

*Dr. Jožef Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ODGOVORNOST ZA ŠTETU PROUZROKOVANU NESAVESNIM VOĐENJEM PREGOVORA

– Predugovorna odgovornost/Odgovornost za pregovore,
culpa in contrahendo –

Sažetak: *U ovom radu autor analizira odgovornost za štetu nastalu nesavesnim vođenjem pregovora. Istražuje pravnu prirodu te odgovornosti. Na osnovu analize uporedne i domaće doktrine, zakonodavstava i prakse ukazuje da su u teoriji podeljena stanovišta o tome da li je po sredi deliktna odgovornost, zasnovana na povredi opšteg načela zakona o savesnosti i poštenju ili je u pitanju ugovorna odgovornost, budući da su pregovori usmereni na zaključenje ugovora. Opredeljenje za deliktnu (kvazideliktnu) ili ugovornu (kvaziugovornu) prirodu utiče na obim odgovornosti, tj. na to da li će se priznati samo negativni ili i pozitivni ugovorni interes. Sloboda ugovaranja je sloboda zaključivanja, ali ujedno i nezaključivanja ugovora. Postoji u kontinentalnom i precedentnom evropskom pravu naučna saglasnost da pod pretpostavkom uzajamne savesnosti, tj. uz uslov da su pregovarači tokom pregovora imali nameru za zaključenjem ugovora, svaki od učesnika snosi rizik neuspeha, pa samim tim i minimalno, svoje troškove. Kod pregovora je potpuna sloboda ugovaranja ograničena pravilom da ulaskom u pregovore pregovarači zasnivaju poseban zakonom regulisani pravni odnos koji je formulisan u predugovornim dužnostima, čiji sadržaj određuje zakonska obavesa ozbiljnog, tj. lojalnog pristupa. Svaka strana ima pravo da odustane od pregovora, ali ako je to učinjeno neosnovano, odnosno nelojalno, dužna je da drugoj savesnoj strani nadoknadi nastalu štetu.*

Ključne reči: *Odgovornost za štetu usled nesavesnog pregovaranja, culpa in contrahendo, vanugovorna – deliktna odgovornost, ugovorna odgovornost*

I. Pojam i pravna priroda

1. **Pojam.** *Pregovore u užem smislu čini niz uzajamnih ponuda pregovarača radi zaključenja ugovora, sve do prihvata ponude. Ponuda je jednostrana, adresovana pravno-poslovna izjava volje data od strane ponuđača upućena ponuđenom licu, koja sadrži najmanje bitne elemente budućeg ugovora, sa namerom njegovog zaključenja. Ponuda se razlikuje od drugih jednostranih izjava volje po tome što je ona po pravilu upućena tačno određenom licu, adresatu, ponuđenom licu. Za razliku od toga javno obećanje nagrade je ponuda upućena neodređenom krugu lica. Od testamentalne izjave ponuda se razlikuje po tome što je testamentalna izjava neadresovana, tj. proizvodi dejstvo počev od njenog davanja, nezavisno od spoznaje njenog sadržaja od strane testamentom beneficiranih lica. Pregovori u širem smislu obuhvataju sve potrebne *faktičke radnje radi pripreme* za formulisanje ponude, odnosno prihvata ponude, kao što su pribavljanje potrebnih informacija u vezi predmeta ugovora, o kretanju tržišnih cena vezanih za predmet ponude, pribavljanje tehničke dokumentacije i dr. U tom smislu pregovori kao pripreme radnje za ugovor prethode formulisanju ponude.¹ *Odgovornost za pregovore* ili predugovorna odgovornost predstavlja građanskopravnu odgovornost za štetu koja je drugom pregovaraču prouzrokovana nesavesnim, nelojalnim vođenjem pregovora, povredom zakonske obaveze koja nalaže savesno ponašanje. Ulaskom u pregovore između pregovarača nastaje predugovorni pravni odnos sa uzajamnim pravima i obavezama, u skladu sa načelom dobre vere (*bona fides*), zasnovan na uzajamnom lojalnom, savesnom ponašanju. U slučaju obostranog savesnog ponašanja pregovarača nema predugovorne odgovornosti, tj. svaka strana snosi rizik prekida pregovora, odn. nezaključivanja ugovora. U slučaju nesavesnog ponašanja, po pretežnom delu domaće i inostrane teorije i sudske prakse, nesavestan pregovarač snosi samo onu štetu koja je takvim ponašanjem prouzrokovana savesnom pregovaraču, njegove troškove u vezi sa pripremom ugovora, troškove puta, obaveštavanja itd. Odgovornost se ne proteže na propuštene materijalne efekte ugovora. Strože sankcije bi mogle odvratiti strane od vođenja pregovora.²*

¹ V. Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, osmo izdanje zasnovano na šestom izmenjenom izdanju, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2009, str. 233.

² V. Salma, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 235.

2. Dileme oko pravne prirode. Predugovorna odgovornost, tj. odgovornost zbog nesavesnog vođenja pregovora (*culpa in contrahendo*) sa stanovišta pravne prirode, tj. pravnog osnova, a samim tim i obima odgovornosti je i danas sporna kako u domaćoj tako i u uporednoj građansko-pravnoj doktrini. Njeno razmatranje čini aktuelnim i činjenica da je pozitivno-pravno rešenje prihvaćeno u ZOO³, u postupku harmonizacije (Nacrt ZOO iz 2009. godine⁴) zadržano, uz dopune o obavezi o uzajamnom obaveštavanja pregovarača.

Osnovna dilema oko osnova odgovornosti je u tome da li nesavestan pregovarač odgovara savesnom pregovaraču za štetu prouzrokovanu u postupku pregovora po pravilima o *deliktnoj* ili po pravilima o *ugovornoj* odgovornosti. Odgovor na to pitanje ujedno, u načelu, uslovljava i *obim odgovornosti*. Ako je po sredi deliktna (ili kvazideliktna) odgovornost, tada bi odgovornost bila u principu *potpuna*, obuhvatala i tzv. pozitivni i negativni ugovorni interes. Ukoliko je po sredi ugovorna (ili kvaziugovorna) odgovornost, opseg odgovornosti je *nepotpun*, pošto doseže samo do visine negativnog ugovornog interesa, tj. troškova pregovora druge ugovorne strane.

Po teoriji o ugovornoj prirodi predugovorne odgovornosti, nesavesni pregovarač ne odgovara za štetu neizvršenja, budući da do zaključenja ugovora nije ni došlo. Međutim, moguće je da je do zaključenja pa i do delimičnog ili celovitog izvršenja ugovora ipak došlo, ali je usled upravo nesavesnog vođenja pregovora ugovor docnije poništen (na primer, zbog toga što je pregovarač tokom pregovora doveo u zabludu drugu stranu u pogledu bitnih elemenata ugovora). Tvorac *evropske doktrine o predugovornoj odgovornosti* (od koje u osnovi polazi i savremena nemačka i francuska doktrina), Rudolf Jering (Rudolf *Ihering*)⁵, je pošao od toga (s ob-

³ V. čl. 30. Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije, V. Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ br. 29. od 25. maja 1978; br. 39. od 28. jula 1985; br. 45 od 28. jula 1989; br. 59. od 29. septembra 1989; i Službeni list SRJ br. 31. od 18. juna 1993. V. i izdanje Zakona o obligacionim odnosima sa registrom pojmova i predgovorom Slobodana K. *Perovića*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 171.

⁴ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, Prednacrt, Građanski zakonik Republike Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi, Beograd, 2009, Generalni sekretarijat Vlade, tehnički sekretar Đina Lukić-Živković. O odgovornosti za pregovore v. čl. 23. (čl. 30. ZOO), str. 16. ove publikacije.

⁵ V. Rudolf *Ihering*, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 4. Bd., Jena, 1861, str. 1 i dalje. Prema rimsko-pravnoj tradiciji, *culpa in contrahendo* znači nepažnju što čini blaži stepen krivice od *dolus-a*, tj. namere, kao i *dolus malus-a*, tj. grube nepažnje. Po Jeringovom shvatanju za odgovornost za pregovore, dovoljan i manji stepen krivice od namere, tj. nepažnja, nehat. Odgovara se ne samo za *dolus*, već i za *culpa*. (*Ihering*, op. cit., str. 8, 17, 24).

zirom na to da Nemački građanski zakonik, kao i njegovi prethodnici, pokrajinski civilni kodeksi nisu sadržavali posebna i bliža pravila o odgovornosti za štetu zbog nesavesnog vođenja pregovora) da je po sredi deliktna odgovornost, pošto je pregovarač povredio zakonsko imperativno očekivanje o *savesnosti i poštenja* (Treu und Glauben) u obligacionim odnosima koje jednako vredi kako za fazu nastanka, tako i za fazu trajanja obligacije. Svako ponašanje suprotno imperativnom propisu koje je dovelo do štete jeste građanskopravni delikt, za šta štetnik treba da odgovara oštećenom licu po pravilima o deliktnoj odgovornosti. Dakle, po Jeringu i njegovim sledbenicima, predugovorna odgovornost nije ništa drugo do odgovornost za povredu opštim pravnim aktom, zakonom propisane dužnosti. Time se ova odgovornost bitno razlikuje od ugovorne odgovornosti koja podrazumeva povredu individualnog akta, ugovora. Istina, Jering je tu odgovornost sveo samo na slučaj u kojem je zbog nesavesnosti pregovarača došlo do rušljivosti ili ništavosti ugovora.⁶ *Francuska doktrina* i praksa koje takođe nisu imale podlogu bližih propisa u Francuskom građanskom zakoniku, predugovornu odgovornost su zasnovale na *opštoj zabrani prouzrokovanja štete* drugom. Otuda je i francuska teorija pretežno na poziciji deliktne prirode predugovorne odgovornosti.

Ima i shvatanja koja priznajući *deliktno* normativno *poreklo*, odnosno, prihvatajući deliktnu prirodu predugovorne odgovornosti, smatraju da je na predugovornu odgovornost potrebno primeniti kontraktualna pravila, budući da se pregovori vode u cilju zaključenja ugovora, pri čemu nesavesno pregovaranje osujećuje taj cilj. To osujećenje dovodi savesnu ugovornu stranu u poziciju da ne može očekivati rezultat ispunjenja. Stoga nije dovoljno imati u vidu samo troškove pregovora, već i svu štetu koja je nastala u imovini zbog otpadanja zaključenja ciljanog ugovora.

