

Велимир Живковић,
дипломирани правник-мастер,
Magister Juris (Oxford),
докторант
Правни факултет Универзитета у Београду

УДК:347.440.76
347.447.5 (420+44+430)
Прегледни научни рад

ПРЕДУГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ У ЕНГЛЕСКОМ, ФРАНЦУСКОМ И НЕМАЧКОМ ПРАВУ

Правна одговорност лица за период који претходи склапању уговора је питање које је на различите начине решено у правним системима. Уређивање ове области правним правилима није једноставно услед великог броја различитих радњи и докумената који се могу јавити у овој фази – од почетног распитивања о могућностима сарадње па све до детаљно разрађених договора који су на самој граници потпуног уговора. Да ли и како санкционисати страну која у једном моменту одустане од даљих преговора иако је друга страна можда имала трошкове или била уверена у постизање коначног договора? Циљ овог чланка је да изнесе одговоре које су на ова питања дали правни системи Енглеске, Француске и Немачке кроз анализу законских правила, јуриспруденције и доктринарних становишта. Закључак који се може изнети је да се у овој области показује јасна подела на енглески и континентални приступ, који су у великој мери дивергентни, али и да су одређена неприхватљива понашања у преговорима често слично регулисана иако применом различитих правних института.

Кључне речи: *предуговорна одговорност, одговорност за преговоре, енглеско право, немачко право, француско право*

1. Увод

Предуговорна одговорност, схваћена у смислу одговорности за преговоре који претходе склапању уговора, представља занимљиву област за упоредноправну анализу. Три велика правна система Европе - енглески, француски и немачки - као и правне фамилије којима су ови

системи родоначелници, дају различите одговоре на питања да ли је, на који начин и под којим условима једно физичко или правно лице одговорно за штету која настане услед прекида преговора о склапању уговора. Различите европске правне традиције, као и различитости у пројектима о европској хармонизацији уговорног права, чине да је од значаја посветити пажњу основним разликама у решењима у овој области и могућим путевима конвергенције. Додатну актуелност овом питању даје и рад на усвајању новог Грађанског законика Србије, због упоредноправних решења ова три правна система која би евентуално могла да имају утицаја на овај врло значајан правни акт.

Циљ чланка је да представимо основна правна правила којима наведени правни системи регулишу ситуацију у којој једна страна у преговорима одустане од њих, и то у ситуацији када су преговори трајали одређено време и друга страна је услед преговора имала одређене за њих везане трошкове. У том циљу биће коришћен упоредноправни метод приказивања сваког од три поменута система засебно у целини, уместо упоређивања решења појединачних питања, како би се у пуној мери виделе специфичности сваког од система. У склопу разматрања сваког од система биће представљена законска решења, судска пракса и доктрина. Занимљиво је да је утицај јуриспруденције и правне теорије често пресудан на обликовање правних решења у земљама где то формално није могуће. У сваком од изложених система биће представљене различите могућности да се оствари одговорност за штету насталу у фази преговора за главни уговор, укључујући и могућност одређеног уговорног регулисања ове фазе посебним уговорима различитим како од главног уговора о којем се преговора, тако и од евентуалног предуговора. Посебну пажњу посветили смо енглеском праву услед његове специфичности и значајних разлика у односу на српско и остала континентална права.

Правила које се разматрају регулишу преговоре међу странама номинално једнаке преговарачке моћи, било да су правна или физичка лица. Преговори који укључују потрошаче нису предмет разматрања, јер је продаја потрошачима посебно регулисана у циљу заштите истих као стране у слабијем положају.¹ У оквиру овог чланка није могуће улазити у детаљнију расправу око рачунања накнаде штете која следује услед утврђене одговорности, иако је и то занимљива област. У начелу је правило да се надокнађује негативни уговорни интерес, то јест трошкови преговора, а не и изгубљена добит услед несклапања уговора. Уколико није другачије наглашено, акценат у овом чланку је на

¹ Више о томе, на пример, Ј. Перовић, *Међународно привредно право*, Књига 1, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд 2009, 223-225.

условима и околностима у којима је могуће утврдити предуговорну одговорност.

У закључку, поред завршних опсервација о решењима три наведена правна система, даје се краћи осврт и на предложена решења у пројектима европске хармонизације и став који би могао бити заузет о овим питањима у српском праву.

2. Енглеско право

Општи принцип енглеског права у погледу предуговорне одговорности једноставно је формулисати: таква одговорност у начелу не постоји. Преговори не представљају правни однос који би као такав ваљало штитити. Свака од страна у преговорима би требало унапред да заштити своје интересе на одређени начин (нпр. посебним споразумом) и не би требало да се са извесношћу нада заштити путем правних правила. У складу са тим, чак ни прекид преговора у поодмаклој фази, са сазнањима о томе да је друга страна имала трошкове и да је била уверена у скоро склапање уговора - не представља само по себи деликт (*tort*), нити доводи до одговорности у складу са било којим од правних института енглеског уговорног права.

