

*Samir MANIĆ*¹

UDK: 340.122:005.574
Bibliid 0025-8555, 64(2012)
Vol. LXIV, br. 1, str. 82–102
Izvorni naučni rad
Februar 2012.
DOI: 10.2298/MEDJP1201082M

ODGOVORNOST ZA ŠTETU ZBOG NESAVESNOG VOĐENJA PREGOVORA – UPOREDNO-PRAVNI PRIKAZ

APSTRAKT

Autor ovog rada analizira regulativu instituta odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora u normativnim aktima pojedinih zemalja EU i Balkana. Predmet analize su i pravila ponašanja strana tokom pregovora koja su stvarana kroz sudsku praksu i teoriju Švajcarske, Nemačke, Francuske i Mađarske. Analizom su obuhvaćena i pravila najznačajnijih međunarodnih sekundarnih izvora ugovornog prava: Principima evropskog ugovornog prava (PECL) i Zajedničkog pojmovnog okvira (DCFR). Zbog posebne uloge u regulisanju predugovornih odnosa u radu je posvećena značajna pažnja načelu savesnosti i poštenja

Ključne reči: odgovornost za nesavesno vođenje pregovora, predugovorna odgovornost, savesnost i poštenje.

UVOD

Ugovor se može zaključiti na način da jedno lice upućuje ponudu, a drugo je odmah prihvata, ili posle kraćih ili dužih pregovora o zaključenju ugovora. U suštini, najčešće pregovori, kao faza u okviru koje se približavaju stavovi strana o bitnim elementima ugovora, prethode zaključenju

1 Samir Manić, asistent na Državnom univerzitetu u Novom Pazaru, Odeljenje za pravo, e-mail adresa: manicsamir@hotmail.com.

ugovora. Međutim, nije redak slučaj da stranke nastave pregovore i posle zaključenja ugovora, tokom njegovog ispunjenja npr. u slučaju promenjenih okolnosti. Pravila koja važe za pregovore su identična, kako za pregovore koji prethode zaključenju tako i za one koji se vode posle zaključenja ugovora, s tom razlikom što kod neuspeha potonjih ostaje ugovor, dok kod neuspeha prethodnih ne ostaje ništa. Samo započinjanje pregovora može biti inicirano ponudom, pozivom na pregovore ili pozivom na upućivanje ponude. Bez obzira na to da li pregovori prethode zaključenju ili se vode posle zaključenja ugovora, predugovorni odnos treba jasno distancirati od ugovornog odnosa, jer se ni sadržajno ni vremenski ne poklapaju. Pregovori kao neizvesna i privremena faza, treba samo da doprinesu zaključenju, izmenama i dopunama ugovora. Međutim, sama razlika, predugovornog i ugovornog odnosa, ne znači da je predugovorna faza stanje potpune pravne neutralnosti, i za predugovorni stadijum važe izvesna pravila ponašanja, pa se strane u pregovorima ne mogu jedna naspram druge ponašati kako im volja. Predugovorni odnos, konkretno rečeno, je pravni odnos koji se zasniva na zakonskoj regulativi ili na pravilima ponašanja koja konstruišu sudska praksa i teorija oslanjajući se na načela zakona, a posebno na načelo savesnosti i poštenja. Iz tog odnosa proizilaze posebne obaveze njegovih učesnika, i to obaveze bez primarne obaveze na činidbu. Učesnici predugovornog odnosa nemaju obaveze koje bi se ticale neke činidbe, već obaveze koje se tiču njihovog ponašanja u toku pregovaranja.²

Osnovni princip, na kome se temelje predugovorni odnosi, jeste načelo savesnosti i poštenja. Upravo primena ovog načela, u predugovornoj fazi, predstavlja bitnu razliku između *common law*-a i evropskih prava.³ U

2 Mladen Draškić, "Pravni značaj pregovora za zaključenje ugovora", *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4, 1970, str. 339; Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, Institut za društvene nauke, Beograd, 1991, str. 10; Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, str. 19-35.

3 Za razliku od zemalja sa kontinentalnom pravnom tradicijom u kojima načelo savesnosti i poštenja zauzima centralno mesto, u *common law* pravnim sistemima ovo načelo nije priznato kao opšte pravilo i ne odnosi se na fazu pregovora. Među engleskim teoretičarima postoji shvatanje da bi uvođenje načela savesnosti i poštenja imalo negativan uticaj na slobodu ugovaranja, odnosno pregovaranja, i da bi obeshrabrilo zainteresovana lica da stupe u pregovore. To znači da u ovim pravnim sistemima pregovori imaju aleatorni karakter odnosno prihvaćen je tzv. „negativni koncept slobode ugovaranja“. U tom smislu, za strane koje pregovaraju ne nastaje nikakva obaveza dok se ne zaključi ugovor i one mogu prekinuti pregovore u bilo kom momentu. Videti: Tamara Đurđić, "Predugovorna odgovornost u nacionalnom i evropskom ugovornom pravu", *Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu-Glasnik prava*, br. 2, 2010, str. 115. <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/219.htm> 01/02/2011; Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., str. 28.

evropskim pravima, načelo savesnosti i poštenja, smatra se fundamentalnim principom, koji treba da odredi ponašanje strana još u toku pregovora.⁴

POJAM I NASTANAK PREDUGOVORNE ODGOVORNOSTI

Postoji mišljenje da su još i rimski pravници znali za pojam predugovorne odgovornosti, šta je pokušao utvrditi i sam Jering u svojoj raspravi, utemeljujući svoju ideju.⁵ Međutim, suština je u tome da se za tvorca problematike predugovorne odgovornosti može smatrati, isključivo, Jering koji je svojom raspravom širom otvorio vrata novom institutu obligacionog prava.⁶ Jeringov rad na razvijanju novog instituta obligacionog prava iniciran je činjenicom da tadašnje nemačko pravo nije imalo adekvatno rešenje za situaciju u kojoj je ugovor poništen zbog bitne zablude jedne ugovorne strane ili je poništen zbog nesporazuma ugovornih strana, dok je druga strana, koja nije skrivila ništavost ugovora, otpočela ispunjavati svoje ugovorne obaveze i pritom načinila izvesne troškove. Upotreba ugovorne tužbe za naknadu štete nije dolazila u obzir jer je ugovor ništav, za *actio de dolo* bio je potreban *dolus*, a za upotrebu *Akvilijanske tužbe* nedostajalo je oštećenje stvari.⁷ Stoga, Jering svoje razmišljanje usredsređuje na pitanje da li strana koja nije bila u zabludi, odnosno, nije skrivila ništavost ugovora ima pravo na naknadu štete koju je pretrpela zbog poništenja ugovora usled zablude druge strane, i ako ima, po kom osnovu će ostvariti to pravo, po osnovu ugovorne ili po osnovu deliktne odgovornosti.⁸

4 Videti: Tamara Đurđić, „Ugovorna odgovornost prema pravilima evropskog ugovornog prava” u: Stanko Bejatović (ur.), *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope*, Pravni fakultet, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2009, str. 429; Snežana Miladinović, „Pregovori u odredbama Načela evropskog ugovornog prava”, *Pravni život*, vol. 53, br. 10, 2004, str. 571–584; Atila Dudaš, „Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Srbije, pravima nekih reformskih zemalja i savremenim pisanim izvorima *lex mercatoria*”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 41, br. 1–2, 2007, str. 369–385.

