

PERSPEKTIVE
IMPLEMENTACIJE
EVROPSKIH
STANDARDA U PRAVNI
SISTEM SRBIJE

KNJIGA 4

ZBORNİK RADOVA

Priredio
Prof. dr Stevan Lilić

BEOGRAD, 2014

Lektor i korektor

Irena Popović

Tehnički urednik

Zoran Grac

Korice

Marija Vuksanović

Priprema i štampa

Dosije studio, Beograd

ISBN 978-86-7630-469-1

Tiraž

300

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

PERSPEKTIVE implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije : zbornik radova. Knj. 4 / priredio Stevan Lilić. – Beograd : Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2014 (Beograd : Dosije studio). – 355 str. ; 24 cm. – (Biblioteka Zbornici)

Na spor. nasl. str.: Perspectives of Implementation of European Standards in Serbian Legal System. – Tekst lat. i ćir. – Tiraž 300. – Str. 9–10: Predgovor / urednik ; Forward / editor. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-469-1

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

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

COBISS.SR-ID 212155404

ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА У СИСТЕМУ COMMON LAW

Апстракт

У раду се анализира процес закључивања уговора. Наводе се решења енглеског права, које важи у Енглеској, Велсу и Северној Ирској, док је у Шкотској извршена рецесија римског права, иако да је шкотско право континенталног типа. Осим тога, наводе се решења америчког права јер се дешава да се правила Једнообразног/Јединственог трговинског законика (*Uniform Commercial Code*) разликују у односу на друга права система *common law*. Правила енглеског и америчког права се пореде са правилима из српског Закона о облигационим односима, како би се на истом месту указало на сличности и разлике између наших и правила *common law*. Истовремено, наводе се и решења Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној трговини робе (Бечка конвенција), с обзиром на то да она представља најсавременији инструмент унификације приватног права. На одређени начин Бечка конвенција представља компромис, односно покушај да се ускладе решења и помире разлике (по питању уговора о трговини) између система *civil law* и *common law*, иако да су у њу инкорпорисана многа правила оштрих права, укључујући и правила о закључењу уговора.

Кључне речи: *Процес закључивања уговора. – Преговори. – Предуговор. – Понуда. – Прихвати понуде.*

УВОД

У српском праву уговор је сагласна изјава воље између два или више лица, којом се заснива, мења или укида одређени правни однос.¹ У систему *common law* уговор се схвата као „споразум који је правом признат или заштићен, стварајући права или обавезе за своје стране”.²

* Маша Мишковић, мастер права, кандидаткиња докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду.

1 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд 2004, 70; дефиниције уговора у нашој правној науци вид. у: Слободан Перовић, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1990, 151; Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет у Београду, Београд 2011, 195; Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 2007, 162.

2 Guenter Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford 2004, 1; наведено према: Н. Јовановић, *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*, Правни факултет у Београду, Службени гласник, Београд 2008, 17.

Из тих дефиниција се може закључити да је уговор у оба правна система слично дефинисан: оно што је у српским дефиницијама „сагласност воља”, то је „споразум” у дефиницијама система *common law*; „правни однос” у српским дефиницијама представља „права и обавезе” у дефиницијама система *common law*.³

Уговор се закључује у процесу постизања сагласности воља уговорника. Закључење уговора путем понуде и прихвата понуде је уобичајен механизам закључења уговора у упоредном праву.⁴ Најчешће закључењу уговора претходи фаза преговарања страна. Понекад се пре закључења главног уговора закључује преговор.

У процесу закључивања уговора постоје битне разлике између нашег и система *common law*.

1. ПРЕГОВОРИ

Преговори представљају фазу погађања страна која претходи закључењу уговора,⁵ али нису обавезна фаза у процесу закључења уговора.⁶ То су радње које стране предузимају како би се договориле о састојцима евентуалног уговора. Њихова сврха је да се лицу које је иницирало преговоре помогне да формулише своју понуду.⁷ „Преговори углавном имају двоструку улогу: да омогуће странама да се боље упознају и да им помогну у одређивању садржине будућег уговора.”⁸ Дешава се и да понуда претходи преговорима, али се у том смислу након преговора формулише нова понуда (јер претходна није прихваћена).⁹

У српском праву преговори не обавезују и свака страна их може прекинути кад год хоће.¹⁰ С обзиром на чињеницу да преговори не обавезују,¹¹ стране их могу водити и са више страна истовремено.¹² Али страна која је водила преговоре без намере да закључи уговор, одго-

3 *Ibid.*

4 Владимир Павић, Милена Ђорђевић, „Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије”, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008, 593.

