

PERSPEKTIVE
IMPLEMENTACIJE
EVROPSKIH
STANDARDA U PRAVNI
SISTEM SRBIJE

KNJIGA 3

ZBORNİK RADOVA

Priredio
Prof. dr Stevan Lilić

Beograd, 2013

Lektor i korektor
Irena Popović

Tehnički urednik
Zoran Grac

Korice
Marija Vuksanović

Priprema i štampa
Dosije studio, Beograd

ISBN 978-86-7630-431-8

Tiraž
500

Adresa redakcije
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
Centar za izdavaštvo i informisanje
Bulevar kralja Aleksandra 67
Tel./faks: 30-27-725, 30-27-776
e-mail: centar@ius.bg.ac.rs
web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
340.137(4-672EU:497.11)(082)

PERSPEKTIVE implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije : zbornik radova. Knj. 3 / priredio Stevan Lilić. – Beograd : Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2013 (Beograd : Dosije studio). – 361 str. ; 24 cm. - (Biblioteka Zbornici)

Na spor. nasl. str.: Perspectives of Implementation of European Standards in Serbian Legal System. – Tekst lat. i ćir. – Tiraž 500.
– Str. 9–10: Predgovor / urednik ; Forward / editor. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-431-8

1. Лилић, Стеван [уредник] [аутор додатног текста]

а) Право – Хармонизација – Европска унија – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 203584268

ОПОЗИВОСТ ПОНУДЕ У КОНТЕКСТУ ЕВРОПСКЕ ПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ

Апстракт

Предмет овог рада је опозивост понуде, односно питање да ли се правно дејство понуде може прекинути накнадном изјавом понудиоца. Одговор на то питање зависи од многих околности, али су од нарочито значаја темељни правни принципи и традиционална учења која леже у основи правнотеоријског појма понуде у одређеном националном праву. Главне дилеме које се јављају у вези са дејством и правном природом понуде изложена су у уредној правној и догматској анализи најкарактеристичнијих европских националних правних система, са посебним освртом на однос српског права према традиционалним европским доктринама.

Кључне речи: *Правна дејства понуде. Опозивост понуде. Предуговорна одговорност. Culpa in contrahendo. Закључење уговора.*

1. УВОД

Сагласност воља је главни елемент савременог појма уговора и прва чињеница која се захтева за настанак сваког конкретног уговорног односа. Остали услови који се траже за настанак уговора имају, у поређењу са сагласношћу, претходни и технички карактер; стране морају бити способне да уговарају, мора се поштовати прописана форма, мора постојати предмет сагласности и сагласност мора бити заснована на одређеним очекивањима страна. Насупрот томе, динамика закључења уговора своди се на постизање сагласности. Често ће бити случај да се постигнута сагласност може раздвојити на две изјаве – изјаву понуде¹ и изјаву прихвата. Гледано уназад, уговор је настао у једном тренутку и конзумирао је те две изјаве, али иако се закључење уговора везује за један одређен моменат, што има кључну важност за одређивање његових дејстава у времену, настајање уговора ипак обухвата један шири период у којем су странке преговарале. Правна дејства понуде испољавају се само у времену које претходи закључењу уговора, а уз то, можда и у самом тренутку њеног прихвата, али тада се већ може говорити о томе

* Милош Вукотић, студент треће године основних студија Правног факултета Универзитета у Београду.

1 О појму понуде вид. уместо многих: Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд 1993, 125–128.

да је уговор оживео, па ће се одговорност странака процењивати према редовним уговорним критеријумима.

Осим основног дејства понуде да створи могућност на страни понуђеног да једностраном изјавом закључи уговор, понуда испољава и друга дејства која служе томе да се још у току преговора, када странке још нису преузеле на себе главне уговорне обавезе, одржи поверење међу њима и примени начело савесности и поштења. Пре свега, ту је реч о неопозивости учињене понуде и одговорности због недозвољеног опозивања, али и о другим видовима одговорности због неоправданог опозивања понуде чак и када је опозив начелно дозвољен. У европским националним правима постоје крупне разлике, али у свима се признаје одређени вид одговорности у вођењу преговора па се понекад могу помешати правила о неопозивости понуде са правилима о одговорности за штету у преговорима (*culpa in contrahendo*).

2. ОПОЗИВОСТ ПОНУДЕ

Када је реч о могућности опозивања понуде, на нивоу принципа, постоје само два одговора: или се прихвата начелна опозивост или начелна неопозивост односно обавезност понуде.² Први одговор је карактеристичан за англосаксонска и романска права, а други за германски правни круг. Сва права дозвољавају извесна одступања од начелног става, зависно од тога како се вреднују различити циљеви правне политике, али општа тежња развоја права иде у смеру обавезивања понудиоца како би се задовољиле трговачке потребе за извесношћу и поуздањем у промету.

2.1. Опозивост понуде као начело

У енглеском праву понуда се може опозвати начелно увек, све до момента када њеним прихватањем настане уговор.³ Не постоје никакве правне обавезе пре прихватања понуде тј. настанка уговора, тако да понудилац није везан понудом чак ни када изјави да ће је одржати извесно време, осим ако о томе не закључи посебан уговор.⁴ Разлог је у специфичном историјском развоју енглеског права и значају који се

2 Упор. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Савремена администрација, Београд 1990, 272.

3 William R. Anson, Arthur L. Corbin, *Principles of the Law of Contract*, Oxford University Press, New York 1919, 50–51; Frederick Pollock, *Principles of Contract: At Law and in Equity*, Stevens and Sons, London 1878, 8; Јаков Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд 2008, 94; Јакша Барбић, *Склапање уговора по Закону о обвезним односима*, Информатор, Загреб 1980, 43. Најстарији случај у којем је потврђено правило о опозивости понуде је *Payne v Cave* (1789) 3 TR: понудилац на аукцији је повукао своју понуду пре него што ју је аукционар прихватио ударцем чекића. Правило да је аукцијска продаја закључена када аукционар удари чекићем или да други уобичајени знак, те да понудиоци све до тог момента могу повићи своје понуде, кодификовано је у *Sale of Goods Act* (1979), s57(2).