Пре него што се позабавимо питањем да ли је енглеско право заиста тако рестриктивно као што се на први поглед чини, битно је и увидети разлоге генералног одбацивања предуговорне одговорности. Разлога има више, а по нашем мишљењу доминирају три, међусобно блиско повезана. Први је тај што енглеско право не познаје принцип савесности и поштења (*good faith, bonne foi, Treu und Glauben*) као општи правни принцип. За разлику од континенталне правне традиције али и права неких других земаља англосаксонске правне традиције,² енглеско право је остало доследно у ставу да једно толико опште начело са снажним моралним примесима није део правног система. Један од најпознатијих израза таквог става, посебно у вези са преговорима, налазимо у речима лорда Акнера у познатом случају енглеског Дома лордова *Walford v. Miles*³ који до данас, као непромењено правно схватање тада највишег суда, представља позитивно право у овој области. У овом случају је пресуђено да не постоји имплицитна обавеза страна у преговорима да преговарају у складу са начелом савесности и поштења, чак и уколико постоји

² Право САД и право Аустралије, између осталих, у далеко већој мери прихватају начело савесности и поштења – *good faith and fair dealing* – као део правног система. Видети, на пример, Е.А. Farnsworth, „Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, *Columbia Law Review* 87/1987, 243-244 и посебно 244, фн 100.

³ *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128.

начелан договор да стране не преговарају са трећим лицима. Лорд Акнер је истакао у суштини две основне примедбе начелу савесности и поштења. Прва је да је начело сувише нејасно да би било применљиво у пракси, што је релативно честа примедба коју понављају и неки од познатих енглеских аутора.⁴ Друга примедба, међутим, суштински осветљава отпор према овом начелу: „обавеза преговарања у доброј вери је неспроводива у пракси јер је у урођеном нескладу са позицијом стране у преговорима.⁵ Суштински, енглеско право стране у преговорима види као противнике а не као партнере. Сходно томе, у енглеском праву не постоји општи принцип који би лако могао бити примењен у ситуацијама када једна страна напусти поодмакле преговоре и тиме другој нанесе одређену штету. Одређене назнаке промене става у судској пракси постоје у случајевима када су се стране изричито договориле да ће њихови преговори бити вођени у складу са начелом савесности и поштења,⁶ али још увек не у јуриспруденцији сада највишег енглеског суда, Врховног суда Уједињеног краљевства (*Supreme Court of the United Kingdom*). Постоје мишљења у правној доктрини да се ситуација у погледу ширег прихватања савесности и поштења може променити у будућности, али питање је у колико блиској.⁷

Други разлог је неспремност енглеског права да прихвати правне принципе применљиве у свим гранама права, па чак и само у једној.⁸ Негативан став према општим правним принципима резултат је пре свега индуктивног настајања енглеског права, где је судска пракса била и остала посвећена проналажењу одговарајућег (правичног) решења за конкретан случај, а не нужно уклапање свих тих решења у кохерентан систем којим би доминирао одређени виши принцип. И поред тога, енглеско право ипак није само пуки скуп појединачних правила, такође је и апстраховање одређених правних принципа је појава која је имала утицаја. Тај утицај и даље није довољно јак да промени чињеницу да енглеско право у великој мери остаје привржено томе да на конкретан проблем нађе конкретан, случају прилагођен одговор. У том смислу је често цитиран лорд Бингам: „енглеско право (...) је развило појединачна решења као одговор на демонстриране

⁴ Нпр. R. Goode, "The Concept of 'Good Faith' in English Law", Saggi, Conferenze e Seminari 2, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero 1992, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goode1.html>, 26.10.2011.

⁵ *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, 138.

⁶ *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras and others* [2007] EWCA Civ 1372.

⁷ E. McKendrick, *Contract Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press 2008.³, 521.

⁸ J. Cartwright, M. Hesselink, *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press 2008., 461-462.

проблеме неправичности".⁹ Нешто даље ћемо видети да је управо појединачним решењима енглеско право одговорило на неке од спорних ситуација које се могу јавити у току преговора.

Трећи разлог лежи у енглеској филозофији и доктрини утилитаризма, која у одређеној мери представља извор и подлогу многих решења енглеског права која се разликују од континенталне традиције. Утилитаризам, чији се настанак и основни постулати везују за чувеног енглеског правника и филозофа Џеремија Бентама, представља и данас утицајну идеологију енглеског права.¹⁰ У овом чланку није могуће улазити у више детаља о утилитаризму, али битно је да је акценат у правном регулисању на сигурности и предвидивости резултата, а не на апсолутној правичности. У том смислу може се рећи да енглеско право жртвује трагање за апсолутно правичним решењем у сваком појединачном случају, што би овде подразумевало анализу и вредносну процену понашања сваке од страна у преговорима, зарад унапред познатог решења које би странама од почетка ставило до знања у каквом правном окружењу воде своје преговоре. Оваква предвидивост очигледно има и економских предности, јер су стране унапред свесне потребе да се у преговорима обезбеде и тиме уштеде трошкове судског поступка себи и правосудном систему. Тиме се задовољава принцип утилитаризма да је потребно обезбедити што више благостања за што већи број људи.

Било би ипак погрешно сматрати да у енглеском праву једна страна у преговорима поседује пуну слободу да обмањује или на други начин искоришћава другу. Енглеско право није спремно да судијама и арбитрама препусти процену да ли су преговори одмакли довољно далеко да њихов прекид буде на неки начин кажњив (шта је , "довољно"?) или да ли је једна страна злоупотребила слободу уговарања.¹¹ Али постоји сасвим довољно правила која санкционишу понашање у преговорима које има елементе преваре, изразито грубе немарности према интересима друге стране или неоснованог обогаћења. Сва ова правила често регулишу ситуације које би у француском или немачком праву биле обухваћене предуговорном одговорношћу и зато је битно видети који су институти применљиви у овом контексту. Ваља напоменути да се излагање које следи односи на опште уговорно право. Постоје и посебне врсте уговора код којих су

⁹ *Interfoto Picture Library v. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1988] 2 W.L.R. 615.