5 Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, op. cit., str. 22; Ljiljana Obradović, „O značaju i nastanku *culpae in contrahendo*”, *Godišnjak pravnog fakulteta u Sarajevu*, godina XXXIV, 1987, str. 24.

6 Ljiljana Obradović, „O značaju i nastanku *culpae in contrahendo*”, op. cit., str. 22.

7 *Actio de legis Aquiliae* se mogla upotrebiti samo u slučaju postojanja tzv. akvilijanske štete tj., materijalne štete vidljive na osobi ili na stvari.

8 Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, op. cit., str. 16; Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., str. 37; Ljiljana Obradović, „O značaju i nastanku *culpae in contrahendo*”, op. cit., str. 22.

Mogućnost da nemarna strana prođe nekažnjeno, a da nevinna strana postane žrtva tuđe krivice, prema Jeringu, predstavlja očiglednu nepravdu. Tu nepoželjnu mogućnost želi da izbegne priznajući oštećenoj strani pravo na naknadu. Jering razlog odgovornosti vidi u *culpa*, koju je jedna strana počinila prilikom sklapanja ugovora, pa je stoga skovao sintagmu *culpa in contrahendo*.⁹ *Culpa in contrahendo* predstavlja predugovornu odgovornost koja nastaje zbog skrivljenog kršenja predugovornih obaveza. Iz samog naziva proizilazi da ova vrsta odgovornosti pretpostavlja postojanje *culpa*¹⁰ (nepažnje) kao stepena krivice za vreme ugovaranja (*contrahendo*), dakle u fazi kada ugovor još nije nastao, već se nalazi u stvaranju.

Prema Jeringovom shvatanju lice koje pristupa pregovorima preuzima na sebe obavezu da u pregovorima postupa sa određenom pažnjom (*diligentia in contrahendo*).¹¹ Dužnost ugovorne diligenije važi kako za uspostavljene, tako i za ugovorne odnose u nastajanju, pa kršenje te dužnosti i ovde, kao i tamo, čini osnov za preduzimanje ugovorne tužbe za naknadu štete.¹² Naime, prema Jeringovom mišljenju, ništavost ugovora označava jedino odsustvo onog dejstva koje se tiče ispunjenja ugovora, odnosno ništav ugovor u stanju je da proizvede sporedna dejstva, tj. obavezu naknade štete.¹³

Jering posmatra predugovornu i ugovornu fazu kao jedinstvenu celinu za koju važe isti principi. Stoga, Jering dolazi do zaključka da je osnov predugovorne odgovornosti ugovornog karaktera. Pritom, sam osnov predugovorne odgovornosti ne izvire iz ugovora čijem se zaključenju težilo, niti iz ugovora koji je zaključen pa poništen, već iz posebnog sporazuma koji nastaje u trenutku stupanja strana u pregovore. Iz tog prećutnog sporazuma proističe obaveza za sve strane u pregovorima da pokažu izvestan stepen pažnje (*diligentia in contrahendo*) koji je potreban za zaključenje ugovora zbog kojeg

9 Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, op. cit., str. 16.

10 Pod pojmom *culpa* današnji pravnici podrazumevaju oba oblika krivice: namera (umišljaj) i nepažnja (nehat), ali je u slučaju *culpa in contrahendo* praktično značajnija krivica u obliku nepažnje. Pod nepažnjom se podrazumeva zapostavljanje opreznosti koja je u predugovornom stadijumu potrebna, čime se krši izvesna predugovorna obaveza. Videti: Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, op. cit., str. 20-21.

11 Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, Objavljeno u: Bd. 4 Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts, tom I, 4/1861, ponovno štampan u Jhering, *Gesammelte Aufsätze*, 1881, str. 41–42.

12 Ibid., str. 52.

13 Ibid., str. 32.

su i stupile u pregovore kao i za ispunjenje obaveza iz istog. Proizilazi, dakle, da je pažnja koju je potrebno imati u toku pregovora varijabilna, i da zavisi od ugovora koji se želi zaključiti. Prećutni sporazum, pritom rađa obavezu pažljivog postupanja za obe strane, tako da je strana koja pretrpi štetu u toku pregovora dužna dokazati da druga strana nije svoje ponašanje saobrazila pažnji koja se od nje očekivala u toku pregovaranja. Ako ugovaranje propadne ili ugovor bude poništen posle zaključenja, ostaje na snazi prećutni sporazum po osnovu kojeg se strana, odgovorna za prekid pregovora ili poništenje ugovora, može obavezati na naknadu štete, a zbog nepoštovanja obaveze koja se od nje očekivala i bila merodavna za nju iz prećutnog sporazuma.¹⁴

Jering, takođe, razmatra i obim naknade štete kod predugovorne odgovornosti tako da dolazi do još jednog novog pojma u kontekstu obligacionih odnosa, dolazi do pojma *negativnog ugovornog interesa*. Prema Jeringu, negativni ugovorni interes predstavlja interes koji jedna strana ima da određeni ugovor uopšte nije bio zaključen, jer oštećena strana ima pravo da joj se šteta obračuna prema interesu koji bi imala da se ne obavezuje ugovorom koji nije nastao ili je poništen.¹⁵ Pritom, prema mišljenju Jeringa, negativnim ugovornim interesom treba obuhvatiti i prostu štetu i izmakli dobitak.¹⁶ Jering, takođe, izvodi konstataciju da se raspon negativnog ugovornog interesa može kretati od nule pa sve do iznosa pozitivnog ugovornog interesa.¹⁷

Jeringova teorija bila je predmet brojnih kritika. Njoj se, pre svega, zamera da nije zasnovana ni na kakvom zakonsko tekstu,¹⁸ već na pogrešno interpretiranom rimskom pravu.¹⁹ Primedbe su stavljene i na mogućnost

14 Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, op. cit., str. 16; Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., str. 39-40; Ljiljana Obradović, „O značaju i nastanku *culpae in contrahendo*”, op. cit., str. 25; Mladen Draškić, „Pravni značaj pregovora za zaključenje ugovora”, op. cit., str. 341.

15 Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, op. cit., str. 16.

16 Ibid., str. 20-22.

17 Ibid., str. 22.

18 Mladen Draškić, „Pravni značaj pregovora za zaključenje ugovora”, op. cit., str. 341; Jeringova teorija ne bi mogla imati toliko velik uticaj na ondašnji pravni život, da nije bila predstavljena kao postulat važećeg prava. Natan Woislowski, *Die Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragabschluss*, Basel, 1935, str. 81. Navedeno prema Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, op. cit., str. 19.

19 Mladen Draškić, „Pravni značaj pregovora za zaključenje ugovora”, op. cit., str. 342; Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, op. cit., str. 22; Ljiljana Obradović, „O značaju i nastanku *culpae in contrahendo*”, op. cit., str. 24.

protezanja *ugovorne diligencije* na predugovornu fazu, prema mišljenju kritike, takvo koncipiranje nije moguće. „U čemu je krivica za povredu ugovora moguće je znati tek uspostavljanjem sadržaja ugovora – a sadržaj ugovora ne postoji pre zaključenja ugovora. Prema tome ne može se znati pre zaključenja ugovora u čemu se sastoji i kakva je *ugovorna diligencija*.“²⁰ Zatim, kritika vidi u prećutnom sporazumu čistu fikciju, koja nema svoj osnov u praksi.²¹ Strana koja nije u mogućnosti da sklapa obligacione ugovore, npr. zbog poslovne sposobnosti, ne može ni odgovarati po osnovu prećutnog sporazuma, jer po logici i za taj sporazum se zahteva poslovna sposobnost. Ako, pritom, ugovor bude poništen iz navedenog razloga, ništav će biti i prećutni sporazum. Ono što se ne može osporiti Jeringu jeste činjenica da je bio začetnik dve nove ideje koje će kasnije izvršiti ogroman uticaj na zakonodavstva i sudsku praksu širom sveta.

