

Časopis za poslovnu teoriju i praksu
Rad primljen: 19.02.2019.
Rad odobren: 20.05.2019.

UDK 347.447.8:347.921.6
DOI 10.7251/POS1922263D
Pregledni rad

Šolaja Irina, Asistent u odjeljenju za istraživanje razvoja BMW, Minhen, Njemačka, sholajairna@gmail.com

Raković Đorđe, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Bosna i Hercegovina

OBEZBEĐENJE UTUŽIVE I NEUTUŽIVE OBAVEZE UGOVORNOM KAZNOM

Rezime: *U radu autor opisuje strukturu ugovorne kazne kao najčešćeg ličnog sredstva obezbeđenja potraživanja u poslovnoj praksi. Sagledavajući njene mogućnosti kao sredstva obezbeđenja ispunjenja obaveze ili blagovremenog ispunjenja, ukazuje i na njene elemente koji nisu podobni da potpuno obeštete poverioca. Cilj rada je da kroz otkrivanje pravog smisla pojedinih elemenata strukture ugovorne kazne omogući primenu pravila instituta i na nepravu ugovornu kaznu. U vezi sa navedenim upotrebljeni su lingvistički metod i postupak u okviru sociološke metode, analiza dokumenata na izvor nastanka, načelo akcesornosti i cilj ugovorne kazne u ugovorima. Na tim osnovama, u radu je zauzet stav da pozitivno pravo obuhvata i nepravu ugovornu kaznu i omogućava primenu opštih pravila o ugovornoj kazni i na nju. Prema tome, institut ugovorne kazne, kao sporedna obaveza, može biti ugovoren kao sredstvo obezbeđenja glavne ili sporedne obaveze iz nekog ugovora. Nema smetnji da se opšta pravila instituta primene i kao sredstvo obezbeđenja ispunjenja tražbina, koje nisu prinudno izvršive dodeljajući mu u tom slučaju pravni tretman glavne obaveze.*

Ključne riječi: *ugovorna kazna, nepravu ugovorna kazna, akcesornost*

JEL klasifikaciju: *K410*

UVOD

Lice koje ugovorom odgovora za svako neispunjenje, odgovaralo je za svako neispunjenje čak i ako je do neispunjenja došlo usled okolnosti koje čine višu silu (Šolaja 2017, 361). Ličnopravna sredstva obezbeđenja potraživanja (jemstvo, ugovorna kazna, odustanica) daju poveriocu garanciju da će njegovo potraživanje biti ispunjeno i kao takva su determinisana nesigurnošću kao imovinske sankcije (odsustvom potpunog obeštećenja poverioca). Ugovorna kazna (*stipulatio poenae*) regulisana je članovima 270-276 ZOO, glava pod naslovom Dejstva obaveza, odeljak o Poveriočevim pravima i dužnikovim obavezama, odsek Pravo na naknadu štete (Zakona o obligacionim odnosima Republike Srpske-ZOO, *Službeni glasnik SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 37/01, 39/03 i 74/04). Prema sadržini instituta predstavlja najpotpunije regulisanu ugovornu klauzulu pozitivnog prava i najčešće zastupljenu u poslovnoj praksi. Retki su ugovori o prodaji robe veće vrednosti, ugovori o građenju, ugovori o inženjeringu, koji nisu obezbeđeni nekom od vrsta ugovorne kazne.

Međutim, evidentno je da odredbe koje pozitivnopravno uobličuju ugovornu kaznu odstupaju od Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima prof. Konstantinovića u delu koji se odnosi na regulisanje nepravu ugovore kazne. Reč je o klauzuli koja omogućava da se ugovorna kazna ne tiče samo obezbeđenja ispunjenja ili blagovremenog ispunjenja, već ističe njenu samostalnost u odnosu na postojanje glavne ili sporedne obaveze koju obezbeđuje. Nepravu

ugovorna kazna je glavna obaveza koja obezbeđuje i obaveze koje pravni poredak ne bi mogao potraživati prinudnim putem kako dužnikove, tako i obaveze trećih lica. Shodno tome, zanimalo nas je koliko se mogu postojeće odredbe primeniti i na nepravu ugovornu kaznu?

Određujući uobičajeni pojam ugovorne kazne, razmatranja autora su usmerena na sagledavanje funkcija ugovorne kazne u poslovnom prometu. Ističući bitne osobine ugovorne kazne autor primećuje da i nepravu ugovorna kazna može biti subsumirana pod opšta pravila o ugovornoj kazni. U tom smeru, posebno se u tekstu analizira izvor ugovorne kazne, svrha i načelo akcesornosti. Razmatranja u tekstu se zatim usmeravaju na sagledavanje vrste obaveza na koju se ugovorna kazna može primeniti? Koji uslovi moraju biti ispunjeni da bi se ugovorna kazna primenila? Način na koji se sudovi izjašnjavaju o pojedinim pitanjima u vezi sa strukturom ugovorne kazne predstavljeni su nakon teorijskog razmatranja.

