

ODNOS UGOVORNE KAZNE I SRODNIH KLAUZULA

*Doc. dr. sc. Petar Miladin **

UDK 347.447.86
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: lipanj 2006.

Raspravlja se o odnosu između akcesorne ugovorne kazne i samostalne ugovorne kazne, garancije, kapare, odustatnine, kasatorne klauzule, članske kazne, kamata, cijene, klauzule o isključenju i ograničenju odgovornosti za naknadu štete. Kao posebno pitanje otvara se ono o odnosu ugovorne kazne i prekršajne globe. Razganičuju se ugovorna kazna i srodne klauzule te se uočavaju poteškoće koje se pri tome pojavljuju. Na temelju srodnosti ugovorne kazne i spomenutih klauzula zauzimaju se stajališta o primjeni odredaba ZOO-a koje se tiču ugovorne kazne na klauzule srodne ugovornoj kazni. Ispituje se pravno-politička pozadina čl. 350. st. 1. ZOO koji određuje ugovornu kaznu i čl. 353. ZOO o smanjenju pretjerano visoke ugovorne kazne. Ocjenjuje se je li de lege ferenda potrebno mijenjati odredbu čl. 274. ZOO tako da se područje njezine primjene proširi na sve ugovorne klauzule.

Ključne riječi: ugovorna kazna, srodne klauzule, smanjenje pretjerano visoke ugovorne kazne

I. UVOD

Obveznopravno načelo slobode ugovaranja omogućuje slobodu izbora ugovora,¹ pa tako i ugovornih klauzula. Ugovaratelji su slobodni, pored zakonom predviđenih klauzula, dogovarati i one klauzule koje nisu uređene ZOO-om. Klauzula o ugovornoj kazni zakonom je najsuštavnije uređena², a i najčešća je

* Dr. sc. Petar Miladin, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

¹ O slobodi izbora tipa ugovora v. općenito Goldštajn, A., Trgovačko ugovorno pravo, 4. izdanje, Zagreb, 1991., rubni broj 48.

² V. čl. 270. do 276. ZOO.

ugovorna pogodba u poslovnom prometu.³ Zbog osobitog položaja ugovorne kazne u pravnom i poslovnom prometu nameće se pitanje odnosa klauzule o ugovornoj kazni i srodnih klauzula. Potrebno je utvrditi mogu li se ugovornim kaznama u širem smislu smatrati i one klauzule koje ne udovoljavaju obilježjima ugovorne kazne iz čl. 350. ZOO odnosno dodatnom obilježju akcesornosti iz čl. 352. st. 2. ZOO. U krajnjoj liniji potrebno je odgovoriti što je akcesornost kao obilježje ugovorne kazne. Ako se uspostavi da su zakonom propisana obilježja ugovorne kazne tek okvirna, nužno je zaključiti da su gotovo sve ugovorne klauzule potencijalno izložene primjeni zakonskih pravila o ugovornoj kazni. Da zakonodavac nije namjeravao definirati ugovornu kaznu isključivo na temelju čl. 350. st. 1. ZOO, upućuje i naslov članka koji glasi: Opća pravila. Rad brani stajalište po kojem je ugovorna kazna iz čl. 350. st. 1. ZOO tek uvriježena, konvencionalna ugovorna kazna koju treba tumačiti kao zakonodavnu vodilju prilikom utvrđivanja pravne prirode konkretnih klauzula koje se susreću u poslovnom prometu.

U sumnji stoga uvijek treba ispitati nije li pod nazivom neke druge klauzule zapravo dogovorena ugovorna kazna, kao i obrnuto. Zadaća rada je stoga na temelju privatnopravne rasprave odnosa ugovorne kazne i srodnih klauzula,

³ Na području međunarodnog trgovačkog prava poznat je izvještaj *Groupe de Travail: contrats internationaux* u kojem su pravni stručnjaci iz različitih zemalja početkom osamdesetih godina prošloga stoljeća iznijeli podatke o tome da je ugovorna kazna iznimno učestala u međunarodnom poslovnom prometu. Izvještaj se uglavnom odnosio na transportne ugovore, leasing ugovore, ugovore o licenci i ugovore o građenju s međunarodnopravnim obilježjima. UNCITRAL se također bavio međunarodnom ugovornom praksom te je u okviru toga istraživao korištenje ugovorne kazne. Za razliku od *Groupe de Travail: contrats internationaux*, UNCITRAL je svoj izvještaj temeljio isključivo na ugovorima o međunarodnoj prodaji. Polovica ugovora koje je UNCITRAL uzeo za uzorak sadržavali su klauzule o ugovornoj kazni. Za pretežiti dio ugovora bez ugovorne kazne bilo je mjerodavno pravo *common law* koje polazi od toga da je ugovaranje kazne nedopušteno.

Ovaj rad ne bavi se odnosom između ugovorne kazne i klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadu štete. Poblježe o razgraničenju ugovorne kazne i klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete v. Miladin, P., Razgraničenje između klauzula o ugovornoj kazni i klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete, Zbornik PFZ, 2/2002., str. 385-420; Ugovaranje klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadu štete i klauzula o ugovornoj kazni (Pld-klauzule) putem općih uvjeta poslovanja i među trgovcima, Zbornik PFZ, 6/2002., str. 1285-1321.

Iako nema konkretnih podataka, može se pretpostaviti da je ugovorna kazna najčešća klauzula i u domaćem poslovnom prometu.

u što je moguće većoj mjeri, naznačiti mogućnosti primjene pravila ZOO-a o ugovornoj kazni na klauzule koje su po svojim poslovnopravnim ulogama bliske ugovornoj kazni. Pretpostavka ocjene odnosa klauzule o ugovornoj kazni i srodnih klauzula jest jasno utvrđivanje pojedinih klauzula koje se uspoređuju s ugovornom kaznom.

Pitanje primjene pravila ZOO-a o ugovornoj kazni i na ostale ugovorne klauzule ponajprije se tiče odredbe čl. 354. ZOO o smanjenju pretjerano stroge ugovorne kazne te odredaba čl. 353. i čl. 355. ZOO o odnosu zahtjeva s naslova ugovorne kazne prema zahtjevu za ispunjenje i zahtjevu za naknadu štete. Važno je odrediti se i o tome u kojoj je mjeri krivnja pretpostavka valjanosti⁴ klauzula srodnih ugovornoj kazni.

II. "AKCESORNA" UGOVORNA KAZNA I SAMOSTALNA UGOVORNA KAZNA

2.1. Jedinstveni pojam ugovorne kazne

Prilikom izrade ZOO-a kao nacrt poslužila je Konstatinovićeve skica za zakonik o obligacijama i ugovorima.⁵ Zanimljivo je kako čl. 220. te skice dotiče pitanje nepravde ugovorne kazne propisujući: "Kada je kazna obećana ne kao sporedna obveza, već kao glavna obveza uz uvjet da obećalac nešto učini ili ne učini, sud je može na zahtjev obećaoaca smanjiti ako nađe da je pretjerano visoka." Budući da je ZOO ispustio izričito urediti nepravu, samostalnu ugovornu kaznu, postavlja se pitanje njezina položaja u domaćem pravu.

Nesamostalnom, akcesornom ugovornom kaznom osiguravaju se ugovorne obveze, a samostalnom, neakcesornom ugovornom kaznom dužnik preuzima kaznu za činidbe činjenja ili propuštanja koje ga inače pravno ne obvezuju. Samostalna ugovorna kazna može se preuzeti i za slučaj da treći nešto ne učini, pri čemu dužnik s naslova ugovorne kazne ne duguje svom vjerovniku spomenutu činidbu treće osobe. Odredbe ZOO-a o ugovornoj kazni primjenjuju se na ugovornu kaznu samo ako se zauzme stajalište o tome da pojam ugovorne kazne iz čl. 350. st. 1. ZOO obuhvaća i samostalnu ugovornu kaznu.

⁴ Za ugovornu kaznu v. čl. 352. st. 2. ZOO.

⁵ V. Konstatinović, M., *Obligacije i ugovori - skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1969. Spomenuti Konstatinovićev prijedlog očigledno je izrađen po uzoru na § 343 st. 2. njemačkog BGB-a.

Prevladava stajalište⁶ po kojem je riječ o različitim pravnim institutima koje povezuje njihova zajednička svrha. Proizlazi kako isključivo o zakonodavcu ovisi hoće li uređujući pitanje ugovorne kazne, pri čemu se na umu ima ponajprije akcesorna, konvencionalna ugovorna kazna, popuniti pravnu prazninu koja se tiče primjene zakonskih pravila o akcesornoj ugovornoj kazni na samostalnu, neakcesornu ugovornu kaznu. Ne uputi li zakonodavac na odgovarajuću primjenu zakonskih pravila o akcesornoj ugovornoj kazni prilikom tumačenja samostalne, neakcesorne ugovorne kazne, ona će ostati u sferi autonomnog prava.⁷ Na nju se, dakle, neće primjenjivati odredbe ZOO-a o ugovornoj kazni. Crtu između samostalne i nesamostalne ugovorne kazne povlače i pobornici⁸ stajališta o tome da je samostalna ugovorna kazna po svojoj pravnoj prirodi obična klauzula o garanciji.

Ugovorna je kazna u odnosu prema glavnoj tražbini akcesorno, sporedno pravo. Nije sporno da je akcesornost bitno obilježje ugovorne kazne⁹, no ne stoji stajalište da samostalna ugovorna kazna nije akcesorna te se stoga na samostalnu ugovornu kaznu ne primjenjuju odredbe ZOO-a o ugovornoj kazni

⁶ Gernhuber, J., *Das Schuldverhältniss*, u: Gernhuber, J. (ured.), *Hanbuch des Schuldrechts Bd 8*, Tübingen, 1989., § 33 RdN 1; Heinrichs, H., u: Bassenge, P./Edenhofer, W./Heldrich, A./Diederichsen, U./Heinrichs, H./Putzo, H./Thomas, H., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 58., izmijenjeno izdanje, München, 1999., Vor § 339 RdN 2, 4; Lorenz, K., *Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil*, 13. izdanje, München, 1982., § 24 II b; Fikentscher, W., *Schuldrecht*, 9. izdanje, Berlin, 1997., § 25 IIc; Hess, C., *Die Vertragsstrafe* Berlin, 1993.; van Look, F., *Vereinsstrafen als Vertragsstrafen*, Berlin, 1990., str. 137.

⁷ Domaći zakonodavac nije tako postupio. Na poredbenopravnoj razini iznimku je u tom pogledu učinio njemački zakonodavac ostavivši prostora samostalnoj ugovornoj kazni u § 343 st. 2. BGB. Spomenutom odredbom propisuje se kako se pravila BGB-a o smanjenju pretjerano visoke ugovorne kazne primjenjuju i kada netko obeća platiti kaznu u slučaju da poduzme neku radnju ili da je propusti poduzeti.

⁸ Prije svih v. Schmidt, K., *Unselbständige und selbständige Vertragstrafversprechen (Bemerkungen zur Akzessorietät der Vertragsstrafe)*, u: *Festschrift für Helmut Heinrichs*, 1998., München, str. 538. Slijedi ga Gottwald, P., u: Rebmann, K./Säcker, F.J./Rixecker, R. (ured.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2 a, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, § 343, RdN 22-23.

⁹ V. Goldštajn, A., *Konvencionalna kazna u privrednom ugovoru*, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd, 1949., str. 660. Vedriš, M./Klarić, P., *Gradansko pravo*, 6. izdanje, Zagreb, 2002., str. 422, zastupaju stajalište o tome da je ugovorna kazna ugovorom unaprijed određen iznos naknade štete. Poblize o ugovornoj kazni kao samostalnom imovinskopravnom zahtjevu Miladin, P., op. cit. u bilj. 3, str. 399.

budući da je zakonodavac uređujući ugovornu kaznu na umu imao isključivo pravu, akcesornu ugovornu kaznu. Pobornici spomenutog stajališta tvrde da samostalna ugovorna kazna nije akcesorna jer dužnik s njezina naslova ništa ne duguje vjerovniku.¹⁰

Svako razdvajanje samostalne i nesamostalne ugovorne kazne zanemaruje načelo slobode ugovaranja. Strane su u načelu slobodne ugovoriti hoće li zahtjev iz ugovorne kazne ovisiti o ispunjenju dužnikove obveze ili o tome kako se dužnik mora ponašati ako se želi osloboditi plaćanja ugovorne kazne. Između samostalne i nesamostalne ugovorne kazne mnoštvo je prijelaznih oblika dogovaranja ugovorne kazne. Samostalna i nesamostalna ugovorna kazna suprotstavljeni su polovi ugovorne kazne kao jedinstvenog pravnog instituta.¹¹ Prijelazni oblici ugovaranja kazne, jednako kao samostalna i nesamostalna ugovorna kazna, mogu ostvarivati svoju pravnu posebnost samo u granicama jedinstvenog pojma ugovorne kazne. Između obaju polova ne mogu se konstruirati obvezni odnosi koji ne bi bili obuhvaćeni značenjem ugovorne kazne. Tu je ponajprije riječ o dužnikovim obvezama na koje cilja ugovorna kazna. Između činidbe koja se duguje na temelju ugovora i pukog ponašanja što ga vjerovnik očekuje od dužnika stoji mnoštvo prijelaznih oblika poput neutuživih obveza ili pak obveza koje se mogu utužiti, ali ne i ovršiti. Dovoljno je uputiti na to da ni pobornici razdvajanja samostalne od nesamostalne ugovorne kazne ne spore mogućnost ugovaranja kazne za neispunjenje ili neuredno ispunjenje činidaba bez imovinske vrijednosti, obveza obazrivosti, obveza kod kojih je interes na ispunjenje isključivo afektacijski te naturalnih obveza i zastarjelih tražbina.

Unajmanje je nedosljedno prihvatiti primjenu odredbi ZOO-a o ugovornoj kazni u pobrojenim slučajevima, a uskratiti je kada dužnik preuzima samostalnu ugovornu kaznu za činidbe činjenja ili propuštanja koje ga inače pravno ne obvezuju. Ako se ugovornom kaznom može osigurati ispunjenje ugovornih obveza koje su inače, pravno ili faktički, neprovedive, nema razloga drukčije

¹⁰ V., primjerice, Gottwald, P., op. cit. u bilj. 8, § 399, RdN 13.

¹¹ O jedinstvenom pogledu na ugovornu kaznu v. Miladin, P., op. cit. u bilj. 3, str. 396. Tako i Böttischer, E., *Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle*, u: *ZfA* 1970., str. 6 i 17; Lindacher, W., *Phänomenologie der "Vertragsstrafe"*, Frankfurt, 1972., str. 66; Rieble, V., u: Jagmann, R./Kaiser, D./Rieble, V., J. Von Staundigers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch. *Recht der Schuldverhältnisse*, 13., izmijenjeno izdanje, Berlin, 2001., Vorbem zu §§ 339, RdN 8.

tretirati kaznu koju dužnik preuzima za činidbe činjenja ili propuštanja koje ga inače pravno ne obvezuju. Nema bitne razlike između kazne zbog neispunjenja punovažne obveze i kazne zbog kršenja neke pravno manje intenzivne dužnikove obveze.¹² Jedinstvenim sagledavanjem instituta ugovorne kazne zaključujemo kako ona uvijek služi provedbi nekog očekivanog dužnikova ponašanja, neovisno o pravnom intenzitetu onoga što se očekuje od dužnika. Samostalnom ugovornom kaznom ne osigurava se ispunjenje ugovorenih činidaba, ali se osigurava ispunjenje onih činidaba koje su ugovaratelji zapravo htjeli. Pogrešno je ispustiti iz vida kako se i samostalnom ugovornom kaznom osigurava određeno dužnikovo ponašanje budući da bi se time sadržaj spomenutoga dogovora, suprotno namjeri ugovaratelja, protumačio kao garancija.

Zbog toga je i samostalna ugovorna kazna, kao oblik jedinstvenog instituta ugovorne kazne, akcesorna u smislu u kojem se taj pojam primjenjuje na ugovornu kaznu. Akcesornost se kao pravni pojam ne može tretirati shematski odnosno tako da mu se uvijek, neovisno o slučaju na koji ga treba primijeniti, daje isti smisao. Dublji pravni smisao akcesornosti ugovorne kazne treba tražiti u tome da je dogovaranje kažnjavanja dopušteno samo ako se njime sankcionira povreda onoga ponašanja koje su ugovaratelji imali na umu prilikom preuzimanja ugovorne kazne.¹³ Stvar je tumačenja je li dovoljno da ugovorna kazna ovisi o dužnikovu ponašanju koje on mora poduzeti da bi spriječio ostvarivanje zahtjeva iz ugovorne kazne ili dužnika na ponašanje zapriječeno kaznom mora dodatno siliti okolnost da je to ponašanje ujedno i ugovorena obveza. Ako se pođe od toga da je akcesornost tek paralelna ovisnost dvaju prava,¹⁴ ništa nas ne priječi zaključiti ni da je pravo vjerovnika s naslova samostalne ugovorne kazne ovisno o njegovu pravu da od dužnika očekuje određeno ponašanje. U ostalom kada vjerovnik primi nešto od dužnika s naslova svoga očekivanja, on je to primio s pravnom osnovom pa dužnik ne može zahtijevati povrat pozivajući se na pravila o stjecanju bez osnove.

Zasebno je pitanje je li ugovorna kazna valjano dogovorena kao poseban pravni posao odnosno ugovorna pogodba. Nedostaci prilikom dogovaranja pravnog posla u jednakoj mjeri pogađaju glavni ugovor i pogodbu o kazni ako

¹² Tako i Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, Vorbem zu §§ 339, RdN 8.

¹³ U tom smislu i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 8, str. 337, neovisno o svojim zaključcima glede odnosa između "akcesorne" i samostalne ugovorne kazne.