5 Илија Бабић, *Лексикон облигационог права*, Службени гласник, Београд 2008, 287.

6 Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултету Београду, Београд 2011, 306.

7 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет у Београду, Београд 2012, 57.

8 Витомир Поповић, Радван Вукадиновић, *Међународно пословно право – посебни део*, Правни факултет у Бања Луци и Центар за право Европске уније у Крагујевцу, Бања Лука – Крагујевац 2010, 64.

9 М. Васиљевић, 57.

10 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, чл. 30 ст. 1 (у даљем тексту: ЗОО).

11 Такво решење је израз принципа слободе у преговорима, као део ширег начела аутономије воље из чл. 10 ЗОО.

12 В. Поповић, Р. Вукадиновић, 66.

вараће за штету насталу вођењем преговора¹³ (*culpa in contrahendo*).¹⁴ Осим тога, одговара за штету и страна која је водила преговоре са намером да закључи уговор, па од те намере одустане без основаног разлога и тиме другој страни проузрокује штету.¹⁵

Преговори имају одређени значај и након закљученог уговора. Они могу бити значајни за тумачење уговора и утврђивање заједничке намере уговорних страна.¹⁶ И *Бечка конвенција* садржи правило да ће се приликом утврђивања намере једне стране (или схватања које би имало разумно лице) водити рачуна о свим релевантним околностима случаја, укључујући њихове *преговоре*, праксу коју су стране међусобно успоставиле, обичаје и свако доцније понашање страна.¹⁷ Преговори имају значаја и ако стране нису уредиле споредне тачке уговора. Њих ће уредити суд, водећи рачуна о *прећходним преговорима*, утврђеној пракси међу уговарачима и обичајима.¹⁸

Енглеско право уопште не уређује преговоре, то јест у преговорима не види било какав правни однос нити предвиђа дужност преговарача да преговоре воде савесно.¹⁹ У том смислу, енглеско право је изузетак у односу на друга права система *common law* (САД, Аустралија), која преговорима дају већи правни значај.²⁰ Постоји неколико разлога због којих преговори нису уређени у енглеском праву. Прво, енглеско право није склоно било каквом уопштавању, па ни енглеске судије нису склонне да пресуђују спорове на основу општих правила. Друго, дужност савесног вођења преговора је исувише широк и неодређен појам, па би могао водити арбитрерном пресуђивању. Треће, од уговарача не може да се захтева савесност, лојалност или приврженост јер су њихови интереси супротстављени, а сваки поступа у свом интересу (на пример, у уговорима о продаји²¹ продавац жели да прода робу по што је могуће већој цени, а купац да је купи по што нижој). Четврто, у енглеском праву не постоји дужност саопштавања чињеница о узајамним чинидбама (*no duty to disclose*) јер се сматра да би тиме стране слабиле своје положаје у преговорима.²²

13 ЗОО, чл. 30 ст. 2.

14 У српској правној теорији доминира схватање да је ова врста одговорности вануговорна (деликтна) одговорност – вид. М. Васиљевић, 58; И. Бабић, 286–287.

15 ЗОО, чл. 30 ст. 3.

16 М. Васиљевић, 59.

17 Бечка конвенција, чл. 8 ст. 3.

18 ЗОО, чл. 32 ст. 2.

19 Н. Јовановић, *Кључне разлике енглеској и српској уговорној праву*, Правни факултет у Београду, Службени гласник, Београд 2008, 53.

20 John Cartwright, *Contract Law – An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, Oxford 2007, 65; наведено према: Н. Јовановић, 53.

21 О уговору о продаји у *common law* систему вид. Маша Мишковић, *Уговор о прогаји у англосаксонском праву* (објављен мастер рад), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.

22 Н. Јовановић, 53–54.