1. POJAM UGOVORNE KAZNE

Sloboda ugovaranja iz čl. 10 ZOO strane ugovornice ovlašćuje da dogovaraju ugovornu kaznu u granicama prinudnih propisa, dobrih običaja i javnog poretka, kako bi obezbedile ostvarenje poveriočevog interesa za ispunjenje ili blagovremeno ispunjenje obaveze. Sporazum između poverioca i dužnika, kojim se dužnik obavezuje da će platiti poveriocu određeni iznos novca ili pribaviti neku drugu materijalnu korist, ukoliko svoju obavezu ne ispuni ili zadocni sa ispunjenjem, je ugovorna kazna.

Shodno volji ugovornika i dispozitivnom pravilu iz čl. 270-276 ZOO moguće je ugovoriti ugovornu kaznu zbog neispunjenja i zadocnjenja sa ispunjenjem, ali i druge vrste. Dakle, strane ugovornice su, u načelu, slobodne hoće li zahtev za plaćanje ugovorne kazne biti zavisn od ispunjenja ugovorne obaveze ili kako će se dužnik ugovorne kazne ponašati. S obzirom na oblik povrede obligacije, za koju se ugovorna kazna daje, razmatramo u daljem tekstu vrste ugovorne kazne.

1.1. Vrste ugovorne kazne

Pod ispunjenjem obaveze podrazumevamo ispunjenje njene sadržine shodno čl. 307, st. 1 ZOO. „Kazna ugovorena zbog nepridržavanja ugovornih obaveza ima karakter kazne ugovorene zbog neispunjenja“ (Presuda Vrhovnog privrednog suda Slovenije br. 125/54). Ugovornom kaznom zbog neispunjenja obaveze ovlašćuje se poverilac, ukoliko dužnik ne ispuni ugovornu obavezu, da zahteva ili ispunjenje ili ugovornu kaznu (*facultas alternativa*), odnosno da ugovor raskine i potražuje naknadu štete zbog neispunjenja.

Dakle, pozitivno pravo omogućava da se ispunjenje obaveze zbog koga je ugovor zaključen zameni za prijem ugovorne kazne. Da bi poverilac u konkretnom slučaju postupio u skladu sa zakonskim ovlašćenjima, ugovorna kazna mora biti izričito ugovorena. „Zato, nema mogućnosti ostvarenja prava na ugovornu kaznu ako je ugovor raskinut, pošto je raskidom ugovora prestala svrha za koju je ugovorna kazna bila ugovorena“ (Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH br. 17 0 Ps 002693 12 Rev. od 03.09.2013. godine).

Alternativna ugovorna kazna postoji i kad je pravo izbora na dužniku i odnosi se na raskid glavnog ugovora od strane dužnika, tj. slučaj kada dužnik odustane od ugovora.

Ugovorna kazna zbog zadocnjenja sa ispunjenjem ovlašćuje poverioca da potražuje kumulativno i ispunjenje glavne obaveze i ugovornu kaznu, pod uslovom da dužniku bez odlaganja saopšti da zadržava i pravo na ugovornu kaznu. Ugovorna kazna zbog zadocnjenja sa ispunjenjem ovlašćuje poverioca da može jednostrano raskinuti ugovor i zahtevati naknadu štete. U vezi sa navedenim, ističemo da u literaturi postoji mišljenje da bi u slučaju raskida ugovora poverilac mogao potraživati ugovornu kaznu u periodu od padanja dužnika u docnju do raskida (Jankovec 1975, 57).

Smatramo da raskidom ugovora poverilac iskazuje tvrdnju da ne želi da bude vezan ugovorom (u skladu sa principom akcesornosti i ugovornom kaznom) i da modifikuje

postojeću pravnu situaciju, tako da ne postoji zadocnjenje, već neispunjenje za šta je potrebno izričito ugovoriti ugovornu kaznu.

„Saopštenje o zadržavanju prava na ugovornu kaznu može se dati i usmeno ako stranke nisu ugovorile da se ta izjava može dati samo u određenoj formi. Naime, pravna sigurnost se postiže i neformalnim saopštenjem o zadržavanju prava na ugovornu kaznu, a da bi se postigla izvjesnost dovoljno je da saopštenje bude izričito i određeno. Budući da saopštenje ne kreira subjektivno pravo koje već postoji, već je saopštenje pretpostavka za njegovu realizaciju, a ta pretpostavka je nužan uslov da bi dužnik bio svestan da će ga pogoditi ova sankcija, nema potrebe da se za saopštenje propiše ista forma kao i za ugovornu kaznu. Prema tome, ZOO ne propisuje formu za saopštenje o zadržavanju prava na ugovornu kaznu, pa se to saopštenje može dati i usmeno, osim kada su se ugovorne strane sporazumjele da posebna forma bude uslov punovažnosti saopštenja čl. 69, st. 1 ZOO“ (Stav XL zajedničke sjednice bivših vrhovnih sudova u Ohridu 23. i 24. maj 1989. godine).

Ugovorna kazna za zakašnjenje sa ispunjenjem ne mora biti izričito ugovorena, jer važi zakonska pretpostavka u njenu korist prema čl. 270, st. 2 ZOO. Ona postoji i u slučaju kada je ugovorom preciziran momenat od kojeg se može zahtevati ugovorna kazna, a koji je različit od trenutka zadocnjenja.

