

Predugovorna odgovornost

UDK 347.513
347.440.76

Sažetak

Kao što znamo, 2005. godine donesen je novi Zakon o obveznim odnosima, a jedno od područja glede kojih je došlo do izmjena jest upravo institut predugovorne odgovornosti. U ovom radu, autor se ukratko dotiče povijesne geneze tog instituta osvrćući se ponajprije na Jheringovu doktrinu o culpa in contrahendo. Prikazano je također uređenje predugovorne odgovornosti po prijašnjem ZOO-u da bi ga se usporedilo s danas važećim koje predstavlja korak dalje u pogledu opsega te odgovornosti. Značajna pozornost posvećena je i pitanju obujma odštete. Analizirano je i stanje u zemljama common law pravnog sustava, prije svega u Velikoj Britaniji i SAD-u koje glede ovog instituta stoje na različitim polaznim stajalištima (posebice u vezi priznavanja načela savjesnosti i poštenja) od zemalja europskog kontinentalnog sustava kojima pripada i Hrvatska.

Ključne riječi: predugovorna odgovornost, culpa in contrahendo, obujam odštete, načelo savjesnosti i poštenja

1. Uvod

Svatko od nas dnevno sklapa čitav niz ugovora, a da toga nismo ni svjesni: kupujemo namirnice u trgovini, šišamo se, posuđujemo knjige. Kod većine ugovora, a pogotovo u prije spomenutima pregovaranje nam se čini smiješnim i nepotrebnim, kao što to uistinu i jest. Međutim, za neke je ugovore u prometu potrebno utrošiti mnogo truda, vremena i, dakako, novaca da bi ih se sklopilo – drugim riječima, potrebni su pregovori. To se prije svega odnosi na različite ugovore o koncesiji, investicijskim ulaganjima, o građenju.¹ U pregovorima potencijalne ugovorne strane međusobno razmjenjuju podatke, različita mišljenja i prijedloge o budućem obveznom ugovoru koji žele sklopiti i tako doći do rješenja na obostrano zadovoljstvo. U tim nastojanjima da postignu suglasnost volja oko bitnih sastojaka ugovora one su u pravilu slobodne u svakom trenutku odustati od sklapanja ugovora i prekinuti pregovore kao što to nalaže jedno od temeljnih načela građanskog prava – načelo stranačke dispozitivnosti, odnosno autonomije stranaka. Pa ipak, u nekim situacijama strane pri zasnivanju obveznih odnosa to načelo mogu zloupotrijebiti. Zamislimo sljedeću situaciju: pregovarajući o sklapanju ugovora o građenju drugoj strani otkrivamo važne podatke o svom poslovanju, o solventnosti, o svojim budućim

¹ Gorenc, Vilim: Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005., str. 346.

planovima. S obzirom na dugotrajnost pregovora snosimo različite troškove, a imajući u vidu držanje druge strane koja svojim ponašanjem i izjavama ne dovodi u pitanje sklapanje ugovora uvjereni smo da će do sklapanja istog doći. No tada, u već podmakloj fazi pregovora druga ih strana prekida, a određene obavijesti koje smo joj povjerali daje na raspolaganje svojim poslovnim partnerima, našim konkurentima. Jasno je da druga strana nije imala namjeru sklopiti ugovor s nama već da joj je jedina namjera bila da dođe do ovakvih povjerljivih obavijesti. Ovo je samo jedna od mogućih situacija u kojoj, iako je zadovoljeno dispozitivno načelo, jedno drugo načelo trpi – dakako, radi se o načelu savjesnosti i poštenja koje naš, kao i drugi zakoni europskog kontinentalnog sustava u pogledu građanskog prava, poznaje kako u ugovornoj, tako i u predugovornoj fazi. Upravo je čl. 12. prijašnjeg Zakona o obveznim odnosima², koji je sadržavao to načelo (danas čl. 4.), bio predmet rasprave upravo u vezi s predugovornom odgovornošću. U ovom radu cilj mi je analizirati prijašnje zakonsko uređenje instituta predugovorne odgovornosti te upitati se je li naša sudska praksa „izvukla maksimum“ iz njega (posebno imajući u vidu sudske prakse nekih drugih zemalja gdje se s „puno manje riječi“ postiglo puno više). Upravo zbog prethodne tvrdnje, koju ću obrazložiti kasnije, predugovorna odgovornost jedan je od instituta koji je u novom Zakonu o obveznim odnosima³ dobio svoje novo ruho bivajući u tom smislu usklađen s tzv. Landovim načelima.⁴ Prikazat ćemo što nam donose te nove promjene i u jednom se trenutku zapitati jesu li uopće bile potrebne. Posebno nam se zanimljivim čini usporediti naše uređenje s rješenjem zemalja common law pravnog sustava i ukratko naznačiti kako je to pitanje tamo riješeno. Pritom ćemo vidjeti da, unatoč nekim načelnim razlikama, predugovorna odgovornost itekako postoji i u tim zemljama.

2. Razvoj instituta predugovorne odgovornosti – doktrina o *culpa in contrahendo*

Nijedna analiza predugovorne odgovornosti ne može proći a da se ne spomene jedan od najznačajnijih pravnika 19. stoljeća - Rudolph Jhering i njegova doktrina o *culpa in contrahendo*.⁵ Bit je te doktrine da se od budućih ugovornih strana zahtijeva da se u pregovorima ponašaju u skladu s *diligentia in contrahendo*, dakle s određenim stupnjem uzajamne pažnje kršenje čega bi dovodilo do obveze na naknadu štete. Treba pritom upozoriti koji je bio glavni razlog nastanka Jheringove doktrine. Naime, znamo da u pitanju odnosa između volje i očitovanja kod pravnih poslova postoje tri teorije. Prema teoriji očitovanja, među stranama vrijedi ono što se očitovalo bez obzira na to što se htjelo, dok je prema teoriji volje bitno ono što se htjelo, a ne ono što se očitovalo. Međutim, danas je važeća teorija povjerenja prema kojoj se u pravilu uvažava ono što se očitovalo, a tek u slučaju spora ispituje se i pod određenim pretpostavkama uvažava ono što se htjelo.⁶ S druge strane, u Jheringovo vrijeme prevladavala je teorija volje, što ga je nagnalo da ovom doktrinom ispravi neke njezine neprihvatljive učinke.⁷ Naime, njegova je pozornost

² Nar. nov. br. 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 107/95, 7/96, 91/96, 112/99 i 88/01

³ Nar. nov. br. 35/2005, u daljnjem tekstu ZOO.

⁴ Tekst Landovih načela vezanih uz predugovornu odgovornost može se naći na internet stranici <http://www.storme.be/c2-3.pdf>

⁵ Iznio ju je u svom djelu: *Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder zur Perfektion gelangten Verträgen*

⁶ Vedriš, Martin-Klarić, Petar: *Građansko pravo*; Narodne novine, 2003., str. 159.