¹⁰ Видети нпр. J.H.Burns, „Happiness and Utility: Jeremy Bentham’s Equation□□”, <http://www.utilitarianism.com/jeremy-bentham/greatest-happiness.pdf>, 26.10.2011.

¹¹ У том смислу и R.Brownsword, *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*, Oxford University Press 2006.², 115-118.

преговори у складу са савесношћу и поштењем изричито предвиђени, али их као изузетке овде нећемо детаљније обрађивати.¹²

Три основна начина на који се може остварити предуговорна одговорност у енглеском праву су: деликт погрешног представљања (*tort of misrepresentation*, са две подврсте), неосновано обогаћење (*unjust enrichment*) и колатерални уговор (*collateral contract*). Требало би одмах напоменути да није једноставно доказати испуњеност услова за било који од ових института, што потврђује општу тезу о помањкању правне заштите за страну у преговорима која се сматра оштећеном, али то је ипак могуће и одговарајући примери за то постоје у судској пракси.

Деликт погрешног представљања постоји у две подврсте, деликт обмане (*tort of deceit*) и деликт немара (*tort of negligence*). Деликт обмане резервисан је за ситуације у којима једна страна намерно и преварно наведе другу на одређени акт, који притом другој страни нанесе штету. У том случају нема даљих услова за постојање одговорности и страна која је одговорна за овај деликт дужна је да надокнади апсолутно сву штету насталу од момента почетка обмане. Примера ради, уколико једна страна у преговоре уђе без намере да уговор заиста и склопи, већ искључиво са мотивом да другој страни узрокује трошкове или да од ње добије одређене тајне пословне податке, дужна је да другој страни надокнади све трошкове проузроковане преговорима од момента почетка преваре.¹³ Потешкоће за страну која сматра да је оштећена настају услед тога што је доказивање преваре (*fraud*) као неопходног предуслова у овом контексту релативно тешко. Потребно је доказати да је друга страна била потпуно свесна да су њене изјаве или понашања преварна или да јој је у том погледу било свеједно.¹⁴ Посебну потешкоћу за оштећену страну представља чињеница да ћутање ни у ком случају, макар чинило и одржавање друге стране у заблуди, не може бити преварно – увек је потребно активно понашање.¹⁵

Деликт немара на први поглед представља погодније решење за страну која сматра да је оштећена, јер у овом случају не постоји услов доказивања преварног понашања друге стране. За деликт немара довољно је да је једно лице немарношћу нанело штету интересима другог лица коме дугује дужност пажње (*duty of care*), што је могуће и у

¹² За више података видети Н.Јовановић, *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд 2008, 55-56.

¹³ За управо такав случај видети J.Cartwright, M.Hesselink, 21, 24-25.

¹⁴ *Derry v Peek* (1889) 14 App Cas 337 (HL) 374.

¹⁵ *Peek v Guerne* (1873) LR 6 HL 377, 391, 403.

контексту давања информација или савета лицу које се на то ослања за одређену предвидиву сврху.¹⁶ Проблем за оштећену страну лежи у доказивању постојања дужности пажње. Парадигма енглеског права је да су стране у преговорима потпуно независне једна од друге и да послују на "одстојању" (*arm's length*, посебно у било ком облику пословне делатности) и да стога таква обавеза пажње међу њима не постоји.¹⁷ Стога је овај деликт неприменљив у великом броју ситуација у свакодневном пословању и примеренији је породичном окружењу или окружењу у коме унапред постоје посебне дужности једне стране према другој (*fiduciary duties*). Ипак, постоје одређени примери у судској пракси који могу упућивати на нешто ширу примену правила овог деликта. На пример, у случају *Esso v Mardon*,¹⁸ суд је сматрао да Esso као нафтна компанија поседује толико већи степен познавања информација од друге стране (појединца који је био заинтересован да отвори пумпу под Esso франшизом) да другој страни дугује дужност пажње. Иако се случај није завршио у преговорној фази (по склопљеном уговору а противно уверавањима Esso-а пумпа се показала непрофитабилном), начело које је изражено може бити од користи у другим случајевима. Сличан пример је и случај *Box v Midland Bank*,¹⁹ где је тужена банка проглашена одговорном за повреду дужности пажње јер је њен службеник обећао клијенту, који се на то озбиљно ослањао, да ће му на располагање бити стављена новчана средства, иако је био свестан да су шансе за то далеко од добрих. Суд је сматрао да је због информисаности банка у толико бољем преговарачком положају да је дуговала дужност пажње другој страни.

И поред оваквих примера, намеће се закључак да уколико нема преваре, коју није лако доказати, друга страна у преговорима није у нарочито добром положају да докаже да је постојала дужност пажње. Ситуација за оштећену страну је свакако боља него када би се ослањала искључиво на уговорно право, јер како се често истиче, право деликта притекло је у помоћ уговорном праву како би макар у одређеној мери надокнадило недостатке у тој области.²⁰ Али, ако се упореди у односу на системе који признају начело савесности и поштења, заштита је несумњиво слабија.²¹

¹⁶ *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465 (HL).

¹⁷ J.Cartwright, M.Hesselink, 466.

¹⁸ *Esso Petroleum Co Ltd v Mardon* [1976] QB 801 (CA).

¹⁹ *Box v Midland Bank* [1979] 2 Lloyd's Rep. 319.

²⁰ N.Cohen, "Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate", у: J.Beatson, D.Friedmann (yp.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press, Оксфорд 1995, 55.

²¹ *Ibid.*, 56.