Након преговора стране могу закључити *ипредуговор*. Предуговор је такав уговор, којим се предузима обавеза да се касније закључи други, главни уговор.²³

У *српском праву* предуговор *обавезује*²⁴ ако садржи битне састојке главног уговора.²⁵ Предуговор ствара утуживе обавезе за уговорнике јер ће суд наложити страни која одбија да приступи закључењу главног уговора да то уради у одређеном року.²⁶ С обзиром на то да предуговор *обавезује* на закључење главног уговора (ако су одређени битни услови), а према члану 26 ЗОО (главни) уговор је закључен када су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора, у правној теорији се, чини се, са разлогом поставља питање да ли је предуговор уопште потребан, односно зашто би стране ишле заобилазним путем ако могу одмах да закључе главни уговор.²⁷

Насупрот српском праву, *енглеско право* предуговору не признаје својство уговора, што значи да предуговор у енглеском праву не *обавезује*, то јест не ствара утуживе обавезе.²⁸

2. ПОНУДА

У *српском праву*, понуда је предлог за закључење уговора учињен одређеном лицу, који садржи све битне састојке уговора, тако да би се прихватањем тог предлога могао закључити уговор.²⁹ *Бечка конвенција* садржи сличну дефиницију понуде: понуда је предлог за закључење уговора упућен једном или више одређених лица ако је довољно одређен³⁰ и ако указује на намеру понудиоца да се обавезе у случају прихватања.³¹

У *енглеском праву*, као и у другим земљама система *common law*, понуда се дефинише као *обећање*.³² Насупрот дефиницији понуде као предлога за закључење уговора, „појам обећања је знатно садржајнији, јер указује на унутрашњу повезаност између изјаве воље и будуће обавезе. Обећање је, наиме, изјава воље о преузимању обавезе у будућ-

23 ЗОО, чл. 45 ст. 1.

24 Предуговор не *обавезује* само ако су се од његовог закључења околности толико измениле да не би ни био закључен да су такве околности постојале у то време – вид. ЗОО, чл. 45 ст. 6.

25 ЗОО, чл. 45 ст. 3.

26 ЗОО, чл. 45 ст. 4.

27 М. Орлић, „Закључење уговора”, *Правни животи*, први том, 1988, 154–156.

28 J. Cartwright, 67; G. Treitel, 26.

29 ЗОО, чл. 32 ст. 1.

30 Предлог је довољно одређен, ако означава робу и изричито или прећутно утврђује количину и цену или садржи елементе за њихово утврђивање, вид. чл. 14 ст. 1 Бечке конвенције.

31 Бечка конвенција, чл. 14 ст. 1.

32 М. Орлић, „Смисао понуде у европском и англо-саксонском праву”, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2–3/1996, 108–109.

ности упућена лицу у чију корист поверилац треба да испуни обећану обавезу”.³³ „Чињеница што се понуда у енглеском праву одређује као обећање, а у европским правима обележава као предлог, не значи да међу њима постоје непремостиве разлике. Напротив, наведени појмови могу се схватити као концентрични кругови, код којих обећање означава ужи, а предлог шири круг.”³⁴ Наиме, и у систему *civil law* у највећем броју случајева понуда истовремено представља и обећање када понудилац преузима неку обавезу у будућности. У двостранообавезујућим уговорима, понуда представља и предлог за закључење уговора и обећање јер понудилац предлаже закључење уговора и истовремено преузима будућу обавезу из тог уговора.³⁵ Међутим, у једностранообавезујућим уговорима није увек тако: понуда, осим предлога, може бити истовремено и обећање, али и не мора. Она ће бити и обећање, само када закључење уговора предлаже будући дужник (на пример, у уговору о поклону – поклонодавац), што је најчешће случај у једностранообавезујућим уговорима, док ће представљати само предлог (не и обећање) ако закључење уговора иницира будући поверилац (поклонопримац у уговору о поклону), што је ређи случај.³⁶ С обзиром на то да је у енглеском праву обећање садржано у свакој понуди без изузетка, понуда се може дефинисати као обећање, док је у европским правима потребан општији појам (предлог за закључење уговора) да би се „покрили” они случајеви где је понуда само предлог, а не и обећање.³⁷