Opšte uzanse za promet robe sadržale su ugovornu kaznu za slučaj neurednog ispunjenja koje ne obuhvata samo zakašnjenje u ispunjenju, već i predaju stvari sa materijalnim nedostatkom, loše izvođenje građevinskih radova i sl.

Nema smetnji da u jednom ugovoru budu ugovorene obe ugovorne kazne i tada se duguje samo za neispunjenje, jer zadocnjenje znači ispunjenje. Ugovaraju se ne samo kao sredstvo obezbeđenja ispunjenja ili zadocnjenja sa ispunjenjem glavne ugovorne obaveze, već i kao sredstvo obezbeđenja ispunjenja ili zadocnjenja sa ispunjenjem sporednih ugovornih obaveza (npr. u ugovorima o isporuci investicione opreme obezbeđeno je ne samo zakašnjenje isporuke opreme već i zadocnjenje u dostavljanju tehničke dokumentacije i sl).

Prema mišljenju prof. Konstantinovića iz čl. 220 „Kada je ugovorna kazna obećana ne kao sporedna obaveza, već kao glavna obaveza pod uslovom da obećalac nešto učini ili ne učini, sud je može na zahtev obećaoaca smanjiti ako nađe da je preterano visoka“ (Miladin 2006, 1765). Posredi je jednostrano obećanje ugovorne kazne za sebe ili treće lice. „Neakcesornom ugovornom kaznom dužnik preuzima kaznu za činidbe činjenja ili propuštanja koje ga inače pravno ne obavezuju“ (Miladin 2006, 1764).

Njena primena na teritoriji Evropske unije evidentirana je kao sredstvo sprovođenja interventnih mera u poljoprivredi (npr. manjak u proizvodnji određenih sorti pšenice) u pogledu razmatranja prednosti koje su izmenile okruženje unutar Evrope (Cash 2015, 6). U pogledu svetskog tržišta, gde dominiraju neobavezujući akti čl. 7.4.13. Načela UNIDROID i čl. 9:509 Principles od International Commercial Contract, oni pod njom ne podrazumevaju i nepravu ugovornu kaznu (Beebe and Fromer 2018, 947). Drugačija je situacija u nemačkom pravu. Nemački građanski zakonik u § 343, st. 2 uređuje kada neko obeća platiti kaznu u slučaju da preduzme neku radnju ili da je propusti preuzeti (Fikentscher and Heinemann 2006, 302).

2. FUNKCIJE UGOVORNE KAZNE

Praktična primena ugovorne kazne omogućava sagledavanje njenih funkcija u poslovnoj praksi. Pod funkcijom (pravnom prirodom) ugovorne kazne istražujemo ukupni odnos poverioca i dužnika iz ugla obaveze na plaćanje ugovorne kazne. Teoretičari nemaju jedinstveno stanovište o pravnoj prirodi ugovorne kazne (Patti 2015, 321), njenoj funkciji, no ovom prilikom mi nećemo ulaziti u dublju analizu o funkciji ugovorne kazne. Za potrebe ovog rada izložićemo u najkraćim crtama bitne karakteristike obe glavne funkcije da bismo argumentovali odnos između opštih pravila o ugovornoj odgovornosti za štetu i (ne)efikasnosti ugovorne kazne u kontekstu potpunog obeštećenja poverioca i na taj način

ostvarenja ispunjenja zbog koga je ugovor i zaključio. Sagledavanje funkcija ugovorne kazne od značaja je i prilikom popunjavanja pravnih praznina, tumačenja odredbi, itd.

Polazeći od sistematike zakonopisca, okvira Odseka o pravu na naknadu za prouzrokovanu štetu, konstatujemo da je njena prva i primarna funkcija da bude naknada za prouzrokovanu štetu. Obe vrste ugovornih kazni se ugovaraju unapred, kada se ne zna ni da li će šteta biti prouzrokovana i kolika će biti njena visina. Ugovorna kazna omogućava „(...) poveriocu da se oslobodi tereta dokazivanja visine štete“ (Orlić 1985, 542), ali i da bude potpuno obeštećen, jer su retke situacije u kojima je ugovorna kazna niža od pretrpljene štete. Pri tome, poverilac ima pravo da zahteva ugovornu kaznu i kada njen iznos premaša visinu štete koju je pretrpeo, kao i kada nije pretrpeo nikakvu štetu shodno čl. 275, st. 1 ZOO. Dodajemo i da ako je šteta koju je poverilac pretrpeo veća od iznosa ugovorne kazne, ovlašćen je da zahteva razliku do putpune naknade prema čl. 275, st. 2 ZOO. Dakle, ugovorna kazna ne isključuje opšta pravila o ugovornoj odgovornosti dužnika.

Penalna funkcija (sekundarna funkcija) ostvaruje se na način koji je svojstven ličnopravnim sredstvima obezbeđenja urednog ispunjenja obaveze. Polazeći od pretpostavljene visine štete koja bi mogla nastati povredom ugovorne obaveze, dodajući i deo tako da je njen iznos viši od naknade za prouzrokovanu štetu i vršila uticaj na dužnika da ispuni ugovornu obavezu. Ukoliko dužnik ne ispuni svoju ugovornu obavezu sekundarna funkcija ugovorne kazne se transformiše u primarnu funkciju, odnosno ugovorna kazna postaje sredstvo naknade za prouzrokovanu štetu. Tako, sa stanovišta dužnika ugovorna kazna je uvek pritisak na njega, ne samo u vezi sa obezbeđenjem ispunjenja ugovorne obaveze, već i prilikom ispunjenja ugovorne kazne.