4 Cheshire, Fifoot, Furmston, *Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford 2006, 72–73; J. Barbić, *op. cit.*

придаје доктрини о узајамности (doctrine of consideration).⁵ Енглески судови доследно заступају становиште да понуда, као једнострана изјава воље за коју се не добија никаква противчинидба, којој дакле недостаје consideration, не може стварати обавезе.⁶ Из истог разлога, енглеско право не познаје обавезе из обећања учињеног јавности у смислу обавезивања једностраном изјавом воље, које је признато у континенталном праву. Због тога се радње трећих лица које су предузете у поуздању у јавно обећање сматрају прихватањем понуде, тако да је обећавалац одговоран на основу уговора.⁷

Да би понуда била делотворно опозвана, захтева се да опозив буде саопштен понуђеноме.⁸ Енглеско право за саопштавање понуде и њеног опозива прихвата правило приспећа, међутим на прихватање понуде примењује се правило одаслања (*postal rule*).⁹ На тај начин, понудилац преузима ризик задоцнелог слања изјаве о опозиву, а понуђени може да буде потпуно сигуран да је понуду прихватио ако је прихват одаслао пре него што му је стигао опозив. Понуђени се заправо налази у ситуацији као да је понуда учињена *inter praesentes*. На извештан начин, то правило је корекција крутог начелног става да је понуда увек опозива¹⁰ јер понуђени, када шаље свој одговор, може рачунати на претпоставку да понуда није опозвана. Разлог је у томе што понуде најчешће не бивају опозване, па понуђени може да сматра да слањем изјаве о прихвату испуњава очекивања понудиоца, док се понудилац не може ослонити на сличну претпоставку када шаље изјаву о опозиву.¹¹ Принцип је потврђен у случају *Byrne v Van Tienhoven*,¹² у којем је пресуђено да је уговор закључен иако су понуђени послали изјаву о прихватању након што су понудиоци послали изјаву о опозиву, а пре него што је та изјава стигла понуђенима. Судија Линдли (*Lindley*) посебно је истакао да би другачије решење било крајње неправично и непрактично јер се

5 О настанку и развоју доктрине узајамности вид. Атила Дудаш, „Пружање правне заштите уговорним обећањима у англосаксонском праву – настанак института consideration-a”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу* 3/2008.

6 *Routledge v Grant* (1828) 6 LJCP 166.

7 *Carlill v Carbolic Smoke Ball Company* (1893) EWCA Civ 1; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford 1996, 572–573.

8 Cheshire, Fifoot, Furmston, 73.

9 М. Орлић (1993), 161–164; Cheshire, Fifoot, Furmston, *op. cit.* Правило је први пут признато у чувеном случају *Adams v Lindsell* (1818) EWHC KB J59, а касније је потврђено у серији случајева: *In re Imperial Land Company of Marseilles, ex parte Harris* (1872) Law Rep. 7 Ch. App. 587; *Dunlop v Higgins* (1848) 1 H.L.C. 381; *Henthorn v Fraser* (1892) 2 Ch 27.

10 Младен Драшкић, *Закључење уговора о куйоуорогаји*, Институт за упоредно право, Београд 1972, 82, 98.

11 Cheshire, Fifoot, Furmston, *op. cit.*: „To post a letter was a sufficient act of acceptance, since the offeree was entitled to assume that he thereby satisfied the expectations of the offeror. The offeror, when he decided to revoke, could rely on no such assumption.”

12 *Byrne v Van Tienhoven* (1880) 5 CPD 344.

понуђени никада не би могао ослонити на то да је понуду прихватио, већ би морао да чека док не буде извесно да опозив није у међувремену послат.

Иако енглеска јуриспруденција не одступа од захтева узајамности, наслеђене правне традиције, од којих се такође не одступа, у великој мери релативизују став да је свака понуда опозива и да једнострано обећање не обавезује. Наиме, енглеско право и данас познаје формалне уговоре, *contracts under seal*, у којима форма замењује *consideration* и који се могу утужити без доказивања противнакнаде (апстрактни су у односу на *consideration*). Зато је могуће учинити формалну понуду која ће бити обавезујућа од тренутка када је форма испуњена, дакле, чак и пре него што је саопштена адресату.¹³ У овом случају искључено је чак и повлачење понуде – одустајање од понуде пре него што је понуђени уопште сазнао за њу, тј. пре него што је једнострана изјава почела да делује као понуда. Ту је реч о преживелом формализму који нема ништа заједничког са савременом идејом сагласности воља.¹⁴

Све што је речено за енглеско право, важи у основи и за америчко право.¹⁵ Понуда је увек опозива јер јој недостаје *consideration*, одређени рок тече у корист обе стране, те изричита изјава о неопозивости такође не чини понуду неопозивом.¹⁶ Понуда је неопозива ако је учињена *under seal* или ако је о томе закључен уговор о опцији, као модификација основног уговора или као посебан споредни уговор; изјава о опозиву у случају такве понуде не производи дејство.¹⁷ Коментаришући предлоге извесних теоретичара да би понудилац који је закључио споредни уговор о опцији требало да буде одговоран за накнаду штете ако ипак опозове понуду, Вилистон (*Williston*) каже да нема разлога да се такви споразуми не извршавају принудно, те да понудилац одговара за целокупни уговорни интерес.¹⁸ Такав став је логична последица уговорног карактера понудиоачеве обавезе, он је дужан да изврши своју обавезу у потпуности, тако да ће уговор бити закључен благовременом једностраном изјавом понуђеног па нема места накнади штете због незакључења уговора. Другим речима, када је понуда неопозива, понудилац нема правну могућност да прекрши своју обавезу, понуђени може да доведе до закључења уговора и тиме је обавезност понуде поштована.