У америчком *праву*, УСС правила која се односе на понуду и прихват понуде често се разликују у односу на правила система *common law*.³⁸ Према ЗОО, Бечкој конвенцији и у енглеском праву понуда треба да садржи све битне елементе уговора. Кључна разлика у америчком праву је у томе што ће према УСС уговор имати дејство чак и када у њему нису одређени сви битни елементи (*indefiniteness*), под условом да су стране имале намеру да закључе уговор, и ако постоји разумно одређена основа за правно средство.³⁹ Дозвољава се да се одређени елементи „учитају” у уговор о продаји (*“read into” a sale contract*) и то правило се назива правилом „попуњавања празнина” (*gap filling rule*).⁴⁰ Елементи који се најчешће не наводе у понуди (а ни уговору) – тзв. *left open terms*, јесу: цена; време и начин плаћања; време, место и начин испоруке; време за испуњење уговорних обавеза; сортирање робе итд.⁴¹

33 *Ibid.*, 109.

34 *Ibid.*, 112.

35 *Ibid.*, 113.

36 *Ibid.*, 114.

37 *Ibid.*, 118.

38 Н. Cheeseman, *Contemporary Business and Online Commerce Law*, Pearson Prentice Hall, New Jersey 2009, 418.

39 УСС, §2–204(3).

40 Н. Cheeseman, 418.

41 *Ibid.*, 419.

Када је у питању понуда, осим разлике у дефинисању понуде, постоје још три битне разлике између енглеског и српског уговорног права: општа понуда (2.1), обавезност понуде (2.2) и престанак понуде због смрти понудиоца (2.3).

2.1. Општа понуда

У српском праву, као понуда (уколико другачије не произлази из околности случаја или обичаја) важи и предлог за закључење уговора упућен *неодређеном броју лица*, који садржи битне састојке уговора чијем је закључењу намењен.⁴² Излагање робе са означањем цене такође се сматра понудом уколико другачије не произлази из околности случаја или обичаја.⁴³ Међутим, пропагандна обавештења не представљају понуду. Наиме, слање каталога, ценовника, тарифа и других обавештења, као и огласи учињени путем штампе, летака, радија, телевизије или на неки други начин, нису понуда за закључење уговора, већ само позив да се учини понуда под објављеним условима.⁴⁴ С обзиром на то да општа понуда представља понуду, то значи да обавезује понудиоца, па се сматра да је уговор закључен, када понудилац прими прихват током важења опште понуде, без икакве додатне радње понудиоца.

Енглеско право не познаје општу понуду јер је понуда предлог упућен само одређеном лицу.⁴⁵ Зато, поред истицања огласа, и општа понуда и излагање робе представљају позив на понуду (*invitation to treat*), осим ако из тих радњи произлази јасна намера да се закључи уговор са сваки прихватиоцем, када се такве радње сматрају понудом (*offer*).⁴⁶ Тако је суд у случају *Leftkowitz v. Great Minneapolis Surplus Store* (1957)⁴⁷ испитивао рекламу, за коју је одлучио да се може сматрати понудом јер су у реклами употребљене формулације које нису уобичајене за рекламе те врсте, па би свако разумно лице могло веровати да, извршавајући тражени захтев у реклами, у ствари закључује уговор.

У енглеском праву постоје и ситуације када се понуда упућена унапред *неодређеном броју лица* не сматра позивом на понуду већ понудом за закључење уговора. То је случај *једностраних уговора* (на пример, јавно обећање награде), који су у ствари *једностране изјаве воље српског права*. Наиме, енглеско право не познаје *једнострану изјаву воље* као посебан извор облигација већ је сврстава у понуду за закључење уговора. С обзиром на то да је таква изјава понуда за

42 ЗОО, чл. 33.

43 ЗОО, чл. 34.

44 ЗОО, чл. 35 ст. 1.

45 Н. Јовановић, 59.

46 *Ibid.*

47 Случај наведен према: Edward Errante, Robert Devreux, *The Anglo-American Law of Contracts*, LGDJ-Juris, Paris 2001, 34–35; случај доступан на: tsu.edu/PDFFiles/academics/law/life/fall05firstClass/douglas.pdf.