¹⁴ V. Walter, H.P., Die Sicherungszession im schweizerischen Recht, u: Wiegand, W. (ured.), Berner Bankrechtstag 1998 Mobiliensicherheiten, Bern, 1998., str. 60.

je sporazum o ugovornoj kazni uklopljen u glavni ugovor, a nije se, dakle, postigao naknadno ili odvojeno. Utoliko je potrebno primijeniti pravila teorije o identitetu u nedostatku.¹⁵

2.2. Primjena pravila ZOO-a na samostalnu ugovornu kaznu

Pravila ZOO-a o ugovornoj kazni tiču se, dakle, i samostalne ugovorne kazne.¹⁶ Ni u kojem slučaju ne može se prihvatiti zaključak o tome da je zakonodavac, ispuštajući iz vida pitanje samostalne ugovorne kazne, svjesno ostavio pravnu prazninu i omogućio zaobilaženje zakonskih odredbi o ugovornoj kazni. Sukladno okolnosti da je ugovorna kazna akcesorna, ovisna o obvezi koju osigurava, i tražbine s naslova samostalne ugovorne kazne mogu se ostvarivati samo ako je dužnik svojom krivnjom povrijedio preuzete obveze ponašanja neovisno o tome u kojoj ga mjeri one obvezuju i obvezuju li ga uopće. Kao privatnopravna sankcija ugovorna kazna počiva na načelu privatnopravne odgovornosti. Dužnik stoga ne treba osobno skriviti ugovornu kaznu osim ako ona iznimno nije vrsta osвете za osobno nanесenu nepravdu.¹⁷ S dužnikovom krivnjom u tom pogledu izjednačuje se odgovornost za slučaj koji spada u dužnikovu sferu utjecaja.¹⁸ U slučaju samostalne ugovorne kazne načelom dužnikove krivnje obuhvaćena je i dužnikova odgovornost prema sebi samom. Zahtjev s naslova samostalne ugovorne kazne ne može se ostvarivati ako dužnik nije mogao spriječiti povredu obveze zapriječene kaznom.

¹⁵ O spomenutoj teoriji glede cesije v. Markovinović, H., *Ugovor o cesiji*, disertacija (neobjavljeno), Zagreb, 2005., str. 45.

¹⁶ Tako glede ZOO-u odgovarajućih odredbi švicarskog OR-a o ugovornoj kazni von Tuhr, A./Escher, A., *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band II, 2. podsvetak, 3. izdanje, 1974., Zürich, str. 286; Bente, D., *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, disertacija, Freiburg, 1994.; Gauch, P./Schluep, W.R./Schmidt, J./Rey, H., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band II, 7., izmijenjeno izdanje, 1998., RdN 3972. U spomenutoj švicarskoj pravnoj književnosti stajalište se, međutim, brani tvrdnjom da su nesamostalna i samostalna ugovorna kazna različite ugovorne klauzule, ali da se na samostalnu ugovornu kaznu zbog njezine gospodarske uloge, koja je slična ulozi nesamostalne ugovorne kazne, pravila OR-a o konvencionalnoj ugovornoj kazni analogno primjenjuju na samostalnu ugovornu kaznu.

¹⁷ Lindacher, W., op. cit. u bilj. 11, str. 89, općenito zauzima stajalište o osobnom dužnikovu doprinosu povredi obveze koja se sankcionira ugovornom kaznom.

¹⁸ V. čl. 352. st. 2. ZOO.

Načelo dužnikove privatnopravne odgovornosti za preuzetu ugovornu kaznu prisilnopravne je prirode pa stoga ugovaratelji kazne ni neposrednom pogodbom ne mogu otkloniti njegovu primjenu.

Ostvarivanje zahtjeva iz ugovorne kazne kojom se osigurava punovažna obveza pretpostavlja dužnikovo zakašnjenje tako da njezin vjerovnik mora dužniku u načelu ostaviti naknadni primjereni rok za ispunjenje.¹⁹ Dužnik, međutim, ne može pasti u zakašnjenje s ispunjavanjem svoje prirodne obveze ili sekundarnih, pravnoneobvezujućih činidbi. Da bi vjerovnik tada ostvarivao svoje zahtjeve iz ugovorne kazne, dovoljno je da se pozove na to kako se dužnik nije pridržavao svoje prirodne obveze odnosno pravnoneobvezujuće činidbe. Pretpostavke ostvarivanja samostalne ugovorne kazne utoliko su slične pretpostavkama ostvarivanja ugovorne kazne kojom se osiguravaju punovažne činidbe propuštanja, budući da se, po prirodi stvari, ni kod njih ne može govoriti o dužnikovu zakašnjenju. Zakonske odredbe o ugovornoj kazni u cijelosti su, dakle, primjenjive na samostalnu ugovornu kaznu. Vjerovnik, posebice, ne može zahtijevati samostalnu ugovornu kaznu zbog zakašnjenja odnosno neurednog ispunjenja ako je primio ispunjenje obveze, a nije bez odgađanja priopćio dužniku da zadržava svoje pravo na ugovornu kaznu.²⁰ U suprotnome bi se spomenuto zakonsko pravilo moglo lako izigrati.

Odredbom ZOO-a, prema kojoj sporazum o ugovornoj kazni dijeli pravnu sudbinu obveze na osiguranje koje se odnosi, postavljeno je načelo jedinstvene akcesornosti ugovorne kazne, primjenjivo na sve njezine oblike.²¹ Glavna je potvrda načela akcesornosti ugovorne kazne da nevaljanost obveze koja se osigurava ugovornom kaznom povlači za sobom nevaljanost dogovora o ugovornoj kazni. Nema li obveze ispunjenje koje se osigurava ugovornom kaznom, nema ni ugovorne kazne. Ne mogu se stoga ni posrednim putem odnosno samostalnom ugovornom kaznom pospješivati dužnikova ponašanja koja su suprotna prisilnim propisima, pravilima morala i Ustavu RH. Na temelju toga ne smije se zaključivati da se ugovornom kaznom općenito ne mogu osiguravati obveze koje su neutužive i nad kojima se ne može provoditi ovrha.²² Pravna sudbina tih obveza u pravilu se iscrpljuje u okolnosti da su neutužive odnosno da se nad njima ne može provesti ovrha, ne, dakle, i u tome da nisu

¹⁹ Poblize u tom pogledu v. Miladin, P., op. cit. u bilj. 3, str. 397-398.

²⁰ V. čl. 353. st. 5. ZOO.

²¹ V. čl. 352. st. 1. ZOO.

²² Tako ipak Lindacher, W., op. cit. u bilj. 11, str. 72.

valjane. Nevaljanost glavne tražbine na koju se odnosi ugovorna kazna rezultira po prirodi stvari nevaljanošću dogovora o pravoj ugovornoj kazni. S druge strane, samostalna je ugovorna kazna kao jednostrano obećanje sukladno čl. 352. st. 1. ZOO nevaljana ako je činidba koju dužnik ne duguje, ali je mora poduzeti kako bi se oslobodio plaćanja kazne, suprotna prisilnim propisima, pravilima morala ili Ustavu RH.²³

Posebice se ugovorna kazna, bilo nesamostalna ili samostalna, ne može vezati uz bračne odnose ili uz odnose u drugim zajednicama uređenim Obiteljskim zakonom.²⁴ Bračni drugovi svojom slobodnom voljom odlučuju hoće li stupiti u brak, hoće li ga sačuvati ili rastaviti. Odgovarajuća prava imaju i izvanbračni partneri. Moguće je, primjerice, da još uvijek oženjeni muškarac obeća svojoj izvanbračnoj partnerici isplatu iznosa od 100.000,00 kuna, a nakon 10 godina zajedničkog života iznosa od 200.000,00 kuna, u slučaju raskida njihove izvanbračne zajednice.²⁵ Ni tada nije dopušteno dogovarati ugovornu kaznu usprkos tome što je spomenuti muškarac, kad ju je preuzeo, već bio u braku. Nemoralna je svaka ugovorna kazna kojom se izvanbračnim ili bračnim drugovima zabranjuje ostaviti partnera, a ne samo ona kojom se izvanbračnom drugu zabranjuje vratiti njegovoj bračnoj partnerici. Ako je izvanbračna partnerica, kao u spomenutom primjeru, zbog svog izvanbračnog partnera napustila posao i stan, razložno je pružiti pravnu zaštitu ugovornoj klauzuli kojom oni paušaliziraju troškove njezina uzdržavanja.²⁶ Hoće li se konkretnoj klauzuli pružiti pravna zaštita, ovisi ponajprije o tome kako su partneri izrazili svoju namjeru i jesu li pri tome bili dovoljno jasni. Odlučujuće je, dakle, s kojom su namjerom ugovaratelji pristupili ugovaranju konkretne klauzule. Ako već i zakonodavac povredu obveze uzdržavanja drži kaznenim djelom²⁷, nema razloga spomenutu povredu ne sankcionirati ugovornom kaz-

²³ Za njemačko pravo v. u tom pogledu konkretniju odredbu § 344 BGB prema kojoj nevaljanost obećanja rezultira nevaljanošću dogovora o kazni koji je ugovoren za slučaj neispunjenja obećanja, pa čak i kad su ugovaratelji znali da je obećanje nevaljano.

²⁴ Na tom je tragu i odredba čl. 153. st. 3. ZOO prema kojoj ne mogu biti sadržajem nagodbe sporovi koji se tiču statusnih odnosa.

²⁵ O odgovarajućem slučaju u njemačkoj sudskoj praksi v. OLG Hamm NJW 1988., str. 2474.

²⁶ Čl. 217. Obiteljskog zakona propisuje da bračni drug koji nema dovoljno sredstava za život ili ih ne može ostvariti iz svoje imovine, a nije sposoban za rad ili se ne može zaposliti, ima pravo na uzdržavanje od svoga bračnoga druga. Prema čl. 258. odgovarajuća prava imaju i izvanbračni drugovi.

²⁷ Čl. 209. Kaznenog zakona. V. i čl. 208. Kaznenog zakona o kršenju obiteljskih obveza.

nom, posebice zateznim kamatama za slučaj povrede uredne isplate uzdržavanja.²⁸ Pogrešno je, dakle, zaključiti kako je ugovorna kazna neprikladna za osiguravanje svih bračnih obveza budući da se to kosi s biti braka te je kao takvo nemoralno.

Ustavom zagarantirana sloboda odlučivanja uključuje pravo na istupanje. U praksi je sloboda istupanja najprisutnija kod vjerskih zajednica, političkih stranaka odnosno koalicijskih lista te kod udruga. Sloboda istupanja posebice je izražena kod ortaštava. Pravo na otkaz ortačkog ugovora jedno je od temeljnih članskih prava ortaka tako da je ništava odredba ugovora kojom se isključuje ili ograničuje pravo ortaka na otkaz ugovora o ortaštvu.²⁹ Ništava je stoga odredba ortačkog ugovora prema kojoj ortak koji otkazuje ugovor mora platiti ugovornu kaznu.³⁰ Svako općenito plaćanje izlaska iz spomenutih zajednica svodi se na pogađanje samostalne ugovorne kazne kojom se osoba koju plaćanje pogađa suprotno pravilima morala i Ustava RH prisiljava na članstvo u tim zajednicama.³¹

Sporazum o samostalnoj ugovornoj kazni nije valjan ako već prilikom njegova sklapanja nije bilo moguće spriječiti ostvarivanje zahtjeva iz ugovorne kazne. Iako dužnik nije obvezan spriječiti ostvarivanje vjerovnikovih zahtjeva iz ugovorne kazne, on je na to pritisnut činjenicom da mu, ako to ne učini, prijeti plaćanje samostalne ugovorne kazne. Ostvarivanje zahtjeva s naslova ugovorne kazne isključeno je nakon što dužniku postane nemoguće svojim ponašanjem spriječiti vjerovnika u ostvarivanju njegova zahtjeva s naslova ugovorne kazne.

2.3. Samostalna ugovorna kazna u ugovorima o državnim potporama i investicijama

Državne potpore često se u poredbenom pravu daju na temelju ugovora.³² Pored toga posebnim zakonima o subvencijama, ili odlukama o subven-

²⁸ Tako za njemačko pravo Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, § 339, RdN 39. U našem je pravu stopa zateznih kamata prisilnopravno limitirana. Kritički o tome v. pod X.

²⁹ Poblize glede čl. 652. st. 7. ZOO Barbić, J., Pravo društava, knjiga treća: Društva osoba, 2002., Zagreb, str. 10-11.

³⁰ Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 29, str. 139.

³¹ Stajalište dijeli Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, § 339, RdN 40.

³² Za njemačko pravo v. Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, Vorbem zu §§ 339 ff, RdN 140.

cijama, odobravaju se potpore samo ako se njihov korisnik obveže davatelju subvencije platiti ugovornu kaznu u slučaju da se potporom koristi suprotno svrsi kojoj je namijenjena.³³ Ovisno o tumačenju pojedinog odnosa koji se tiče potpore, u pitanju je privatnopravni ili upravnopravni ugovor. Upravni ugovori su zapravo vrsta ugovora što ih javnopravne vlasti sklapaju s trećim osobama radi ostvarivanja određenih javnopravnih interesa.³⁴ Javnopravna ugovorna kazna najčešća je u javnopravnim ugovorima kojima se daju potpore za izobrazbu određenih profila zanimanja. Državni je interes da svoje službe popuni najboljim kadrom tako da u te svrhe često rezervira određene kvote studijskih mjesta ili odobrava potpore za studiranje odnosno zajmove za studiranje. Budući da se na tražbinama vezanim uz stupanje u državnu službu ne može provoditi ovrha, javnopravnim vlastima preostaje samo to da svoje interese zaštite dogovaranjem ugovorne kazne. Njome se, dakle, mogu uspješno nadomjestiti troškovi i šteta koja im je nastala kršenjem ugovora o izobrazbi, primjerice prijevremenim prekidanjem izobrazbe bez opravdanog razloga ili nestupanjem u službu odnosno prijevremenim istupanjem iz službe. U pravu EU samostalna ugovorna kazna koristi se kao sredstvo prikladno za provođenje određenih interventnih mjera u poljoprivredi. Riječ je, primjerice, o obvezi plaćanja ugovorne kazne zbog manjkova u proizvodnji određenih sorta pšenice.³⁵ I u ugovorima kojima se potiče stambeno zbrinjavanje deficitarnih profesija ugovorna kazna je korisno sredstvo glede zaštite javnopravnih interesa. Njome se štiti svrha zbog koje su određena zemljišta ili stanovi jeftinije prodani određenim ciljanim skupinama. Kupac preuzima, primjerice, ugovornu kaznu ako tako stečeno zemljište ne izgradi te u izgrađenom stambenom objektu ne prebiva najmanje u razdoblju određenom ugovorom.³⁶

³³ Primjerice, na temelju § 21 njemačkog Zakona o potporama u racionaliziranju eksploatairanja kamenog ugljena (*Gesetz zur Förderung der Rationalisierung im Steinkohlebergbau*) koncesionarima eksploatairanja kamenog ugljena isplaćuje se premija za zakonom utvrđeno razdoblje u kojem oni ne eksploatairaju kameni ugljen pod uvjetom da plate ugovornu kaznu u visini jedne petine premije u slučaju da prekrše spomenutu obvezu. Pored toga koncesionar je na temelju spomenutog zakona dužan vratiti ukamaćenu premiju ako prekrši tu obvezu.

³⁴ O pojmu upravnog ugovora v. opširnije Borković, I., *Upravno pravo*, 7., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 2002., Split, str. 34-40.

³⁵ V. čl. 2. st. 2. reč. 2. Uredbe Europske zajednice br. 2556/80.

³⁶ V. pobliže Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, Vorbem zu §§ 339 ff, RdN 140, glede sudskog slučaja u kojem je javnopravnoj vlasti i na temelju sudske odluke pripalo pravo na obeštećenje putem ugovorne kazne.

Hrvatski fond za privatizaciju ima zakonsku zadaću privatizirati imovinu koja mu je na temelju Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća privremeno prenesena, odnosno koja je na temelju drugih zakona i propisa postala vlasništvo Republike Hrvatske i prenesena je na Hrvatski fond za privatizaciju.³⁷ Uloga HFP-a svodi se na to da mu je na temelju zakona povjereno sklapati pravne poslove za račun RH. Pravni položaj HFP-a kao povjerenika RH nameće mu obvezu zaštite državnih interesa u privatnopravnoj sferi raspolaganja državnom imovinom. Otuđujući većinske udjele u trgovačkim društvima, HFP se, osim najpovoljnijom ponuđenom cijenom, rukovodi i ponudama svojih ugovornih partnera glede zadržavanja radnih mjesta odnosno njihova povećavanja, jednako kao i njihovim ponudama vezanim uz iznose koje su spremni investirati u razvoj društava u kojima namjeravaju steći udjele. Činjenica da HFP nastupa kao ugovorna strana govori u prilog tome da se interesi HFP-a odnosno RH mogu najučinkovitije ostvariti privatnopravnim sredstvima, ponajprije ugovornom kaznom i klauzulom kojom ugovaratelji dogovaraju vraćanje predmeta prodaje HFP-u ako njegov ugovorni partner ne ispunjava ugovorne obveze vezane uz povećanje radnih mjesta ili uz ulaganja u razvoj preuzetih društava.³⁸ Time bi se otklonile teškoće vezane uz ostvarivanje zahtjeva za naknadu štete budući da šteta nastala kršenjem privatizacijskih ugovora ne pogađa neposredno HFP, nego ukupno gospodarstvo ili javnopravne vlasti koje su otpuštenim radnicima morale isplaćivati naknade za nezaposlene i socijalnu pomoć.³⁹ Nema zapreke valjanom dogovaranju obiju klauzula unutar istoga ugovora, pa ni paralelnom izdavanju bankarske garancije na prvi poziv u korist HFP-a. Iznos bankarske garancije trebao bi se podudarati s iznosom dogovorene ugovorne kazne. HFP bi tako umanjio rizik vezan uz okolnost da on kao korisnik bankarske garancije na prvi poziv duguje svom ugovornom partneru kao nalogodavcu bankarske garancije iznos što ga je stekao bez osnove.⁴⁰

³⁷ Tako čl. 3. Zakona o Hrvatskom fondu za privatizaciju, NN 84/1992.

³⁸ Moguće je, primjerice, dogovoriti plaćanje iznosa od 2.000.000,00 kuna za gubitak jednog radnog mjesta na godišnjoj razini, iznosa od 80.000,00 kuna za svaki mjesec u kojem je ugovorni partner HFP-a propustio zaposliti jednog novog radnika, ili plaćanje iznosa u visini 30% propuštenih ulaganja.

³⁹ Za odgovarajući problem u njemačkom pravu glede Treuhandanstalt v. Basedow, J., u: Rebmann, K./Säcker, F.J./Rixecker, R. (ured.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, § 309 Nr. 6, RdN 18.