Одређене могућности за остваривање предуговорне одговорности пружа и институт неоснованог обогаћења, који је у енглеском праву важна и посебно изучавана област права. Основна премиса која је од значаја за предуговорну одговорност је да је уколико је једна страна у преговорима тражила од друге да начини одређени трошак у склопу припрема за закључење или пак извођење уговора који је требало да буде склопљен, друга страна има право на повраћај или надокнаду и у случају да преговори не резултирају уговором.²² Ситуација је честа код уговора о извођењу грађевинских радова, када потенцијални инвеститор затражи одређене радове унапред а до реализације главног уговора не дође. У случају да суд не сматра да је склопљен посебан колатерални уговор у погледу изведених радова, начин на који извођач радова може остварити надокнаду је неосновано обогаћење.

Кључна чињеница коју страна која тражи надокнаду по овом основу мора да докаже је постојање одговарајућег захтева друге стране. То се мора разликовати од ситуације када извођач радова, у ишчекивању закључења посла, почне са припремама у намери да себи олакша радове по закључењу уговора - али без захтева друге стране.²³ Одгонетање да ли је у преговорима заиста и дошло до захтева који завређује примену овог института је сложено и смањује могућност примене овог института у пракси, што је сличност са деликтима описаним раније.

Коначно, одређена могућност за постојање предуговорне одговорности је и путем колатералних уговора, склопљених као додатак и подршка главном уговору. Уколико до главног уговора и не дође, то не умањује могућност да ће енглески суд сматрати да је ипак остварена одређена уговорна веза међу странама у преговорима. Један од примера је већ поменути колатерални уговор у погледу припремних радова. Други пример су различити облици уговора за право прече куповине, опциони уговори (заправо чврста, неопозива понуда која је као таква изузетак у енглеском праву) као и "писма о намерама" под називом којих се крију разноврсни инструменти различитог правног значаја.²⁴ Трећи пример је посебан, имплицитни уговор у погледу тендера. Енглески суд је утврдио да се у одређеним случајевима може сматрати да између расписивача тендера и учесника на њему постоји уговор којим се расписивач обавезује да ће савесно, у складу са

²² Више о томе J.Cartwright, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, 2007, 81-82.

²³ *Regalian Properties plc v London Docklands Development Corp* [1995] 1 WLR 212 (Ch).

²⁴ Више о овим уговорима J.Cartwright, 76-79.

условима тендера размотрити понуђачеву понуду.²⁵ Уколико понуђач и нема најбољу понуду, свеједно ће имати право на одређену накнаду, уколико се расписивач понео немарно и није са дужном пажњом размотрио послату понуду. Од посебног значаја за постојање предуговорне одговорности је и споразум страна да ће преговори бити од значаја само у случају закључења коначног уговора (*subject to contract - STC*). Овакав споразум унапред упозорава стране у преговорима да ниједан од трошкова у преговорима неће бити надокнађен осим уколико то буде предвиђено коначним уговором. Постојање оваквог споразума практично негира могућност добијања накнаде трошкова преговора судским путем.

Оно што је у сваком случају и код колатералних уговора неопходно је да постоје сви услови да би уговор заиста и постојао, а то је поред довољне одређености садржаја и евентуално форме, и постојање *consideration*-а. *Consideration* је јединствен концепт англосаксонског права који, поједностављено речено, захтева да обе стране у уговору морају имати јасно одређене престације, које се могу на неки начин (енглески судови креативни су у тумачењу овог захтева) имовински или новчано изразити. Ово нпр. онемогућава да поклон буде уговор у енглеском праву, осим уколико се не определе да свом уговору дају посебну форму повеље (*deed*). С обзиром да је форма повеље и поред упрошћавања путем законских прописа и даље неприкладна за свакодневно пословање, остаје потреба да се докаже постојање *consideration*-а. Доказивање да су обе стране имале у виду одређену престацију која се може новчано изразити није једноставан процес у мору понуда, контрапонуда, порука и разговора између двеју преговарачких страна.

Страни која сматра да је оштећена остаје на располагању још средстава. Једно од њих је и заштита поверљивости информација. У одређеним ситуацијама, уколико друга страна злоупотреби информације добијене у преговорима, постоји могућност накнаде.²⁶

Потребно је поменути и средство које се у енглеском праву не може користити у овом контексту, за разлику од неких других англосаксонских права. У питању је институт *estoppel*-а, коме је најближи пандан у континенталним правима појам *venire contra factum proprium*. Без залажења у детаље овог комплексног института²⁷ довољно је рећи да је у питању стварање утиска код друге стране да ће се прва страна понашати на одређени начин, после чега се то не

²⁵ *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd v Blackpool Borough Council* [1990] 1 WLR 1195 (CA).

²⁶ *Saltman Engineering Co Ltd v Campbell Engineering Co Ltd* (1948) 65 RPC 203 (CA).

²⁷ Видети Н.Јовановић, 29-35.

реализује, што доводи до одређене штете другој страни. У праву САД на овај начин прва страна може постати правно обавезана на одређено понашање.²⁸ У Енглеској то није случај у потпуности. *Estoppel* не ствара нова права за другу страну, већ се примењује у случајевима када је прва страна исказала намеру да се не користи одређеним правом које има. Тада, под одређеним релативно строгим условима, није више у могућности да то негира. У сваком случају, према тренутно важећим правилима у енглеском праву, нема места за примену *estoppel*-а у области предуговорне одговорности. Имајући у виду пут кретања других англосаксонских права (посебно аустралијског, које је сродно енглеском), као и мишљења изнета у доктрини, није искључено да и енглески судови у скорој будућности прошире примену овог института.²⁹

3. Француско право

Француско право садржи правила намењена регулисању ситуација предуговорне одговорности, односно прекида преговора који се може сматрати супротним начелу савесности и поштења. Основно правило је развијено кроз судску праксу тумачењем Грађанског законика: преговори морају бити започети, вођени и евентуално прекинути у складу са овим начелом и понашање супротно томе санкционисано је пре свега путем деликта.³⁰ Француски грађански законик (*Code civil*) садржи опште правило о поштовању начела савесности и поштења у члану 1134, али се то начело односи на извршавање обавеза из већ склопљених уговора. То је условило регулисање предуговорних питања путем деликта.