13 W. R. Anson, A. L. Corbin, 52–53; М. Драшкић (1972), *op. cit.*

14 W. R. Anson, A. L. Corbin, *op. cit.*

15 Са изузетком §2–205 Једнообразног трговачког законика (*Uniform Commercial Code*, 1978) којим је предвиђено да су понуде трговаца за купопродајне уговоре неопозиве, и то под условом да су учињене писмено и да је неопозивост изричито гарантована. Такве понуде су неопозиве за одређено или разумно време, а најдуже до три месеца. Као што се види, примена тог правила врло је ограничена.

16 Samuel Williston, *The Law of Contracts*, vol. I, Baker, Voorhis & Co, New York 1920, 94–95.

17 *Ibid*, 106–107.

18 *Ibid*.

2.1.1. *Promissory Estoppel*

Најзначајније идејно одступање у англосаксонском праву од правила да је бесплатно обећање увек опозиво остварује се применом установе засноване „у правичности” – *promissory estoppel*. У америчком праву *promissory estoppel* је кодификовано у збирци уговорног права, *Restatement of Contracts*, као правило које не дозвољава обећаоцу да одустане од обећања ако је могао да очекује да ће прималац обећања делати у поуздању у обећање и ако се неправичност може избећи једино испуњењем обећања.¹⁹

У енглеском праву тај институт је установљен у неколико судских одлука, од којих су прве и најзначајније *Hughes v Metropolitan Railway Co.* (1877)²⁰ и *Central London Property Trust, Ltd. v High Trees House, Ltd.* (1947).²¹ У првом случају, закуподавац је прећутно продужио рок у којем је купац био дужан да изврши извесне оправке, тако што је ушао у преговоре са закупцем о продаји закупљеног имања. У другом случају, закуподавац се одрекао дела годишње закупнине због тога што купац није могао да оствари довољан профит у ратним условима. Обе концесије закупцима биле су бесплатна обећања, па су закуподавци у оба случаја имали правну могућност да их опозову. Међутим, будући да су се закупци поуздали у обећања закуподаваца и да су се понашали у складу са њиховим очекивањима, суд је обећања сматрао обавезујућим на основу правичности.

Врло је интересантно и значајно да се америчка теорија о *promissory estoppel*-у мењала током 20. века. У време када је састављан Први ристејтмент, проф. Вилистон и други теоретичари видели су *promissory estoppel* као правно средство засновано на обећању, а не на поуздању изазваном код примаоца обећања.²² Што ће рећи, разумевање те установе било је ближе немачком схватању обавезивања на основу једностране изјаве воље, него идеји да онај ко своје обећање повуче треба само деликтно да одговара за рушење поверења. Сходно томе, накнада која се могла добити на основу *promissory estoppel*-а одговарала је позитивном уговорном интересу (*expectation interest*). Насупрот том ставу, проф. Гилмор (*Gilmore*) тврдио је да се *promissory estoppel* заснива на поуздању, тако да накнада која се по том основу може добити треба да одговара накнади због неоствареног очекивања (*reliance interest*), тј. негативном уговорном

19 §90(1) *Restatement (Second) of Contracts* (1979); упор. §90 *Restatement (First) of Contracts* (1932); за разлику између два ристејтмента вид. Marco J. Jimenez „The Many Faces of Promissory Estoppel: An Empirical Analysis Under the Restatement (Second) of Contracts”, *UCLA Law Review*, Vol. 57, No. 3, 2010, 682–683. Први ристејтмент, у складу са поменутиим становиштем проф. Вилистона, није омогућавао да се накнада ограничи на износ мањи од пуног уговорног интереса, али је зато и захтев за примену *estoppel*-а био строжи.

20 *Hughes v Metropolitan Railway Co* (1877) LR 2 App Cas 439 UKHL 1.

21 *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd* (1947) KB 130.

22 M. J. Jimenez, 677–678;

интересу.²³ Судска пракса се није определила за једно од та два решења, већ судови разматрају случајеве *promissory estoppel*-а захтевајући да се утврди и обећање и изазвано поуздање,²⁴ будући да оба елемента имају своју улогу не само у деликтној одговорности него и у уговору. Досуђивање пуне накнаде (*expectation interest*), стављање примаоца обећања у ситуацију у којој би био да је обећање извршено, однело је превагу над негативним интересом, иако Други ристејтмент изричито уводи могућност ограничавања накнаде.²⁵ Међутим, у конкретном случају, све ће зависити од процене суда, тако да се не може унапред поуздано знати обим одговорности даваоца обећања.

Promissory estoppel је значајан за континентално право утолико што показује да се сличне дилеме јављају у једном другачије структурисаном правном систему, а расправе које се поводом њих воде имају општи значај за правну теорију. Неспорно је да се мора дати сатисфакција лицима која су се поуздала у обећање, али врло је проблематично правно квалификовати одговорност за дато обећање.

2.2. *Опозивост њонуде као њрећњостѡавка*

Као ни англосаксонско право, француско право не сматра понуду обавезујућом. У складу са римском правном традицијом, настанак обавеза се везује за тренутак када је уговор закључен, док се пре тога сматра да преговарачи нису преузели никакве обавезе. Једностране изјаве воље по правилу не обавезују. С друге стране, када понудилац одреди рок и обећа да у том року неће опозвати понуду, понуда постаје неопозива. На жалост праксе, а на срећу теорије, француски Грађански законик не садржи правила о понуди, тако да постоји више објашњења правне природе неопозиве понуде.²⁶

Када је опозив дозвољен (ако понудилац није одредио рок или он не произлази из околности у којима је понуда учињена), понудилац ипак може деликтно да одговара за опозивање понуде ако понуђени докаже да је понудилац скривљено поступао у опозивању понуде.²⁷ Као пример се наводи један случај из 1870. године када је понудилац погрешно адресовао понуду и тиме изазвао одлагање у њеном достављању, па је опозвао понуду пре него што је понуђени могао да одговори.²⁸ Суд је сматрао да је понудилац крив за незакључење уговора због грешке у адресовању (*culpa*) и да треба деликтно да одговара.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*, 701–702.