⁴⁰ V. čl. 1043. st. 3. ZOO. O nekim materijalnopravnim prigovorima iz osnovnog odnosa nalogodavca i korisnika bankarske garancije v. detaljnije Strahinjčić, R., Privremene

Riječ je o samostalnim ugovornim kaznama jer se njima osigurava poduzimanje činidbi koje dužnik, ugovorni partner HFP-a, primarno ne duguje, osim ako to nije posebno ugovoreno. Svaki poduzetnik mora uzeti u obzir samostalnu ugovornu kaznu koju preuzima i slobodnom voljom odlučiti hoće li je prihvatiti. Nije stoga opravdan mogući prigovor ugovornog partnera HFP-a kako takva ugovorna kazna nije valjana budući da se njome osigurava neprovediva dužnikova obveza.⁴¹ HFP-ov ugovorni partner mogao bi, naime, tvrditi kako se garantiranjem otvaranja novih radnih mjesta krši sloboda njegova poduzetničkog djelovanja i da se zbog toga njega kao poslodavca ne bi moglo prisiliti na nova zapošljavanja ili ulaganja. Ugovornog partnera HFP-a u načelu ništa ne priječi da postupa suprotno obvezama koje je preuzeo glede zapošljavanja i ulaganja, no to će ga koštati plaćanja ugovorne kazne. Istodobno mu se, međutim, mora pripisati odgovornost za njegove postupke. On stoga nije odgovoran, pa sukladno tome ni dužan platiti ugovornu kaznu ako su poslovne zgrade izgorjele u požaru ili ako su se ulaganju u proizvodnju ispriječila patentna prava.⁴²

Javnopravni ugovori, za razliku od privatnopravnih, podliježu općoj kontroli svoga sadržaja. Ona se izvodi iz okolnosti da je upravni ugovor kao sredstvo ostvarivanja javnopravnih interesa izjednačen s upravnim aktom. Posebnost upravnog ugovora očituje se, dakle, i u tome što dužniku s naslova ugovorne kazne može nametnuti strože standarde odgovornosti od onih koji su inače uobičajeni u ugovaranjima. Dužnik s naslova ugovorne kazne preuzete upravnim ugovorom ne može se osloboditi odgovornosti ističući da ju je preuzeo zbog toga što ga je na to prisilio položaj u kojem se nalazio. Za preuzimanje ugovorne kazne upravnim ugovorom nije potrebno posebno zakonsko uporište iz kojeg bi javnopravna vlast crpila svoju tobožnju ovlast da u pojedine ugovore unosi klauzule o ugovornoj kazni.

III. UGOVORNA KAZNA I GARANCIJA

Iako garancija nije zakonski uređena, riječ je o uvriježenom samostalnom preuzimanju obveze garanta prema korisniku garancije. Garant preuzima od-

mjere radi osiguranja novčanih potraživanja u bankarskim garancijama i dokumentarnim akreditivima s posebnim osvrtnom na njemačko i angloameričko pravo, disertacija (neobjavljeno), Zagreb, 1996., str. 195-200.

⁴¹ U tom pogledu v. BGH NJW 1999., str. 2662; BGH NJW 1998., str. 2600.

⁴² Tako i Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, § 339, RdN 145.

govornost za nastupanje određenog činjeničnog ili pravnog događaja ili se obvezuje snositi rizik određene buduće štete.⁴³ Garancija, slično kao i ugovorna kazna, ima odštetnu ulogu.⁴⁴ I jednom i drugom klauzulom ugovaratelji najčešće uređuju posljedice neurednog ispunjenja i neispunjenja. Ako se očekivani rezultat ne ostvari, vjerovnik s naslova garancije kao surogat stječe zahtjev na plaćanje dogovorenog novčanog iznosa. Iako se rezultat osiguran garancijom može odnositi i na dužnikovo ponašanje, garancija se razlikuje od ugovorne kazne po tome što nije ovisna o krivnji ugovaratelja koji ju je preuzeo. To je najuočljivije kod najčistijeg oblika garancije, bankarske garancije na prvi poziv, kod koje korisnik bankarske garancije ostvaruje svoj zahtjev prema banci, garantu, pukim pozivom da mu se plati. Garancijom se stoga ponajprije osigurava ostvarivanje određenog rezultata, i to potpuno neovisno o dužnikovu držanju, a ne uredno ispunjenje određene dužnikove obveze.⁴⁵ Dužnik s naslova garancije preuzima obvezu osigurati vjerovniku pravni položaj neovisan o prigovorima koji proizlaze iz obveze koja se osigurava garancijom.⁴⁶ Garanciji se, shodno tome, ne može pripisati da ponajprije ima kaznenu, zastrašujuću ulogu. Za razliku od prave, nesamostalne ugovorne kazne, garancija nije akcesorna. Moguće je, dakle, pravno razgraničiti garanciju i njoj

⁴³ O garanciji u kontinentalnoeuropskim pravima v., primjerice, Horn, N., Bürgschaften und Garantien, 8., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Köln, 2001., RdN 7; Horn, N., Bürgschaft, u: Horn, N. (ured.), J. Von Staundigers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse, 13., izmijenjeno izdanje, Berlin, 1997., §§ 765-778. U anglosaskom pravu garancija označuje obvezu ovisnu o temeljnoj tražbini koja se njome osigurava. Suprotno tome, "indemnity" je neovisna i bezuvjetna obveza plaćanja novčanog iznosa u slučaju nastupanja određenog događaja. "Indemnity" odgovara dakle onome što se u hrvatskom pravu smatra garancijom. U međunarodnom trgovačkom pravu sve se više koriste izrazi "garantee", posebice, "bank guarantee" kojima se označuju neovisne obveze u smislu garancije. Potvrda tome je i Konvencija UN-a o neovisnim garancijama i stand-by dokumentarnim akreditivima (United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit, 1996.). Poblje o garanciji i srodnim klauzulama u *common law* sustavima v. Andrews, G./Millett, R., Law of Guarantees, 3. izdanje, London, 2000.

⁴⁴ O odnosu garancije i ugovorne kazne v., primjerice, Schmidt, K., op. cit. u bilj. 8, str. 529-542; Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, Vorbem zu §§ 339, RdN 38 i 39; Steltmann, I., Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, Berlin, 2000.

⁴⁵ Horn, N., op. cit. u bilj. 43, Vorbem zu §§ 765ff, RdN 221.

⁴⁶ Tako i Larenz, K./Canaris, C.W., Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband, 13., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, München, 1994., § 64 III 3, str. 76.

posebno srodnu samostalnu ugovornu kaznu kojom dužnik preuzima kaznu za činidbe činjenja ili propuštanja koje ga inače pravno ne obvezuju. Samostalna ugovorna kazna nije obična neakcesorna garancija.⁴⁷ Apsurdnost suprotnog stajališta očituje se u tome što ono i "pravu", nesamostalnu ugovornu kaznu sagledava kao oblik akcesorne garancije kod koje plaćanje novčanog iznosa ovisi o tome je li dužnik uredno ispunio određenu činidbu.⁴⁸ Bit ugovorne kazne je njezina kažnjavajuća, zastrašujuća uloga, a akcesornost je nužna obveznopravna ravnoteža takve uloge ugovorne kazne. Dužnik se može zastrašivati i privatnopravno sankcionirati samo ako skrivi kaznu, odnosno ne pridržava li se činidbi koje ga posredno ili neposredno obvezuju. Akcesornost ugovornu kaznu čini ovisnom o tome je li ju dužnik skrivio povredom svoga više ili manje očekivanog držanja.⁴⁹ Pogrešno je ugovornu kaznu lišiti njezine obveznopravne autonomije te je smatrati pukim sredstvom psihološkog pritiska na dužnika.

Schmidtove teze treba dovesti u vezu s rasprostranjenim stajalištem po kojem razgraničenje mnogih ugovornih klauzula nije moguće provesti pojmovno, već samo tipološki.⁵⁰ Takvo podcrtavanje razlika među ugovornim klauzulama nije dovoljno jasno i ne pridonosi uspostavi pravne sigurnosti. Sudsko zadiranje u slobodu ugovaranja, koje je omogućeno čl. 354. ZOO, može se opravdati samo kao iznimno sredstvo korekcije pojedinih obveznopravnih odnosa. Cilj je odredbe onemogućiti pretjerano strogo penaliziranje dužnika s naslova ugovorne kazne. Protumači li se ugovorna kazna kao garancija, ništa ne stoji na putu sudskom smanjivanju pretjerano visokih iznosa garancije analognim primjenjivanjem odredbe čl. 353. ZOO. Izniman karakter čl. 353. ZOO ne daje povoda uspostavi nekakvog općeg standarda

⁴⁷ Suprotno Schmidt, K., op. cit. u bilj. 8, str. 539, smatra da se u njemačkom pravu pravila BGB-a o nesamostalnoj ugovornoj kazni primjenjuju na samostalnu ugovornu kaznu samo zbog toga što je zakonodavac u tom pogledu vidio potrebu za analogijom. U hrvatskom pravu po tom bi stajalištu otpala primjena pravila ZOO-a o ugovornoj kazni na samostalnu ugovornu kaznu budući da pravila ZOO-a o ugovornoj kazni polaze od nesamostalne ugovorne kazne.

⁴⁸ Tako Schmidt, K., op. cit. u bilj. 8, str. 534-535.

⁴⁹ Schmidt, K., op. cit. u bilj. 8, str. 534, 535 i 541, zanemaruje dužnikovu krivnju kao obilježje akcesornosti ugovorne kazne.

⁵⁰ Tako o razgraničenju ugovorne kazne i klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadu štete Larenz, K., op. cit. u bilj. 6, str. 354. Općenito o pojmovnom i tipološkom razgraničenju v. Larenz, K./Canaris, C.W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3., izmijenjeno izdanje, Berlin, 1995., str. 263-318.

kontrole slobode ugovaranja. Sud, posebice, nije ovlašten konstruirati klauzule kao što su garantorne kazne koje bi se ostvarivale neovisno o dužnikovoj krivnji.⁵¹ Spomenute su klauzule ili ugovorne kazne, pa tada njihovo ostvarivanje pretpostavlja dužnikovu privatnopravnu odgovornost, ili su punopravne klauzule o garanciji, koje su izvan dosega čl. 350. ZOO.

Kritizirano stajalište ima i pozitivne strane jer pravnoj književnosti i sudskoj praksi nameće obvezu jasnog razgraničenja međusobno srodnih klauzula. U praksi će to često biti skopčano s teškoćama, a za to je odnos između samostalne ugovorne kazne i garancije dobar primjer.

IV. UGOVORNA KAZNA I KASATORNA KLAUZULA

Dužnik s naslova kasatorne klauzule⁵² u slučaju neispunjenja ili neurednog ispunjenja glavne obveze ne preuzima dodatnu, sporednu obvezu plaćanja kao što to čini dužnik s naslova ugovorne kazne. Kasatornom klauzulom ugovara se gubitak dužnikovih prava ako dužnik povrijedi obveze osigurane kasatornom klauzulom.⁵³

⁵¹ Suprotno tome BGH NJW 1999., 2662. Kritički o odluci BGH Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, Vorbem. zu §§ 339, RdN 40.

⁵² Njem. *Verwirkungsklausel, Verfallklausel, kassatorische Klausel, lex commissoria*; engl. *forfeiture clause*.

⁵³ Kasatornom klauzulom gubi dužnik u pravilu samo svoje obveznopravne zahtjeve. Mogućnost gubitka dužnikovih stvarnopravnih zahtjeva je ograničena. Glede vlasništva to proizlazi već na temelju krutih zakonskih pretpostavki za stjecanje prava vlasništva. Obvezi prijenosa nekretnine s penalizirajućim učincima ne može se osigurati pravo prvenstvenog reda zabilježbom u zemljišnim knjigama budući da Zakon o zemljišnim knjigama to ne predviđa.

Čl. 307. st. 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima izričito propisuje kako su nišetne klauzule po kojima zalog prelazi u vjerovnikovo vlasništvo ako dužnik o dospjeću ne podmiri svoje obveze (*lex commissoria*). Odredbu na odgovarajući način treba primijeniti i na fiducijarno vlasništvo glede gubitka obveznopravnog zahtjeva protivnika osiguranja na povrat vlasništva. S druge strane, kasatornu klauzulu s penalizirajućim učincima dopušteno je nametnuti kupcu koji je robu kupio uz prodavateljev pridržaj prava vlasništva. Kupac koji krši ugovor o prodaji s pridržajem prava vlasništva aktiviranjem kasatorne klauzule ne gubi svoje stvarnopravne zahtjeve, nego očekivane obveznopravne zahtjeve. Moguće je ugovoriti stvarnopravni gubitak novčane kaucije jer se tada, također, ne primjenjuje čl. 307. st. 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

Nomotehnički gledano dužnik nije dužan nešto učiniti, već gubi prava koja mu inače pripadaju. U oba slučaja riječ je o dužnikovu preuzimanju činidbi budući da su i radnje propuštanja te trpljenja obuhvaćene pravnim pojmom činidbe. Ugovorna kazna i kasatorna klauzula razlikuju se u načelu samo pravnotehnički. U suprotnom, zakonska pravila o ugovornoj kazni dala bi se lako zaobići, primjerice tako što bi dužnik prepustio vjerovniku kauciju, depozit ili pojedine uplate kao sigurnost za uredno pridržavanje ugovora, pri čemu bi dužnik "samo" izgubio zahtjev za njihovim povratom ako povrijedi preuzete obveze. Da to nije dopušteno, izričito pokazuje odredba čl. 304. st. 4. ZOO po kojoj se pravilo smanjivanja pretjerano stroge ugovorne kazne neposredno primjenjuje i na pretjerano veliku kaparu. Automatski gubitak zahtjeva na temelju kasatorne klauzule dužnika u pravilu teže pogađa nego klasična ugovorna kazna. Kod kasatorne klauzule kazna u obliku gubitka dužnikovih zahtjeva provodi se odmah. Ako, dakle, kasatorna klauzula ima kažnjavajući karakter, čl. 350. st. 1. ZOO primjenjuje se neposredno. Posljedica toga je odgovarajuća primjena pravila o ugovornoj kazni. Kasatorna klauzula shodno tome, također, počiva na principu krivnje tako da dužnik ne gubi prava ako ne snosi odgovornost za povredu svojih obveza. Princip akcesornosti iz čl. 352. st. 2. ZOO gubitak dužnikovih zahtjeva čini ovisnim o glavnoj tražbini koja se osigurava kasatornom klauzulom. Za dužnika s naslova kasatorne klauzule osobito je bitna odgovarajuća primjena odredbe čl. 354. ZOO po kojoj se može smanjivati i pretjerani gubitak prava. Dok kod ugovorne kazne vjerovnik mora utuživati kaznu, pri čemu dužnik može isticati prigovor pretjerano visoke kazne, kod kasatorne klauzule dužnik mora utuživati prava što ih je izgubio u onom dijelu za koji smatra da ga je kasatorna klauzula pretjerano strogo pogodila s obzirom na predmet i značenje njegove obveze. U potonjem slučaju sudskom odlukom smanjuje se ugovorna kazna tako što se njome dužniku vraćaju prava što ih je izgubio automatskom provedbom kasatorne klauzule u onom dijelu za koji sud ocijeni da je kasatorna klauzula prema dužniku pretjerano stroga. Pravilo je da se kasatorna klauzula ugovara za slučaj zakašnjelog ispunjenja ili općenito za slučaj neurednog ispunjenja. Ugovori li se kasatornom klauzulom gubitak dužnikovih prava za slučaj neispunjenja dužnikove obveze, vjerovnik po prirodi stvari gubi pravo zahtijevati ispunjenje obveze, osim ako iznimno nije ugovoreno da vjerovnik kumulativno može zahtijevati ispunjenje obveze i gubitak dužnikovih prava s naslova kasatorne klauzule.⁵⁴

⁵⁴ V. čl. 353. st. 2. ZOO.

Kod kasatorne klauzule, jednako kao i kod nenovčanih ugovornih kazni, smanjenje pretjerano stroge kazne ne može se otkloniti tako da se za kaznu uglavi neka nedjeljiva činidba. Za nedjeljive kazne vrijedi načelo sve ili ništa.⁵⁵ Budući da kazna tada nije djeljiva, moguće ju je samo smanjiti na nulu. Samo se po sebi razumije da tako sročene klauzule nose povećan rizik za obje strane. Vjerovnik ugovorne kazne ostat će stoga bez ičega nadilazi li vrijednost nedjeljive činidbe gornju granicu dužnikove izdržljivosti usprkos tome što je dužnik zaslužio da ga se kazni. S druge strane, utvrdi li sud kako je tako određena kazna podnošljiva za dužnika, on će je podmiriti u cijelosti iako bi - da je ona, primjerice, bila dogovorena u novcu - mogao računati na to da će je sud pravično korigirati.

Sud ne smije smanjivati kazne konstruiranjem kvazidjeljivosti činidbe s naslova ugovorne kazne. Tako sud ne može vjerovniku priznati samo određeni idealni udio u kazni, primjerice polovicu suvlasničkog udjela u umjetničkoj slici što je dužnik daje na ime kazne ili provesti civilnu diobu stvari odnosno prava pa vjerovniku dosuditi isplatu određenog novčanog iznosa.⁵⁶ Odluči li suprotno tome, sud će preobraziti stranačku pogodbu o ugovornoj kazni te će je protumačiti ne obazirući se na sasvim jasno očitovanu namjeru ugovaratelja. Odredba čl. 354. ZOO ne ovlašćuje sud na sveobuhvatan diktat ugovora.⁵⁷ Da su strane htjele spomenute učinke, mogle su se o njima sporazumjeti u okviru svoga dogovora o ugovornoj kazni. Laički pristup ugovaranju, posebice klauzule kućne radinosti, ne zavređuje drukčiji tretman.

Je li kasatorna klauzula ugovorena s pretežito penalizirajućim učincima, ne ovisi o tome gubi li dužnik na temelju njezine formulacije automatski svoja prava, nego o tome kojim se intenzitetom njome kažnjava dužnik odnosno kažnjava li se njome uopće dužnik.⁵⁸ Sroči li se, primjerice, kasatorna klauzula tako da dužnik gubi sva svoja ugovorna prava ne ispuni li preuzetu obvezu, vjerovnik je u trenutku povrede dužnikovih obveza ovlašten raskinuti ugovor odnosno iz njega istupiti ili i nadalje od dužnika zahtijevati ispunjenje obveza

⁵⁵ Tako i Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, § 343, RdN 17.