⁷ Primjerice, ako bi kupac pogreškom naručio sto kilograma neke robe umjesto deset ne bi morao obešteti prodavatelja za troškove prijevoza robe koja je odbijena. – Kessler, Friedrich-Fine, Edith: *Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: a Comparative Study*; Harvard Law Review, Vol. 77, 1964., str. 402.

bila usmjerena na sljedeće tri situacije: odgovornost osobe u zabludi nakon pobijanja ugovora, odgovornost punomoćnika bez punomoći te odgovornost u slučaju prodaje nepostojeće stvari⁸. Zbog toga, „iako se Jhering smatra osnivačem doktrine culpa in contrahendo domet njegovog promišljanja bio je puno uži od onoga što danas smatrao predugovornom odgovornošću.“⁹ Ukazujući na dominantnost teorije volje u njegovu vrijeme htjeli smo pokazati da je u žarištu Jheringova interesa bila odgovornost u slučaju ništetnosti ili poboynosti ugovora (za što u našem ZOO-u postoje posebne pravne osnove¹⁰), dok danas pod tom odgovornošću prije svega mislimo na pregovore i odgovornost za ponašanje u pregovorima (koje je protivno načelu savjesnosti i poštenja).

3. Vrste odgovornosti za štetu

Proučavajući pitanje predugovorne odgovornosti postavlja se pitanje je li istu bilo potrebno nazivati posebnim imenom. Naime, tvrdi se, s jedne strane, da je predugovorna odgovornost samo specifičan oblik ugovorne odgovornosti pri čemu se pregovorima daje obveznopravni karakter. Ipak, jasno je da je upravo cilj pregovora nastanak obveznopravnog odnosa i da ugovorna odgovornost ne može postojati bez samog ugovora jer naprosto obveze u tom stadiju još nema. S druge strane, predugovorna se odgovornost izjednačava s deliktnom, pri čemu se ističe da se u tim situacijama radi o povredi općeg načela o zabrani uzrokovanja štete¹¹. Na kraju, prema (danas prevladavajućoj) teoriji o odgovornosti iz odnosa povjerenja otpočinjanjem pregovora, makar i ne dovodi do sklapanja ugovora, među sudionicima se stvara odnos povjerenja koji ih obvezuje na poštovanje pažnje koja se u prometu zahtijeva. Ta pažnja podrazumijeva uzajamnu suradnju, obavještanje i zaštitu, a izvodi se iz načela savjesnosti i poštenja.¹² U svakom slučaju, nakon što smo odbacili tvrdnju da je predugovorna odgovornost specifičan oblik ugovorne odgovornosti jasno je da ova teoretska distinkcija neće imati neko značajnije praktično značenje. Naime, praktično je najvažnije odrediti pravila koja se odnose na obujam odštete. To su, dakako, pravila deliktne odgovornosti budući da ona imaju karakter općih pravila odgovornosti za štetu – ZOO, propisujući pravila ugovorne odgovornosti izravno upućuje na takav zaključak¹³. Iako je to jednoglasan stav naše teorije i prakse upitno je koliko je on konzekventno ispoštovan s obzirom na dilemu u vezi s dosuđivanjem izmakle dobiti, pri čemu prevladava stav da se ista ne naknađuje.¹⁴

4. Predugovorna odgovornost po prijašnjem ZOO-u

Budući da je donošenjem novog ZOO-a, između ostalog bitno izmijenjen članak koji se odnosi na predugovornu odgovornost, bit će zanimljivo vidjeti u čemu se sastoji bit tih izmjena. ZOO iz 1978. je o pregovorima govorio na dva mjesta: na jednom eksplicitno (čl.

⁸ Baretić, Marko: Predugovorna odgovornost, Zbornik PFZ, 1999., str.50.

⁹ Ibidem

¹⁰ Čl. 323, st. 2: Ugovaratelj koji je kriv za sklapanje ništetnog ugovora odgovoran je svom suugovaratelju za štetu koju trpi zbog ništetnosti ugovora ako ovaj nije znao ili prema okolnostima nije morao znati za postojanje uzroka ništetnosti.; Čl. 332, st. 2: Ugovaratelj na čijoj je strani uzrok poboynosti odgovoran je svom suugovaratelju za štetu koju trpi zbog poništaja ugovora ako ovaj nije znao ni morao znati za postojanje uzroka poboynosti ugovora.

¹¹ Draškić, Mladen, u: Blagojević-Krulj, Komentar Zakona o obligacionim odnosima; Savremena administracija, 1980., str. 113.; Knez, Rajko: Predugovorna odgovornost; Pravo u gospodarstvu, vol. 35, 1996., str. 868.

¹² Vedriš, Martin-Klarić, Petar: Građansko pravo; Narodne novine, 2003., str. 569.

¹³ Čl. 349: Ako odredbama ovoga odsjeka nije drukčije propisano, na naknadu ove štete na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ovoga Zakona o naknadi izvanugovorne štete.

¹⁴ O tome više infra u dijelu koji se odnosi na obujam odštete

30.), a na drugom implicitno (čl. 12.), pri čemu se predugovorna odgovornost „skrivala“ u okviru jednog od općih načela obveznog prava – načela savjesnosti i poštenja. Naime, tadašnji čl. 12. (danas čl. 4.) kaže: „U *zasnivanju* obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici su dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja.“ Nadalje, kao što sam spomenuo, u posebnom je članku to načelo (djelomično) razrađeno i u tom je smislu tadašnji ZOO bio jedan od rijetkih zakona koji je predugovornu odgovornost normirao izričito zakonskom odredbom¹⁵. Po tom članku, odgovornost za štetu tereti onoga tko pregovara bez namjere da sklopi ugovor i tko prekine pregovore bez osnovanog razloga. Prije nego što obradimo ove dvije situacije, valja se zapitati je li člankom 30. glede opsega te odgovornosti učinjeno više štete nego koristi. Naime, kako u teoriji tako i u sudskoj praksi prevladavalo je mišljenje da predugovorna odgovornost postoji jedino u ove dvije situacije¹⁶. To znači da ponašanje u predugovornoj fazi koje bi bilo suprotno načelu savjesnosti i poštenja a koje ne bi bilo „pokriveno“ s ta dva stavka ne bi dovodilo do predugovorne odgovornosti za štetu. Iako je pravna osnova za takve situacije postojala (čl.12. ZOO 78.), u sudskoj praksi postupalo se drugačije. Imajući u vidu općenitost te odredbe, a i djelomičnu konkretizaciju tog načela u čl. 30. st. 2. i 3., vjerojatno se interpretacijom, primjenjujući načelo *lex specialis derogat legi generali*, došlo do tog rezultata. Upravo su i zbog toga postojali i prijedlozi da se navedeni stavci izbace.¹⁷ To se, kako znamo, nije dogodilo već se članak izmijenio, no o tome nešto kasnije. Zanimljivo je u tom smislu primijetiti da je razvoj predugovorne odgovornosti u drugim zemljama (Njemačkoj, Austriji, Francuskoj) rezultat djelovanja sudske prakse. Tamo se iz puno oskudnijeg zakonskog teksta, pretežitom referiranjem na načelo savjesnosti i poštenja, predugovorna odgovornost konstantno širila čak do te mjere da se sudovima prigovaralo da su preuzeli ulogu zakonodavca.¹⁸ U tom bi smislu trebalo „stati u obranu“ naših sudova kada razmatramo opseg predugovorne odgovornosti po prijašnjem ZOO-u konstatirajući da oni sude po zakonu.