Овакво регулисање може се чинити сличним одређеним енглеским решењима, али потпуна аналогија не постоји. За разлику од енглеских појединачних деликата, са листом предуслова који морају бити испуњени за сваки, француско право читаву материју регулише општим правилом да свако чињење штете другоме изискује накнаду. Ово правило садржано је у Француском грађанском законнику у члану 1382, уз додатно правило у члану 1383 да то обухвата не само активно чињење већ и немар и непажњу.

Требало би напоменути да регулисање односа у преговорима дуго није било актуелна тема у француској судској пракси. Један од разлога је и генерално мања примена начела савесности и поштења

²⁸ K.Zweigert, H.Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press 1998.³, 392.

²⁹ J.Cartwright, 72-73.

³⁰ Постојала су мишљења да је ипак реч о уговорној одговорности, али су у доктрини и јуриспруденцији одбачена. Видети: J.Cartwright, M.Hesslink, 28 фн 22.

него, на пример, у немачком праву.³¹ Ситуација се променила седамдесетих година прошлог века, када су судови дали одлучан импулс у овом правцу. Занимљиво је запазити, а ситуација се понавља и у немачком праву, да уврежена представа о судовима у континенталним правним системима као пуким спроводитељима закона (насупротив иновативној улози англосаксонских судова) и овде показује своју нетачност.

Кључна судска одлука која у великој мери представља темељ правила у овој области била је одлука Касационог суда (*Cour de cassation*) из 1972. године³², у правној литератури на енглеском понекад називана *The hydrotile machine case*. Суд је применио члан 1382. на ситуацију у којој је једна од страна у преговорима на "бруталан и изненадан" начин прекинула преговоре и тиме "прекршила правила савесности и поштења у трговинским односима".³³ Овакво резонување примило је корен у француској судској пракси и резултовало је низом сличних одлука. На пример, ланац супермаркета који је током дуготрајних преговора подстакао другу страну да изврши одређене радове проглашен је одговорним да надокнади те трошкове по неуспелом окончању преговора.³⁴ Страна у преговорима не сме својим понашањем уверити другу страну у скоро склапање уговора док за то време врши паралелне преговоре.³⁵ Одговорност је најјаснија у случајевима намерног наношења штете другој страни, али је сасвим јасно да намера није неопходан услов.³⁶ Одговорност за преговоре везује се у неким случајевима и за карактеристично француску идеју "злоупотребе права" (*abus de droit*).³⁷

Иако се судска пракса и даље развија, сигурно је да је јуриспруденција омогућила формулисање релативно јасног правила о примени права деликта у овој области. Оно што може оправдати страну која је прекинула преговоре је давање легитимног разлога (*motif légitime*)³⁸, али не постоји усаглашеност судске праксе у погледу тога који су разлози оправдани. То оставља места за процену судије у

³¹ R.Zimmermann, S.Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press 2000., 37-39.

³² Cass Comm, 20 mars 1972, Bull civ IV.93.

³³ Видети Н.Веале *et al.*, *Cases, Materials and Text on Contract Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Hart Publishing 2010, 385-387.

³⁴ Cass Civ 3e, 3 octobre 1972, Bull civ III, 491.

³⁵ Cass Comm, 26 novembre 2003, Bull civ IV no 186.

³⁶ Више код Ј.Белл, С.Бойрон, С.Витакер, *Principles of French Law*, Oxford University Press 2008.², 305-306.

³⁷ Cass Comm, 26 novembre 2003, Bull civ IV no 186.

³⁸ J.Cartwright, M.Hesselink, 29 и судска пракса тамо наведена.

сваком конкретном случају, што је и иначе врло присутно у француском приватном праву.

Предлози за реформу француског права не предвиђају никакве промене за постојећа правила већ их кодификују. Члан 1104. Предлога за реформу облигационог права и права застарелости из 2005. године³⁹ предвиђа да је започињање, вођење и прекид преговора слободно уколико задовољава захтеве начела савесности и поштења, као и да је за одговорност поред намере довољно и постојање широко схваћене кривице (*faute*) једне стране.

Могуће је приметити да, као и свако решење базирано на савесности и поштењу, и овакво регулисање омогућава флексибилност суда у одлучивању у појединачном случају али науштрб предвидљивости.⁴⁰ Тас на ваги правичности и предвидљивости решења је у француском праву претегао на страну првог, што је избор какав ћемо такође видети у немачком праву, као и правима која припадају правним фамилијама ова два система. Било би ипак погрешно сматрати да у француском праву није препозната опасност од превише судијске слободе у одлучивању у случајевима одговорности за преговоре. У често цитираној одлуци суда у Поу, упозорено је да та одговорност мора бити очигледна и ван спора, јер би у супротном дошло до нарушавања слободе уговарања.⁴¹

Иако регулисање путем права деликта, прецизирано путем судске праксе, јесте доминантно, постоје још неке могућности за постојање предуговорне одговорности. За разлику од енглеског права, неосновано обогаћење не игра претерану улогу у француском праву у овој области. Сличност постоји у погледу колатералних уговора.