⁵⁶ Suprotno Gottwald, P., op. cit. u bilj. 8, § 343, RdN 6.

⁵⁷ Glede čl. 354. ZOO odgovarajuće odredbe § 343 njemačkog BGB v. Gernhuber, J., op. cit. u bilj. 6, § 34 IV Fn 78; Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, § 343, RdN 17.

⁵⁸ Suprotno stajalište u njemačkoj pravnoj književnosti pukim upućivanjem na § 354 BGB brane: Gessler, E., u: Gessler, E./Hefermehl, W./Hilderbrandt, W./Schröder, G., Schlegelberger Handelsgesetzbuch, Band IV, §§ 343-372, § 348, RdN 15; Gottwald, P., op. cit. u bilj. 8, Vor § 339, RdN 32.

osiguranih kasatornom klauzulom.⁵⁹ Na temelju tako formulirane kasatorne klauzule unajmanje je sporno gubi li dužnik sva svoja ugovorna prava. Penalizirajući učinci kasatorne klauzule mogu se izvoditi isključivo iz namjere koju su ugovaratelji nedvojbeno zajednički očitovali prilikom njezina pogađanja.

Načelo stranačke dispozicije dopušta kasatornu pogodbu prema kojoj vjerovnik s njezina naslova pridržava preobražajno pravo raskinuti ugovor ili istupiti iz ugovornog odnosa na dužnikovu štetu. Vjerovniku se, naime, daje pravo ustrajati na ispunjenju dužnikove činidbe osigurane kasatornom klauzulom ili prekinuti postojeći obvezni odnos s penalizirajućim učincima prema dužniku. Ugovorna kazna može se, dakle, preuzeti kao vjerovnikovo preobražajno pravo raskinuti ugovor odnosno istupiti iz obveznog odnosa s penalizirajućim učincima prema dužniku. U praksi je najčešći primjer isključenje člana iz društva kao oblik članske kazne.

Dužnik će neposredno, automatski na temelju kasatorne klauzule izgubiti sva svoja prava ili pojedina ugovorna prava samo ako su ugovaratelji izričito očitovali svoju namjeru u tom smislu. Kod prodaja s obročnim otplatama cijene često se ugovara dospijeće ukupnog preostalog duga ako kupac ne ispunjava preuzete obveze ili ako učestalo kasni s otplatama pojedinih obroka. Na temelju kasatornih klauzula prodavatelji mogu izgubiti pravo na isplatu cijene ili dijela cijene ako kupcima pravovremeno ne isporuče robu. Uobičajeno je, primjerice, da se radnicima u okviru njihova radnog odnosa isplaćuju primanja na godišnjoj razini poput božićnice, regresa i jubilarnih nagrada samo ako su određenog datuma zaposleni kod istog poslodavca. Raskine li radnik ugovor o radu 15. prosinca, on će u cijelosti izgubiti pravo na božićnicu pa će ta klauzula u tom smislu penalizirati radnika budući da on nema pravo na božićnicu razmjerno razdoblju koje je tijekom te godine odradio. Postavlja se pitanje jesu li takve klauzule ugovora o radu vrsta ugovorne kazne ili neka druga srodna klauzula iako su sročene kao kasatorne klauzule.

Kasatorna klauzula ne može se poistovjetiti s ugovornom kaznom. Penalizirajuća funkcija kasatorne klauzule ne može se, naime, izvoditi iz puke činjenice da dužnik povredom preuzetih obveza nešto gubi. Utvrđivanje zajedničke namjere s kojom su ugovaratelji prišli dogovaranju kasatorne klauzule ne može se zaobići paušalnom tvrdnjom kako svaki gubitak prava kažnjava dužnika. Klauzule po kojima dužnik gubi svoje zahtjeve ako ih pravodobno ne ostvari ne mogu biti kaznenog karaktera jer je riječ o savnanvanju obostranih

⁵⁹ § 354 BGB tako tumači pravne učinke kasatorne klauzule spomenutog sadržaja.

interesa u obveznom odnosu, a ne o kažnjavanju. Potrebno je ponajprije razjasniti ima li dužnik zahtjev koji gubi te može li ga shodno tome uopće izgubiti ako povrijedi svoje obveze osigurane kasatornom klauzulom. Nije riječ stoga o kasatornoj klauzuli, nego o uskraćivanju nagrađivanja oduzme li se dužniku nešto što on inače ne može zahtijevati poput božićnice, uskrsnice, regresa ili jubilarne nagrade.⁶⁰

Jednako tako kasatorna klauzula nije odredba garancije za ispravno funkcioniranje proizvoda prema kojoj se izdavatelj garancije oslobađa odgovornosti ako se korisnik garancije u slučaju kvara najprije ne obrati ovlaštenom serviseru navedenom u garanciji, već sam ili preko u tom pogledu neovlaštene osobe neuspješno pokuša otkloniti kvar. Namjera ugovaratelja bila je da snošenje troškova popravka kao zahtjev s naslova garancije učine ovisnim o tome pridržava li se korisnik garancije uvjeta garancije tako da popravak uočenih kvarova povjeri za to ovlaštenim osobama. Posrijedi je, međutim, kasatorna klauzula, i to s penalizirajućom funkcijom ako se snošenje troškova popravka kao zahtjev osiguran garancijom automatski gubi čim korisnik garancije prekrši svoje obveze obavještavanja. Slično pravima korisnika garancije, može se i pravo trgovinskog posrednika ili zastupnika da daje rabat u ugovorima oko sklapanja kojih je posredovao, ili koje je sklopio za svog nalogodavca, učiniti ovisnim o određenim posrednikovim odnosno zastupnikovim postupcima. Mogućnost posrednika ili zastupnika odmjeravati rabat prosuđuje se s obzirom na ugovorne odredbe kojima sa svojim nalogodavcima uređuju svoja primanja. Neodobranje rabata nije posrednikovo odnosno zastupnikovo kažnjavanje ako ugovor polazi od toga da nalogodavac svojevoljno odlučuje o tome hoće li posredniku ili zastupniku odobriti rabat. Predviđaju li, suprotno tome, klauzule o posrednikovim ili zastupnikovim primanjima određeni temeljni rabat, koji trgovački zastupnik odnosno posrednik redovito prima u okviru poslovne veze sa svojim nalogodavcem, njegovo potpuno ili djelomično dokidanje može se, ako su ispunjene ostale pretpostavke za primjenu instituta ugovorne kazne, tumačiti kao posrednikovo odnosno zastupnikovo penaliziranje. Primjer za to bio bi kada trgovačkog posrednika gubitak temeljnog rabata tjera na to da drži salonska vozila.

⁶⁰ Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, Vorbem zu §§ 339, RdN 168, i Gottwald, P., op. cit. u bilj. 8, Vor § 339, RdN 32, tvrde da tada nije posrijedi ugovorna kazna, no zauzimaju stajalište da je takva odredba po svojoj pravnoj prirodi kasatorna klauzula.

Suprotnost ugovornoj kazni je klauzula o nagrađivanju budući da se njome dužnik nagrađuje ako ispuni preuzete obveze.

V. UGOVORNA KAZNA I KAPARA

5.1. Općenito

Sklope li strane ugovor u režimu kapare, pravni učinci kapare propisani su dispozitivnim odredbama ZOO-a. Činidba na temelju koje jedna strana u trenutku sklapanja ugovora daje drugoj stanoviti iznos novca ili stanovitu količinu drugih zamjenjivih stvari kao znak da je ugovor sklopljen ima dvojaku ulogu. Davanjem kapare se, s jedne strane, sklapa ugovor⁶¹, a s druge strane kaparom se ugovaratelje sili ispuniti preuzete obveze.

Riječ je o jednostranoj činidbi davatelja kapare usmjerenoj na sklapanje ugovora, ali i na to da ugovor sklopljen u režimu kapare uspije.⁶² Davatelj kapare nije dužan dati kaparu, njezinim davanjem on ne ispunjava svoje obveze. S obzirom na spomenuto obilježje, kaparu razgraničujemo prema uplatama u širem smislu i predujmovima plaćenim prilikom sklapanja ugovora budući da se poduzimanjem tih činidbi uvijek unaprijed djelomično ispunjavaju vlastite ugovorne obveze.⁶³ Utoliko se kapara kao činidba steže bez osnove, iz davanja kapare ne razaznaje se koja je njezina kauza.⁶⁴ Kapara se mora dati u trenutku sklapanja ugovora, prosto obećanje ili drugo očitovanje volje usmjereno na to da će se tek dati kapara, nije kapara.⁶⁵ Sklapanje ugovora u režimu kapare ovisi stoga o tome je li kapara kao činidba dana, a ne o tome je li ju izričitim

⁶¹ U našoj literaturi uvriježilo se govoriti kako je kapara znak da je ugovor sklopljen. V. Vedriš, M./Klarić, P., *Građansko pravo*, 8., izmijenjeno izdanje, Zagreb, 2004., str. 414; Gorenc, V., u: Gorenc, V. (ured.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, 2005., str. 439. Njezino značenje time nije pogodeno budući da se ugovor na koji se ona odnosi sklapa njezinim davanjem. § 336 BGB također kaparu smatra znakom sklapanja ugovora, iako polazi od toga da se njezinim davanjem u načelu ne sklapa ugovor. Značenje joj je stoga, u tom dijelu, ograničeno na ulogu dokaznog sredstva u mogućoj parnici u povodu spora jesu li ugovaratelji suglasnošću svojih volja sklopili ugovor. Dok pred hrvatskim sudom treba utvrditi ima li dani novac karakter kapare, pred njemačkim sudom treba i nadalje utvrditi jesu li stranke sklopile ugovor suglasnošću svojih volja.

⁶² Vedriš, M./Klarić, P., op. cit. u bilj. 61, str. 414, smatraju da je kapara po svojoj pravnoj prirodi sporedan realni ugovor.

⁶³ Usporedi s Vuković, M., *Obvezno pravo (Opći dio)*, Zagreb, 1953., str. 119. Vuković nadodaje kako se kapara i avans dodatno razlikuju po tome što avans (predujam) mora biti istovrstan s ugovornom činidbom, dok kod kapare to ne mora biti slučaj.

⁶⁴ Tako Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, § 337, RdN 1.

⁶⁵ Tako i Vuković, M., op. cit. u bilj. 63, str. 121.

poslovnopravnim očitovanjem prihvatio onaj kome je namijenjena. Za sklapanje ugovora dovoljno je da druga strana zna odnosno mora znati kako joj je u trenutku sklapanja ugovora dana kapara osim ako među njima nije što drugo ugovoreno. Predmnjeva ZOO-a po kojoj se davanjem kapare sklapa ugovor probila je koncept ZOO-a po kojem se ugovori sklapaju suglasnošću volja.⁶⁶

U poslovnoj praksi kapari se najčešće pristupa kao faktičnom činu kojim se sklapa ugovor. Nakon što se spomenuta svrha kapare ispuni, ugovaratelji su suočeni s problemom kako tumačiti pravni karakter učinjenih davanja ako se ugovor ispuni, ako se ne ispuni te ako se djelomično ili neuredno ispuni. Odredbe čl. 303. do čl. 305. ZOO nadomještaju u tom pogledu nedostatak stranačke namjere. Riječ je o dispozitivnim pravilima tumačenja sporne stranačke namjere primjenu koje davatelj kapare sam ili u dogovoru sa svojim partnerom mora otkloniti jasnim utvrđivanjem drukčijeg pravnog karaktera učinjenog davanja.⁶⁷ Istovremeno ZOO dispozitivno dopunjuje sadržaj ugovora sklopljenog u režimu kapare.

Čl. 303. st. 2. ZOO propisuje kako novac ili druge zamjenjive stvari u slučaju ispunjenja ugovora nisu izgubljeni za davatelja kapare. Ako je ugovor ispunjen, vjerovnik ne može zadržati kaparu.⁶⁸ Tada se novcem ili drugim

⁶⁶ V. Vedriš, M./Klarić, P., op. cit. u bilj. 61, str. 398. Autori smatraju da odredbe ZOO-a o kapari probijaju načelo isključivog postojanja i priznavanja konsenzualnih ugovora što ga je ZOO prihvatio kao koncept.

⁶⁷ Za švicarsko pravo v. von Tuhr, A./Escher, A., op. cit. u bilj. 21, str. 287.

⁶⁸ Suprotno rješenje sadržava čl. 158. st. 2. švicarskog OR-a. I u našem pravu pored kapare ima imovinskih znakova o tome da je zaključen ugovor. Oni se daju vjerovniku pored ispunjenja ugovora. Ako se ugovor naknadno raskine, takvi imovinski znakovi se ne vraćaju.

Primjer je *likovo* ili *aldomaš*, odnosno zajedničko čašćenje nakon sklopljene kupoprodaje, koje ide redovito na teret kupca. U takve imovinske znakove možemo ubrojiti i napojnice koje se daju kao poseban dodatak namješteniku koji je izvršio vjerovniku činidbu umjesto poslodavca. Iste pravne učinke imaju pokloni koje trgovci u poslovnom prometu daju svojim klijentima prilikom sklapanja ugovora u reklamne svrhe. Slično je i s promotivnim premijama kojima trgovci vrbuju klijente. Funkciju kapare nemaju u načelu ni premije koje se daju sportašima za prelazak iz jednoga kluba u drugi. Dade li zaručnik zaručnici prilikom zaruka prsten, a zaruke se naknadno razvrgnu, zaručnica ima pravo zadržati prsten.

Povijesno u takve znakove ubrajamo *uzdarinu* koju kupac daje kod kupovanja konja kao dar onome tko je životinju timario odnosno onome tko je kupljenog konja doveo. U prošlosti je kod prodaje poljoprivrednih imanja bilo uobičajeno da kupac daje upravitelju imanja, njegovoj ženi ili kćeri tzv. *ključarinu* kao znak priznanja za savjesno upravljanje imanjem. V. pobliže Vuković, M., op. cit. u bilj. 63, str. 119-120.

zamjenjivim stvarima danim na ime kapare neposredno na temelju ZOO-a podmiruju ugovorne obveze davatelja kapare. Kapara će se uračunati u ispunjenje ugovorne obveze davatelja kapare samo ako je istovrsna s činidbom koju je davatelj kapare dužan ispuniti na temelju ugovora sklopljenog u režimu kapare. Uračunavanje nastupa automatski, ne zahtijeva se, dakle, posebno očitovanje o uračunavanju. Odredba čl. 305. st. 1. ZOO može se stoga primijeniti samo na one kapare koje su istovrsne ugovornim činidbama. Jednu logičku sekundu nakon što se sklopi ugovor u režimu kapare, davatelj takve kapare djelomično ispunjava svoju ugovornu činidbu. Ako ugovorna činidba u trenutku sklapanja ugovora nije moguća odnosno ne može se ispuniti, kapara će biti pendentna dok se ne otklone prepreke ispunjenju te činidbe.

Ako kapara nije istovrsna s činidbom koju je davatelj kapare dužan ispuniti na temelju ugovora, ona će se prilikom ispunjenja ugovorne obveze vratiti davatelju kapare. Kapara će se tada vratiti odnosno ugovorna činidba ispuniti po pravilima o istovremenom ispunjenju.⁶⁹ Problem vraćanja kapare koja nije istovrsna s ugovornom činidbom davatelja kapare rješava se po pravilima o stjecanju bez osnove budući da je tada riječ o činidbi koju davatelj kapare ne duguje. Da je tako, pokazuje i pravilo po kojem se kapara koja nije istovrsna s ugovornom činidbom ne može na temelju ZOO-a uračunati u ispunjenje ugovorne obveze davatelja kapare.

Različiti pravni tretman kapare istovrsne ugovornoj činidbi i kapare koja nije istovrsna ugovornoj činidbi dolazi do izražaja razvrgne li se ugovor sklopljen u režimu kapare prije negoli se ispuni voljom ugovaratelja, uključujući i novaciju, ili zbog promijenjenih okolnosti. Kapara koja je podobna za uračunavanje dijeli neposredno na temelju čl. 303. st. 2. ZOO čim je dana pravnu sudbinu ugovorne činidbe u koju je uračunana. Vraćanje kapare istovrsne ugovornoj činidbi obaviti će se po pravilima za ispunjenje dvostranoobvezujućih ugovora odnosno po čl. 368. ZOO ako je i druga strana djelomično ispunila svoju ugovornu činidbu. S druge strane, kapara koja nije podobna za uračunavanje vratit će se u spomenutim slučajevima po pravilima o stjecanju bez osnove. Jednako treba pristupiti vraćanju kapare ako ugovor sklopljen u režimu kapare nije moguće ispuniti zbog okolnosti za koje ne odgovara nijedna strana,⁷⁰ ali i ako se ugovor ne ispuni krivnjom obiju strana.

Jednako tako u sumnji se uzima kako kapara nije dana kao odustatnina. Osim što kapara dijeli pravnu sudbinu ugovora na koji se odnosi, i ugovor

⁶⁹ V. čl. 358. ZOO.

⁷⁰ V. čl. 373. ZOO.

sklopljen u režimu kapare dijeli pravnu sudbinu kapare kao poslovnopravnog očitovanja. Ugovor sklopljen u režimu kapare ništetan je odnosno pobojan ako spomenute nedostatke ima i kapara kao poslovnopravno očitovanje.

5.2. Kapara kao ugovorna kazna

ZOO pridaje činjenici da je kapara dana odnosno da je primljena funkciju ugovorne kazne ako odgovornost za neispunjenje ugovora snosi davatelj kapare odnosno ugovaratelj koji ju je primio. U načelu su oba ugovaratelja u jednakoj mjeri izložena kažnjavajućim učincima kapare pa oba ugovaratelja mogu zahtijevati sudsko smanjenje pretjerano velike kapare. Rješenje novog ZOO-a u tom je pogledu bolje od rješenja starog ZOO-a budući da je prije prednjačilo stajalište po kojem se smanjenje pretjerano visoke kapare može provesti samo kod vraćanja dvostruke kapare.⁷¹ Gornja granica kapare ovisi o okolnostima pojedinog slučaja.

