

SMANJENJE UGOVORNE KAZNE PREMA ČL. 354. ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA

Izv. prof. dr. sc. Tomislav Jakšić*

UDK: 347.447.8(497.5)

DOI: 10.3935/zpfz.72.12.16

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: prosinac 2021.

U radu se obrađuju učinci čl. 354. Zakona o obveznim odnosima o smanjenju ugovorne kazne. Prema toj odredbi sud će na zahtjev dužnika smanjiti iznos ugovorne kazne ako nađe da je ona nerazmjerno visoka s obzirom na vrijednost i značenje objekta obveze. U radu se zauzima stajalište o neprikladnosti vrijednosti i značenja predmeta obveze kao mjerila za ocjenu razmjernosti iznosa ugovorne kazne. Pritom se upućuje na nastalu štetu kao prikladnije mjerilo, a potom i druge okolnosti koje također sudu omogućuju donošenje odluke o pravičnosti ugovorne kazne. Upozorava se da sud prilikom donošenja odluke o smanjenju ugovorne kazne ne smije zanemariti vjerovnikove interese te treba dopustiti takvo smanjenje samo kad je riječ o očitom nerazmjeru ugovorne kazne. U radu se obrađuju i pojedina procesnopravna pitanja koja se odnose na smanjenje ugovorne kazne.

Ključne riječi: ugovorna kazna, sudska kontrola, šteta, pravičnost

* Dr. sc. Tomislav Jakšić, izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb; tomlav.jaksic@pravo.hr; ORCID ID: orcid.org/0000-0002-8798-2208

1. UVOD**

Ugovornom kaznom vjerovnik i dužnik ugovaraju da će dužnik platiti vjerovniku određeni novčani iznos ili pribaviti neku drugu materijalnu korist ako dužnik ne ispuni svoju obvezu ili ako zakasni s njezinim ispunjenjem ili ako je neuredno ispuni.¹ Iako se kazna redovito sastoji u ispunjenju novčane činidbe, moguće je ugovoriti ispunjenje neke druge materijalne koristi (npr. ispunjenje nenovčane činidbe ili propuštanje).² Ugovorna kazna ima kaznenu i odštetnu ulogu jer, pored toga što osigurava ispunjenje obveze, olakšava i namirenje nastale štete jer vjerovnik ne mora dokazivati njezin nastanak i visinu.³ To stoga što za ostvarenje zahtjeva s naslova ugovorne kazne vjerovnik mora dokazati dužnikovo zakašnjenje, neispunjenje ili neuredno ispunjenje osigurane obveze.⁴ Shodno tome, potrebno je razlikovati je li kazna ugovorena za slučaj zakašnjenja, neispunjenja ili neurednog ispunjenja osigurane obveze jer kad je ugovorena za slučaj neispunjenja, vjerovnik može alternativno zahtijevati ili ispunjenje obveze ili ugovornu kaznu.⁵ U ostala dva slučaja vjerovnik može kumulirati oba navedena zahtjeva.⁶ Temeljem prethodno opisane odštetne uloge ugovorne kazne proizlazi da je ona u uskoj sprezi s naknadom štete. Šteta koja nastane vjerovniku redovito se uračunava u kaznu, a ako je šteta veća od iznosa ugovorene kazne, vjerovnik može zahtijevati razliku do potpune naknade štete.⁷ Ugovorna kazna po svojoj je pravnoj naravi u pravilu nesamostalna i akcesorna prema osiguranoj obvezi.⁸

** Bila mi je izuzetna čast započeti znanstveno-nastavnu karijeru pod mentorstvom profesora Zorana Paraća koji je svojim *out of the box* znanstvenim pogledom, kreativnim načinom rješavanja praktičnih problema, svojom opuštenošću i pristupačnošću te brojnim savjetima značajno pridonio mojem znanstvenom radu. Zbog toga je pisanje ovog rada najmanje što mogu učiniti kako bih mu iskazao svoju zahvalnost. Pritom se mogu samo nadati da je ovaj rad tematski i sadržajno dovoljno vrijedan da popratni profesorov dragocjen i inspirativan znanstveni opus.

¹ Vidi čl. 350. st. 1. Zakona o obveznim odnosima. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21.

² Npr. nenovčana činidba može biti predaja neke količine stvari određene po rodu, a propuštanje zabrana tržišne utakmice za vrijeme trajanja ugovora.

³ Miladin, P., *Razgraničenje između klauzula o ugovornoj kazni i klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 52 (2), str. 397, 399.

⁴ Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 400.

⁵ Vidi čl. 353. st. 1. i 2. Zakona o obveznim odnosima.

⁶ Vidi čl. 353. st. 4. Zakona o obveznim odnosima.

⁷ Vidi čl. 355. Zakona o obveznim odnosima.

⁸ Za akcesornost vidi, primjerice, čl. 351. st. 2. i čl. 352. Zakona o obveznim od-

Iako je ugovorna kazna namijenjena zaštiti vjerovnikova interesa na uredno ispunjenje osigurane obveze, Zakon o obveznim odnosima pritom također vodi računa o zaštiti dužnika. Tako, primjerice, spomenuto pravilo o uračunavanju nastale štete u kaznu sprječava kumuliranje kazne i štete, a pravilo o akcesornosti kazne prema osiguranoj obvezi sprječava njezino ostvarenje neovisno o pravnoj sudbini osigurane obveze. Pored toga čl. 354. Zakona o obveznim odnosima štiti dužnika od nepravilne ugovorne kazne koju je nametnuo vjerovnik time što mu omogućuje postavljanje zahtjeva na smanjenje ugovorne kazne.

U radu se ponajprije općenito obrađuju pitanja koja se odnose na smanjenje ugovorne kazne (2.), potom se obrađuju preduvjeti smanjenja ugovorne kazne (3.) i mjerila po kojima sud ocjenjuje razmjernost iznosa ugovorne kazne (4.), a zaključno se obrađuju pojedina procesnopravna pitanja i smanjenje ugovorne kazne (5.). Pored odredaba hrvatskog prava, usporedno se analiziraju i odgovarajuće odredbe srodnog njemačkog, austrijskog i švicarskog prava, a zaključno se sagledavaju i odredbe DCFR-a (engl. *Draft of a Common Frame of Reference*).

2. OPĆENITO O SMANJENJU UGOVORNE KAZNE

Prema čl. 354. Zakona o obveznim odnosima sud će na zahtjev dužnika smanjiti iznos ugovorne kazne ako nađe da je ona nerazmjerno visoka s obzirom na vrijednost i značenje objekta obveze (lat. *poenam mitigare*). U praksi su lako zamislive ugovorne kazne s nerazmjernim iznosima neovisno o tome ugovara li se ona prilikom sklapanja ugovora ili se radi o klauzuli koja je unaprijed sastavljena te se kroz opće uvjete ugovora predlaže drugoj strani.⁹ Nerazmjerni iznosi kazne su zamislivi jer vjerovnik prilikom sastavljanja klauzule često teži ugovaranju što većeg iznosa vodeći se kraticom APP (*ako prođe, prođe*).

Predmetna odredba Zakona o obveznim odnosima izraz je pravila o akcesornosti ugovorne kazne prema osiguranoj obvezi jer su okolnosti, koje se vežu uz osiguranu obvezu, od odlučnog utjecaja na ocjenu razmjernosti iznosa ugovorne kazne, a time i njezino potencijalno smanjenje.¹⁰ Njome je također

nosima. Ugovorna kazna može biti ugovorena kao samostalna i neakcesorna (tzv. neprava ugovorna kazna). Takvom se kaznom osigurava činidba ili propuštanje koje pravno ne obvezuje. Tako također vidi Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 397.

⁹ Tako sa stajališta usporedivog austrijskog prava vidi Mayrhofer, H., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Buch, Das Recht des Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, Allgemeine Lehren*, 1986., Wien, str. 218.

¹⁰ Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Janoschek, K., u: Hau, W., Posseck, R., *BeckOK BGB, Buch 2.*, 60. Auflage, 2021., München, BGB § 344 Rbr. 1.

neizravno ograničena sloboda ugovaranja između ugovornih strana.¹¹ To znači da vjerovnik prilikom ugovaranja iznosa ugovorne kazne mora voditi računa o njezinoj razmjernosti jer u suprotnom mora računati s rizikom njezine sudske kontrole i naknadnog smanjenja. Odredba čl. 354. Zakona o obveznim odnosima stoga štiti dužnika od nerazmjerno visoke ugovorne kazne tako što mu omogućuje tražiti njezino smanjenje pred nadležnim sudom. Drugim riječima, izneseno pravilo korektiv je vjerovnikova nesavjesnog ponašanja i predstavlja sredstvo koje, osim što može djelovati preventivno, sprječava naplatu nerazmjerno visoke i nepravične ugovorne kazne od dužnika.¹²

Radi sprječavanja zlorporaba čl. 354. Zakona o obveznim odnosima kognetne je naravi.¹³ To znači da ugovorne strane ne mogu isključiti primjenu predmetne odredbe niti se dužnik može unaprijed odreći tog prava.¹⁴ Iako se tog prava ne može odreći unaprijed, može ga se odreći u trenutku kada vjerovnik može zahtijevati ispunjenje ugovorne kazne.¹⁵ Ugovorna kazna stoga predstav-

¹¹ Vidi čl. 351. st. 1. Zakona o obveznim odnosima u vezi s čl. 2. istog Zakona.

¹² U tom smjeru vidi Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 404-405; Perović, S., Stojanović, D., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga 1.*, 1. izdanje, 1980., Novi Sad, str. 790. Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Walchner, W., u: Dauner-Lieb, B., Langen, W., *BGB Schuldrecht, Band 2: §§ 241-853*, 4. Auflage, 2021., Baden-Baden, BGB § 343 Rbr. 1. Tako sa stajališta DCFR-a vidi von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009., str. 978 (dostupno na: http://storage.be/european-private-law_en.pdf).