3. STRUKTURA UGOVORNE KAZNE

Aksesornost je na samom zakonu propisana neposredna zavisnost jednog prava od drugog prava. Načelo aksesornosti znači da sporazum o ugovornoj kazni deli pravnu sudbinu glavne ili sporedne punovažne obaveze, čije ispunjenje osigurava. Ugovorna kazna kao svaka privatnopravna sankcija je uvek aksesorna. Aksesornost nema isti smisao u svakom konkretnom slučaju i zato treba istražiti dublji pravni smisao dva paralelna prava. U vezi sa tim istražujemo kada je nepravna ugovorna kazna aksesorna? Polazeći od očekivanja poverioca, on i u slučaju aksesorne i nepravne ugovorne kazna očekuje određeno ponašanje od dužnika i u oba slučaja je ono posledica postignutog dogovora prilikom preuzimanja ugovorne kazne. Dakle, ugovorna kazna je jedinstven institut čiji su suprostavljeni polovi aksesorna ugovorna kazna i nepravna ugovorna kazna. Sva ostala beskonačnost je otvorena za tuženog (Schechter 1926, 813).

Kao posledice aksesornosti ugovorne kazne ističemo i sledeće: forma ugovorne kazne je forma obaveze za čije se ispunjenje ugovora ugovorna kazna određuje i njenu formu (*forma ad solemnitatem*); nepunovažnost nenovčane obaveze povlači i nepunovažnost ugovorne kazne; ugovorna kazna gubi pravno dejstvo ukoliko je neispunjenje ili zadocnjenje sa ispunjenjem posledica uzroka za koje dužnik ne odgovara; shodno okolnosti da se ugovara za obezbeđenje nenovčanih obaveza ugovorna kazna i kada je ugovorena u novcu subsumira se pod pravila o nenovčanim obavezama; u slučaju cesije prelazi na prijemnika i ugovorna kazna: prestanak obaveze za koju je ugovorena dovodi do prestanka i ugovorne kazne.

Izuzetno ugovorna kazna neće prestati ako je prestala glavna obaveza. Ispunjenjem glavne ugovorne obaveze prestaje i obaveza na plaćanje ugovorne kazne kada je ona ugovorena za slučaj neispunjenja. Oспорavanje ispunjenja poverioca (npr. evikcijom ili materijalnim nedostatkom) dovodi i do raskida ugovora i obnove sticanja prava na ugovornu kaznu.

Drugi izuzetak je jednostrani raskid glavnog ugovora za koji je bila ugovorena ugovorna kazna za neispunjenje. Polazeći od njene funkcije kao naknade štete koja ne prestaje raskidom ugovora (Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 2413/1 od 17.5.2013.godine) poverilac i pored raskida ugovora ima pravo da zahteva ugovornu kaznu (Hiber i Pavić 2013, 74). Kada

navedena konstatacija ne bi važila bio bi doveden u dva alternativno po sebe loša rešenja: da se odrekne ugovorne kazne (činjenice da ne mora da dokazuje postojanje i visinu štete) ili da zatraži ugovornu kaznu i odrekne se prava na raskid ugovora što ga onemogućava da traži povraćaj datog.

4. PRIMENA INSTITUTA UGOVORNE KAZNE

Ugovorom o ugovornoj kazni obavezuje se dužnik da će platiti ugovornu kaznu poveriocu ukoliko svoju ugovornu obavezu ispuni. „Postojanje ugovora je nužna osobina ustanove ugovorne kazne“ (Wéry 2013, 96). Pri tome, mi mislimo na postojanje ugovora o ugovornoj kazni, jednostrano obaveznog ugovora dužnika. Kao i svaki ugovor on mora ispuniti opšte uslove za punovažno zaključenje, a koji se odnose na postojanje pravno ovlašćenih strana ugovornica, saglasnosti volja, predmeta, osnova i forme koja je zavisna od ugovora na koji se odnosi ugovor o ugovornoj kazni. Pored toga je potrebno da budu ispunjeni opšti uslovi za primenu instituta posmatrani sa stanovišta poverioca.

4.1. Opšti uslovi za nastanak i primenu instituta ugovorne kazne

Opšti uslovi za zaključenja ugovora primenjuju se i na ugovor o ugovornoj kazni. Shodno tome da bi bio punovažan potrebno je da postoji slobodna izjava volja za njegovo zaključenje preciznije zahteva se isključenje postojanje mana volje (pretnje, zablude, prevare).