Ne ispuni li davatelj kapare svoju ugovornu obvezu, kapara će se neposredno na temelju ZOO-a⁷² preobraziti u unaprijed plaćenu ugovornu kaznu.⁷³ Ostvarivanje penalizirajućeg zahtjeva s naslova kapare podrazumijeva, jednako kao i ostvarivanje zahtjeva s naslova ugovorne kazne, dužnikovu privatnopravnu odgovornost za neispunjenje ugovora. Ako pak ugovaratelj koji primi kaparu ne ispuni svoju ugovornu obvezu, za to će ga se kazniti obvezom vraćanja dvostruke kapare.⁷⁴ Kažnjavajući učinci koji se ostvaruju gubitkom dane kapare slični su kažnjavajućim učincima kasatorne klauzule. Za razliku od ugovorne kazne, dispozitivne odredbe ZOO-a ne pridaju kapari penalizirajuće učinke u slučaju neurednog ispunjenja i zakašnjenja.⁷⁵ Nema, međutim,

⁷¹ Vedriš, M./Klarić, P., op. cit. u bilj. 61, str. 415. Autori nisu argumentirali svoje stajalište. Ehrat, F. R., u: Honsell, H./Vogt, P. N./Wiegand, W. (ured.), *Obligationenrecht I*, 3. izdanje, 2003., Basel, Genf, München, Art. 158 RdN 4, zastupa odgovarajuće stajalište glede čl. 158. st. 2. švicarskog OR-a pri čemu uporište nalazi u odgovarajućoj primjeni pravila o stjecanju bez osnove. Za hrvatsko pravo v. čl. 1112. ZOO.

⁷² V. čl. 304. st. 1. ZOO.

⁷³ Tako za švicarsko pravo Gauch, P./Schluep, W. R./Schmid, J./Rey, H., op. cit. u bilj. 16, RdN 3981; Ehrat, F. R., u: Honsell, H./Vogt, P. N./Wiegand, W. (ured.), op. cit. u bilj. 71, Art. 158, RdN 5. Za Njemačku tako Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, § 338, RdN 1.

⁷⁴ Čl. 304. st. 2. ZOO.

⁷⁵ Čl. 305. ZOO.

zapreke da ugovaratelji i tada predvide kažnjavajuće učinke kapare. Jednako tako ugovaratelji mogu dogovoriti kumulativno ostvarivanje kapare i zahtjeva za naknadu štete u slučaju neispunjenja ugovora.

Penalizirajući učinci kapare ne mogu nadilaziti penalizirajuće učinke ugovorne kazne. Smanjenje pretjerano visoke kapare moglo bi se stoga zahtijevati neposredno na temelju čl. 354. ZOO i u slučaju da ZOO ne propisuje kako se i pretjerano stroga kapara može smanjivati.⁷⁶ Ako je, pak, kapara preniska u odnosu na nastalu štetu, vjerovnik je može uračunati u naknadu te zahtijevati razliku do potpune naknade štete. I u tom pogledu dolazi do preklapanja pravila ZOO-a o ugovornoj kazni i kapari.⁷⁷

VI. ODNOS UGOVORNE KAZNE I ODUSTATNINE

Odustatnina iz čl. 306. ZOO nije kazna zbog kršenja ugovora, nego punopravna protučinidba koju u obliku naknade dužnik plaća vjerovniku da bi mu vjerovnik omogućio odustati od sklopljenog ugovora ili točnije jednostrano ga raskinuti odnosno otkazati.⁷⁸ Dužnik može odustati od ugovora samo ako izjavi o raskidu odnosno o opozivu dade istodobno s preuzetom protučinidbom odnosno odustatninom.⁷⁹ Institut odustatnine ravna se, dakle, po pravilima o istodobnom ispunjenju ugovora.⁸⁰ Moguće je da se dužnik oslobodi ispunjenja ugovora pukim plaćanjem "kazne". Riječ je o klauzulama po kojima dužnik ima općenito pravo platiti ugovornu kaznu i odustati od ugovora.⁸¹ No, i u tom slučaju u načelu nije riječ o ugovornoj kazni, nego o

⁷⁶ V. čl. 304. st. 4. ZOO.

⁷⁷ Usporedi čl. 355. st. 2. ZOO s čl. 304. st. 1. ZOO.

⁷⁸ O pravu potrošača na jednostrani raskid ugovora kao posebnom pravnom institutu v. čl. 77. Zakona o zaštiti potrošača. U *common law* sustavima odustatnina se ne smatra posebnom klauzulom. Pravilo je da se takvi dogovori dopuštaju ako se njima paušaliziraju zahtjevi za naknadu štete. Opširnije v. Smith, J., Smith and Thomas a Casebook on Contract, 10. izdanje, London, 1996., str. 619.

⁷⁹ V. čl. 306. st. 3.

⁸⁰ V. čl. 358. st. 1. ZOO. Za njemačko pravo v. Kaiser, D., u: Jagmann, R./Kaiser, D./Rieble, V., J. Von, Staundigers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse, 13., izmijenjeno izdanje, Berlin, 2001., § 359, RdN 1.

⁸¹ Poblize o tzv. ekskluzivnoj ugovornoj kazni u švicarskom i austrijskom pravu v. Miladin, P., op. cit. u bilj. 3, str. 403.

tome da se dužnik ovlašćuje po svom vlastitom slobodnom izboru odlučiti hoće li ostati pri ugovoru ili će od njega odustati plaćanjem dogovorene protučinidbe, odustatnine. Razumljivo je da će teret plaćanja odustatnine rasti ako se dužnik svojim pravom raskinuti ugovor bude koristio u vremenu koje se približava dospijeću njegove obveze ili nakon što počne primati ispunjenje od druge ugovorne strane. O tome je, primjerice, riječ kod plaćanja storno troškova prilikom raskida ugovora o organiziranju turističkog putovanja od strane organizatora putovanja ili putnika.⁸²

Mogućće su stranačke pogodbe sadržaj kojih zalazi i u sferu odustatnine i u sferu ugovorne kazne. Njihovo je razgraničenje problematično. ZOO izričito predviđa mogućnost dogovaranja ugovorne kazne kao fakultativne dužnikove ovlasti. Kad se kazna dogovara za slučaj neispunjenja, strane mogu ugovoriti pravo dužnika isplatiti kaznu i odustati od ugovora.⁸³ Budući da je tada ugovorna kazna sročena kao odustatnina, i nadalje će se u slučaju spora ponajprije primijeniti pravilo po kojem se ugovorna odredba tumači onako kako glasi, kako je napisana.⁸⁴ Činjenica da ugovaratelji ono što dužnik plaća da bi se oslobodio obveze ispuniti ugovor nazivaju ugovornom kaznom nije dovoljna da se takvom dogovoru prida karakter ugovorne kazne. Predmnijeva se da je posrijedi odustatnina na koju se ne primjenjuju zakonska pravila o ugovornoj kazni, posebice o smanjenju pretjerano stroge ugovorne kazne te o pravu vjerovnika koji je pretrpio veću štetu od iznosa ugovorne kazne zahtijevati razliku do potpune naknade. Dužnikova fakultativna ovlast s naslova odustatnine ne mora, međutim, nužno rezultirati takvim slabljenjem obveznopravnog odnosa na strani dužnika, zahtjeva za ispunjenjem i urednim ispunjenjem ugovora, na temelju kojeg bi se dužniku s naslova "odustatnine" bez daljnega uskratila pravna zaštita s naslova čl. 354. ZOO, a vjerovniku s naslova čl. 355. st. 2. ZOO.⁸⁵ Pozovu li se ugovaratelji klauzule takvog sadržaja na zaštitu

⁸² V. čl. 901. i 902. ZOO. Takve se klauzule najčešće ugovaraju putem općih uvjeta poslovanja turističkih agencija pa su one pored pretpostavki iz čl. 901. st. 3. ZOO, glede nepravodobnog raskida ugovora od strane putnika, dužne uvažiti osobitosti ugovaranja putem općih uvjeta poslovanja propisane čl. 296. ZOO odnosno čl. 81. Zakona o zaštiti potrošača. Poblize o nepoštenim klauzulama toga tipa u ugovorima o organiziranju turističkog putovanja dogovorenim putem općih uvjeta poslovanja v. Koppaus, A., Reise- und Hotelaufnahmebedingungen, u: Graf von Westphalen, F., Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2. Ordner, stanje: travanj 1996., München, Rdn 22-50.

⁸³ V. čl. 353. st. 3. ZOO.

⁸⁴ Tako čl. 319. st. 1. ZOO.

⁸⁵ Suprotno stajalište paušalno brani Steltmann, I., op. cit. u bilj. 44, str. 63.

spomenutih odredbi ZOO-a o ugovornoj kazni, sud će morati donijeti odluku o tome je li u pitanju ugovorna kazna ili odustatnina. Potrebno je odrediti mjerila kojima je sud tada dužan rukovoditi se odnosno uputiti na dokaze na kojima treba ustrajati ugovaratelj koji se poziva na zaštitne učinke odredaba ZOO-a o ugovornoj kazni jer na njemu u tom pogledu leži teret dokazivanja.

Ništa se ne dobiva konstrukcijom po kojoj se tada odustatnina razgraničuje prema ugovornoj kazni po tome što je isplata odustatnine rezultat slobodno izražene dužnikove volje, dok je aktiviranje ugovorne kazne rezultat realno protupravnog dužnikova ponašanja.⁸⁶ Time se problem razgraničenja ne rješava, nego se otvara novo pitanje je li određeno dužnikovo držanje, barem, i konkludentno očitovanje volje.⁸⁷ Odlučujuće mjerilo razgraničenja ugovorne kazne i odustatnine jest stavlja li klauzula oko značenja koje se ugovaratelji spore dužnika u položaj slobodno odlučiti hoće li ostati pri ugovoru ili ga se njome nastoji usmjeriti prema određenom, očekivanom ponašanju. Nije načelno riječ o odustatnini, nego o ugovornoj kazni ako se dužnik plaćanjem kazne može osloboditi poduzimanja svoje temeljne ugovorne činidbe jer se takvom klauzulom dužniku ne pribavlja pravo po svom vlastitom slobodnom izboru odlučiti hoće li ostati pri ugovoru ili će od njega odustati plaćanjem dogovorene protučinidbe, odustatnine.⁸⁸ Na praktičnoj razini stajalište se može primijeniti jedino u onim slučajevima kad se kazna dogovorena kao odustatnina plaća nakon što dužnik povrijedi preuzete obveze odnosno ne ispuni preuzetu ugovornu činidbu.⁸⁹ Zaključak proizlazi iz činjenice da se ugovorna kazna kao samostalan imovinskopravni zahtjev može ostvarivati tek kada dužnik povrijedi svoje obveze. Takva je klauzula formalnopravno izvan dosega dispozitivnih odredbi ZOO-a o ugovornoj kazni,⁹⁰ ali i dispozitivnih odredbi ZOO-a o odustatnini po kojima ju je moguće platiti dok dužnik ne padne u zakašnjenje s ispunjenjem.⁹¹ Zato je u svakom opisanom slučaju potrebno odlučiti o kojoj je klauzuli riječ.⁹²

⁸⁶ Tako Gernhuber, J., op. cit. u bilj. 6, § 34 I 3 b.

⁸⁷ Tako i Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, §§ 339, RdN 43.

⁸⁸ Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, §§ 339, RdN 43, kategorički zastupa spomenuto stajalište.

⁸⁹ Riječ je o vladajućem stajalištu u švedskom pravu. Tako uz navođenje švedske literature Steltmann, I., op. cit. u bilj. 44, str. 82.

⁹⁰ Misli se na odredbu čl. 353. st. 1. ZOO, dispozitivni karakter koje naglašava i odredba čl. 353. st. 3. ZOO.

⁹¹ V. čl. 306. st. 4. ZOO.

⁹² Posrijedi može biti i klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadu štete.

Spomenuto mjerilo razgraničenja ugovorne kazne i odustatnine narušava tobožnje načelo po kojem bi fakultativno ovlaštenje dužnika bilo rezervirano isključivo za dogovore u sferi instituta odustatnine, nipošto, dakle, i za one dogovore koji su inače u sferi ugovorne kazne.⁹³ Iznimno je ugovornu kaznu moguće dogovoriti kao fakultativnu dužnikovu činidbu ponajprije zbog toga što takve pogodbe ostaju u okvirima dispozitivne odredbe čl. 353. ZOO. Jednako kao što u sferi ugovorne kazne ostaju pogodbe po kojima se kumuliraju vjerovnikovi zahtjevi s naslova ugovorne kazne s njegovim zahtjevima za ispunjenjem ugovora ili pogodbe po kojima vjerovnik u slučaju neispunjenja dužnikove obveze može zahtijevati isključivo ugovornu kaznu, tako ni pogodbe penalizirajućeg karaktera kojima dužnik stječe sukladno čl. 353. st. 3. ZOO fakultativnu ovlast ne mogu samo zbog toga prijeći u sferu klauzula o odustatnini.

Zakonom o radu propisana je predmnjeva po kojoj je dogovorena ugovorna kazna, a ne odustatnina ako radnik prekrši ugovornu zabranu utakmice.⁹⁴ Radnik se plaćanjem ugovorne kazne može osloboditi obveze poštovanja ugovorne zabrane utakmice. Posljedica je da radnik može zahtijevati smanjenje pretjerano stroge ugovorne kazne, pri čemu će sud u okviru svojih diskrecijskih ovlasti morati uzeti u obzir posebnosti radnopravnog odnosa, ali i teksta klauzule. Poslodavac ne može zahtijevati razliku do potpune naknade štete pozivajući se na primjenu čl. 355. st. 2. ZOO, osim ako nije bilo drukčije ugovoreno.⁹⁵

VII. ČLANSKA KAZNA

7.1. Općenito

Statuti odnosno odgovarajući pravni poslovi na temelju kojih nastaje društvo, s pravnom osobnošću ili bez nje, mogu članovima koji prekrše svoje članske obveze nametati sankcije u obliku članske kazne. Ponekad je moguć-

⁹³ Čini se da suprotno stajalište prevladava u švicarskoj pravnoj književnosti. V. von Tuhr, A., op. cit. u bilj. 16, str. 283 i 288; Ehrat, F. R., op. cit. u bilj. 71, Art. 160, RdN 13; Gauch, P./Schluep, W. R./Schmidt, J./Rey, H., op. cit. u bilj. 16, RdN 3935 i 3936.

⁹⁴ V. čl. 97. Zakona o radu.

⁹⁵ Treba uzeti da je riječ o dispozitivnoj odredbi Zakona o radu. Glede toga usporedi odredbu Zakona o radu s čl. 340b švicarskog OR-a.

nost propisivanja članske kazne zakonski predviđena. Za zakašnjenje s unosom stvari kao uloga u društvo statutom se može propisati obveza plaćanja ugovorne kazne.⁹⁶ Ako dioničar ne ispuni ili neuredno ispuni dodatne obveze, statutom se može predvidjeti plaćanje ugovorne kazne.⁹⁷ Odgovarajuće klauzule mogu se predvidjeti i u društvenim ugovorima odnosno izjavama o osnivanju društava s ograničenom odgovornošću. Članska kazna češća je u društvima osoba nego u društvima kapitala.

Odgovor na pitanje jesu li članske kazne oblik ugovorne kazne, odnosno primjenjuju li se odredbe ZOO-a o ugovornoj kazni i na članske kazne, prema starijoj poredbenopravnoj sudskoj praksi⁹⁸ ovisio je o tome kakva je pravna priroda statuta i drugih pravnih poslova sklapanjem kojih nastaju pojedina društva. Shodno tome polazištu prevladavalo je stajalište po kojem se zakonske odredbe o ugovornoj kazni, posebice odredbe o smanjenju pretjerano stroge ugovorne kazne, nisu primjenjivale i na članske kazne neovisno o tome je li bila riječ o društvima s pravnom osobnošću ili bez nje te neovisno o tome je li članska kazna u statut unesena pod nazivom ugovorna kazna. Stajalište se pravdalo tvrdnjom po kojoj članska kazna ne počiva kao ugovorna kazna na ugovoru, nego na činjenici da su članovi društava podvrgnuti primjeni statuta odnosno drugog odgovarajućeg pravnog posla sklapanjem kojeg nastaje društvo, a učinci kojeg, jednako kao i učinci statuta, nisu obveznopravni, nego statusnopravni. BGH je, naime, smatrao da se statut nastankom društva osamostaljuje te da više ne vrijedi kao ugovor, nego kao ustav društva primjeni kojeg su se članovi podvrgnuli. Na taj pravni posao nakon nastanka društva primjenjuju se načela korporacijskog prava. On ne počiva na obveznopravnom načelu koordinacije ugovornih strana, nego na korporacijskom načelu subordinacije članova pod vlast društva. Iznosilo se, shodno tome, kako članska kazna za razliku od ugovorne kazne nema penalizirajuću odnosno odštetnu ulogu budući da ona služi kao sredstvo očuvanja članske discipline.

Spomenuto rezoniranje temelji se na pogrešnoj pretpostavci da pravnotehnička forma statuta određuje pravnu sudbinu članske kazne kao zasebnog in-

⁹⁶ Čl. 213. st. 3. ZTD.

⁹⁷ Čl. 218. st. 2. ZTD.

⁹⁸ V. BGHZ 21, 370 = NJW 1956, 1793. Iz starije njemačke pravne književnosti v. Gessler, E./Hefermehl, W./Hildebrandt, W./Schröder, G., Schlegelberger Handelsgesetzbuch, 5., izmijenjeno izdanje, München, 1976., § 348, RdN 18. Stajalište po kojem članske kazne nisu ugovorne kazne zastupa se i u novijoj švicarskoj pravnoj književnosti, v. Gauch, P./Aeppli, V./Casanova, H., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zürich, 1996., str. 315.

stituta koji je neovisan o pravilima ZOO-a o ugovornoj kazni. Prihvati li se to stajalište, društva bi se proizvoljno ovlastilo samostalno kažnjavati svoje članove, što je suprotno monopolu države izricati kaznene sankcije, odnosno čl. 4. Ustava RH po kojem se sudbena vlast ostvaruje isključivo pred sudovima. Odlučna je, stoga, legitimacija koja stoji iza članske kazne, a ona može biti samo autonomno-privatnopravna ili državno-demokratska - *tertium non datur*.⁹⁹ Legitimacija članske kazne nije državno-demokratska, nego autonomno-privatnopravna jer se članovi njoj podvrgavaju poslovnopravnim očitovanjem usmjerenim na pristupanje društvu i, shodno tome, prihvaćanju sadržaja statuta odnosno drugog odgovarajućeg pravnog posla. Društvo je privatnopravna zajednica tako da i članska kazna ima svoj poslovnopravni temelj. I na člansku kaznu treba, dakle, primijeniti odredbe ZOO-a o ugovornoj kazni, posebice odredbu ZOO-a o smanjenju pretjerano stroge ugovorne kazne.¹⁰⁰ Sud je prilikom smanjivanja članske kazne dužan uzeti u obzir interese društva kao vjerovnika s naslova ugovorne kazne te ih odmjeriti sa suprotstavljenim interesima člana kao dužnika s naslova ugovorne kazne. Članska kazna jest, dakle, ugovorna kazna, ali modificirana osobitostima prava društava koje je sud dužan uvažiti prilikom donošenja svoje diskrecijske odluke o smanjenju pretjerano stroge članske kazne. Da je tako, upućuje i odredba čl. 40. ZTD koja odlučivanje u sporovima između člana i trgovačkog društva, koji se tiču položaja člana u društvu, stavlja u nadležnost specijaliziranom trgovačkom odnosno korporacijskom sudovanju.

