Perović, Obligaciono pravo, Beograd, 1990., str. 265-266.; M. Draškić, Komentar Zakona o obligacionim odnosima u redakciji S. Perovića, Knjiga I, Beograd, 1995. str. 69-74.; Mihailo Vuković, Obvezno pravo, knjiga II, Školska knjiga, Zagreb, 1964., str. 104-105.; Massimo Bianca, Diritto civile, libro III, Il contratto, Giuffrè Editore, Milano, 2000. str. 155-180.; Francesco Bartolini, Pietro Dubolino, Il codice civile, I codici commentati esclusivamente con la giurisprudenza, Piacenza, 1997. str. 1358-1361.

¹¹ Miodrag Orlić, nav.djelo, str. 13. - O nazivima koji se koriste da označe ovu fazu u nastanka ugovora (pregovori, pogađanja, pripreme, dogovor, cjenkanje) detaljnije M. Orlić, nav.djelo, str. 15-18.

¹² Miodrag Orlić, nav.djelo, str. 25-35.

stranama i običaje.¹⁴ U prvom slučaju se radi o opštem ili generalnom, a u drugom o individualnom popunjavanju ugovora.¹⁵

Pregovori imaju poseban tretman i značaj i u materiji tumačenja ugovora.¹⁶ Naime, subjekt tumačenja treba da ima u vidu okolnosti pod kojima je ugovor zaključen uključujući, naravno, i prethodne pregovore, jer se upravo tu mogu pronaći ključne informacije za tumačenje¹⁷ i time doći do ciljanog interpretativnog rezultata. Zbog značaja pregovora koji predstavljaju dragocjen izvor informacija u postupku tumačenja ugovora, Načela evropskog ugovornog prava sadrže rješenje da odredbe ugovora koje su bile predmet prethodnih pregovora imaju prednost u odnosu na one o kojima pregovori nisu vođeni.¹⁸ I ne samo to. U sumnji, odredbe ugovora koje nisu bile predmet ranijih pregovora tumače se na teret lica koje ih je predložilo.¹⁹ I pravni propisi u većini savremenih prava predviđaju da tumačenje treba da dovede do utvrđivanja zajedničke namjere ugovornih strana, a za to poseban značaj, pored utvrđene prakse među ugovaračima i običaja, imaju i prethodni pregovori.²⁰

Iz svega rečenog jasno je zašto su pregovori predmet brojnih inspirativnih doktrinarnih rasprava, a posebno su interesantna pitanja njihove pravne prirode, potrebe i načina regulisanja pregovora. Naime, postoje dileme, pa čak i dijametralno suprotna

¹³ Načela evropskog ugovornog prava, Poglavlje 2, Odjeljak 3, čl. 2:301: (1) Pregovori suprotno načelu *bona fides*

¹⁴ Čl.4. Jednoobraznog zakona o zaključenju ugovora o međunarodnoj kupoprodaji. Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji proširila je ulogu pregovora, prakse koju su stranke međusobno uspostavile, običaja kao i docnijeg ponašanja stranaka utoliko što ove okolnosti uzima kao primaran izvor tumačenja izjava i ponašanja stranaka ne samo pri zaključenju nego i izvršenju ugovora.

¹⁵ Detaljnije: Miodrag Orlić, nav.djelo, str. 23-24.; Snežana Miladinović, Integracija obligacionog ugovora (popunjavanja ugovornih praznina) – Pravni život, br. 10/2001. tom II, str. 431-445.

¹⁶ Načela evropskog ugovornog prava, član 5:102: “Prilikom tumačenja ugovora treba voditi računa posebno o: 1) okolnostima pod kojima je ugovor zaključen, uključujući i prethodne pregovore, 2) ponašanju ugovornih strana, posebno nakon zaključenja ugovora, 3) prirodi i cilju ugovora, 4) tumačenju koje su ugovorne strane ranije prihvatile za slične odnose i o praksi koju su izgradile u međusobnim poslovnim odnosima, 5) značenju koje se obično pripisuje riječima i izrazima u određenoj profesiji i ranijem tumačenju sličnih odredbi, 6) običajima i 7) zahtjevima koje nameće načelo savjesnosti i poštenja.”