закључење уговора,⁴⁸ уговор је закључен чим даваоцу изјаве стигне прихват.⁴⁹

У Бечкој конвенцији је прихваћено енглеско схватање опште понуде, којим се предвиђа да ће се предлог упућен *неодређеном* броју лица сматрати као позив да се учини понуда, изузев ако лице које чини такав предлог јасно не укаже на супротно.⁵⁰

2.2. Обавезности понуде

У српском праву понуда обавезује, тј. понудилац је везан понудом, изузев ако је своју обавезу да одржи понуду искључио, или ако то искључење произлази из околности посла.⁵¹ Из тога произлази да је понуда начелно неопозива. Према чл. 36 ст. 2 ЗОО понуда се може опозвати само ако је понуђени примио опозив пре пријема понуде или најкасније истовремено са њом. Иако се користи термин „опозив”, заправо је реч о повлачењу понуде. Повлачење понуде је изјава воље којом се *сјречава да њонуда њроизведе* правно дејство.⁵² Понудилац одустаје од понуде пре него што је понуђени сазнао за понуду. У том значењу је погодније уместо термина „опозивање” употребити термин „повлачење” понуде, које је могуће у свим врстама понуде (и у неопозивој понуди). Насупрот повлачењу, постоји институт опозива понуде у свом ужем (правом) значењу. Опозив је изјава воље, којом понудилац одустаје од понуде и тиме јој *одузима* правно дејство. То је ситуација када је понуда већ достављена понуђеном, па је тиме почела да производи правно дејство.⁵³ Ако пођемо од тога да је у чл. 36 ст. 2 ЗОО реч о повлачењу понуде, поставља се питање да ли је уопште могуће опозивање понуде, тј. да ли у нашем праву могу постојати опозиве понуде. Из формулације у чл. 36 ст. 1 ЗОО („понудилац је везан понудом, *изузев ако је своју обавезу да одржи њонуду искључио, или ако њо искључење њроизлази из околности посла*”) види се да српско право познаје и институт опозива понуде. Решење тог питања је поуздано и недвосмислено ако се у тумачењу ослонимо на Скицу за Законик о облигацијама и уговорима проф. Константиновића (у даљем тексту: Скица), где је члан, који се односи на дејство понуде, садржао три става, а не два као ЗОО:⁵⁴ други став се односио на институт повлачења понуде,⁵⁵ а трећи на

48 Вид. преседан у парници *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* (1892); случај доступан на сајту Британског и ирског института правних информација (*British and Irish Legal Information Institute*): <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1952/7.html>.

49 Н. Јовановић, 59.

50 Бечка конвенција, чл. 14 ст. 2.

51 ЗОО, чл. 36 ст. 1.

52 М. Орлић (1988), 152.

53 *Ibid.*

54 Вид. чл. 11 Скице.

55 Понуда се може опозвати само ако опозивање буде достављено на адресу понуђеног пре достављања понуде или истовремено са њом – вид. чл. 11 ст. 2 Скице.

институт опозива понуде.⁵⁶ На основу чл. 11 ст. 3 Скице, може се закључити да се у српском праву може опозвати (у правом смислу речи) само опозива понуда, ако опозив стигне понуђеном пре него што је понуђени послао прихват. То је логичан закључак, имајући у виду да је након слања прихвата понудиоцу уговор закључен, тако да не постоји могућност да се понуда опозове, него само да се такав уговор раскине.

У енглеском праву важи обрнуто правило у односу на српско право. Понуда не обавезује, осим ако је понудилац у понуди нагласио да га обавезује.⁵⁷ Разлог за необавезност понуде је недостатак противчинидбе друге стране⁵⁸ – понуда је само обећање без противчинидбе тако да не може да буде правно обавезујућа.⁵⁹ С обзиром на то да понуда није обавезујућа, она се може оџозваити све док је понуђени не прихвати, то јест до момента док понуђени не пошаље свој прихват (правило „поштанског сандучета” – *postal rule/mail box rule*).⁶⁰ То значи да опозив изазива престанак важења понуде, само ако стигне понуђеном пре него што је он послао свој прихват.