25 *Ibid.*, 708–711.

26 М. Орлић (1993), 191–192; М. Драшкић (1972), 84.

27 Rudolf B. Schlesinger, Pierre G. Bonassies, *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, Vol. I, Oceana Publications, Dobbs Ferry N.Y. 1968, 771; М. Драшкић (1972), 86.

28 Bordeaux, 17, јануар 1870, S. 1870.2.219, цитирано према: R. B. Schlesinger, P. G. Bonassies.

Решење је другачије када се понудилац обавезе, било изричито, било прећутно, да одржи понуду у извесном периоду. Тада ће понуда остати подобна за прихватање независно од накнадних покушаја понудиоца да је опозове. Изјава о опозиву у том случају неће производити дејство, те ако понуђени прихвати понуду у остављеном року, француски судови сматрају да је уговор пуноважно закључен.²⁹ Захваљујући том режиму, понуда је заиста неопозива и понуђени може без резерве да се у њу поузда.

Насупрот томе, извесни француски теоретичари сматрају да је понуда опозива чак и ако се понудилац изјавом воље одрекао права да је опозове. Тако Планиол и Рипер (Planiol-Ripert), Лаборд и Лакост (Laborde-Lacoste) сматрају да би понудилац био одговоран за накнаду штете, али да уговор не би могао пуноважно да настане јер се за то, према самом појму уговора, захтева једновремена сагласност воља.³⁰ Међутим, захтев једновремене сагласности уопште не може да постоји у данашњем праву јер би поткопао сигурност правног промета између одсутних лица. Када би се тај захтев потпуно поштовао, изјављени опозив би спречавао настанак уговора све и да не стигне понуђеном или да стигне доцкан. С друге стране, не треба сматрати да је понуђени не-савестан ако прихвати неопозиву понуду иако је током њеног трајања примио опозив. Ако су се околности толико измениле да је уговор постао неправичан, може се применити редовно правило о раскиду уговора због промењених околности. С тим у вези, требало би утврдити да ли се уговор може раскинути и због промењених околности које су настале после одашиљања понуде, а не само после закључења уговора.³¹ За то не постоје никакве начелне препреке јер, иако је уговор закључен тек приспећем изјаве о прихвату, очитовање воље понудиоца је дефинитивно изражено раније, тако да он од тада сноси ризик, под условом да уговор заиста буде закључен.

Доследно инсистирање на аутономији воље није од помоћи када се воље преговарача разликују. Тада би се морало поставити питање – кога фаворизовати или ко је крив за настали неспоразум.³² Начело сигурности захтева да се изјаве воље објективизују како би се испунила основна очекивања правних субјеката.³³ Неопозива понуда треба да задржи своје основно дејство упркос „опозивању”, а одговорност за опозивање понуде која јесте опозива треба у целини пренети на терен редовне деликтне одговорности у преговорима.

29 R. B. Schlesinger, P. G. Bonassies, 773–775.

30 Цитирано према: М. Драшкић (1972), 84.

31 Упор. Ј. Радишић, 95, где проф. Радишић предлаже могућност да се изузетно, због промењених околности, допусти опозив неопозиве понуде.

32 Упор. М. Драшкић (1972), 49–52.

33 Као што Драшкић елегантно каже: „Одржавање изјаве која је у свом објективном смислу различита од жељеног прихватаљиво је само ако се дејствително ослонио на изјављени смисао.” *Ibid*, 51.

У недостатку законског прописа, када постоји идеја да једностране изјаве воље не треба да обавезују, француска правна теорија је на више начина покушала да утемељи и објасни правила о одговорности за опозив понуде. Ти покушаји нису значајни само за разумевање француских решења већ уједно постављају оквир расправе о правној природи и дејствима понуде у свим континенталним правним системима.

Настојећи да сачува претпоставку да обавезе не настају из једностране изјаве воље Демоломб (*Demolombe*) разрадио је теорију о претходном уговору као основу одговорности за опозив понуде. Када понудилац одреди рок у којем ће одржати понуду, он у ствари даје две понуде: понуду главног уговора и понуду да главну понуду одржи отвореном извесно време. Пошто је друга понуда искључиво у корист понуђеног, може се сматрати да је он прихвата ћутањем и да је тиме закључен уговор о неопозивости главне понуде.³⁴ Рани покушаји да се објасни обавезност понуде у немачком праву ишли су истим путем. Тако је Регелсбергер (*Regelsberger*) говорио о додатном уговору о одрицању од опозивости.³⁵

Међутим, питање је у којој мери то схватање одговара стварности. Наиме, понуда увек остаје једнострана изјава воље, на пример, ако понуђени тражи продужење рока за разматрање понуде а понудилац остане при првобитном року, неће се сматрати да је понуда опозива. Када би рок у којем је понуда отворена био предмет уговора, сваки предлог понуђеног да се одреди дужи рок представљао би противпонуду уговора о неопозивости понуде, па би понуда била опозива док се споразумно не утврди рок.³⁶ На једном теоријском и апстрактном нивоу, могуће је посматрати понуду кроз призму уговора, али то је ипак сувише удаљено од интуитивног схватања понуде, прилично компликовано и, што је најважније, не указује на суштину понудиоачеве обавезе. Треба утврдити да ли понуда као једнострани предлог обавезује даваоца; насупротив томе, ако се прихвати конструкција понуде која садржи уговор о њеној неопозивости, проблем се избегава једном натегнутом догматском конструкцијом.

Упркос реченом, многи француски теоретичари прихватају да је идејом о предговору може да се објасни природа неопозивости понуде.³⁷ Она је нарочито погодна да се објасни зашто суд може да принуди понудиоца на закључење уговора, јер би се ту радило о редовном утуживању уговорне обавезе.³⁸

34 М. Орлић (1993), 192–196.