Nepostojanje namjere za sklapanje ugovora bila je jedna od situacija koja je dovodila do odgovornosti. Pritom je dolazilo do problema tumačenja te odredbe imajući pritom u vidu karakteristike suvremenog tržišnog gospodarstva. Naime, notorna je činjenica da se u današnjim uvjetima vrlo često pregovara s više osoba da bi se ugovor sklopilo samo s jednom – onom koja nudi najpovoljnije uvjete. Dakle, od početka je jasno da pregovarač nema namjeru sklopiti ugovor sa svim supregovaračima i isto je tako jasno da bi postojanje odgovornosti prema onim osobama s kojima ugovor (u takvoj situaciji) nije sklopljen bilo besmisleno i izravno u suprotnosti s načelima tržišnog gospodarstva. U takvim slučajevima odgovornost bi postojala samo u dvije situacije: 1. ako se pregovarač upusti u pregovore s više osoba bez namjere da zaključi ugovor s i jednom od njih i 2. ako partnerne nije obavijestio o činjenici da ulazi u pregovore s više osoba, a ima namjeru zaključiti ugovor s jednom, onom koja nudi najpovoljnije uvjete.¹⁹ No, ono što je kod nepostojanja

¹⁵ Baretić, Marko: Predugovorna odgovornost, Zbornik PFZ, 1999., str. 54.

¹⁶ Skorup, Vlado: Predugovorna odgovornost za štetu, Godišnjak 5, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse; Organizator, 1998., str. 516.; Jelčić, Olga: Pravni učinci pregovora i ponude, Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 20 (1999), 2, str. 600.

¹⁷ Šmalcelj, Željimir: Nepažnja u pregovorima za sklapanje ugovora (*Culpa in contrahendo*); Naša zakonitost, broj 8, 1985., str. 904.

¹⁸ U tom je smislu znakovit slučaj iz austrijske sudske prakse. Radilo se o turistu koji je pao na dijelu zaleđenog pločnika ispred restorana u alpskom turističkom mjestu. Budući da se vlasniku restorana (koji je bio i posjednik pločnika) nije mogla pripisati krajnja nepažnja te mu se stoga (po pravilima austrijskog odštetnog prava) nije mogla nametnuti deliktna odgovornost, Vrhovni sud se usredotočio na činjenicu je li žrtva imala namjeru ući u restoran ili ne. Ako je imala namjeru ući u restoran, vlasnik restorana je prema stajalištu suda odgovoran na temelju ugovornih pravila za kršenje predugovorne odgovornosti u pogledu žrtvina zdravlja. – Jelić, Tomislav: Predugovorna odgovornost, Informator br. 5099, 2003., str. 18., bilješka 28.

¹⁹ Draškić, Mladen, u: Blagojević-Krulj, Komentar Zakona o obligacionim odnosima; Savremena administracija, 1980., str. 113.

namjere posebno problematično jest – dokazivanje. Dokazati odsustvo namjere nije nimalo lak posao budući da se tu radi „o subjektivnom, unutrašnjem odnosu pojedinca prema svom djelovanju“.²⁰ Ne preostaje nam ništa drugo nego dokazivanje ove pretpostavke vezati uz neka ponašanja koja prema životnom iskustvu ukazuju na odsustvo namjere. Tipična dva, u teoriji najčešće spominjana, indikatora nepostojanja namjere su insolventnost štetnika te činjenica da štetnik nije registriran za djelatnost u koju spada ugovor o kojem se pregovara. Dok se s prvim indikatorom možemo složiti, kod drugog se treba zapitati znači li neregistriranost štetnika da isti nema namjeru sklopiti ugovor. Da bismo odgovorili na ovo pitanje, bitno je odgovoriti na drugo pitanje, a ono glasi: Je li ugovor koji pravna osoba sklopi izvan svoje registrirane djelatnosti ništetan? Kao što znamo, pravne osobe mogu sklapati ugovore u okviru svoje (specijalne) pravne sposobnosti. U tom smislu, bilo je sporno podudaraju li se granice pravne sposobnosti s registriranom djelatnošću istih. Ako bismo rekli da je tome tako, ugovori sklopljeni izvan registrirane djelatnosti bili bi ništetni.²¹ Međutim, Zakon o trgovačkim društvima²² stao je na suprotno stajalište – takvi ugovori pravno su valjani, s tim da trgovačko društvo odgovara za prekršaj, a isto stoji i u novom ZOO-u.²³ Prema tome, budući da su takvi ugovori pravno valjani, nejasno je zašto bi se u takvim situacijama pravnim osobama pripisivalo odsustvo namjere za sklapanje ugovora. Jasno je, dakle, da je dokazivanje ove pretpostavke vrlo, vrlo teško. Odgovornost je također postojala (dakako, i danas postoji) u slučaju kad jedna strana ima namjeru sklopiti ugovor, ali ista prekine pregovore bez osnovanog razloga. Draškić s pravom primjećuje da se kombinacija ovih okolnosti teško može zamisliti u praksi jer je prekid pregovora bez osnovanog razloga jedna od najpouzdanijih indicija da su pregovori vođeni bez namjere sklapanja ugovora.²⁴ Naravno, glavno je odrediti što bi se podrazumijevalo pod opravdanim razlogom. Za potrebe sudske prakse ti se razlozi za prekid mogu podijeliti na dvije temeljne skupine: ekonomske i neekonomske, odnosno razloge osobne prirode²⁵. Pritom bi prekid pregovora koji ne bi bio iniciran ekonomskim razlozima u pravilu bio neopravdan. Pa ipak, temeljna misao vodilja pri ocjenjivanju opravdanosti tih razloga treba biti načelo savjesnosti i poštenja. U nekim situacijama bi, prema tome, prekid pregovora, iako iniciran ekonomskim razlozima, bio u protivnosti s tim načelom i zbog toga neopravdan. Ovdje možemo spomenuti primjer koji navodi Draškić. Primjer se odnosi na slučaj u kojem je tvrtka A ponudila tvrtki B da kupi neku sirovinu koja je za nju bila vrlo značajna. Tvrtki B je bilo poznato da je tvrtka A vrlo zainteresirana da dobije tu sirovinu, a također je u skladištu imala živu koju nije mogla prodati u to vrijeme jer je potražnja za njom bila vrlo mala. Zbog toga je tvrtka B uvjetovala zaključivanje ugovora u vezi sirovina s tvrtkom A kupnjom svojih zaliha žive. Budući da je ta količina žive prelazila potrebe tvrtke A, ona je izjavila da će učiniti sve da plasira tu živu na svom tržištu te će kad to uspije zaključiti ugovor istovremeno i o živi i o njoj potrebnim sirovinama. Uz velike muke, ona je u tome uspjela. Međutim, nakon što je plasirala živu i došla sklopiti ugovor o živi i sirovinama, cijena žive je naglo skočila na tržištu i tvrtka B je odbila zaključiti ugovor pod takvim uvjetima.²⁶ U ovoj situaciji razlog za prekid pregovora je nesumnjivo ekonomski, ali je također s obzirom na okolnosti slučaja protivan načelu savjesnosti i

²⁰ Baretić, Marko: Predugovorna odgovornost, Zbornik PFZ, 1999., str. 59.

²¹ Vedriš, Martin-Klarić, Petar: Građansko pravo; Narodne novine, 2003., str. 132.

²² Nar. nov. br. 113/93, 34/99, 121/99 – vjerodostojno tumačenje, 52/00 – Odluka USRH i 118/03

²³ Čl. 274. st. 1: Pravna osoba može sklapati ugovore u pravnom prometu u okviru svoje pravne sposobnosti; st. 2: Pravni poslovi koje sklopi pravna osoba s trećima izvan djelatnosti koje čine predmet njezina poslovanja, valjani su.

²⁴ Draškić, Mladen, u: Blagojević-Krulj, Komentar Zakona o obligacionim odnosima; Savremena administracija, 1980., str. 113. Draškić na istom mjestu navodi primjer ove kombinacije – situacija kad je pregovarač dobivši pogrešne informacije o lošem financijskom stanju druge strane, prekinuo pregovore iako je u početku imao namjeru sklopiti ugovor.