Članske kazne mogu se propisivati i aktima zajednica koje nisu društva. Članska kazna prikladno je sredstvo zaštite interesa suvlasničkih zajednica pa ju je preporučljivo unositi u međuvlasničke ugovore. Strukovne udruge kao što su odvjetnička komora, liječnička komora, komora arhitekata, javnobilježnička komora nastupaju s monopolističke pozicije budući da se spomenutim profesijama ne smiju baviti osobe koje nisu njihovi članovi. Zbog toga što tim zajednicama nedostaje autonomno-privatnopravno obilježje, njihove akte u

⁹⁹ Tako i Larenz, K./Wolf, M., Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 8., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, München, 1997., str. 255; Vieweg, K., Die gerichtliche Nachprüfung von Vereinstrafen und -entscheidungen, JZ 4/1984., str. 167; Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, §§ 339, RdN 119.

¹⁰⁰ Tako za dionička društva i društva s ograničenom odgovornošću Barbić, J., Pravo društava, knjiga druga: Društva kapitala, 3., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2005., str. 1166.

pogledu članske kazne nije moguće kontrolirati sukladno čl. 354. ZOO.¹⁰¹ Članske kazne monopolističkih strukovnih udruga podložne su stoga strožoj kontroli koja se ravna po pravilima o zlouporabi vladajućeg položaja sukladno propisima o zaštiti tržišne utakmice.

I zatezne kamate koje dioničari i članovi društva s ograničenom odgovornošću plaćaju ako zakasne s uplatama svojih dionica odnosno temeljnih uloga društvo može naplatiti samo kada oni svojom krivnjom povrijede temeljnu člansku obvezu uplate uloga. Visina zateznih kamata korigirat će se ako banka svojom krivnjom nije izvršila trajni nalog za doznakom koji joj je u svrhu uplate preuzetih uloga pravovremeno dao dioničar odnosno član društva s ograničenom odgovornošću. Jednako treba postupiti i u slučajevima ako članovi društava ne ispune ili neuredno ispune dodatne obveze povreda kojih je sankcionirana plaćanjem ugovorne kazne. Zašto bi se članska kazna zbog povreda dodatne obveze dioničara isporučivati dioničkom društvu šećerani repu ili članska kazna zbog povreda obveze zadrugara isporučivati zadruzi mlijeko, kontrolirala sukladno strožim pravilima o očitij nepoštenosti spomenutih klauzula, a ne po, za člana društva povoljnijim, mjerilima čl. 354. ZOO koja primjerenost članske kazne ocjenjuju s obzirom na pojedine okolnosti slučaja?

U krajnjoj liniji bilo bi nedosljedno praviti razliku između identične članske kazne koju preuzima član pristupanjem društvu od članske kazne koju preuzimaju treće osobe, koje nisu članovi društva, na temelju ugovora sklopljenog s društvom.

Vrstom članske kazne često se smatra klauzula društvenog akta koja predviđa isključenje člana iz društva ako učestalo krši svoje članske obveze, šteti izgledima društva na uspjeh ili postupa suprotno cilju zbog kojeg je društvo osnovano.¹⁰² Mjera isključenja člana iz društva nije prikladna za ostvarivanje penalizirajućih i odštetnih učinaka ugovorne kazne. Isključenje člana iz društva nije stoga dopušteno predvidjeti kao kaznu, nego kao raskid članskog odnosa zbog važnog razloga, pri čemu se mora voditi računa o načelu primjerenosti.¹⁰³ Tek kad se iscrpe blaže mjere protiv člana koji krši svoje

¹⁰¹ Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, Vorbem zu §§339ff, RdN 123, ipak ostavlja mogućnost kontrole spomenutih klauzula sukladno § 343 BGB.

¹⁰² Tako, primjerice, Meyer-Cording, U., Die Vereinsstrafe, 1957., Berlin, str. 61.

¹⁰³ Tako i Larenz, K./Wolf, M., op. cit. u bilj. 99, str. 226. O isključenju iz udruge kao razlogu prestanka članstva u udruzi v. i Barbić, J., Pravo društava, knjiga treća: Društva osoba, 2002., Zagreb, str. 765.

članske obveze, društvo može prići isključenju člana kao mjeri koja najteže pogađa člana.

7.2. Osobitosti članske kazne u aktima sportskih klubova i udruga

Sportske udruge i klubovi propisivanjem članskih kazni pridonose poštovanju pravila igre te očuvanju discipline nužne za uspjeh.¹⁰⁴ Članske kazne najčešće izriču osobe koje su inače nadležne voditi poslove dotičnog društva. Osobitost je sportske članske kazne u tome da je izriču disciplinske komisije sportskih saveza.¹⁰⁵ Riječ je o statutarnom povjeravanju disciplinskih ovlasti tim organima u sastavu sportskih društava. Budući da je članska kazna u statutima sportskih društava najčešće apstraktno propisana, disciplinska komisija nacionalnog sportskog saveza izricat će je posebno za svaki pojedini slučaj crpeći u tom pogledu svoje ovlasti iz čl. 272. ZOO. Sportski savezi idu, međutim, i korak dalje tako što ustrojavaju arbitražna tijela pojedinog nacionalnog sportskog saveza pred kojima se mogu pobijati odluke disciplinskih komisija. Namjera je sportskih saveza isključivo odlučivati o pravima svojih članova, čime se članovima sportskih društava uskraćuje pravna zaštita pred redovnim sudovima.¹⁰⁶ Odredbe odgovarajućih pravilnika i statuta pojedinih nacionalnih sportskih saveza su ništetne jer se njima krši čl. 29. Ustava RH po kojem svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u zadanom roku odluči o njegovim pravima i obvezama.¹⁰⁷ Razumljivo pravo sportskih društava da u okviru svoje autonomije podvrgnu članove disciplinskim mjerama ni u kojem slučaju ne može se smatrati izuzetkom od državne sudbenosti.¹⁰⁸ Sudsko preispitivanje izrečenih članskih

¹⁰⁴ O članskim kaznama sportskih saveza i klubova v. поближе Ivkošić, M., Pravno uređenje transfera profesionalnih nogometaša, magistarski rad (neobjavljeno), 2005., Zagreb, str. 17.

¹⁰⁵ V. Ivkošić, M., op. cit. u bilj. 104, str. 136. O sudovima časti u udrugama te o kažnjavanju članova udruga v. Barbić, J., Pravo društava, knjiga treća: Društva osoba, 2002., Zagreb, str. 763-764, 775.

¹⁰⁶ Tako glede ovlasti Hrvatskog nogometnog saveza Ivkošić, M., op. cit. u bilj. 104, str. 136.

¹⁰⁷ Ivkošić, M., op. cit. u bilj. 104, str. 136, iznosi da se akti Hrvatskog nogometnog saveza u tom pogledu kose i s Pravilnikom FIF-a iz 2005. budući da on izričito predviđa mogućnost ostvarivanja pravne zaštite pred redovitim sudovima.

¹⁰⁸ Tako i Larenz, K./Wolf, M., op. cit. u bilj. 99, str. 226.

kazni ne treba shvatiti kao zadiranje u unutarnje odnose sportskih društava, nego kao zaštitu pojedinca od samovoljnih postupaka društva. Riječ je o standardu vladavine prava.

Shodno tome, članu sportskog društva ne može se uskratiti pravo zahtijevati pred redovnim sudom smanjenje pretjerano stroge članske kazne. Članske kazne sportskih društava modificirane su međutim osobitostima sportskog prava koje je i redovni sud dužan uvažiti pri donošenju svoje diskrecijske odluke o smanjenju pretjerano stroge članske kazne.

VIII. NAMETANJE UGOVORNE KAZNE ODLUKAMA JAVNOPRAVNIH VLASTI

8.1. Ugovorna kazna u općim uvjetima ugovora o korištenju parkirališta

Sadržaj ugovora o korištenju parkirališta propisan je podzakonskim propisima.¹⁰⁹ Pogodba o ugovornoj kazni sastavni je dio svakog ugovora o korištenju parkirališta na koji se odnosi. Odredbe o ugovornoj kazni imaju ulogu općih uvjeta poslovanja organizatora parkiranja, no po svojoj pravnoj prirodi one nisu opći uvjeti poslovanja organizatora parkiranja.¹¹⁰ Pozitivnopravno opći uvjeti poslovanja unaprijed su sastavljene pogodbe koje jedan ugovaratelj postavlja pred drugoga, a da oni o njima nisu prethodno neposredno pregovarali.¹¹¹ Kao svako drugo ugovaranje, tako i ono putem općih uvjeta poslovanja podrazumijeva slobodno očitovanje volje. Koliko god široko tumačili pozitivnopravni pojam općih uvjeta poslovanja, on ne obuhvaća ugovorne pogodbe koje bi se trebale primjenjivati neposredno na temelju zakonskih ili podzakonskih propisa. Predstavničko tijelo jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave u jednakoj mjeri nameće opće uvjete ugovora o korištenju parkirališta i potrošaču i organizatoru parkiranja. Oni se primjenjuju objektivno, neovisno o volji organizatora parkiranja.

¹⁰⁹ V., primjerice, Odluku o organizaciji i načinu naplate parkiranja Grada Zagreba, Službeni glasnik Grada Zagreba, 20/2005. V. i Zaključak o cijeni parkirne karte i iznosu ugovorne kazne, Službeni glasnik Grada Zagreba, 21/2005.

¹¹⁰ Matanovac, R., Ugovorna kazna u općim uvjetima ugovora o korištenju javnog parkirališta, u: Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zagreb, 2005., str. 449, zastupa stajalište po kojem je riječ o općim uvjetima poslovanja.

¹¹¹ Čl. 81. ZZZP i čl. 295. ZOO.

Odredbe čl. 81. st. 5. ZZP i čl. 296. st. 3. ZOO ne daju uporište za zaključak po kojem su ugovorne klauzule sadržane u podzakonskim propisima podvrgnute kontroli nepoštenih pogodbi ugovorenih putem općih uvjeta poslovanja. Njihova je svrha izuzeti iz sudske kontrole općih uvjeta poslovanja ugovorne odredbe kojima se u ugovor unose obvezujuće zakonske odredbe ili odredbe odnosno načela koja počivaju na međunarodnim konvencijama kojih je država ugovornica i Hrvatska.¹¹² Sporne pogodbe primjenjuju se neposredno na temelju podzakonskog propisa, a ne na temelju pretpostavki koje se inače zahtijevaju za primjenu općih uvjeta poslovanja. One se, dakle, poslovnopravno ne ugovaraju, ne unose se u ugovor.

Protupravnost odluka o organizaciji i načinu naplate parkiranja koje donose predstavnička tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave puno je dublja od kršenja odredaba ZZP-a i ZOO-a vezanih uz nepoštene pogodbe općih uvjeta poslovanja. Ta su podzakonska pravila, naime, u cijelosti protuustavna i protuzakonita.¹¹³ Vjerojatno nema boljeg primjera povrede temeljnih obveznopravnih načela slobode uređivanja obveznih odnosa i dispozitivnog karaktera obveznih odnosa.¹¹⁴ Jedinice lokalne i regionalne samoupra-

¹¹² Rješenje je preuzeto iz čl. 1. st. 2. Smjernice EEZ o nepoštenim pogodbama potrošačkih ugovora, 1993/13. U točki 13. preambule Smjernice Europske zajednice 93/13 izričito je izneseno kako izraz "obvezujuće pravne odredbe" obuhvaća, i pravila koja se na temelju zakona primjenjuju među ugovarateljima, osim ako oni među sobom nisu što drugo ugovorili glede tog pitanja koje je inače uređeno zakonom. Ne stoji stoga tvrdnja po kojoj Smjernica EEZ 93/13 kao izuzetak od kontrole nepoštenih klauzula u potrošačkim ugovorima sklopljenih putem općih uvjeta poslovanja predviđa samo prisilnopravne odredbe budući da se taj izuzetak tiče i dispozitivnih zakonskih odredbi. Matanovac, R., op. cit. u bilj. 110, str. 447, izjednačuje, međutim, izraz obvezujuća odredba s izrazom prisilnopravna, kogentna odredba.

Odredba čl. 81. st. 5. ZZP i čl. 296. st. 3. ZOO odudaraju jedna od druge. Dok ZZP izuzetak od kontrole nepoštenih pogodbi u potrošačkim ugovorima ograničava samo na prisilnopravne zakonske odredbe, ZOO zaštitu od nepoštenih pogodbi ugovorenih putem općih uvjeta poslovanja isključuje u svim slučajevima u kojima je sadržaj pojedine pogodbe općih uvjeta poslovanja preuzet iz važećih propisa. Nameće se zaključak da rješenje ZZP-a nadilazi zahtjeve postavljene Smjernicom EEZ 93/13 te da ZOO u tom pogledu usvaja standarde Smjernice EEZ 93/13, iako to nije bio dužan učiniti budući da se ona tiče samo potrošačkih ugovora.

¹¹³ Ustavni sud zauzeo je svojom odlukom U-II-393/2000 od 4. 5. 2001. stajalište po kojem su samo neke odredbe bivše Odluke Grada Zagreba o organiziranju i načinu naplate parkiranja protuzakonite odnosno protuustavne.

¹¹⁴ V. čl. 2. i čl. 11. ZOO.

ve ničim pozvane uređuju tuđe obvezne odnose.¹¹⁵ Ako je, primjerice, Grad Zagreb osnovao trgovačko društvo za obavljanje poslovnih djelatnosti vezanih uz parkiranje, mora prihvatiti i posljedice koje pravo uz to veže, a ne ignorirati postojeći pravni subjekt uplećući se u obvezne odnose Zagrebparkinga i trećih.

De lege ferenda treba izričito odredbom Zakona o sigurnosti prometa na cestama propisati ugovornu kaznu kao sastavni dio ugovora o korištenju parkirališta. Utvrđivanje konkretnih iznosa ugovorne kazne treba na temelju ovlasti dane tim zakonom propisivati uredbom Vlade RH sa zakonskom snagom. Rješenje treba tražiti u odredbama koje su u istom pravnom rangu s odredbama ZOO-a jer se jedino tako može opravdati iznimka od općih pravila ugovaranja propisanih ZOO-om. Dobar rad trgovačkih društava koja se bave tom unosnom djelatnošću treba nastaviti rješavati na zdravoj privatnopravnoj osnovi.¹¹⁶

8.2. Vožnja bez karte u vozilima javnog linijskog prijevoza

Vožnja bez karte u vozilima javnoga prijevoza raširena je pojava protiv koje se, s više ili manje uspjeha, koriste različita sredstva pravne zaštite. S pozitivnopravnog stajališta švercanje je ujedno građanskopravna i prekršajnopravna povreda. Mogućnost ostvarivanja imovinskopravnih zahtjeva javnoga prijevoznika otvorena je pojedinim odlukama o javnom linijskom gradskom prijevozu putnika po kojima se od putnika koji se u vozilu zateknu bez ispravne vozne karte naplaćuju vozna karta te dodatna vozna karta.¹¹⁷ Cijena dodatne

¹¹⁵ Zasigurno im u tom pogledu kao uporište ne može poslužiti čl. 5. st. 1. t. 6. Zakona o sigurnosti prometa na cestama (NN 105/2004) budući da je tu riječ o urbanističkim obvezama odnosno ovlastima jedinica lokalne i regionalne samouprave. Ovlast donositi spomenute odluke jedinice lokalne i regionalne samouprave ne mogu crpiti ni iz čl. 5. st. 8. Zakona o sigurnosti prometa na cestama po kojoj nadzor parkiranja vozila na mjestima na kojima je parkiranje vremenski ograničeno obavljaju pravne osobe koje odredi predstavničko tijelo jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave. U slučaju Zagrebparkinga d.o.o. već je činjenično jasno da se poslovne djelatnosti pružanja usluga na javnim parkiralištima i javnim garažama ne obavljaju komisijom za račun Grada Zagreba, nego samostalno za račun Zagrebparkinga d.o.o. V. www.sudreg.pravosudje.hr.

¹¹⁶ Matanovac, R., op. cit. u bilj. 110, smatra, pozivajući se na njemačka rješenja, da problem *de lege ferenda* treba rješavati prekršajnim sankcijama.