Како је према правилима француског права значајно лакше установити постојање уговора него у енглеском праву, пре свега услед непостојања *consideration*-а релативно флексибилног тумачења постојања каузе, став у доктрини је да је уговорна одговорност често начин на који страна која сматра да је оштећена може остварити правну заштиту - чак иако суд не сматра да је дошло до деликтуалног наносења штете и повреде начела савесности и поштења.⁴² Према наводима француских аутора, већ у релативно раној фази преговора могуће је утврдити (експлицитно или чак имплицитно) постојање *уговорне* обавезе да се даљи преговори одвијају уз поштовање начела

³⁹ *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, 22.10.2011.

⁴⁰ B.Nicholas, *The French Law of Contract*, Clarendon Press, Оксфорд 1992, 69-71.

⁴¹ *Ibid.*, 71, фн 52.

⁴² J.Bell, S.Boyron, S.Whittaker, 305.

савесности и поштења, односно уз обавезу искрене сарадње у циљу постизања коначног договора.⁴³ Уговорно регулисање омогућава оштећеној страни шири избор правних средстава у циљу одштете, за разлику од накнаде штете у виду негативног интереса која је код деликта практично једина могућност. У фази када се преговори интензивирају могуће је постојање низа других уговора: о одустајању од преговора са трећим лицима, о забрани коришћења информација откривених у току преговора у друге сврхе, о временском орочењу преговора или о накнади износа утрошеног на одређене студије изводљивости.⁴⁴ У завршној фази преговора, слично енглеском праву, могуће је постојање уговора о извршењу почетних радова, а поред тога и постојање уговорног односа базираног на писму о намерама.⁴⁵ Писмо о намерама је назив који може обухватити низ различитих инструмената, а у одређеним случајевима може садржати сасвим конкретне уговорне обавезе и на њима базирану уговорну одговорност у случају кршења.

4. Немачко право

Немачко право садржи непосредну законску регулативу у овој области, уз обиље судске праксе која представља и извор законских решења. Предуговорна одговорност регулисана је пре свега чланом 311(2) немачког Грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) који предвиђа да у случају започињања преговора о склапању уговора и сличних пословних контаката, стране морају поштовати дужности које проистичу из члана 241(2) BGB. Те дужности обухватају узимање у обзир и заштиту права, правних и других интереса друге стране. Одредба је општег карактера и можда не представља најсрећније решење услед постојања упућивања, али је од великог значаја јер представља израз вишедеценијског (ако не и вековног) развоја немачког права кроз судску праксу и академске расправе. Овај историјски развој заслужује посебан краћи осврт.

Правила у немачком праву пре свега су резултат развоја потеклог из института *culpa in contrahendo* (кривица у преговарању), чији се настанак везује за чувеног немачког правника Рудолфа фон Јеринга и средину XIX века. Идеја Јеринга била је да санкционише страну у преговорима која је знала за недостатке због којих је склопљени уговор ништав. Сам Јеринг није разматрао ситуацију када до уговора не дође, и таква ситуација није ни предвиђена BGB-ом из 1901. године.

⁴³ C. Jauffret-Spinosi, "The Domain of Contract: French Law", у: D. Harris, D. Tallon (ур.), *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Оксфорд 1989., 131 и аутори тамо наведени.

⁴⁴ *Ibid.*, 131-132.

⁴⁵ *Ibid.*, 132-134.

Јерингову идеју даље је разрадио француски правник Рејмон Салеиј који се залагао за примену *culpa in contrahendo* у ситуацијама када до склапања уговора и није дошло. Вреди напоменути да је разлог зашто је одговорност за преговоре захтевала развој посебног института, а не примену права деликта као у Француској, тај што немачко право не познаје надокнаду штете за сваки деликт и нема пандан члану 1382. У немачком праву, према тумачењима члана 823 BGB, не постоји накнада штете за чист економски губитак. Услед тога, празнине у праву уговора нису могле да буду попуњене путем правила о деликтима и било је неопходно пронаћи нови начин.⁴⁶

Слично развоју у Француској, али ипак значајно раније,⁴⁷ даљи развој дело је судова. Овај развој базирао се пре свега на употреби члана 242 БГБ-а, који је иако наизглед не нарочито садржајан, постао основна одредба о примени начела савесности и поштења у немачком праву.⁴⁸ Наведени члан постао је ослонац за развој читавих нових правних института, а међу њима се посебно истиче широка примена *culpa in contrahendo*. У немачком праву овај институт је употребљаван не само за предуговорну одговорност за преговоре какву овде разматрамо, већ и ситуације наношења телесне повреде приликом преговора, ради превазилажења ситуације где послодавац може лако пребацити одговорност на запосленог према BGB-у, случајеве ништавих уговора какве је Јеринг имао у виду, као и ради утврђивања одговорности посредника и трећих лица који су на неки начин била укључена у процес преговора.⁴⁹

Основна начела у погледу одговорности за преговоре која се срећу у судској пракси слична су француским решењима. Немачки Савезни врховни суд (*Bundesgerichtshof*) поставио је три услова потребна за постојање одговорности за *culpa in contrahendo*. Прво, оштећена страна морала је бити уверена да ће уговор бити склопљен; друго, оштећена страна морала је поднети одређене трошкове у вези преговора; треће, друга страна прекинула је преговоре без основаног разлога ("*ohne triftigen Grund*").⁵⁰ Сама чињеница да преговори дуго трају и постојање свести о трошковима друге стране није довољно за постојање одговорности. Није тешко претпоставити да је управо трећи

⁴⁶ Више о томе В.Маркесинис, Н.Унберат, А.Јонстон, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Hart Publishing 2006², 93-94.