²⁵ Ibidem, str. 113., 114.

²⁶ Vizner, Boris: Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima; Zagreb, 1978., str. 169. i 170.

poštenja. Dakako, spomenuta dihotomija (ne)opravdanosti razloga bit će često dovoljna, ali se ne smije zaboraviti da bi se i uz to svaka situacija trebala tretirati posebno imajući u vidu sve okolnosti konkretnog slučaja, gledano kroz prizmu načela savjesnosti i poštenja zbog čega „sudovi nikako ne bi smjeli prihvatiti ta uopćavanja kao šablonizirane obrasce spremne za primjenu“.²⁷ U svakom slučaju, dokazivanje ove pretpostavke u praksi će biti puno lakše nego dokazati nepostojanje namjere.

5. Predugovorna odgovornost prema ZOO-u 2005.

Kao što smo spomenuli, jedan od instituta koji su izmijenjeni novim ZOO-om jest upravo predugovorna odgovornost. Treba ukratko analizirati zašto je do toga došlo. Naime, već smo spomenuli da je u teoriji, kao i u praksi, prevladavao stav da je predugovorna odgovornost odgovornost za štetu koju jedna strana uzrokuje drugoj pregovarajući bez namjere sklapanja ugovora ili prekidajući pregovore bez opravdanog razloga²⁸. Dakle, ta se odgovornost ograničavala na dvije situacije iz čl. 30. ZOO 78. S druge strane, upozoravalo se na bivši čl. 12. koji uključuje dužnost postupanja po načelu savjesnosti i poštenja i u predugovornoj fazi. Pritom su protivnici tog shvaćanja pitali zašto predugovorna odgovornost ne bi postojala u ostalim slučajevima povrede tog načela u predugovornoj fazi. Bilo kako bilo, došlo je do izmjene zakona u pravcu razmišljanja potonjih. Sada treba reći koje bi situacije osim onih iz bivšeg st. 2. i 3. čl. 30. dolazile u obzir. U literaturi se u tom smislu navode slučajevi otkrivanja poslovne tajne, slučajevi nepotrebnog odugovlačenja s pregovorima te slučajevi nedostavljanja potrebnih obavijesti.²⁹ Kod slučajeva otkrivanja poslovne tajne, sudovi su sporove rješavali primjenom pravila deliktne odgovornosti, zbog čega je bilo rašireno mišljenje da otkrivanje poslovne tajne predstavlja klasični delikt i da takve situacije isključivo i treba rješavati na temelju pravila te odgovornosti.³⁰ Suprotno tome, kaže se da se u „prosudi vanju radi li se kod otkrivanja poslovne tajne o deliktnoj ili predugovornoj odgovornosti osnovno pitanje bilo bi na koji je način štetnik došao do podatka koji predstavlja poslovnu tajnu. Ako je on taj podatak saznao u tijeku pregovora od svoga supregovarača radilo bi se o predugovornoj odgovornosti, a ako bi neka osoba koja nije u pregovorima s nekom drugom osobom saznala određene poslovne tajne te druge osobe radilo bi se o klasičnom deliktu“.³¹ Nepotrebno odugovlačenje s pregovorima također ne bi potpalo pod bivši čl. 30. st. 2. i 3. U takvim se situacijama protivno načelu savjesnosti i poštenja drugoj strani uzrokuju različiti troškovi. Ono što je posebno problematično u tom smislu jest da će se u tim slučajevima često raditi o tome da je štetnik trebao prekinuti pregovore iz opravdanih razloga, ali je nepotrebno nastavljao pregovore s oštećenikom i pričinio mu troškove.³² Jedno od osnovnih „opredmećenja“ načela savjesnosti i poštenja³³ jest potreba međusobnog obavještanja

²⁷ Baretić, Marko: Predugovorna odgovornost, Zbornik PFZ, 1999., str. 61.

²⁸ Skorup, Vlado: Predugovorna odgovornost za štetu, Godišnjak 5, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse; Organizator, 1998., str. 516.; Jelčić, Olga: Pravni učinci pregovora i ponude, Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 20 (1999), 2, str. 600.

²⁹ Ibidem, str. 56.

³⁰ Barbić, Jakša: Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja); Informator, 1980., str.12.

³¹ Baretić, Marko: Predugovorna odgovornost, Zbornik PFZ, 1999., str. 56.

³² Ibidem, str. 57.

³³ Inače, smatra se da načelo savjesnosti i poštenja ima četiri funkcije. Prva je funkcija konkretizacija, a zahtijeva ne samo pridržavati se ugovora, već valja voditi računa i o smislu i svrsi obveznog odnosa uopće. Prema drugoj funkciji to načelo javlja se kao izvor dodatnih obveza (u tome se sastoji njegova regulativna funkcija). Funkcija ograničenja zahtijeva da se sudionici obveznog odnosa u obavljanju svojih prava moraju suzdržati od mogućeg korištenja položaja u obveznom odnosu i provođenja prava na način protivan načelu savjesnosti i poštenja. Najzad, funkcija korekcije uvjetuje izmjenu sadržaja ugovora i pravnog položaja stranaka, u svrhu

o činjenicama relevantnim za sklapanje ugovora. Nedostavljanje potrebnih, odnosno dostavljanje netočnih ili nepotpunih obavijesti u fazi pregovora jedna je od češće spominjanih osnova odgovornosti. Dakako, ovo se odnosi na obavijesti koje je jedna strana mogla dobiti samo od svog pregovarača.³⁴ Jasno je da podaci koji su mogli biti bez problema prikupljeni bez pomoći druge strane nisu relevantni (recimo, podaci iz zemljišnih knjiga). Moguće je da ovakvo ponašanje štetnika dovede do štete, recimo, da zbog toga „jedna strana ne može optimalno formulirati svoju ponudu te da zbog toga ugovor bude sklopljen s nekim drugim ponuđačem kojem su ti podaci bili dostupni.“³⁵ Razvidno je da je upravo zbog ovakvih situacija koje ne bi smjele ostati bez pravnog učinka bilo potrebno izmijeniti zakon. Prije nego prijedemo na sam meritum stvari, treba spomenuti da su u st. 1. čl. 251., koji kaže da pregovori ne obvezuju, izostavljene riječi „i svaka ih strana može prekinuti kad god hoće“. Te riječi izbačene su kao zalihosne jer je jasno da ako u stadiju pregovora obveze nema, načelo dispozitivnosti omogućava prekidanje pregovora. No, najbitnije je upozoriti na st. 2. prema kojem je koncepcija predugovorne odgovornosti izmijenjena. Konkretno, „strana koja je pregovarala ili prekinula pregovore suprotno načelu savjesnosti i poštenja odgovorna je za štetu koja je time prouzročena drugoj strani“. Dakle, pregovaranje bez namjere sklapanja ugovora i prekidanje pregovora bez opravdanog razloga definitivno su i dalje situacije u kojima predugovorna odgovornost postoji jer i one predstavljaju ponašanja protivna načelu savjesnosti i poštenja. Međutim, ovim se stavkom ta odgovornost ne ograničava samo na njih, već i na sve ostale slučajeve povrede tog načela u fazi pregovaranja. Tako je ozakonjeno rješenje koje su neki predlagali neposredno nakon donošenja starog ZOO-a.³⁶ Vidimo da je u zakonskom tekstu nepostojanje namjere za sklapanje ugovora jedna od situacija koja je izričito spomenuta. Ta odredba ne mijenja puno na stvari. Naime, prema dikciji st. 3. (protivno je načelu savjesnosti i poštenja, *između ostalog*) jasno je da to nije jedini slučaj u kojem bi dolazilo do predugovorne odgovornosti za štetu. Vjerojatno je to normirano jer takvo ponašanje predstavlja samo specifičan i težak slučaj povrede načela savjesnosti i poštenja, pa ga stoga zakonodavac i ističe. No, ne možemo se složiti s nespretnom formulacijom iz komentara ZOO-a 2005. gdje se navodi da „Nema odgovornosti za štetu zbog prekida pregovora bez utemeljenog razloga“³⁷, pri čemu se iz objašnjenja takve konstatacije može zaključiti da u tom slučaju odgovornosti ne bi bilo. Međutim, bivši st. 3. čl. 30. postao je suvišan jer je apsorbiran st. 2. čl. 251. novog ZOO-a koji obuhvaća sva ponašanja protivna načelu savjesnosti i poštenja, pa tako i prekid pregovora bez opravdanog razloga. Drugim riječima, izbacivanje tog stavka nikako ne bi značilo da prekid pregovora bez osnovanog razloga ne dovodi do odgovornosti za štetu. Najzad, već je spomenut slučaj otkrivanja poslovne tajne. Zakon, služeći se terminom povjerljivih obavijesti, propisuje da u slučaju da je jedna strana u pregovorima drugoj dala povjerljive obavijesti, druga ih strana ako nije drukčije ugovoreno ne smije učiniti dostupnim trećima niti ih koristiti za svoje interese. „Ovdje se radi o civilnopravnoj odgovornosti u situaciji kad je jedan pregovaratelj po svojoj inicijativi i dragovoljno drugom pregovaratelju dao povjerljive obavijesti.“³⁸ Ako bi do takvih podataka došao na nedopušten način, npr. prijevaram ili primjenom sile, moguća je primjena odgovarajućih instituta obveznog prava, a u ekstremnim situacijama i kaznenih sankcija. Jedan od modaliteta popravljivanja štete u ovom slučaju može biti