Ugovorn kazna mora imati predmet, dopušten, određen ili odrediv. Predmet ugovora je obaveza iz ugovora o ugovornoj kazni. Obaveza koja čini ugovornu kaznu i obaveza koja se obezbeđuje ugovornom kaznom nisu iste prirode iako su zavisne jedna od druge. Ugovorna kazna može biti ugovorena u novcu ali može biti i nenovčana (npr. izvršenje nekih radova). Novčana kazna se ugovora u jednom ukupnom iznosu od glavne obaveze ili za svaki dan zadocnjenja u procentu, ili na neki drugi način. Iako je moguće ugovoriti i nenovčanu kaznu ona bi mogla zadati poteškoće prilikom sudske kontrole njene visine iz čl. 271, st. 1 ZOO.

Kazna mora biti određena ili bar određiva kao i svaki predmet ugovora u trenutku zaključenja pre dospelosti obaveze. Ranija sudska praksa je dopuštala da ugovorna kazna bude određiva, preciznije da u ugovoru bude samo navedena bez preciziranja visine koju može i sud odrediti u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja. Tako „(...) ako su stranke predvidele ugovornu kaznu, a propustile da predvide njen novčani iznos ili drugu imovinsku korist, sud ne može odbiti zahtev za obračun i naplatu ugovorne kazne, već je dužan utvrditi njenu visinu na osnovu svih okolnosti koje su strane imale i morale imati u vidu prilikom zaključenja ugovora“ (Presuda Vrhovnog privrednog suda, Sl. 720/64 od 18. septembra 1964. godine). Ukoliko postoji upućivanje na tačnu visinu ugovorne kazne iz nekog ranijeg ugovora ili određene tipske uslove poslovanja, značilo bi da je ugovorna kazna precizno određena.

Odredbe o smanjenju preterano visoke ugovorne kazne u funkciji su zaštite dužnika. Potreban je zahtev dužnika za smanjenje ugovorne (izražen u njegovom najširem smislu) o kome će odlučiti sud s obzirom na vrednost i značaj predmeta obaveze. „Protivljenje dužnika obavezi plaćanja ugovorne kazne sadrži u sebi i protivljenje visini u kojoj je zatraženo plaćanje ugovorne kazne. U smislu čl. 274. ZOO sud će na zahtjev dužnika smanjiti svotu ugovorne kazne ako nađe da je ta svota previsoka s obzirom na vrijednost i značenje činidbe, tj. obaveze koju dužnik nije ispunio“ (Vrhovni sud Republike Hrvatske br. Rev. 800/97 od 21.4.1998. godine). Primena ove odredbe ne može biti isključena ili ograničena. Primetili smo da sudska i arbitražna praksa prilikom smanjenja ugovorne kazne polazi od obima prouzrokovane stvarne štete procenjene u trenutku donošenja odluke. Kazna će i nakon smanjenja biti nešto viša od štete koju je pretrpeo poverilac da bi zadržala obeležje pritiska na dužnika.

Ograničenje visine ugovorne kazne vrše i specijalni propisi, podzakonski akti (Hiber i Pavić 2013, 69), a na teritoriji Evropske unije postoji i Direktiva o sprečavanju nepravičnih klauzula u ugovorima sa potrošačima u Evropskoj uniji (Sternlight 2002, 833). Posebne uzanse o

građenju ograničavaju ukupni iznos ugovorne kazne tako da ne može biti veći od 5% vrednosti ugovorenih radova. Sva pravna regulativa je u cilju sprečavanja dužnikove „lakomisenosti, neiskusnosti i nužde“ (Miladin 2006, 1763).

Koja je osnovica za obračun ugovorne kazne? Deljivost obaveze koju obezbeđuje ugovorna kazna povlači i deljivost ugovorne kazne. U slučaju ugovorne kazne za neispunjenje poverilac ukoliko ima interes može primiti i delimičnu ugovornu kaznu (srazmerno smanjenu za iznos ispunjenja). Dok kod ugovorne kazne zbog zadocnjenja sa ispunjenjem, način određenja njene visine ne znači da je i ona određena kao periodična renta. Obaveštenje poverioca bez odlaganja da zahteva i ugovornu kaznu određuje njenu visinu koja se duguje (od odredive postaje određena) u ukupnom iznosu.

Opšte je stanovište da se mogu obezbediti i obaveze koje se faktički ili pravno ne mogu izvršiti. Mišljenja smo da je opravdano isto tretirati i činidbe činjenja ili propuštanja koje nisu pravno obavezujuće ali za koje se ugovara ugovorna kazna. Obaveze koje su naturalne obligacije i prestacije koje ne mogu biti predmet izvršenja mogu biti obezbeđene ugovornom kaznom budući da su pravno punovažne. Njihova pravna sudbina je iscrpljena u činjenici da su naturalne i da ne mogu biti predmet izvršenja. Tako ako se dužnik obavezao na ugovornu kaznu za zastarelu obavezu takav sporazum treba pravno tretirati kao odricanje od ugovorne kazne ali i prekid roka zastarelosti, izuzev ako iz samog ugovora ne proizlazi nešto drugo. Da bi poverilac ostvario svoje pravo na ugovornu kaznu dovoljno je da dokaže da se dužnik nije pridržavao svoje naturalne obaveze odnosno neutužive prestacije.

4.2. Pravna priroda obaveza na koje se odnosi i na koje se primenjuje

Ugovorna kazna je sredstvo obezbeđenja ispunjenja ili zadocnjenja sa ispunjenjem svih punovažnih nenovčanih obaveza prema pozitivnom pravu čl. 270, st. 3 ZOO i ne može se ugovoriti za novčane obaveze jer je njihovo ispunjenje obezbeđeno zateznom kamatom. „Propis čl. 270, st. 3 Zakona o obligacionim odnosima kojim je isključena mogućnost da se ugovara za novčane obaveze ugovorna kazna, predstavlja propis kogentne prirode čiju primenu stranke ne mogu isključiti svojom voljom. Zakašnjenje sa ispunjenjem novčane obaveze sankcionisano je zateznom kamatom (čl. 277 ZOO). Ugovorne klauzule o plaćanju uvećanog iznosa cijene zbog docnje ništave su i ne proizvode pravno dejstvo u slučaju kad se radi o plaćanju novčanih obaveza“ (Vrhovni sud Srbije br. Prev. 40/98 od 18.3.1998. godine). Ugovaranje ugovorne kazne za novčane obaveze imalo bi za posledicu izigravanje propisa o zateznoj kamati čija je stopa zakonom propisana maksimalna. Prema mišljenju prof. Loze „(...) u tom slučaju ugovorna kazna bi se mogla tretirati kao ugovorena kamata“ (Hiber i Živković 2015, 80). Pridružujemo se mišljenju da „polazeći od ove postavke dolazimo čak do zaključka da je zatezna kamata jače sredstvo na strani poverioca za obezbeđenje novčanih tražbina nego ugovorna kazna“ (Jankovec 1975, 52). Pri tome, dužnik bez obzira na krivicu duguje zateznu kamatu.

Nije dopušteno ugovaranje ugovorne kazne za neotvaranje akreditiva. Otvaranje akreditiva je izvršenje novčane obaveze. Naime, nalog dužnika banci da otvori akreditiv u korist poverioca praktično posmatrano isto je kao da je dužnik dao nalog banci da određeni iznos novca prenese u korist poverioca. Razlika je samo u okolnosti da prilikom podnošenja zahteva poverioca kod dokumentarnog akreditiva koji je najčešći u poslovnoj praksi poverilac mora zajedno sa zahtevom za isplatu dokazati da je izvršio svoju ugovornu obavezu (za razliku od virmanskog prenosa sredstava u kome to nije obavezan).

Drugačija je situacija sa neblagovremenim pribavljanjem bankarske garancije koja je formalni pravni posao vezana za određeni ugovor. Obaveza dužnika da pribavi bankarsku garanciju nije i dužnost plaćanja prema poveriocu. Njena je svrha uverenje poverioca da će dužnik ispuniti preuzetu obavezu jer ona samo u tom slučaju proizvodi pravno dejstvo. Bankarske garancije se daju i za novčane i nenovčane obaveze (npr. da će dužnik izvršiti isporuku robe o određenom roku, garancija da će roba imati određeni kvalitet i sl.). S obzirom na pravnu

prirodu obaveze za koju se pribavlja bankarska garancija ne bi bilo sporno dopustiti ugovaranje ugovorne kazne sa stanovišta dužnika iako je sa stanovišta banke bankarska garancija uvek novčana obaveza.

Obezbeđenje ugovornih obaveza izvan privrednog i obligacionog prava ugovornom kaznom nije punovažno. Tako lični odnosi (bračni, vanbračni i sl.) ne mogu biti obezbeđeni ugovornom kaznom. Supružnici saglasnom izjavom volja odlučuju da li će zaključiti brak i kada će ga raskinuti. Međutim, pogrešno je izvući opšti zaključak da se svi lični odnosi ne mogu obezbediti ugovornom kaznom.

Pravno je dopuštena ugovorna kazna kojom se obezbeđuju paušalno određeni troškovi izdržavanja vanbračne supruge koja je napustila posao zbog svog vanbračnog supruga pod uslovom da je izričita i jasno izražena takva namera prilikom ugovaranja konkretne ugovorne klauzule. Opravdanje za takav stav pronalazimo i u odredbama čl. 192. ZOO Krivičnog zakonika Republike Srpske, *Službeni glasnik*, br. 64/17 koji reguliše izbegavanje davanja izdržavanja. Prema tome ako su je zakonopisci obezbedili kaznenim odredbama zašto je ne bi ugovarači mogli obezbediti odredbama o ugovornoj kazni.

Dopuštena je prema čl. 31. Ustava Republike Srpske sloboda političkog organizovanja, *argumentum a contrario* i istupanje iz opravdanih razlog propisima predviđenim. Analognim tumačenjem proširujemo mogućnost istupanja i na verske zajednice ali i ugovore o ortakluku. Ništava je odredba ugovora o ortakluku prema kojoj ortak koji otkazuje ugovor mora platiti i ugovornu kaznu. Izdvajamo nekoliko presuda iz ranije sudske prakse. „Nema pravnu važnost odredba sporazuma između radnika i organizacije udruženog rada kojom radnik preuzima obavezu da toj organizaciji plati određeni iznos ako u određeno vreme ne stupi na rad“ (Presuda Vrhovnog suda Autonomne pokrajine Vojvodine, Gž. 14/62 od 16. februara 1962. godine).