¹⁷ Načela evropskog ugovornog prava, član 2:301: (1): Pregovori suprotno načelu *bona fides*; član 2:301: (1): Pregovori suprotno načelu *bona fides*. Detaljnije: Miodrag Orlić, nav.djelo, str. 20-22., Snežana Miladinović, O tumačenju ugovora, Pravni zbornik (časopis za pravnu teoriju i praksu) br.1-2/2001., str. 133-145.

¹⁸ Načela evropskog ugovornog prava, čl. 5:104: Primat odredaba koje su bile predmet prethodnih pregovora

¹⁹ Načela evropskog ugovornog prava, član 5:103: Pravilo *contra proferentem*

²⁰ Detaljnije: Miodrag Orlić, nav.djelo, str. 20-22. Scalisi – Interpretazione del contratto, il profilo della comune intenzione delle parti, Milano, 1996. str. 80.

stanovišta o pravnoj prirodi, a naročito o načinu regulisanja pregovora. Zato je Komisiju za izradu Načela evropskog ugovornog prava sačekao težak zadatak: da dà odgovor na dva prethodna pitanja. Prvo je pitanje da li je uopšte potrebno pravno urediti pregovore, a drugo pitanje je pitanje načina njihovog pravnog regulisanja.

Prvo u nizu prethodnih pitanja sa kojim se suočila Lando komisija, kao i većina savremenih nacionalnih zakonodavstava, jeste pitanje potrebe i opravdanosti pravnog regulisanja pregovora, a nametnulo se zbog dijamentralno suprotnog pristupa anglo-saksonskog i evropsko-kontinentalnog sistema ovoj problematici.²¹ U anglo-saksonskim pravima, naime, preovlađuje stav da pregovore ne treba pravno regulisati, već u potpunosti prepustiti slobodnoj inicijativi i nadmetanju strana. Stoga, stranke mogu da pristupe pregovorima i da iz njih izađu kada god hoće, bez straha od bilo kakvih posljedica ili sankcija.²² U evropsko-kontinentalnom sistemu je prihvaćeno stanovište da je pravno regulisanje pregovora ne samo oportuno, već i neophodno. Pregovori imaju veliki, često za stranke i presudan značaj, jer im omogućavaju da u potpunosti izgrade i oblikuju svoju volju, ali i da približe svoje, u početku, međusobno vrlo udaljene stavove i interese i da u značajnoj mjeri uobliče budući ugovorni odnos. Stoga, pregovore treba pravno urediti. To je ne samo korisno, već, pokazalo se, i neophodno. Načelo *bona fides* treba i mora da ima ključno mjesto i ulogu prilikom vođenja pregovora, a ponašanju u skladu sa ovim imperativnim načelom svakako može značajno da doprinese i njihovo detaljno pravno regulisanje.

Drugo važno pitanje je način pravnog regulisanja pregovora.²³ Naime, "bitna razlika između Common Law-a i evropskih prava u oblasti pregovora ogleda se u stavu prema načelu savesnosti. Anglo-saksonska prava ne prihvataju primenu načela savesnosti u pregovorima, dok u evropskim pravima ovo načelo ima centralnu ulogu jer se ono smatra najvišim pravnim i moralnim pravilom, koje treba da odredi ponašanje strana u toku pregovaranja a ne tek kada je reč o ispunjavanju obaveza iz već

²¹ Brian A. Blum, *Contracts, (examples and explanations)*, Second edition, Aspen publishers, New York, str.59-61., J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 27 th edition, Oxford, 1998. str. 148.; Stephen A. Smith *Aniyah's Introduction to the Law of contract*, Seventh edition, Clarendon Press, Oxford, 2005., str. 35-92.; Roger Brownsword, *Contract Law, themes for twenty-first century*, Second edition, Oxford University Press, 2006., str. 46-69.; Anne Ruff, *Contract Law*, Fourth edition, Sweet and Maxwell, London, 2005., str. 6-24.

²² Brian A. Blum, nav.djelo, str. 249-256., J. Beatson, nav.djelo. str.148. Iz odnosa prema pravnom regulisanju pregovora proizašlo je i pravilo da pregovore ne treba uzeti u obzir prilikom tumačenja ugovora.