35 *Ibid.*, 210–212.

36 С друге стране, ако се прихвати претпоставка прећутног саглашавања са понудама које су у интересу понуђеног, могло би се тврдити да је понуђени прихватио првобитни рок, па да сад нуди измену уговора о року.

37 М. Орлић (1993), 195–196.

38 R. B. Schlesinger, P. G. Bonassies, 776.

2.2.1 Деликтна одговорност

Други покушај да се објасни одговорност понудиоца ишао је путем деликтне одговорности. Прво Потје, а затим и многи други француски теоретичари, сматрали су да понудилац, који начелно има право да опозове понуду, одговара за штету која тиме настане на страни понуђеног.³⁹ Ту се као проблем наводи дозвољеност изјаве о опозивању понуде – ако је опозив дозвољен, недостаје услов противправности штетне радње.⁴⁰ Ипак, не треба инсистирати на објективној противправности. Противправност као строго објективан појам, који означава радњу која се коси са законским наредбама, није много корисна за утврђивање субјективне одговорности.⁴¹ Не упућује се прекор штетнику зато што је његова радња формално противправна, већ зато што се од њега очекивало другачије понашање.⁴² Утврђивање кривице је нормативни суд о конкретном догађају, тако да се очекивано понашање у неким случајевима може састојати и у томе да одређено лице неко своје право не врши.

Видевши да је од кључног значаја утврдити да се понудилац није понашао у складу са друштвеним очекивањима, дошли смо до главног питања предуговорне одговорности уопште – које очекивање уговорник мора да поштује? Као што ћемо видети, сва европска права у вези са тим питањем стоје на истом становишту, без обзира на то да ли је оно јасно изражено или прећутно садржано у конкретним решењима: постоји претпоставка да се у преговоре улази са озбиљном намером да се уговор закључи; уздајући се у ту претпоставку преговарачи имају оправдано очекивање да ниједна страна неће одустати од уговора без доброг разлога.

2.3. Неопозивост понуде као начело

Понуда је начелно обавезујућа у германском правном кругу.⁴³ Понудилац је везан за понуду и не може је слободно опозвати ако неопозивост није изричито или по околностима искључена. Неопозива понуда има своје право значење у немачком праву јер изјава о опозиву понуде уопште не може да јој одузме основно дејство. Током времена у којем је понуда неопозива, понуђени има правну моћ да једностраном изјавом

39 М. Орлић (1993), 196–199.

40 *Ibid.*

41 Михаило Константиновић, *Облигационо право: према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, Удружење студената Правног факултета, Београд 1962, 89–90. Речима проф. Константиновића: „Треба одбацивати и схватање које у кривици види радњу забрањену законом и дефинише кривицу као *недозвољен постојућак*. Ова дефиниција не решава питање суштинске кривице, него је само замењује другим речима. Јер, управо се и питања који су то постојући *недозвољени* (...)”

42 *Ibid.*

43 §145 BGB; §862 ABGB; §§ 3, 4, 5 OR.

воље оживи уговор (*Gestaltungsrecht*).⁴⁴ Та његова позиција је сигурна и он може без икаквог страха од измена или повлачења понуде да размотри околности и учврсти своју одлуку.⁴⁵ Немачки правници настоје да у великој мери објективизују правне послове и на тај начин обезбеде што већу сигурност у промету. Због тога се сматра да неопозива понуда садржи релевантну вољу понудиоца, па чак и ако он заиста промени намеру, право ће сматрати да његова воља постоји у неизмењеном облику и да је погодна за закључење уговора у границама понуде.⁴⁶

Инсистирање на чврстој понуди ствара недоумице када понудилац укључи клаузулу „без обавезе”, *freibleibend, sine obligo* јер се таква изјава може протумачити као позив на преговоре или позив да се учини понуда. Најчешће се таквом клаузулом задржава право да се дâ последња реч о настанку уговора, па се сматра да је њоме искључено основно дејство понуде – подобност за прихватање.⁴⁷ Та врста „понуде” (*Antrag ohne Verbindlichkeit*)⁴⁸ производи дејства која у нашем праву производи позив да се понуда упути јер понудилац, иако њоме није везан, те иако може одлучити да не закључи уговор и пошто добије изјаву о прихватању, о својој намери да одустане од претходне уговорне иницијативе мора одмах обавестити понуђеног, иначе ће му одговорати за штету.⁴⁹ Друга могућност је да се понуда учињена „без обавезе” схвати као задржавање права на опозив понуде (*Widerrufsvorbehalt*) у року важења понуде, за које теорија сматра да се може вршити и непосредно по пријему изјаве о прихвату.⁵⁰ Разлика у односу на прву могућност је у томе што уговор настаје прихватањем од стране понуђеног, осим ако понудилац без одлагања изјави да опозива понуду. Такво либерално становиште правда се неизвесностима на тржишту које могу постојати све до пристизања изјаве о прихвату, а које представљају разлог задржавања права на опозив. Коначно, трећа могућност је тзв. одредба *Lieferungsmöglichkeit vorbehalten*, којом понудилац ограничава садржину своје уговорне обавезе својом могућношћу да обезбеди ствари које су предмет уговора.⁵¹

44 Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB: Ein Lehrbuch*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1982, 129; Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Verlag C.H. Beck, München 1989⁷, 521–522

45 K. Larenz, *ibid.*

46 *Ibid*; упор. Samuel Williston, *The Law of Contracts*, vol I, Baker, Voorhis & Co, New York 1920, 84–85.

47 *Ibid.*; R. B. Schlesinger, P. G. Bonassies, 781.

48 У нашем праву, необавезујућа понуда је она која може бити опозвана све до њеног прихватања. Немачки правници, међутим, називају понудом и онај предлог од кога се може одустати и после пријема изјаве друге стране да је са предлогом сагласна.