¹³ Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 388, 401, 404; Miladin, P., *Ugovaranje klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete i klauzula o ugovornoj kazni (PLD-klauzule) putem općih uvjeta poslovanja i među trgovcima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 52 (6), str. 1317; Blagojević, B., Krulj, V., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga 1.*, 2. izdanje, 1983., Beograd, str. 956; Perović, S., Stojanović, D., *op. cit.* u bilj. 12, str. 793. Tako sa stajališta njemačkog prava u odnosu na sve osobe koje nisu trgovci vidi Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 11. Tako sa stajališta usporedivog austrijskog prava vidi Koziol, H., Bydlinski, P., Bollenberger, R., *ABGB Kommentar*, 6. Auflage, 2020., Wien, §1336 ABGB Rbr. 10.

¹⁴ Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 404; Radišić, J., *Obligaciono pravo, Opšti deo*, 2. izdanje, 1982., Beograd, str. 298. Cigoj, S., *Teorija obligacija, Splošni del obligacijskega prava*, 1. izdanje, 1981., Ljubljana, str. 393. Tako sa stajališta usporedivog austrijskog prava vidi Mayrhofer, H., *op. cit.* u bilj. 9., str. 218. Izričito određenje o nemogućnosti isključenja odredbe o smanjenju ugovorne kazne sadržava i čl. III-3:712. st. 2. DCFR-a.

¹⁵ Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Gottwald, P., u: Krüger, W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, 2019., München, BGB § 343. Rbr. 12; Stadler, A., u: Stürner, R., Jauernig *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Buch 2.*, 18. Auflage, 2021., München, BGB § 343 Rbr. 1; Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 3.

lja sredstvo kojim se određeni ugovorni odnos osobno pojačava jer u slučaju povrede osigurane obveze iz tog ugovora vjerovnik može zahtijevati njezino ispunjenje. Kazna je pritom pravična naknada za pretrpljenu štetu i druge neugodnosti koje je povreda osigurane obveze uzrokovala vjerovniku, no ona mu ne smije služiti za ostvarivanje dobiti.¹⁶

Pravilo o smanjenju ugovorne kazne primjenjuje se na sve sudionike obveznih odnosa, uključivo i osobe koje u trenutku njezina ugovaranja ispunjavaju uvjete za trgovca.¹⁷ Međutim, u trgovačkim ugovorima, kao i u ugovorima između trgovaca i osoba javnog prava, treba na odgovarajući način uvažiti osobitosti trgovačkog prava (npr. posebice u pogledu zahtjeva povećanog standarda pažnje koji se traži od trgovaca pri sklapanju ugovora i ispunjavanju preuzetih obveza, primjene poslovne prakse i trgovačkih običaja) zbog čega nije moguća ujednačena primjena čl. 354. Zakona o obveznim odnosima na sve sudionike pravnog prometa. Pored takvih osobitosti, u trgovačkim ugovorima sud također mora uvažiti potrebu veće slobode ugovaranja iznosa ugovorne kazne u trgovačkim ugovorima.¹⁸ To znači da smanjenje ugovorne kazne u ostalim ugovorima ne smije analogno dovesti do smanjenja sadržajno iste ugovorne kazne u sadržajno sličnim trgovačkim ugovorima. Drugim riječima, smanjenju kazne u trgovačkim ugovorima i ugovorima između trgovaca i osoba javnog prava mora se pristupiti bitno strože nego u ostalim ugovorima.¹⁹ To ne znači da pritom treba zanemariti prigovore o tome kako je vjerovnik pridonio nastanku štete, dužnikovoj povredi osigurane obveze ili njegovoj krivnji, uključivo i općenite prigovore o nepoštenosti ugovorne kazne.²⁰ Izneseno se također primjenjuje i na obveze s naslova ugovorne kazne koje, povodom obavljanja svoje profesio-

¹⁶ U tom smjeru sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB-a § 343 Rbr. 1.

¹⁷ S druge strane, prema dispozitivnoj odredbi iz čl. 348. HGB-a (njem. *Handelsgesetzbuch*) opće pravilo o smanjenju ugovorne kazne ne primjenjuje se na trgovce i osobe koje kod trećih stvaraju privid da djeluju kao trgovci (njem. *der Scheinkaufmann*). To ne znači da trgovci ne mogu ostvariti zaštitu primjenom drugih pravila (npr. primjenom općih pravila o ništetnosti ugovornih odredaba, a kad je ugovorna kazna sadržana u općim uvjetima ugovora, primjenom pravila o ništetnosti općih uvjeta ugovora). No u navedenim primjerima posljedica je ništetnost odredbe o ugovornoj kazni, a ne njezino smanjenje. Vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 3-4; Stadler, A., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 2; Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 3, 11. Tako sa stajališta austrijskog prava vidi Mayrhofer, H., *op. cit.* u bilj. 9, str. 218.

¹⁸ U tom smjeru vidi Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 13, str. 1306.

¹⁹ U tom smjeru Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 13., str. 1306, 1308.

²⁰ Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 13. str. 1307. Više o tome vidi: 5. Procesna pitanja i smanjenje ugovorne kazne.

nalne djelatnosti, preuzmu osobe koje se bave slobodnim zanimanjima (npr. odvjetnici, javni bilježnici, revizori i porezni savjetnici).²¹

Zakonodavac pritom ne predviđa analognu primjenu pravila o smanjenju ugovorne kazne u slučaju pretjerano nisko ugovorenog iznosa kazne, dakle radi povećanja tog iznosa u interesu vjerovnika. Vjerovniku tada ostaje mogućnost da sukladno čl. 355. st. 2. Zakona o obveznim odnosima zahtijeva razliku do potpune naknade štete koja mu je nastala neispunjenjem, zakašnjenjem ili neurednim ispunjenjem obveze koja je osigurana ugovornom kaznom.

3. PREDUVJETI ZA SMANJENJE UGOVORNE KAZNE

Preduvjeti za smanjenje kazne s naslova čl. 354. Zakona o obveznim odnosima jesu postojanje sporazuma o ugovornoj kazni, valjanost takve klauzule te dospijeće i neispunjenje kazne.²² Za razliku od zakonom određene naknade iz čl. 356. Zakona o obveznim odnosima, ugovorna kazna počiva na sporazumu ugovornih strana. Bez sporazuma ugovornih strana o ugovornoj kazni vjerovnik ne može tražiti njezino ispunjenje od dužnika jer bez tog sporazuma vjerovnikov zahtjev nema potrebnu pravnu osnovu. Pored toga, za smanjenje ugovorne kazne potrebno je neispunjenje, zakašnjenje ili neuredno ispunjenje obveze koja je njome osigurana.²³ Drugim riječima, vjerovnik mora biti samo u mogućnosti zahtijevati ispunjenje ugovorne kazne, no pritom nije od utjecaja je li vjerovnik postavio takav zahtjev prema dužniku.²⁴ U suprotnom bi se smanjenje ugovorne kazne moglo tražiti prije dospijeća kaznom osigurane obveze. To je kontraproduktivno u stadiju kad još nije poznato hoće li doći do povrede osigurane obveze. Pritom je potrebno voditi računa o tome može li vjerovnik uopće tražiti ispunjenje ugovorne kazne sukladno čl. 353. Zakona o obveznim odnosima.²⁵ Ako nije drugačije ugovoreno, nakon što dužnik dobrovoljno i u

²¹ Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 13. 1307. U tom smjeru također vidi Parać, Z., *Trgovac – tko je i tko bi mogao (trebao) biti*, Pravo u gospodarstvu, 6, 2001., str. 121-122.

²² Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15., BGB § 343 Rbr. 8; Stadler, A., *op. cit.* u bilj. 15., BGB § 343 Rbr. 4.

²³ U tom smjeru sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 8, 15.

²⁴ Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 15; Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 12.

²⁵ Ako je ugovorna kazna određena za slučaj neispunjenja obveze, vjerovnik ne može tražiti ispunjenje ugovorne kazne ako je zatražio ispunjenje osigurane obveze (čl. 353. st. 1. Zakona o obveznim odnosima). Ako je kazna ugovorena za slučaj zakašnjenja ili neurednog ispunjenja, vjerovnik ne može tražiti ispunjenje ugovorne kazne ako je primio ispunjenje osigurane obveze, a nije bez odgađanja obavijestio

cijelosti plati ugovornu kaznu, ona prestaje proizvoditi učinke, a dužnik načelno gubi pravo zahtijevati njezino smanjenje.²⁶ Naime, takvo ispunjenje govori o razmjernosti iznosa ugovorne kazne jer dužnik ne bi ispunio takvu kaznu da ju je smatrao nepravičnom. Međutim, ako plati kaznu kako bi izbjegao ovrhu na temelju ovršne isprave ili uz jasno izražen pridržaj naknadnog ostvarivanja prava na njezino smanjenje, dužnik može naknadno tražiti njezino smanjenje s naslova čl. 354. Zakona o obveznim odnosima.²⁷ Djelomično ispunjenje ugovorne kazne, međutim, ne utječe na dužnikova prava s naslova predmetne odredbe Zakona o obveznim odnosima, ali plaćeni dio ostaje vjerovniku do odluke suda o njezinu smanjenju.²⁸

Konačno, za ostvarivanje prava na smanjenje ugovorna kazna mora biti pravovaljana. Nevaljanost odredbe o ugovornoj kazni može biti posljedica njezine akcesornosti prema osiguranoj obvezi, a može biti i posljedica razloga koji se vežu isključivo uz odredbu o ugovornoj kazni.²⁹ Tako prema čl. 352. st. 1. Zakona o obveznim odnosima ugovorna kazna dijeli pravnu sudbinu osigurane obveze. Izneseno pravilo o akcesornosti znači da, primjerice, ništetnost osigurane obveze dovodi do ništetnosti odredbe o ugovornoj kazni. Suprotno rješenje potencijalno negira pravilo o ništetnosti osigurane obveze jer će dužnik, pod prijetnjom ugovorne kazne, možda radije htjeti ispuniti ništetnu obvezu. Zbog toga, primjerice, ugovorna kazna kojom je osigurana obveza kupca ili prodavatelja ne proizvodi pravni učinak kad ugovor o kupoprodaji nekretnine nije sastavljen u zakonom propisanom obliku. S druge strane, do nevaljanosti odredbe

dužnika o tome da zadržava svoje pravo na ugovornu kaznu (čl. 353. st. 5. Zakona o obveznim odnosima).

²⁶ Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 416; Radišić, J., *op. cit.* u bilj. 14, str. 298; Cigoj, S., *op. cit.* u bilj. 14, str. 393. Tako sa stajališta njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 15-16; Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 12. Tako sa stajališta usporedivog austrijskog prava vidi Mayrhofer, H., *op. cit.* u bilj. 9, str. 219. Tako sa stajališta usporedivog švicarskog prava vidi Becker, H., *Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR*, 1945., Bern, Art 163 Rbr. 22.

²⁷ U tom smjeru sa stajališta njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343. Rbr. 16; Stadler, A., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 4; Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 12.

²⁸ Tako sa stajališta njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 15-16.

²⁹ Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 8; Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 2; Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 2. U tom smjeru sa stajališta usporedivog švicarskog prava vidi Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 2.

o ugovornoj kazni može doći i neovisno o valjanosti osigurane obveze.³⁰ Tako je, primjerice, nevaljana ugovorna kazna koju se vlasnik nekretnine (kao nalogodavac) obvezao platiti posredniku ako odbije sklopiti ugovor o kupoprodaji nekretnine s osobom koju mu nađe posrednik.³¹ Takvu nevaljanost nije moguće ispraviti ili zamijeniti njezinim smanjenjem sukladno čl. 354. Zakona o obveznim odnosima. Ako je dužnik ispunio ništetnu kaznu, može tražiti njezino vraćanje s naslova čl. 323. st. 1. Zakona o obveznim odnosima.³² S druge strane, iako je sud utvrdio da je odredba o ugovornoj kazni valjana, iznos ugovorne kazne može i dalje biti nerazmjeran zbog čega ga sud može smanjiti sukladno čl. 354. Zakona o obveznim odnosima.

4. MJERILA ZA OCJENU RAZMJERNOSTI IZNOSA UGOVORNE KAZNE

Prilikom ocjene razmjernosti iznosa ugovorne kazne sud se vodi mjerilima iz čl. 354. Zakona o obveznim odnosima. Prema toj odredbi sud će smanjiti ugovornu kaznu ako je njezin iznos nerazmjeran s obzirom na „vrijednost“ i „značenje objekta obveze“.

Prema mjerilu vrijednosti objekta obveze smanjenje ugovorne kazne ovisi o odnosu između njezina iznosa i vrijednosti predmeta obveza povodom kojeg

³⁰ Radi se, primjerice, o primjeni pravila o ništetnosti pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora kada je ugovorna kazna sadržana u općim uvjetima ugovora (čl. 296. st. 1. Zakona o obveznim odnosima) ili kada je ugovorna kazna protivna prisilnom propisu ili moralu društva (čl. 322. st. 1. Zakona o obveznim odnosima). Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 4.

³¹ Prema čl. 839. Zakona o obveznim odnosima nalogodavac nije dužan pristupiti pregovorima za sklapanje ugovora s osobom koju je posrednik našao, ni sklopiti s njom ugovor pod uvjetima koje je priopćio posredniku, ali će samo odgovarati za štetu ako je postupio protivno savjesnosti. U prethodno navedenom slučaju plaćanje ugovorne kazne nije vezano za postupanje protivno savjesnosti, već za svako odbijanje (opravdano ili neopravdano) sklapanja ugovora o kupoprodaji do kojeg dođe posrednikovim djelovanjem. Ugovorna kazna ne smije na taj način ograničiti nalogodavčevu slobodu odlučivanja. Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 2.

³² Prema čl. 323. st. 1. Zakona o obveznim odnosima u slučaju ništetnosti ugovora svaka ugovorna strana dužna je vratiti drugoj sve ono što je primila na temelju takvog ugovora, a ako to nije moguće, ili ako se narav onoga što je ispunjeno protivno vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu, prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, ako zakon što drugo ne određuje.

je ona ugovorena.³³ Drugim riječima, nerazmjernost između iznosa ugovorne kazne i vrijednosti predmeta obveze govori u prilog smanjenja kazne.³⁴ Prema tome, riječ je o objektivnom mjerilu kod kojeg bi nerazmjernost iznosa kazne trebalo moći lako utvrditi. Doduše, nameće se pitanje je li za utvrđenje takvog nerazmjera dovoljno da iznos kazne bude samo veći od vrijednost predmeta obveze koja je osigurana tom kaznom ili su relevantne i neke druge okolnosti (npr. iznos nastale štete vjerovniku), a nameće se i pitanje prikladnosti tog objektivnog mjerila za odmjeravanje takve razmjernosti iznosa kazne. U pogledu mjerila značenja predmeta obveze zakonodavac nije jasnije odredio o kakvom se značenju predmeta obveze radi.³⁵ Tako, primjerice, nije jasno o čijim interesima sud treba voditi računa pri utvrđivanju tog značenja (npr. o vjerovnikovim ili dužnikovim interesima), treba li prilikom ocjene tog mjerila primijeniti objektivni ili subjektivni standard (npr. standard prosječne osobe u datim okolnostima), što se uopće sve podrazumijeva pod takvim značenjem i koliko široko je moguće tumačiti takvo značenje radi utvrđivanja nerazmjernosti iznosa ugovorne kazne.³⁶ Imajući u vidu tako određena mjerila iz čl. 354. Zakona o obveznim odnosima, nameće se pitanje kako ih primijeniti *de lege lata*, a potom i što učiniti *de lege ferenda*.

Njemačko pravo uređuje smanjenje ugovorne kazne u čl. 343. BGB-a (njem. *Bürgerliches Gesetzbuch*). Prema toj odredbi sud može na zahtjev dužnika smanjiti nerazmjerno visok iznos ugovorne kazne na razuman iznos. Prilikom ocjene razmjernosti tog iznosa u obzir treba uzeti svaki opravdani interes vjerovnika, a ne samo njegov imovinski interes. Takvo općenito upućivanje na svaki opravdani interes vjerovnika ostavlja znatan prostor sudu za ocjenu razmjernosti iznosa ugovorne kazne. Ocjena suda uvijek počiva na okolnostima svakog

³³ Gorenc, V., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, 2. izdanje, 2014., Zagreb, str. 571; Blagojević, B., Krulj, V., *op. cit.* u bilj. 13, str. 955.

³⁴ Tako, primjerice, kad naknada za pružene usluge iznosi 50 tisuća kuna, a ugovorna kazna pružatelja usluge prema primatelju usluge 100 tisuća kuna. Vidi Gorenc, V., *op. cit.* u bilj. 33, str. 571; Milotić, I., *Ugovorna kazna s gledišta ZOO-a, sudske prakse i posebnih uzanci u građenju*, Pravo i porezi, br. 5/16, str. 27. Međutim, svaki takav ili sličan nerazmjer ne mora nužno dovesti do smanjenja visine ugovorne kazne. Više o tome vidi u nastavku ovog poglavlja.

³⁵ Gorenc, V., *op. cit.* u bilj. 33, str. 571; Blagojević, B., Krulj, V., *op. cit.* u bilj. 13, str. 955.

³⁶ Slične dvojbe u pogledu značenja predmeta obveze iskazuje Jakelić, D., *Neka pitanja o pravnoj prirodi ugovorne kazne i o odnosu ugovorne kazne prema naknadi štete zbog neispunjenja obveza, zakašnjenja u ispunjenju obveza te neurednog ispunjenja*, Tradicionalno XXIII. savjetovanje Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 15, 2008., Zagreb, str. 617. O tome da se pri ocjeni značenja predmeta obveze radi o primjeni subjektivnog mjerila vidi Milotić, I., *op. cit.* u bilj. 34, str. 27.

pojednog slučaja.³⁷ Sudovi pritom redovito polaze od ocjene težine povrede, opsega povrede i štetnosti za interese vjerovnika. Pri ocjeni razmjernosti sud uzima u obzir i financijsko stanje obiju ugovornih strana, iznos prijeteće i nastale štete vjerovniku, stupanj dužnikove krivnje i potrebu za sprječavanjem budućih povreda.³⁸ Sud može zaključiti da je iznos ugovorne kazne razmjeran čak i kad dužnikovom povredom osigurane obveze nije nastala nikakva šteta ako je takva kazna namijenjena sprječavanju budućih dužnikovih povreda povodom kojih bi vjerovniku mogla nastati šteta (npr. kad dužnik ne ispuni prvu od više osiguranih obveza u roku određenom za ispunjenje).³⁹ Za ocjenu suda od važnosti su i uvjeti pod kojima je ugovorena kazna. Tako, primjerice, je li kazna ugovorena za više povreda ili samo za prvu povredu osigurane obveze, obračunava li se kazna po danu kašnjenja ili po nekom dužem periodu (npr. tjednu ili mjesecu kašnjenja), je li za kaznu koja se obračunava višekratno (npr. po danu zakašnjenja) određen najveći ukupni iznos kazne (npr. do deset posto ukupne vrijednosti svih narudžba).⁴⁰ Drugim riječima, s jedne strane za sud je pri ocjeni razmjernosti kazne odlučan iznos kazne koji osigurava ostvarenje vjerovnikova pozitivnog pogodbenog interesa. S druge strane, iznos kazne za dužnika ne smije predstavljati pretjerano velik gubitak s obzirom na njegovu financijsko stanje, stupanj krivnje te uzročnost između dužnikova ponašanja i nastale štete.⁴¹

Njemački zakonodavac pritom je svjesno izostavio određenje mjerodavnog trenutka za takvu ocjenu da bi sucu dao slobodne ruke u ocjeni svih okolnosti. U obzir dolazi trenutak nastanka ugovorne kazne ili njezina dospijeća, trenutak vjerovnikova zahtjeva prema dužniku na plaćanje ugovorne kazne ili zadnjeg ročišta u parničnom postupku koji se vodi povodom zahtjeva dužnika na smanjenje ugovorne kazne. Njemačka pravna književnost uglavnom se zauzima za trenutak zadnjeg ročišta na kojem se raspravljalo o činjenicama jer sudu treba omogućiti donošenje odluke na temelju svega iznesenog tijekom parnice.⁴²

³⁷ Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 6; Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 8.

³⁸ Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 18; Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 8; Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 8.

³⁹ U tom smjeru vidi Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 8.

⁴⁰ Tako je načelno u redu dogovoriti veći iznos kazne ako se radi o jednokratnoj kazni, a manji iznos ako se radi o kazni koja se ponavlja (npr. u slučaju kašnjenja s rokovima ispunjenja). Pritom je za kazne koje se obračunavaju dnevno razmjerniji niži iznos kazne, a kod kazne koja se obračunava u dužim vremenskim intervalima veći iznos, pri čemu je u oba slučaja preporučljivo ugovoriti i najveći mogući iznos kazne (npr. do 5 posto vrijednosti narudžbe). Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 4.

⁴¹ Stadler, A., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 6.

⁴² Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343. Rbr. 19; Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12,

Austrijsko pravo predviđa smanjenje ugovorne kazne u čl. 1336. st. 2. ABGB-a (njem. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*). Prema toj odredbi, sud će po potrebi nakon provedenog vještačenja smanjiti bilo koju ugovornu kaznu ako dužnik dokaže nerazmjernost iznosa ugovorne kazne. Za razliku od odgovarajuće odredbe BGB-a, koja barem općenito upućuje na vjerovnikove interese, navedena odredba ABGB-a ne daje sudu nikakvu vodilju za ocjenu razmjernosti iznosa ugovorne kazne. To znači da sud kod takve ocjene uzima u obzir sve okolnosti pojedinog slučaja, pri čemu je od posebnog značenja nastala šteta.⁴³ Drugim riječima, iznos kazne koji je nerazmjernan prema šteti govori u prilog nerazmjernosti kazne.⁴⁴ Pritom od značenja nije samo nastala šteta, već i šteta koja je vjerovniku lako mogla nastati.⁴⁵ Za ocjenu razmjernosti od značenja može biti stupanj dužnikove krivnje i vrijednost koristi koju je dužnik ostvario povredom osigurane obveze.⁴⁶ Često se kao odlučno mjerilo pokazuje vrijednost vjerovnikova pozitivnog pogodbenog interesa.⁴⁷ Ako iznos ugovorne kazne nadilazi vrijednost tog interesa, postoji osnova za smanjenje ugovorne kazne. Predmetna pravila primjenjuju se jednako na sve vrste ugovornih kazni, uključivo i one koje su određene sudskom nagodbom.⁴⁸

Švicarsko pravo uređuje smanjenje ugovorne kazne u čl. 163. st. 3. OR-a (njem. *Obligationenrecht*). Prema toj odredbi sud će smanjiti nerazmjerno visoku ugovornu kaznu prema vlastitoj ocjeni. Kao i austrijsko pravo, švicarsko pravo sudu ne daje mjerila za ocjenu razmjernosti, ali barem određuje da će sud smanjiti nerazmjerno visoku ugovornu kaznu prema vlastitoj ocjeni (njem. *nach seinem Ermessen herabzusetzen*). To ipak ne daje sudu potpunu slobodu, već on svoju ocjenu mora temeljiti na tome je li takav iznos, uzimajući u obzir kaznom zaštićene interese vjerovnika, u gruboj suprotnosti sa zahtjevima pravičnosti. Takav se nerazmjer redovito uspoređuje s nerazmjerno ugovorenom korišću koja postoji kod lihvarskog posla, pri čemu kod ugovorne kazne nije bitna vjerovnikova težnja ostvarenja ili svijest o postojanju takvog nerazmjera u trenutku ugovaranja kao što je to kod lihvarskog posla.⁴⁹

BGB § 343 Rbr. 9. Za stajalište o mjerodavnosti trenutka dospijea ugovorne kazne vidi Stadler, A., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 6. Za stajalište o tome da određenje tog trenutka ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja vidi Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 9.

⁴³ Mayrhofer, H., *op. cit.* u bilj. 9, str. 219.

⁴⁴ Koziol, H., Bydlinski, P., *op. cit.* u bilj. 13, § 1336 ABGB Rbr. 8.

⁴⁵ Mayrhofer, H., *op. cit.* u bilj. 9, str. 219.

⁴⁶ Mayrhofer, H., *op. cit.* u bilj. 9, str. 219.

⁴⁷ Mayrhofer, H., *op. cit.* u bilj. 9, str. 219.

⁴⁸ Koziol, H., Bydlinski, P., *op. cit.* u bilj. 13, § 1336 ABGB Rbr. 9.

⁴⁹ Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 8.

Polazeći od vjerovnikova interesa, sud treba imati u vidu da je svrha ugovorne kazne poboljšati njegov pravni položaj i zaštititi njegove interese.⁵⁰ Sud pritom uzima u obzir korist koju je dužnik ostvario zbog zakašnjenja, neispunjenja ili neurednog ispunjenja osigurane obveze. Može se uzeti u obzir i je li dužnik za pristanak na ugovornu kaznu dobio od vjerovnika nekakav ustupak, npr. ako je pristao na zabranu tržišne utakmice.⁵¹ U svojoj ocjeni sud se može osloniti i na težinu dužnikove povrede. Sud tada treba ispitati u kojoj je mjeri dužnik ispunio svoju obvezu te koje je značenje njegove povrede. Ako je prema ukupnosti vjerovnikovih interesa povreda osigurane obveze neznatna, takva okolnost govori u prilog nerazmjernosti ugovorne kazne.⁵² Kad je ugovornom kaznom osigurano više obveza, pri čemu je njezin iznos određen prema svim obvezama, a dužnik povrijedi samo jednu od njih, to također govori u prilog nerazmjernosti iznosa ugovorne kazne. Isti učinak može imati i djelomično ispunjenje osigurane obveze.⁵³ Teža povreda postoji kad, primjerice, dužnik povrijedi zabranu tržišne utakmice koja je osigurana kaznom sklapajući veći broj poslova s vjerovnikovim tržišnim takmacima, sklapajući takve poslove s osobama koje svoju djelatnost obavljaju na istom prostoru (gradu ili regiji) ili čak u istom poslovnom prostoru kao i vjerovnik. Ako se pritom radi o poslu manjeg opsega koji je poduzet iz pristojnosti prema trećoj osobi, radi se o blažoj povredi koja govori u prilog nerazmjernosti iznosa ugovorne kazne.⁵⁴ Prilikom ocjene razmjernosti sud može uzeti u obzir i stupanj dužnikove krivnje. Pri tome se uzima u obzir, primjerice, je li do povrede osigurane obveze došlo zbog propusta dužnikova zaposlenika ili svjesnim postupanjem na štetu vjerovnika radi ostvarenja vlastitog interesa. Drugim riječima, teži stupnjevi krivnje, kao što je prijevarno ili unaprijed planirano postupanje iz pobude kao što je mržnja ili osveta, govore u prilog razmjernosti iznosa ugovorne kazne.⁵⁵ U slučaju povrede zakašnjenjem zbog izrazito kratkog roka za ispunjenje koji je odredio vjerovnik nakon sklapanja ugovora riječ je o nižem stupnju krivnje. Isto vrijedi i za druge slučajeve u kojima se dužnikovo zakašnjenje može barem dijelom pripisati vjerovnikovu ponašanju.⁵⁶ Konačno, sud u svojoj ocjeni može uzeti u obzir financijsko stanje i mogućnost ispunjenja obveze obiju ugovornih strana. Takve okolnosti načelno služe utvrđenju radi li se o lihvarskom iskorištavanju dužnika. Ocjena suda načelno ovisi o tome je li vjerovnikova protučinidba

⁵⁰ Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 9.

⁵¹ Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 9.

⁵² Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 12.

⁵³ Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 13.

⁵⁴ Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 14.

⁵⁵ Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 16.

⁵⁶ Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 16.

razmjerna onome što se dužnik obvezao vjerovniku pod prijetnjom ugovorne kazne. Je li iznos ugovorne kazne razmjeran ovisi o tome je li vjerojatno da bi prosječna treća osoba iste struke i pripadnosti gospodarskoj grani kao i dužnik (npr. dužnikov tržišni takmac) pristala na takvu kaznu.⁵⁷ S druge strane, konkretno stanje dužnika načelno je bez značenja za predmetnu ocjenu suda jer je naglasak na objektivnim mjerilima.⁵⁸ Švicarsko pravo pristupa smanjenju ugovorne kazne samo kad se radi o očitom nerazmjeru iznosa ugovorne kazne u odnosu prema zahtjevu pravičnosti i prema zaštićenim interesima vjerovnika. To znači da sud može zanemariti slučajeve u kojima ocijeni postojanje manjeg ili neznatnog nerazmjera.⁵⁹

Što se tiče trenutka ocjene razmjernosti iznosa ugovorne kazne, švicarska pravna književnost smatra kako je odlučan trenutak dospijeća ugovorne kazne. Ako pravna osoba vjerovnika, u čiju je korist bila ugovorena zabrana tržišne utakmice, a čije je pridržavanje bilo osigurano ugovornom kaznom, u kratkom periodu nakon povrede takve obveze bude likvidirana i prestane postojati, izneseno može govoriti u prilog tome da je u trenutku dospijeća osigurane obveze vjerovnik imao smanjeni interes za zaštitom svojeg poslovanja, a to može utjecati na razmjernost iznosa ugovorne kazne.⁶⁰

DCFR je predložio pravila ugovornog prava koja su trebala pomoći u izradi CFR-a (engl. *Common Frame of Reference*) koji bi se primjenjivao u svim državama članicama Europske unije. CFR nije zaživio jer je nedugo nakon izrade prijedloga DCFR-a Europska komisija zastala s daljnjim radom na CFR-u. Bez obzira na izneseno, DCFR predstavlja novija pravila ugovornog prava (tzv. *soft law*) koja sadržavaju i pravila o smanjenju ugovorne kazne. DCFR nam stoga može dati uvid u kojem se smjeru kreće razvoj ugovorne kazne i njezina smanjenja.

Prema čl. III-3:712. st. 2. DCFR-a iznos ugovorne kazne moguće je smanjiti na razuman iznos ako je takav iznos grubo nerazmjeran s obzirom na gubitak koji je nastao neispunjenjem i ostale okolnosti. Prema toj odredbi nerazmjernost iznosa ugovorne kazne postoji kad je taj iznos u očitom nerazmjeru prema nastaloj šteti vjerovnika. Drugim riječima, do smanjenja ugovorne kazne dolazi kad ugovoreni iznos značajno prelazi takvu štetu. Pritom nije odlučno jesu li

⁵⁷ Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 17.

⁵⁸ Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 18.

⁵⁹ U tom smjeru sa stajališta usporedivog švicarskog prava vidi Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 21.

⁶⁰ Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 11. Može se dvojiti o opravdanosti tako iznesenog stajališta, posebice ako je vjerovnik tražio plaćanje ugovorene kazne jer takav zahtjev vjerovnika ipak upućuje na postojanje vjerovnikova interesa, a svakako ne treba zanemariti interese vjerovnika i članova društva koji se tek trebaju namiriti iz likvidacijske mase vjerovnika.

ugovorne strane smatrale takav iznos razumnim u trenutku ugovaranja.⁶¹ U pogledu mjerila za ocjenu razmjernosti odlučan je stoga odnos iznosa kazne i štete koja je nastala vjerovniku.⁶² Ta odredba DCFR-a određuje da sud prilikom ocjene nerazmjernosti uzima u obzir i ostale okolnosti. U tom se pogledu navodi slučaj kad vjerovnik svojim ponašanjem pridonese visini nastale štete, npr. nepoduzimanjem razumnih mjera radi njezina smanjenja.⁶³

S obzirom na mjerila određena čl. 354. Zakona o obveznim odnosima, treba poći od razmatranja okolnosti svakog pojedinog slučaja. To se prije svega odnosi na okolnosti koje se tiču „vrijednosti predmeta obveze“ i ugovorenog iznosa ugovorne kazne, a potom i na okolnosti koje su odlučne za utvrđivanje „značenja predmeta obveze“.

Pri analizi mjerila iz čl. 354. Zakona o obveznim odnosima potrebno je ponajprije imati u vidu dvojaku ulogu ugovorne kazne, tj. njezinu kaznenu i odštetnu ulogu.⁶⁴ Pritom se ne može oteti dojmu da zakonodavac pri određivanju mjerila iz čl. 354. Zakona o obveznim odnosima nije uopće uvažio odštetnu ulogu ugovorne kazne. Naime, iz čl. 355. Zakona o obveznim odnosima vidljivo je da iznos ugovorne kazne može biti veći, ali i manji od nastale štete. U prvom slučaju vjerovnik može tražiti ugovornu kaznu čak i kad nije pretrpio nikakvu štetu (st. 1.), a u drugom slučaju može tražiti ugovornu kaznu i razliku do potpune naknade štete (st. 2.). Iako to ne proizlazi izričito iz čl. 354. Zakona o obveznim odnosima, upravo se šteta koja nastane vjerovniku zbog povrede osigurane obveze pokazuje kao odlučno mjerilo razmjernosti iznosa ugovorne kazne.⁶⁵ Šteta predstavlja polazište za utvrđivanje pravičnosti iznosa ugovorne kazne jer može objektivno kvantificirati vjerovnikov pozitivni pogodbeni interes.⁶⁶ Naime, kod povrede ugovora vjerovnikov interes redovito se usmjerava na naknađivanje nastale štete, a ne na vrijednost i značenje predmeta obveze. Pored toga vrijednost predmeta obveze je fiksirana, zbog čega ne mora odgovarati, a redovito i ne odgovara visini nastale štete. Predmet obveze može se pritom pokazati kao korektiv takve fiksne vrijednosti čime se takvo mjerilo približava predloženom mjerilu nastale štete. Izneseno pokazuje da vrijednost i značenje

⁶¹ von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., *op. cit.* u bilj. 12, str. 978.

⁶² von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., *op. cit.* u bilj. 12, str. 978.

⁶³ von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., *op. cit.* u bilj. 12, str. 978.

⁶⁴ Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 397, 399.

⁶⁵ Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 405.

⁶⁶ Pri naknađivanju pozitivnog pogodbenog interesa težnja je dovesti oštećenog vjerovnika u imovinski položaj u kojem bi bio da je ugovor sklopljen i ugovorom preuzeta obveza uredno ispunjena, tj. kao da nije bilo povrede ugovorne obveze. Naknađivanje tog interesa stoga redovito podrazumijeva naknađivanje svih oblika štete koji nastanu povredom ugovora, uključivo i izmakle koristi.

predmeta obveze, sami za sebe, nisu dobra mjerila na kojima treba biti naglasak sudske ocjene razmjernosti iznosa ugovorne kazne.⁶⁷

Čini se da je takvo inzistiranje na predmetu obveze posljedica toga što je zakonodavac htio osigurati mjerila koja omogućuju ocjenu razmjernosti visine ugovorne kazne u trenutku njezina ugovaranja jer to omogućuje razmjernije ugovaranje iznosa kazne u trenutku njezina nastanka. Takvo inzistiranje na predmetu obveze nije opravdano jer je i iznos moguće štete u slučaju neispunjenja, zakašnjenja ili neurednog ispunjenja moguće, barem načelno, procijeniti u trenutku sklapanja ugovora, iako će tek šteta koja nastane biti mjerilo za ocjenu razmjernosti u konkretnom slučaju. Takvo što, međutim, ne slabi značenje štete kao mjerila za smanjenje iznosa ugovorne kazne jer dužnik može zahtijevati smanjenje tog iznosa sukladno čl. 354. Zakona o obveznim odnosima čak i kad je određen iznos kazne koji nije razmjernan nastaloj šteti. S druge strane, ako vjerovniku nastane šteta koja je veća od iznosa ugovorne kazne, pored tog iznosa vjerovnik uvijek može tražiti i razliku do potpune naknade štete sukladno čl. 355. st. 2. Zakona o obveznim odnosima.

Stoga se upravo šteta koja nastane dužnikovim neispunjenjem, zakašnjenjem ili neurednim ispunjenjem osigurane obveze pokazuje kao odlučno mjerilo za utvrđivanje razmjernosti iznosa ugovorne kazne.⁶⁸ Predmet obveze važan je prilikom sklapanja ugovora i njegova ispunjenja. Međutim, kod povrede ugovora predmet obveze ima sporedno značenje jer služi kao jedno od više mjerila za određivanje visine štete. U prilog neprimjerenosti predmeta obveze, kao mjerila za utvrđivanje nerazmjernosti iznosa ugovorne kazne, govori i to što takvo mjerilo ne poznaje niti jedno prethodno razmatrano poredbeno pravo uzora.⁶⁹ Štoviše, u tim se pravima šteta pokazuje kao odlučno mjerilo utvrđivanja nerazmjernosti iznosa ugovorne kazne. Kao što to pokazuje i iskustvo razmatranih poredbenih prava, šteta ne može biti jedino mjerilo za ocjenu razmjernosti iznosa ugovorne kazne jer ona ne pokriva nužno sve vjerovnikove interese koji

⁶⁷ Tako se, primjerice, čini da mjerilo značenja predmeta obveze upućuje na subjektivno stajalište vjerovnika prema predmetu obveze, dok vrijednost i značenje predmeta obveza stvaraju dvojbe oko toga mogu li vrijednosno zaštititi vjerovnikove interese. Šteta može biti manja, ali i znatno veća od vrijednosti i značenja predmeta obveze.

⁶⁸ Vidi Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 405. U tom smjeru također vidi Perović, S., Stojanović, D., *op. cit.* u bilj. 12, str. 792; Blagojević, B., Krulj, V., *op. cit.* u bilj. 13, str. 956.

⁶⁹ Više o mjerilima za smanjenje iznosa ugovorne kazne koje određuju ti pravni sustavi u nastavku. Pritom je prikladno upozoriti da je sporno rješenje iz čl. 354. Zakona o obveznim odnosima preuzeto iz starog čehoslovačkog Zakonika međunarodne trgovine kojeg nakon raspada Čehoslovačke nisu preuzele njezine države sljednice. Vidi Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 405.

njome mogu biti pokriveni.⁷⁰

Pored štete, pri ocjeni razmjernosti iznosa ugovorne kazne sud mora utvrditi koji je sadržaj ugovorne kazne jer je on odlučan za utvrđivanje mjerodavnog iznosa kazne koji se potom uspoređuje s tom štetom i drugim mjerilima.⁷¹ Zakonom propisano mjerilo vrijednosti i značenja predmeta obveze, a potom i svrha ugovorne kazne, upućuju na važnost zaštićenih vjerovnikovih interesa. To znači da sud pri ocjeni razmjernosti iznosa ugovorne kazne uvijek treba imati u vidu potrebu zaštite takvih vjerovnikovih interesa. Mjerila iz čl. 354. Zakona o obveznim odnosima potrebno je, oslanjajući se na načelo savjesnosti i poštenja i zabrane zlouporabe prava, dopuniti dodatnim mjerilima koja upućuju na pravičnost ili nepravičnost ugovorne kazne.⁷² Sudu stoga ne treba uskratiti mogućnost oslanjanja na dodatna mjerila i okolnosti u donošenju odluke koja uvažava vjerovnikove interese i udovoljava zahtjevima pravičnosti. Tako se, primjerice, odlučnim mjerilom može pokazati ocjena težine, opsega i štetnosti povrede osigurane obveze za interese vjerovnika (npr. radi li se o težoj ili blažoj povredi osigurane obveze) i potreba sprječavanja budućih dužnikovih povreda osigurane obveze (npr. upućuju li dužnikovo ponašanje i okolnosti povrede na nove povrede). Od utjecaja može biti i korist koju je dužnik ostvario povredom osigurane obveze (npr. je li ostvario dobit preprodajom robe koja je bila namijenjena vjerovniku i koliko je ona iznosila), a potom i stupanj njegove krivnje prilikom takve povrede (npr. radi li se o propustu dužnikova zaposlenika ili o svjesnom postupanju s ciljem nanošenja štete vjerovniku). Konačno, ne treba zanemariti ni slučajeve kod kojih vjerovnik svojim ponašanjem pridonese dužnikovoj povredi (npr. kad pridonese nastanku štete, njezinoj visini ili otežanju dužnikova položaja). Pritom treba uzeti u obzir sve okolnosti od značenja za ocjenu razmjernosti iznosa ugovorne kazne u trenutku donošenja sudske

⁷⁰ Vidi Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 405.

⁷¹ Tako, primjerice, moguće je ugovoriti iznos ugovorne kazne koji je određen kao apsolutni iznos za više pojedinih povreda osigurane obveze (npr. zakašnjenje po danima). To znači da kad kumulacijom pojedinih povreda (npr. dana zakašnjenja) iznos kazne dosegne takav apsolutni iznos, vjerovnik gubi pravo zahtijevati ispunjenje ugovorne kazne. U tom slučaju treba poći od odmjeravanja vrijednosti kazne za svaku pojedinu povredu, a tek potom od vrijednosti apsolutnog iznosa. Ako je takav apsolutni iznos lako dosegnuti, bilo stoga što je pojedina povreda previsoko određena s obzirom na njezin vremenski obračun (npr. kašnjenje po danu u odnosu na tjedno ili mjesečno kašnjenje), može se govoriti o nerazmjernosti njezina iznosa. Od značenja svakako može biti i to je li dužnik za pristanak na ugovornu kaznu dobio od vjerovnika nekakav ustupak ili protučinidbu (npr. povoljniju cijenu, nižu kamatnu stopu, pristanak na zabranu tržišne utakmice).

⁷² U tom smjeru vidi Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 405; Jakelić, D., *op. cit.* u bilj. 36, Milotić, I., *op. cit.* u bilj. 34, str. 27.

odluke.⁷³

Pri ocjeni razmjernosti iznosa ugovorne kazne prema čl. 354. Zakona o obveznim odnosima naglasak je stoga na udovoljavanju zahtjevima pravičnosti i zaštiti vjerovnikovih interesa koji se redovito vežu uz uredno ispunjenje kaznom osigurane obveze. Za smanjenje ugovorne kazne mora postojati „očiti“ nerazmjer iznosa ugovorne kazne. Drugim riječima, sud može zanemariti slučajeve u kojima ocijeni postojanje manjeg ili neznatnog nerazmjera. Postojanje očite nerazmjernosti treba stoga shvatiti više kao iznimku, a ne kao nešto uobičajeno, posebice u trgovačkim ugovorima.⁷⁴ S obzirom na to da čl. 354. Zakona o obveznim odnosima samo upućuje na vrijednost i značenje predmeta obveze, radi zaštite pravne sigurnosti potrebno je *de lege ferenda* izmijeniti tu odredbu. Takva izmjena mora omogućiti sudu donošenje odluke na temelju svih okolnosti slučaja, a osobito nastale štete, uvažavajući pritom interese vjerovnika.⁷⁵

5. PROCESNA PITANJA I SMANJENJE UGOVORNE KAZNE

S obzirom na to da odluka o smanjenju ugovorne kazne ovisi o ocjeni okolnosti svakog pojedinog slučaja, sudac ili nadležni arbitražni sud odnosno arbitar pojedinac može donijeti takvu odluku samo u parničnom ili arbitražnom postupku.⁷⁶ Sud prema čl. 354. Zakona o obveznim odnosima ne pazi na razmjernost iznosa ugovorne kazne po službenoj dužnosti, već isključivo na zahtjev dužnika.⁷⁷ Ako dužnik dobrovoljno ispuni nerazmjernu kaznu, smatra se

⁷³ Cigoj, S., *op. cit.* u bilj. 14, str. 393.

⁷⁴ Sličan standard poznaje čl. 369. Zakona o obveznim odnosima o izmjeni ili raskidu ugovora zbog promijenjenih okolnosti. Kod te odredbe do nastupa promijenjenih okolnosti dolazi samo ako je ispunjenje obveze za jednu ugovornu stranu postalo „pretjerano“ otežano ili bi joj nanijelo „pretjerano“ veliki gubitak. To znači da do izmjene ili raskida ugovora ne dolazi kod svakog otežanog ispunjenja i nanošenja velikog gubitka, već samo onog koji je pretjerano otežan ili koji nanosi pretjerano velik gubitak.

⁷⁵ U tom smjeru vidi Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 420.

⁷⁶ Prema čl. 31. Zakona o arbitraži (Zakon o arbitraži, Narodne novine br. 88/01.) pravorijek arbitražnog suda ima prema strankama snagu pravomoćne sudske presude. Prema tome ne postoji razlog da se u ovom pogledu ne izjednači sudska odluka i arbitražni pravorijek. Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava u pogledu nadležnosti arbitraže vidi Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 6; Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 7.

⁷⁷ Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343. Rbr. 12. Tako sa stajališta usporedivog austrijskog prava vidi Mayrhofer, H., *op. cit.* u bilj. 9, str. 218. Za suprotno stajalište švicarskog prava prema kojem sud na smanjenje ugovorne kazne pazi i po službenoj dužnosti vidi Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 21.

da se odrekao prava zahtijevati njezino smanjenje.⁷⁸

Zahtjev s naslova čl. 354. Zakona o obveznim odnosima dužnik ostvaruje podnošenjem tužbe ili protutužbe pred nadležnim sudom.⁷⁹ Međutim, ima li se u vidu općenitost izričaja te zakonske odredbe i opća načela obveznog prava (npr. savjesnosti i poštenja, zabrane zlouporabe prava), svakom očitovanju volje kojim dužnik u sudskom postupku osporava razmjernost iznosa ugovorne kazne treba pridati značenje zahtjeva za smanjenjem ugovorne kazne. To je, primjerice, dužnikov prigovor o previsokoj kazni, puko traženje da se kazna smanji ili tvrdnja da bi ispunjenje kazne imalo teške posljedice za njega.⁸⁰ Stoga ne treba inzistirati na strogoj formalnosti dužnikova zahtjeva za smanjenjem osigurane obveze, već će dostajati bilo kakav dužnikov prigovor kojim se osporava razmjernost iznosa ugovorne kazne ili vjerovnikova zahtjeva na plaćanje ugovorne kazne.⁸¹ Pravo zahtijevati smanjenje ugovorne kazne dužnik ne može prenijeti trećoj osobi.⁸² Takav zahtjev može postaviti samo dužnik ugovorne kazne zbog čega on snosi i teret dokaza o nerazmjernosti iznosa ugovorne kazne.⁸³

⁷⁸ Pri ispunjenju ugovorne kazne dužnik može zahtijevati smanjenje samo iznimno, npr. ako je pridržao pravo zahtijevati smanjenje ugovorne kazne prilikom njezina plaćanja ili ako je zbog straha od ovrhe platio ugovornu kaznu vjerovniku. Više o tome vidi prije pod 3. Preduvjeti za smanjenje ugovorne kazne.

⁷⁹ U tom smjeru sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 5. Pritom je potrebno paziti na to da se protutužba prema čl. 189. st. 1. Zakona o parničnom postupku (Zakon o parničnom postupku, Službeni list SFRJ br. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 i Narodne novine br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19) može podnijeti do završetka prethodnog postupka.

⁸⁰ Blagojević, B., Krulj, V., *op. cit.* u bilj. 13, str. 955-956.

⁸¹ U tom smjeru vidi Perović, S., Stojanović, D., *op. cit.* u bilj. 12, str. 792-793; Cigoj, S., *op. cit.* u bilj. 14, str. 393. Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Stadler, A., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 4; Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 5; Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 7. Tako sa stajališta usporedivog austrijskog prava vidi Mayrhofer, H., *op. cit.* u bilj. 9, str. 218; Koziol, H., Bydliński, P., *op. cit.* u bilj. 13, §1336 ABGB Rbr. 10.

⁸² Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 7.

⁸³ Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343. Rbr. 18; Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 12; Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 9. Tako sa stajališta usporedivog austrijskog prava vidi Koziol, H., Bydliński, P., *op. cit.* u bilj. 13, §1336 ABGB Rbr. 10. Tako sa stajališta usporedivog švicarskog prava vidi Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 19.

Kao što je prethodno naglašeno, dužnik može zahtijevati smanjenje ugovorne kazne tek po njezinu dospijeću odnosno u slučaju dužnikova zakašnjenja, neispunjenja ili neurednog ispunjenja osigurane obveze.⁸⁴ To znači da dužnik ne može tražiti od suda da preventivno smanji ugovornu kaznu prije njezina dospijeća jer je takav zahtjev kontraproduktivan u stadiju kada još nije poznato koje su okolnosti i posljedice dužnikove povrede.⁸⁵ Pitanje smanjenja ugovorne kazne ponajprije je činjenično pitanje, a tek potom pravno pitanje. Drugim riječima, bez konkretnih okolnosti povrede osigurane obveze sud ne može ocijeniti razmjernost iznosa ugovorne kazne niti je potencijalno smanjiti na razmjern iznos. U suprotnom, osim što bi odluka suda bila donesena preuranjeno, takvo djelovanje sudova može dovesti do uspostave neživotnih blanketnih popisa klauzula koje se smatraju nepoštenima. Osim što bi to bilo protivno činjeničnoj naravi odluke o smanjenju ugovorne kazne, ograničilo bi slobodu ugovaranja njezina sadržaja i time ugrozilo njezinu svrhovitost u pravnom prometu.

Posebno je pitanje smanjenja iznosa ugovorne kazne na razmjern iznos. Ako zaključi da je iznos ugovorne kazne nerazmjern, sud mora takav iznos smanjiti na razmjern iznos. Odlučnim se pritom pokazuje visina štete koja je nastala vjerovniku povredom osigurane obveze, pri čemu izostanak štete govori u prilog smanjenju ugovorne kazne.⁸⁶ Međutim, ako nije drugačije ugovoreno, kazna redovito obuhvaća i zaštitu vjerovnikovih neimovinskih interesa (npr. ugled u poslovnoj zajednici) zbog čega visina nastale štete ne može biti jedino mjerilo za odluku o smanjenju jer je štetu koja nastane povredom tih interesa teže utvrditi.⁸⁷ To znači da prilikom smanjenja ugovorne kazne ne treba zanemariti i ostale okolnosti koje se s obzirom na okolnosti slučaja također pokažu odlučnim.⁸⁸ Prema tome, smanjenje ugovorne kazne ovisi o njezinoj ulozi odnosno radi zaštite kojih je vjerovnikovih interesa kazna bila ugovorena (npr. radi naknađivanja izmakle dobiti iz drugih povezanih poslova koji su propali

⁸⁴ Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 12; Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 6. Više o preduvjetima za smanjenje ugovorne kazne vidi prije pod 3. Preduvjeti za smanjenje ugovorne kazne.

⁸⁵ Više o tome vidi prije pod 3. Preduvjeti za smanjenje ugovorne kazne.

⁸⁶ Više o odlučnosti nastale štete kao mjerila pri utvrđivanju nerazmjernosti iznosa ugovorne kazne vidi prije pod 4. Mjerila za ocjenu razmjernosti iznosa ugovorne kazne. Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 8.

⁸⁷ U tom smjeru sa stajališta njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 20-21.

⁸⁸ To su, primjerice, okolnosti koje su navedene prethodno kod ocjene razmjernosti iznosa ugovorne kazne. Više o tome vidi prije pod 4. Mjerila za ocjenu razmjernosti iznosa ugovorne kazne.

zbog dužnikove povrede ili zaštite vjerovnikova ugleda u poslovnoj zajednici koji bude narušen zbog dužnikove povrede).⁸⁹ Od značenja može biti i šteta koja je mogla, iako nije nastala zbog pravodobne reakcije vjerovnika, lako nastati povredom osigurane obveze.⁹⁰ Raspon razmjernosti iznosa ugovorne kazne pritom ne smije biti toliko nategnut da pokriva i štetu čiji je nastanak malo vjerojatan.⁹¹

U svakom slučaju, iznos ugovorne kazne ne može se smanjiti ispod štete koja je nastala vjerovniku povredom osigurane obveze, a ako je iznos ugovorne kazne manji od tako nastale štete, nema mjesta smanjenju njezina iznosa.⁹² U suprotnom ugovorna kazna gubi svoju kaznenu ulogu, a vjerovniku bi bilo i otežano ostvariti razliku do potpune naknade štete sukladno čl. 355. st. 2. Zakona o obveznim odnosima.⁹³ Ugovorna kazna treba olakšati i poboljšati vjerovnikov položaj, a ne dovesti do toga da njezinim smanjenjem vjerovnik dobije manje nego što bi inače dobio primjenom općih pravila o naknađivanju štete.⁹⁴ To znači da iznos ugovorne kazne može biti i veći od nastale štete jer se njome, pored zaštite vjerovnikova pozitivnog pogodbenog interesa, kažnjava dužnik i štiti vjerovnikovo povjerenje u pravni promet.⁹⁵

Prilikom smanjenja, međutim, ne treba zanemariti okolnosti koje idu u prilog dužniku, poput onih koje nalazimo u čl. 347. Zakona o obveznim odnosima o smanjenju naknade štete kod ugovorne odgovornosti za štetu. Riječ je

⁸⁹ U tom smjeru vidi Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 401.

⁹⁰ Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 8.

⁹¹ Tako sa stajališta usporedivog austrijskog prava vidi Mayrhofer, H., *op. cit.* u bilj. 9, str. 219.

⁹² U tom smjeru vidi Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 3, str. 404, 417; Perović, S., Stojanović, D., *op. cit.* u bilj. 12, str. 792. Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 21; Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 8; Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 8. Tako sa stajališta usporedivog austrijskog prava vidi Mayrhofer, H., *op. cit.* u bilj. 9, str. 219; Koziol, H., Bydliński, P., *op. cit.* u bilj. 13, § 1336 ABGB Rbr. 8. Tako u slučaju kad je ugovorna kazna veća od nastale štete sa stajališta DCFR-a vidi von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., *op. cit.* u bilj. 12, str. 978. Suprotno tome da iznos ugovorne kazne mora biti veći od stvarno nastale štete vidi Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, 2. knjiga*, 1978., Zagreb, str. 1102-1103.

⁹³ Tako u pogledu otežanosti ostvarenja razlike do potpune naknade vidi Blagojević, B., Krulj, V., *op. cit.* u bilj. 13, str. 956.

⁹⁴ Tako sa stajališta usporedivog švicarskog prava vidi Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 9.

⁹⁵ U tom smjeru sa stajališta usporedivog švicarskog prava vidi Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 10, 23.

o slučajevima u kojima vjerovnik pridonese nastanku štete, njezinoj visini ili otežanju dužnikova položaja.⁹⁶ Kad to opravdavaju konkretne okolnosti slučaja, moguće je i smanjenje iznosa ugovorne kazne na nulu jer ne postoji donja granica za smanjenje tog iznosa.⁹⁷

Osim što se pravilo o smanjenju ugovorne kazne primjenjuje na ugovorne kazne izražene u novcu, ono se primjenjuje i na kaznu izraženu u nekoj drugoj (nenovčanoj) materijalnoj koristi. Ako su predmet ugovorne kazne stvari određene po rodu, sud ne bi trebao imati problema odrediti razmjernu kaznu smanjenjem količine takvih stvari. Ako se ispunjenje ugovorne kazne sastoji u predaji neke individualno određene stvari (npr. umjetničkog djela ili nekretnine), sud može ograničiti ispunjenje kazne na stjecanje idealnog dijela takve stvari koja se, uz pristanak dužnika, može zamijeniti isplatom razmjernog novčanog iznosa.⁹⁸

Pritom se nameće pitanje je li sud ovlašten smanjiti nenovčanu ugovornu kaznu tako da je zamijeni nekim drugim oblikom nenovčane kazne ili blažim novčanim iznosom. Uvažavajući slobodu ugovaranja, sud može takvo smanjenje (zamjenu) odrediti ako klauzula o ugovornoj kazni dopušta takvu mogućnost. Ako prethodno opisano smanjenje kazne ne može ispuniti svoju kaznenu i odštetnu ulogu (npr. jer vjerovnik ne može prodajom na tržištu unovčiti idealni dio stvari), sudu ipak treba omogućiti smanjenje nerazmjerne ugovorne kazne zamjenom za drugi oblik nenovčane kazne ili blaži novčani iznos. U suprotnom bi vjerovnik mogao zlouporabiti nemogućnost suda da zamijeni ugovornu kaznu drugom kaznom tako što bi ugovorio kaznu koju nije moguće na odgovarajući način smanjiti (npr. onu koja glasi na predaju individualno određene stvari), a sve da bi spriječio njezino smanjenje sukladno čl. 354. Zakona o obveznim odnosima.⁹⁹ To ne znači da sud može slobodno zamijeniti postojeću kaznu nekom drugom vrstom kazne, već takvo smanjenje mora poduzeti uvažavajući kaznenu i odštetnu ulogu kazne te vjerovnikove interese.¹⁰⁰

⁹⁶ U tom smjeru vidi Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 13, str. 1307. U tom smjeru sa stajališta njemačkog prava također vidi Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 8. U tom smjeru sa stajališta usporedivog austrijskog prava vidi Koziol, H., Bydlinski, P., *op. cit.* u bilj. 13, § 1336 ABGB Rbr. 11. Tako sa stajališta DCFR-a vidi von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., *op. cit.* u bilj. 12, str. 978.

⁹⁷ Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343. Rbr. 21.

⁹⁸ Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 6; Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 9.

⁹⁹ Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Janoschek, K., *op. cit.* u bilj. 10, BGB § 344 Rbr. 9.

¹⁰⁰ Njemačko pravo zalaže se za prepuštanje odluke o smanjenju vjerovniku. Vidi Go-

Izneseno je logična posljedica jer ugovorna kazna štiti vjerovnikove, a ne dužnikove interese.

Odluka suda kojom se smanjuje ugovorna kazna konstitutivna je odluka. Tom se odlukom ugovoreni i nerazmjernan iznos ugovorne kazne zamjenjuje novim razmjernim iznosom kazne sa *ex tunc* učinkom.¹⁰¹ Trajanje parničnog postupka, visina parničnih troškova i dospjele kamate ne utječu na sudsku ocjenu razmjernosti iznosa ugovorne kazne i njezino smanjenje.¹⁰² Istakne li vjerovnik u drugom postupku prijebroj tražbine s naslova ugovorne kazne prema dužnikovoj protutražbini, nakon čega ugovorna kazna bude smanjena sukladno čl. 354. Zakona o obveznim odnosima, vjerovnik se ne može osloniti na takav nerazmjernan iznos ugovorne kazne kako bi se zaštitio od dužnikove protutražbine.¹⁰³

Sukladno čl. 366. st. 1. Zakona o parničnom postupku drugostupanjski sud nakon provedenog žalbenog postupka može odbaciti žalbu kao nepravodobnu, nepotpunu ili nedopuštenu, odbiti žalbu kao neosnovanu i potvrditi prvostupanjsku presudu, ukinuti tu presudu i uputiti predmet prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje, ukinuti prvostupanjsku presudu i odbaciti žalbu ili preinačiti prvostupanjsku presudu.¹⁰⁴ Ako utvrdi da ne postoje razlozi za odbacivanje žalbe, drugostupanjski sud će ispitati je li odluka prvostupanjskog suda u skladu s materijalnim pravom i okolnostima slučaja. Nađe li pritom da prvostupanjski sud nije pravilno utvrdio odlučne činjenice za smanjenje ugovorne kazne, ukinut će presudu prvostupanjskog suda i vratiti mu predmet na ponovno odlučivanje.¹⁰⁵ Ako, međutim, nađe da prvostupanjski sud nije pravilno ocijenio takve činjenice ili ih je pravilno ocijenio, ali je potom pogrešno primijenio čl. 354. Zakona o obveznim odnosima (npr. tako što je smanjio iznos ugovorne kazne ispod iznosa nastale štete), presudom će preinačiti prvostupanjsku pre-

ttwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 6. Takvo smanjenje čini se spornim jer to znači da sud mora opet provesti kontrolu predloženog smanjenja od vjerovnika s ciljem utvrđenja udovoljava li predloženo smanjenje zahtjevima iz čl. 354. Zakona o obveznim odnosima. Stoga se čini praktičnijim i procesno ekonomičnijim ako takvo smanjenje poduzme sud nakon što sasluša obje ugovorne strane, uvažavajući pritom rješenje koje na odgovarajući način štiti vjerovnikove interese.

¹⁰¹ Tako sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Walchner, W., *op. cit.* u bilj. 12, BGB § 343 Rbr. 7. Tako sa stajališta usporedivog švicarskog prava vidi Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 20.

¹⁰² Tako sa stajališta usporedivog austrijskog prava vidi Koziol, H., Bydlinski, P., *op. cit.* u bilj. 13, § 1336 ABGB Rbr. 10.

¹⁰³ Tako sa stajališta usporedivog švicarskog prava vidi Becker, H., *op. cit.* u bilj. 26, Art 163 Rbr. 20.

¹⁰⁴ Vidi čl. 366. Zakona o parničnom postupku.

¹⁰⁵ Vidi čl. 370. Zakona o parničnom postupku.

sudu.¹⁰⁶ Drugim riječima, samostalno će odlučiti o smanjenju iznosa ugovorne kazne sukladno čl. 354. Zakona o obveznim odnosima.¹⁰⁷

6. ZAKLJUČAK

Prema čl. 354. Zakona o obveznim odnosima dužnik može tražiti smanjenje ugovorne kazne ako smatra da je njezin iznos nerazmjernan i nepravičan. Ta odredba pritom sudu za ocjenu takve razmjernosti daje dva mjerila: vrijednost i značenje predmeta obveze. Navedena mjerila, međutim, ne udovoljavaju zahtjevima pravičnosti, zaštite vjerovnikovih interesa i odštetne uloge ugovorne kazne. Tim zahtjevima ponajviše udovoljava mjerilo štete koja nastane vjerovniku povredom osigurane obveze, a potom i druge okolnosti slučaja poput težine i štetnosti takve povrede, potreba sprječavanja budućih dužnikovih povreda, stupanj krivnje dužnika i korist koju je dužnik ostvario takvom povredom. Tome u prilog gotovo jedinstveno govore poredbena prava koja hrvatskom zakonodavcu redovito služe kao pravo uzora. Predmetnu odredbu Zakona o obveznim odnosima stoga treba, pozivajući se na načela obveznog prava, tumačiti na način koji sudu omogućuje primjenu takvih dopunskih mjerila jer je dvojbeno može li sud udovoljiti zahtjevima pravičnosti oslanjajući se isključivo na mjerilo vrijednosti i značenja predmeta obveze. Pritom sud može utvrditi postojanje nerazmjernosti iznosa ugovorne kazne samo kada je takva nerazmjernost očita. Drugim riječima, u slučaju dvojbe o postojanju nerazmjernosti iznosa ugovorne kazne sud mora odbiti dužnikov zahtjev za smanjenjem ugovorne kazne. Utvrdi li postojanje nerazmjernosti iznosa ugovorne kazne, sud mora smanjiti takvu kaznu na razmjernan iznos. Takav iznos ne smije biti manji od iznosa nastale štete jer ugovorna kazna nije samo nadomjestak naknađivanja štete. Ona ima i kaznenu ulogu koja bi se teško ostvarila kada se naknađivanje štete ne bi razlikovalo od iznosa ugovorne kazne. Imajući u vidu iznesene nedostatke i ograničenja, predlaže se *de lege ferenda* izmijeniti čl. 354. Zakona o obveznim odnosima tako da se u njemu jasno odredi da do smanjenja dolazi u slučaju postojanja očitog nerazmjera iznosa ugovorne kazne prema svim okolnostima slučaja, a osobito prema nastaloj šteti i zaštićenim interesima vjerovnika. Shodno tome, predlaže se sljedeći tekst odredbe: „Sud će na zahtjev dužnika smanjiti iznos ugovorne kazne ako dokaže očitom nerazmjernost iznosa kazne s obzirom na sve okolnosti slučaja, a osobito nastalu štetu i zaštićene interese vjerovnika.“.

¹⁰⁶ Vidi čl. 373. Zakona o parničnom postupku.

¹⁰⁷ U tom smjeru sa stajališta usporedivog njemačkog prava vidi Gottwald, P., *op. cit.* u bilj. 15, BGB § 343 Rbr. 22.

LITERATURA

Pravna književnost

- Cigoj, S., *Teorija obligacij, Splošni del obligacijskega prava*, 1. izdanje, 1981., Ljubljana
- Becker, H., *Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR*, 1945., Bern
- Blagojević, B., Krulj, V., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga 1.*, 2. izdanje, 1983., Beograd
- Dauner-Lieb, B., Langen, W., *BGB Schuldrecht, Band 2: §§ 241-853*, 4. Auflage, 2021., Baden-Baden
- Mayrhofer, H., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Buch, Das Recht des Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, Allgemeine Lehren*, 1986., Wien
- Gorenc, V., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, 2. izdanje, 2014., Zagreb
- Hau, W., Poseck, R., *BeckOK BGB, Buch 2.*, 60. Auflage, 2021., München
- Jakelić, D., *Neka pitanja o pravnoj prirodi ugovorne kazne i o odnosu ugovorne kazne prema naknadi štete zbog neispunjenja obveza, zakašnjenja u ispunjenju obveza te neurednog ispunjenja*, Tradicionalno XXIII. savjetovanje Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 15, 2008., Zagreb, str. 623-629
- Koziol, H., Bydlinski, P., Bollenberger, R., *ABGB Kommentar*, 6. Auflage, 2020., Wien
- Krüger, W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, 2019., München
- Miladin, P., *Razgraničenje između klauzula o ugovornoj kazni i klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 52 (2), str. 385-421
- Miladin, P., *Ugovaranje klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete i klauzula o ugovornoj kazni (PLD-klauzule) putem općih uvjeta poslovanja i među trgovcima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 52 (6), str. 1285-1323
- Milotić, I., *Ugovorna kazna s gledišta ZOO-a, sudske prakse i posebnih uzanci u građanju*, Pravo i porezi, br. 5/16, str. 21-32
- Parać, Z., *Trgovac – tko je I tko bi mogao (trebao) biti*, Pravo u gospodarstvu, 6, 2001, str. 97-125
- Perović, S., Stojanović, D., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga 1.*, 1.

izdanje, 1980., Novi Sad

Radišić, J., *Obligaciono pravo, Opšti deo*, 2. izdanje, 1982., Beograd

Stürner, R., *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Buch 2.*, 18. Auflage, 2021., München

Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, 2. knjiga*, 1978., Zagreb

von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009., (dostupno na: http://storme.be/european-private-law_en.pdf)

Zakoni i drugi slični izvori

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB (Austrija)

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, BGB (Njemačka)

Draft of a Common Frame of Reference, DCFR

Obligationenrecht, OR (Švicarska)

Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21

Summary

Tomislav Jakšić*

**REDUCTION OF CONTRACTUAL PENALTY UNDER
ARTICLE 354 OF THE CIVIL OBLIGATIONS ACT**

The paper elaborates on the effects of Art. 354 of the Civil Obligations Act on the reduction of contractual penalty. According to this provision, the court will, at the request of the debtor, reduce the contractual penalty amount if it finds that the amount is disproportionately high, given the value and significance of the object of the obligation. The paper takes the position on the inadequacy of the value and significance of the subject of the obligation as a criterion for assessing the proportionality of the contractual penalty amount. At the same time, as a more appropriate measure, the paper points to the damage, and to other circumstances that enable the court to decide on the fairness of a contractual penalty as well. The paper also notes that the court must not neglect the creditor's interests when deciding on the reduction of the contractual penalty, and that it should permit such a reduction only when a disproportionality of the contractual penalty is evident. The paper also elaborates on certain procedural issues related to the reduction of contractual penalty.

Keyword: contractual penalty, court control, damages, equity

* Tomislav Jakšić, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg Republike Hrvatske 14, Zagreb; tomislav.jaksic@pravo.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-8798-2208