U našem pravnom poretku, odgovornost za štetu nastalu zbog prekida pregovora je, relativno, novijeg datuma. Ovaj institut obligacionog prava uveden je u naš pravni poredak 1969. god. Skicom za Zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Konstantinovića. Nije se dugo čekalo na sudsku odluku, jer je 1977. godine²² doneta prva sudska odluka iz ove oblasti. Zakonsko regulisanje, odgovornosti za štetu nastalu zbog prekida pregovora, usledilo je godinu dana posle prve sudske odluke. Takav redosled događaja daje povoda zaključku da je Skica profesora Konstantinovića imala veliki uticaj, kako na zakonsku regulativu tako i na sudsku praksu.

Imajući u vidu činjenicu, da se prilikom izrade Skice profesor Konstantinović služio pozajmicama iz uporednog zakonodavstva,²³ može se jasno zaključiti da je institut odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora kao celovit preuzet iz stranog prava.²⁴ Profesor Konstantinović je odredbe o predugovornoj odgovornosti smestio u član 6. Skice, formulišući ih na sledeći način:

- „1. Pregovori i pogađanja koji prethode zaključenju ugovora ne obavezuju i svaka ih strana može prekinuti kad hoće.
2. Ali odgovara za štetu nastalu zbog pregovora onaj koji je vodio pregovore bez namere da zaključi ugovor.

20 Ljiljana Obradović, „O značaju i nastanku culpae in contrahendo”, op. cit., str. 25.

21 Mladen Draškić, „Pravni značaj pregovora za zaključenje ugovora”, op. cit., str. 342.

22 Presuda Saveznog suda Gsz. 51/77 od 11. jula 1977. godine, Zbirka sudskih odluka (nova serija) knjiga III, sveska 2, odluka br. 178.

23 Zlatko Jurišić, „Odgovornost za prekid pregovora po Zakonu o obligacionim odnosima”, *Privredno pravni priručnik*, godina XXX, br. 2, februar 1992, str. 45.

24 Ljiljana Obradović, „O značaju i nastanku culpae in contrahendo”, op. cit., str. 21.

3. Odgovara za prouzrokovanu štetu i onaj koji je vodio pregovore u nameri da zaključi ugovor, pa pošto je svojim držanjem naveo drugu stranu na gubitke, odustao od te namere bez osnovanog razloga.“

Redaktori Zakona o obligacionim odnosima preuzeli su članom 30. ZOO, uz određenu korekciju teksta,²⁵ član 6. Skice i na taj način uveli našu zemlju u krug retkih zemalja koje su zakonskim odredbama regulisale predugovornu odgovornost.

PRAVNI SISTEMI U KOJIMA JE ODGOVORNOST ZA PREKID PREGOVORA POSEBNO REGULISANA

Grčki Građanski zakonik

Grčki Građanski zakonik²⁶ reguliše predugovorne odnose u dva nivoa. U prvom nivou opštim načelom: „Prilikom pregovora radi zaključenja ugovora partneri su dužni da se jedan prema drugom ponašaju onako kako im nalaže savjestnost i poštenje i običaji saobraćaja“²⁷ U drugom nivou formulisano je posebno pravilo o predugovornoj odgovornosti: „Ko u toku pregovora za zaključenje ugovora drugom prouzrokuje štetu svojom krivicom, dužan je da je naknadi, čak i kad ugovor nije zaključen.“²⁸ Ovo pravilo o odgovornosti zbog culpa in contrahendo grčki Građanski zakonik preuzima iz nemačke sudske prakse koje nije bilo sadržano u tekstu nemačkog Građanskog zakonika.²⁹ Treba naglasiti da se grčki Građanski zakonik, stavom 2. člana 198, opredeljuje za deliktini karakter predugovorne odgovornosti.

Kvalitetne odredbe o pregovorima grčkog Građanskog zakonika imale su uticaja i na zakonodavnu aktivnost nekih drugih zemalja. Slične odredbe imaju i bugarski Zakon o obavezama i ugovorima (član 12),³⁰ izraelski Zakon o ugovorima (član 12a i 12b).

25 Izostavljanjem važnog dela trećeg stava: „pa pošto je svojim držanjem naveo drugu stranu na gubitke“ znatno je otežano tumačenje teksta i namere zakonodavca iz čl. 30. ZOO.

26 Grčki Građanski zakonik(1940). http://www.fa3.gr/nomothesia_2/nomoth_gen/19-Astikos-kodikas-genika.htm 04/02/2011.

27 Čl. 197. grčkog Građanskog zakonika.

28 Čl. 198. st. 1. grčkog Građanskog zakonika.

29 http://sh.wikipedia.org/wiki/Gr%C4%8Dki_gra%C4%91anski_zakonik 04/02/2011.

30 „Tokom pregovaranja strane moraju postupati u dobroj veri. U suprotnom su odgovorne za naknadu štete“, <http://geodeya.com/bg/realestates-laws/92-zzd> 04/02/2011.

Italijanski Građanski zakonik

Italijanski Građanski zakonik³¹ u članu 1337. pod naslovom: pregovori i predugovorna odgovornost (*Trattative e responsabilità precontrattuale*), reguliše predugovorne odnose na sledeći način: “U toku pregovora i nastajanja ugovora strane su dužne da se ponašaju savesno.”³² Ovako formulisano pravilo italijanskog Građanskog zakonika često se uzima kao uzor zakonskog regulisanja pregovora. Ono što se može na prvi pogled zapaziti, a čime se italijanski Građanski zakonik razlikuje od ranijih zakonskih rešenja, jeste primena načela savesnosti u regulisanju pregovora. Stranke su dužne da se još u toku pregovora ponašaju u skladu sa načelom savesnosti.

Predugovorna odgovornost u poljskom pravu

U okviru Građanskog zakonika republike Poljske iz 1964. godine³³ institut odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora za zaključenje ugovora regulisan je u čl. 72. st. 2. Iz formulacije ove odredbe³⁴ može se zaključiti da je načelo savesnosti i poštenja osnovni konstruktivni element regulisanja odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora u poljskom pravu: strana koja je započela ili vodila pregovore protivno *dobrim običajima*, posebno ako je pregovore vodila bez stvarne namere da se zaključi ugovor, dužna je da drugoj strani naknadi štetu koja je proistekla iz toga što je ona računala na to da će do zaključenja ugovora stvarno i doći. Pozivanje na dobre običaje, u suštini, je pozivanje na načelo savesnosti i poštenja, pre svega na njegovu objektivnu komponentu, na imperativ poštenosti, što proizilazi iz jezičkog konteksta čl. 72. st. 2.³⁵

31 Italijanski Građanski zakonik (1942). http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm, 04/02/2011.

32 Čl. 1337. italijanskog Građanskog zakonika – “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*” http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm, 04/02/2011.