prilagodavanja ugovora izmijenjenim okolnostima. - Mihelčić, Gabrijela: Ugovorna i predugovorna odgovornost, Informator br. 5356-5357, 2005., str. 16.

³⁴ Baretić, Marko: Predugovorna odgovornost, Zbornik PFZ, 1999., str. 58.

³⁵ Ibidem

³⁶ „Po mom mišljenju, odgovornost za prekid pregovora bi trebalo da se veže za princip savjesnosti i poštenja, kao što to čini italijanski građanski zakonik“ – Vizner, Boris: Komenatr Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima; Zagreb, 1978., str. 170.

³⁷ Gorenc, Vilim: Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005., str. 347.

³⁸ Ibidem, str. 348.

predaja oštećeniku koristi koju je štetnik tom povredom ostvario. Možemo se zapitati je li ovakva odredba potrebna s obzirom na institut stjecanja bez osnove temeljem kojeg je „stjecatelj obvezan na povrat ili naknadu vrijednosti onog dijela imovine ili imovinske koristi koje je stekao bez pravom priznate osnove odnosno po osnovi koja se nije ostvarila ili je kasnije otpala.“³⁹ Jasno je da u slučaju plaćanja različitih predujmova u fazi pregovora (koji su kasnije propali) taj institut može biti primijenjen. Međutim, u slučaju kad se netko okoristi povjerljivom obaviješću nije uvijek jednostavno pred sudom obrazložiti u čemu bi se sastojao prijenos *imovine ili imovinske koristi* na drugoga. Zato je, da bi se izbjegle situacije u kojima bi moglo doći do pravnih praznina, ova odredba itekako potrebna.

5.1 Obujam odštete

Jedna od važnijih tema u vezi s predugovornom odgovornošću je, dakako, obujam odštete u vezi s istom. Pritom se postavljaju dva problema: koja pravila primijeniti u nedostatku posebnih pravila za predugovornu odgovornost (kao što je to kod nas, a i u ostalim zakonodavstvima slučaj) te može li se dosuđivati izmakla dobit. Odgovor na prvo pitanje ne bi trebao biti pretežak. Pri tumačenju zakona od pomoći će nam biti načelo *lex specialis derogat legi generali*. Budući da pravila predugovorne odgovornosti imaju karakter općih pravila odgovornosti za štetu, a *lex specialis* ne postoji, mjerodavan je *lex generalis* – dakle, na predugovornu odgovornost u pogledu obujma odštete primjenjivat će se pravila izvanugovorne odgovornosti. Sada treba, a u vezi rješenja drugog problema (tj. dosuđivanja izmakle dobiti), vidjeti što zakon o tome kaže. Prema čl. 1089. oštećenik ima pravo na naknadu obične štete, ali i na naknadu izmakle koristi. Zbog toga se ne ostavlja mjesto dvojbi – da je zakonodavac htio ograničiti obujam odštete samo na naknadu obične štete, to je trebao izričekom i učiniti. U teoriji je najrasprostranjenije stajalište da se naknada štete kreće u okvirima negativnog pogodbenog interesa⁴⁰ (kao što je originalno Jhering rezonirao). Međutim, često se također u teoriji navodi da se naknađuje samo obična šteta. Ponekad se čini da neki autori između negativnog pogodbenog interesa i obične štete stavljaju znak jednakosti, što naravno nije točno. Naime, pod formulacijom da se naknada štete kreće u okvirima negativnog pogodbenog interesa razumijevamo da stranu treba vratiti u onu situaciju u kojoj bi bila da nije bilo (načelu savjesnosti i poštenja protivnih) pregovora. To pak znači da u negativni pogodbeni interes možemo ubrojiti i propuštene prilike, dakle, eventualne poslovne kontakte s drugim osobama s kojima je oštećenik odustao od pregovora upravo u namjeri sklapanja ugovora sa štetnikom. Suprotno tome, kaže se „da pregovori s jednim osobama ne priječe pregovaratelje pregovarati i s drugim osobama zbog čega se oštećenik ne može pozivati na izgubljeni dobitak zbog toga što s trećim nije sklopio povoljan ugovor.“⁴¹ U pravilu je ova konstatacija točna. Ipak, smatramo da je u takvim situacijama bitno utvrditi je li oštećenikovo propuštanje „drugih prilika“ bilo opravdano ili ne. Naravno da je u ranijim fazama pregovora teško braniti stav da bi ono bilo opravdano jer se često događa da se pregovara s više osoba da bi se ugovor sklopio samo s jednom od njih. Međutim, isto tako je moguće da bi jedna strana mogla opravdano prestati pregovarati s trećima u situaciji kad su pregovori s određenom osobom došli do tako poodmaklog stadija u kojem ona ima objektivnog razloga vjerovati da će ugovor (s tom osobom) biti sklopljen.⁴² Ne vidimo zašto u takvoj situaciji ni u kom slučaju ne bi mogla biti dosuđena izmakla dobit do koje bi došlo da je

³⁹ Vedriš, Martin-Klarić, Petar: Građansko pravo; Narodne novine, 2003., str. 595.

⁴⁰ Ibidem, str. 570.

⁴¹ Gorenc, Vilim: Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005., str. 348.