²³ Čl. 23. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore, čl. 1337-1338. italijanskog Građanskog zakonika, čl. 197-187. grčkog Građanskog zakonika

zaključenog ugovora...”²⁴ Dakle, pregovore treba pravno urediti, jer oni ne mogu i ne smiju da budu prepušteni potpuno slobodnom, još manje samovoljnom ponašanju stranaka, ali, naravno, uz očuvanje i obezbjeđenje poželjnog i neophodnog stepena slobode pregovarača.

Kao dobar primjer uspostavljanja trajne i sigurne regulativne ravnoteže između navedene dvije krajnosti u materiji pregovora, navodi se rješenje sadržano u italijanskom Građanskom zakoniku.²⁵ Naime, italijanski zakonodavac je ponašanje u skladu sa načelom *bona fides* postavio kao osnovno pravilo ponašanja stranaka kako u toku vođenja pregovora, tako i u procesu zaključenja ugovora i ispunjenja ugovorne obaveze/a. Načelo savjesnosti i poštenja se „račva“ u dva pravca, stvarajući za saugovarače dvije osnovne obaveze i to obavezu lojalnosti i obavezu zaštite. *Bona fides* nalaže pregovaračima dužnost da se ponašaju lojalno i da se angažuju na zaštitu lica sa kojim pregovaraju, naravno, do mjere koja ne bi značila žrtvovanje sopstvenih interesa. Navedena dva vida ponašanja u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja ispoljavaju se, naravno, kroz veći broj konkretno određenih obaveza. Obaveze koje su obuhvaćene širim pojmom lojalnog ponašanja su obaveze informisanja, pojašnjavanja i tajnosti, a obaveza zaštite obuhvata izvršavanje akata koji su neophodni za validnost i dejstvo ugovora.²⁶

U italijanskoj doktrini su poradili i na negativnom određivanju ponašanja u skladu sa načelom *bona fides*. Naime, precizirano je da strane u jednom ugovornom odnosu postupaju u skladu sa načelom *bona fides* ako namjerno ne izazivaju lažno povjerenje druge strane, ne špekulišu na podlozi lažnog povjerenja i na kraju, ne zloupotrebljavaju povjerenje druge strane. Napomenimo i to da je naglasak stavljen na

²⁴ Miodrag Orlić, nav.djelo, str.28.

²⁵ Francesco Bartolini - Pietro Dubolino, nav.djelo, str.1358-1361.

²⁶ Detaljnije: Massimo Bianca, nav.djelo, str. 162-167.; Ravazzoni, La formazione del contratto, I, Milano, 1966, str. 37.; Messineo, Contratto in genere, I, 296.. Roger Brownsword, Contract Law, themes for twenty-first century, Second edition, Oxford University Press, 2006., str. 111-134.; Walter Yung, Devoirs généraux et obligations, in Etudes et articles; Genève 1971, str. 118-119. (prevod preuzet od M. Orlić, nav.djelo, str.29.): “U švajcarskom pravu načelo savjesnosti se posmatra kao osnov predugovornih dužnosti i odgovornosti koja nastaje zbog njihovog nepoštovanja. Načelo stvara samo opšte dužnosti i stoga u krajnjoj liniji dovodi do deliktne odgovornosti kada se jedna strana obraća neodređenom broju lica: ponuda javnosti, poziv javnosti da uputi ponude pozivaocu, javno obećanje nagrade: nasuprot tome kada jedna strana dođe u kontakt sa drugim, određenim licem u cilju zaključenja ugovora ili kada mu uputi izjavu volje, naročito ako je reč o ponudi za zaključenje ugovora ili kada mu uputi izjavu volje, naročito ako je reč o ponudi za zaključenje ugovra ili o prihvatanju ponude, pomenuta lica prestaju da budu jedno drugom udaljeni stranci i među njima nastaje jedan jedinstveni faktički odnos koji zaslužuje da mu se prizna obeležje pravnog odnosa bez obzira na ćutanje zakona.”

direktnu povezanost i nužnu, višestruku isprepletanost načela savjesnosti i poštenja sa načelom ugovorne solidarnosti.²⁷

Primarna obaveza stranaka je obaveza međusobnog informisanja, a kao povreda ove obaveze tokom pregovora smatra se kako prećutkivanje tako i prikrivanje određenih činjenica, informacija i podataka. U nastojanju da, ipak, ograniči krug informacija čije bi se neiznošenje kvalifikovalo kao prećutkivanje ili prikrivanje, u italijanskoj sudskoj praksi i pravnoj teoriji je formulisano pravilo koje je značajno uticalo na odredbu Načela evropskog ugovornog prava o ovom pitanju. Naime, obaveza informisanja je ograničena, te se ne odnosi na informacije u vezi sa usaglašavanjem i zaključenjem ugovora, već na one okolnosti koje bi ga činile ništavim ili nekorisnim. Obaveza informisanja, po logici stvari, ne znači da stranke treba da iznose činjenice koje bi otkrивale razliku između željenih i prihvatljivih ciljeva, jer je to suštinski dio “igre” pregovaranja. Svako ima pravo, što, uostalom proizilazi iz načela autonomije volje, da projektuje ciljeve koje ugovarom želi da ostvari i svako ima neosporno pravo da zaključenjem ugovora te ciljeve i ostvari. U vezi sa tim je i pravo svakog lica na slobodnu procjenu da li mu zaključenje ugovora odgovara ili ne. I, naravno, svako snosi i rizik svoje procjene. Zato, nepoštovanje obaveze informisanja postoji samo u slučajevima kada nepovoljni rezultati pregovaranja proizilaze iz doloznog ponašanja lica sa kojim se pregovaralo.²⁸ Naime, informisanje koje za rezultat ima nekorisnost ili ništavost ugovora za drugu stranu značilo bi ponašanje protivno načelu savjesnosti i poštenja.

Obaveza lojalnosti, kao vid ispoljavanja načela *bona fides*, obuhvata obaveze kako jasnoće u izražavanju, koja obuhvata i pojašnjavanje upotrebljenih izraza i formulacija, tako i obavezu tajnosti. Pregovarači su obavezni da se tokom pregovora uzdržavaju od korišćenja izraza i formulacija koje su nerazumljive i koje mogu drugu stranu da dovedu u nedoumicu. Ipak, korišćenje stručnih izraza, samo po sebi, ne znači, i ne može da znači, povredu načela savjesnosti i poštenja. Povreda postoji samo u onim slučajevima kada se korišćenje stručnih izraza i formulacija smišljeno vrši i ima za cilj iskorišćavanje neznanja lica sa kojim se pregovara, odnosno, kada je njihova upotreba sračunata na dobijanje prednosti koje proizilaze upravo iz činjenice da lice sa kojim se pregovara nema dovoljno stručnog znanja i zato pogrešno razumije upotrebljene

²⁷ Massimo Bianca, nav.djelo, str.500-511. *Bona fides* i ugovorna solidarnost se primenjuje od zaključenja do ispunjenja ugovora, ali i prilikom pregovaranja.

²⁸ M. Draškić, nav.djelo, str. 70. Autor naglašava da je Pregovaranje proces u kom se formira volja stranaka te “stoga korene mana volje, koji mogu dovesti do rušljivosti ugovora, treba pre svega tražiti u fazi pregovora.”

stručne izraze. Obaveza lojalnosti obuhvata i obavezu tajnosti, te je lice koja je učestvovalo u pregovorima dužno da dobijene podatke ne iznosi i ne objelodanjuje ukoliko bi time nanijelo štetu licu sa kojim je vodio pregovore. Pregovarači su dužni da ovu obavezu poštuju uvijek, a ne samo u slučajevima kada je to izričito zakonom predviđeno.

Obaveza ponašanja u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja u smislu zaštite, se odnosi i na preduzimanje akata koji su neophodni za validnost i dejstvo ugovora. Ovdje se u prvom redu misli na pribavljanje odobrenja ili dozvola od strane nadležnog organa.

Iz rečenog proizilazi zaključak da je rješenje koje sadrže Načela evropskog ugovornog prava identično izloženom rješenju i da se temelji na argumentaciji o ulozi načela savjesnosti i poštenja u fazi pregovora. Treba posebno istaći da su rješenja Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore, u materiji pregovora, veoma bliska rješenjima Načela evropskog ugovornog prava. Naime, Zakon sadrži pravilo da pregovori u osnovi ne obavezuju.²⁹ Pregovori su prethodna faza u kojoj se ugovor priprema, ali se ne zaključuje. Svako lice može slobodno da pregovara, da se informiše, da iznese prijedloge i pretpostavke, ali bez obaveze da preduzme dalje korake i eventualno zaključi ugovor. Zato ih svaka strana može ne samo pokrenuti, već ih može i prekinuti kada hoće. Pravilo je da stranke slobodno pristupaju pregovorima i da su slobodne da od pregovora odustanu.³⁰

Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore, budući da ostaje na fonu Skice profesora Mihaila Konstantinovića i bivšeg Zakona o obligacioni odnosima, spada, dakle, u red zakona koji detaljno regulišu pregovore. I ne samo to. Uvedene su novine kojima se naglasak stavlja na obavezu poštovanja načela savjesnosti i poštenja i na obavezu poštovanja tajnosti podataka dobijenih tokom pregovora. Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore precizira da “pregovori koji prethode zaključenju ugovora ne obavezuju i svaka ih strana može prekinuti kad god hoće.”³¹ Takođe, “ako se drugačije ne sporazumeju, svaka strana snosi svoje troškove oko priprema za zaključenje ugovora, a zajedničke troškove dijele na jednake djelove.”³² Dakle, “ako je pojedinac pregovarač za vrijeme pregovora imao troškova, ti troškovi idu na njegov teret, bez obzira na to ko

²⁹ Čl.23.st.1. Zakona o obligacionim odnosima.

³⁰ Mihailo Vuković, nav.djelo, str. 103.

³¹ Čl. 23. st.1. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore

³² Čl. 23. st.4. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore

je dao inicijativu za pregovore, odnosno da li se ugovor zaključio ili nije. Ovo pravilo je dispozitivne prirode jer kontraenti mogu sporazumno odrediti i drugačije.”³³

Načela evropskog ugovornog prava, takođe, predviđaju da pregovori ne obavezuju, ali da strana koja je vodila ili prekinula pregovore suprotno načelu savjesnosti i poštenja treba da odgovara za štetu koju je druga strana zbog toga pretrpjela.³⁴ Precizirano je da se kao ponašanje suprotno načelu savjesnosti i poštenja smatra ponašanje onih lica koja započnu ili vode pregovore, a da pri tom nemaju stvarnu namjeru da ugovor zaključe.³⁵

Italijanski Građanski zakonik je izričit: „Stranke se, tokom pregovora i zaključenja ugovora moraju ponašati u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja.”³⁶ I grčki zakonodavac, predviđa isto,³⁷ ali precizira da “ko u toku pregovora za zaključenje ugovora drugome prouzrokuje štetu svojom krivicom, dužan je da je nadoknadi, čak i kada ugovor nije zaključen.”³⁸

U švajcarskom pravu, kao i u njemačkom i francuskom, ne postoje posebne zakonske odredbe koje regulišu pregovore, ali je sudska praksa formulisala jasna i precizna pravila koja se tiču ponašanja strana u toku pregovora. Švajcarski sudovi su polazeći od načela savjesnosti i poštenja, kao osnovnog načela koje se primjenjuje i u toku pregovora, istakli sljedeća pravila ponašanja: dužnost ozbiljnog pregovaranja, dužnost uzdržavanja od prevare, dužnost obavješćavanja i dužnost davanja savjeta.³⁹

Imajući sve navedeno u vidu, crnogorski zakonodavac je predvidio da „ako je jedna strana u pregovorima dala drugoj strani povjerljiva obavješćenja ili joj omogućila da dođe do njih, druga ih strana, ako nije drugačije ugovoreno, ne smije učiniti dostupnim trećim licima niti ih koristiti za svoje interese, bez obzira da li je naknadno ugovor zaključen ili ne.”⁴⁰ Odgovornost za povredu navedene obaveze „može se sastojati u naknadi prouzrokovane štete i predaje oštećenom koristi koju je štetnik tom povredom ostvario.”⁴¹

Iz suštine i pravne prirode pregovora proizilazi i pravno regulisanje predugovorne odgovornosti. Predugovorna odgovornost u našem pravu obuhvata dva

³³ Mihailo Vuković, nav. djelo, str. 103.

³⁴ Član 2:301: (2) Pregovori suprotno načelu *bona fides*

³⁵ Član 2:301: (3) Pregovori suprotno načelu *bona fides*

³⁶ Čl. 1337. italijanskog Građanskog zakonika

³⁷ Čl. 197. grčkog Građanskog zakonika

³⁸ Čl. 198. grčkog Građanskog zakonika

³⁹ Detaljnije: Miodrag Orlić, nav. djelo, str. 29- 31.

⁴⁰ Čl. 23. st. 5. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore

osnovna oblika i to: odgovornost u slučaju povrede obaveze ponašanja u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja u toku pregovora i zaključenja ugovora i neopravdano napuštanje tj. neopravdano odustajanje od pregovora. Neopravdano odustajanje od pregovora postoji kada jedan od pregovarača odustane od pregovora bez opravdanog razloga. U pitanju je odustajanje od pregovora koji su došli do tačke da je druga strana opravdano očekivala da će ugovor biti zaključen.⁴² Predugovorna odgovornost u ovom slučaju ne znači obavezu zaključenja ugovora. Upravo suprotno. Postojanje takve obaveze isključivalo bi preugovornu odgovornost, ali bi se pojavila ugovorna odgovornost i obaveza naknade pozitivnog ugovornog interesa. Dakle, “opšte pravilo poštenja i savesnosti zahteva od svakog da ne pristupa pregovorima ako nema nameru da zaključi ugovor. Nas pregovori ne vezuju, ali nas vezuje pravilo poštenja, te stoga onaj koji prekine pregovore odgovara za štetu koju druga strana usled toga trpi. Ugovorna i vanugovorna odgovornost se prepliću...Onaj koji prekine pregovore bez dovoljnog razloga duguje negativni interes. A naknada negativnog ugovornog interesa je naknada štete koju strana ne bi imala da nije bilo pregovaranja, za razliku od pozitivnog ugovornog interesa koji znači štetu zbog toga što ugovor nije izvršen.”⁴³

O pitanju granice čije bi se prekoračenje smatralo neopravdanim i koje bi vodilo predugovornoj odgovornosti, u italijanskoj doktrini preovlađuje mišljenje da je to ona granica u pregovaranju kojom se kod druge strane stvara razumno povjerenje, a to je, ipak, faktičko pitanje. Kao primjeri se navode prekidanje pregovora tokom kojih je došlo do usaglašavanja bitnih elemenata ugovora, ali je preostalo da se pregovarači saglase o nekim manje važnim pitanjima, ili je ostalo samo još da se postignuti sporazum sačini u pisanoj formi, kada ona uslov za zaključenje ugovora.⁴⁴ Kao razloge predugovorne odgovornosti italijanski teoretičari navode i pregovaranje u cilju

⁴¹ Čl. 23. st. 6. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore

⁴² U italijanskoj sudskoj praksi postoji veliki broj presuda koje se odnose na navedeno pitanje. U presudi C.14 ottobre 1978, n. 4626. stoji da u slučaju prekida pregovora, postoji povreda načela savjesnosti i poštenja i predugovorna odgovornost ako prekid pregovora nema opravdanja, jer bi se dovelo u pitanje opravdano povjerenje druge strane što se cijeni prema ponašanju pregovarača, dužini trajanja pregovora i faze do koje se došlo. Isto rješenje sadržano je u presudi C. 1 febbraio 1995., n. 1163.(M. Bianca, nav.djelo, str. 167.)

⁴³ Miodrag Orlić, nav. djelo, str. 55. (Beleške V. Šmida i M. Orlića sa predavanja na Opštem seminaru za Građansko pravo profesora Mihaila Konstantinovića, 6. aprila 1965.)

⁴⁴ Italijanski zakonodavac je u čl. 1338. precizirao i da strana koja je znala ili je morala znati za razlog ništavosti ugovora, a o tome nije obavijestila drugu stranu dužna je da joj nadoknadi štetu ukoliko se ona, bez svoje krivice, pouzdala u validnost ugovora.

zaključenja ništavog ili nepostojećeg ugovora i pregovore u kojima postoje elementi prevare ili prijetnje.⁴⁵

Vratimo se na odgovornost za vođenje pregovora u odredbama Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore. U skladu sa načelom savjesnosti i poštenja i načelom zabrane prouzrokovanja štete, Zakon, naime, propisuje da će strana koja je vodila pregovore bez namjere da zaključi ugovor biti odgovorna za štetu nastalu vođenjem pregovora.⁴⁶ Da bi strana koja je vodila pregovore bila odgovorna za nastalu štetu potrebno je da su ispunjena kumulativno dva uslova i to: 1) da je strana vodila pregovore bez namjere da zaključi ugovor i 2) da je vođenjem takvih pregovora druga strana pretrpjela štetu.⁴⁷ Isto tako, strana koja je vodila pregovore u namjeri da zaključi ugovor, ali je odustala od te namjere bez opravdanog razloga i time nanijela štetu drugoj strani, dužna je da tu štetu nadoknadi.⁴⁸ U oba slučaja strana koja pretenduje da joj se nadoknadi šteta koju je pretrpjela u fazi pregovora mora da dokaže da je šteta nastala, s tim što u prvom slučaju mora da dokaže da je strana prišla pregovorima bez namjere da zaključi ugovor, a u drugom slučaju da je bez opravdanog razloga odustala od namjere da zaključi ugovor.⁴⁹ U oba slučaja se mora dokazati nastupanje štete s tim da je u prvom slučaju razlog nedostatak tj. potpuno odsustvo namjere za zaključenje ugovora, a u drugom slučaju da se od pregovora odustalo bez opravdanog razloga. Ovo su faktička

⁴⁵ Massimo Bianca, Diritto civile, libro III, Il contratto, str. 170-174.

⁴⁶ Čl. 23. st. 2. Zakon o obligacionim odnosima; M. Draškić, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 72. "Vrlo često se pokreću pregovori sa više lica, da bi se našao najpovoljniji ugovorni partner. Pokretač pregovora u ovakvom slučaju nema od samog početka nameru da zaključi ugovor sa svakim od pregovarača. Mada kod svakog od njih stvara uverenje da ima nameru da zaključi ugovor, on to ima nameru da učini samo sa jednim. U ovakvim slučajevima koji se redovno dešavaju, pregovarač bi bio odgovoran, saglasno ovom stavu člana 30. samo u dve situacije: 1) ako se upustio u pregovore sa više lica bez namere da zaključi ugovor sa bilo kim i 2) ako partnere nije obavestio o činjenici da ulazi u pregovore sa više lica, a ima nameru da zaključi ugovor sa jednim, najpovoljnijim partnerom. Ovo obaveštavanje ne bi bilo potrebno kada se radi o pregovorima o privrednom poslovanju gde je uobičajeno da se oni vode sa više interesenata, pa je ova činjenica morala biti poznata pregovaračima."

⁴⁷ Ivica Jankovec, Pregovori za zaključenje ugovora, Privrednopravni priručnik, 9/1986., str. 4-5. Autor izdvaja četiri uslova predugovorne odgovornosti: da su vođeni pregovori, da ugovor nije zaključen, da strana koja je odustala od pregovora nije imala namjeru da zaključi ugovor ili da je bez osnovanog razloga odustala od namjere da zaključi ugovor.

⁴⁸ Čl. 23. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore -Detaljno o odgovornosti za prekid pregovora, porijeklu i razvoju *culpa in contrahendo*, negativnom ugovornom interesu Miodrag Orlić, nav.djelo, str. 37-46. O evoluciji odgovornosti za prekid pregovora u jugoslovenskom pravu kroz detaljan pregled teorijskih stavova, rješenjima Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima i radu Komisije za izradu Građanskog Zakonika i uticaju sudske prakse Miodrag Orlić, nav.djelo, str. 47-68.

⁴⁹ Detaljnije: Ilija Babić, nav.djelo, str. 277. Slobodan Perović, Obligaciono pravo, str. 264. Miodrag Orlić, nav.djelo, str. 47-117.; Miodrag Orlić, nav. djelo, str.98.

pitanja i sud će ih u svakom konkretnom slučaju procjenjivati, ali se teži da se ova dva slučaja tumače restriktivno što je u skladu sa osnovnim pravilom da pregovori ne obavezuju i da ih ugovorne strane mogu prekinuti kada hoće.⁵⁰

Međutim, treba naglasiti i to da je rješenje Zakona o obligacionim odnosima koje predviđa da je strana koja je vodila pregovore u namjeri da zaključi ugovor, ali je odustala od te namjere bez opravdanog razloga i time nanijela štetu drugoj strani, dužna je da tu štetu nadoknadi, izgubilo na jasnoći i preciznosti odlukom redaktora Zakona da iz teksta Skice izbace dio koji glasi “i pošto je svojim držanjem naveo drugu stranu na gubitke”.⁵¹ Ovaj dodatak nije značajan samo zato što pojašnjenja ove odredbe već i zato što naglašava upliv načela savjesnosti i poštenja u ponašanja pregovarača.

U toku pregovora stranke nastoje da se informišu o najraznovrsnijim pitanjima, od kojih većina ima značaj i za odluku o zaključenju budućeg ugovor. To će, naravno, nekada značiti i saopštavanje važnih informacija i podataka. S obzirom na činjenicu da pregovori ne obavezuju i da ugovorne strane mogu od njih u svakom trenutku da odustanu, autori Načela evropskog ugovornog prava su posebnom odredbom zaštitili tajnost i povjerljivost podataka. S tim u vezi predviđeno je da ako je u toku pregovora saopšten kao povjerljiv neki podatak drugoj strani, ona je dužna da taj podatak čuva kao povjerljiv i da je ga ne upotrebljava za vlastitu korist i ciljeve, bez obzira da li su pregovori doveli do zaključenja ugovora ili ne. Povreda ove obaveze može dovesti do naknade pretrpljene štete ili restitucije na taj način stečene koristi.⁵² Odredbu identične sadržine, kao što smo vidjeli, sadrži i Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore.

⁵⁰ Slobodan Perović, nav.djelo, str. 264-266. Detaljnije: M. Draškić, Zaključenje ugovora o kupoprodaji, Beograd, 1972. str. 22. Detaljno o uslovima odgovornosti za prekid pregovora (šteta, krivica i uzročna veza) i naknadi negativnog ugovornog interesa Miodrag Orlić. nav.djelo, str. 69-117.; Ivica Jankovec, Pregovori za zaključenje ugovora, Privrednopravni priručnik, 9/1986., str. 4-8., Massimo Bianca, Diritto civile, libro III, Il contratto, str. 155-174.; Francesco Bartolini, Pietro Dubolino, nav.djelo, str. 1358-1361.

⁵¹ Čl. 6. st. 3. Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima

⁵² Načela evropskog ugovornog prava; član 2:302: Povreda povjerljivosti podataka

Snezana Miladinovic PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Montenegro

A VIEW ON CONTEMPORARY LEGISLATIVE RULES ON NEGOTIATIONS
AND RESPONSIBILITY FOR BREACH OF NEGOTIATION

Sumarry

This study examines contemporary legal, theoretical and practical aspects of liability for negotiations and responsibility for breach of negotiation. This study is dedicated to the legislative provisions in sphere of negotiations and liability for negotiations. The author deals, also, with some new theoretical opinions present in modern Italian legal doctrine.

Namely, the author of this research study is making an analytical review of some legal aspects of liability for negotiations. The main aim of this analysis is to give appreciation of the dispositions of the Montenegrin Code of obligations in comparison with the Principles of European Contract Law. Similarities and differences between those two acts represent an extremely interesting piece of research. The fact is that common law and continental law have different view on rule and significance of the principle bone fides in sphere of contract law. The author pays attention to similarities and differences between those two systems and their influence on contemporary legislation on question of liability for negotiation and responsibility for breaking of negotiation.

Key words: compromise, negotiations, good faith, liability for negotiations, responsibility for breach of negotiation