Попут Скице проф. Константиновића,⁶¹ и у Бечкој конвенцији се разликују повлачење и опозив понуде. Тако се понуда, чак и кад је неопозива, може њовући (*may be withdrawn*) ако је повлачење стигло понуђеном пре или у исто време кад и понуда,⁶² а све док се уговор не закључи, понуда може да се оџозове (*may be revoked*), ако опозив стигне понуђеном пре него што је он отпослао свој прихват.⁶³

Важна разлика америчкој праву у односу на наше право и *common law* јесте опозивост понуде и правило „јаке понуде” (*firm offer rule*). Ако је у питању трговац који је послао понуду за куповину/продају, таква понуда је неопозива ако је трговац одвојено од понуде дао обећање да ће понуду одржати отвореном (дакле, ако је неопозивост изричито гарантована). Он неће моћи да опозове понуду онолико времена колико је одредио или, ако ништа није одредио, разумно време. Период који понудилац може да одреди не може да буде дужи од три месеца.⁶⁴

56 Ако је понудилац резервисао право да опозове понуду, опозивање ће важити само ако буде достављено на адресу понуђеног пре него што је отпослао своје прихватање или извршио коју другу радњу која има значење прихватања – вид. чл. 11 ст. 3 Скице.

57 Н. Јовановић, 60.

58 У енглеском праву у сваком уговору мора да постоји противчинидба/узвратна радња / накнада да би права по основу споразума била утужива. Нема уговора, ако у његовој основи не лежи погодба/нагодба (*bargain*) између уговорника – вид. R. Goode, *Commercial Law*, Penguin Books, London 2004, 68; М. Орлић (1996), 111, Н. Јовановић, 20; значај противчинидбе се може добро разумети из случаја *Combe v. Combe* (1952), случај доступан на сајту Британског и ирског института правних информација (*British and Irish Legal Information Institute*): <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1952/7.html>.

59 J. Cartwright, 102; G. Treitel, 20–21.

60 Н. Јовановић, 60.

61 Скица, чл. 11 ст. 2, 3.

62 Бечка конвенција, чл. 15 ст. 2.

63 Бечка конвенција, чл. 16 ст. 1.

64 UCC, §2–205; Н. Cheeseman, 41; R. Anderson, I. Fox, D. Twomey, *Business Law*, South-Western Publishing Co, Cincinnati 1987, 445.

2.3. Престанак понуде због смрти понудиоца

У српском праву смрт/престанак понудиоца не доводи до престанка понуде, осим ако је понуда везана за лична својства понудиоца, или је у њој назначено да престаје његовом смрћу, то јест његовим престанком. Након смрти/престанка понудиоца она ће обавезивати његове наследнике – правне следбенике. Исто правило важи и за прихват понуде. У енглеском праву постоји обрнуто правило у овом случају.⁶⁵

3. ПРИХВАТ ПОНУДЕ

Прихватам понуде коначно настаје уговор⁶⁶ и у нашем и у *common law* систему.

Међутим, постоје три кључне разлике у погледу прихвата понуде: моменат закључења уговора (3.1), опозивост прихвата (3.2) и закључење уговора узастопном разменом понуда (3.3).

3.1. Моменат закључења уговора

У српском праву, понуда је прихваћена када понудилац *прими изјаву понуђеног* да прихвата понуду.⁶⁷ Понуда је прихваћена и кад понуђени пошаље ствар или плати цену, као и кад учини неку другу радњу⁶⁸ која се може сматрати изјавом о прихватању (на основу понуде, праксе утврђене између заинтересованих страна или обичаја).⁶⁹

У енглеском праву моменат прихвата се разликује зависно од тога да ли је понуђени присутан или одсутан. Ако је присутан, уговор је закључен када се прихват *саопшти* понудиоцу⁷⁰ (тако је и у српском праву).⁷¹ Ако је понуђени одсутан, прави се разлика зависно од средстава слања прихвата. Ако је у питању средство, којим се изјаве размењују истовремено, уговор је закључен (као у српском праву) у моменту када *прихвати* *сигнали* понудиоцу (теорија пријема). Али, ако се прихват шаље поштом, уговор се сматра закљученим када је прихват *прегао* *пошти* (теорија одашиљања).⁷² За раз-

65 G. Treitel, 26, наведено према: Н. Јовановић, 60.

66 У енглеском праву уговор, тј. сагласност воља се нужно састоји од обећања, док је према §1 америчког Зборника правила о уговорима (*Restatement of Contracts/Second*) уговор обећање или скуп обећања за чију повреду право пружа средство или чије испуњење право признаје на неки начин као дужност – вид. М. Орлић (1996), 111.