Ističemo i da „nema pravnu važnost odredba ugovora o davanju stipendije radi specijalizacije, kojom se ustanovljava da primalac stipendije dužan platiti određeni iznos ugovorne kazne ako po završetku specijalizacije ne provede ugovoreno vreme na radu kod davaoca stipendije“ (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Gž. 4821/63 od 11. januara 1964. godine).

4.3. Kauza ugovora o ugovornoj kazni

Kauza ugovora o ugovornoj kazni je razlog zašto se dužnik obavezao. Kauza ugovora o ugovornoj kazni različita je od kauze glavnog ugovora poverioca iako su sadržinski bliske i podudarne. Razlozi njenog postojanja su u težnji da sve glavne i sporedne koristi ugovora za koji se daje učini pravno osnovanim (da ih pravno opravda). Pri tome, sredstvo je obezbeđenja svakog dopuštenog interesa iako najčešće dopuštenog imovinskog interesa.

4.4. Forma ugovora o ugovornoj kazni

Kada je reč o paralelizmu formi ugovorne kazne onda primećujemo da je reč o pravilu koje je bilo prihvaćeno i u Opštim uzansama za promet robom. Ističemo da sve velike kodifikacije ne spominju i formu u okviru opštih pravila u ugovornoj kazni. „U svakom slučaju, paralelizam formi (glavnog i akcesornog ugovora) ne protivreči stavu da je ugovor o ugovornoj kazni samostalan, mada akcesoran ugovor, kao što se iz te akcesornosti ne može bez ostatka, bez odgovarajuće zakonske odredbe, izvući pravilo o obaveznosti forme glavnog ugovora za sporazum o kazni (...)“ (Hiber i Živković 2015, 417).

4.5. Pozitivnopravni uslovi za primenu

Da bi se primenila pravila instituta ugovorne kazne nije potrebno da je poverilac pretrpeo štetu. Ugovorna kazna se plaća i kada poverilac nije pretrpeo nikakvu štetu, a ako je pretrpeo

veću od iznosa ugovorne kazne potrebno je da dokaže da ima pravo na naknadu do potpunog obeštećenja prema čl. 275, st. 2 ZOO.

Zatim, dužnik mora biti kriv. U domenu ugovorne odgovornosti krivica se pretpostavlja tako da se zahteva odsustvo razloga koji isključuju njegovu odgovornost. Prema čl. 272, st. 2 ZOO sporazum gubi pravno dejstvo ako je do neispunjenja ili zadocnjenja sa ispunjenjem došlo iz uzroka za koje dužnik ne odgovara. Prema čl. 263 ZOO to su okolnosti koje su nastale posle zaključenja ugovora, a koje dužnik nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći. Naglašavamo da su pravila o ugovornoj odgovornosti dispozitivne prirode i kao takva omogućavaju proširenje odgovornosti i na situacije u kojima dužnik inače ne bi odgovarao.

Mora postojati izričito ugovorena ugovorna kazna za neispunjenje. Dok kod ugovorne kazne zbog zadocnjenja sa ispunjenjem potrebno je da dužnik zapadne u docnju. Dužnik dolazi u docnju kada ne ispuni svoju obavezu u roku određenom za ispunjenje prema čl. 324, st. 1 ZOO. Ukoliko dužnika nije ispunio svoju obavezu o dospelosti poverilac mora uz opomenu (u slučajevima kada ispunjene o roku nije određeno) pozvati ga da ispuni obavezu i zahtevati plaćanje ugovorne kazne (izjava je potrebna i u slučaju kada ga ne mora opomenuti). Pravno je irelevantna mera u kojoj je dužnik obavezan na obavezu. Ističemo da u slučaju akcesorne ugovorne kazne krivica obuhvata i odgovornost dužnika koju ima prema samom sebi.

Arbitražna praksa pokazuje da se ugovorna kazna dosuđuje i kada je poverilac zatražio ispunjenje glavne obaveze i ostavio primeren naknadni rok. Ako dužnik ne ispuni svoju obavezu ni u tom roku poverilac je ovlašćen da ugovor jednostrano raskine odnosno deklarativnom izjavom ukaže da je raskid nastupio i zahteva plaćanje ugovorne kazne (Odluka Spoljno trgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije br. T-9/10 od 10.10.2011. godine).

5. LIQUIDATED DAMAGES

Englesko pravo kao jedno od prava koje pripada *common law* pravnom sistemu sadrži ustanovu *liquidated damages* koja je slična ustanovi ugovorne kazne u našem pravnom sistemu. Saglasnost ugovornika o klauzuli sa visinom štete koja će nastupiti ukoliko ugovorna disciplina bude prekršena je *liquidated damages*. „Kada jedan ugovor sadrži takvu klauzulu, ugovoreni iznos se plaća bez obzira na to kolika je šteta prouzrokovana povredom ugovorne obaveze“ (Goetz and Scott 1997, 595).

Oba instituta se ne mogu primeniti na novčane obaveze već samo na nenovčane. Ugovorna kazna se ne može ugovoriti ako je predviđeno da će u slučaju povrede ugovora dužnik platiti poveriocu određeni iznos novca pod nazivom penali, naknade, ugovorna kazna ili pod kojim drugim nazivom kada poverilac ne može da zahteva i naknadu određenu zakonom i ugovornu kaznu, izuzev ako je to prema samom zakonu dopušteno shodno čl. 276 ZOO.