⁴² Farnsworth, Allan E.: Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations; Columbia Law Review, Vol. 87, 1987., str. 228.

strana kojoj je povredom načela savjesnosti i poštenja pričinjena šteta iskoristila drugu priliku, do čega bi došlo da takve povrede nije bilo. Ovu misao možemo potkrijepiti primjerom. Recimo, da osoba A pregovara s osobama B i C. U jednom trenutku osoba A kaže osobi B da je njezina suradnja s osobom C već dugotrajna te da je njezina odluka da pregovore nastavi isključivo s osobom C s kojom ima praktički gotovi posao ne želeći nepotrebno odugovlačiti s pregovorima s osobom B. Osoba B je ustrajna u pokušaju da odvrati osobu A od takvog postupka, nudi povoljnije uvjete, drugim riječima, pokazuje najozbiljniju namjeru da sklopi ugovor. No, osoba A ostaje pri svome, nakon čega se osoba B povlači. Nakon toga osoba C, saznajući neke povjerljive obavijesti u pregovorima s osobom A s istom prekida pregovore i takvim se obavijestima koristi. Ne vidimo zašto se u ovom slučaju izmakla dobit (iz posla s B-om) ne bi mogla dosuditi osobi A. Naravno, jasno nam je da se u pravilu izmakla dobit (između ostalog, i zbog teškoće dokazivanja) ne bi dosuđivala, ali je nejasno zašto se takva mogućnost ne bi dopustila. Što se tiče mogućnosti dosuđivanja izmakle dobiti iz pravnog posla koji nije sklopljen sa štetnikom (dakle, pozitivnog pogodbenog interesa), teorija i praksa u pravilu takvu mogućnost negiraju. Pa ipak, i tu možemo pronaći neka druga mišljenja. Naime, kao što znamo, izmakla dobit predstavlja „dobitak kojem se netko nada po redovitom tijeku stvari ili prema posebnim okolnostima i bio bi ga ostvario da nije bilo štetne radnje“.⁴³ U sudskoj se praksi za dosuđivanje izmakle dobiti zahtijeva postojanje objektivne vjerojatnosti da bi oštećenik uistinu stekao dobitak da nije bio u tome spriječen.⁴⁴ Iz toga je jasno da bi se, ako bi se moglo utvrditi postojanje te objektivne vjerojatnosti (što je u svakom slučaju faktično pitanje), dakle, vjerojatnosti da bi ugovor bez štetne radnje bio sklopljen, izmakla dobit mogla dosuditi. Naravno, nismo izgubili iz vida da se sve ovo mora moći dokazati, pri čemu će svakako postojati znatni problemi. U teoriji su spomenuta dva zanimljiva primjera u kojima to ne bi bilo problematično: „1. Ako su se stranke složile oko svih bitnih elemenata ugovora uključujući i suglasnost o pisanom obliku ugovora, ali jedna strana prije potpisivanja ugovora od njega odustane, 2. Ako su se strane dogovorile da će, kao znak da je ugovor sklopljen jedna strana drugoj dati kaparu, pa prije nego li se kapara dade jedna strana odustane od ugovora (budući da u tim slučajevima ugovor postaje perfektan predajom kapare)“⁴⁵. Teoretičari koji zastupaju mišljenje da bi se izmakla dobit mogla u određenim situacijama dosuđivati često spominju jedan slučaj iz nizozemske sudske prakse s posebno zanimljivim obrazloženjem Vrhovnog suda Nizozemske. U tom je slučaju spomenuti Vrhovni sud razradio tri stupnja pregovaranja: 1. početni stupanj pregovora – za vrijeme kojeg je svaka strana slobodna prekinuti pregovore, bez obveze na naknadu drugoj strani; 2. produženi stupanj pregovora u kojem je svaka strana slobodna prekinuti pregovore, ali uz obvezu naknade troškova koji su prouzročeni drugoj strani; 3. završni stupanj pregovora u kojem strani nije dopušteno prekinuti pregovore jer bi to bilo protivno načelu dobre vjere; povreda ove dužnosti daje pravo na naknadu troškova drugoj strani i također, ako se utvrdi primjerenim, dobiti koja bi bila ostvarena za tu stranu.⁴⁶ Pritom bi utvrđivanje faze bilo faktično pitanje koje bi sud utvrdio u skladu sa svim okolnostima slučaja. Vidimo da ovaj treći stadij pregovora poprima gotovo ugovorni značaj jer su strane prije sklapanja samog ugovora na neki način već njime vezane.⁴⁷ U svakom slučaju, nizozemski će suci morati biti vrlo oprezni kada trebaju odlučiti je li u konkretnom slučaju dosegnuta ta treća faza pregovora. Naravno, ovakvim se rezoniranjem ne smije otići predaleko da se ne bi neprimjerenim širenjem predugovorne

⁴³ Vedriš, Martin-Klarić, Petar: Građansko pravo; Narodne novine, 2003., str. 555.

⁴⁴ Baretić, Marko: Predugovorna odgovornost, Zbornik PFZ, 1999., str. 64.

⁴⁵ Ibidem, str. 68

⁴⁶ Jelić, Tomislav: Predugovorna odgovornost, Informator br. 5099, 2003., str. 18.

⁴⁷ This third stage, almost – so it seems – of a quasi – contractual nature... - Van Erp, Sjef: The Pre-contractual stage, u ediciji Hartkamp, Hesselink, Hondius, du Perron, Vranken, Towards a European Civil Code; Ars Aequi Libri, Martinus Nijhoff Publishers, 2004., str. 374.

odgovornosti odvratio strane od pregovora o budućim poslovnim pothvatima, no isto tako nema razloga da se u određenim iznimnim situacijama oštećeniku odriče pravo na izmaklu dobit. Teret dokaza leži na oštećeniku. Dokazivanjem odsutnosti namjere za sklapanje ugovora, prekida pregovora bez osnovanog razloga te ostalih ponašanja protivnih načelu savjesnosti i poštenja dokazuje se ujedno i krivnja štetnika za prouzročenu štetu. Teorija je u ovom suglasna. Međutim, poneki praktičari zastupaju suprotno stajalište, tj. da se štetnik može osloboditi od odgovornosti samo ako dokaže (primjerice) da je imao osnovan razlog za prekid pregovora, što bi značilo da teret dokaza snosi štetnik.⁴⁸ Naravno, ni u kojem slučaju ne osporavamo štetniku mogućnost da izvodi dokaze u svoju korist, već samo želimo naglasiti da je teret dokaza na oštećeniku, a ne na štetniku (kao što se tvrdi). Dakako da je takvo rezoniranje dosta upitno i da dovodi u pitanje jedinstvenu primjenu zakona.

5.2 Zastara zahtjeva

Rok zastare (u nedostatku posebnih pravila) isti je kao i kod deliktne odgovornosti. Dakle, subjektivni rok istječe tri godine od oštećenikova saznanja za štetu i štetnika, a objektivni pet godina od nastanka štete.

5.3 Drugi učinci pregovora

Pregovori mogu rezultirati i drugim učincima. Tako su u slučaju tumačenja ugovora jedno od sredstava za iznalaženje prave volje stranaka upravo pregovori. Također, pregovori mogu služiti u svrhu dopunjavanja sadržaja ugovora. Tu se misli na situacije kad su stranke usuglašavanje o sporednim stavkama ugovora ostavile za kasnije, pa to umjesto njih u konkretnom slučaju mora učiniti sud. Najzad, pregovori mogu biti značajni u slučaju ako je tijekom istih kod jedne strane svjesno prouzročena neka mana volje, što dovodi do poboynosti ugovora, pri čemu oni postaju važan izvor saznanja o tim manama.

6. Common law

Ono što je zajedničko zemljama europsko-kontinentalnog pravnog sustava jest da je pravni standard „načelo savjesnosti i poštenja“ ugrađen u njihove građanske zakone. Upravo je to načelo u mnogim zemljama iskorišteno od strane sudske prakse da bi se zbog nepostojanja posebnih odredbi o predugovornoj odgovornosti takva odgovornost „stvorila“. No, postavlja se pitanje iz čega stvoriti predugovornu odgovornost ako u određenom pravom sustavu načelo savjesnosti i poštenja nije prepoznato. U određenoj je mjeri takva situacija u zemljama common law sustava. Bez pretenzija ulaženja u dubinu, cilj mi je na ovom mjestu prikazati na koji se način tretira ova odgovornost u anglosaksonskom svijetu. Pritom su u prvom planu Velika Britanija i SAD, među kojima ipak postoje neke razlike. Naime, u SAD-u je načelo savjesnosti i poštenja (fair dealing, odnosno good faith principle) priznato, ali samo u stadiju izvršenja ugovora,⁴⁹ zbog čega u vezi naše teme između te dvije zemlje ne bi trebale postojati velike razlike. Ishodište ovakvog gledanja na pregovore jest ono što Farnsworth naziva „common law's aleatory view of

⁴⁸ Jelčić, Olga: Pravni učinci pregovora i ponude, Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1999., str. 601., 602.

⁴⁹ Farnsworth, Allan E.: Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations; Columbia Law Review, Vol. 87, 1987., str. 221.

negotiations“⁵⁰. Ako znamo da „alea“ na latinskom znači „kocka“, jasno je što bi ova sintagma značila. Inače je poznato da *commom law* sustav u pravilu pregovore razmatra isključivo s ekonomskog stajališta, dok se u Europi u to pokušavaju unijeti neki moralni sadržaji i tako postići određeni stupanj humanizacije obveznih odnosa, ali ne samo njih. Uglavnom, anglosaksonsko gledište podrazumijeva da svi troškovi u fazi pregovora spadaju u poduzetnički rizik te da u slučaju neuspjeha pregovora ne postoji mogućnost postavljanja nikakvih odštetnih zahtjeva.⁵¹ Pritom je glavni argument misao da se sloboda vođenja pregovora i prekidanja istih ne smije ograničavati da se ne bi obeshrabilo strane od ulaznja u pregovore. Unatoč ovakvim razmišljanjima *commom law* pravnika, ipak se pronašlo načina da se predugovorna odgovornost nametne strani koja je pregovarala ili prekinula pregovore protivno načelu savjesnosti i poštenja, a da ipak to načelo ne bude formalno protegnuto na predugovornu fazu. Jedan od modaliteta su tzv. popratni ugovori čijim sklapanjem u predugovornoj fazi sudionici pregovora nastoje osigurati zaključenje ugovora. Nalazimo ih pod različitim nazivima: *agreements in principle*, *binders*, *commitment letters*, *heads of agreement*, *letters of comfort*, *letters of intent*, *memorandums of understanding* i sl.⁵² Šarolikost njihova nazivlja, kao i njihova sadržaja, upozorava nas da, iako ih možemo nazivati skupnim imenom *preliminary agreements*, ne smijemo zaboraviti da nisu svi od jednakog značaja za buduće ugovorne strane. Farnsworth spominje dvije vrste takvih ugovora: *preliminary agreements with open terms* i *preliminary agreements to negotiate*.⁵³ Kod prvih, strane utvrđuju bitne sastojke ugovora uz upuštanje u pregovore oko nekih još neriješenih pojedinosti, dakle, još nekih otvorenih pitanja u vezi s dotičnim ugovorom. Međutim, ako se ne usuglase oko tih otvorenih pitanja, strane su i dalje obvezane na poštovanje odredaba glavnog ugovora oko kojeg su se već složile. Kod potonjih ugovora, situacija je slična, no s jednom bitnom razlikom – ako pregovori propadnu, ugovora nema, zbog čega su nam na ovom mjestu zanimljiviji. No, ono što je bitno i što se sklapanjem takvog ugovora mijenja jest da su strane time preuzele na sebe obvezu pregovarati u skladu s načelom savjesnosti i poštenja (*an obligation of fair dealing*)⁵⁴. *Agreement to negotiate* različito je tretiran na engleskim i američkim sudovima. Naime, engleski sudovi izričito su ga odbili priznati pozivajući se na ono što u našem pravu zovemo neodređenost činidbe.⁵⁵ S druge strane, u SAD-u sudska praksa varira od države do države, ali se u pravilu takav sporazum ipak priznaje⁵⁶. No, ono što je sasvim približilo američke sudove europskima jest priznavanje takvih sporazuma i u slučajevima kad nisu bili izričito uglavljeni izvodeći ih iz ponašanja i različitih izjava stranaka i ne baš nedvosmislenih okolnosti. U tom smislu, prema nekim presudama, čini se kao da se načelo savjesnosti i poštenja u predugovornoj fazi na mala vrata probija i u američku praksu.⁵⁷ Ipak, takav zaključak nije još uvijek opravdan jer *common law* pravnici ipak zaziru od takve mogućnosti ukazujući na posljedice koje bi takvo poimanje pregovora imalo po stranačku autonomiju.⁵⁸ Nadalje, ono što i engleski sudovi glede predugovorne odgovornosti priznaju jest tzv. *lock out agreement* – ugovor kojim jedna strana obećava

⁵⁰ Ibidem

⁵¹ Kao što Farnsworth kaže – All is hazarded on a successful outcome of the negotiations; all is lost on the failure. Ibidem, str.222.

⁵² Knez, Rajko: Predugovorna odgovornost; Pravo u gospodarstvu, vol. 35, 1996., str. 867.

⁵³ Farnsworth, Allan E.: Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations; Columbia Law Review, Vol. 87, 1987., str.250.

⁵⁴ Ibidem, str. 263.

⁵⁵ Indefiniteness - Farnsworth, Allan E.: Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations; Columbia Law Review, Vol. 87, 1987., str. 265.

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ Treba reći da se u američkom radnom pravu u vezi sa sklapanjem kolektivnih ugovora to već dogodilo. - Kessler, Friedrich-Fine, Edith: *Culpa in contrahendo*, *Bargaining in Good Faith*, and *Freedom of Contract: a Comparative Study*; Harvard Law Review, Vol. 77, 1964., str. 408.