Postoji i shvatanje da nije opravdano prihvatiti odgovornost i za nadane ugovorne obaveze, jer je to preveliki *rizik* za upuštanje u pregovore. Pošto obe teorije, i deliktna i kontraktualna u svojim varijantama, pretežno odustaju od potpune naknade, tj. od kumulativne naknade i negativnog i pozitivnog ugovornog interesa, nastala je i treća osnovna teorija, teorija o *odgovornosti sui generis*. Radi se o samostalnoj, zasebnoj vrsti odgovornosti. Ona ne prihvata u celini ni deliktnu ni ugovornu teoriju. Smatra da pravila o ugovornoj odgovornosti po logici stvari ne mogu da se primene, budući da ona po definiciji pretpostavlja postojanje ugovora če-

⁶ O bližoj interpretaciji i kritici Jeringove doktrine, v. Bruno von *Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess Verlag Zürich, 1964, str. 209.

ga ovde nema zbog odustanka od vođenja pregovora. Naime, suština ugovorne odgovornosti se sastoji u povredi ugovora neizvršenjem istog, ili nepotpunim, nepravilnim, odnosno neblagovremenim izvršenjem. Međutim, kod neosnovanog prekida pregovora nema ugovora, te ne može biti ugovorne odgovornosti (na primer, ne može se tražiti izvršenje obaveze iz nadanog ugovora). Deliktna odgovornost je po ovom shvatanju, kao osnovna odgovornosti sporna zbog toga što *sloboda pregovora* znači i *slobodan odustanak* od pregovora, te u principu *odustanak ne može biti ni delikt*. Qui suo jure utitur neminem laedit. Ali, zagovornici doktrine o samostalnoj vrsti odgovornosti smatraju da je neophodno (zakonski) formulirati *dužnosti tokom vođenja pregovora* (Sorgfaltspflichten – obaveze pažljivosti⁷). Odgovornost i obim odgovornosti tada proističe iz povrede tako formulisanih zakonskih dužnosti. Otuda je osnov odgovornosti samostalan, proističe neposredno iz formulacije zakona, tj. radi se o samostalnom izvoru odgovornosti. Ovo shvatanje se delom poklapa sa Jeringovom teorijom.

Sporno je i pitanje *šta se smatra nesavesnim vođenjem pregovora*. U važećem pozitivnom pravu je zastupljeno stanovište da se pod nesavesnim vođenjem pregovora podrazumeva *odsustvo namere za zaključenjem ugovora*. Drugim rečima, odgovorna je za štetu ona strana koja je pristupila pregovorima bez namere za zaključenjem ugovora (bez animus contrahendi), tj. koja je bila nesavesna, bilo od samog *trenutka upuštanja* u pregovore, bilo zbog toga što je od početka pregovora imala tu nameru, ali je od nje docnije *odustala*, a nakon toga je *ipak nastavila* pregovore. Odsustvo namere za vođenjem pregovora može da se ispolji na različite načine, tako reći stepena ili vrste krivice, kao što je neozbiljno, fraudolozno pregovaranje (agere in fraudem partis). Odgovornost za kulpozne pregovore obično postoji kada je jedan učesnik pregovora savestan, a drugi nesavestan, tako da se *štetnikom* smatra *nesavestan*, a *oštećenikom savestan pregovarač*. Uz to, postavlja se i pitanje može li biti predugovorne odgovornosti za naknadu štetu druge strane, ako su *obe strane bile nesavesne*, sa istim ili različitim motivima nesavesnosti, tj. stepenima krivice za štetu prouzrokovanu drugoj strani?

U naučnoj literaturi, ali i u sudskoj praksi su postavljena brojna pitanja povodom *dokazivanja nesavesnosti*, kao i snošenja tereta dokazivanja.

⁷ Obaveze pažnje su po nemačkoj teoriji: obaveze saopštenja svih činjenica od značaja za zaključenje ugovora (Mitteilungspflichten); obaveze davanja potrebnih objašnjenja u vezi ugovora (Aufklärungspflichten); obaveze poverenja (Vertrauenspflichten); obaveze vezane za ponudu (Angebotspflichten). V. npr. o tome, Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 6. Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1979, str. 64.

Najpre se ističe da je teško, gotovo nemoguće dokazati činjenicu da li je pregovarač pristupio pregovorima sa ozbiljnom namerom da zaključi ugovor, budući da se radi o subjektivnoj činjenici, uz mogućnost simulacije namere za zaključenje ugovora. No, primedbe na to shvatanje polaze opravdano od toga da ima i drugih subjektivnih pojmova (uslova odgovornosti) u deliktnom pravu i u pravu kontraktualne odgovornosti (npr. subjektivno shvaćena krivica) koji se „teško“ dokazuju, ali niko samo zbog toga ne osporava njihovu institucionalnu zasnovanost.⁸ Problem „teškoće u dokazivanju“ nije pravne, već faktičke prirode.⁹ Postoje različita dokazna sredstva koja su podobna za dokazivanje subjektivnih uslova odgovornosti, kao što je npr. saslušanje stranaka ili učesnika u pregovorima i dr. koje sud ceni po njihovom izvođenju po pravilima o slobodnoj oceni dokaza.

Dilema o deliktnoj i kontraktualnoj prirodi predugovorne odgovornosti ima uticaja i na *teret dokazivanja*, tj. na to ko snosi teret dokazivanja. Prema klasičnim pravilima o građanskopravnoj odgovornosti, kod *deliktne* odgovornosti *teret dokazivanja* postojanja uslova odgovornosti (posebno krivice) pada na *oštećeno lice*, tj. na tužioca za naknadu štete. Za razliku od toga, po toj istoj klasičnoj teoriji, kod ugovorne odgovornosti, ako je dokazana uzročna veza, oborivo se pretpostavlja krivica onog ugovornika koji je prekršio pravila ugovora, i to za svu štetu koja je nastala povredom ugovora. Teret dokazivanja kod deliktne štete, suprotno od zakonske prezumpcije uslova odgovornosti, tj. u pogledu obaranja prezumpcije, stoji na *štetniku*, tj. tuženom za naknadu štete. Striktno primenjena klasična doktrina o teretu dokazivanja na predugovornu odgovornost, značila bi da u slučaju prihvatanja deliktne prirode predugovorne odgovornosti, teret dokazivanja krivice za neosnovani prekid pregovora trebao da snosi oštećeni, tj. savestan pregovarač. U slučaju pak prihvatanja doktrine o ugovornoj prirodi ove odgovornosti, teret dokazivanja o nedostatku krivice (nesavesnosti) bi snosio štetnik, tj. lice koje je neosnovano odustalo od daljeg vođenja pregovora.

U domaćoj i uporednopravnoj doktrini, kao i sudskoj praksi, gotovo je opšte prihvaćeno stanovište da *pregovarači koji su savesno pristupili pre-*

⁸ V. Cigoj, Stojan, *Komentar obligacijskih razmerij*, tom I, Ljubljana, Uradni list, 1984. str. 133-135. U ovom radu Cigoj, komentarišući član 30. ZOO, smatra da je on neosnovano kritikovan sa argumentacijom da je teško dokazati nameru za zaključenjem ugovora. Pravo ne treba da se bavi pitanjem da je subjektivna namera teško ili lako dokaziva. (Cigoj, Kom. 1984, op. cit., str. 138).

⁹ V. Salma, *Obligaciono pravo*, op. cit. str. 234. Nepostojanje namere za zaključenjem se može dokazati na osnovu okolnosti slučaja, na primer, utvrđivanjem činjenice neozbiljnog ponašanja pregovarača. Ibid, str. 235.

govorima mogu u bilo kom momentu, u bilo kojoj fazi pregovora slobodno da *odustanu, bez ikakvih pravnih posledica*. Tada svaka strana snosi troškove pregovora. To nalaže *sloboda ugovaranja* koja se proteže i na fazu zaključenja ugovora. Sloboda ugovaranja znači slobodu zaključivanja i slobodu nezaključivanja ugovora, tj. slobodu odustanka od započetih pregovora.¹⁰ Međutim, u kontekstu te slobode različito se tumači pojam „*neosnovanog odustanka*“ od daljeg vođenja pregovora. Budući da sloboda ugovaranja znači slobodan izbor partnera, vrste, predmeta, forme i sadržine ugovora, ona se ne može zamisliti bez protezanja ove slobode i na fazu postupka zaključenja, tj. bez mogućnosti slobodnog odustanka. Ipak, od trenutka upuštanja u pregovore pregovarači ulaze, po osnovu zakona, u tzv. *predugovorni pravni odnos* sa uzajamnim pravima i obavezama. Ima i stanovišta prema kojem sadržinu tih obaveza određuje opšte načelo o savesnosti i poštenja, te se pregovori moraju voditi *obzirno*, uz uvažavanje na zakonu zasnovanih prava i interesa druge strane. Nekada, naime, upuštanje u pregovore podrazumeva ozbiljne pripreme, prikupljanje potrebnih informacija o tržištu ponuđene robe, o njenim tehničko-tehnološkim svojstvima itd., koje mogu izazivati opravdane i visoke *troškove*. S tim je u vezi obaveza davanja potrebnih i tačnih *uzajamnih informacija* vezanih za sadržinu ugovora, npr. o svojstvima, karakteristikama proizvoda, o načinu upotrebe itd., posebno u *potrošačkom pravu*. Tačne informacije utiču na odluku pregovarača u pogledu nastavka ili prestanka pregovora.

Većina nemačkih i francuskih teoretičara zastupa stanovište da je odgovornost za pregovore zasnovana na *krivici*, tj. da je ona *subjektivna*. Ali ima i stanovišta koja zastupaju gledište da je ova odgovornost nezavisna od krivice, zasnovana na uzročnosti, tj. *objektivna* (Windscheid). Postoji i shvatanje da je ova odgovornost u načelu subjektivna, ali situaciono, kada je šteta nastupila usled dejstva opasne stvari ili delatnosti, može biti i objektivna. U literaturi se u prilog tome navode dva slučaja iz prakse. Prvi je, kada je tepih u prodavnici, smešten visoko na polici (stvar opasna po položaju) pao i povredio potencijalnog kupca, i drugi, kada je potencijalni kupac u prodavnici zbog klizavih stepenica (stvar opasna po svojoj prirodi), pao i slomio nogu.¹¹ To su slučajevi u kojima je do odgo-

¹⁰ V. Filippo *Ranieri*, *Europäisches Obligationenrecht*, 2. erweiterte Auflage, Springer, Wien, New York, 2003, Kapitel 11. Schutzpflichten und Schadenersatz (Das deutsche Recht: Positive Vertragsverletzung und Culpa in contrahendo, str. 513-522.; Die österreichische und schweizerische Rechtsprechung, str. 522-530; Das französische Recht: „obligations de sécurité“ und „garde du sol“, str. 530-534; die italienische Rechtsprechung, str. 534-537; Europäischer Rechtsvergleich, str. 537-538).

¹¹ V. u tom smislu: Hans *Prütting*, Gerhard *Wegen*, Gerd *Weinreich*, BGB Kommentar, 2. Auflage, Luchterhand, München, 2007, str. 517; Hein *Kötz*, Gerhard *Wagner*, De-

vornosti došlo zbog povrede dužne pažnje (Sorgfaltspflichten), povodom objekata prodavnice, ali se prodavnica nije mogla ekskulpirati pozivom na to da je preduzela sve neophodne radnje da do štete ne dođe.

Odgovornost za culpa in contrahendo se pojavljuje ne samo povodom uzajamnih obaveza strana koje su stupile u pregovore već i povodom zaljučenog ugovora. Radi se o odgovornosti za ugovornu obavezu gde je jedna strana preuzela *obavezu izbora* (culpa in eligendo).¹² Radi se npr. o izboru podizvođača kod ugovora o građenju. Tada glavni izvođač građevinske izgradnje odgovara za postupke izabranog, pošto je glavni izvođač dužan da izvrši izbor na savestan, odnosno profesionalan način.

U pogledu korisnosti, odnosno potrebe za *bliže zakonsko regulisanje* predugovorne odgovornosti preko opšteg načela savesnosti i poštenja, u uporednoj literaturi postoje dva osnovna stava. Po prvom, smatra se da pored opšteg načela savesnosti i poštenja koje važi za sve faze nastanka, trajanja i prestanka obligacija, pa tako i za pregovore, *nema potrebe* za bližim pravnim *uređenjem*.¹³ Ono bi kočilo evoluciju, odn. aplikaciju prava u ovom domenu. Drugi smatraju da je *korisno bliže*, od opšteg načela o savesnosti neposrednije *uređenje* ovog pravnog instituta, jer se na taj način precizno određuju granice slobode ugovaranja u fazi pregovora. Zavisno od metoda zakonskog regulisanja, u postupku tumačenja prava, praksa koja je bila zasnovana samo na opštem normativnom rešenju, tj. na načelu savesnosti i poštenja, je dovela do šireg shvatanja predugovornih dužnosti, što je imalo za posledicu „kočenje“ slobode ugovaranja. Naime, s jedne strane, zbog rizika odgovornosti za štetu usled eventualnog docnijeg odustanka od pregovora, pregovarači bi se „libili“ ulaska u pregovore. S druge strane, bliže uređenje ima tu prednost što unosi sigurnost

liktsrecht, Luch-terhand, München, 2006, str. 120, tač. 311; OGH – Oberstes Gerichtshof (D) – Vrhovni sud SRN, odluka od 19. maja 1955. godine.

¹² V. npr. Franz *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. neub. Auflage von Christoph *Faistenberger*, Heinz *Barta* und Bernhard *Eccher*, Springer Verlag, Wien-New York, 1986, str. 4, 6-10, 56, 36, 201.

¹³ Rudolf Velzer (Rudolf Welser), istaknuti austrijski profesor građanskog prava u svojoj raspravi povodom reforme Austrijskog opšteg građanskog zakonika smatra da nema potrebe za bližim zakonskim uređenjem odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora, budući da je i bez nje praksa razvila jasne granice i tipizirala slučajeve ove odgovornosti. V. Rudolf *Welser*, Die Reform des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sonderdruck aus Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Stempfli Verlag AG Bern, 2009, str. 811. Postoje međutim, u Austriji i stanovišta koja smatraju da bi u postupku reforme AOGZ bliže pravno uređenje culpa in contrahendo-a bilo neophodno. V. u tom smislu *Schauer* in: Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil, ABGB 2011, S. 58. Vladajuće je ipak stanovište, da nema potrebe za bližim propisima u ovoj oblasti, pošto su opšta pravila o savesnosti bila dovoljan, elastičan okvir praksi primene prava.

u pregovore, u smislu tačnog propisivanja predugovornih dužnosti čija povreda povlači za sobom građanskopravnu odštetnu odgovornost. Samim tim, to rešenje podstiče slobodan ulazak u pregovore, pošto učesnici unapred znaju pravila ponašanja u postupku pregovora. Nedostatak bližeg zakonskog uređenja predugovornih dužnosti je u tome što ono dovodi do striktnog tumačenja, tj., do preuskog shvatanja, tako da koči stvaralački pristup suda, te u neregulisanim slučajevima, iako bi to po pravičnosti bilo opravdano, ne omogućava predugovornu odgovornost.

II

Evolucija u uporednom i evropskom pravu

3. Komparativno pravo. Uprkos brojnim spornim teorijskim pitanjima oko pravnog osnova i obima odgovornosti, kao i o tome što u klasičnim kodifikacijama građanskog prava, osim italijanskog Građanskog zakonika, nema direktnih odredaba o predugovornoj odgovornosti, od vremena zasnivanja Jeringove doktrine ne osporava se institucionalna zasnovanost, neophodnost te vrste odgovornosti.

U **Nemačkoj**, zemlji porekla doktrine o predugovornoj odgovornosti, tj. odgovornosti za nesavesnost u pregovorima razvijena je bogata, nijansirana doktrina o pojmu (i pravnoj prirodi) kao i opsegu ove odgovornosti koja je samo delimično prihvatila, ali i značajno izmenila i dogradila Jeringovu doktrinu.¹⁴

¹⁴ *Dömpke*, Die Grundlagen und Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragshandlungen, 1933; *Huang*, Mao-zong, Umfang des Schadenersatzanspruches bei culpa in contrahendo, Diss., München, 1973; *Küppersbusch*, Die Haftung des Minderjährigen für culpa in contrahendo, Diss., München, 1973; *Leonhard*, Verschulden bei Vertragsabschluss, 1910; *Schaumburg*, Sach-mängelgewährleistung und vorvertragliches Verschulden - § 463 und culpa in contrahendo, 1974; *Schaumburg*, Die Monatsschrift für deutsches Recht, 1975, S. 105; *Steinberg*, Die Haftung für culpa in contrahendo, 1930, S. 64; *Ballerstedt*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, Archiv für zivilistische Praxis, 151, 501; *Canaris*, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, Juristenzeitung, 65, 475; *Dölle*, Außergesetzliche Schuldpflichten, Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, 103, 67; *Erman*, Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, Archiv für zivilistische Praxis, 139, 273; *Frotz*, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, in: Festschrift für Gschnitzer, 1969, S. 163; *Larenz*, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und „sozialer Kontakt“, Monatsschrift für deutsches Recht, 54, 15; *Larenz*, Bemerkungen zur Haftung culpa in contrahendo, Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 397; *Liebs*, „Fahrlässige Täuschung“ und Formularvertrag, Archiv für zivilistische Praxis, 174, 26; *Medicus*, Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, Juristische Schulung, 65, 209; *Hans Stoll*, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, Festschrift für von Caemmerer, 1978,

Među brojnim shvatanjima deo doktrine naglašava *pretežno deliktneu* osobinu predugovorne odgovornosti. Naime, po stanovištu novije nemačke literature prezentovane u delu Keca (*Kötz*) i Vagnera (*Wagner*), po pravnoj prirodi se culpa in contrahendo u osnovi može kvalifikovati kao deliktna odgovornost, zbog toga što se ovde radi o povredi *predugovornih zaštitnih obaveza*, te se naknada ostvaruje po pravilima o deliktnoj odgovornosti. Ali, autori ukazuju i na to da na meru predugovorne odgovornosti utiču i elementi koji su slični ugovornoj odgovornosti.¹⁵

Međutim, kako u starijoj, tako i u novijoj literaturi postoje teorije koje naglasak stavljaju na elemente ugovorne odgovornosti, tj. na to da predugovorna odgovornost ima u osnovi sličnosti sa *ugovornom* odgovornošću.

Među predstavnicima *starije kontraktualne teorije* pažnje je vredno izdvojiti Fikenčerovo (*Fikentscher*) i Larencovo (*Larenz*) gledište. Po Fikenčerovom mišljenju, odnos poverenja između stranaka koje nameravaju da zaključe ugovor obezbeđen deliktним pravom, zahteva odgovornost sličnu ugovornoj za predugovorne radnje koje su u neposrednoj vezi sa ugovorom koji su stranke želele da zaključe.¹⁶ U pogledu dileme oko primene deliktних ili ugovornih sankcija ovaj autor predlaže primenu *strožih ugovornih sankcija* i na taj način predugovorna odgovornost nalikuje na ugovornu odgovornost.¹⁷ Ali u pogledu predmeta tužbenog zahteva za naknadu štete Fikenčer odstupa od pravila prave ugovorne odgovornosti, budući da predugovorni pravni odnos nije ugovorne prirode, on nastaje bez obzira na docnije osujećenje pregovora.¹⁸ Ako ne dođe do zaključenja ugovora, duguje se samo interes poverenja (negativni ugovorni interes, šteta poverenja) što na osnovu pravne analogije proističe iz paragrafa 122, 307. i 309. Nemačkog građanskog zakonika. Oštećeni se mora staviti u onaj položaj kakav bi imao kao da se u pregovore uopšte nije upustio. Pozitivni interes se ne može zahtevati. Negativni interes se po osnovu culpa in contrahendo može tražiti neograničeno, bez obzira na interes ispunjenja. Na kraju, autor (ipak) zaključuje, da je predugovorna odgovor-

S. 433; Heinrich *Stoll*, Die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 1923, S. 532; Heinrich *Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936; *Thiele*, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, Juristenzeitung, 67, 649. *Frost*, M. „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten, Schriften zum bürgerlichen Recht, 63, Berlin, 198.1.

¹⁵ V. Hein *Kötz*, Gerhard *Wagner*, Deliktsrecht, 10. neu bearbeitete Auflage, Luchterhand, München, 2006, str. 119. tač. 307.

¹⁶ V. Wolfgang *Fikentscher*, Schuldrecht, 6. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1976, str. 64-65.

¹⁷ V. *Fikentscher*, Schuldrecht, op. cit., str. 66.

¹⁸ V. *Fikentscher*, Schuldrecht, op. cit., str. 67.

nost na ugovornim odštetnopravnim pravilima zasnovana deliktna odgovornost.¹⁹

I po mišljenju *Larenca*, zasnivanje predugovornih kontakata povlači za sobom *odgovornost sličnu* kao i odgovornost za *povredu ugovornih obaveza*. Činjenica upuštanja pregovarača u pregovore zahteva *povećanu pažnju* i *uzajamnu obzirnost* pregovarača. Povreda ovih obaveza povlači sa sobom odgovornost na isti način kao što je to slučaj kod povrede ugovorne obaveze.²⁰ Razlog je u tome što pregovarač očekuje lojalno ponašanje druge strane i poštovanje opšteg načela savesnosti i poštenja, bez čega nema normalnog pravnog prometa. Merilo ovih obaveza je *princip savesnosti i poštenja* koji propisuje paragraf 242. Nemačkog građanskog zakonika. Sledstveno tome, upuštanjem u pregovore između učesnika nastaje *poseban pravni odnos* koji, međutim, *ne povlači obavezu ispunjenja* neke prestacije (*Leistungspflicht*), već obavezu *specijalnih pravila ponašanja* (*Verhaltenspflichten*), te nosi obeležje *zakonske obligacije, bez primarne obaveze* ispunjenja.²¹ Takva obaveza služi kao izvor naknade štete i time čini pravnu osnovu *sekundarne* obaveze.²²

I u *novijoj* nemačkoj literaturi i komentarima Nemačkog građanskog zakonika (*Prütting, Wegen* i *Weinreich*) postoje mišljenja da se culpa in contrahendo vezuje *pretežno za pravila o ugovornoj odgovornosti*, zasnovanoj pre svega na paragrafu 311. reformisanog (2002) Nemačkog građanskog zakonika za koji se smatra da predstavlja *delimično zakonsko uređenje* instituta. Naime, taj paragraf uređuje pravne odnose koji nalikuju pravnim poslovima (*Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*). Stav 1. ovog paragrafa predviđa da je za zasnivanje ili za promenu sadržine obligacije putem pravnog posla neophodno zaključenje pravnog posla između učesnika, ukoliko zakonom nije drugačije propisano. Prema stavu 2. obligacija nastaje i putem 1) preduzimanja *pregovora*, 2) *pripreme ugovora* kod koga jedna strana može uticati na prava, pravna dobra i interese druge strane vezane za budući ugovor kome se druga strana nada, zasnovane na odnosu njenog poverenja, 3) putem *sličnih* pravnih poslova.²³ Prema stavu komentatora, radi se samo o delimičnom uređenju culpa in contrahendo (odgovor-

¹⁹ V. *Fikentscher*, Schuldrecht, op. cit., str. 68.

²⁰ V. Karl *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1979, str. 91.

²¹ V. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, op. cit., str. 92.

²² Ibidem.

²³ Citat odredaba Nemačkog građanskog zakonika prema Hans *Prütting*, Gerhard *Wegen*, Gerd *Weinreich*, BGB Kommentar, zweite Auflage, Luchterhand, München, 2007, str. 311. V. takode, BGB, Area, Köln, 2005, str. 79.

nosti za pregovore).²⁴ 1. zato što propis obuhvata samo određena zaštitna prava uređena paragrafom 241. st. 2. Zakonika koja su u širem smislu vezana za upuštanje u pregovore, ali bez propisivanja pravnih posledica. One se izuzimaju od propisa paragrafa 280. BGB.²⁵ 2. Propis ne obuhvata regulisanje naknade štete zbog raskida ugovora ili smanjenja protivčinidbe. Time ostaje nejasan odnos prema paragrafu 123. Zakonika.²⁶ 3. Propis se koristi neodređenim pojmovima, kao što je priprema, usmerenje ka ugovoru, slični pravno-poslovni kontakti. 4. Propis nije obuhvatio konkurentski pravni odnos iz § 311. st. 2. i 3. kao i više specijalno uređenih vrsta uobičajenih ponašanja kod pregovora. Po mišljenju komentatora, ove *neodređenosti*, *nedorečenosti* su *namerne*. Naime, predugovorna odgovornost, kao opšti pravni institut je oprezno razvijan od strane sudske prakse i literature iz pojedinačnih (kao § 307)²⁷ pravnih pravila.²⁸ Zakonodavac je kroz Zakon o modernizaciji obligacionog prava (2002) registrovao *samo postignutu evoluciju instituta ali nije hteo da prekine dalji razvoj*, posebno kod spornih pitanja, te o njima nije hteo da arbitrira, tj. da ih „prelomi“ svojom odlukom. Za ovaj razvoj § 311. st. 2. i 3. daje široki okvir.²⁹

Autori ukazuju na to da je teorija i praksa izgradila *tri grupacije* slučajeva, delom i podgrupa. Radi se o sledećim osnovnim tipovima slučajeva: 1.

²⁴ V. Prütting, Hans, *Wegen*, Gerhard, *Weinreich*, Gerd, BGB Kommentar, zweite Auflage, Luchterhand, München, 2007, str. 527.

²⁵ Par. 280 Zakonika reguliše Naknadu štete zbog povrede obaveze (Schadenersatz wegen Pflichtverletzung), V. BGB, Area Köln, str. 71.: „(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.“ (Ako je dužnik povredio neku obavezu iz obligacije, poverilac može tražiti naknadu štete koja je iz toga nastala. To pravilo ne važi ako se dužnik ne tereti za povredu obaveze).

²⁶ Radi se o napadljivosti zbog prevare ili prinude. V. § 123. st. (1) i (2), BGB, Area, Köln, 2005, str. 52.

²⁷ Tako je to sa pravilom o mogućnosti sudske kontrole sadržine opštih uslova poslovanja (Inhaltskontrolle bei allgemeinen Geschäftsbedingungen, v. § 307 st.1 BGB, npr. in: BGB, Area, Köln, 2005, str. 75.: „Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.“ (Odredbe opštih uslova poslovanja su ništave, ako položaj drugog ugovornog partnera protivno savesnosti i poštenja neprimereno otežavaju. Pod neprimerenim otežavanjem se smatra i klauzula koja nije jasna ili je nerazumljiva).

²⁸ U pogledu § 241. st. 2., § 311. st. 2. i 3. v. noviju nemačku sudsku praksu in: *Ranieri*, *Europäisches Obligationenrecht*, op. cit., str. 516-522.; kao i *Christian von Bahr*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, tom 1, München, 1996, str. 451, 478-479.

²⁹ V. *Prütting-Wegen-Weinreich*, BGB Kommentar, op. cit., str. 517.

Štete koje mogu da se naknade nezavisno od toga da li je zaključen ugovor, npr. telesna povreda kupca u prostorijama prodavca. 2. Naknada štete zbog toga što nije došlo do nastanka punovažnog ugovora, npr. u pogledu izdataka za zaključenje ili sprovođenje ugovora. 3. Šteta može da se sastoji i u vidu tereta nastalog usled nepovoljnog ugovora, npr. zbog toga što je prodavac zlonamerno dao pogrešan savet u pogledu predmeta ugovora.³⁰

Iz izloženog se da zaključiti da je nemačko pravo najpre preko teorije i prakse razvilo tipične slučajeve u kojima se primenjuje predugovorna odgovornost, odgovornost za pregovore, zasnovane na opštoj odredbi o savesnosti i poštenju, čija povreda po nekima dovodi do deliktne, ili kvazideliktne, a po drugima do kvaziugovorne odgovornosti. Reforme Nemačkog građanskog zakonika su pokazale potrebu za delimičnim pravnim uređenjem zasnovanim na dostignutom stepenu evolucije instituta, ali uz oprez, da se razvoj na ovom planu ne zaustavi, tj. da se postojeća sporna pitanja ne prejudiciraju.

Kako smo već u prethodnim opštim razmatranjima povodom pravne prirode odgovornosti za pregovore naveli, pored inicijative za njeno bliže uređenje, u **austrijskoj** nauci³¹ u tekućoj fazi reforme Austrijskog opšteg građanskog zakonika, preteže stanovište da je ono nepotrebno, pošto su nauka i sudska praksa imali priliku da na širokoj podlozi opšteg zakonskog pravila o savesnosti, na kreativan način izgrade institut, budući da je on principijelno priznat odn. opšte prihvaćen.³²

³⁰ V. *Pritting-Wegen-Weinreich*, BGB Kommentar, op. cit., str. 527. Bliže o pojedinim grupama slučajeva, v. *Ibidem*, str. 527-531.

³¹ V. *Rudolf Welsler*, *Vertretung ohne Vollmacht*, 1970; *Rudolf Welsler*, *Das Verschulden beim Vertragsschluss im österreichischen bürgerlichen Recht*, *Österreichische Juristenzeitung*, 1973, str. 281; *Rudolf Welsler*, *Die culpa in contrahendo im österreichischen Recht*, *Lichtensteinische Juristen-Zeitung*, 1984, str. 101; *Rudolf Welsler*, *Die vorvertraglichen Pflichten in der Rechtsprechung des OGH*, *Wagner Festschrift*, 1987, str. 361; *Rudolf Welsler*, *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*, 1983, str. 54. *Rudolf Welsler*, *Die Reform des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetz-buchs*, Sonderdruck aus: *Tradition mit Weitsicht*, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Herausgegeben von: *Wolfgang Wiegand*, *Thomas Koller*, *Hans Peter Walter*, Stempfli Verlag AG, Bern, 2009, str. 810-811; *Silvia Dullinger*, *Bürgerliches Recht*, Band II: *Schuldrecht*, Allgemeiner Teil, 4. aktualisierte Auflage, Springer Wien-New York, 2010, str. 10-11. Ovaj autor smatra da je odgovornost za culpa in contrahendo odgovornost za štetu koja je nastala iz protivpravnog ponašanja (delikta). Navodi da su u pitanju povreda predugovornih obaveza u pogledu davanja informacija (Aufklärungspflichten), povreda poverenja (Vertrauensschaden). Takođe ukazuje na to da predugovorna odgovornost može nastati i zbog povrede zaštitnih obaveza (Schutzpflichten), kao i povrede obaveza pokazivanja dužne pažnje (Sorgfaltspflichten). Radi se o pravom zaštićenim vrednostima, kao što je telesni integritet, zdravlje, svojina, i dr. Ukoliko se ovakva šteta pojavljuje tokom pregovora, ona se nadoknađuje po pravilima o deliktnoj odgovornosti. *Dullinger*, op. cit., str.10-11, tač. 25-27.

³² V. *Welsler*, *Die Reform des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetz-buchs*, Sonderdruck aus *Tradition mit Weitsicht*, op. cit., str. 811.

Austrijska teorija i sudska praksa se, tokom izgradnje pravne prirode, odn. obima odgovornosti za pregovore, nije oslanjala samo na povredu opšteg načela o savesnosti (§ 859 ABGB)³³, nego i na obaveze propisane odredbama Zakonika koje se mogu analogno primeniti i na odgovornost za pregovore. Tako, § 874. (koji govori o zlonamernom postupku i o odgovornosti za štete onog koji je drugom takvim ponašanjem prouzrokovao štetu), § 878. (koji govori o zabranjenom, nemogućem ili nepostojećem predmetu); § 859. (koji govori o odgovornosti za personalne i imovinske štete koje su nastale na osnovu povrede zakona ili ugovora); § 1313. (koji govori o odgovornosti za štetu lica koje je preuzelo obavezu, a zadužilo za ispunjenje drugo lice, kada ono, za radnje tog drugog lica odgovara na isti način kao da je obavezu ispunjavalo samostalno, bez učešća pomoćnog lica); § 1313. (koji predviđa odgovornost onoga koji je namerno ustupio obavezu nekompetentnom ili nesavesnom licu, za štetu koja je time prouzrokovana trećem licu). U pitanju su posebni pravni propisi Zakonika za koje su literatura i praksa smatrale da su u vezi sa opštim pravilom o povredi savesnosti, te se imaju analogno primeniti na predugovornu odgovornost.³⁴

Principijelno gledano, tematski merodavna austrijska doktrina i praksa smatra da je osnov odgovornosti za štete prouzrokovane nesavesnim učešćem u pregovorima deliktne prirode, uz nužne modifikacije, putem primene pravila o ugovornoj odgovornosti. Pri tome se obim odgovornosti svodi samo na negativni ugovorni interes, i samo se izuzetno proteže i na naknadu pozitivnog ugovornog interesa.³⁵

Francusko pravo u osnovnom konceptu, polazeći od Jeringove doktrine priznaje potrebu za odgovornošću za pregovore.³⁶ U doktrini Že-

³³ Upor. *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, tom. II: *Welser*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007, str. 16. Upor. i sudsku praksu na koju se autor poziva, Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, br. 51/111; Juristische Blätter, 1979, str. 654.

³⁴ V. npr., Kodex des österreichischen Rechts, Herausgeber Werner *Doralt*, Bürgerliches Recht, 2009/10, 37. Auflage, Stand 1. Oktober 2009, LexisNexis, Wien, ABGB, str. 98.

³⁵ V. *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Bd. II: *Welser*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007, str. 19.

³⁶ V. Raymond *Salleiles*, La responsabilité précontractuelle, - à propos d'une étude nouvelle sur la matière. - Revue trimestrielle de droit civil, 1907; str. 697-751; H. et L. *Maizeaud*, Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle, 4e éd., Paris 1957, str. 127-145; *Roubier*, Responsabilité précontractuelle, thèse, Lyon, 1911; Jean *Carbonnier*, Droit civil, Les obligations, Presses Universitaires de France, Paris, 1957, str. 341 tač. 100. Po Karbonijeru još je Jering kvalifikovao culpa in contrahendo kao predugovornu odgovornost (*Carbonnier*, op. cit., str. 341). Ali istovremeno ukazuje i na to da je

sten (*Ghestin*) ukazuje na korelaciju između pregovora i ugovora. Ugovor obe strane obavezuje na ispunjenje onoga na šta su se obavezale, s jedne, dok kod pregovora o obavezi ispunjenja nema ni reči, kao ni o tome da su stranke obavezne na nastavak pregovora, s druge strane.³⁷

Pozitivnopravni osnov predugovorne odgovornosti francuska doktrina vidi u čl. 1382. Francuskog građanskog zakonika koji sadrži opšte pravilo o građanskopravnoj odgovornosti za svu štetu koja je prouzrokovana namerno, protivpravnim ponašanjem.³⁸ Po francuskoj doktrini, priroda predugovorne odgovornosti je *deliktna*, budući da se radi o povredi zakonske, a ne ugovorne obaveze.³⁹

Italijansko pravo je jedno od retkih evropskih prava, koje je u svetlu opšteg načela o savesnosti i poštenju, neposredno, bar delimično uredilo predugovornu odgovornost. Naime, Italijanski građanski zakonik⁴⁰ u čl. 1337. izričito uređuje predugovornu odgovornost. Određuje da su strane u pregovorima kao i pri zaključenju ugovora obavezne da se ponašaju u skladu sa načelom savesnosti i poštenja. U čl. 1175. Zakonika je izričito propisano da su dužnik i poverilac obavezni da se ponašaju u skladu sa načelom o uzajamnoj korektnosti.⁴¹

Jering zagovarao primenu pravila o ugovornoj odgovornosti, pošto se kod nesavesnih pregovora radi o nelojalnom ponašanju povodom stvaranja ugovora, tako da je došao do zaključka o kvazi-kontraktualnom karakteru ove vrste odgovornosti. Od tog shvatanja nije dalek korak prelaska na stanovište da se radi o povredi legalne obligacije, obaveze lojalnog ponašanja, čija povreda dovodi do deliktne odgovornosti. (*Carbonier*, op. cit., str. 341 in fine).

³⁷ V. Jacques *Ghestin*, *Le contrat, Formation*, Paris, 1998, str. 250, t. 227.; ibidem, *Cour de cassation*, primedba br. 5. O Žestenovom stanovištu v. bliže Miodrag *Orlić*, *Zaključenje ugovora*, Pravni značaj pregovora, Beograd, Institut za uporedno pravo, 1993, str. 19.

³⁸ V. § 1382. Fransuckog građanskog zakonika: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”. To je opšte pravilo ovog zakonika koji kazuje da onaj koji je drugome svojom krivicom prouzrokuje štetu, dužan je da je nadoknadi. (V. Code civil 102e édition, Dalloz, Paris 2003, str. 1175.). Predugovornu odgovornost francuska sudska praksa (*Cour de cassation*) vezuje za ovu opštu odredbu, v. npr., Paris 8. juil. 1972; JCP 1973. II. 1759, note Leloup; Civ. premier, 14 juin 2000: Contrats Conc. Consom. 2000, Numero 157., etc.

³⁹ V. René *Savatier*, *Traité de la responsabilité civile, en droit Française – Civil, administrative, professionnel, procédural*, Preface de Georges Ripert, Tome premier: Les sources de la Responsabilité Civil, Deuxième édition, Paris, R. Pichon et R. Durand-Ausias, 1951, str. 145. t. 115.

⁴⁰ V. Tekst i komentar Italijanskog građanskog zakonika, npr. in: Paolo *Cendon*, Augusto *Baldassari*, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Wolters Kluwer Italia, 2007; v. nadalje, *Angelici*, C., Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del Bundesgerichtshof, in: *Rivista del Diritto commerciale del Diritto Generale delle obbligazioni*, 1977, I, str. 23.

⁴¹ Upor. Mladen *Draškić*, *Zaključivanje ugovora o kupoprodaji*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1972, str. 10-11.

Švajcarsko pravo (više puta revidirani Zakon o obligacijama od 1911. godine) ne sadrži direktnu i bližu odredbu o predugovornoj odgovornosti, ali su se teorija i sudska praksa, zasnovane na opštem načelu o savesnosti, pobrinule o aplikaciji ovog zakonskog pravila na prava i dužnosti stranaka u postupku pregovora.

U švajcarskoj doktrini jedan deo literature (*Rabel, von Thur, Becker* i *Herz*) stoji na stanovištu o *kvazikontrakualnoj* prirodi predugovorne odgovornosti pri čemu se odražava uticaj nemačke doktrine. Za razliku od toga, postoje i francuski orijentisani autori (*Piotet*) koji su zagovornici *deliktnog* karaktera predugovorne odgovornosti. Po toj teoriji doktrina o pravnoj prirodi mora biti usklađena sa pravnom logikom, te u tom smislu treba imati u vidu da kod odgovornosti za pregovore ne može biti reči o ugovornoj odgovornosti, jer zbog prekida pregovora do zaključenja ugovora uopšte nije ni došlo.⁴²

Dilema o pravnoj prirodi predugovorne odgovornosti se pojavljuje i u *praksi Vrhovnog suda Švajcarske*. Postoje tri shvatanja. 1. Po prvom shvatanju radi se o odgovornosti *deliktne* prirode.⁴³ 2. Drugo stanovište smatra da se radi o *kvaziugornoj* odgovornosti, tj. da se naknada štete ima odmeriti prema načelima o ugovornoj odgovornosti.⁴⁴ 3. Po trećem stanovištu, sud treba da odluči o osnovu odgovornosti *od slučaja do slučaja*, te u zavisnosti od toga da li pretežu elementi jedne ili druge vrste odgovornosti, primeni ili pravila o deliktnoj ili pravila o ugovornoj odgovornosti.⁴⁵

Po stanovištu *novije literature* upuštanje u pregovore obavezuje strane na uzajamno ponašanje koje je u skladu sa *načelom savesnosti i poštenja*, što između ostalog znači saopštenje *informacija* drugom pregovaraču u pogledu važnih činjenica, u meri uobičajenoj u pravnom prometu.⁴⁶ Ukoliko dođe do *povrede* ove obaveze (culpa in contrahendo), nastaje *zahtev za naknadu štete* koji se može podneti povodom *docnijeg nastanka ugovora*, vezano za njegovo krivicom uslovljeno *neizvršenje*, ili samostalno, od toga (nastanka ili nenastanka ugovora) *nezavisno*.⁴⁷

⁴² V. Paul *Piotet*, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Stämpfli, Bern, 1963, str. 33-34.

⁴³ V. Savezni Vrhovni sud Švajcarske, BGE – Bundesgerichtsentscheid, amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne) 80 II 38, povodom čl. 41 st. 2 Zakona o obligacijama Švajcarske.

⁴⁴ V. BGE 68 II 303; 90 II 449 E.6.

⁴⁵ V. Theo *Guhl*, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9. Auflage, Bearbeitet von Alfred *Koller*, Anton K. *Schwyder*, Jean Nicolas *Druey*, Schulthess Zürich, 2000, str. 104.

⁴⁶ V. *Guhl*, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, op. cit., str. 104 t. 1. U tom smislu i Savezni Vrhovni sud, BGE 105 II 79; 108 II 313.

⁴⁷ V. *Guhl*, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, op. cit., str. 104. t. 1.

*Prekid pregovora po sebi ne stvara odgovornost za culpa in contrahendo; ali u pojedinačnim slučajevima ipak mogu nastati kvalifikovane okolnosti, koje opravdavaju ovakvu odgovornost.*⁴⁸

Važeći **Mađarski građanski zakonik**⁴⁹ ne sadrži direktne odredbe o culpa in contrahendo.⁵⁰ Mađarska teorija o predugovornoj odgovornosti (*Bíró György*) stoji na stanovištu da je po sredi deliktna odgovornost, zbog povrede opštih zakonskih pravila o savesnosti i dužnosti saradnje pregovarača, kao i povrede pravila o davanju potrebnih informacija u vezi ugovora čije se zaključenje predlaže. Odgovornost za culpa in contrahendo je zasnovana na § 4. st. 1. Mađarskog građanskog zakonika koji propisuje da su učesnici u građansko-pravnim odnosima prilikom ostvarivanja prava i obaveza dužni da se pridržavaju *načela savesnosti i poštenja* i da postupaju u skladu sa *dužnostima saradnje*.⁵¹ Savesnost i saradnja kao dužnosti su operacionalizovane u par. 205. Zakonika koji propisuje da je strana prilikom zaključenja ugovora dužna da *poštuje prava i interese druge strane*.⁵² Ista odredba obavezuje strane da prilikom zaključenja ugovora imaju uzajamnu obavezu da daju *informacije* o bitnim okolnostima od značaja za ugovor koji se zaključuje.⁵³

*Predlog građanskog zakonika iz 2006. godine (A Polgári Törvénykönyv koncepciója és tematikája)*⁵⁴ odstupa od važećeg rešenja Zakonika u tom smislu

⁴⁸ V. BGE 105 II 79.

⁴⁹ V. npr. *Polgári Törvénykönyv, Kiegészítve a vonatkozó kollégiumi állásfoglalásokkal és jogegységi határozatokkal* [Građanski zakonik upotpunjen stavovima Vrhovnog suda], Novissima Kiadó, Budapest, 2007, § 4 st. 1, str. 3.

⁵⁰ V. npr. *Benedek Károly, Besenyei Lajos, Domé Györgyné, Gellért György, Harmathy Attila, Kemenes Béla, Petrik Ferenc, Sárközy Tamás, Sóth Lászlóné, Szilágyi Dénes, Vékás Lajos, Zoltán Ödön*, A Polgári Törvénykönyv magyarázata (Komentar MGZ), I-II. kötet, KJK, Budapest, 2002, tom. I. str. 700 (Obaveza saradnje pregovarača, paragraf 205. MGZ), sudska praksa VS Mađarske, str. 701-703., posebno, obaveze davanja informacija od strane Osiguravajućeg društva potencijalnom osiguraniku pre zaključenja ugovora, str. 701); *Bíró, György*, A kötelmi jog és a szerződés tan közös szabályai (Zajednička pravila obligacionog i ugovornog prava), Novotni Kiadó, Miskolc, 2004, str. 319. Po mišljenju ovog autora pregovarač koji ne zakonsku ispoštuje dužnost saradnje u pregovorima odgovara po pravilima o deliktnoj odgovornosti i za pozitivni ugovorni interes, što je sporno. V., *Szalma József*, Szerződésen kívüli (deliktualis) felelősség – az európai és a magyar magánjogban [Vanugovorna (deliktna) odgovornost u evropskom i mađarskom pravu], Budapest (Bibliotheca Iuridica, ELTE ÁJK – Pravni fakultet Univerziteta Eötvös Lóránd u Budimpešti) – Miskolc (Bíbor Kiadó), 2008, str. 42-43.

⁵¹ MGZ § 4 st. 1.

⁵² V § 205 st. 3 MGZ.

⁵³ V. *Attila Dudaš*, Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora, Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2007, str. 372.

⁵⁴ Siehe Entscheidung der ungarischen Regierung 1003/2003 vom 25. Januar 2003, Gesetzblatt Ungarns Nr. 8/2003.

što odgovornost za povredu savesnosti i uzajamne saradnje u pregovorima predviđa kao *samostalan izvor obligacije*.⁵⁵ Odstupa i u tome što direktno uređuje predugovornu odgovornost, predviđajući da su strane dužne da vode računa o pravima i interesima drugog učesnika u pregovorima, a kao i da su dužne jedna drugoj davati potrebne informacije povodom ugovora koji će se zaključiti.

U novom *ekspertnom Predlogu građanskog zakonika*, objavljenom u redakciji akademika Lajoša Vekaša (*Vékás Lajos*) 2008. godine pravila o predugovornoj odgovornosti su sadržana u § 5:34 st. 1-3. U st. 1. se predviđa da su u vreme vođenja *pregovora*, zaključenja ugovora kao i po nastanku ugovora strane pri vršenju prava i obaveza dužne da *sarađuju*. U okvirima obavezne saradnje su posebno obavezne na uzajamno *informisanje* povodom bitnih okolnosti vezanih za ugovor koji se zaključuje. Po stavu 2. kad je *ugovor nastao*, strana koja je povredila svoje obaveze tokom pregovora iz st. 1, dužna je da drugoj strani nadoknadi iz toga proisteklu štetu prema opštim *pravilima o ugovornoj odgovornosti* (odgovornosti za povredu ugovora). Po st. 3., ako do *nastanka ugovora nije došlo*, strana koja je tokom pregovora povredila svoje obaveze iz st. 1 obavezna je da drugoj ugovornoj strani naknadi *svu* nastalu *štetu*, prema opštim pravilima o *deliktnoj odgovornosti*. Ova obaveza nastaje samo u meri u kojoj oštećeni dokaže, da je šteta bila u vremenu povrede obaveze *predvidljiva* kao moguća posledica povrede obaveze na saradnju.⁵⁶

Novi Mađarski građanski zakonik od 9. novembra 2009. godine, čije je stupanje na snagu odloženo, takođe sadrži bliže odredbe o predugovornoj odgovornosti. Zakonik u § 5:31 st. 1-3 sadrži gotovo identične odredbe kao i ekspertni predlog iz 2008. godine. Novinu čini odredba prema kojoj obaveza pregovarača na davanje uzajamnih *informacija* o ugovoru može biti bliže uređena u *posebnom zakonu*.⁵⁷

Ova evolucija mađarskog prava pokazuje da je različita priroda predugovorne odgovornosti u zavisnosti od toga da li je ugovor nastao ili nije. Ako su pregovori prekinuti, nesavesni pregovarač odgovara po opštim pravilima o deliktnoj odgovornosti, ako je ugovor ipak nastao, nesavesni pregovarač odgovara drugoj savesnoj strani za štetu po opštim pravilima o ugovornoj odgovornosti.

⁵⁵ Ovo stanovište potiče od Jeringa. V. o tome *Szalma, Szerződésen kívüli (deliktualis) felelősség az európai és a magyar magánjogban*, op. cit., str. 42-43.

⁵⁶ V. *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez* [Ekspertni Predlog novog Mađarskog građanskog zakonika], Szerkesztő [Urednik] *Vékás Lajos*, Complex Wolters Kluwer csoport, Budapest, 2008, str. 755.

⁵⁷ V. *Új Polgári Törvénykönyv (2009. évi CCXX. törvény a Polgári Törvénykönyvről)*, [CCXX. Zakon o novom Građanskom zakoniku od 9. novembra 2009. g.], ÁRBOC Kft., Budapest, 2009, str. 74.V. i: *Az új Polgári Törvénykönyv*, Complex Wolters Kluwer csoport, Budapest, 2009.

4. Evropsko pravo. Na evropskom kontinentalnom tlu nastala su dva projekta koji bi se mogli kvalifikovati kao modeli zakoni ugovornog prava, prvi se odnosi na Načela (građanskog) ugovornog prava (tzv. *Lando*-projekat) i Načela međunarodnog trgovačkog ugovornog prava (Projekat UNIDROIT-a). Za nas su oba od značaja, pošto za predugovornu odgovornost sadrže, bar u koncepciji, gotovo identična pravila kao što su pravila usvojena u važećem čl. 30 ZOO RS. Relativna podudarnost po nama dolazi otuda, što su sva tri propisa pošla od identičnog iskustva, švajcarske doktrine i prakse.

Načela evropskog ugovornog prava (PECL)⁵⁸ sankcije za nesavesno vođenje pregovora uređuju u trećem delu glave 2, u članovima 2:301 i 2:302. Prvi od ovih članova uređuje *pregovore koji su u protivnosti sa načelom savesnosti i poštenja*, a drugi *obavezu čuvanja poverljivih informacija* koje su strane tokom pregovora saznale. Nadalje, slede veoma slične odredbe kao što su pravila ZOO RS iz čl. 30. Po njima *pregovori ne obavezuju*, strane su tokom pregovora *slobodne*, te za *odustanak* od njih *ne odgovaraju*.⁵⁹ Ali strana koja je pregovore vodila *protivno* načelu *savesnosti* i poštenja, *dužna je da naknadi štetu* drugoj strani koja je nastala iz nesavesnog vođenja pregovora.⁶⁰ Po PECL-u pod nesavesnim vođenjem pregovora naročito se smatra kada je jedna strana započela ili nastavila pregovore *bez stvarne namere da zaključi ugovor*.⁶¹

UNIDROIT Načela o međunarodnim trgovinskim ugovorima sadrže kodifikovana pravila *lex mercatoria* koja se po pravilima o izboru materijalnog prava primenjuju u međunarodnim trgovinskim ugovorima. Prva verzija je objavljena 1994. godine, a druga 2004.⁶² Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora uređuje u članovima 2.1.15. i 2.1.16, koji su po sadržini gotovo identični sa odredbama PECL-a.⁶³ Strana koja je nesave-

⁵⁸ *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 (PECL). Francuski tekst: *Les principes du droit européen du contrat*, Tallon, Paris, 1997. Nemački tekst: *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, Teile I und II, Bar-Zimmermann, München, 2002.

⁵⁹ Čl. 2:301 st. 1. PECL: „A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement“.

⁶⁰ Čl. 2:301 st. 2. PECL: „However, a party who has negotiated or broken off negotiation contrary to good faith and fair dealing is liable for the loss caused to the other party“.

⁶¹ Čl. 2:301 st. 3. PECL: „It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or to continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party“.

⁶² Tekst UNIDROIT Načela je dostupan na internet adresi organizacije <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>.

⁶³ V. čl. 2.1.15 st. 1. UNIDROIT Načela: „A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement“.

sno vodila pregovore ili ih je nesavesno prekinula, odgovara za štetu koju je ovim drugoj strani prouzrokovala.⁶⁴ Posebno se smatra nesavesnim ponašanjem kada je jedna strana pregovore započela ili vodila bez namere za zaključenjem ugovora.⁶⁵ Jedina razlika između regulative PECL-a i UNIDROIT Načela pokazuje se u tome što PECL odgovornost za culpa in contrahendo vezuje za standard savesnosti i poštenja, u pozitivnoj formulaciji, dok principi UNIDROIT-a koriste sintagmu „nesavesnog pregovaranja“ tj. u negativnoj formulaciji.⁶⁶ Literatura ukazuje na praktične posledice ovih različitih formulacija. Po njoj, naime, PECL naglašava i subjektivnu i objektivnu komponentu, a UNIDROIT samo subjektivnu komponentu pojma nesavesnosti (negotiations in bad faith).⁶⁷ To je verovatno opravdano, pošto se kod pripreme trgovinskih ugovora očekuje visoka profesionalnost, te se nesavesnim smatra pregovarač koji je imao očigledno fraudolozni pristup, tako da je pregovore vodio bez profesionalne pravno-poslovne namere.

III

Evolucija culpa in contrahendo u pravu Republike Srbije

1. Osnovne tendencije. Evolucija je u pravu RS tekla od potpune *negacije instituta* predugovorne odgovornosti kako u teoriji⁶⁸ tako i u sudskoj praksi⁶⁹, do potpunog *prihvatanja* i primene (počev od 70-ih go-

⁶⁴ V. čl. 2.1.15 st. 2. UNIDROIT Načela: „However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party“.

⁶⁵ V. čl. 2.1.15 st. 3. UNIDROIT Načela: „It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party“.

⁶⁶ V. *Dudaš*, *Odgovornost za nesavesno vodenje pregovora*, op. cit., str. 381.

⁶⁷ V. *Dudaš*, *Odgovornost za nesavesno vodenje pregovora*, op. cit., str. 382.

⁶⁸ V. *Želimir Šmalcelj*, *Nepažnja u pregovorima za sklapanje ugovora (culpa in contrahendo)*, *Naša zakonitost*, Zagreb, 8/1985, str. 899. Šmalcelj je smatrao da je potpuno neosnovano očekivati da neko ulazi u pregovore bez namere za zaključenjem ugovora, otuda je sporno da se ovaj institut uvede. Bilo je međutim, i shvatanja koja su zastupala stanovište o potpunom odbacivanju instituta: Vrleta *Krulj*, *Ugovorna i vanugovorna (deliktna) odgovornost*, Referat na simpozijumu o građanskopravnoj odgovornosti, Beograd, 1965; v. kritiku: Mladen *Draškić*, *Zaključenje ugovora o kupoprodaji*, Beograd, 1972, str. 21. Drugi smatraju da je institut potreban. Mihajlo *Konstantinović*, *Obligaciono pravo (prema beleškama sa predavanja)*, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu, 1957, str. 27; Stevan *Jakšić*, *Obligaciono pravo*, 4. izdanje, Sarajevo, 1962, str. 108; Mihajlo *Vuković*, *Obvezno pravo*, Knjiga II, Zagreb, 1964, str. 104-105; Jurij *Štempihar*, *Civilno pravo*, Osnutek splošnega dela obveznosti, Ljubljana, 1952, str. 36.

⁶⁹ Presuda Saveznog vrhovnog suda Rev. 1489/61 od 10. oktobra 1961. godine kojom je potvrđena presuda Vrhovnog suda NR Srbije Gž 708/61 od 8. marta 1961. godine i presuda Okružnog suda u Vranju P.195/60 od 11. januara 1961. godine; Presuda Vrhovnog privrednog suda 24/72 od 18. oktobra 1972. godine, Zbirka sudskih odluka, knjiga

dina prošlog veka), čemu je neosporan, odlučan doprinos dao prof. Mihailo *Konstantinović*, tvorac Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima (1969),⁷⁰ podloge nekadašnjeg saveznog Zakona o obligacionim odnosima (1978) koji se pokazao kao u osnovi trajan zakon, svakako, i u pogledu rešenja culpa in contrahendo (čl. 30 ZOO). Ipak, reforme su se pokazale neophodnim, u postupku pravne harmonizacije, te je s razlogom doneta odluka o reviziji, tako da je Prednacrt novog zakona o obligacionim odnosima iz 2009. godine uneo neke novine u vezi sa ovom vrstom odgovornosti, posebno oko odgovornosti za zabranu zloupotrebe razmenjenih informacija između pregovarača.

2. Evolucija u zakonodavstvu. (1) Rešenje Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima. Skica pod naslovom „Značaj pregovora“ u čl. 6 st. 1-3 reguliše predugovornu odgovornost, ali ne prejudicira njenu pravnu prirodu, već je određuje na pragmatičan 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. 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.⁷¹ Skica je i na danas branljiv način konstatovala u t. 1 princip nevezanosti i slobodu odustanka od pregovora. U t. 2. i 3. se ustanovljava odgovornost samo za slučaj učešća u pregovorima bez namere za zaključenjem ugovora. Čini se da je opšteprihvaćeni razlog odgovornosti, pojam nesavesnosti time sužen na nedostatak animus contrahendi, mada je kulpožno pregovaranje u tadašnjem i sadašnjem uporednom pravu shvaćeno od toga unekoliko šire. Tako je, na primer, u nemačkom pravu, kako smo ukazali u uporednopravnim izlaganjima, zastupljeno stanovište da se nesavesnim pregovaranjem smatra i povreda preugovornih dužnosti (uzajamnih interesa pregovarača, obaveze davanja potrebnih informacija vezanih za ugovor, povreda tzv. zaštitnih prava itd.). To suženo područje primene se zadržalo i nekadašnjem saveznom ZOO, kao i u važećem ZOO Republike Srbije. **(2) ZOO Republike Srbije.** Osnovna koncepcija odredbe čl. 30 ZOO Republike Srbije je u

XVII, sveska 4, odluka br. 591; Rešenje Vrhovnog suda Jugoslavije Rev.2323/65 od 9. novembra 1965., Zbirka sudskih odluka, Knjiga X sveska 3, odluka br. 286, str. 24; Odluka Vrhovnog suda Srbije Gž 144/82, Zbirka sudskih odluka iz oblasti građanskog prava 1973-1986, str. 278-279, odluka br. 1439, kao i odluka br. 1438.

⁷⁰ V. Mihajlo *Konstantinović*, *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1969, čl. 6, str. 16.

⁷¹ V. *Konstantinović*, *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, op. cit., str. 16.

osnovi istovetna sa koncepcijom Skice, odnosno ostaje kod rešenja nekadašnjeg saveznog ZOO, uz male modifikacije stila u celini kao i u st.1, izostavljanjem reči „pogađanja“, kao i dodavanjem st. 4 u vezi sa obimom odgovornosti, vezano za troškove savesnog pregovarača: „1. Pregovori koji prethode zaključenju ugovora *ne obavezuju* i svaka ih strana može prekinuti kad god hoće. 2. Ali strana koja je vodila pregovore *bez namere* da zaključi ugovor odgovara za *štetu nastalu vođenjem pregovora*. 3. 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. 4. Ako se drukčije ne sporazumeju, svaka strana snosi *svoje troškove oko priprema i zaključenja* ugovora, a *zajedničke* troškove snose na *jednake delove*.“⁷² Promenjen je i naslov člana, izostavljanjem reči „značaj“ i redukovanjem na izraz „Pregovori“. Time se verovatno htelo ukazati na pravnu, a ne na sociološku institucionalizaciju. Kao i u tekstu Skice, važeći Zakon u st. 2 određuje obim odgovornosti, na redukovan način, i svodi je samo na štetu izazvanu nesavesnim postupkom pregovarača, što znači, samo na štetu negativnog interesa, a ne obuhvata i štetu neizvršenja nadanog, ponuđenog ugovora. **(3) Prednacrt novog zakona o obligacionim odnosima iz 2009. godine.** Prednacrt je u čl. 23. (povezano sa važećim čl. 30. ZOO) u celini preuzeo važeće odredbe Zakona od st. 1. do st. 4. Međutim, kao alternative, predložena su dva nova stava. Oni se odnose na sankcionisanje odavanja poverljivih informacija datih drugoj strani tokom pregovora i na dužnost da se one ne prenose trećim licima, jer u protivnom nastaje odgovornost za štetu koja obuhvata čak i izgubljenju dobit.⁷³ Može se staviti primedba da u pogledu dužnosti obaveštavanja u pregovorima, i odgovornosti u vezi s tim, predložene dopune Prednacrta, u odnosu na u uporednom pravu uobičajeni obim odgovornosti, sužavaju domen odgovornosti za obaveštavanje u pregovorima. Svakako, treba prihvatiti stanovište da je saopštenje poslovne tajne, spoznate u pregovorima, prenete trećem licu, akt nelojalnog ponašanja. Međutim, dužnosti obaveštavanja se ne svode samo na to. One se odnose pre svega na to da su pregovarači, u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, dužni da saopšte sve što je u bitnoj vezi sa ugovorom. To je važno zbog toga što pomaže strani da donese odluku o nastavku ili prestanku vođenja

⁷² V. npr., Zakon o obligacionim odnosima, priredio Radomir Đurović, Savremena administracija, Beograd, 2003, str.9.

⁷³ V. *Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu građanskog zakonika*, Prednacrt, Građanski zakonik Republike Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi, knjiga druga, Beograd, 2009, Generalni sekretarijat Vlade, Tehnički sekretar Đina Lukić-Živković. V. čl. 23 str. 16 ove publikacije.

pregovora. Dužnost obaveštavanja se pre svega ne odnosi na poslovnu tajnu, već samo na to da su pregovarači uzajamno obavješteni o bitnim svojstvima, karakteristikama ugovora i o uzajamnim pravima i obavezama. **(4) Stav zemalja biv. članica nekadašnje Jugoslavije.** U pogledu predugovorne odgovornosti postoje različita rešenja u ovim zemljama. Može se konstatovati da ZOO Slovenije⁷⁴ i Makedonije,⁷⁵ uglavnom ostaju kod rešenja bivšeg saveznog ZOO, dok novi ZOO Republike Hrvatske odustaje od toga, polazeći od afirmacije opšteg načela o savesnosti, primenjenog na pregovore.⁷⁶ Hrvatski ZOO ne odstupa od rešenja nekadašnjeg saveznog ZOO da pregovori u principu ne obavezuju učesnike⁷⁷, niti u tome da u nedostatku drugačijeg sporazuma svaka strana snosi svoje troškove priprema za pregovore, a zajedničke troškove dele na jednake delove.⁷⁸ Međutim, odstupa u formulaciji prema kojoj u slučaju neosno-

⁷⁴ Upor. *Obligacijski zakonik*, Uradni list Republike Slovenije, br. 83/2001, 32/2004, 28/2006, Odluka Ustavnog sodišća U-I-300/04-25, objavljen u: Uradni list Slovenije, br. 29/2007, kao i docniju odluku Ustavnog suda Republike Slovenije, br. U-I-267/06-41, objavljene u: Uradni list br. 40/2007. Za stariju slovenačku literaturu, v. Stojan *Cigoj*, *Obligacijska razmerja, Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem*, Uradni list, Ljubljana, 1978, str. 25-26, kom. povodom čl. 30 ZOO. Po ovom komentaru, pregovarač koji je u pregovorima učestvovao bez namere za zaključenje ugovora, obavezan da drugoj strani da naknadi iz toga nastalu štetu u visini negativnog ugovornog interesa. (*Cigoj*, op. cit. str. 26. tač. II). U istom smislu: Stojan *Cigoj*, *Komentar obligacijskih razmerij*, tom I, Ljubljana, Uradni list, 1984, str. 133-135. U novijoj slovenačkoj literaturi (v. npr., N. *Plavšek*, M. *Juhart*, D. *Jadek Pensa*, V. *Kranjc*, P. *Grilc*, A. *Polajnar Pavčnik*, *Obligacijski zakonik s komentarjem, splošni del*, knj. 1, Založba, Ljubljana, 2003, str. 223-231, člen 20 (30) Pogajanja, kom. *Kranjc-a*, str. 223-232) predugovorna odgovornost tj. culpa in contrahendo je slučaj diligentia in contrahendo (pažljivog pregovaranja), (op. cit., str. 225). Komentatori novog ZOO Slovenije primećuju da čl. 20. novog ZOO Slovenije sankcioniše samo nesavesno ponašanje pregovarača. (op. cit., str. 225.). Nesavesnost definišu nedostatkom namere pregovarača za zaključenjem ugovora (op. cit., str. 225.). U pogledu obima odgovornosti, autori novog Komentara smatraju da nesavesni pregovarač odgovara za štetu savesnom, u meri koja je prouzrokovana nesavesnim ponašanjem. (op. cit, str. 230.). V. i Vesna *Kranjc*, *Pravice in obveznosti pri sklepanju pogodbi – novejšje težnje pri ugotavljenju odgovornosti za pogajanja in opsegu odškodninske odgovornosti*, *Pravnik*, Ljubljana, 11-12/1998, str. 658-664.

⁷⁴ Upor. čl. 20. OZ Slovenije.

⁷⁵ Upor. Zakon o obligacionim odnosima Republike Makedonije, Služben Vesnik, br. 18/2001, 78/2001, 4/2002, 59/2002, 5/2003. V. čl. 22 ZO Republike Makedonije.

⁷⁶ Upor. čl. 251 st. 1-6 Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 35/2005, koji je stupio na snagu 1. januara 2006. U pogledu literature, v. na primer Jakša *Barbić*, *Odgovornost za vođenje pregovora radi sklapanja ugovora*, *Privreda i pravo*, Zagreb, br. 1/1982, str. 18; Boris *Vizner*, u njegovom delu: *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1988, str. 168-169 zastupa stanovište da odgovornost za pregovore nije ugovorne, već je deliktne prirode.

⁷⁷ Upor. čl. 251. st. 1. ZOO Republike Hrvatske.

⁷⁸ Upor. čl. 251. st. 6. ZOO Republike Hrvatske.

vanog prekida pregovora stranka koja je vodila ili okončala pregovore protivno načelu savesnosti i poštenja odgovara drugoj strani za štetu koja je time nastala.⁷⁹ Tom odredbom se hrvatski zakon približava primeni generalne klauzule koja je u uporednom pravu jedan od prihvaćenih načina regulisanja ovog instituta.⁸⁰

3. Evolucija u doktrini i sudskoj praksi u Srbiji. (1) Doktrina. Pored relativno brojnih članaka⁸¹, dva su (monografska) rada, pored Konstantinovičevog pristupa, odlučno doprinela afirmaciji i izgradnji sadržaja instituta culpa in contrahendo u literaturi Srbije. Prvi je rad Mladena *Draškića* objavljen u sedamdesetim⁸², a drugi je rad Miodraga *Orlića*, objavljen u devedesetim godinama prošlog veka.⁸³ **Draškić** je svoju široku uporednopravnu analizu započeo analizom pojma nesavesnosti. On je prvi ukazao na to da se pregovori mogu voditi sa većim brojem pregovarača u cilju pronalaženja saugovarača koji pristaje na povoljnije uslove ugovora. Pri tome inicijator pregovora nema nameru da zaključi ugovor sa svakim od pregovarača. On ima nameru da zaključi ugovor sa najpovoljnijim pregovaračem, dakle jednim od brojnih. Stoga zaključuje da ne bi bilo pravično da inicijator odgovara za štetu svim ostalima sa kojima je prekinuo pregovore, budući da je tražio najpovoljnijeg.⁸⁴ **Draškić** smatra da je teško dokazati nedostatak namere za zaključenjem ugovora, pošto svaki

⁷⁹ Upor. čl. 251. st. 2. ZOO Republike Hrvatske.

⁸⁰ V. bliže o rešenjima po pojedinim republikama Atila *Dudaš*, *Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Srbije*, u pravima nekih reformskih zemalja i savremenim pisanim izvorima lex mercatoria, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2007, str. 376-377.

⁸¹ Jožef *Salma*, *Predugovor*, Glasnik advokatske komore Vojvodine, Novi Sad, br. 6/1986, str. 22-29; ibidem, *Obligaciono pravo*, 7. izdanje, Izdavačka delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2009, str. 171; Jakov *Radišić*, *Predugovorna odgovornost*, Centar za pravna istraživanja Instituta društvenih nauka, Beograd, 1991; Miodrag *Orlić*, *Negativni ugovorni interes*, *Pravni život*, Šteta i njena naknada, tom I, br. 9-10/1992, Beograd, str. 1193-1209; Miodrag *Orlić*, *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, I, deo o pregovorima, str. 5-120; 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, Novi Sad, 2007, str. 369-387; Atila *Dudaš*, *Mogućnost opoziva ponude za zaključenje ugovora i odgovornost ponudioaca za nesavesno vođenje pregovora*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2008, str. 817-836; o pojmu pregovora, v. Leksikon građanskog prava, gl. urednik, Obren *Stanković*, *Nomos*, Beograd, 1996, str. 547-551.

⁸² V. Mladen *Draškić*, *Pravni značaj pregovora za zaključenje ugovora*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1970, str. 327-350; Mladen *Draškić*, *Zaključivanje ugovora o kupoprodaji*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1972.

⁸³ Miodrag *Orlić*, *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, str. 77.

⁸⁴ V. *Draškić*, *Zaključivanje ugovora o kupoprodaji*, op. cit., str. 22.

pravni sistem polazi od pretpostavke da su se strane uključile u pregovore s namerom da ugovor zaključe. Otuda, oštećeni snosi teret dokazivanja negativne činjenice, tj. nedostatka namere za zaključivanjem ugovora, tj. da je prekid pregovora zasnovan na opravdanim razlozima. Opravdani razlozi prekida pregovora se nalaze u ekonomskim aspektima, tj. u tome da ponuda druge strane nije ekonomična, u skladu sa italijanskom doktrinom *Fagelle*.⁸⁵ **Orlićeva** doktrina je takođe zasnovana na širokom području uporedne analize, posebno, pomne analize ranijeg negativnog i novijeg pozitivnog, afirmativnog pristupa sudske prakse u pogledu prihvatanja instituta, uz autorovu potvrdu njegove neophodnosti, institucionalne zasnovanosti. Orlić se bavi obimom odgovornosti, tj. pitanjem negativnog i pozitivnog ugovornog interesa, zaključujući da se pozitivni interes ima nadoknaditi kada je došlo do zaključenja ugovora, ali su nastali problemi oko izvršenja sa poreklom iz nesavesnog odnosa u inicijalnim pregovorima. On smatra da se negativni interes, ima priznati u slučaju da je izostalo zaključenje ugovora usled nesavesnog postupka pregovarača. Orlić se s pravom bavi problemima predugovorne odgovornosti u oblasti autorskog i pronalazačkog prava.⁸⁶ **(2) Novija sudska praksa u Srbiji.** Potrebno je ukazati da je novija sudska praksa RS pristupila problemu karaktera i obima predugovorne odgovornosti kreativno i tačno. Primera radi, u jednoj od presuda Višeg privrednog suda, priznati su troškovi učešća na javnoj prodaji zbog toga što je organizator prodaje, protivno pravilima o javnom nadmetanju, propustio da javno objavi rezultate izbora i razloga u korist najboljeg ponuđača.⁸⁷

IV Zaključne napomene

Odgovornost za pregovore u evropskom pravu, kako u civilnim kodeksima, tako i u osnovnim principima evropskog građanskog i međunarodnog trgovinskog prava vezana je za poštovanje načela savesnosti i poštenja u pregovorima i time, zasnivanja predugovornog pravnog odnosa. Taj pravni odnos je slobodan, ne obavezuje na zaključivanje ugovora. Ali je opšte priznato (evropsko) pravilo, da nesavestan pregovarač odgovara za štetu koju je prouzrokovao drugom, savesnom pregovaraču, bez inicijalne ili docnije namere za zaključenjem ugovora, odnosno nepoštovanjem predugovornih dužnosti.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ V. Orlić, Zaključenje ugovora, op. cit., str. 77.

⁸⁷ Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 4349/2003 od 25.2.2004.

*József Szalma, DSC, Dr. hc., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Liability for Conducting Negotiations in Bath Faith

– Precontractual Liability / culpa in contrahendo –

Abstract

In this paper the author analyzes the liability for damages from conducting contract negotiations in bad faith. He is engaged in research of legal nature of such liability. Considering comparative and Serbian literature, statutes and jurisprudence he draws attention to the fact that theoretical analyses are divided upon the question whether the liability arising from negotiating in bad faith has its roots in tort, based on the infringement of statutory principle of duty to act in good faith, or its nature is contractual, since the negotiations are indeed aimed at concluding a contract. The question whether liability for conducting negotiations in bad faith determines the extent of liability, namely, whether the injured person may recover only reliance interest or expectation interest. Freedom of contract means freedom to conclude a contract, but also not to conclude it. The theory of European contract law stands on the position that, provided both parties act in good faith, conduct negotiations with sincere will to conclude a contract, each bears the risk of the failure of negotiations, his/her own expenses. In negotiations the principle of freedom of contract is complete, limited only by a rule that the parties are bound to statutory duty to conduct negotiations in good faith, to act seriously and honestly. Each party is entitled to cease negotiations. However, if he/she brakes the negotiations without a good reason, a duty to pay damages to the other party emerges.

Key words: liability for negotiating in bad faith, culpa in contrahendo, liability in torts, contractual liability