67 ЗОО, чл. 39 ст. 1.

68 Ћутање понуђеног не значи прихватање понуде, ЗОО чл. 42 ст. 1.

69 ЗОО, чл. 39 ст. 2.

70 Н. Јовановић, 61.

71 Према чл. 40 ст. 1 ЗОО понуда учињена присутном лицу сматра се одбијеном ако није прихваћена без одлагања, изузев ако из околности произлази да понуђеном припада извешан рок за размишљање. Понуда учињена телефоном, телепринтером или непосредном радио-везом сматра се као понуда присутном лицу, вид. чл. 40 ст. 2 ЗОО.

72 Н. Јовановић, 61.

лику од српског права, где ризик губитка писма у пошти сноси понуђени, у енглеском праву тај ризик сноси понудилац.⁷³

Америчко њраво (као и енглеско) садржи правило да је уговор закључен у моменту када понуђени *пошаље њрихваи* понудиоцу (а не када понудилац прими прихват).⁷⁴

Бечка конвенција прихвата теорију пријема у погледу закључења уговора, предвиђајући да прихватање понуде производи правно дејство од тренутка када изјава о сагласности *сѡиине* понудиоцу.⁷⁵

3.2. Опозивање *њрихваи*

У *срѡском* праву, прихватање понуде се може опозвати ако понудилац прими изјаву о опозивању пре изјаве о прихватању или најкасније истовремено са њом.⁷⁶ Дакле, српско право прихвата теорију пријема.

У *енѡлеском ѡраву* поводом овог питања постоји правна празнина.⁷⁷ Због тога је спорно да ли је опозивање прихвата дозвољено или не. Према једном схватању, опозив прихвата је дозвољен под истим условом као у српском праву – ако опозив стигне понудиоцу пре или најкасније истовремено са прихватом. Према другом схватању, опозив прихвата није дозвољен јер је предајом писма пошти закључен уговор.⁷⁸ Чини се да је друго схватање прихватљивије јер ако енглеско право прихвата теорију отпослања, по којој је у моменту када је прихват предат пошти уговор већ закључен, онда се прихват не би могао опозвати, већ само такав уговор раскинути.

3.3. Узасѡојна размена *њонуда*

У *срѡском ѡраву*, ако понуђени изјави да прихвата понуду, али истовремено предложи да се она у нечему измени или допуни, сматра се да је понуду одбио и да је са своје стране учинио нову понуду свом ранијем понудиоцу,⁷⁹ тзв. контрапонуду (противпонуду).

Исто правило постоји и у *енѡлеском ѡраву*. Понуда се може прихватити само у целини, то јест понуђени не може неке делове да прихвати а друге да одбије, а да истовремено не разори и саму понуду.⁸⁰ Према правилу „о одразу у огледалу” (*mirror image rule*), прихват понуде мора у свим елементима одговарати понуди. Ако се у прихвату понуде наведу додатни елементи, прихват ће се сматрати контрапонудом (*counteroffer*).⁸¹

73 Вид. преседан у парници *Household Fire Insurance Co. v. Grant* (1879); случај наведен према: Н. Јовановић, 61.

74 Н. Cheeseman, 420.

75 Бечка конвенција, чл. 18 ст. 2.

76 ЗОО, чл. 39 ст. 3.

77 Н. Јовановић, 62.

78 *Ibid.*

79 ЗОО, чл. 41.

80 М. Орлић (1996), 108.

81 Н. Cheeseman, 420.