⁵⁸ Ibidem, str. 449.

drugoj da za vrijeme pregovora s tom stranom neće pregovarati s trećima.⁵⁹ Kršenje te obveze dovelo bi, dakle, do odgovornosti. Jedina razlika je da ovaj sporazum engleska sudska praksa priznaje jedino ako je određeno vrijeme na koje je taj ugovor sklopljen, dok se u SAD-u valjanost takvih ugovora priznaje čak i ako taj period nije određen. U tim će se slučajevima taj period prosuđivati na temelju standarda „razumno vrijeme“ (reasonable time)⁶⁰. Na kraju se postavlja pitanje je li odgovornost moguća i bez tih popratnih ugovora. Odgovor je potvrđan. Prvi institut po kojem bi to bilo moguće jest tzv. unjust enrichment (neopravdano bogaćenje). Iako naziv odmah asocira na stjecanje bez osnove, treba, kao u svim slučajevima prevođenja pravnih termina biti vrlo oprezan. Pritom treba lučiti dvije situacije: ako bi se ovaj institut odnosio na vraćanje različitih predujmova i novčane vrijednosti izvršenih usluga u slučaju neuspješnih pregovora, tada bi doista bila riječ o pandanu našem stjecanju bez osnove. Međutim, on se odnosi i na ono što je kod nas uređeno u st. 4. i 5. čl. 251., dakle, stjecanje koristi od povjerljivih obavijesti gdje, kao što smo rekli, institut stjecanja bez osnove možda ne bi bio dovoljan. Još treba spomenuti tzv. misrepresentation - „institut common law koji bi po svojim karakteristikama stajao negdje između zablude i prijevare u našem pravu. Misrepresentation je izjava koju je jedna strana dala drugoj, a koja je netočna i koja je jedan od razloga koji je naveo drugu stranu da sklopi ugovor. Može biti prijevarna (fraudulent), iz nepažnje (negligent) i obična (innocent)“⁶¹. Znamo da su ovakve situacije kod nas riješene pravilima o ništetnosti i poboynosti ugovora i prema tome ovaj rad ne bi trebao biti mjesto razmatranja ovog pitanja. Međutim, na misrepresentation se po engleskom pravu može pozivati ne samo ako je do sklapanja ugovora došlo nego i ako je misrepresentation bio razlog zbog kojeg nije došlo do toga.⁶² Iz svega ovoga razvidno je unatoč načelnim razlikama glede predugovorne odgovornosti i unatoč drukčijem gledanju na načelo savjesnosti i poštenja od europsko kontinentalnih pravnih poredaka, pravni poretci common law-a ne razlikuju se od njih onoliko koliko bi se prima facie moglo zaključiti. Na kraju, proučavanje common law sustava posebno je važno zbog procesa europske integracije. Krajnju točku takve integracije s aspekta građanskog prava predstavljala bi kodifikacija europskog građanskog prava. Koliko god možda daleko bili od tog cilja, upravo će pokušaji da se „pomire“ ponekad naizgled nepomirljivi pravni sustavi značajno pridonijeti takvim naporima.

7. Zaključak

U ovom su radu analizirani različiti aspekti instituta predugovorne odgovornosti. Na početku smo spomenuli tvorca doktrine o culpa in contrahendo Rudolpha Jheringa, u čijem se spomenutom djelu, vidjeli smo, ipak ne spominju situacije na koje danas prvo pomislimo kad spomenemo tu doktrinu. Budući da je u tom pogledu novi ZOO ponudio novo, izmijenjeno rješenje, bilo je zanimljivo uvidjeti zbog čega je prijašnje uređenje bilo nepotpuno i zašto je izmjena bila potrebna. Naime, opseg predugovorne odgovornosti po ranijem rješenju odnosio se isključivo na dvije situacije: pregovaranje bez namjere sklapanja ugovora te prekid pregovora bez osnovanog razloga. Susreli smo se ipak i s mišljenjima nekih autora koji su smatrali da se uz malo više slobode sudske prakse zakon uopće nije trebao mijenjati. S novim zakonskim rješenjem taj se opseg definitivno proširio na sve slučajeve pregovaranja ili prekidanja pregovora koji su protivni načelu savjesnosti i poštenja, a pregovaranje bez namjere sklapanja ugovora samo je, primjerice, navedeno kao specifična povreda tog načela. Što se tiče obujma odštete, ukazali smo na to da se

⁵⁹ Van Erp, Sjef: The Pre-contractual stage, u ediciji Hartkamp, Hesselink, Hondius, du Perron, Vranken, Towards a European Civil Code; Ars Aequi Libri, Martinus Nijhoff Publishers, 2004., str. 373.

⁶⁰ Baretić, Marko: Predugovorna odgovornost, Zbornik PFZ, 1999., str. 78.

⁶¹ Ibidem, str. 76.

⁶² Ibidem, str.77.

dosuđivanje izmakle dobiti u nekim iznimnim situacijama može dopustiti iako će u pravilu naknada obične štete sasvim dostajati. Da to nije isključivo stav teoretičara, ukazali smo pozivajući se na zanimljivu odluku iz nizozemske sudske prakse koja je u tom pogledu otvorila nove horizonte. Također, zanimljivim nam se učinilo ukratko analizirati način razmišljanja common law pravnika pri čemu smo došli do zaključka da, iako polaze s različitim stajališta u pogledu ovog instituta, europski kontinentalni i common law pravni sustav nisu toliko različiti u tom pogledu – različita je jedino konstrukcija predugovorne odgovornosti. Ono do čega europski sudovi dolaze primjenjujući načelo savjesnosti i poštenja, u common law sustavu izvodi se u pravilu iz različitih popratnih ugovora (posebice se ovo odnosi na pravo u SAD-u). Vidimo da je predugovorna odgovornost u različitim zemljama i pravnim sustavima različito tretirana, no bit je ista: povreda načela savjesnosti i poštenja i u predugovornoj fazi treba biti sankcionirana. U tom smislu, novo zakonsko rješenje tog instituta u Hrvatskoj sasvim sigurno ne ostavlja nikakve dvojbe.

Summary

As we know, in 2005 the new Croatian Law of Obligations was enacted and one of the institutes which were changed was precontractual liability. In this paper, the author analyses the historical development of this institute concentrating primarily on Jhering's culpa in contrahendo doctrine. The regulation on precontractual liability by the former Law of Obligations was also shown so as to compare it with the existing one which represents a step forward concerning the extent of this liability. Significant attention was also paid to the measure of damages. Moreover, it was interesting to see how common law countries treat precontractual liability, especially Great Britain and the USA, having in mind that their standpoint regarding this institute is somewhat different than that of civil law countries one of which is Croatia (with particular regard to the good faith principle).

Keywords: precontractual liability, culpa in contrahendo, measure of damages, good faith principle

Literatura

- Barbić, Jakša: Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja); Informator, 1980.
- Baretić, Marko: Predugovorna odgovornost, Zbornik PFZ, 49(1) 49-102, 1999.
- Draškić, Mladen, u: Blagojević-Krulj, Komentar Zakona o obligacionim odnosima; Savremena administracija, 1980.
- Van Erp, Sjef: The Pre-contractual stage, u ediciji Hartkamp, Hesselink, Hondius, du Perron, Vranken, Towards a European Civil Code; Ars Aequi Libri, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- Farnsworth, Allan E.: Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations; Columbia Law Review, Vol. 87, 1987.
- Gorenc, Vilim: Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005.
- Jelčić, Olga: Pravni učinci pregovora i ponude, Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 20 (1999), 2
- Jelić, Tomislav: Predugovorna odgovornost, Informator br. 5099, 2003.
- Kessler, Friedrich-Fine, Edith: Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: a Comparative Study; Harvard Law Review, Vol. 77, 1964.
- Knez, Rajko: Predugovorna odgovornost; Pravo u gospodarstvu, vol. 35, 1996.
- Mihelčić, Gabrijela: Ugovorna i predugovorna odgovornost, Informator br. 5356-5357, 2005.

- Skorup, Vlado: Predugovorna odgovornost za štetu, Godišnjak 5, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse; Organizator, 1998.
- Šmalcelj, Želimir: Nepažnja u pregovorima za sklapanje ugovora (Culpa in contrahendo); Naša zakonitost, broj 8, 1985.
- Vedriš, Martin-Klarić, Petar: Građansko pravo; Narodne novine, 2003.
- Vizner, Boris: Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima; Zagreb, 1978.