¹¹⁷ V., primjerice, za Grad Zagreb čl. 31. Odluke o javnom linijskom prijevozu, Službeni glasnik Grada Zagreba 11/1995, 23/2003, i Cjenik Zagrebačkog električnog tramvaja

karte iznosi 150 kuna, a ako se smjesta ne podmiri ili u roku iz obavijesti putniku, penje se na iznos od 200 kuna. Pogodba je propisana s namjerom da bude sastavni dio svakog ugovora o prijevozu na koji se odnosi. Utoliko ona ima iste pravne nedostatke kao i prethodno obrađene pogodbe o ugovornoj kazni u ugovorima o korištenju javnih parkirališta. Riječ je o kvaziopćim uvjetima poslovanja pojedinog javnog linijskog prijevoza budući da bi se spomenute pogodbe trebale primjenjivati neposredno na temelju podzakonskog propisa, a ne na temelju pretpostavki koje se inače zahtijevaju za primjenu općih uvjeta poslovanja.¹¹⁸

Obveza putnika platiti dodatnu kartu podrazumijeva valjan ugovor o prijevozu. Na temelju spomenutih odluka o gradskom javnom prijevozu ne može se naplatiti ni redovita ni dodatna vozna karta ako je, primjerice, putnik bez karte malodoban. Njima se neposredno određuje sadržaj ugovora o prijevozu, dok su pitanja vezana uz sklapanje ugovora, u dijelu u kojem ona nisu uređena spomenutim odlukama, i nadalje uređena općim pravilima obveznog prava. Odlučujuće je pitanje bi li pogodbe o plaćanju dodatne karte imale karakter ugovorne kazne i onda kad bi bile valjano ugovorene odnosno propisane. Važnost proizlazi iz mogućnosti primjene čl. 354. ZOO, ali i čl. 353. st. 5. ZOO. Opći je dojam kako obveza plaćanja dodatne vozne karte ima penalizirajuću ulogu te da nije posrijedi određena protučinidba koju bi putnik plaćao za usluge prijevoza. Na to ne upućuje samo ekstremni raskorak između iznosa po kojem putnik plaća redovitu voznu kartu i iznosa po kojem plaća dodatnu voznu kartu, nego i činjenica da je obveza plaćanja dodatne karte načelno

d.o.o. za prijevoz putnika i prtljage u javnome linijskom prijevozu putnika na području Grada Zagreba od 26. 9. 2002.

Usporedi, primjerice, s § 9 njemačke Uredbe o općim uvjetima prijevoza za promet tramvajima i omnibusima te o ostalim vozilima linijskog prometa (*Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Strassenbahn- und Omnibusverkehr sowie Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen* od 27. 2. 1970. sa stanjem 30.6.1989.). Uredba se temelji na ovlasti iz § 57 st. 1. Zakona o prijevozu osoba.

¹¹⁸ Čl. 81. st. 2. ZZP i čl. 295. st. 1. ZOO polaze od toga da su trgovci oni koji unaprijed formuliraju pojedine odredbe općih uvjeta poslovanja. Formalnopravno po tome pogodbe koje se primjenjuju neposredno na temelju zakonskih i podzakonskih propisa ne uživaju pozitivnopravni status općih uvjeta poslovanja odnosno svega onoga što on sa sobom nosi. Suprotno ne proizlazi ni iz čl. 81. st. 5. ZZP po kojem su zakonskoj zaštiti protiv nepoštenih pogodbi u općim uvjetima poslovanja potrošačkih ugovora podložne dispozitivne pogodbe koje se u ugovore unose neposredno na temelju zakona, podzakonskih propisa te konvencija.

neovisna o dužnikovoj krivnji.¹¹⁹ U svakom slučaju putnik ne može slobodno odlučiti hoće li se voziti bez karte ili će platiti redovitu kartu odnosno hoće li se voziti po jednoj ili po drugoj cijeni. Proizlazi kako u pojedinim slučajevima treba razabrati je li riječ o ugovornoj kazni ili o odgovornosti s naslova garancije.¹²⁰ Putnik bez karte tako neće odgovarati s naslova ugovorne kazne, nego garancije ako se s tuđim pokazom vozi u tramvaju ili autobusu budući da svaki putnik garantira za točnost i potpunost podataka danih prilikom sklapanja ugovora o javnom prijevozu.

Pojedinim odlukama o javnom linijskom gradskom prijevozu putnika otvorena je, ali ujedno i praktički zatvorena mogućnost ostvarivanja imovinskopравnih zahtjeva javnoga prijevoznika s naslova ugovorne kazne. Činjenicu da javni prijevoznici ne utužuju ugovornu kaznu, nego se zadovoljavaju prekršajnim prijavljivanjem putnika bez karte ne treba tražiti samo u njihovu slobodnom nahođenju, nego i u pozitivnopravnom konceptu po kojem se rješava to pitanje. Prekršajno sankcioniranje vožnje bez karte postavljeno je tako da isključuje mogućnost naknadnog utuživanja ugovorne kazne.¹²¹ Novčana kazna određena zakonom odnosno podzakonskim aktom i ugovorna kazna mogu se kumulativno potraživati samo ako je to zakonom odnosno podzakonskim aktom dopušteno.¹²² Budući da pojedine odluke o javnom linijskom prijevozu putnika to ne dopuštaju, javni prijevoznici moraju odlučiti hoće li zahtijevati ugovornu kaznu ili novčanu kaznu. Naravno da im je lagodnije prekršajno prijaviti putnika bez karte jer ih to ništa ne košta, za razliku od prijedloga za pokretanje ovrhe, te prepustiti prekršajnom sudu da utjera spomenutu novčanu kaznu koja je *nota bene* prihod proračuna jedinice lokalne samouprave i uprave.¹²³ Postavlja se pitanje zašto onda jedinice lokalne

¹¹⁹ Tako i Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, Vorbem zu §§ 339, RdN 138.

¹²⁰ U švicarskoj pravnoj književnosti zastupa se stajalište po kojem su spomenute globe po svojoj pravnoj prirodi uvijek ugovorne kazne. V. Gauch, P/Aepli, V/Casanova, H., op. cit. u bilj. 120, str. 315.

¹²¹ Novčana kazna zbog vožnje bez karte propisana je, primjerice, čl. 57. Odluke Grada Zagreba o gradskom linijskom prijevozu.

¹²² V. čl. 356. ZOO.

¹²³ Primjerice, prekršajna novčana kazna propisana Odlukom Grada Zagreba o gradskom linijskom prijevozu prihod je proračuna Grada Zagreba. Danas je Holding Grada Zagreba jedini član ZET d.o.o. Uporište za to daje čl. 7. Zakona o prekršajima po kojem prekršaje i prekršajne sankcije mogu propisivati svojim odlukama županijske skupštine i skupština Grada Zagreba te gradska i općinska vijeća.

samouprave i uprave ne bi i financirale prekršajne sudove, nego to prepuštaju državi. Klima koja se stvara takvim pozitivnopravnim rješenjima pogubna je za razvoj slobodnog tržišnog sustava. Trgovačkim društvima koja se bave djelatnostima javnoga prijevoza odašilje se poruka da će njihove probleme riješiti sudovi kaznenim sankcijama umjesto da ih se natjera da oni sami u ovršnom postupku utjeraju svoje dugove. Nije stoga ni čudno što je Hrvatska jedna od rijetkih zemalja s većim brojem sudaca koji se bave kaznenim i prekršajnim pravom nego što ima sudaca koji se bave građanskim i trgovačkim pravom.

Iza pozitivnopravnog uređenja pitanja vožnje bez karte u vozilima javnoga prijevoza ne stoji suvisao pravopolitički koncept. Zakonodavac treba *de lege ferenda* nametnuti ugovornu kaznu na teret putnika bez karte u svim vozilima javnoga prijevoza. Načelno je to najbolje propisati Zakonom o prijevozu u cestovnom prometu odnosno drugim zakonima za ostale odgovarajuće oblike javnoga prijevoza putnika. Utvrđivanje konkretnih iznosa ugovorne kazne treba na temelju ovlasti dane spomenutim općim zakonima propisivati uredbom Vlade sa zakonskom snagom. Tako bi država uštedjela na posebnom kaznenopravnom odnosno prekršajnom sankcioniranju putnika bez karte te rasteretila prekršajne sudove suvišnog posla. Kaznenopravni progon putnika bez karte ima smisla samo u slučaju osobito teških povreda ako se počinitelj sračunato i dugotrajno protupravno služi sredstvima javnoga prijevoza.¹²⁴

Postavlja se pitanje zašto je potrebno zakonom propisivati ugovornu kaznu zbog vožnje bez karte u vozilima javnoga prijevoza. Zašto, naime, to pitanje ne bi rješavali sami javni prijevoznici korištenjem svojih općih uvjeta poslovanja koji bi predviđali klauzule o ugovornoj kazni u slučaju vožnje bez karte? U krajnjoj liniji, što stoji na putu i ostalim poduzetnicima, primjerice trgovinama, da se uglavljivanjem ugovorne kazne putem svojih općih uvjeta zaštite od sve češćih krađa? Na sklapanje ugovora u dijelu koji se tiče ugovorne kazne primjenjuju se opća pravila o sklapanju ugovora.¹²⁵ Dužnika s naslova ugovorne kazne ne može se podvrgnuti ugovornoj kazni suprotno volji koju je on jasno očitovao. Nisu prihvatljiva stajališta¹²⁶ po kojima bi to bilo moguće primjenom konstrukcija poput *potestatio facto contraria* ili o socijalno tipičnom ponašanju.¹²⁷ Svojim ulaskom u dućan ili u tramvaj kradljivci ili

¹²⁴ V. § 265a njemačkog *Strafgesetzbuch*.

¹²⁵ V. čl. 247. ZOO i čl. 295. ZOO glede pretpostavki za primjenu općih uvjeta poslovanja.

¹²⁶ Svojevremeno je to stajalište branio Canaris, C.W., *Zivilrechtliche Probleme des Warenhausdiebstahls*, NJW 13/1974., str. 521-528.

¹²⁷ Tako i Larenz, K./Wolf, M., op. cit. u bilj. 99, § 30, RdN 26; Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, Vorbem. Zu §§ 339, RdN 115.

putnici bez karte jednostavno ne pristaju podvrgnuti se mogućoj ugovornoj kazni koju bi prijevoznici odnosno trgovci mogli predvidjeti u svojim općim uvjetima poslovanja. To je pitanje stoga s privatnopravnog stajališta moguće rješavati ili zakonskim propisivanjem ugovorne kazne ili pravilima ZOO-a o deliktnoj odgovornosti za štetu. Propisivanju iznimaka treba, dakle, pristupiti krajnje obazrivo. Za sada to ima smisla predvidjeti samo glede putnika bez karte u vozilima javnoga prijevoza i ugovorne kazne u ugovorima o korištenju parkirališta. *De lege ferenda* sve prekršaje počinjene motornim vozilima treba rješavati privatnopravnim instrumentarijem, posebice, zakonom propisanom ugovornom kaznom koja bi pogađala vlasnike vozila.

IX. UGOVORNA KAZNA I KLAUZULE O ISKLJUČENJU I OGRANIČENJU ODGOVORNOSTI ZA NAKNADU ŠTETE

Klauzule pod nazivom ugovorna kazna mogu prijeći u svoju krajnost. Umjesto da štite vjerovnikove interese, one u pravnom i poslovnom prometu mogu poslužiti i zaštititi dužnikovih interesa. Tome na putu stoji odredba čl. 355. st. 2. ZOO po kojoj vjerovnik ima pravo zahtijevati razliku do potpune naknade štete ako šteta koju je vjerovnik pretrpio nadilazi iznos ugovorne kazne. Odredba ZOO-a je dispozitivna pa ugovaratelji mogu isključiti spomenuto vjerovnikovo pravo te mu priznati samo pravo na ugovornu kaznu neovisno o šteti koju će on pretrpjeti zbog dužnikova neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovorene obveze. Kod takvih disponiranja potrebno je razabrati nisu li ugovaratelji pod krinkom ugovorne kazne zapravo ugovorili dužnikovo isključenje odnosno ograničenje odgovornosti za naknadu štete.¹²⁸ Utvrđi li se na temelju okolnosti pojedinog slučaja da je riječ o klauzuli o isključenju i ograničenju odgovornosti za naknadu štete, treba primijeniti odredbu čl. 345. ZOO. Takva je klauzula, neovisno o svom nazivu, nevaljana ako je dužnik prilikom ugovaranja klauzule postupao s krajnjom nepažnjom ili s namjerom oštetiti vjerovnika. Ugovori li se spomenuta klauzula putem dužnikovih općih uvjeta poslovanja, ona je nevaljana i u slučaju dužnikove obične nepažnje ako se ispune pretpostavke propisane čl. 81. ZZP odnosno čl. 296. ZOO, ovisno o tome je li riječ o građanskim ili trgovačkim ugovorima.

¹²⁸ Primjere v. u Berger, K.P., *Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im Internationalen Wirtschaftsrecht*, RIW 6/1999., str. 410.

X. UGOVORNA KAZNA I KAMATE

Općenito uzevši, kamate su naknada za mogućnost privremenog korištenja kapitala ovisna o razdoblju u kojem se dužnik može koristiti kapitalom. Za kamate je odlučujuća mogućnost raspolaganja kapitalom, a ne faktično korištenje kapitalom. Akcent kamata pomaknut je s dužnikova korištenja kapitalom na činjenicu da je vjerovnik privremeno lišen mogućnosti korištenja kapitalom. Kamatama se podmiruje privremeno umanjene vjerovnikove imovine tako da ona ovisi o vremenu u kojem se dužnik može koristiti kapitalom, a ne o prođi ili o dobiti koja se ostvaruje korištenjem odobrenih novčanih sredstava.¹²⁹ Ta definicija jasno razgraničuje kamate prema ostalim primanjima što ih kreditne i financijske ustanove naplaćuju za pribavljanje, prepuštanje ili predaju kapitala. U praksi, posebice u bankarstvu, kamate su ponajprije protučinidbe ili klauzule s paušaliziranim zahtjevima za naknadu štete. Banke se rijetko koriste kaznenim kamatama zato što su one kao poseban oblik ugovorne kazne prema čl. 350. st. 3. ZOO nevaljane.¹³⁰ Rizik kojem su banke izložene koriste li se takvim klauzulama nadilazi moguću korist koju bi one tako stekle.

Naravno da je pod krinkom kamata moguće i kažnjavanje dužnika zbog zakašnjelog plaćanja i da se penalizirajuća uloga kamata, posebice zateznih kamata, ne može osporiti. Zatezne kamate nisu samo povišena cijena koju vjerovnik naplaćuje za pruženu uslugu, nego i sankcija koju dužnik snosi jer je neuredno otplaćivao svoj novčani dug. Opravdano je stoga onemogućiti pretjerano strogo kažnjavanje dužnika zbog zakašnjelog plaćanja.

Neprimjereno je, međutim, kako zakonodavac uređuje pitanje zateznih kamata koje dužnik duguje ako zakasni s ispunjenjem novčanih obveza.¹³¹ Stopa zakonskih zateznih kamata zakonom je određen najmanji iznos štete koji pripada vjerovniku ako dužnik zakasni s ispunjenjem novčane obveze.¹³²

¹²⁹ Usporedi sa: Canaris, C.W., *Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung*, NJW 1978., str. 1897; Blaschoczok, A., u: Blaschoczok, A./Schmidt, K. (ured.), *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 244-248*, 13. izdanje, Berlin, 1997., § 246, RdN 7.

¹³⁰ U poredbenim pravima rijetko korištenje kaznenim kamatama u bankarstvu ponajprije je posljedica strože sudske kontrole takvih klauzula ugovorenih putem općih uvjeta poslovanja. Za Njemačku v. Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, Vorbem zu §§ 339, RdN 161.

¹³¹ V. čl. 29. ZOO. Čl. 1165. ZOO: odredbe čl. 26. st. 1.-3. i čl. 29. st. 2.-6. i st. 8. počinju se primjenjivati 1.1. 2008.

¹³² Tako glade stope zateznih kamata propisanih § 288 BGB Hager, J., u: Westermann, H.P. (ured.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Münster/Köln, 2004., § 288, RdN 5.

Vjerovnik ima pravo na puni iznos zatezних kamata iako je možda pretrpio manju štetu.¹³³ Dužnik stoga ne može zahtijevati smanjenje stope zatezних kamata dokazujući da je vjerovniku zbog njegova zakašnjelog plaćanja nastala manja šteta.¹³⁴ S druge strane, ako je šteta koja je vjerovniku nastala zbog dužnikova zakašnjenja veća od iznosa koji bi dobio na ime zatezних kamata, vjerovnik ima pravo zahtijevati razliku do potpune naknade štete.¹³⁵ Proizlazi da sa stajališta vjerovnika zatezne kamate nisu konačno paušalizirani zahtjev za naknadu štete odnosno da vjerovnik od dužnika može kumulativno potraživati zatezne kamate i naknadu štete sve dok u potpunosti ne namiri štetu koja mu je nastala zbog dužnikova kašnjenja s ispunjenjem novčane obveze. To je čudnija odluka zakonodavca da prisilnopravno postavi gornju granicu stope zatezних kamata. Postavivši gornju granicu stope zatezних kamata, zakonodavac je uskratio pravne učinke stranačkim dogovorima kojima je cilj pružiti vjerovniku zbog dužnikova zakašnjenja kamate više od zakonskih zatezних kamata. Posljedica je takvog pristupa i prisilnopravno propisivanje najviše dopuštene stope ugovornih kamata. Koncept prisilnopravnog ograničavanja zatezних i ugovornih kamata neprimjereno probija načelo dispozitivnosti obveznih odnosa. Zakonodavac je trebao dispozitivno urediti pitanje zakonskih kamata¹³⁶ te zatezних kamata tako da se zakonska rješenja primjenjuju samo ako strane nisu ugovorile višu kamatnu stopu. Tako je to pitanje inače i uređeno u većini poredbenih prava s kojima nastojimo uhvatiti korak¹³⁷ pa i u onima s kojima dijelimo spomenuti cilj.¹³⁸ Rješenja sadržana u čl. 9:508 Načela europskog ugovornog prava te u čl. 7.4.9. UNIDROIT-ovih načela

¹³³ Čl. 30. st. 1. ZOO. Štoviše, građanski odjel Vrhovnog suda RH zauzeo je stajalište po kojem se vjerovnik ne može unaprijed odreći prava na zatezne kamate, nego samo svoje dospjele kamatne tražbine. Navedeno prema: Giunio, M.A., *Pravno uređenje kamata*, 43. susret pravnika, Zagreb, 2005., str. 201-202.

¹³⁴ U odnosu na pravne poslove u kojima ne sudjeluje potrošač takva je mogućnost isključena čl. 6. st. 2. Smjernice EU 2000/35.

¹³⁵ Čl. 30. st. 2. ZOO.

¹³⁶ ZOO nije uredio pitanje zakonskih kamata. Zakonske kamate su kamate koje bi se po dispozitivnim odredbama ZOO-a naplaćivale za obveze koje se ukamaćuju po zakonu ili po pravnom poslu. V., primjerice, § 246 BGB.

¹³⁷ V. sljedeće poredbenopravne izvore koji izričito propisuju da vjerovnik može u spomenutom slučaju s nekog drugog pravnog naslova zahtijevati više kamate: § 288 st. 3. njemačkog BGB; § čl. 1224. st. 1. talijanskog CC; čl. 6:119 st. 3. nizozemskog BW; čl. 806. st. 2. portugalskog CC; čl. 1108. španjolskog CC; § 1 švedskog Zakona o kamatama.

¹³⁸ V. primjerice čl. 395. st. 1. ruskog GZ.

nisu u tom pogledu dovoljno precizna i izazivaju dvojbe pri tumačenju jesu li dopušteni stranački dogovori kojih je cilj u slučaju dužnikova zakašnjenja s plaćanjem priznati vjerovniku pravo na zatezne kamate više od zakonskih zateznih kamata.¹³⁹ Koncept po kojem ZOO prisilnopravno ograničuje stopu ugovornih i zateznih kamata kosi se sa stajalištem Europskog suda u Luxembourg u kojem banke i osiguravajuća društva podliježu primjeni čl. 81. do čl. 86. Ugovora o Europskoj zajednici. Europski sud u Luxembourg s tim je u vezi posebno široko tumačio čl. 81. Ugovora o Europskoj zajednici. Ograničenja koja pogađaju cjelokupnu branšu, a odnose se samo na nacionalna tržišta pojedine države članice EU, suprotna su spomenutim odredbama Ugovora o Europskoj zajednici budući da se njima narušava tržišni položaj poduzetnicima iz drugih zemalja članica EU.¹⁴⁰

Pozitivnopravno uređenje zateznih kamata ujedno promašuje svoju temeljnu zadaću onemogućiti pretjerano strogo kažnjavanje konkretnih dužnika odnosno potrošača zbog zakašnjelog plaćanja. Iznimke od načela dispozitivnosti obveznih odnosa treba propisati samo gdje je to uistinu potrebno. Nije sve dužnike s naslova zakašnjelog plaćanja potrebno jednako štiti.¹⁴¹ Pravnopolitički opravdanu ideju o strožoj zaštiti potrošača zajmoprimca¹⁴² trebalo je razraditi tako da se ona kao pravnopolitički opravdana iznimka što bezbolnije uklopi u pozitivnopravni sustav obveznih odnosa. Rješenja treba *de lege ferenda* tražiti u trećoj stopi zateznih kamata glede potrošačkih zajmova koje banke odobravaju za kupnju potrošne robe i u transparentnijem kontokorentnom knjiženju kamata koje banke naplaćuju potrošačima kako bi se izbjeglo prikriveno naplaćivanje kamata na kamate.¹⁴³ Poseban pravnopolitički položaj potrošačkog

¹³⁹ U biti ista rješenja tih načela tumače se različito u njihovim službenim komentarima. Dok službeni komentar UNIDROIT-ovih načela odobrava ugovaranje takvih kamata, čini se da je službeni komentar Landovih načela zauzeo suprotno stajalište. V. UNIDROIT Principles of international commercial Contracts, 2004., Rim, str. 247, i Lando, O./Beale, H., Principles of European Contract Law, dio I. i II., Hague/London/Boston, 2000., str. 450-453.

¹⁴⁰ V. odluku Europskog suda u Luxembourg u slučaju *Osiguranje od požara iz 1978*. Za nas poučna iskustva s konceptom koji je prihvatio ZOO imala je, primjerice, i Njemačka. Poblize Schwintowski, H.P./Schäfer, F. A., Bankrecht, 2. izdanje, Köln/Berlin/Bonn/München, 2003., str. 491-492.

¹⁴¹ Od toga polazi i ZOO razlikujući stope ugovornih i zateznih kamata u građanskim i trgovačkim ugovorima.

¹⁴² V. glavu 8. ZZP u kojoj je uređen potrošački zajam.

¹⁴³ Usporedi s § 497 BGB.

zajma dovoljan je razlog da se *de lege ferenda* odstupi od odredbe čl. 171. ZOO o redu uračunavanja ispunjenja tako da se potrošačevim plaćanjima koja nisu dostatna podmiriti cjelokupan dospjeli dug ponajprije podmiruju troškovi prisilne sudske naplate, potom glavnica, a kamate naposljetku.¹⁴⁴

Kažnjavajući učinci kamata najizraženiji su prilikom uglavljivanja klauzula o plaćanju kamata na kamate. Zbog toga je razumljivo što suvremena prava u načelu zabranjuju anatocizam.¹⁴⁵ Najvažnija iznimka od zabrane anatocizma bila je do stupanja na snagu novog ZOO-a neprecizna odredba čl. 400. starog ZOO-a po kojoj su banke u kontokorentnom poslovanju mogle knjižiti kamate na kamate i na strani aktivnog i na strani pasivnog salda.¹⁴⁶ Po novom ZOO-u,¹⁴⁷ kamate na kamate banke mogu kontokorentno knjižiti samo kod pasivnih bankarskih poslova odnosno štednih pologa, ne, dakle, i kod aktivnih bankarskih poslova odnosno kredita. Rješenje novog ZOO-a korak je unazad prema starom ZOO-u jer dovodi u pitanje institut bankarskog konto korenta bit kojeg je da će na kamate, kada dospiju za isplatu, početi teći kamate ako ne budu isplaćene. Hrvatsko pravo time se, suprotno obrazloženju promjene, udaljilo od poredbenih prava približavanju kojim težimo.¹⁴⁸

XI. UGOVORNA KAZNA I NAKNADA ZA OBAVLJENU ČINIDBU

Zahtjev za isplatu naknade nastaje obavljanjem preuzete činidbe, a ne zbog neispunjenja ugovorene obveze. Takvom pogodbom ugovaratelji slobodnom voljom dogovaraju protučinidbu koju jedan ispunjava drugom od koga je zahtijevao ispunjenje pojedine karakteristične činidbe. Klauzulama o naknadi ne mogu se, dakle, osiguravati dužnikove obveze ponašanja. Pogodba o naknadi ne može se dovesti u vezu s ugovornom kaznom. Tako odredba čl. 354. ZOO ne može poslužiti kao uporište za kontrolu ugovorenih cijena i tarifa.

¹⁴⁴ Tako, primjerice, § 497 st. 3. BGB.

¹⁴⁵ Čl. 27. ZOO.

¹⁴⁶ U tom pogledu izjasnio se i Vrhovni sud RH u svojoj odluci Gzz18/03-2 od 21. 1. 2004., objavljenoj u ING-Pregledu sudske prakse, god. 2004., odluka br. 121.32, odjeljak 1, str. 52. Kritički o čl. 400. starog ZOO-a Miladin, P., *Plaćanje doznakom, disertacija* (neobjavljeno), Zagreb, 2004., str. 33-34.

¹⁴⁷ Čl. 27. st. 3. ZOO.

¹⁴⁸ O poredbenopravnom položaju konto korenta v. поближе Miladin, P., op. cit. u bilj. 146, str. 26-29.

Klauzule o promjenjivoj kamatnoj stopi koju banke redovito ugovaraju za slučaj da kreditoprimci kasne s vraćanjem kredita, također, u načelu nisu kaznene kamate, nego naknade za činidbu. Banka i kreditoprimac dogovaraju promjenjive kamate kao protučinidbu koju kreditoprimac plaća zbog toga što mu je prepušten određeni novčani iznos. Da je riječ o ugovornoj kazni, kreditodavac bi mogao zahtijevati i promjenjive kamate i ispunjenje kreditne obveze.¹⁴⁹ Povećavanje redovite kamatne stope ne treba stoga tumačiti kao kaznu koju kreditoprimac snosi zbog toga što nije uredno otplaćivao kredit, nego kao valjano sredstvo pomoću kojeg banka pokriva povećane troškove svoga poslovanja i rizike.

Drukčije treba tretirati klauzule po kojima banke i kartične kuće u slučaju zakašnjelog plaćanja novčanih obveza svojim klijentima pored povećanih kamata naplaćuju i posebne provizije koje kao takve nisu posebno iskazane odnosno objavljene na uobičajeni način.¹⁵⁰ Paušalizirani povećani troškovi koje kartične kuće naplaćuju svojim klijentima suprotni su čl. 296. st. 1. ZOO i čl. 81. st. 1. ZZP budući da dogovaranje određenog nepromjenjivog iznosa za slučaj da klijent zakasni podmiriti svoje mjesečne troškove ne vodi računa o visini nepodmirenog iznosa. Uzmu li se u obzir postroženi standardi sklapanja ugovora putem općih uvjeta poslovanja, takva klauzula nije ni valjano dogovorena naknada ni valjano dogovorena klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadu štete.¹⁵¹ Proizlazi stoga da je riječ o ugovornoj kazni dogovorenoj za slučaj neispunjenja ili zakašnjenja s ispunjenjem novčane obveze, što je suprotno čl. 350. st. 3. ZOO.

Na poredbenopravnoj razini prisutni su i koncepti po kojima dužnici uživaju sveobuhvatnu sudsku zaštitu na temelju zakonskih odredbi koje pravila o smanjenju pretjerano stroge ugovorne kazne proširuju na sve ugovorne uglavke, pa tako i na klauzule o cijeni.¹⁵² Takva poredbenopravna rješenja na tragu

¹⁴⁹ V. čl. 353. st. 4. ZOO.

¹⁵⁰ Čl. 84. ZZP propisuje kako nije dopušteno ocjenjivati jesu li poštene ugovorne odredbe o cijeni ako su te odredbe jasne, lako razumljive i uočljive. Čl. 295. st. 4. ZOO propisuje da se opći uvjeti poslovanja moraju objaviti na uobičajeni način. Usporedi sa: Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 129, str. 1894.

¹⁵¹ O nepoštenim klauzulama s paušaliziranim zahtjevima za naknadu štete ugovorenim putem općih uvjeta poslovanja v. поближе Miladin, P., op. cit. u bilj. 3, str. 1301-1306.

¹⁵² V. § 36 švedskog Zakona (1915:218) o ugovorima i drugim pravnim poslovima u području imovinskog prava (*Avtalslag*). Nepoštene klauzule ugovorene putem općih uvjeta poslovanja mogu se također preinačiti, ne dakle samo poništiti, na temelju § 11 Zakona (1994:1512) o uvjetima ugovora u potrošačkim odnosima.

su prevladavajuće srednjovjekovne ideje o pravednoj cijeni (*iustum pretium*). Švedski koncept stvar je pravnog nasljeđa i kulture¹⁵³ i ne bi ga trebalo smatrati nekim uzorom kojem streme suvremena prava.

XII. ZAKLJUČAK

Ugovorna kazna nije oblik privatnopravnog kažnjavanja u punom smislu. O tome je, primjerice, riječ u anglo-američkim pravnim sustavima koji poznaju institute *punitive* ili *exemplary damages*. Privatno kažnjavanje bilo bi usmjereno na ostvarivanje preventivnih i represivnih kaznenopravnih učinaka, a oni su po svojoj pravnoj prirodi objektivni i ne ovise o tome je li na njih pristao onaj koga pogađaju. Utoliko bi privatnopravno kažnjavanje nadomjestilo javnopravni kazneni progon po principima ekonomičnosti prava. Ugovorna kazna, suprotno tome, spada u područje obveznopravnih odnosa koji su po svojoj prirodi relativni tako da se i njezini učinci tiču samo ugovaratelja koji su je pogodili.

Poštovanje pravila o ugovornoj kazni standard je ugovaranja ograničenog karaktera. Pravo mora odgovoriti na pojednostavnjivanja laika koji ugovaranje općenito sagledavaju sa stajališta da uvijek netko dobiva, a netko gubi. Budući da ljudska priroda u pravilu svakovrsnim životnim porazima ne pristupa u olimpijskom duhu, i onaj tko u pojedinom ugovoru izvuče deblji kraj, u pravilu smatra da ga se time neprimjereno penaliziralo. Odredbe ZOO-a o ugovornoj kazni ne smiju se tumačiti kao panacea protiv svih nepravdanih sankcija sa subjektivnog dužnikova stajališta. Dužnik ne može svakoj ugovornoj klauzuli prišiti da ga nepravdano pritišće i automatski posegnuti za zaštitom čl. 354. ZOO. Načelo se tiče klauzula o ugovornoj kazni dogovorenih neposrednom pogodbom budući da dužnici s naslova klauzula o ugovornoj kazni i njoj srodnih klauzula ugovorenih putem općih uvjeta poslovanja uživaju širu pravnu zaštitu na temelju čl. 296. ZOO odnosno čl. 81. ZZP.

Teškoće u razgraničenju ugovorne kazne i srodnih klauzula, štoviše svih klauzula, nadovezuju se na pitanje čini li ugovornu klauzulu samo tekst odnosno izričaj što su ga ugovaratelji dogovorili u pisanom obliku odnosno usmeno

¹⁵³ U Švedskoj se dužnici sasvim iznimno pozivaju na tu odredbu. Načelo *pacta sunt servanda* u svijesti sudionika u obveznim odnosima ima prednost pred mogućom sudskom zaštitom.

ili ugovornu klauzuli čini i namjera ugovaratelja koja stoji iza toga. Riječ je zapravo o strahu koji se u pravnoj književnosti bilo svjesno bilo nesvjesno opetuje, a tiče se pobližeg utvrđivanja zajedničke namjere s kojom ugovaratelji pristupaju dogovaranju pojedinih ugovornih klauzula. Zajednička namjera ugovaratelja ne smije biti zapostavljena, ona uvijek mora biti u prvom planu prilikom tumačenja pojedinih klauzula i njihova razgraničenja prema drugim srodnim klauzulama. Kod ugovorne kazne opasno je njezinu akcesornost nadrediti zajedničkoj namjeri ugovaratelja, posebice ako se institutu akcesornosti pristupa s paušalne skolastičke razine koja ispušta iz vida osobitu akcesornost ugovorne kazne. Teza po kojoj je akcesornost slijepa bezrazložno traži zaštitu dužnika s naslova pretjerano stroge ugovorne kazne u krajnje neizvjesnoj primjeni pravnih pravila o zabrani zaobilaženja prava.

Akcesornost kao doktrinarna figura nipošto nije slijepa i ne smije se robovati njezinu striktnom skolastičkom tumačenju. Ugovorna kazna, bilo samostalna ili nesamostalna, uvijek je akcesorna, kao uostalom i svaka druga sankcija. Akcesornost ugovorne kazne očituje se u njezinoj ovisnosti o ponašanju koje je dužnik s različitim pravnim intenzitetom primarno obvezan poštovati. Ugovorna kazna uvijek cilja na određeno, ili barem određivo, primarno dužnikovo ponašanje. Nije moguće apstrahirati dužnikovo ponašanje jer je ono uvjet ostvarivanja zahtjeva s naslova ugovorne kazne.¹⁵⁴ Stranački dogovori koji idu korak dalje izlaze iz sfere kaznenih pogodbi i zalaze u sferu ugovora o garanciji.

Sporna zajednička namjera s kojom su ugovaratelji prišli dogovaranju pojedinih klauzula ne može se utvrditi, a da se ne zađe u psihološke sfere, a to otvara problem pravne nesigurnosti. Dragocjenu pomoć pri tumačenju spornih klauzula pruža institut pravnih predmnjeva. Primjerice, u sumnji je li riječ o kasatornoj klauzuli ili o klauzuli na temelju koje vjerovnik stječe pravo raskinuti ugovor odnosno preobraziti neka prava iz ugovora, prednost treba dati stajalištu po kojem je riječ o potonjoj klauzuli. Prilikom istraživanja zajedničke namjere ugovaratelja u svakom slučaju treba uzeti u obzir posebnosti pravnih grana i područja. Ugovorna kazna neće se jednako tretirati ako se koristi radi ostvarivanja posebnih ciljeva u pravu društava, sportskom pravu ili u mješovitim upravno-privatnopravnim odnosima.

¹⁵⁴ Tako i Rieble, V., op. cit. u bilj. 11, Vorbem. zu §§ 339, RdN 72.

Summary

Petar Miladin*

THE RELATIONSHIP BETWEEN CONTRACTUAL
PUNISHMENT AND RELATED CLAUSES

The author discusses the relationship between the accessory contractual punishment and independent contractual punishment, guarantee, earnest money, desist money, casatory clause, membership punishment, interest rate, price, clause of exclusion and limitation of damage liability. The relation between the contractual punishment and fine is treated as a special issue. Contractual punishment and related clauses are demarcated and difficulties that can emerge in the process are considered. Based on the relatedness of contractual punishment and the above clauses, views are expressed on the application of the Law on Obligatory Relations concerning the contractual punishment to clauses related to contractual punishment. The legal and political background of the Article 350 paragraph 1 of the Law on Obligatory Relations defining the contractual punishment is examined, as well as the Article 353 of the Law on Obligatory Relations on the reduction of an excessive contractual punishment. It is examined whether it is necessary de lege ferrenda to change the regulation of the Article 274 of the Law on Obligatory Relations so that the area of its application can be widened to all the contractual clauses.

Key words: contractual punishment, related clauses, reduction of an excessive contractual punishment

* Petar Miladin, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Zusammenfassung

Petar Miladin**

DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN VERTRAGSSTRAFE UND VERWANDTEN KLAUSELN

In der vorliegenden Arbeit wird das Verhältnis zwischen der akzessorischen Vertragsstrafe und der eigenständigen Vertragsstrafe, Garantie, Angeld, Reugeld, kassatorischer Klausel, Vereinsstrafe, Zinsen, Preis, Haftungsausschluss- und -beschränkungsklauseln erörtert. Als besondere Frage wird das Verhältnis zwischen Vertragsstrafe und Bußgeld für Ordnungswidrigkeiten thematisiert. Vertragsstrafe und verwandte Klauseln werden voneinander abgegrenzt und die dabei entstehenden Schwierigkeiten festgestellt. Auf Grund der ähnlichen Bedeutung der Vertragsstrafe und der angeführten Klauseln wird die Anwendung der Bestimmungen des Obligationengesetzes (OG) zur Vertragsstrafe auf der Vertragsstrafe nahestehende Klauseln erwogen. Es wird der rechtspolitische Hintergrund von § 350 Abs. 1 OG, der die Vertragsstrafe regelt, und § 353 OG, in dem übermäßige Vertragsstrafen gemindert werden, untersucht. Es wird beurteilt, ob es de lege ferenda erforderlich ist, die Bestimmung des § 274 OG insofern zu ändern, dass ihr Anwendungsbereich auf alle Vertragsklauseln ausgedehnt wird.

Schlüsselwörter: Vertragsstrafe, verwandte Klauseln, Minderung einer übermäßigen Vertragsstrafe

** Dr. Petar Miladin, Dozent an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb