

PRAVNI FAKULTET U ZAGREBU

Miće Ljubenko

**UGOVORNA KAZNA
KOD
UGOVORA O GRAĐENJU**

Poslijediplomski doktorski studij

Seminarski rad

Predmet

Trgovačko pravo – opći dio

Trgovački ugovori

Doc. dr. sc. Hrvoje Markovinović

Zagreb, listopad, 2012.

SADRŽAJ

1. **Uvod**
2. **Nedostaci pri uobičajenom ugovaranju odredbe o ugovornoj kazni**
3. **Pitanje dispozitivnosti ugovaranja razloga ugovorne kazne**
4. **Načelne dvojbe u tumačenju ugovorne kazne prema odredbama Zakona o obveznim odnosima (dalje - ZOO) i Posebnih uzanci o građenju (dalje – PUG)**
5. **Novine u primjeni ugovorne kazne prema ZOO 2005. zbog prioritete primjene Posebnih uzanci o građenju, članci 51. do 57.**
 - 5.1 Neuredno ispunjenje umjesto zakašnjenja za slučaj kad razlog za ugovornu kaznu nije ugovorom određen, članak 51. PUG
 - 5.2 Visina ugovorne kazne, članak 52. PUG kao razlog za smanjenje kazne po članku 354. ZOO
 - 5.3 Osnovica za obračun ugovorne kazne, članak 53. PUG
 - 5.4 Različito uređenje članka 54., 55. PUG i 353.st.5. ZOO – rok za podnošenje zahtjeva za ugovornu kaznu
 - 5.5 Različito uređenje članka 56. PUG i 355.st.2. ZOO – pravo na naknadu štete povrh ugovorne kazne
 - 5.6 Različito uređenje članka 57. PUG i 352.st.2. ZOO - oslobođenje izvođača od plaćanja ugovorne kazne
6. **Zaključak**

Ad. 1.**Uvod**

Mnogi instituti obveznog prava izazivaju pozornost kroz mogućnost višestrukog tumačenja. To svakako predstavlja povod stručnoj analizi, te daljnjem razmatranju kvalitete zakonskih normi koje određuju pojedini institut.

Institut ugovorne kazne kod ugovora o građenju sadrži dvije karakteristike koje ga čine posebno zanimljivim za stručnu analizu.

Prva, što već kao sama zakonska norma otvara mnoga pitanja tumačenja, a što je sada naglašeno od stupanja na snagu novog Zakona o obveznim odnosima, imajući u vidu prioritarnu primjenu odredaba Posebnih uzanci o građenju među trgovcima (članak 12.), ako iste nisu izrijekom ugovorom isključene, za razliku od dotadašnjeg uređenja kojim su uzance izrijekom morale biti ugovorene., a time i razlike između normi zakona i uzanci.

Drugo, stoga što je taj institut gotovo nezaobilazan u svim ili gotovo svim ugovorima o građenju koji se odnose na važnije investicije.

Svaki obvezno-pravni odnos načelno sadrži obvezu na činjenje, trpljenje ili propuštanje makar jedne ugovorne strane. Takva obveza može biti dodatno pojačana ugovorenim posljedicama kroz odredbe o ugovornoj kazni.

Sve to, kako bi se dobila logična ugovorna ravnoteža prema obvezi druge strane koja ima najčešće novčanu obvezu i koja obveza je već nužno pojačana zakonskim zateznim kamatama.

To ukazuje da će u svakom ugovornom odnosu koji ima za cilj urediti neki važniji odnos biti složenije i stručnije reguliran upravo institut ugovorne kazne.

Stoga je široka primjenjivost na važne odnose s jedne strane, te mogućnost vrlo kreativnog uređenja s druge strane, logičan povod obradi ovog obvezno-pravnog instituta.

Ad. 2.**Nedostaci pri ugovaranju standardne ugovorne odredbe o ugovornoj kazni**

Ugovorna kazna unutar ugovora o građenju ima karakteristiku da se uređuje na vrlo standardizirani način, dakle, gotovo istovjetno u svom sadržaju u najvećem broju ugovora.

Tipičan primjer na taj način ugovorene ugovorne kazne je niži primjer iz Ugovora o građenju koji primjenjuje Agencija za pravni promet i posredovanje nekretninama, preuzeto sa stranice www.apn.hr (1)

Osnovni problem na taj način ugovorenih kazni je upravo u tome što se uz njih ne definiraju ugovorom nikakve okolnosti koje će biti temelj za primjenu. Definiranje najvažnijih relevantnih okolnosti koje će se predmnijevati kao osnova za primjenu ugovorne kazne znatnim dijelom bi preveniralo moguće neusklađene stavove između naručitelja i izvođača.

Činjenica je da će veliki broj izvođača pristati na zahtjev, a zatim i na prijebor svog potraživanja sa obračunom ugovorne kazne, ne stoga jer je ista nedvojbeno osnovana, već stoga što se ista iskazuje od strane naručitelja pri okončanom obračunu, kada se analiziraju obostrani zahtjevi.

Tada se usklađuju sve otvorene stavke, te se time prihvaćanje krivnje izvođača provodi u vezanom odnosu sa svim drugim otvorenim stavkama koje idu i na teret naručitelja, kao što su priznanje tzv. izvan troškovničkih radova, troškova gradilišta i drugo.

Time se u pravilu prihvaća obračun ugovorne kazne prema nekritičkom matematičkom kriteriju, bez pokušaja obrazloženja pa i definiranja bilo kakvih kriterija koji će služiti za utvrđenje osnovanosti razloga uzrokovanih mogućom krivnjom izvođača.

(1)

Primjer ugovorne odredbe iz Ugovora o građenju koji primjenjuje APN preuzeto sa web stranice www.apn.hr

UGOVORNA KAZNA

Članak 11.

U slučaju prekoračenja roka za dovršenje izgradnje i primopredaju građevine iz ovog Ugovora Naručitelju, Izvoditelj se obvezuje platiti Naručitelju ugovornu kaznu u visini 2‰ (dva promila) od ukupne vrijednosti ugovorenih poslova za svaki kalendarski dan prekoračenja roka iz članka 4. stavka 1. ovog Ugovora.

Ukupni iznos ugovorne kazne iznosi ___% (najmanje 5%), sveukupno ugovorene vrijednosti građenja iz članka 3. ovog Ugovora.

Ad 3.**Pitanje dispozitivnosti ugovaranja razloga ugovorne kazne**

Poseban je slučaj ugovaranja ugovorne kazne za slučaj raskida ili za slučaj kašnjenja kupca sa isplatom nekog obroka cijene. Prema uređenju Zakona o obveznim odnosima iz 2005. godine, takva je odredba – ništetna.

Takvo ugovaranje ugovorne kazne je sud prema tumačenju odredbi ugovorne kazne smatrao ništetnim i prije uređenja istog u zakonu 2005. godine.

Kako je vidljivo iz odluke Vrhovnog suda RH br. Rev-224/09 (2), gdje se Vrhovni sud poziva da su razlozi za ugovornu kaznu propisani odredbom o ugovornoj kazni, te time tumači da se ne može ugovoriti ugovorna kazna temeljem nekog drugog razloga, koji nije kao takav predviđen samim zakonskim odredbama o ugovornoj kazni.

Zaključuje se da time stranke nemaju dispozitivno pravo, unatoč članku 12. ZOO, same ugovorom predvidjeti nove razloge za ugovornu kaznu izvan ranija dva, a sada tri, već zakonom izrijekom predviđena razloga.

To bi značilo da su odredbe članka 350.st.1. ZOO koje uređuju razloge za ugovornu kaznu kongentne naravi, za razliku od odredbi članka 351.st.1 ZOO koje uređuju visinu ugovorne kazne.

(2)

VSRH Rev-224/09 „Prema odredbi članka 132.st.1. ZOO raskidom ugovora su obje strane oslobođene svojih obveza, izuzev obveze na naknadu eventualne štete. Dakle, prije svega ugovaranje ugovorne kazne za slučaj raskida ugovora nije moguće, već samo za slučaj neispunjenja, odnosno zakašnjenja u ispunjenju ugovora, odnosno obveze, a što ovdje nije slučaj.“

Ad. 4.**Načelne dvojbe u tumačenju ugovorne kazne prema odredbama Zakona o obveznim odnosima (dalje – ZOO) i Posebnih uzanci o građenju (dalje – PUG)**

Kako je uvodno naglašeno, člankom 12. ZOO iz 2005. godine predviđena je primjena uzanci, ako iste nisu izrijekom ugovorom isključene, a za razliku od dotadašnjeg uređenja kojim su uzance izrijekom morale biti ugovorene kako bi se mogle primijeniti.

Takvo uređenje opravdava pristup analizi samih odredbi PUG u odnosu na ZOO, ovdje u dijelu odredbi o ugovornoj kazni.

Međutim, prije usporedbe razlika između ta dva uređenja, korisno je istaknuti i što je sam ZOO izmijenio tj. dopunio u odredbama o ugovornoj kazni u odnosu na ranije uređenje ZOO.

Promjene su bile opsegom vrlo malene, ali su sadržajno smatram vrlo zahtjevne.

Zakonodavac je u temeljnoj odredbi o ugovornoj kazni, članak 350.stavak 1. dodao treći razlog za ugovornu kaznu – „neuredno ispunjenje“.

Pod točkom 5.1 ovog rada će se obraditi to pitanje s aspekta članka 51. PUG koji upravo neuredno ispunjenje predviđa kao - onaj razlog koji se ima smatrati ugovorenim - ako s nije ugovorom odredio razlog za ugovornu kaznu.

Upravo je taj sada treći razlog za ugovornu kaznu najteže ocijeniti, a time i primijeniti. Za primjenu tog razloga gotovo nužno moraju biti već ugovorom predviđene okolnosti koje će se smatrati neurednim ispunjenjem.

Ovdje je važno naglasiti da neuredno ispunjenje, već po jezičnoj logici, nije zakašnjenje ili neispunjenje. To stoga što su to posebni ravnopravni razlozi, te bi stoga trebalo ovaj treći razlog shvaćati kao novi razlog koji nije obuhvaćen već postojećim razlozima.

Ukoliko ne postoji ugovorna regulacija što će se smatrati „neurednim ispunjenjem, što je znatno realnije za očekivati nego suprotno, vrlo je teško prema pravilima npr. građevinske struke ocijeniti što bi se u ugovoru o građenju smatralo – neurednim ispunjenjem.

Može li se primjerice, neurednim ispunjenjem smatrati primopredaja radova unutar roka sa određenim nedostacima gdje naručitelj i izvođač obavljaju primopredaju uz obvezu izvođača da u određenom roku otkloni nedostatke?

Takva situacija, za primjenu tog razloga, se sama po sebi nameće kao najlogičnija.

Međutim ona je ipak vrlo teško primjenjiva. Prije svega stoga što bi izvođač pri takvom shvaćanju ugovorne kazne inzistirao na određenju što se smatra „neurednim“, a moguće zatražio i primjenu članka 354. ZOO radi smanjenja te kazne.

Moguće je da bi u određenim slučajevima izvođač radije odgodio primopredaju, makar kasnio određeni broj dana, nego da zbog toga prihvati obvezu plaćanja cjelokupne kazne zbog brzo otklonjivog nedostatka.

Zaključuje se da će upravo novi razlog „neuredno ispunjenje“ bez ugovornog određenja što bi se pod time smatralo, voditi u pravilu naručitelja i izvođača u neusklađen odnos.

Druga izmjena zakona je u nazivu članka 352. ZOO sada „pravna sudbina sporazuma“, a ranije „akcesornost“.

Treća i posljednja izmjena je u članku 354. zamjenom riječi „predmet“ riječju „objekt“.

Smatram da druga i treća intervencija zakonodavca nemaju praktičan sadržajni učinak, dok će prva intervencija gdje se dodao razlog neurednog ispunjenja uz prioritarnu primjenu odredbi PUG značajno utjecati na daljnju primjenu ugovorne kazne.

Ad 5.

Novine u primjeni ugovorne kazne prema ZOO 2005. zbog prioritete primjene Posebnih uzanci o građenju, članci 51. do 57.

5.1 Neuredno ispunjenje umjesto zakašnjenja za slučaj kad razlog za ugovornu kaznu nije ugovorom određen, članak 51. PUG

Neuredno ispunjenje do ZOO iz 2005. godine nije postojalo kao zakonski razlog ugovorne kazne. Da bi taj razlog bio primijenjen trebao se dogoditi slučaj da se ugovorom predvidi primjena Posebnih uzanci o građenju, ugovori se ugovorna kazna, a ne predvidi se niti jedan razlog za ugovornu kaznu.

To je situacija u kojoj bi tada došlo do primjene tog razloga, bez dodatno ugovornog određenja. Prema prirodi stvari ugovori koji su išli za time da dodanu uređuju primjenu posebnih uzancu o građenju vjerojatno nisu propuštali uređenje makar razloga za ugovornu kaznu (najčešće – zakašnjenje).

Sada je situacija bitno drukčija, upravo oni ugovori koji će ići za što jednostavnijim uređenjem, bez naznake o razlozima za ugovornu kaznu i primjenu Posebnih uzanci o građenju, sada će morati primjenjivati članak 51. PUG, ako nisu izrijekom ugovorom definirali razlog za ugovornu kaznu.

Upravo je taj, sada i treći zakonski razlog za ugovornu kaznu najteže ocijeniti, a time i primijeniti. Za primjenu tog razloga gotovo nužno moraju biti već ugovorom predviđene okolnosti koje će se smatrati neurednim ispunjenjem.

Ovdje je važno naglasiti da neuredno ispunjenje, već po jezičnoj logici, nije zakašnjenje ili neispunjenje. To stoga što su to posebni ravnopravni razlozi, te bi stoga trebalo ovaj treći razlog shvaćati kao novi razlog koji nije obuhvaćen već postojećim razlozima.

Ukoliko ne postoji ugovorna regulacija što će se smatrati „neurednim ispunjenjem, što je znatno realnije za očekivati nego suprotno, vrlo je teško prema pravilima npr. građevinske struke ocijeniti što bi se u ugovoru o građenju smatralo – neurednim ispunjenjem.

Može li se primjerice, neurednim ispunjenjem smatrati primopredaja radova unutar roka sa određenim nedostacima gdje naručitelj i izvođač obavljaju primopredaju uz obvezu izvođača da u određenom roku otkloni nedostatke?

Takva situacija, za primjenu tog razloga, se sama po sebi nameće kao najlogičnija.

Međutim ona je ipak vrlo teško primjenjiva. Prije svega stoga što bi izvođač pri takvom shvaćanju ugovorne kazne inzistirao na određenju što se smatra „neurednim“, a moguće zatražio i primjenu članka 354. ZOO radi smanjenja te kazne.

Moguće je da bi u određenim slučajevima izvođač radije odgodio primopredaju, makar kasnio određeni broj dana, nego da zbog toga prihvati obvezu plaćanja cjelokupne kazne zbog brzo otklonjivog nedostatka.

Posebno pitanje se otvara na jednoj uobičajenoj klauzuli ugovora koja glasi: „... ako izvođač svojom krivnjom ne izvrši radove u ugovorenom roku...“. (3)

Takvo određenje je često i dovodi do dvojbe koji je zapravo razlog za ugovornu kaznu time ugovoren. Ako je naglasak te klauzule na dijelu „ne izvrši radove“ zaključilo bi se da je riječ o razlogu – neispunjenje. Ako je naglasak te klauzule na „u ugovorenom roku“ tada je riječ o razlogu – zakašnjenje.