U Engleskom pravu „ugovoreni iznos se smatra *pennaly* ako je veći od najveće štete koja se u trenutku zaključenja ugovora mogla pretpostaviti da može nastati ako ugovor bude povređen“ (Goetz and Scott 1997, 596). Ugovaranje *liquidated damages* nije dopušteno za penale. Da li u konkretnom slučaju postoje *pennaly* ili *liquidated damages* treba proceniti s obzirom na okolnosti u trenutku zaključenja ugovora.

Liquidated damages dužnik duguje bez obzira na njen iznos, bez mogućnosti smanjenja. Ali ako je ugovoreni iznos veći od štete koja se u trenutku zaključenja ugovora mogla predvideti kao moguća posledica povrede ugovora, takva ugovorna odredba će biti bez dejstva, a poverilac će imati pravo na naknadu štete“ (Goetz and Scott 1997, 597).

ZAKLJUČAK

Struktura ugovorne kazne, dodeljena pozitivnim pravom, čini je specifičnom imovinskom sankcijom. Koristi koje omogućava poveriocu polaze od izbegavanja troškova parničnog

postupka (dokazivanje štete, vještačenja i sl.) do snošenja štetnih posledica usled njihovog dugog trajanja.

Elementi strukture ugovorne kazne uvažavaju i položaj poverioca i dužnika, dopuštajući dužniku da zahteva smanjenje preterano visoke ugovorne kazne pod zakonom određenim uslovima. Kao i dopuštajući poveriocu da potražuje razliku u naknadi kada visina štete prelazi visinu ugovorne kazne. Shodno prednostima njenog ugovaranja nastojali smo da opravdano primenimo i na nepravu ugovornu kaznu. Razmatranja u radu su pokazala da izostavljanje nepravde ugovorne kazne u pozitivnom pravu, ipak, nema za krajnju posledicu zaobilazanje zakonskih odredbi o ugovornoj kazni. Potvrda navedene tvrdnje izvršena je polazeći od načela slobode ugovaranja, na osnovu koje je ugovorena i cilja da obezbedi očekivanja poverioca za ispunjenje obaveze. Neophodnost njenog pravnog tretiranja u važećem pravu istakli smo i zbog njene samostalnosti, koja ne pretpostavlja postojanje glavne ili sporedne punovažne obaveze iz nekoga ugovora, već ide dalje i povećavajući sigurnost da će neutuživa obaveza dužnika ili nekog trećeg lica biti ispunjena. Naglasili smo da u njenom slučaju poverilac treba da dokaže da se dužnik nije ponašao u skladu sa naturalnom ili prirodnom obavezom.

Pozitivni pravni okvir ugovorne kazne, koji smo nakon toga analizirali, uzimao je u obzir i primenu i na nepravu ugovornu kaznu. Odredbe koje regulišu ugovornu kaznu su dispozitivne prirode, tako da ugovorne strane mogu ugovoriti primenu na nepravu ugovornu kaznu.

LITERATURA

1. Beebe, Barton and Fromer, Jeanne. 2018. „Are we running out of trademarks? An empirical study of trademark depletion and congestion“. *Harvard Law Review*.4:948-1043.
2. Cash, Daniel. 2018. „Scope Ratings: The Viability of a Response“. *European Company Law*. 15:6-1.
3. Fikentscher, Wolfgang and Heinemann, Andreas. 2006. *Schuldrecht*. Berlin: De Gruyter Recht.
4. Goetz, Charles and Scott, Robert. 1977. „Liquidated Damages, Penalties and Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach“. *Columbia Law Review*. 4:554-594.
5. Hiber, Dragor and Živković, Miloš. 2015. *Obezbeđenje i učvršćivanje potraživanja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
6. Hiber, Dragor and Pavić, Vladimir. 2013. „Contractual penalty clauses in recent Serbian arbitration practice“. *Belgrade Law Review*. 3:63-81.
7. Jankovec, Ivica. 1975. „Ugovorna kazna kroz našu sudsku praksu“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 15:47-62.
8. Miladin, Petar. 2006. „Odnos ugovorne kazne i srodnih klauzula“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 56:1761-1808.
9. Orlić, Miodrag. 1985. „Ugovorna kazna“. *Pravni život*. 5:541-545.
10. Patti, Francesco. 2015. „Penalty Clauses in Italian Law“. *European Review of Private Law*. 3:309-326.
11. Schechter, Frank. 1926. „The Rational Basis of Trademark Protection“. *Harvard Law Review*. 40:813-833.
12. Sternlight, Jean. 2002. „Is the U. S. Out of Limb? Comparing the U. S. Approach to Mandatory Consumer and Employment Arbitration to that of the rest of the World“. *University of Miami Law Review*. 56:831-864.
13. Šolaja, Irina. 2017. „Pravni režim promijenjenih okolnosti u sistemu opšteg prava“. *Poslovne studije*. 9:361-369.
14. Wéry, Patrick. 2001. „Le contract, la clause pénale, le juge et l' équité“. *Revue générale de droit civil belge*. 27:90-98.