33 Poljski Građanski zakonik, donet 23. aprila 1964. godine (Dziennik Ustaw 1964. No. 16, 93) sa brojnim kasnijim izmenama i dopunama (u daljem tekstu: PGZ) – http://www.ihlublin.pl/pliki%20do%20pobrania/kodeks_cywilny.pdf, 14/05/2011.

34 „Strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy” http://www.ihlublin.pl/pliki%20do%20pobrania/kodeks_cywilny.pdf, 14/05/2011.

35 Atila Dudaš, “Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Srbije, pravima nekih reformskih zemalja i savremenim pisanim izvorima *lex mercatoria*” op. cit., str. 375.

PGZ predviđa i dužnost čuvanja poverljivih informacija do kojih se došlo tokom vođenja pregovora.³⁶ U nedostatku drugačijeg sporazuma, ako je tokom vođenja pregovora, jedna strana drugoj strani saopštila informacije koje se mogu smatrati poverljivim, druga strana ne sme te informacije saopštiti ili učiniti dostupnim trećim licima, niti da iskoristi iste u sopstvenu korist. Strana koja je povredila dužnost čuvanja poverljivih informacija, dužna je da naknadi drugoj strani time prouzrokovana štetu ili da joj ustupi korist koju je stekla zloupotrebom poverljivih informacija.³⁷

Predugovorna odgovornost u pravima Republike Srbije, Slovenije, Makedonije, Republike Srpske/BiH, Crne Gore i Hrvatske

Začetnik ideje o zakonskom regulisanju predugovornih odnosa, u našem pravu, bio je Mihailo Konstantinović u svojoj *Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima*.³⁸ On je u svojoj Skici predvideo gotovo istovetno rešenje pitanja odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora, kao i Zakon o obligacionim odnosima.³⁹ Naime, ZOO je inkorporisao u čl. 30, uz neznatnu razliku čl. 6 Skice, i tako uveo našu zemlju u krug zemalja koje posebnim odredbama zakona regulišu predugovornu fazu odnosa. Pre *Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima*, u našem pravu, predugovorna odgovornost nije bila regulisana.⁴⁰

36 Art. 721. (43) § 1 „Jeżeli w toku negocjacji strona udostępniła informacje z zastrzeżeniem poufności, druga strona jest obowiązana do nieujawniania i nieprzekazywania ich innym osobom oraz do niewykorzystywania tych informacji dla własnych celów, chyba że strony uzgodniły inaczej.“ http://www.ihlublin.pl/pliki%20do%20pobrania/kodeks_cywilny.pdf 14/05/2011.

37 Atila Dudaš, „Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Srbije, pravima nekih reformskih zemalja i savremenim pisanim izvorima *lex mercatoria*” op. cit., str. 375.

38 Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* (Klasici jugoslovenskog prava), „Službeni list SRJ“, Beograd 1996, prvi put objavljena 1969. godine u izdanju Pravnog fakulteta u Beogradu (u daljem tekstu: Skica).

39 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, „Službeni list SCG“, br. 1/2003.

40 Atila Dudaš, „Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Srbije, pravima nekih reformskih zemalja i savremenim pisanim izvorima *lex mercatoria*” op. cit., str. 371; Zlatko Jurišić, „Odgovornost za prekid pregovora po Zakonu o obligacionim odnosima” op. cit., str. 44; Miodrag Orlić, „Ogled o odgovornosti za prekid pregovora”, *Pravni život*, vol. 45, br. 10, 1996, str. 529; Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., str. 32; Suprotno: Mladen Draškić, „Predugovorna odgovornost”, *Knjiga o desetogodišnjici ZOO (1978-1988)*, tom I, 1988, str. 145. navodi presudu br: Gz 61/69 objavljenu u: Zbornik sudskih odluka iz 1970., knjiga XV, sv. II, odluka br. 232. čija sentenca govori u prilog činjenici da su i u tom periodu činjeni izleti sudskim odlukama u kontekst predugovorne odgovornosti.

Jedno od osnovnih načela našeg ugovornog prava jeste načelo autonomije volje⁴¹ iz koga proističe sloboda ugovaranja, pa su stranke slobodne da u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja svoje odnose urede po svojoj volji. Volja strana pri uređivanju obligacionih odnosa je, svakako, ograničena i načelom savesnog i poštenog postupanja.⁴² Na ovim opštim načelima zasniva se sloboda pregovaranja. Međutim, naš zakonodavac se nije zadovoljio načelnim formulacijama, već je predugovorne odnose, pregovore, regulisao i posebnim normama. Pa, tako u čl. 30 proglašava slobodu pregovaranja kao opšte pravilo. Pregovori koji prethode zaključenju ugovora ne obavezuju i svaka ih strana može prekinuti kad god hoće.⁴³ Ali se zatim, kao izuzeci od opšteg pravila, predviđaju dva pravila kojima se uređuju dužnosti strana u pregovorima. U prvom od njih se navodi da strana koja je vodila pregovore bez namere da zaključi ugovor odgovara za štetu nastalu vođenjem pregovora,⁴⁴ a u drugom, odgovara za štetu i strana koja je vodila pregovore u nameri da zaključi ugovor, pa odustane od te namere bez osnovanog razloga i time drugoj strani prouzrokuje štetu.⁴⁵

ZOO, dakle, razlikuje tri situacije, mada nejasno formulisane, na koje se predugovorna odgovornost može odnositi. Prva je kada jedna strana uđe u pregovore, bez postojanja bilo kakve namere da zaključi ugovor o kojem pregovara i pri tom prouzrokuje štetu drugoj strani koja je pogrešno, verujući u uspešnost pregovora, načinila izdatke koji nisu zanemarljivi. Druga situacija je ona kada jedna strana uđe u pregovore sa namerom da zaključi ugovor, pa od nje odustane i nastavi da vodi pregovore, nakon što je odustala od namere da ugovor o kome vodi pregovore i zaključi. I treća situacija, kada strana prekine pregovore bez opravdanog razloga i time drugoj strani prouzrokuje štetu.

Imajući u vidu činjenicu da su predugovorni odnosi regulisani i načelom savesnosti i poštenja, jer se jasno kaže da u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveze iz tih odnosa učesnici su dužni da se pridržavaju načela savesnosti i poštenja, može se zaključiti da su normirani i oni pojavnici oblici predugovorne odgovornosti koji nisu obuhvaćeni čl. 30, ZOO. Na osnovu toga, može se očekivati proširenje dužnosti pregovarača koje se izvode

41 Čl. 10. ZOO.

42 Čl. 12. ZOO.

43 Čl. 30. st. 1. ZOO.

44 Čl. 30. st. 2. ZOO.

45 Čl. 30. st. 3. ZOO.

iz načela savesnosti i poštenja,⁴⁶ mada, za sada, sudska praksa ima u vidu samo čl. 30 ZOO, dok obilje varijacija koje pruža načelo savesnosti i poštenja se ispušta iz vida.⁴⁷ Tako se niz pojavnih oblika povrede načela savesnosti i poštenja u predugovornoj fazi, najčešće, podvodi pod deliktну odgovornost, npr. otkrivanje poslovne tajne, koja se u suštini primenom načela savesnosti i poštenja može koncipirati kao oblik predugovorne odgovornosti.⁴⁸

Imajući u vidu činjenicu da su novija zakonodavstva u regulisanju predugovornih odnosa krenula putem Principa evropskog ugovornog prava, taj kurs bi trebalo slediti prilikom eventualnog noveliranja našeg Zakona o obligacionim odnosima, ili njegove inkorporacije u budući Građanski zakonik, npr:

1. Pregovori koji prethode zaključenju ugovora ne obavezuju i svaka ih strana može prekinuti ako je to savesno i pošteno.
2. Strana koja je pregovarala ili prekinula pregovore suprotno načelu savesnosti i poštenja odgovara za štetu koju je tim činom prouzrokovala drugoj strani.

46 Inače, smatra se da načelo savesnosti i poštenja ima četiri funkcije. Prva je funkcija konkretizacija, a zahteva ne samo pridržavati se ugovora, već valja voditi računa i o smislu i svrsi obligacionog odnosa uopšte. Prema drugoj funkciji to načelo javlja se kao izvor dodatnih obveza (u tome se sastoji njegova regulativna funkcija). Funkcija ograničenja zahteva da se učesnici obligacionopravnih odnosa u obavljanju svojih prava moraju suzdržati od mogućeg korišćenja položaja u obligacionopravnom odnosu i sprovođenje prava na način protivan načelu savesnosti i poštenja. Najzad, funkcija korekcije garantuje izmenu sadržaja ugovora i pravnog položaja stranaka, u svrhu prilagođavanja ugovora izmenjenim okolnostima. Videti: Vjekoslav Ivančić, „Predugovorna odgovornost”, *Pravnik*, vol. 40, No. 83, 2006, str. 142.

47 Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., str. 33.

48 Kod slučajeva otkrivanja poslovne tajne, sudovi su sporove rešavali primenom pravila deliktne odgovornosti, zbog čega je bilo rašireno mišljenje da otkrivanje poslovne tajne predstavlja klasičan delikt i da takve situacije isključivo i treba rešavati na temelju pravila te odgovornosti. Suprotno tome, kaže se da se u prosuđivanju radi li se kod otkrivanja poslovne tajne o deliktnoj ili predugovornoj odgovornosti osnovno pitanje bilo bi na koji je način štetnik došao do podatka koji predstavlja poslovnu tajnu. Ako je on taj podatak saznao u toku pregovora od svoga sapregovarača radilo bi se o predugovornoj odgovornosti, a ako bi neka osoba koja nije u pregovorima s nekom drugom osobom saznala određene poslovne tajne te druge osobe radilo bi se o klasičnom deliktu. Vidi: Vjekoslav Ivančić, „Predugovorna odgovornost”, op. cit., str. 142; Videti: Ivica Jankovec, „Očuvanje tajne iz pregovora radi zaključenja ugovora”, *Pravni život*, vol. 54, br. 11, 2005, str. 455–458.

3. Ako je jedna strana u pregovorima dala drugoj strani poverljive informacije ili joj omogućila da do njih dođe, druga ih strana, ako nije drukčije ugovoreno, ne sme učiniti dostupnim trećim licima niti ih koristiti za svoje potrebe, bez obzira na to je li ugovor kasnije zaključen ili nije.

Nova zakonodavna regulativa u Obligacijskom Zakoniku Republike Slovenije⁴⁹ iz 2001. godine i Zakonu o obligacionim odnosima Republike Makedonije⁵⁰ sadrže u doslovnosti istu regulativu o pregovorima kao i naš ZOO.

Republika Srpska, odnosno Federacija BiH sa neznatnim izmenama još uvek primenjuju nekadašnji savezni ZOO iz 1978. godine, mada je u proceduri donošenje novog zakona o obligacionim odnosima čiji je zvaničan nacrt⁵¹ objavljen 2003. godine, ali još nije došlo do njegovog usvajanja. Izmene ZOO u Republici Srpskoj/BiH nisu dotakle pitanje odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora, tako Nacrt novog zakona čl. 26. ne uvodi nikakvu novinu u pogledu ovog instituta, u odnosu na nekadašnji ZOO SFRJ.

Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore,⁵² po pitanju nesavesnog vođenja pregovora, predviđa samo jednu novinu u odnosu na nekadašnji ZOO SFRJ. Članom 23. st. 5. ZOOG predviđa obavezu čuvanja poverljivih informacija.⁵³

Značaj načela savesnog i poštenog postupanja u predugovornoj fazi jasno pokazuje donošenje novog Zakona o obaveznim odnosima Republike Hrvatske,⁵⁴ gde se zakonodavac u odredbama novog ZOO-Hr poslužio načelom savesnosti i poštenja kao generalnom klauzulom u okviru koje su inkorporisani svi mogući pojavnici oblici povrede predugovorne odgovornosti. Naime, umesto odgovornosti za odustanak od pregovora „bez opravdanog

49 Obligacijski zakonik, Ur. list, Republike Slovenije, br. 83/2001, 32/2004, 28/2006, Odluka US: U-I-300/04-25, objavljene u Up. list br. 29/2007 i odluka US: U-I-267/006-41, objavljene u Ur. list br. 40/2007.

50 Zakon o obligacionim odnosima Republike Makedonije, Sl. vesnik RM br 18/01, 78/01, 04/02, 59/02 i 05/03.

51 Nacrt zakon o obligacionim odnosima, Federacija BiH / Republika Srpska, Stanje 16/06/2003, <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/BiH-Project/Data/Obligacije%2016.06.03.pdf>.

52 Zakon o obligacionim odnosima, „Sl. list Crne Gore“, br. 47/08. (ZOOG)

53 Ako je jedna strana u pregovorima dala drugoj strani poverljiva obavještenja ili joj omogućila da dođe do njih, druga ih strana, ako nije drukčije ugovoreno, ne smije učiniti dostupnim trećim licima niti ih koristiti za svoje interese, bez obzira da li je ugovor naknadno zaključen ili nije.

54 Zakon o obaveznim odnosima Republike Hrvatske (ZOO-Hr), „Narodne novine“, br. 35/2005.

razloga“, prema ZOO-Hr strana koja je vodila pregovore odgovaraće drugoj strani za nastalu štetu, ako je pregovore vodila i iste prekinula „suprotno načelu savjesnosti i poštenja“. ⁵⁵ Pregovaranje bez namere sklapanja ugovora ⁵⁶ i prekidanje pregovora bez opravdanog razloga definitivno su i dalje situacije u kojima predugovorna odgovornost postoji, jer i one predstavljaju ponašanja protivna načelu savjesnosti i poštenja. Međutim, ovom se stavkom ta odgovornost ne ograničava samo na njih, već i na sve ostale slučajeve povrede tog načela u fazi pregovaranja. ⁵⁷

Zakon o obaveznim odnosim Republike Hrvatske predviđa jednu bitnu novinu u odnosu na ZOO, a to je obaveza čuvanja poverljivih informacija u vezi druge strane do kojih je strana došla tokom pregovora „Ako je jedna strana u pregovorima dala drugoj strani povjerljive obavijesti ili joj omogućila da dođe do njih, druga ih strana, ako nije drukčije ugovoreno, ne smije učiniti dostupnim trećima niti ih koristiti za svoje interese, bez obzira je li naknadno ugovor sklopljen ili nije.“ ⁵⁸ Prema rečima zakona, ovo pravilo je dispozitivne prirode i primenjivaće se samo u slučaju da se strane nisu drugačije dogovorile.

Navedena rešenja iz Zakona o obaveznim odnosima Republike Hrvatske su u potpunom skladu sa odredbama Principa evropskog ugovornog prava.

PRAVNI SISTEMI U KOJIMA SU SUDSKA PRAKSA I TEORIJA STVORILE PRAVILA O PONAŠANJU PREGOVARAČA

U pojedinim evropskim pravima (nemačko, švajcarsko...) načelo savjesnosti i poštenja je shvaćeno kao vrhovno načelo u pravu. Smisao ovog načela ogleda se u zahtevu da se svako lice u svakoj prilici ponaša savesno. ⁵⁹ Sudovi ovih zemalja, oslanjajući se na načelo savjesnosti i poštenja, stvorili su pravila o ponašanju pregovarača. Najbolji primer kreativne uloge sudske prakse u stvaranju pravila ponašanja pregovarača tokom pregovora jeste praksa švajcarskih sudova: 1) *dužnost ozbiljnog pregovaranja* – Lice koje inicira

55 „Ali strana koja je pregovarala ili prekinula pregovore suprotno načelu savjesnosti i poštenja odgovorna je za štetu koja je time prouzročena drugoj strani.“ Čl. 251. st. (2). ZOO-Hr.

56 „Suprotno je načelu savjesnosti i poštenja, između ostalog, ako strana uđe u pregovore s drugom stranom bez prave namjere da s tom stranom sklopi ugovor.“ Ova formulacija, u čl. 251. st. (3). ZOO-Hr, je suvišna imajući u vidu st. 2. istog člana.

57 Vjekoslav Ivančić, “Predugovorna odgovornost”, op. cit., str. 143.

58 Čl. 251. st. (4). ZOO-Hr.

59 Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., str. 28.

pregovore dužno je da ih vodi sa namerom da zaključi ugovor. Ako neko otpočne pregovore bez namere zaključenja ugovora, ili ako ih povede u toj nameri, pa docnije od nje odstupi bez osnovanog razloga, odgovara drugoj strani za prouzrokovanu štetu;⁶⁰ 2) *dužnost uzdržavanja od prevare* – Strane u pregovorima su dužne da se tokom pregovora ponašaju lojalno i korektno;⁶¹ 3) *dužnost obaveštavanja* – Svaka strana u pregovorima je dužna obavestiti drugu stranu o svim činjenicama koje mogu biti od značaja za njenu odluku o nastavljanju pregovora i o eventualnom zaključenju ugovora;⁶² 4) *dužnost davanja saveta* – Pregovarač je dužan da u vezi sa zaključenjem eventualnog ugovora pruži savete drugoj strani po svom najboljem znanju i umeću. To naročito važi kada je reč o pregovaračima nejednakih stručnih znanja.⁶³

Oslanjajući se na načelo savesnosti i poštenja nemački teoretičari su obaveze strana tokom pregovora klasifikovali na “dužnosti očuvanja i staranja”⁶⁴ i “obaveze lojalnosti i diskrecije.”⁶⁵ „Dužnosti očuvanja i staranja“ služe zaštititi ličnih i imovinskih dobara partnerovih dok pregovori traju. Učesnici pregovora ne smeju svojim postupcima škoditi telesnom i imovinskom integritetu druge strane. Sa druge strane, „obaveze lojalnosti i diskrecije“ su obaveze davanja određenih obaveštenja i objašnjenja. Strane u pregovorima su dužne da jedna drugu obaveste o izvesnim činjenicama: 1) o okolnostima što stoje na putu zaključenja punovažnog ugovora; 2) o činjenicama koje su od presudnog značaja za odluku druge strane da ugovor sklopi; 3) o sadržaju i domašaju opštih uslova na koje se ugovor oslanja; 4) o naročito opasnim svojstvima predmeta ugovora.⁶⁶

60 Presuda Vrhovnog suda Švajcarske ATF 77/1951 II 136.(Arrêt du Tribunal Fédéral). Navedeno prema Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., str. 29.

61 Presuda Vrhovnog suda Švajcarske ATF 105/1979 II, 80. Navedeno prema Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., str. 29.

62 Odluke Vrhovnog suda Švajcarske: ATF 102/1976 II 84, ATF 105/1979 II 80, ATF 66/1940 II 140. Navedeno prema Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., str. 30.

63 Odluka Vrhovnog suda Švajcarske: ATF 68 II 302. Navedeno prema Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., str. 30.

64 Rudolf Thimann, *Culpa in contrahendo- ein Beitrag zum Deliktsrecht*, Gelsenkirchen, 1984, str. 1-2. Navedeno prema Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, op. cit., str. 11.

65 Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I: *Allgemeiner Teii*, 13. Auflage, München, 1982, str. 100-101. Navedeno prema Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, op. cit., str. 62.

66 Volker Emmerich, u: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz buch*, Band 2: *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1979, Vorbemerkungen vor §275, marginalni broj 92. Navedeno prema Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, op. cit., str. 11.

Obaveze davanja obaveštenja i objašnjenja treba shvatiti u užem smislu, one se ne smeju razvlačiti tako daleko da njen imalac praktično snosi ugovorni rizik svoga partnera. Takođe, ove obaveze odnose se samo na činjenice koje druga strana ne zna niti je dužna znati.⁶⁷

Mada francuski Code civile (CC), u svojim odredbama, ne predviđa direktno rešenje problema nesavesnog vođenja pregovora, francuska teorija nalazi legalnu osnovu za ovu odgovornost u opštem pravilu odgovornosti, koju predviđa čl. 1382. CC.⁶⁸ Većina pravnika u francuskoj doktrini stoji na stanovištu da predugovorna odgovornost ima svoj izvor u deliktu i mora biti određena prema opštim principima deliktne odgovornosti.⁶⁹

Mađarski Građanski zakonik⁷⁰ (MGZ) ne sadrži odredbe koje bi na neposredan način regulisale predugovornu odgovornost, ali to ne znači da se iz MGZ ne mogu izvesti principi po osnovu kojih bi pregovarač odgovarao za štetu nastalu usled nesavesnog vođenja pregovora. Kao osnovno načelo građanskog prava u MGZ javlja se načelo savesnosti i poštenja i dužnost međusobne saradnje čl. 4 st. 1. MGZ, gde se predviđa da su učesnici u građanskopravnom odnosu dužni da u ostvarivanju prava i izvršavanju obaveza postupaju u skladu sa principom savesnosti i poštenja, uz dužnost međusobne saradnje.⁷¹ Načelo savesti i poštenja i dužnosti međusobne saradnje je u domenu ugovornog prava dalje konkretizovano, jer MGZ predviđa da su ugovorne strane prilikom zaključenja ugovora dužne da vode računa o opravdanim interesima druge strane.⁷² Isti stav ovog člana posebno ističe da su strane pre zaključenja ugovora dužne da obaveste jedna drugu o svim važnim okolnostima u vezi ugovora koji se namerava zaključiti.⁷³ Dužnost međusobnog obaveštavanja jeste konkretizacija opšteg načela dužnosti saradnje pri zasnivanju obligacionih odnosa.

Imajući u vidu pomenuto načelo savesnosti i poštenja i dužnosti saradnje, kao i drugo osnovno načelo MGZ-a, prema kojem sud može da obaveže lice,

67 Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, op. cit., str. 12, fn. 18.

68 „Svaki ljudski čin, koji drugom prouzrokuje štetu, obavezuje onoga čijom je krivicom nastupio, da je naknadi”.

69 Mladen Draškić, „Pravni značaj pregovora za zaključenje ugovora”, op. cit., str. 345.

70 IV Zakon iz 1959. godine o Građanskom zakoniku (1959. évi IV. törvény a Polgári Törvénykönyvről – Ptk).

71 A polgári jogok gyakorlása és a kötelezettségek teljesítése során a felek a jóhiszeműség és a tisztesség követelményeinek megfelelően, kölcsönösen együttműködve kötelesek eljárni.

72 205 § (3) MGZ

73 Ibid.

čije je namerno ponašanje navelo drugo savesno lice na određeno ponašanje, usled čega je bez svoje krivice pretrpelo štetu, da ovom drugom tu štetu u potpunosti ili delimično naknadi, odgovornost za nesavesno vođenje pregovora može se koncipirati i u mađarskom pravu.⁷⁴

ODGOVORNOST ZA NESAVESNO VOĐENJE PREGOVORA PREMA PRINCIPIMA EVROPSKOG UGOVORNOG PRAVA I NACRTA ZAJEDNIČKOG POJMOVNOG OKVIRA

Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora Principi evropskog ugovornog prava (PECL)⁷⁵ regulišu u trećem delu dugog poglavlja (Section 3 - Liability for negotiations), u članovima 2: 301 (Article 2:301 (ex art. 5.301) – “Negotiations Contrary to Good Faith“ – Pregovori suprotni dobroj nameri, ili vođenje pregovora suprotno načelu savesnosti i poštenja)⁷⁶ i 2:302 (Article 2:302 (ex art. 5.302) – “Breach of Confidentiality“ – Povreda poverljivosti, ili povreda dužnosti čuvanja poverljivih informacija do kojih se došlo tokom pregovora).⁷⁷

Principi prvo naglašavaju načelan stav da pregovori ne obavezuju rečima da je stranka slobodna da pregovara i ne odgovara za neuspeh u postizanju dogovora.⁷⁸ Međutim, strana koja je pregovore vodila ili ih prekinula suprotno načelu savesnosti i poštenja odgovorna je za štetu prouzrokovanu drugoj strani.⁷⁹ Naročito se smatra nesavesnim, ako je stranka ušla u pregovore ili vodila iste bez stvarne namere postizanja sporazuma sa drugom stranom.⁸⁰ Principi evropskog ugovornog prava odgovornost za nesavesno vođenje

74 Atila Dudaš, “Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Srbije, pravima nekih reformskih zemalja i savremenim pisanim izvorima lex mercatoria” op. cit., str. 373-374.

75 Principles of European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, the Hague, Part I and II, 2000, Part III. 2003. <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/06/02/2011>.

76 <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/2.301.html> 06/02/2011.

77 <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/2.302.html> 06/02/2011.

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

79 “However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party”. Čl. 2:301. st. (2) PECL.

80 “It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party”. Čl. 2:301. st. (3) PECL.

pregovora povezuju sa načelom savjesnosti i poštenja imajući u vidu kako subjektivnu, tako i objektivnu komponentu načela.

PECL regulišu i obavezu čuvanja poverljivih informacija. Naime, ako su poverljive informacije date jednoj strani u toku pregovora, druga strana je obavezna da ih čuva kao poslovnu tajnu, ne sme ih učiniti dostupnim trećim licima, niti ih može koristiti za sopstvene potrebe, nezavisno od toga da li je ugovor kasnije zaključen ili ne.⁸¹

Jedna konstatacija se nameće u vezi sa obavezom čuvanja poverljivih informacija koju predviđa PECL. Naime, iz formulacije člana koji se odnosi na čuvanje poverljivih informacija može se zaključiti da ne postoji opšta obaveza pregovarača da sve informacije do kojih su tokom pregovora došli tretiraju kao poverljive, osim ako ih druga strana nije jasno označila kao poverljive, ili se one u kontekstu konkretnih okolnosti mogu smatrati poverljivim.⁸²

U smislu čuvanja poverljivih informacija DCFR je eksplicitniji jer sadrži definiciju poverljivih informacija. Pod poverljivom informacijom se podrazumeva „informacija koja se po svojoj prirodi, ili prema okolnostima pod kojima se do nje došlo smatra poverljivom za jednu stranu, a da je pri tom druga strana primajući tu informaciju znala ili se od nje očekivalo da zna da je ona poverljiva”.⁸³ DCFR sadrži odredbu kojom daje pravo strani koja osnovano predvidi povredu obaveze čuvanja poverljivih informacija da pribavi sudski nalog kojim se zabranjuje takvo postupanje.⁸⁴

81 “If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party”. Čl. 2:302. PECL.

82 Atila Dudaš, „Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Srbije, pravima nekih reformskih zemalja i savremenim pisanim izvorima *lex mercatoria*” op. cit., str. 382; Tamara Đurđić, „Ugovorna odgovornost prema pravilima evropskog ugovornog prava”, op. cit., str. 431.

83 “In this Article, “confidential information” means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party.” Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Čl. 3:302 (2) DCFR, Book II. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf 15/05/2011.

84 “A party who reasonably anticipates a breach of the duty may obtain a court order prohibiting it.” Čl. 3:302 (3) DCFR, Book II. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf 15/05/2011.

Način regulisanja predugovornih obaveza u DCFR-u ne razlikuje se bitno od PECL-a. Pored odredbi kojima se dopunjuje regulisanje obaveze čuvanja poverljivih informacija, ostale razlike nisu suštinske prirode. U DCFR-u se dodatno naglašava da obaveze savesnog postupanja u pregovorima *ne mogu biti niti isključene niti ograničene ugovorom*.⁸⁵ Na taj način se načelo savesnosti i poštenja, u predugovornim odnosima, u još većoj meri stavlja u prvi plan.

Na kraju treba zaključiti da načelo savesnosti i poštenja predstavlja temeljno pravilo na kome se zasniva odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u evropskim pravima.

ZAKLJUČAK

Začetnik teorijskog razvoja dva nova instituta obligacionog prava, predugovorne odgovornosti i negativnog ugovornog interesa, Rudolf von Ihering nije ni slutio kakve će posledice na teorijskom i praktičnom planu imati njegova rasprava. Efekti Jeringove rasprave, po prvi put, u našem pravu ostvaruju svoj uticaj kroz Skicu profesora Konstatinovića, da bi se sve to, ubrzo, zaokružilo donošenjem Zakona o obligacionim odnosima koji je svojim odredbama regulisao predugovornu odgovornost.

Kod predugovorne odgovornosti najviše nedoumica izaziva pitanje njene pravne prirode. Ubrzo posle Jeringove rasprave javiće se niz teorija (deliktne, ugovorne, kvazi-ugovorne) koje na različite načine poimaju pravnu prirodu predugovorne odgovornosti. Pristalice deliktne teorija predugovornu odgovornost vide kao segment deliktne odgovornosti, prema njihovom mišljenju kršenje predugovornih obaveza predstavlja deliktnu radnju. Kritika je ubrzo odbacila teorijska shvatanja pristalice deliktne teorija, da bi, potom, usledile brojne teorije o ugovornoj prirodi predugovorne odgovornosti. Pristalice ugovornih teorija nisu uspele, ipak, da pruže dovoljno argumenata kojima bi odbranile svoja teorijska shvatanja. Pošto ugovorne teorije nisu bile veće sreće, od deliktne, teoretičari koji se nisu mirili sa deliktним karakterom predugovorne odgovornosti došli su na ideju o kvazi-ugovornom karakteru pravne prirode predugovorne odgovornosti. Pristalice ovih teorija predugovorni odnos vide kao poseban „zakonski obligacioni odnos“ koji je sličan ugovornom

85 Čl. 3:301 DCFR. “A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.” 15/05/2011.

odnosu i zato podleže pravilima ugovornog prava. Ni koncepcija kvazi-ugovorne prirode predugovorne odgovornosti nije imala veći uspeh. Čini se kao da je rešenje problema pravne prirode predugovorne odgovornosti sve vreme ležalo u miroljubivoj koegzistenciji mišljenja pristalica ugovorene i deliktne koncepcije, kroz ideju o heterogenoj prirodi predugovorne odgovornosti. Naime, predugovorna odgovornost ima i ugovornu i deliktnu prirodu, a sve u zavisnosti od toga o kojem se pojedinačnom modalitetu predugovornih odnosa radi, da li je prekršena generalna zabrana prouzrokovanja štete ili, pak, obaveza koja je bliža ugovornim obavezama i prisnijem odnosu među pregovaračima.

Osnovni princip na kome se temelje predugovorni odnosi, u većini evropskih prava, jeste načelo savesnosti i poštenja. Međutim, pojedini pravni sistemi imaju posebne zakonske odredbe kojima se regulišu pregovori. U krug pravnih poredaka koji posebnim odredbama reguliše predugovorne odnose ulazi i naš pravni sistem. Naš zakonodavac se opredelio za regulisanje ove vrste odnosa putem generalne klauzule o obavezi savesnog i poštenog postupanja prilikom zasnivanja ugovornih odnosa, da bi potom generalnu klauzulu konkretizovao posebnim odredbama o ponašanju strana tokom pregovora. Ovakvim pristupom su opšta pravila, o savesnom i poštenom postupanju, stavljena u drugi plan, tako da su ih sudovi često prevideli kao mogući osnov predugovorne odgovornosti, što, pretpostavljamo, nije bila namera zakonodavca. Imajući u vidu činjenicu da su novija zakonodavstva u regulisanju predugovornih odnosa krenula putem Principa evropskog ugovornog prava, taj kurs bi trebalo slediti prilikom eventualnog noveliranja našeg Zakona o obligacionim odnosima, ili njegove inkorporacije u budući Građanski zakonik.

LITERATURA

1. Draškić, Mladen: „Predugovorna odgovornost“, *Knjiga o desetogodišnjici ZOO* (1978-1988), I-tom, Beograd 1988, 135-146.
2. Draškić, Mladen: „Pravni značaj pregovora za zaključenje ugovora“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3-4/ 1970, 337-350.
3. Dudaš, Atila: „Mogućnost opozivanja ponude za zaključenje ugovora i odgovornost ponudioca za nesavesno vođenje pregovora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-2/2008, 817-835.
4. Dudaš, Atila: „Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Srbije, pravima nekih reformskih zemalja i savremenim pisanim izvorima *lex mercatoria*“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-2/2007, 369-385.

5. Đurđić, Tamara: „Predugovorna odgovornost u nacionalnom i evropskom ugovornom pravu“, *Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Glasnik prava*, 2/2010, 109-134.
6. Đurđić, Tamara: „Ugovorna odgovornost prema pravilima evropskog ugovornog prava“, *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope. Knj. 4 / priredio Stanko Bejatović. – Kragujevac: Pravni fakultet, Institut za pravne i društvene nauke* 2009, 419-437.
7. Ivančić, Vjekoslav, „Predugovorna odgovornost“, *Pravnik*, Vol. 40 No. 83, Zagreb 2006, 137-150.
8. Jankovec, Ivica: „Očuvanje tajne iz pregovora radi zaključenja ugovora“, *Pravni život*, 11/2005, 455- 458.
9. Jhering, Rudolf: *Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, Objavljeno u: Bd.4 Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts, tom I, 4/1861, ponovno štampan u Jhering, *Gesammelte Aufsätze*, 1881.
10. Jurišić, Zlatko: „Odgovornost za prekid pregovora po Zakonu o obligacionim odnosima“, *Privredno pravni priručnik*, 2/1992, 42-55.
11. Konstantinović, Mihailo: *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* (Klasici jugoslovenskog prava), “Službeni List SRJ“, Beograd, 1996, prvi put objavljena 1969. godine u izdanju Pravnog fakulteta u Beogradu.
12. Miladinović, Snežana: „Pregovori u odredbama načela evropskog ugovornog prava“, *Pravni život*, 10/2004, 571-584.
13. Obradović Begić, Ljiljana: „O značaju i nastanku culpae in contrahendo“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo 1987, 17-29.
14. Orlić, Miodrag: „Ogled o odgovornosti za prekid pregovora“, *Pravni život*, 10/1996, 529-563.
15. Orlić, Miodrag: *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1993.
16. Radišić, Jakov: *Predugovorna odgovornost*, Uporedno pravna studija, Institut za društvene nauke, Beograd 1991.
17. Grčki Građanski zakonik(1940).
18. Italijanski Građanski zakonik (1942).
19. Mađarski Građanski zakonik (1959).
20. Nacrt zakon o obligacionim odnosima, Federacija BiH / Republika Srpska, Stanje 16.06.2003.
21. Obligacijski zakonik, Ur. list, Republike Slovenije, br. 83/2001, 32/2004, 28/2006, Odluka US: U-I-300/04-25, objavljene u Up. list br. 29/2007 i odluka US: U-I-267/006-41, objavljene u Ur. list, br. 40/2007.

22. Principles of European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, the Hague, Part I and II, 2000, Part III. 2003.
23. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR).
24. Poljski Građanski zakonik (1964).
25. Zakon o obligacionim odnosima Republike Makedonije, Sl. vesnik RM br 18/01, 78/01, 04/02, 59/02 i 05/03.
26. Zakon o obligacionim odnosima, „Sl. list Crne Gore“, br. 47/08.
27. Zakona o autorskom pravu („Službeni list SFRJ“, br. 19/1978).
28. Zakon o obligacionim odnosima („Sl. list SCG“, br. 1/2003, Ustavna povelja).
29. Zakon o obaveznim odnosima Republike Hrvatske, „Narodne novine“, br. 35/2005

SAMIR MANIĆ

**RESPONSIBILITY FOR DISHONEST NEGOTIATIONS -
COMPARATIVE ANALYSIS**

ABSTRACT

The author analyzes the regulation of institutes of responsibility for dishonest conducting of negotiations in normative acts of certain EU countries and the Balkans. He analyzes the rules of behaviour of parties during negotiations established through the court practice and theory in Switzerland, Germany, France and Hungary. In the paper the regulations of the most significant secondary sources of Contract Law have also been included and they are as follows: the Principles of European Contract Law (PECL) and Common Conceptual Framework (DCFR). Because of the great role in the regulation of pre-contract relationships, the author has devoted considerable attention to the principle of scruple and honesty.

Key words: responsibility for dishonest conducting of negotiations, pre-contract responsibility, principle of scruple and honesty.