49 Александар Јакшић, Срђан Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, издање аутора, Београд 1995, 64–65. Медикус такав предлог исправније назива захтевом да се понуда учини „(...) noch kein Antrag vorliegen soll, sondern nur eine Aufforderung zu Anträgen”. D. Medicus, 129.

50 D. Medicus, *ibid.*

51 *Ibid.*

Таква одредба не искључује обавезе понудиоца под закљученим уговором, осим ако његови трошкови не порасту до те мере да би захтевање испуњења било противно начелу савесности и поштења.⁵²

Неопозивост понуде није идеја која се интуитивно намеће свакодневном схватању, па је тако и немачко право дошло до неопозиве понуде развојем пословних односа и правне теорије. Пре XIX века, опозивост понуде је била правило у немачком општем праву и законима посебних земаља, да би се ситуација постепено мењала доношењем модерних кодификација.⁵³ За разлику од енглеске и француске теорије, немачка теорија је начинила кључни корак у развијању учења да једнострана изјава воље може да буде извор обавеза равноправан са уговорима. Родоначелник тог учења био је Хајнрих Зигел (*Heinrich Siegel*) који је поређењем римског и германског права закључио да је природа понуде у њима различита; у римском праву понуда је била питање,⁵⁴ позив да се дужник обавезе, док је у немачком праву обавезивање потицало од дужника који је повериоцу чинио обећање.⁵⁵ Иако је своју тезу засновао на крајње формалистичком тумачењу које не одражава историјску реалност, Зигел је поставио основу обавезности понуде и других једностраних правних послова, рекавши да давалац обећања није одговоран само за то да изврши што је обећао (*die Verpflichtung ein Versprechen zu erfüllen*) већ и да не повуче своје обећање (*die Verpflichtung ein Versprechen zu halten*).⁵⁶ Тиме је указао и на прави карактер неопозиве понуде: она је имуна на опозив јер се обавеза одржања понуде може принудно извршити.

3. НЕОПОЗИВОСТ ПОНУДЕ У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ

Неопозивост понуде прихваћена је у Закону о облигационим односима према моделу немачког права. Закон прописује да понуда обавезује, с тим што обавезност може бити искључена од понудиоца или према околностима конкретне посла.⁵⁷ Неопозивост понуде је у нашем праву диспозитивно правило.⁵⁸ С друге стране, изричито је прописано да преговори не обавезују и да се одређене конкретизоване преговорне иницијативе не сматрају понудом.⁵⁹ Тако је остављено једно широко

52 BGH, 24.6.1958, VIII ZR 52/57, www.jurion.de, 29. октобар 2012.

53 R. V. Schlesinger, P. G. Bonassies, 780–781; М. Орлић (1993), 207–210.

54 У смислу римске стипулације која се увек састојала од формалног питања будућег повериоца и формалног одговора дужника. Вид. уместо многих Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд 1972, 240–243.

55 М. Орлић (1993), 212–214.

56 *Ibid.*

57 Чл. 36 Закона о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ”, 29/1978; М. Орлић (1993), 305–307.

58 С. Перовић, 272.

59 Чл. 30, ст. 1; чл. 35, ст. 1. ЗОО.

поље у којем преговарачи могу слободно да опипавају терен за будући уговор.

Изнад тих конкретних правила о томе које иницијативе обавезују а које не, налази се општи правни принцип да се субјекти морају понашати савесно и одговорно. Конкретизација тог принципа намеће обавезе и оним преговарачима који су остали у пољу необавезујуће комуникације; зато ће сваки преговарач одговарати за штету ако без основаног разлога одустане од намере да закључи уговор, тј. ако неоправдано, *скривљено* прекине преговоре.⁶⁰

Када је понуда обавезујућа, њен опозив не производи правно дејство.⁶¹ Понуђени може закључити уговор докле год понуда важи.⁶² Ту је реч о једностраном обавезивању понудиоца на основу његовог коначног једностраног предлога да се уговор закључи; речима проф. Орлића: „На једној страни понуђени је већ стекао право да прихватањем понуде доведе до закључења уговора, док је, на другој страни, понудилац примио обавезу да то закључење трпи.”⁶³

Проф. Барбић врло децидно заступа становиште да је понуда начелно неопозива и каже да изузетке треба уско тумачити; зато он сматра да одредба *sine obligo* указује на недостатак озбиљне воље да се закључи уговор и да изјава која садржи ту одредбу представља позив на преговоре или позив да се учини понуда.⁶⁴ У том смислу, задржавање права на опозив треба да буде садржано у квалификованој одредби. О томе Барбић каже: „То је на пример, случај када понудилац у понуди наведе да нуди продају робе под увјетом да се не промјене његове могућности испоруке, да придржава право промјене цијена и сл. (...) ту одредбу (правно не баш сасвим јасну) треба тумачити тако да њом понудилац може придржати право опозива понуде и након што се она по Закону више не би могла опозвати.”⁶⁵ С обзиром на диспозитивност одредбе о неопозивости понуде овакав став се чини неоправдано строгим.

Посебно треба размотрити случај када понудилац фактички опозива понуду тако што пренесе трећем лицу индивидуално одређен предмет понуде и на тај начин изазове субјективну немогућност испуњења онога што је у понуди обећао. Проф. Драшкић сматра да такво располагање индивидуализованим предметом понуде спречава наставак уговора, те да понудилац може одговарати само за накнаду штете.⁶⁶ Међу-

60 Чл. 30 ст. 2–3 ЗОО. Детаљније о предуговорној одговорности према ЗОО, Младен Драшкић, „Предуговорна одговорност”, *Правни живоић*, бр. 10–12/1988.

61 М. Орлић (1993), 232–233; Младен Драшкић, *Коменитар закона о облигационим односима* (ур. Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Савремена администрација, Београд 1980, 127.

62 Ј. Барбић, 39; А. Јакшић, С. Стојановић, 60.

63 Миодраг Орлић, „Закључење уговора”, *Правни живоић*, бр. 10–12/1988, 1494.

64 Ј. Барбић, 39.

65 *Ibid.*

66 М. Драшкић (1980), 127.

тим, у том случају ипак треба сматрати да уговор може да настане и да понудилац треба уговорно да одговара за субјективну немогућност извршења коју је изазвао.⁶⁷ Ситуација се тада може решити раскидом уговора или компензаторном накнадом штете која иде за тим да замени вредност чинидбе која је постала субјективно неизводљива.⁶⁸ Другачије решење би омогућило понудиоцима да једнострано замене своју везаност понудом за накнаду штете услед закључења уговора. Понуђеном треба оставити избор између захтева за новчану вредност неизвршене чинидбе и раскида уговора због неизвршења.

Ако понуђени пре прихватања сазна да понудилац неће моћи да испуни будући уговор и ако није заинтересован за новчану противвредност чинидбе, он може одбити понуду и тражити накнаду штете.⁶⁹ На тај начин, може се избећи незграпно решење да понуђени прихвата понуду само да би затим изјавио да тако закључени уговор раскида због немогућности испуњења. Али понуђени би морао доказати да би иначе закључио уговор, те да одустаје од уговорне одговорности понудиоца из оправданих разлога. Иначе, неће бити места одговорности понудиоца ако понуђени одбије понуду и не докаже да би је прихватио. Одбијање у сваком случају окончава дејство понуде.

За случај када је везаност понудом искључена, Закон о облигационим односима не регулише до којег се времена понуда може опозвати. У немачком праву и по логици теорије пријема, опозив би могао да произведе дејство ако понуђеном стигне пре него што изјава о прихвату стигне понудиоцу. У недостатку изричитог временског ограничења за вршење права опозива, треба сматрати да се опозив може делотворно учинити у сваком тренутку важења понуде, све до момента закључења уговора. Зато се понуда може опозвати све док изјава о прихвату не стигне понудиоцу.⁷⁰ Међутим, неки аутори сматрају да је боље ограничити време у којем се може вршити опозив, тако да он не може да уследи пошто је понуђени отпослао свој одговор.⁷¹ Тиме би се понуђени налазио у сигурнијој позицији. Треба поштовати чињеницу да се понуде најчешће не опозивају, што је оно што најчешће бива, па тако и уважити основано очекивање понуђеног да је уговор закључио одашиљањем свог одговора.

Може се закључити да српско право у основном регулисању опозивности понуде не заостаје за европским правима. Закон о облигационим односима предвиђа јасно и флексибилно решење које следи немачки систем обавезујуће понуде. Нажалост, у судској пракси се скоро не могу

67 У том смислу М. Орлић (1993), 234–235.

68 Ј. Радишић, 159–160.

69 Вид. М. Орлић (1993), 236–238.

70 М. Драшкић (1980), 127.

71 Михаило Константиновић, *Облигације и уговори: скица за законик о облигацијама и уговорима*, Службени лист СРЈ, Београд 1996, чл. 11 ст. 3; Ј. Барбић, 40; М. Орлић (1993), 311.

наћи случајеви који се непосредно односе на питање опозивости понуде и правних последица неопозиве понуде.

4. ПРАВНА ПРИРОДА ОБАВЕЗУЈУЋЕГ ДЕЈСТВА ПОНУДЕ У КОНТИНЕНТАЛНОМ ПРАВУ

Видели смо да везаност понудом може да значи две различите ствари. Некада је понудилац заиста везан за понуду, тако да његова изјава о опозиву ту ништа не може да промени, а некада је само одговоран за штету проузроковану опозивом понуде.

4.1. Деликџна одговорност

Када је могуће опозвати понуду, понудилац може да одговара за штету коју је проузроковао опозивом. Недостатак формалне противправности је ту, као што је већ објашњено, небитан. Штета обухвата све оне трошкове који су учињени ради вођења преговора, као и издатке за посебне припремне радње које по природи посла претходе закључењу уговора (израда студија изводљивости, прављење нацрта, ангажовање разних стручњака итд.). Сâмо чињење понуде се посматра као штетна радња. То се може закључити по обиму и циљу накнаде штете. Понуђени се ставља у ону позицију у којој би био да није чинио издатке ради вођења преговора, дакле као да преговора није ни било. Ако би се сâмо опозивање сматрало штетном радњом, онда би циљ накнаде био да успостави ситуацију која би постојала да је та штетна радња изостала, тј. да понуда није опозвана, а то би значило закључење уговора и уговорну одговорност.

Када се, дакле, одговорност за неоправдан опозив понуде схвати као деликтна, она се значајно приближава општој одговорности у преговорима (*culpa in contrahendo*). То се нарочито јасно може видети на примеру одговорности за преговоре како је она прописана у Закону о облигационим односима (чл. 30), где се захтева *одуступање од намере за закључење уговора без основаној разлога*, што у ствари у потпуности одговара *неоправданом опозивању понуде*. У том смислу, деликтна одговорност за опозив понуде спада у општу деликтну одговорност у преговорима. Зато треба сматрати да ће понудилац у свим правним системима одговарати ако неоправдано и скривљено одустане од своје понуде, премда има право да је опозове.

4.2. Једнострано обавезивање и преображајно право

Када се признаје могућност обавезивања једностраном изјавом воље, понудилац не може да одговара за штету због опозива неопозиве понуде јер он не може ништа да учини да би спречио њено дејство. Понудилац се својом слободном вољом ставља у позицију да буде везан понудом, па се у том смислу може рећи да он себе једнострано обавезује.

Али садржина његове обавезе није сасвим адекватна једној облигацио-ноправној обавези; нити је понудилац може својом радњом повредити, нити суд може заиста принудити њено извршење.⁷² С друге стране, на страни понуђеног имамо право да једностраном изјавом воље створи уговор, тј. да заснује правни однос. По таквој садржини, овлашћење понуђеног квалификује се као преображајно право (*Gestaltungsrecht*), насупротив којем не стоји посебна обавеза друге стране.⁷³ Обавезујуће дејство понуде испољава се у стварању преображајног права на страни понуђеног.⁷⁴ Другим речима, право које понуђени стиче пријемом неопозиве понуде није релативног дејства, а његова садржина није у овлашћењу да се захтева одређено понашање већ у могућности да се једнострано произведе једно правно дејство. Будући да се право прихватања неопозиве понуде односи на један правни концепт⁷⁵ – уговор, који не постоји као фактичка појава, то право не може бити осујећено изјавом понудиоца јер правни систем не признаје дејство таквој изјави. Али будући да се то преображајно право врши упућеном изјавом воље, оно се може повредити фактичким спречавањем титулара да изјави вољу или спречавањем да изјава пристигне адресату.⁷⁶ То значи да у корист преображајног права да се понуда прихвати постоји општа обавеза да се понуђени у вршењу тог права не омета. Преображајно право да се обавезујућа понуда прихвати има апсолутно дејство.⁷⁷

Понудилац се својом вољом не обавезује *stricto sensu*, већ препушта понуђеноме да донесе коначну одлуку о судбини предложеног правног односа. У том смислу, обавезивање понудиоца веома подсећа на Гроцијусово обавезујуће обећање, *alienatio particulae cuiusdam nostrae libertatis*, иако је он говорио само о обавезама које се састоје у одређеном понашању (*promissa dandi, promissa faciendi*).⁷⁸ Проф. Водинелић у преображајном праву види одступање од начела правне једнакости, које се, између осталог, може оправдати слободном вољом онога ко ступа у неједнак положај.⁷⁹

72 О појму обавезе: Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 2007⁵, 103, Владимир В. Водинелић, *Грађанско право: Увод у грађанско право и ојшїї део грађанскої права*, Правни факултет Универзитета „Унион“ – Службени гласник, Београд 2012, 187–188. Проф. Водинелић нарочито наглашава да се грађанскоправна обавеза може састојати само у неком фактичком понашању. О обавези у контексту облигационог права С. Перовић, 16–18, Ј. Радишић, 35–39.

73 О. Станковић, В. В. Водинелић, 107–108; В. В. Водинелић (2012), 213–215.

74 М. Орлић (1993), 321–322;

75 О разлици између могућности које право признаје и могућности које су правом створене вид. В. В. Водинелић (2012), 186–187.

76 В. В. Водинелић, 214, 312.

77 О томе да свако право има апсолутно дејство зато што никоме није дозвољено да смета вршењу права вид. В. В. Водинелић (2012), 200–201.

78 Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, Nicolaus Buon, Parisius 1625, 264.

79 В. В. Водинелић (2012), 214.

У теорији постоји и другачије мишљење које праву понуђеног негира природу преображајног права. То становиште почива на идеји уговора као сагласности двеју сједињених воља, коју не треба растурати на две самосталне изјаве, односно два самостална и једностранна правна посла.⁸⁰ Осим тога, ситуација у којој се понуђени налази потпуно зависи од воље понудиоца. Понуђени може створити уговор само на основу понудиоачеве воље и у складу са њом⁸¹ – понудилац самостално формулише понуду, а прихват који одступа или битно одступа од понуде не ствара уговор. Да ли у тим околностима понуђени заиста има преображајно право? Извесно је да понуђени заиста има овлашћење да једнострано промени правну ситуацију, тј. да изазове настанак уговора; у том смислу, догматски је оправдано рећи да он има преображајно право. Такође је оправдано рећи да он то право врши једностраном изјавом која се може квалификовати као правни посао. С друге стране, мишљење да је ту реч о изузетку од начела правне једнакости треба узети са резервом јер понуђени нема власт да уради било шта супротно вољи понудиоца садржаној у понуди.

5. ЗАКЉУЧАК

Видели смо да у различитим правним системима понуда има различито теоријско утемељење и другачија правна дејства. С друге стране, постоје мале разлике у практичним трговачким потребама и зато преговарачи у свим националним правима имају начина да учине своје сапреговараче одговорним. Општа правила о одговорности за скривљено понашање у преговорима гарантују да ће несавестан преговарач одговарати за штету чак и када се не може исходovati закључење уговора или када то није целисходно са становишта понуђеног.

За случај недостатка изричите или прећутне воље понудиоца у погледу важења понуде, треба установити диспозитивно правило. У савременим условима пословања, разумно је претпоставити њену неопозивост. Као што смо видели, право треба да подржи разумна очекивања пословних субјеката па, будући да је опстајање понуде у једном примереном року оно што најчешће бива, оправдано је предвидети и диспозитивно правило у том смислу.

80 М. Орлић (1993), 322–323.

81 Упор. А. Јакшић, С. Стојановић, 56–57, где се наводи да просто саглашавање са предложеним условима није довољно садржајно за једно преображајно право, а да понекад сама изјава понуђеног није довољна да доведе до настанка уговора. Разлози за прву тврдњу остају нејасни, док се у другом случају не може радити о правој понуди.

Miloš Vukotić*

REVOCABILITY OF OFFER IN THE CONTEXT OF EUROPEAN LEGAL THEORY

Summary

The subject of this work is revocability of offer i.e. the question whether legal effects of an offer can be ended by a subsequent declaration of the offeror. The answer to that question depends on many circumstances, most important of which are fundamental legal principles and traditional doctrines which lie in the basis of the theoretical legal notion of offer in any given national law. The main dilemmas arising in connection with the effect and legal nature of offer are expounded through comparative and dogmatic legal analysis of the most characteristic European national legal systems, with a special reference to the relationship of Serbian law to traditional European doctrines.

Key words: *Legal effects of offer. Revocability of offer. Precontractual liability. Culpa in contrahendo. Formation of contract.*

* Miloš Vukotić, graduate third year student, Faculty of Law, University of Belgrade.