Daljnijim tumačenjem ne treba niti isključiti novi treći razlog – neuredno ispunjenje. Pitanje određenja razloga za ugovornu kaznu svakako je važno, jer o prethodnom pitanju – koji je razlog za ugovornu kaznu, ovisi i ocjena jeli zahtjev vjerovnika (naručitelja) osnovan.

Zaključuje se, da će upravo novi razlog „neuredno ispunjenje“ bez ugovornog određenja što bi se pod time smatralo, voditi u pravilu naručitelja i izvođača u neusklađen odnos.

(3) Primjer – Ugovor o izvođenju javnih radova izvanrednog održavanja županijske ceste ŽC 6223, dionica Blato-Prižba, objavljen na web stranici www.blato.hr

5.2 Visina ugovorne kazne, članak 52. PUG kao razlog za smanjenje kazne po članku 354. ZOO

Nastavno na pitanje bezrazložne uniformiranosti uređenja odredbe ugovorne kazne u ugovorima, može se istaknuti da se razlike unutar ugovornih uređenja pokazuju se isključivo u vidu visine ugovorne kazne.

Suštinski to ne predstavlja nikakvu sadržajnu različitost pri usporedbi odredbi ugovorne kazne.

U tom smislu, varijacije među ugovorima se očituju kroz oznaku visine najčešće promila po danu zakašnjenja, te kroz oznaku ukupnog postotka visine kazne u odnosu na vrijednost ugovornih radova.

Visina ugovorne kazne po osnovi obračunske jedinice „po danu kašnjenja“ uređuje se najčešće od 0,5 promila do 2 promila, a visina ukupne ugovorne kazne na najčešće do 10 posto od ukupne vrijednosti.

Pri ugovaranju npr. 2 promila dnevno, a ukupno 5% faktično s ugovorila mogućnost obračuna ugovorne kazne do 25. dana zakašnjenja.

Prema tome, naznačene uobičajene varijacije idu za time da se ugovorna kazna ograničava mogućnost obračuna do 10 dana (npr. 5 promila i 5 posto) ili najviše do 200 dana (0,5 promila i 10 posto).

Ovo su načelno najniži i najviši limiti prema kriteriju uobičajenih vrijednosti, a ne prema prisilnoj zakonskoj normi.

Prisilna zakonska norma u tom smislu uređuje dakle samo gornji limit ugovorne kazne.

Kriterij donje vrijednosti ukupne ugovorne kazne (5%) nije ničim limitiran i doista predstavlja slobodnu dispoziciju stranaka.

Ovdje je nužno naglasiti da je sada uz presumiranu primjenu Posebnih uzanca o građenju ovdje nužno ocijeniti odredbu članka 52. koja nosi naziv „visina ugovorne kazne“.

Tom odredbom je limitirana visina ugovorne kazne na 1 promil dnevno, a ukupno do 5% i to samo za slučaj kašnjenja.

Smatram da se to ograničenje ima primijeniti ako je ugovorom predviđena ugovorna kazna, a nije ugovorena njezina visina.

Odnosno, ukoliko je njezina visina ugovorena iznad ograničenja propisanih Posebnim uzancama o građenju tada će ista biti dopuštena, budući je ta odredba dispozitivnog karaktera, ukoliko nije u suprotnosti sa niže obrazloženom odredbom ZOO.

Dakle, u takvom slučaju naručitelj radova mora biti svjestan da po proteku roka iznad 50 dana, nema pravo obračunavati daljnju ugovornu kaznu, već da tada mora dokazivati stvarnu štetu koja bi premašivala iznos ugovorne kazne, a što je prema pravilima dokazivanja naknade štete izuzetno teško dokazati.

Međutim, kriterij gornje vrijednosti ugovorne kazne je limitiran odredbom ZOO čl. 354. koja uređuje mogućnost dužniku ugovorne kazne da zahtjeva od suda smanjenje ugovorne kazne ukoliko je ista „suviše visoka“.

To pravo se prvenstveno ogleda u obračunu ukupne visine ugovorne kazne. Može se pretpostaviti da bi ugovorne kazne iznad 10% vrijednosti ugovora bile rizične kod tumačenja jesu li suviše visoko ugovorene, dok bi bilo razumno zaključiti da bi ugovorne kazne iznad 20% bile očito suviše visoko ugovorene.

Za procjenu ovog posebnog prava dužnika relevantan je pojedinačni ugovorni odnos i sve okolnosti tog odnosa, te nikako ne bi bilo dobro voditi se samo postotkom visine ukupno ugovorene kazne kao temeljem te ocjene.

Druga odrednica visine ugovorne kazne prema obračunskoj jedinici „po danu kašnjenja“ također može biti primijenjena pri ocjeni jeli takva kazna suviše visoko ugovorena.

Moguća bi bila situacija da je ugovorena ukupna kazna predviđena u primjerenom ukupnoj visini od 10 posto, ali uz obračun neprimjerenih npr. 50 promila dnevno. To znači da bi tada izvođač mogao biti kažnjen sa 10 posto vrijednosti radova zbog kašnjenja od – 2 dana.

Stoga, zakonska ograničenja u pogledu suviše visoke kazne mogu biti primijenjena i u dijelu koji se direktno ne odnosi samo na ukupna visina kazne, nego i način obračuna te kazne.

Posebne uzance o građenju mogu biti i određeni orijentir pri ocjeni zahtjeva za smanjenje visine, s time da to ne znači nužno da iste ne mogu biti smanjene i ispod vrijednosti koje su predviđene tim uzancama, sukladno odluci Visokog trgovačkog suda br. Pž-236/86. (4)

Odnos visine ugovorne kazne zbog zakašnjenja, kroz izračun dana zakašnjenja, bilo bi primjereno ocjenjivati u odnosu na ugovoreni rok gradnje.

Naime svaka ugovorna kazna sukladno gornjim ograničenjima kroz promile po danu i postotak od vrijednosti radova kreće se faktično u okviru od približno 10 do 100 dana mogućeg zakašnjenja.

Svakako je od utjecaja jesu li predmetni radovi ugovoreni u trajanju od 30 dana ili npr. 365 dana. Naravno da je dulji rok gradnje temelj za veći broj dana ugovorne kazne, što znači da bi ugovaranje ugovorne kazne suprotno tom principu moglo biti posebna osnova za zahtjev za smanjenje kazne.

Iznimka od takvog pristupa može biti situacija gdje ugovoreni rok radova ovisi o konkretnoj činjenici koja se nadovezuje na ugovoreni rok.

Tako npr., bitno je različito za ocjenu roka da li naručitelj radova povodom tog roka ima ugovorene odnose sa trećim stranama ili ne.

Primjer roka koji ima svakako i konkretnu važnost obzirom na ugovorene odnose sa trećim stranama je rok za npr. dovršetak adaptacije hotelskih objekata do početka hotelske sezone obzirom da od tog roka ovisi ispunjenje obveza naručitelja odnosno osoba kojima je povjerio obavljanje djelatnosti s početkom sezone (npr. ugovori o alotmanu), a odmah po isteku ugovornog roka građenja (adaptacije).

Oprečna situacija može biti izgradnja stanova koji nisu prodani tijekom gradnje već će ugovori o prodaji biti sklopljeni nakon izgradnje.

U prvom slučaju naručitelj trpi konkretnu štetu svakim danom zakašnjenja te se može primjerenim smatrati i ugovorna klauzula koja će na dugi rok ugovorenih radova predvidjeti vrlo kratak rok za zakašnjenje uz obračun ugovorne kazne visoke vrijednosti po danu (npr. 5 promila dnevno, a maksimalno 10% od vrijednosti radova).

Pitanje prava na naknadu štete povrh ugovorne kazne time ne bi nužno trebalo biti relevantno za ocjenu je li kazna suviše visoka.

Ipak, protivno pravu dužnika da zahtjeva smanjenje ugovorne kazne postavlja se od načelo ZOO-a da se stranke moraju pridržavati ugovornih obveza (pacta sunt servanda).

Smatram da su objektivno vrlo rijetke situacije gdje bi dužnik opravdano mogao istaknuti da je, ne samo ugovorna kazna visoka već i da okolnosti koje tu kaznu čine potencijalnom previsokom nisu dužniku bile poznate u času sklapanja ugovora.

(4) Presuda Visokog trgovačkog suda br. PŽ-236/86 „Ako stranke nisu ugovorile primjenu Posebnih uzanci u građenju, ili ako iz okolnosti ne proizlazi da su njihovu primjenu htjele (čl. 21. st. 2. ZOO-a), onda se ugovorna kazna može smanjiti ako su ispunjene pretpostavke iz člana 274. ZOO-a, ali njena visina nije ograničena na 5 % od vrijednosti izvedenih radova.“

5.3 Osnovica za obračun ugovorne kazne, članak 53. PUG

Pitanje visine ugovorne kazne se može dvojako tumačiti i kroz pitanje osnovice za obračun. Jedan pristup u tumačenju te osnovice jest „ugovorena vrijednost radova“. Takva složenica se najčešće pojavljuje u ugovorima o građenju.

Međutim, sada primjenom Posebnih uzanci o građenju i kada uzance nisu izrijekom ugovorom ugovorene, postoji mogućnost za primjenu članka 53. koji nosi naziv – „Osnovica za obračunavanje ugovorne kazne.

Tim člankom se uređuje da osnovica za obračunavanje ugovorne kazne nije kako se najčešće ugovora „vrijednosti ugovorenih radova“. Tim člankom se određuje da u ukupnu ugovorenu cijenu radove ne ulazi vrijednost prije završenog i predanog dijela objekta koji čini samostalnu ekonomsku cjelinu i koji se može samostalno koristiti.

Takvim uređenjem vrlo jednostavno obračunavanje osnovice po osnovi „ugovorene vrijednosti radova“ može svakako biti znatno složenije i to upravo u ugovorima o građenju visokih vrijednosti, gdje se radovi ugovaraju po fazama sa više objekata i sl.

Ponovno se može zaključiti da i u ovom slučaju prednost ima dispozitivno uređenje osnovice samim ugovorom stranaka.

Međutim, kako se pitanje osnovice za ugovornu kaznu nerijetko ugovora nejasno ili nikako, zbog već istaknute „neopravdane uniformnosti i šturosti kod uređenja te klauzule“, moguće je da dođe do primjene članka 53. Posebnih uzanci o građenju, a time i složenog utvrđenja što je uopće osnovica za obračun ugovorne kazne, prije pitanja uzroka, odgovornosti, visine i dr.

5.4 Različito uređenje članaka 54., 55. PUG i 353.st.5. ZOO – rok za podnošenje zahtjeva za ugovornu kaznu

Rok u kojem vjerovnik može podnijeti zahtjev za ugovornu kaznu je vrlo važno pitanje za vjerovnika jer se radi o prekluzivnom roku.

U tom smjeru je stav zauzela sudska praksa, budući da se u dokaznim postupcima utvrđuje jeli zahtjev podnesen u roku, npr. primjer GŽ-824/09 , ŽS Koprivnica (6) , te Vrhovni sud RH u odluci br. Revt-91/09 (5)

Iako su odredbe ZOO člankom 11. uređene kao dispozitivne, ipak već se tim člankom uređuje i iznimka od tog pravila na način „...ako iz pojedine odredbe ovog zakona ili iz njezinog smisla ne proizlazi što drugo.“

Bilo bi razumno zaključiti da je rok iz članka 353.stavak 5. ZOO takva situacija, te da ne bi bilo dopušteno naručitelj ugovoriti drugačiji rok za podnošenje zahtjeva za ugovornu kaznu.

Međutim, prioritarnom primjenom Posebnih uzanci o građenju kod ugovora o građenju će se dakle primjenjivati odredbe članaka 54. i 55. PUG.

Odredba članka 55. PUG taj rok uređuje, u pravilu ali ne nužno – produljuje, do završetka konačnog obračuna.

Međutim, odredba članka 54. PUG uređuje i dodatno pitanje do kada se obračunava ugovorna kazna, te uređuje do primopredaje, odnosno do početka korištenja, ako je isto bilo prije.

Uređenje iz Posebnih uzanci o građenju je neusporedivo više u duhu građevinskih odnosa, jer je zakon uvjetovao naručitelju da najkasnije na primopredaji izjavi da zadržava pravo na ugovornu kaznu.

Primopredaja kao važan čin u provedbi ugovora o građenju načelno nema taj cilj, već je za bilo kakve zahtjeve financijske prirode za to predviđen konačni obračun kako se naziva u PUG ili okončani obračun kako se naziva u većini ugovora o građenju.

U tom smislu, novi je ZOO kroz prioritarnu primjenu PUG otklonio jednu svoju zakonsku nespretnost koja se istina vezala samo na ugovore o građenju, a što je davalo neočekivano pravo izvođaču da s vjerojatnim uspjehom ističe prigovor prekluzije naručitelju.

(5)

Odluka Vrhovnog suda RH br. Revt-91/09 „Pravilno je pravno stajalište nižestupanjskih sudova da tuženik neosnovano zadržava dio ugovorene cijene pozivom na odredbu ugovora o ugovornoj kazni. Primopredaja radova je izvršena bez ikakve primjedbe, a tuženik tijekom postupka nije dokazao da je izjavio tužitelju da zadržava svoje pravo na ugovornu kaznu. Zato opsežni revizijski navodi o zakašnjenju tužitelja sa izvođenjem radova nisu od značaja za donošenje zakonite odluke u ovom predmetu, jer je tuženik izgubio pravo na isplatu ugovorne kazne, budući da nije bez odgađanja saopćio tužitelju da to pravo zadržava, a što je pretpostavka ostvarenja prava na isplatu ugovorne kazne (čl. 273. st. 5. ZOO).“

5.5. Različito uređenje članka 56. PUG i 355.st.2. ZOO – pravo na naknadu štete povrh ugovorne kazne

Članak 56. PUG za razliku od članka 355.st.2. ZOO uređuje da vjerovnik može zahtijevati naknadu štete povrh ugovorne kazne samo ako je do štete došlo zbog neurednog ispunjenja, a ne kako to ZOO ostavlja otvorenim, a time i dopuštenim iz svih predviđenih razloga za ugovornu kaznu.

Što više u drugoj rečenici članka 56. PUG uređuje se da vjerovnik ne može zahtijevati naknadu štete, ukoliko je ista iznad ugovorene kazne ako ista nije ugovorena.

Ova odredba PUG u svom formalnom tumačenju može biti vrlo nepovoljna za naručitelje jer bi se dalo zaključiti da je njihovo pravo na naknadu štete preko visine ugovorne kazne moralo biti ugovoreno i tada je ograničeno samo na razlog – neuredno ispunjenje (a ne npr. zakašnjenje), koji razlog je kako je gore opisano bez ugovorne regulacije faktično neprimjenjiv.

Jedini mogući pristup oštećenog naručitelja u toj situaciji bi bio tumačenje da je ova odredba PUG nezakonita, jer je suprotna članku 355.st.2. ZOO i odredbama ZOO o naknadi štete, pa i samim načelima ZOO.

Može se zaključiti da je odredba članka 56.PUG nespretno formulirana, ali gramatičko tumačenje iste je nesumnjivo kako je gore navedeno.

Budući se sada Posebne uzance o građenju primjenjuju i kada nisu ugovorene, moguće da bi ovakve odredbe, zatim veći broj arhaičnih uređenja tih uzanci, kao i načelno usklađenje istih moguće i sa odredbama FIDIC-a - dalo povoda za novo uređenje samih Posebnih uzanci o građenju.

Što više, sukladno članku 12. st.3. ZOO odredbe PUG imaju prednost pred dispozitivnim odredbama ZOO, a ZOO je uredio da su njegove odredbe načelno – dispozitivne.

5.6 Različito uređenje članka 57. PUG i 352.st.2. ZOO - oslobođenje izvođača od plaćanja ugovorne kazne

Člankom 57. PUG uređeno je da se dužnik oslobađa plaćanja ugovorne kazne, ako je do neurednog ispunjenja ili do neispunjenja došlo zbog uzroka za koji nije odgovoran.

Ovo uređenje nije istovjetno uređenju članka 352. st.2. ZOO, a moguće je isto čak i proturječno tom zakonskom članku.

PUG očito ispušta jedan zakonski razlog za ugovornu kaznu i to upravo onaj koji se u pravilu najčešće predviđa ugovorom – zakašnjenje.

Može li se tumačiti da je kod ugovora o građenju prioritet u primjeni PUG, a kako on isključuje u slučaju zakašnjenja kao ugovornog razloga oslobođenje dužnika od plaćanja – da je time dužnik (izvođač) uvijek odgovoran za ugovornu kaznu ako je do isto došlo zbog razloga zakašnjenje koji je kao takav ugovoren.

Pitanje odgovornosti za ugovornu kaznu je najživotnije pitanje i najprije će se pojaviti kao otvoreno-sporno pitanje.

Gornje tumačenje odredbe članka 57. PUG bi bilo gramatičko točno, ali protivno članku 352.st.2. ZOO.

Ponovno se postavlja pitanje može li se ovdje PUG primijeniti jer ima prioritet kod primjene ili se neće primijeniti jer je suprotan zakonskoj odredbi.

Pitanje ocjene odgovornosti izvođača za kašnjenje je svakako vrlo složeno, jer sama činjenica (izračun) koji je rok ugovoren i kada su radovi predani u pravilu ne bi trebala dati odgovor na pitanje jeli izvođač radova - odgovoran za kašnjenje.

Izvođač radova može načelno istaknuti znatan broj razloga koji otklanjaju njegovu odgovornost za činjenicu kašnjenja.

Prije svega to su razlozi koji se tiču samog naručitelja, kao npr. da li je omogućio izvođaču, u tehničkom i pravnom smislu, u svakoj fazi gradnje počev od uvođenja u posao do predaje radova, nesmetano izvođenje radova.

Primjera radi, u većini slučajeva tijekom izvođenja radova pojavi se potreba naručitelja za tzv. izvantroškovničkim radovima. Takvi radovi se u pravilu posebnim ugovorima ne ugovaraju, a najčešće utječu na rok ugovorenih radova.

Nadalje, tijekom izvođenja radova radovi jednog izvođača ovise o radovima drugih izvođača.

Pitanje istodobnog ispunjavanja obveze naručitelja u vidu plaćanja radova, može također biti neovisni razlog za otklanjanje odgovornosti izvođača za kašnjenje.

Utvrđenje većeg broja različitih relevantnih okolnosti koje su u zbiru dovele do činjenice zakašnjenja predaje radova, zahtjeva svakako analizu i ocjenu i po kriteriju osnovanosti i po vremenskom značaju, primjer presuda Županijskog suda u Koprivnici br. Gž-824/09 (6).

Za tu svrhu je vrlo važno i pravno praćenje izvođenja radova, te pravodobno i pravilno podnošenje zahtjeva za produljenje rokova (neovisno hoće li isti biti prihvaćeni), kao i evidentiranje svih relevantnih događaja kroz građevinski dnevnik i neposrednu pisanu korespondenciju između izvođača i naručitelja.

Pitanje prekoračenja rokova izvođenja radova nerijetko ugovorom predviđa mogućnost nemogućnost daljnjeg financiranja investitora, a što za njega nije povoljno rješenje radi čega on kao naručitelj formalno prihvaća produljenje roka. Time ujedno sebi načelno uskraćuje mogućnost za postavljanje zahtjeva za ugovornu kaznu, budući je ispunjenje u produljenom roku, ispunjenje u roku.

Sva pravila naravno jednako vrijede u cijelom lancu izvođenja radova, kako od investitora kao naručitelja prema glavnom izvođaču, tako od njega dalje prema podizvoditeljima, gdje glavni izvođač u bitnom preuzima ulogu naručitelja.

Jedan neovisni razlog za oslobođenje dužnika od plaćanja ugovorne kazne može biti i temeljena na činjenici je li zahtjev od zadržanju prava na ugovornu kaznu podnijela ovlaštena osoba vjerovnika.

Kod ugovora o građenju načelno postoje dva nivoa komunikacije pa time i pravnog značaja izjava koji međusobno izmjenjuju naručitelj i izvođač.

Jedan nivo takve komunikacije odvija se između zakonskih zastupnika ili osoba koje su dobile njihovo ovlaštenje po punomoći te se odnosi na sklapanje ugovora o građenju, dodatka tom ugovoru, ugovaranje naknadnih radova, te načelno daljnja pitanja koja imaju neposredno financijski značaj u ime naručitelja ili izvođača.

Drugi nivo te komunikacije odvija se između nadzornog inženjera u ime naručitelja te voditelja gradnje u ime izvođača. Opseg njihovih ovlaštenja sastoji se načelno u pregledu radi odobravanja izvedenih radova, obračunu i evidencije tih radova, te svih građevinsko-tehničkih relevantnih događaja tijekom gradnje.

Izjava o zadržavanju prava na ugovornu kaznu prema odredbama ZOO-a trebala se dati do primitka ispunjenja (načelno primopredaje) odnosno prema odredbama PUG-a do konačnog obračuna.

Ova dva događaja u procesu ispunjenja ugovora o građenju se načelno provode putem nadzornog tijela i voditelja gradnje, a rjeđe putem samih zakonskih zastupnika. Međutim pitanje izjave o zadržanju prava na obračun ugovorne kazne je svakako i financijsko pitanje i shodno tome postoji osnova da kao tako bude u ovlasti zakonskih zastupnika.

Ova dvojba može dovesti i do konačnog gubitka prava na ugovornu kaznu ukoliko je takav zahtjev izjavljen od strane neovlaštene osobe.

Sadašnje uređenje koje daje prioritet odredbama PUG-a gdje se vremenski limitira sa konačnim obračunom prekluzija na isticanje zahtjeva na zadržanje prava na ugovornu kaznu može uzrokovati i pitanje kojim to daljnjim ispravama naručitelj doista obračunava ugovornu kaznu obzirom da nakon konačnog obračuna ne postoji daljnji obračun.

Shodno tome bilo bi primjerenije tumačiti da bi tada naručitelj trebao ne samo zadržati pravo već i izjaviti svoj zahtjev sa izračunom ugovorne kazne, a sve kako bi izvođač imao mogućnost tada u primjereno vrijeme i unutar isprave koja upravo i tome služi dati svoje očitovanje te se oko istoga usuglasiti ili transparentno naznačiti razloge zbog kojih nije suglasan prihvatiti takav zahtjev.

Odredba čl 55 PUG-a svakako nije jasna jer „zahtjev za ostvarivanje prava“ nije dovoljno jasno određeno je li to – zahtjev za zadržaj prava bez izračuna financijskog dijela zahtjeva ili je to doista zahtjev sa financijskim izračunom kao konačni novčani zahtjev.

(6)

Odluka Županijskog suda Koprivnica br. Gž-824/09 „.Kako je tužitelj do tog roka izvršio radove na izgradnji građevine on uopće nije došao u zakašnjenje, zbog čega tuženik nema pravo na naplatu ugovorne kazne koja je ugovorom predviđena u slučaju zakašnjenja s izvođenjem radova. Isto tako, kada bi se i prihvatila tvrdnja tuženika da su radovi izvedeni sa zakašnjenjem , i po ocjeni ovog suda, pravilno je prvostupanjski sud utvrdio da su razlozi u zakašnjenju ili na strani tuženika, ili su objektivne prirode koji su i predviđeni ugovorom i da na tužitelju ne leži krivnja za zakašnjenje u izvođenju radova, pa niti po tom osnovu tuženik ne bi imao pravo na naplatu ugovorne kazne.“

Ad 6.**Zaključak**

Imajući u vidu gornje pravne dvojbe, te završno pitanje odgovornosti za razloge ugovore kazne jasno se zaključuje da je institut ugovorne kazne kod ugovora o građenju vrlo dinamičan i složen za primjenu.

Primjena odredaba ugovora o ugovornoj kazni objektivno dolazi tek pri kraju samog ugovornog odnosa, jer je nužno vezana na rok ispunjenja.

Međutim, nije nužno da tek tada pri kraju ugovornog odnosa počinje interes stranaka za utvrđenje relevantnih okolnosti za ocjenu ugovorne kazne. Svakako da se mnoge okolnosti mogu predvidjeti i preventivno, bez povoda i konkretnih interesa, te ugovorom unaprijed i urediti.

Sadašnje pojačano uređenje ovog instituta kroz presumiranu primjenu odredaba Posebnih uzanci o građenju ne može zamijeniti konkretnu ugovornu regulaciju, koja treba biti prilagođena pojedinačnom projektu i odnosu.

Intencija stranaka u ugovorima o građenju je najčešće urediti samo pitanje zakašnjenja, što se uređuje kako je gore analizirano sa nerijetko šturim i nejasnim odredbama. Uobičajene vrijednosti ugovorne kazne ugovaraju se najčešće do visine od 5 ili 10% vrijednosti radova.

Upravo ovi isti postoci tj. vrijednosti, predstavljaju ukupnu operativnu dobit izvođača, osobito ako se radi o glavnom izvođaču koji ugovara, a faktično sam ne izvodi radove, a što je pravilo kod mnogih vrednijih ugovora o građenju.

Činjenica zakašnjenja izvođača u odnosu na ugovoreni rok u ugovorima o građenju, svakako je više pravilo nego iznimka.

Može se stoga zaključiti, da time pitanje ocjene ugovorne kazne može biti pitanje koje odlučuje - o cjelokupnoj dobiti izvođača po pojedinom ugovoru.

U tom smislu, financijska važnost i pravna složenost ugovorne kazne trebale bi biti osnova za pažljivo i razrađeno ugovaranje ugovorne kazne kod ugovora o građenje, a što je još uvijek rijedak slučaj.

Miće Ljubenko