⁴⁷ Н.Беале *et al*, 374.

⁴⁸ R.Zimmermann, S.Whittaker, 18-32.

⁴⁹ Више о свему овоме В.Маркесинис, Н.Унберат, А.Јонстон, 97-107.

⁵⁰ *Ibid.*, 100 и судска пракса тамо наведена. Видети и Н.Котц, *European Contract Law: Volume 1: Formation, Validity, Agency, Third Parties and Assignment*, Clarendon Press, Оксфорд 1998, 39.

услов најконтроверзнији. Сувише уско схватање основаног разлога могло би да наруши принцип аутономије воље, који остаје основно начело у преговорима и поред примене *culpa in contrahendo*.⁵¹ Иначе, вреди поменути и занимљив случај конвергенције решења са енглеским правом у немачком случају пред Врховним судом из 1983. године⁵² који је сличан горепоменутом енглеском *Box v Midland Bank* и са идентичним исходом (одговорност банке), иако је одлука базирана на различитим институтима.

Битно је поново напоменути да се *culpa in contrahendo* у пракси и теорији не изједначава са деликтном одговорношћу. Питање где би онда овај институт тачно спадао није сасвим решено. Често се овај институт сматра посебним, "трећим путем" (*die dritte Spur*) између уговора и деликта.⁵³ Овакав *sui generis* приступ усвојен је у Швајцарској.⁵⁴ Постоје и мишљења да је ипак реч о уговорној одговорности, пре свега јер се за рачунање штете примењују иста правила као и за уговорну штету.⁵⁵ Овакве дискусије су сада од академског значаја, с обзиром да је одговорност за *culpa in contrahendo* јасно законски регулисана и представља „облигацију базирану на закону (*gesetzliches Schuldverhältnis*).⁵⁶

Ово законско регулисање резултат је најновије реформе BGB-а из 2002. године која је имплементирала постојећу судску праксу у слово закона. Основна идеја немачког законодавца је да чланови 311. и 241. не би требало да дерогирају постојећу судску праксу. Напротив, раније судске одлуке остају важан путоказ у примени ових чланова.⁵⁷ Ово је уосталом и логично услед релативно широких појмова употребљених у наведеним члановима и свака смерница је несумњиво од велике помоћи судовима у будућем поступању.

Поред поменутих решења BGB-а базираних на *culpa in contrahendo*, предуговорну одговорност је могуће остварити и применом члана 826. BGB, који предвиђа надокнаду сваке штете уколико је та штета нанета намерно и на начин супротан јавном поретку. Могућност примене ове одредбе је ипак значајно мања у односу на претходно наведена правила, јер доношење штете на овај начин ипак није често у преговорима.

⁵¹ BGH 22 Februar 1989, NJW-RR 1989, 627. Више и код J.Cartwright, M.Hesselink, 34.

⁵² BGH 17 October 1983, NJW 1984, 866.

⁵³ B.Markesinis, H.Unberath, A.Johnston, 92.

⁵⁴ J.Cartwright, M.Hesselink, 459.

⁵⁵ BGH 10 Juli 1970, NJW 1970.1840.

⁵⁶ B.Markesinis, H.Unberath, A.Johnston, 92-93.

⁵⁷ *Ibid.* Видети и J.Cartwright, M.Hesselink, 34.

У немачком праву могуће је, наравно, такође утврдити постојање посебног уговорног односа који претходи коначном уговору. Занимљиво је издвојити неке примере који одговарају ономе што је присутно у француском и енглеском праву. Једна од могућности је постојање меморандума о разумевању (*Grundsatzvereinbarung*) или писма о намерама.⁵⁸ За одлуку о томе да ли постоји уговор у овом случају потребна је пажљива интерпретација самог документа, исто као у другим правима и међународној пракси. Могуће је постојање посебног, имплицитног, уговора да се правила тендера спроведу у сагласности са постављеним условима, где није тешко уочити паралелу са енглеским случајем *Blackpool and Fylde Aero Club* поменутих раније.⁵⁹ Овакав случај, где је у питању накнада трошкова учешћа на тендеру, требало би разликовати од ситуације у којој би понуђач сигурно победио да је тендер спроведен правилно. У том случају немачки суд досудио је не трошкове, већ накнаду штете као да је уговор већ био склопљен.⁶⁰

Имајући у виду спроведену реформу BGB-а, јасно је да у немачком праву нема назнака промена курса у погледу регулисања предуговорне одговорности на начелима слободе преговора уз ограничење начелом савесности и поштења. За таквим променама, уосталом, нема ни потребе јер правила немачког и француског права сасвим одговарају трендовима у европским и светским пројектима унификације и хармонизације уговорног права.

5. Закључак

Можемо закључити да је разлика између континенталних права и енглеског права у овој материји јасно видљива. Иако француско и немачко право не регулишу сва питања на идентичан начин, у односу на енглеско право представљају релативно јединствен блок са врло сличним начелима регулисања и сличним резултатима у пракси.⁶¹

И поред тога, потребно је разликовати правна правила у овим системима и резултате у пракси који из њих проистичу. За разлику правила, у домену резултата у пракси права Енглеске, Француске и Немачке су сличнија него што би се можда очекивало. Најкарактеристичнија понашања у преговорима која би се могла окарактерисати као неприхватљива (попут обмане и преваре) подједнако су санкционисана у свим овим правима, иако можда не

⁵⁸ Н.Кötz, 36.

⁵⁹ *Ibid*, 37.

⁶⁰ BGH 25 November 1992, NJW 1993, 520.

⁶¹ Н.Кötz, 35, 40.

истим правним институтима.⁶² На сличности у практичним резултатима указује и обимна студија Картрајта и Хеселинка посвећена управо предуговорној одговорности у европским правним системима.⁶³

И поред значајног поклапања у резултатима, енглеско и два континентална права и ту задржавају одређене битне разлике. Кључна разлика је парадигматски случај где је једна страна својим понашањем, али без преварних елемената, преговоре довела до далеко одмаклог стадијума, уз трошкове друге стране, а онда их прекинула из неког разлога. Какав год тај разлог био, енглеско право не омогућава заштиту оштећеној страни, за разлику од француског и немачког права која то у великом броју ситуација чине.

Из тог разлога и творци различитих пројеката хармонизације уговорног права на европском нивоу морали су да се одреде за један од ова два приступа: парцијално решавање кроз различите институте или свеобухватни модел базиран на савесности и поштењу. У одређеној мери очекивано, примат је дат континенталном моделу. Принципи европског уговорног права (*Principles of European Contract Law - PECL*) и Нацрт заједничког референтног оквира (*Draft Common Frame of Reference - DCFR*) на скоро истоветан начин регулишу одговорност за преговоре. У начелу, свака страна је слободна да преговора и напусти преговоре, али не сме преговоре водити нити их прекинути противно начелу савесности и поштења. Посебно наведен пример таквог понашања је започињање или вођење преговора без праве намере да се постигне договор.⁶⁴ Извесно је да ови пројекти усвајају заједничка начела присутна у француском и немачком праву и њиховим правним фамилијама, а додатна сличност немачком праву, и предлозима за реформу француског, је изричито законско регулисање обавеза у преговорима - насупротив препуштању ове области општој норми намењеној деликтима. Јасно је да је позиција енглеског права на супротном полу.

Разумљив разлог за овакав избор је чињеница да на европском континенту англосаксонско право доминира у свега две земље – Великој Британији (без Шкотске, где је мешовити систем често близак континенталном) и Републици Ирској. Ако је циљ уобличавање решења која ће бити прихватљива највећем броју земаља Европске Уније, континентално-правни модел представља логичан избор. Базирање решења на савесности и поштењу омогућава да формулација чланова буде широка и довољно флексибилна и тиме опет потенцијално прихватљива већем броју земаља. И такав приступ има и своје мане, а

⁶² J. Cartwright, M. Hesselink, 480-481.

⁶³ *Ibid*, 487-488.

⁶⁴ PECL, чл. 2:301 и DCFR, чл. 3:301.

највећа је неодређеност и неизвесност коју би примена таквих одредби могла да донесе у пракси. Проблем је увећан и услед тога што ниједно од предложених европских решења нема судску праксу иза себе, која даје одговоре на недоумице. За тако нешто потребан је дужи низ година по усвајању неког облика европског грађанског или бар уговорног законика. Најновији развој иде у правцу усвајања опционог европског правног инструмента намењеног пре свега продаји робе, уз акценат на трансакције између привредних субјеката и потрошача, односно малих и средњих предузећа сличних потрошачима.⁶⁵ Јасно је да ће свеобухватно регулисање уговорног права морати још да сачека.

Коначни закључак је да је са упоредноправног аспекта дивергенција енглеског и француско-немачког или континенталног модела одговорности у преговорима јасна и тешка за превазилажење. Ова дивергенција је у многим сегментима преброђена употребом другачијих института у истом циљу, али фундаментално другачији приступ односу страна у преговорима и уопште начелу савесности и поштења у енглеском и континенталном праву онемогућава суштинско приближавање ових модела.

Будуће европско уговорно право и свако право у реформи у начелу мора да се определи за један од ових система - јер је тешко замислити функционалан компромис ова два приступа. Могуће је за крај повући и паралелу са реформом грађанског права у Републици Србији, где ће такође бити потребно посветити се и питањима предуговорне одговорности. Имајући у виду традицију, постојећа законска решења, судску праксу и већ поменуте европске предлоге, будући Грађански законик Републике Србије би по нашем мишљењу ову материју требало би да регулише на начелима и по правилима блиским или идентичним француском и немачком праву.

⁶⁵ Видети саопштење Европске комисије од 11.10.2011. на http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/communication_sales_law_en.pdf и предлог самог инструмента на http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf.

Velimir Živković, LL.M. (Belgrade),
Magister Juris (Oxford)
PhD Candidate
University of Belgrade, Faculty of Law

Pre-contractual liability in English, French and German law

Legal liability for the period which precedes the conclusion of a contract is an issue which has been solved differently in various legal systems. Regulation of this area via legal rules is not a simple task because of the large number of different acts which can occur – from preliminary inquiries about the possibility of cooperation up to detailed agreements which are one step from being contracts. Should the party which broke off the negotiations, despite the other party possibly having expenses and being certain about the conclusion of the final agreement, be sanctioned and how? The aim of this article is to present the answers to these questions which were given by the laws of England, France and Germany through the analysis of statutory rules, jurisprudence and doctrinal opinions. The conclusion that can be reached is that there is a clear cut distinction between the divergent approaches of English law and continental systems in this area, but also that certain unacceptable behaviours during the negotiations are often similarly sanctioned by using different legal concepts.

Key words: *precontractual liability, liability for negotiations, English law, German law, French law*