Америчко право је у погледу правила *mirror image* либералније од других права система *common law*. Оно дозвољава да се изјава о прихвату третира као прихват понуде, чак и ако садржи неке додатне или измењене елементе,⁸² под условом да ти елементи суштински не мењају понуду и да друга страна није ставила никакав приговор разумно време након прегледа изјаве о прихвату.⁸³ Може се десити да се уговор закључује између (великих) компанија, када свака има своје опште услове понуде/типску понуду (*standard form contract*) и где једна уговорна страна шаље своју типску понуду, а друга јој одговара слањем своје. Таква ситуација се назива „борбом типских понуда” (*battle of forms*)⁸⁴ и решава се правилом „последњег ударца” (*last shot*).⁸⁵ Сматра се да је уговор закључен по последњој послатој понуди ако је друга страна почела по њој да се понаша, а није послала своју типску противпонуду⁸⁶ (на пример, купац је платио цену или предујам продавцу, продавац је послао робу).

Бечка конвенција такође садржи правило о контрапонуди. Одговор на понуду који указује на прихватање, али садржи додатке, ограничења или друге измене, јесте одбијање понуде и представља обратну понуду (контрапонуду – *counter-offer*).⁸⁷ Осим тога, Бечка конвенција прихвата правило америчког права које представља одступање од правила „о одразу у огледалу”. Чак и ако у прихвату понуде постоје неки допунски или различити услови који суштински не мењају услове понуде,⁸⁸ такав одговор на понуду представља прихватање, изузев ако понудилац без неоправданог одлагања стави усмено приговор на разлике или пошаље обавештење у том смислу. Ако он тако не поступи, уговор је закључен према садржини понуде са изменама, које се налазе у прихватању.⁸⁹

ЗАКЉУЧАК

У процесу закључења уговора јављају се битне разлике између *common law* и српског права,⁹⁰ почев од преговора, у вези са којима постоје разлике и у националним правима система *common law*. Осим тога, битна разлика постоји и у погледу предуговора, који у енглеском праву не обавезује. Када су у питању понуда и прихват понуде, постоји

82 *Ibid.*

83 UCC, §2-207;

84 Н. Cheeseman, 421.

85 Н. Јовановић, 62.

86 G. Treitel, 11.

87 Бечка конвенција, чл. 19 ст. 1.

88 Допунски или различити услови, за које се сматра да суштински мењају услове понуде се, између осталог, односе на цену, плаћање, квалитет и количину робе, место и време испоруке, обим одговорности једне уговорне стране у односу на другу или на решавање спорова – вид. чл. 19 ст. 3 Бечке конвенције.

89 Бечка конвенција, чл. 19 ст. 2.

90 О значају разлика између система *civil law* и *common law* вид. М. Мишковић, 10-12.

већи број разлика између нашег и система *common law*. Посебно је важно имати у виду да су у питању суштинске разлике, које прожимају цео процес закључивања уговора, па стога могу водити потпуно супротним решењима у погледу закључења уговора у односу на наше право. Треба бити свестан ризика, којем се наше компаније излажу, када закључују уговоре са страним компанијама уз примену неког права система *common law* као меродавног, с обзиром на то да постоје знатне разлике између нашег и система *common law*, чије непознавање може водити споровима са негативним исходом по нашу страну.

Маџа Мишковић, МА*

FORMATION OF CONTRACT IN THE COMMON LAW SYSTEM

Summary

In this Paper the author analyzes the process of formation of contract. The rules, which are considered, are the rules of English law, applicable in England, Wales and Northern Ireland, while Scotland experienced a reception of Roman law, so Scots law is continental law. The national law of the other countries in the common law system derived from English law. In addition, the rules of American law are considered, due to the fact that sometimes the rules of the Uniform Commercial Code (the UCC) are different from the rules of the other countries in the common law system. The author compares the rules of English and American law with the rules of the Serbian Law on Contracts and Torts. Furthermore, all these rules are compared with the rules of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (the CISG), given that this Convention is the most effective instrument of unification of the private law. In some way the CISG presents a compromise, i.e. an attempt to bridge the gap between the civil law and common law systems and to adopt the uniform rules regarding the contracts for the sale of goods. Therefore, many common law rules are incorporated in the CISG, including the rules of formation of contract.

Key words: *The process of formation of contract. – Negotiations. – Pre-contract. – Offer. – Acceptance.*

* Маџа Мишковић, МА, PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade.