

др Милена ЂОРЂЕВИЋ, LL.M.  
доцент на Правном факултету Универзитета у Београду

## ПУНОВАЖНОСТ УГОВОРНИХ ОДРЕДАБА О ПЛАЋАЊУ УНАПРЕД ОДРЕЂЕНОГ НОВЧАНОГ ИЗНОСА ЗА СЛУЧАЈ ПОВРЕДЕ ГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ\*

### Резиме

*Уговарање одредаба којима се дужник обавезује да илајни одређени новчани износ повериоцу за случај повреде уговора је уобичајена пословна пракса у међународној трговини. То, међуостим, још увек не значи да различити национални закони на исти начин третирају пуноважност оваквих одредаба и њихово дејство. Овај рад настоји да пружи прећлед концептуалних разлика у пољеду пуноважности и дејства ових одредаба у земљама англосаксонској и континенталној правној сисћема. Аутор зајим указује на најоре који су учињени на међународном плану с циљем стварања једнообразној правној оквира за ову материју. Рад настоји и да пружи одговор на питање на који начин се пуноважност ових одредаба има применити када се на уговор у којем су садржане примењује Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе. На крају, аутор износи и конкретне предлоге у пољеду сачињавања текста уговора који садржи овакве клаузуле, а којима би се обезбедила њихова пуноважност без обзира на меродавно право и надлежни суд, односно арбитражу пред којим се ово питање решава.*

**Кључне речи:** Бечка конвенција, уговорна казна, уговорена накнада, накнада штете, пуноважност.

---

\* Рад је написан као прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правној сисћема Србије и хармонизација са правом ЕУ – правни, економски и социолошки аспекти (2013).“

## I Уводне напомене

Закључивањем уговора о међународној продаји робе уговорне стране на себе преузимају одређена права и обавезе, али и одређене ризике: купац да неће добити робу коју је платио, продавац да неће добити цену за робу коју је испоручио. За случај да се један од ових ризика оствари, тј. за случај да једна уговорна страна не испуни своју обавезу, Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту: Бечка конвенција или Конвенција),<sup>1</sup> као и велики број модерних националних закона,<sup>2</sup> у члановима 45 и 61 предвиђа широк спектар правних средстава заштите на које оштећена страна има право за случај повреде уговора,<sup>3</sup> а чији је циљ да нарушену равнотежу међусобних уговорних давања поново успостави, односно да повериоца доведу у позицију у којој би био да је дужник извршио своје обавезе у складу са уговором. Између осталог, Конвенција предвиђа да друга уговорна страна може захтевати накнаду штете коју услед тога трпи. Уколико стране нису друкчије уговориле, обим накнаде штете, односно висина накнаде,<sup>4</sup> одмериће се према одредбама чланова 74–77

- 1 Бечка конвенција донета је 11. априла 1980. године, а ступила на снагу 1. јануара 1988. године. Текст Конвенције на светским језицима доступан је на интернет страници Комисије УН за међународно привредно право (UNCITRAL): [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html). Текст Конвенције на српском језику налази се у Закону о ратификацији Конвенције (*Службени гласник СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/84). СФРЈ је била једна од првих земаља које су ратификовале Конвенцију, и на тај начин допринела њеном ступању на снагу 1988. године. Закључно са 1. априлом 2013. године Конвенцију је ратификовало 79 држава света. Списак држава које су ратификовале Конвенцију доступан је на адреси: <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.
- 2 За упоредноправни приказ правних средстава заштите повериоца за случај повреде уговора вид. Guenter H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract – A Comparative Account*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- 3 Општи је став да ово није затворен списак правних средстава на које оштећена страна има право за случај повреде уговора јер начело аутономије воље дозвољава уговорним странама да предвиде и друга средства заштите њихових уговорних интереса за случај повреде уговора. Међутим, сматра се, без изузетка, да чланови 45 и 61 Конвенције искључују могућност коришћења правних средстава заштите које уговорним странама могу стајати на располагању на основу одредаба меродавног националног права, а које Конвенција изричито уређује. Вид. Markus Müller-Chen, „Article 45“ у: Ingeborg Schwenzer (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, New York, 2010, стр. 701–702; одлука америчког суда за јужни дистрикт државе Њујорк у случају *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.* од 10. маја 2002. године (CISG-Online бр. 653).
- 4 У правној теорији се обим накнаде *штите* може посматрати само са становишта обухвата накнаде штете (као скуп свих штета које су се догодиле због неке штетне радње а које се надокнађују), одвојено од питања висине накнаде штете (вид.

Конвенције, а уговорна одговорност за накнаду штете биће ограничена одредбама чланова 79 и 80 Конвенције.<sup>5</sup>

Упоредна анализа права на накнаду штете и других правних средстава за заштиту интереса повериоца за случај повреде уговора, неспорно показује да је право на накнаду штете, иако по формалном редоследу последње на списку правних средстава оштећене стране за случај повреде уговора, несумњиво најважније правно средство повериоца и готово увек доступно, било самостално, било допунски уз друго правно средство.<sup>6</sup> Отуд и не чуди да је међународна пословна пракса

Martin Vedriš, *Osnove imovinskog prava – Opći dio Imovinskog prava, stvarno, obvezno i nasljedno pravo*, Informator, Zagreb, 1977, стр. 313–314), а могуће је и његово проучавање како у смислу врста штете које се могу накнадити, тако и у погледу висине накнаде штете (вид. Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2008, стр. 508). Члан 266 Закона о облигационим односима под насловом „Обим накнаде“ обухвата како питања врсте штете која се може надокнадити за случај повреде уговора, тако и питања одмеравања (и ограничења) њене висине.

5 Као руководна начела у одмеравању накнаде штете и ограничењу њеног обима у систему Конвенције издвајају се начело потпуне накнаде штете, начело аутономије воље, начело накнаде предвидљиве штете, начело спречавања штете, начело новчане накнаде штете, начело конкретног одмеравања штете, начело разумности, начело повериоачевог слободног избора у погледу начина одмеравања штете и начело умањења накнаде штете због користи коју је поверилац имао у вези са повредом уговора. Вид. Милена Ђорђевић, *Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 104–287. О ослобођењу од одговорности за накнаду штете према одредбама Бечке конвенције вид. М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 146–165.

6 Вид. М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 30–103. У истом смислу вид. Peter Huber, „Article 45“, у: Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, С. Н. Beck-Hart-Nomos, Munich, 2011, стр. 685; М. Müller-Chen, *нав. дело*, стр. 699; Peter Schlechtriem, Petra Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2008, стр. 93; Joseph Lookofsky, „The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, у: Jacques Herbots (ed.), *International Encyclopedia of Laws – Contracts*, Supplement 49, Kluwer Law International, The Hague, 2007, стр. 121; Chengwei Liu, *Remedies in International Sales Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, Juris Net LLC, New York, 2007, стр. 395; Sieg Eiselen, „Measuring damages for breach of contract: Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Article 74 of the CISG“, у: John Felemegas (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, New York, 2007, стр. 212; Riku Korpela, „Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, у: Pace International Law Review (ed.), *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2004–2005*, Sellier ELP, Munich, 2006, стр. 76; Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises, droit uniforme*, LGDJ, Paris, 2000, стр. 399–400; John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United*

и анализа неколико стотина судских и арбитражних одлука показала да је захтев за накнаду штете најчешће истицан захтев за заштиту интереса повериоца због повреде уговора.<sup>7</sup> Ово је последица, пре свега, бројних услова чија се испуњеност захтева за коришћење других правних средстава, односно једноставности доказивања испуњености услова за коришћење права на накнаду штете и позитивним ефектима који се правилно утврђеним обимом накнаде штете и правилно одмереном висином накнаде штете на тај начин остварују у имовини повериоца (он се тако доводи у имовинску ситуацију у којој би био да је уговор уредно извршен).

Претходно изнето, међутим, не значи и да је штету чија се накнада захтева увек лако доказати,<sup>8</sup> нити да тако одмереном висином накнаде поверилац увек бива у потпуности заштићен од негативних последица

*Nations Convention*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, стр. 302–303; Michael Will, „Article 45“, у: Massimo C. Bianca, Michael J. Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law – the 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milan, 1987 стр. 331; Сандра Фишер-Шобот, „Право купца на накнаду штете због повреде обавезе испоруке у међународном и домаћем праву“, *Правни животи*, бр. 11/2011, стр. 386; Јелена Перовић, „Принцип потпуне накнаде и правило предвидљивости штете у Конвенцији УН о међународној продаји робе“, *Правни животи*, бр. 11/2010, стр. 273; Витомир Поповић, Радован Вукадиновић, *Међународно њословно љраво – љосебни гео: Уовори међународне љривине*, Бањалука – Крагујевац, 2010, стр. 212. У истом смислу вид. одлуку немачког суда *OLG M¼nchen* од 11. јула 2011. године (Pace); одлуку немачког суда *OLG Hamm* од 30. новембра 2010. године (CISG-Online бр. 2291); одлуку аргентинског суда *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial* од 5. октобра 2010. године (CISG-Online бр. 2207); одлуку аргентинског суда *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial* од 24. јуна 2010. године (CISG-Online бр. 2132); одлуку немачког суда *LG Stuttgart* од 29. октобра 2009. године (CISG-Online бр. 2017); одлуку грчког првостепеног суда у Атини бр. 8161/2009 из 2009. године (Pace); одлуку швајцарског суда *AG Luzern-Land* од 21. септембра 2004. године (CISG-Online бр. 963); одлуку руске ICAC арбитраже од 16. априла 2003. године (CISG-Online бр. 1683); одлуку швајцарског суда *Cour de Justice de Genève* од 15. новембра 2002. године (CISG-Online бр. 853); одлуку швајцарског суда *HG des Kantons Aargau* од 5. новембра 2002. године (CISG-Online бр. 715); одлуку ICC арбитраже бр. 9978 од 1. марта 1999. године (CISG-Online бр. 708).

7 У том смислу проф. Готанда истиче: „У не љако давној љрошлости љи љи љања која су се љи љцала накнаде љи ље ље у међународним љи љоровима из облас љи љи љоворно љи љрава нису изазивала мно љо љажње љра љи љи љчара, судија, ар љи љара и ака љемске јавнос љи љи. Данас, међу љи љим, ова љи љи љања су љес љи љо у љен љи љру љи љора, и љред љи љи љав љају нај љом љи љикованија, нај љи љорнија и нај љи ље же об ља љи љни ва љра ва љи љи љања, и све више љри в љла че љаж љу међународне зај љеднице.“ John Gotanda, *Damages in Private International Law*, Recueil Des Cours 326 (2007), Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007, стр. 83.

8 Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, New York, 2012, стр. 636. Више о доказивању штете вид. I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 645–648; М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 181–190.

повреде уговора по његову имовину.<sup>9</sup> Напротив, одмеравање накнаде штете се често у литератури означава као најкомпликованије питање за судију, односно арбитра који решава спор из области међународног привредног права.<sup>10</sup> Додатно, није увек ни у интересу повериоца да ‘отвори своје књиге’ и суду, односно арбитражи, а самим тим и супротној страни, односно јавности, пружи доказе о маржама које наплаћује, клијентима и другим поверљивим пословним информацијама, од којих зависи одмеравање накнаде измакле добити, на пример.<sup>11</sup> Из овог разлога, уговорне стране често уговором предвиђају који се облици штете имају надокнадити за случај повреде уговора, а не ретко уговором унапред предвиђају и новчани износ који дужник има платити повериоцу за случај повреде уговора.<sup>12</sup> Оваква уговорна пракса у складу је са

9 О проблемима накнаде појединих облика штете, као и о начинима ограничења висине накнаде штете, вид. I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 611–623, 636; М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 196–287, 337–435.

10 John Gotanda, „Recovering Lost Profits in International Disputes“, *Georgetown Journal of International Law*, бр. 36/2004, стр. 62; М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 210–218.

11 Peter Schlechtriem, *Calculation of damages in the event of anticipatory breach under the CISG*, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem20.html>.

12 Jack Graves, „Penalty Clauses and the CISG“, *The Journal of Law & Commerce*, бр. 30/2012, стр. 155; I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 633; Giuditta Cordero-Moss (ed.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press, New York, 2011, стр. 161 et seq; Larry DiMatteo, „Enforcement of Penalty Clauses: A Civil-Common Law Comparison“, *Internationales Handelsrecht*, бр. 5/2010, стр. 193; Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson’s Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2010, стр. 565; Pascal Hachem, *Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation – Rethinking Penalty and Liquidated Damages Clauses*, Dissertation, University of Basel, Basel, 2009, стр. 4; Antonias Dimolitsa, „Contractual remedies: clauses pénales and liquidated damages clauses“, у: Filip De Ly & Laurent Lévy (eds.), *Interest, Auxiliary and Alternative Remedies*, Dossiers, ICC Publication No. 684, Paris, 2008, стр. 14; Carole Murray, David Holloway, Daren Timson-Hunt, *Schmitthoff’s Export Trade – The Law and Practice of International Trade*, Sweet & Maxwell, London, 2007, стр. 91; Friedrich Blase, Philipp Höttler, „Claiming Damages in Export Trade – On Recent Developments of Uniform Law“, у Pace International Law Review (ed.), *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2004–2005*, Sellier Elp, Munich, 2006, стр. 57; Bernardo Cremades, „Les dommages-intérêts conventionnels prévus en cas de rupture de contrat, les clauses pénales et les dommages-intérêts à caractère répressif dans les contrats internationaux“, *Revue de droit des affaires internationales*, бр. 1/2004, стр. 329–330; Marcel Fontaine, Filip De Ly, *Droit des Contrats Internationaux: analyse et rédaction de clauses*, FEDUCI, Bruylant, Bruxelles 2003, стр. 331; Небојша Јовановић, *Кључне разлике енглеској и српској уговорној љрава*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 109; Petar Miladin, „Odnos ugovorne kazne i srodnih klauzula“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, бр. 56(6)/(2006), стр. 1761–1762; С. Перовић (ред.), *Коментар Закона о облијационим односима*, књига прва, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 628; Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Пословна политика, Београд,

начелом аутономије воље, које је једно од основних начела на којима Конвенција почива.<sup>13</sup>

Имајући у виду значај ових уговорних одредаба, као и учесталост њихове употребе, разматраћемо најпре њихово дејство у упоредном праву (део II), затим њихов значај у униформном праву (део III) и, коначно, питање њихове пуноважности у уговорима на које се примењује Бечке конвенције (део IV).

## II Одредбе о плаћању унапред одређеног новчаног износа за случај повреде уговора у упоредном праву

Већ смо назначили да је уговарање одредаба којима се дужник обавезује да плати одређени новчани износ повериоцу за случај повреде уговора уобичајена пословна пракса у међународној трговини. Ове одредбе, које се у различитим земљама означавају различитим терминима (одредбе о уговореној накнади штете (енгл. *liquidated damages*) или одредбе о уговорној казни (фр. *clauses pénales*)), у већини случајева служе истој сврси и у уговор се уносе с истом наменом – оне представљају претходно учињену процену висине накнаде штете (претпостављена штета) коју ће дужник платити за случај повреде уговора<sup>14</sup> и на тај начин избећи потребу доказивања конкретне штете, која је у већини случајева „ђаволски посао“.<sup>15</sup>

1993, стр. 298; Михаило Константиновић, „Природа уговорне казне – смањење од стране суда“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/1953, стр. 212.

13 Вид. одлуку грчког првостепеног суда из Атине бр. 4505/2009 (Pace); одлуку Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије (у даљем тексту: српска СТА) бр. Т-4/05 од 15. јула 2008. године (CISG-Online бр. 1795); одлуку српске СТА бр. Т-10/09 од 31. маја 2010. године (CISG-Online бр. 2262); одлуку српске СТА бр. Т-4/05 од 15. јула 2008. године (CISG-Online бр. 1795); одлуку италијанског суда *Tribunale di Padova* од 25. фебруара 2004. године (CISG-Online бр. 819); одлуку српске СТА бр. Т-2/00 од 9. децембра 2002. године (CISG-Online бр. 2123); одлуку италијанског суда *Tribunale di Rimini* од 26. новембра 2002. године (CISG-Online бр. 737); одлуку белгијског суда *Hof Beroep Ghent* од 15. маја 2002. године (CISG-Online бр. 746); одлуку белгијског суда *Rechtbank van Koophandel Ieper* од 18. фебруара 2002. године (CISG-Online бр. 764); одлуку немачког суда *LG Stendal* од 12. октобра 2000. године (CISG-Online бр. 592).

14 У теорији се оправдано истиче да је у већини трговачких уговора *quid pro quo* за укључивање одредбе о уговореној накнади повећање цене. У том смислу, одредба о уговореној накнади игра улогу полисе осигурања. Оштећени кроз већу цену плаћа премију осигурања од повреде уговора, а за случај да до повреде дође – кроз уговорену накнаду штете добија обештећење. Вид. L. DiMatteo, *нав. чланак*, стр. 194.

15 Bruno Zeller, „Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?“, *Pace International Law Review*, бр. 23/2011, стр. 1–2; P. Hachem, *нав. дело*, стр. 33; A. Dimolitsa, *нав. дело*, стр. 13; Larry DiMatteo, „Penalties as Rational Response to Bargaining Irrationality“,

Примера ради, у једном случају у српској арбитражној пракси истакнуто је да је „сврха уговорне казне да унапред одреди колики је износ штеђења за повреду уговора; поверилац се ослобађа терета доказивања постојања штеђења односно њене висине и довољно је да дужник није о доспелости извршио своју обавезу – на дужнику је терет доказивања да није одговоран за закашњење (у том смислу треба тумачити одредбу члан 275 став 1 Закона о облигационим односима према којој поверилац има право да захтева уговорну казну и кад није претрпео штеђења)<sup>16</sup>“.

На сличан начин на уговорну казну гледа и део српске судске праксе који стоји на становишту да је споразум парничних странака о уговорној казни „један од најчешћих инструмената којима се уређују односи између привредно правних субјеката поводом штеђења које настају кршењем међусобних уговорних обавеза. Поверилац у чију је користи споразумом предвиђена уговорна казна, умесно да изражи и утврђује накнаду штеђења по одређеним правилима уговорне одговорности уз обавезу да докаже да је штеђење претрпео и колика је она, може се одредити и за најлакше уговорне казне уз једину обавезу да докаже постојање повреде обавезе од стране дужника“.<sup>17</sup>

Међутим, како један од разлога уговарања ових одредаба може бити и појачавање уговорне дисциплине, тј. вршење притиска на дужника да изврши уговор,<sup>18</sup> то се оне не третирају на исти начин у земљама

*Michigan State Law Review*, 2006, стр. 883–923; Hans Stoll, Georg Gruber, „Article 74“, у: Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, New York, 2005, стр. 769; Lucinda Miller, „Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study“, *International & Comparative Law Quarterly*, бр. 53/2004, стр. 79–106; M. Fontaine, F. De Ly, *нав. дело*, стр. 332; Ugo Draetta, Ralph Lake, *Contrats Internationaux: pathologie et remèdes*, FEDUCI, Bruylant, Bruxelles, 1996, стр. 114–115; G. H. Treitel, *нав. дело*, стр. 212; Hugh Beale, *Remedies for Breach of Contract*, Sweet & Maxwell, London, 1980, стр. 53; Гордана Ајншпилер–Поповић, „Институт уговорне казне у домаћем законодавству“, *Правни инструктор*, бр. 16/2012 (ParagrafLex); Јаков Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд, 2000, стр. 321; Витомир Поповић, *Правни аспекти доцне кривца*, Бања Лука, 1998, стр. 141; Александар Јакшић, Срђан Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, Београд, 1995, стр. 299; Ивица Јанковец, „Начело потпуне накнаде штете у случају повреде уговора“, *Привредноправни приручник*, бр. 7/1983, стр. 5; Владимир Капор, *Уговор о кувовини и продаји робе – тумач Ојшћих узанси за промет робом*, Савремена администрација, Београд, 1961, стр. 271; М. Константиновић, *нав. чланак*, стр. 210.

16 Вид. одлуку српске СТА бр. Т-22/05 од 30. октобра 2006. године (CISG-Online бр. 2081). У истом смислу, вид. одлуку српске СТА бр. Т-22/05 од 30. октобра 2006. године (CISG-Online бр. 2081).

17 Вид. пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 8266/2003 од 5. августа 2004. године. У истом смислу вид. пресуду Врховног суда Србије, Прев. 395/2005 од 16. новембра 2005. године и пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 2909/2008.

18 Вид. L. DiMatteo, *нав. чланак (2010)*, стр. 193; G. H. Treitel, *нав. дело*, стр. 213; H. Beale, *нав. дело*, стр. 53; Г. Ајншпилер–Поповић, *нав. рад*; Јелена Перовић, „Заштит-

англосаксонске и континенталне правне традиције.<sup>19</sup> То и не чуди ако се узме у обзир различит третман у погледу права на извршење уговора у овим земљама.<sup>20</sup>

не клаузуле у међународним трговинским уговорима“, *Правни животић*, бр. 12/2009, стр. 480–481; Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 321; С. Перовић (ред.), *нав. дело*, стр. 628–629; А. Јакшић, С. Стојановић, *нав. дело*, стр. 299; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 298; М. Константиновић, *нав. чланак*, стр. 210.

На двоструку улогу уговарања уговорне казне указано је и у српској арбитражној пракси: „у уговорном праву уговорна казна истра видну улогу као важан фактор учвршћивања уговорне дисциплине (обезбеђења испољивања) и као средство остваривања права на накнаду штете која настаје повредом обавезе. Према томе у уговорном праву, као и у нашем праву уговорна казна има две функције и то функцију средства обезбеђења уговора и функцију средства накнаде штете. Свака од поменутих двеју функција уговорне казне представља бићно обележје природе уговорне казне, иако ће у једном случају бити јаче наглашена њена функција средства обезбеђења, док ће у другом преовлађати њена функција накнаде штете“. Вид. одлуку српске СТА бр. Т-2/00 од 9. децембра 2002. године (CISG-Online бр. 2123).

19 Одредбе које примарно имају за циљ накнаду штете за случај повреде уговора сматрају се пуноважним у готово свим земљама света. Одредбе које имају циљ да изврше притисак на дужника како би извршио своју обавезу или да га казне за случај неизвршења нису пуноважне у земљама англосаксонске правне традиције. Вид. J. Graves, *нав. чланак*, стр. 166; Pascal Hachem, „Agreed Sums in CISG Contracts“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, бр. 3/2011, стр. 141–143; L. DiMatteo, *нав. чланак* (2010), стр. 193–199; Ewan McKendrick, „Article 7.4.13“, у: Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, стр. 919–920; Allan Farnsworth, *Contracts*, 4th edition, Aspen Publishers, New York, 2004, стр. 811–817; Michel Berger, „Préjudice indemnisable et droit international des contrats“, *International Business Law Journal*, бр. 4/2004, стр. 430; B. Cremades, *нав. чланак*, стр. 330–331; Aristides Hatziis, „Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law“, *International Review of Law and Economics*, бр. 22/2002, стр. 381–403; Clayton Gillette, Steven Walt, *Sales Law – Domestic and International*, Foundation Press, New York, 2002, стр. 379; James Klotz, John Barrett, *International Sale Agreements – An Annotated Drafting and Negotiating Guide*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, стр. 259–260; Ugo Mattei, „The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts“, *American Journal of Comparative Law*, бр. 43/1995, стр. 433–434; G. H. Treitel, *нав. дело*, стр. 228–229; Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 109.

20 Наиме, правници континенталноправне традиције захтев за извршење уговорне обавезе виде као примарно средство заштите уговорних интереса оштећене стране, док правници англосаксонског правног система повериоцу дају право да захтева извршење само изузетно, а у накнади штете виде примарно и адекватно средство заштите уговорних интереса повериоца. Вид. J. Graves, *нав. чланак*, стр. 170; I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 562–571; Ignacio Marín García, „Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to be solved by the Contracting Parties“, *European Journal of Legal Studies*, бр. 5/2012, стр. 82; Andrea Björklund, „Article 28“, у: S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds.), *нав. дело*, стр. 372–375; M. Müller-Chen, „Article 28“, у: I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 459–461;



У земљама континенталне правне традиције, одредбе о уговорној казни, по правилу, представљају одредбе о унапред одређеном новчаном износу који се има платити за случај повреде уговора, који, по правилу, служи накнади штете.<sup>21</sup> Тај износ понекад може укључивати и елемент који прелази износ накнаде штете, те представља и средство за појачавање уговорне дисциплине, али нема утицаја на пуноважност ових одредаба.<sup>22</sup> Међутим, судови земаља континенталног права, готово без изузетка, задржавају право да, на приговор дужника или *ex officio*, износ уговорене накнаде, који је у грубој несразмери са износом стварно претрпљене штете (или ако је он несразмерно висок с обзиром на вредност и значај предмета обавезе), умање.<sup>23</sup>

Vanessa Mak, *Performance – Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, стр. 77–114; J. Gotanda, *нав. дело*, стр. 92, 94–105; C. Liu, *нав. дело*, стр. 15; Peter Huber, Alastair Mullis, *The CISG – A new textbook for students and practitioners*, Sellier ELP, Munich, 2007, стр. 186; Jürgen Basedow, „Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG“, *International Review of Law and Economics*, бр. 25/2005, стр. 492–493; Franco Ferrari, „What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG“, *International Review of Law and Economics*, бр. 25/2005, стр. 336–337; Avery Katz, „Remedies for Breach of Contract Under the CISG“, *International Review of Law and Economics*, бр. 25/2005, стр. 384; Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edition, Clarendon Press, Oxford, 1998, стр. 470–483; U. Draetta, R. Lake, *нав. дело*, стр. 65–66; G. H. Treitel, *нав. дело*, стр. 46; Jacob Ziegel, „The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives“ у: Nina Galston, Hans Smit (eds.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Mathew Bender, New York, 1984, стр. 9–9, 9–10; Катарина Јовичић, „Захтев за извршење уговора према Бечкој конвенцији о уговорима о међународној продаји робе“, *Правни живоић*, бр. 11/2011, стр. 389–390; В. Поповић, Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 178; Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 95; Јелена Вилус, Славко Царић, Стеван Шогоров, *Међународно привредно право*, Научна књига, Београд, 1989, стр. 199; Јелена Вилус, „Бечка конвенција о међународној продаји робе и компромиси на којима почива“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1985, стр. 353.

21 A. Hatzis, *нав. чланак*, стр. 399–401; L. Miller, *нав. чланак*, стр. 85; Peter Benjamin, „Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law“, *International & Comparative Law Quarterly*, бр. 9/1960, стр. 610–611; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 297.

22 L. Miller, *нав. чланак*, стр. 85; P. Benjamin, *нав. чланак*, стр. 618, 620; P. D. V. Marsh, *Comparative Contract Law: England, France, Germany*, Gower, Hampshire 1994, стр. 329–331.

23 Вид. члан 274 ЗОО; члан 1152 став 2 Француског грађанског законика; члан 1384 Италијанског грађанског законика; члан 1336 став 2 Аустријског грађанског законика; § 343 Немачког грађанског законика и др. Више о томе вид. М. Константиновић, *нав. чланак*, стр. 211–214; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 313–316; Драган Павић, „Судска контрола висине уговорне казне“, *Правни живоић*, бр. 10/2000, стр. 399–403; I. Schwenzler, P. Nachev, C. Kee, *нав. дело*, стр. 638–640; I. M. García, *нав. чланак*,

У земљама англосаксонског права, с друге стране, да би одредба о уговореној накнади била пуноважна она мора да представља *истинску* процену (енгл. *genuine estimate*) штете која може настати за случај повреде уговора и не сме служити 'заstraшивању' дужника (дејство *in terrorem*).<sup>24</sup> Уколико је њен износ већи од разумног, или уколико њена сврха није накнада штете већ стварање притиска на дужника да своју обавезу изврши на време и у свему у складу са уговором, оваквој одредби неће бити признато правно дејство.<sup>25</sup> Међутим, ако се утврди да је одредба пуноважна, суд, по правилу, неће прибегавати њеном смањењу, чак и ако она није сразмерна стварно насталој штети, или ако не постоји могућност реалне процене штете, јер начела слободе уговорања и правне сигурности, нарочито у трговинским уговорима, у овим земљама имају примат у односу на начело заштите дужника.<sup>26</sup>

Даље, док у земљама континенталног права, по правилу, поверилац има могућност избора између уговорне казне и других правних средстава која му стоје на располагању, па тако и могућност да захтева накнаду штете изнад износа уговорне казне, уколико докаже постојање штете већег обима,<sup>27</sup> у земљама англосаксонског права, с друге стране,

стр. 85–86; P. Hachem, *Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation – Rethinking Penalty and Liquidated Damages Clauses*, Eleven international publishing, Den Haag, 2010, стр. 123–124; Frank McKenna, „Liquidated damages and penalty clauses: a civil law versus common law comparison“, *Critical Path*, 2008, стр. 4–5.

24 Вид. одлуку енглеског суда у случају *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.*, [1914] UKHL 1, [1915] AC 79; § 2– 718(1) JT3; § 365(1) Зборника (другог) америчког уговорног права. Више о томе вид. L. DiMatteo, *нав. чланак* (2010), стр. 195–198; A. Farnsworth, *нав. дело*, стр. 811–817; D. R. Harris, „Chapter 26: Damages“, у: Hugh Beale (ed.), *Chitty on Contracts*, vol. I, Sweet & Maxwell, London, 2004, стр. 1490–1492; Harvey McGregor, *McGregor on Damages*, Sweet & Maxwell, London, 2003, стр. 431–444; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, *нав. дело*, стр. 566–569; Louise Gullifer, „Agreed Remedies“, у: Andrew Burrows, Edwin Peel (eds.), *Commercial Remedies Current Issues and Problems*, Oxford University Press, Oxford, 2003, стр. 194–195; Guenter H. Treitel, *The Law of Contract*, Thomson – Sweet & Maxwell, London, 2003, стр. 999–1002; C. Murray, D. Holloway, D. Timson-Hunt, *нав. дело*, стр. 91–92; A. Hatzis, *нав. чланак*, стр. 384–389; L. Miller, *нав. чланак*, стр. 80–85; P. Benjamin, *нав. чланак*, стр. 602–606.

25 *Ibid.*

26 Вид. Giuditta Cordero-Moss, „Conclusion: the self-sufficient contract, uniformly interpreted on the basis of its own terms: an illusion, but not fully useless“, у: Giuditta Cordero-Moss (ed.), *нав. дело*, стр. 363; P. Hachem, *нав. дело* (2010), стр. 82–84; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, *нав. дело*, стр. 566; A. Farnsworth, *нав. дело*, стр. 811; Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 112; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 316. У истом смислу вид. одлуку енглеског суда у случају *Alfred McAlpine Capital Projects Limited v. Tilebox Limited* [2005] EWHC 281 (TCC).

27 P. Hachem, *нав. дело* (2009), стр. 171.

поверилац нема право да захтева накнаду штете која прелази уговорени износ одређен за случај повреде уговора.<sup>28</sup>

Ипак, чини се да су разлике између ова два система пренаглашене у теорији, пре свега из термилолошких разлога,<sup>29</sup> разлика у филозофији и историјском развоју уговорног права у овим земљама,<sup>30</sup> а последично и суштинског неразумевања улоге коју одредбе о уговорној казни имају у систему континенталног права.<sup>31</sup> Иако већ у самом називу носе одредницу ‘казна’, чини нам се неспорним да је превасходна сврха ових одредаба накнада штете.<sup>32</sup> Не чуди зато да се оне по правилу налазе у поглављима закона која регулишу материју накнаде штете.<sup>33</sup> Такође, чињеница да поверилац има право да захтева накнаду штете уколико њена висина премашује износ уговорне казне, указује на њену функцију остварења накнаде штете.<sup>34</sup> Исто тако, чињеница да је умањење износа

28 P. Nachem, *нав. дело* (2009), стр. 166–167; A. Farnsworth, *нав. дело*, стр. 811–817; Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 110; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 316.

29 У истом смислу вид. F. McKenna, *нав. чланак*, стр. 3. Имајући у виду да израз ‘уговорна казна’ већ по свом називу не одговара филозофији уговорног права англосаксонских земаља, у новијој литератури на енглеском језику, као и у изворима униформног уговорног права, данас се користе неутрални термини ‘fixed sums’, ‘agreed sums’, односно ‘agreed payment’ уместо израза уговорна казна, односно ‘contractual penalty’. Видети, нпр. члан 7.4.13 UNIDROIT Начела.

30 У теорији се често истиче да различито поимање уговора и уговорне одговорности у земљама англосаксонске и континенталне правне традиције има своје корене у различитом историјском развоју права у земљама континенталне Европе, с једне стране, и Енглеске, с друге стране. Док су англосаксонско уговорно право стварали и развијали трговци с циљем разрешења одређених практичних проблема, дотле су кодификације земаља континенталне Европе одраз одређених филозофских и моралних принципа времена у којем су стваране. Зато се данас и каже да је, примера ради, француско право више ‘морално’ и ‘догматско’, док је енглеско право више прагматично и у складу са законима економске логике. Видети: Richard Posner, „Let Us Never Blame a Contract Breaker“, *Michigan Law Review*, бр. 107/2009, стр. 1352; Ugo Draetta, Ralph Lake, Ved Nanda, *Breach and Adaptation of International Contracts*, Butterworth Legal Publishers, New Hampshire, 1992, стр. 33–34.

31 Више о томе вид. Časlav Pejović, „Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading To The Same Goal“, *Victoria University of Wellington Law Review*, бр. 32/2001, стр. 826.

32 У истом смислу вид. I. Schwenzer, P. Nachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 636; А. Јакшић, С. Стојановић, *нав. дело*, стр. 301; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 298; М. Константиновић, *нав. чланак*, стр. 210.

33 Вид. примера ради, Закон о облигационим односима Србије и Италијански грађански законик. Иста методологија примењена је и у инструментима униформног права (UNIDROIT Начела, Начела европског уговорног права, и др.).

34 Vilim Gorenc, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RriF-Plus, Zagreb, 1998, стр. 383; Борислав Благојевић, Врлета Круљ (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд 1980, стр. 687;

уговорне казне по правилу увек могуће уколико је висина уговорне казне у великој несразмери са штетом коју је претрпео поверилац такође указује на њихов примарно одштетни карактер, баш као и околност да се, по правилу, не допушта кумулација захтева за накнаду штете и захтева за уговорну казну, изузев до износа којим висина штете премашује износ уговорне казне.<sup>35</sup> Коначно, анализа доступне судске и арбитражне праксе потврђује да је у земљама континенталног права одредбама о уговорној казни признато дејство у мери у којој оне заиста одговарају сврси накнаде штете, а не кажњавању дужника.<sup>36</sup>

### III Одредбе о плаћању унапред одређеног новчаног износа за случај повреде уговора у униформном праву

Иако Бечка конвенција не садржи одредбу о плаћању унапред одређеног новчаног износа за случај повреде уговора (у даљем тексту: уговорена накнада) то не значи да аутори Конвенције нису разматрали ово питање током сачињавања њеног коначног текста. Напротив, још 1977. године радна група за израду нацрта Конвенције је пред собом имала предлог одредбе која би регулисала ово питање.<sup>37</sup> У прилог овом предлогу истакнуто је да би Конвенција требало да садржи одредбу о

35 Вид. P. Nachet, *нав. дело* (2010), стр. 161; А. Јакшић, С. Стојановић, *нав. дело*, стр. 310–311; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 311–313; Г. Ајншпилер–Поповић, *нав. рад*. У истом смислу вид. одлуке судова бивше Југославије наведене у: Драгољуб Симоновић, *Накнада штете према Закону о облигационим односима*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 521–522. У прилог допуштености кумулирања ова два захтева вид. V. Gorenc, *нав. дело*, стр. 383; Иван Букљаш, „Правни институти за јачање уговорне дисциплине“, *Привредноправни приручник*, бр. 1/83, стр. 7; Б. Благојевић, В. Круљ (ред.), *нав. дело*, стр. 687.

36 За супротно мишљење вид. О. Антић, *нав. дело*, стр. 160; Д. Павић, *нав. чланак*, стр. 395–398.

37 „Сйрране се моју договорији у ујовору или на друји начин да ујоворна сйррана која йовреди ујовор на йредвиђени начин има обавезу да йлаји ујоворену висину накнаде шйеије друјој сйррани.

Уколико није друјачије ујоворено, йлаћање овако ујоворене накнаде шйеије може се йражији заједно са захйевом за извршење ујовора.

Судја или арбишар моју, на захйев сйрране која има обавезу йлаћања овако уйврђеној износа, смањийи износ ујоворене накнаде уколико је друја сйррана дойринела шйеији или није сарађивала у извршењу ујовора йде је, йрема околносйима случаја, йаква сарадња била неойходна.

Друја сйррана може захйевати, уместо ујоворене висине накнаде, накнаду шйеије у складу са чланом 55. уколико је шйеија коју је йрейрйела значајно већа нею износ ујоворене накнаде.“

Вид. Doc. B(1), UNCITRAL Yearbook VIII (1977), A/32/17, стр. 25–64, пара. 510, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/legislative/B01-74.html>.

уговореној накнади штете, јер се ова врста уговорне одредбе налази у широкој употреби у уговорној пракси међународне трговине. Даље, истакнуто је, да би установљење једнообразног режима за ову врсту уговорних одредаба представљало значајан допринос међународној трговини јер се правила националних правних система о оваквом начину одмеравања накнаде штете због повреде уговора у великој мери међусобно разликују.

Међутим, иако је кратка дискусија око овог члана потврдила постојање потребе за једнообразним режимом који би уређивао ово питање, постигнута је општа сагласност да установљење таквог режима повлачи сложене проблеме који захтевају пажњу, која им се у овој фази писања Конвенције не може посветити. Примећено је и да се ово питање јавља и код многих уговора који нису у домену примене Бечке конвенције, те да би било пожељно да се ова материја регулише посебним инструментом који би важио за све међународне трговинске уговоре, а не само за уговор о међународној продаји робе. Из тог разлога, дата је иницијатива да се упути предлог Генералном секретару Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (UNCITRAL) да размотри потребу и могућност установљења униформног режима за одредбе о уговореној накнади штете, односно уговорној казни.<sup>38</sup>

Као реакција на ову иницијативу, UNCITRAL је 1983. године донео Једнообразна правила о клаузулама о уговореној суми за случај неиспуњења или неуредног испуњења уговора, а Генерална скупштина УН је препоручила државама да озбиљно размотре ова правила и да их, уколико то сматрају целисходним, унесу у своје законодавство.<sup>39</sup> Слична правила о овом питању усвојена су и у UNIDROIT Начелима међународних трговинских уговора и Начелима европског уговорног права.<sup>40</sup>

Ипак, упркос овим значајним међународним напорима на унификацији правног режима који се тиче одредаба о уговореној накнади штете, није уследила и адекватна реакција националних законодавста-

38 Вид. Doc. B(1), UNCITRAL Yearbook VIII (1977), A/32/17, стр. 25-64, пара. 511-513, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/legislative/B01-74.html>.

39 Енгл. *Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance*. Ова правила су доступна на адреси: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1983Uniform\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1983Uniform_rules.html).

40 Члан 7.4.13 UNIDROIT Начела и члан 9:509 Начела европског уговорног права. Оба скупа правила дају право суду да уговорени износ накнаде умањи, али не предвиђају одредбу да оштећена уговорна страна може захтевати износ накнаде штете који прелази износ уговорене накнаде. Униформна правила, с друге стране, предвиђају и умањење износа уговорене накнаде (члан 8) и право оштећеног да захтева накнаду штете до пуног износа штете коју трпи (члан 7).

ва. Недостатак једнообразног правног режима који би регулисао дејство уговорене накнаде штете, остало је нерешено питање које је изазвало доста проблема у теорији и пракси и још их изазива. Тако је и данас спорно да ли Конвенција уређује питање пуноважности одредаба о уговореној накнади, какав је њихов однос према другим правним средствима заштите, као и какво је дејство члана 79 Конвенције на захтеве за накнаду штете чија је висина одмерена оваквим уговорним одредбама; коначно, спорно је да ли одредбе Конвенције могу служити као мерило за умањење износа тако уговорене накнаде уколико је уговором предвиђена висина накнаде штете у очигледној несразмери са насталом штетом.<sup>41</sup> Уочени проблеми у решавању овог питања последица су већ назначених разлика дејстава оваквих одредаба у земљама различитих правних традиција.

#### IV Пуноважност одредаба о уговореној накнади у систему Конвенције

Иако Бечка конвенција, у складу са начелом аутономије воље, не спречава странке да у уговор унесу одредбу о уговореној накнади,<sup>42</sup> питање њене пуноважности је, по претежном ставу правне доктрине<sup>43</sup>

41 Предмет овог рада је само питање пуноважности одредаба о уговореној накнади у систему Конвенције. За друга спорна питања вид. Мишљење Саветодавног већа за примену Бечке конвенције бр. 10, *Agreed Sums Payable upon breach of an Obligation in CISG Contracts* (известилац др Паскал Хашем), од 3. августа 2012. године, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op10.html>; М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 273–280.

42 J. Graves, *нав. чланак*, стр. 164–165; Bruno Zeller, „When Is A Fixed Sum Not A Fixed Sum But A Penalty Clause?“, *The Journal of Law & Commerce*, бр. 30/2012, стр. 184; Milena Djordjević, „Article 4“, у: S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds.), *нав. дело*, стр. 74; одлука српске СТА од 15. јула 2008. године (CISG-Online бр. 1795); одлука америчког федералног суда за округ Пенсилваније у случају *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.* од 6. јануара 2006. године (CISG-Online бр. 1175); одлука ICC арбитраже бр. 9978 од 1. марта 1999. године (CISG-Online бр. 708).

43 J. Graves, *нав. чланак*, стр. 157–158; John Honnold, Harry Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, стр. 581; М. Djordjević, *нав. дело*, стр. 74–75; Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „Article 4“, у I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 93; Pascal Hachem, „Fixed Sums in CISG Contracts“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, бр. 13/2009, стр. 222 *et seq.*; С. Liu, *нав. дело*, стр. 540 *et seq.*; Bénédicte Fauvarque-Cosson, Denis Mazeaud (eds.), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier ELP, Munich, 2008, стр. 210; Friedrich Blase, Philipp Hötter, „Remarks on the damages provisions on the CISG (Article 74), Principles of European Contract Law (PECL), and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)“, у: John Felemegas (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United*

и судске праксе,<sup>44</sup> питање које не уређује Бечка конвенција већ меродавно национално право.<sup>45</sup> Исто важи и за пуноважност уговарања висине уговорене накнаде изнад износа предвиђеног меродавним националним правом.<sup>46</sup>

С друге стране, питање форме ових одредаба као услова њихове пуноважности остаје у сфери регулисања Бечке конвенције, те се ни овде, као ни за друга питања, захтев писмене форме, по правилу, не поставља, јер начело консенсуализма задржава примат.<sup>47</sup> Наиме, сматра се да члан 4

*Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, New York, 2007, стр. 475; C. Gillete, S. Walt, *нав. дело*, стр. 390; Henry Gabriel, *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, New York, 2004, стр. 204–205; John Murray, Harry Flechtner, *Sales, Leases and Electronic Commerce: problems and Materials on National and International Transactions*, West Group, St. Paul, 2000, стр. 398; Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG in the USA – A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law International, Boston, 1995, стр. 105; M. Berger, *нав. чланак*, стр. 432. За супротно мишљење вид. B. Zeller, *нав. чланак (2011)*, стр. 1–14.

- 44 Вид. одлуку српске СТА од 31. маја 2010. године (CISG-Online бр. 2262); одлуку српске СТА од 15. јула 2008. године (CISG-Online бр. 1795); одлуку немачког суда OLG Hamburg од 25. јануара 2008. године (CISG-Online бр. 1681); одлуку српске СТА од 30. октобра 2006. године (CISG-Online бр. 2081); одлуку кинеске CIETAC арбитраже од 7. децембра 2005. године (CISG-Online бр. 2124); одлуку руске ICAC арбитраже од 27. априла 2005. године (CISG-Online бр. 1500); одлуку италијанског суда *Tribunale di Padova* од 25. фебруара 2004. године (CISG-Online бр. 819); одлуку руске ICAC арбитраже од 16. априла 2003. године (CISG-Online бр. 1683); одлуку руске ICAC арбитраже од 18. фебруара 2002. године (CISG-Online бр. 890); одлуку италијанског суда *Tribunale di Vigevano* од 12. јула 2000. године (CISG-Online бр. 493); одлуку руске ICAC арбитраже од 10. јануара 1998. године (CISG-Online бр. 2122); одлуку белгијског суда *Rechtbank van koophandel Hasselt* од 21. јануара 1997. године (CISG-Online бр. 360); одлуку ICC арбитраже бр. 7197 из 1992. године (CISG-Online бр. 36).
- 45 У истом смислу вид. Мишљење Саветодавног већа за примену Бечке конвенције бр. 10.
- 46 Примера ради, поједине земље предвиђају да износ уговорене накнаде не може прелазити законом прописан лимит – у Вијетнаму 5% од вредности обавезе за коју се уговара (члан 378. Закона о уговорима); у Монголији 50% од вредности обавезе за коју се уговара (члан 232. став 4 Монголског грађанског законика); у Боливији, Бразилу и Мексику, на пример, до вредности обавезе за коју се уговара (члан 534 Боливијског грађанског законика; члан 412. Бразилског грађанског законика, члан 1843. Мексичког грађанског законика). У праву Србије такав лимит није предвиђен законом, али познаје члан 52. Посебних узанси о грађењу (*Службени лист СФРЈ*, бр. 18/77) и износи највише 5% од укупне уговорене цене радова за случај задоцњења.
- 47 P. Nachem, *нав. чланак (2011)*, стр. 145; Мишљење Саветодавног већа за примену Бечке конвенције бр. 10, пара. 3.5. За супротно мишљење вид. одлуку словачког суда у Нитри од 29. јуна 2006. године (CISG-Online бр. 1757).

Конвенције искључује примену Конвенције за питања пуноважности уговора само у мери у којој та питања нису регулисана Конвенцијом.<sup>48</sup> Тако, ако се питање форме уговора или уговорне одредбе сматра питањем пуноважности уговора у смислу домаћег права, то питање се неће сматрати питањем пуноважности у смислу одредаба Конвенције, јер Конвенција питање форме уговора регулише чланом 11 прописујући начело слободе форме као основно начело на којем Конвенција почива (уз изузетке наведене у члановима 12 и 96 Конвенције).<sup>49</sup>

Већ је напоменуто да се одредбе које у земаљама континенталног права уобичајено носе назив уговорна казна, по правилу неће сматрати пуноважним у англосаксонским земљама јер се, у мери у којој служе притиску на дужника да изврши уговорену обавезу, сматра да не представљају разумну процену штете која се има надокнадити. Међутим, по мишљењу једне групе аутора, и таквим одредбама треба дати дејство чак и у земљама англосаксонске правне традиције уколико се утврди да је висина уговорене накнаде разумна имајући у виду општа начела на којима Конвенција почива, а посебно имајући у виду значај извршења уговора у систему Конвенције (тзв. *performance principle*),<sup>50</sup> као и начела аутономије воље, *pacata sunt servanda* и потпуне накнаде штете.<sup>51</sup> Ово из разлога што домаћи стандард 'разумности износа уговорене накнаде', по њиховом мишљењу, по правилу неће одговарати његовом међународном тумачењу, а из разлога специфичности пословања на међународном тржишту у односу на домаће. Они сматрају да разматрање пуноважности ових одредаба у англоамеричкој пракси мора да узме у

48 Вид. Коментар Секретаријата УН на Нацрт Конвенције из 1978. године, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-04.html>; Stefan Kröll, „Selected Problems Concerning the CISG’s Scope of Application“, *The Journal of Law & Commerce*, бр. 25/2005–2006, стр. 54; М. Djordjević, *нав. гело*, стр. 70.

49 Примера ради, у једном случају из праксе кинеске СИЕТАС арбитраже арбитражно веће је утврдило да се питање пуноважности уговора, на који се Конвенција примењивала као део кинеског права, има ценити у складу са захтевима кинеског националног права, имајући у виду да је Кина искористила право на резерву из члана 96. Конвенције. Вид. одлука СИЕТАС арбитраже од 3. децембра 2003. године (CISG-Online бр. 1469). У истом смислу вид. одлуку америчког федералног суда за округ Њу Џерси од 7. октобра 2008. године у случају *Forestal Guarani, S.A. v. Daros International, Inc.* (CISG-Online бр. 1779) и одлуку америчког федералног суда за округ јужне Флориде од 19. маја 2008. године у случају *Zhejiang Shaoxing Yongli Printing and Dyeing Co., Ltd v. Microflock Textile Group Corporation* (CISG-Online бр. 1771).

50 Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „Article 74“, у: I. Schwenzer (ed.), *нав. гело*, стр. 93.

51 P. Hachem, *нав. чланак* (2011), стр. 145–146; B. Zeller, *нав. чланак* (2012), стр. 173–184. У истом смислу вид. Мишљење Саветодавног већа за примену Бечке конвенције бр. 1, пара. 4.3.1–4.3.8.



обзир међународне стандарде, јер се само њиховом применом може утврдити да ли уговорени износ *истински* одговара штети која може настати повредом уговора, уз уважавање захтева за аутономно тумачење Конвенције и имајући у виду њен међународни карактер.<sup>52</sup>

Проф. Зелер сматра да уопште и нема места преиспитивању пуноважности ових одредаба на основу националног права, јер је њихово уговорање изричито предвиђено чланом 74 Конвенције који врши исту функцију као и одредбе о уговореној накнади – одмеравање висине накнаде штете за случај повреде уговора ограничене захтевом предвидљивости штете.<sup>53</sup> Имајући ово у виду, он сматра да Конвенција ову материју регулише, те да нема места примени члана 4 Конвенције у којем је предвиђено да одредбе овог члана важе *изузев ако није изричито друкчије предвиђено овом конвенцијом*.<sup>54</sup>

Проф. Пералес Вискасиљас предлаже решење које је на средини између претходна два.<sup>55</sup> По њеном мишљењу, пуноважност одредбе о уговореној накнади би могла бити испитивана у духу националног права уколико је њена функција кажњавање дужника. У том случају, уколико национално право потврди њену пуноважност, онда би се на остала питања, укључујући и питање смањења њеног износа, примењивала општа начела Конвенције. С друге стране, уколико је одговор негативан – поверилац би задржао право на накнаду штете у складу са општим правилима Конвенције. Ипак, она се опредељује за став који подржава став проф. Зелера, да пуноважност ових одредаба никад не треба испитивати у складу са националним правом, јер Бечка конвенција искључиво регулише сва питања која се тичу правних средстава заштите за случај повреде уговора. Према њеном мишљењу, начела аутономије воље и потпуне накнаде штете дозвољавају уговарање оваквих одредаба, а уколико је износ уговорене накнаде у очигледној несразмери са претрпљеном штетом, онда судија, односно арбитар, уговорени износ може умањити до прихватљиве висине.<sup>56</sup>

52 Мишљење Саветодавног већа за примену Бечке конвенције бр. 1, para. 4.2.1–4.2.2.

53 Вид. В. Zeller, *нав. чланак* (2011), стр. 1–14.

54 *Ibid.*

55 Pilar Perales Viscasillas, „Article 7“, у: S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds.), *нав. дело*, стр. 135, fn. 123.

56 *Ibid.* У истом смислу вид. Phanesh Koneru, „The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles“, *Minnesota Journal of Global Trade*, бр. 6/1997, стр. 142.

## V Закључне напомене

Иако свесни предности једнообразне примене Бечке конвенције,<sup>57</sup> и, са друге стране, чињенице да ће различите земље на различит начин третирати питања пуноважности одредаба о уговореној накнади, сматрамо да се одговор на питање пуноважности одредбе о уговореној накнади не може наћи у општим начелима Конвенције, већ да се он мора тражити у одредбама меродавног националног права. Овакав закључак потврђује како члан 4 Конвенције који *изричито предвиђа* да се њене одредбе *не примењују* на питање пуноважности уговора и било које његове одредбе, тако и историјат доношења Конвенције и чињеница да је о овом питању вођена дискусија међу делегатима на Дипломатској конференцији у Бечу и да је о њој постигнут коначан договор – *да се ово питање регулише посебним правним инструментом, а не Конвенцијом*. Такође, Коментар Секретаријата УН на Нацрт Конвенције из 1978. године јасно указује да одредбе Конвенције према којима је могуће тражити извршење уговора нису довољне да уговорне одредбе о уговорној казни учине пуноважним у земљама које овим одредбама не признају правно дејство.<sup>58</sup>

Не можемо се сложити ни са мишљењем да се при утврђивању 'разумности висине уговорене накнаде' код испитивања пуноважности оваквих одредаба, треба руководити општим начелима на којима Конвенција почива. Ово из разлога што је домаћај члана 7 Конвенције и захтев за њеним аутономним тумачењем ограничен на она питања која Конвенција *регулише*. С обзиром да питање пуноважности одредаба о уговореној накнади није једно од њих, то се не могу избећи утицаји националног права на пуноважност тих одредаба. Сматрамо да је позивање на тзв. *performance principle* у овом контексту погрешно, јер Конвенција управо одредбом члана 28 потврђује да ово начело у систему Конвенције није без изузетка.<sup>59</sup>

Коначно, верујемо да је заостреност академске расправе по овом питању претерана, имајући у виду чињеницу да ће и национални стандарди испитивања разумности висине уговорене накнаде штете, у земљама англосаксонског права, у највећем броју случајева, чак и кад је

57 Проф. Бонел исправно истиче да „у њокушајима сиварања униформној права међународне тировине доношење униформних конвенција није довољно. Од њодједнакој је значаја да њене одредбе буду тумачене на исти начин у разним земљама“. Вид. Michael J. Bonell, „Article 7“, у: С. М. Bianca, М. Ј. Bonell, *нав. дело*, стр. 74. Више о значају једнообразне примене Конвенције вид. М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 22 fn. 54.

58 Вид. Коментар Секретаријата УН на Нацрт Конвенције из 1978. године, члан 42 (сад члан 46 Конвенције), доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-46.html>.

59 *Ibid.*

она означена као уговорна казна, водити пуноважности такве одредбе, све док је њен примарни циљ накнада штете, а не мера притиска на дужника, или казна за случај неизвршења. Пракса је показала да у уговорима међународне трговине ово и јесте њихова најчешћа намена.

Да закључимо, независно од меродавног права на основу којег ће се испитивати пуноважност уговорних одредби о уговореној накнади, неспорно је да поверилац неће остати без права да захтева накнаду штете за случај повреде уговора. Пут до такве накнаде ће бити дужи, у смислу доказивања висине штете, уколико се утврди да је одредба о уговореној накнади ништава.

Сматрамо да решење овог проблема не треба тражити у екстензивном тумачењу Бечке конвенције,<sup>60</sup> већ сам проблем треба избећи пажљивим сачињавањем уговора.<sup>61</sup> Из ових разлога уговорној страни

60 Више о проблемима екстензивног тумачења Конвенције вид. Joseph Lookofsky, „Not Running Wild with the CISG“, *The Journal of Law & Commerce*, бр. 39/2011, стр. 141–169.

61 Посебан проблем у српској арбитражној пракси изазвало је уговарање тзв. *йенала* за неизвршење обавезе плаћања цене, имајући у виду да према одредбама ЗОО уговорна казна не може бити уговорена за новчане обавезе. Ова одредба сматра се императивном у српској теорији и судској пракси, јер би у супротном странке могле изиграти императивне одредбе о плаћању законске затезне камате (Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2012, стр. 72; Г. Ајншпицер–Поповић, *нав. раг*; В. Поповић, *нав. дело*, стр. 142; Борисав Чолић, „Неуредно испуњење уговора“, *Правни животи*, бр. 10/1995, стр. 438; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 303; Б. Благојевић, В. Круљ (ред.), *нав. дело*, стр. 679; пресуда Врховног суда Србије, Прев. 33/94 од 9. марта 1994. године; решење Врховног суда Србије, Прев. 341/98 од 9. децембра 1998. године; решење Врховног суда Србије, Прев. 40/99 од 18. марта 1999. године; пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 3550/2006 од 9. новембра 2006. године; пресуда Привредног апелационог суда Пж бр. 128/2010(1) од 25. марта 2010. године). Ипак, у два случаја у српској арбитражној пракси арбитражно веће је до судило оштећеној страни и захтеване пенале због неплаћања цене у висини од 13% на годишњем нивоу (у једном случају), односно 3% на месечном нивоу (у другом случају), имајући у виду да 1. друга страна није оспоравала пуноважност оваквих одредби, 2. да је уговарање висине затезне камате уобичајена пракса у међународној трговини и дозвољена начелом аутономије воље у систему Конвенције, односно да 3. начело аутономије воље дозвољава уговорно одређење висине штете коју страна трпи за случај повреде уговора. Вид. одлуку српске СТА бр. Т-14/10 од 27. јула 2011. године (CISG-Online бр. 2276) и одлуку српске СТА бр. Т-12/04 од 24. јануара 2006. године (CISG-Online бр. 2274).

Захтев за плаћање уговорене камате усвојен је и у неколико случајева ван Србије, а имајући у виду проблеме одређивања релевантне каматне стопе, пракса уговорног одређивања каматне стопе се широко препоручује у стручној литератури. Вид. I. Schwenzler, P. Nachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 687; Ewan McKendrick, „Article 7.4.9“, у: S. Vogenauer, J. Kleinheisterkamp (eds.), *нав. дело*, стр. 910; P. Huber, A. Mullis, *нав. дело*, стр. 361; C. Liu, *нав. дело*, стр. 635; John McMahon, *Drafting CISG Contracts and Documents and Compliance Tips for Traders, Guide for Managers and Counsel*, 2004, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/contracts.html>; Ole Lando, Hugh

заинтересованој да осигура правно дејство одредбе о уговореној накнади се препоручује да уговором предвиди као меродавно било неко од права земаља које признају пуноважност овакве одредбе, било неки од инструмената униформног права који јој признаје правно дејство; да учини неспорним да је смисао предвиђене одредбе накнада штете, а не кажњавање дужника<sup>62</sup>, уз дужну пажњу приликом избора формулације

Beale, *Principles of European Contract Law Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, стр. 451; Christian Thiele, „Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, бр. 2/1998, стр. 35; Volker Behr, „The Sales Convention in Europe: From Problems in Drafting to Problems in Practice“, *The Journal of Law & Commerce*, бр. 17/1998, стр. 290, fn. 156; Peter Winship, „Changing Contract Practices in the Light of the United Nations Sales Convention: A Guide For Practitioners“, *International Lawyer*, бр. 29/1995, стр. 553; Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law, United Nations Convention on Contracts For The International Sale Of Goods: Convention on The Limitation Period in The International Sale of Goods: Commentary*, Oceana, New York, 1992, стр. 312; Blair Crawford, „Drafting Considerations Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *The Journal of Law & Commerce*, бр. 8/1988, стр. 203; Ј. Перовић, *нав. чланак* (2009), стр. 479–480; Милена Милутиновић, „Каматна стопа због доцње у извршењу новчане обавезе – Да ли је униформно решење могуће?“, *Правни животи*, бр. 11/2005, стр. 575. Вид. одлуку белгијског суда *Hof van beroep Antwerpen* од 4. новембра 1998. године (CISG-Online бр. 1310); одлуку арбитраже при Бечкој пољопривредној берзи бр. S 2/97, од 10. децембра 1997. године (CISG-Online бр. 351); одлуку швајцарског суда *Zivilgericht Basel* од 21. децембра 1992. године (CISG-Online бр. 55); одлуку аргентинског суда *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No. 10 (Buenos Aires)* од 6. октобра 1994. године (CISG-Online бр. 378).

Вреди напоменути да, за разлику од члана 277. Закона о облигационим односима Србије, члан 29 став 3 Закона о обвезним односима Хрватске из 2005. године, дозвољава уговарање затезне камате у трговачким уговорима под ограничењима предвиђеним ставом 2 и ставом 4 овог члана. Уговорно одређење стопе затезне камате дозвољава и члан 284 став 2 Закона о облигационим односима Црне Горе из 2008. године и члан 379 Облигацијског законика Републике Словеније из 2001. године, као и велики број националних и униформних извора уговорног права (вид. I. Schwenger, P. Hachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 687; Ewan McKendrick, „Article 7.4.9“, у: S. Vogenauer, J. Kleinheisterkamp (eds.), *нав. дело*, стр. 910; John Y. Gotanda, „A Study of Interest“, у: F. De Ly & L. Lévy (eds.), *нав. дело*, стр. 176; O. Lando, H. Beale, *нав. дело*, стр. 451). Сличну одредбу, међутим, не садржи Преднацрт Грађанског законика Републике Србије из 2009. године, иако анализа модерне пословне праксе и инструмената унификације уговорног права јасно указују да постоји потреба за њеним уношењем.

- 62 Међутим, проф. ДиМатео упозорава да амерички суд неће признати дејство одредби страног права која уговорну казну чини пуноважном уколико се спор пред њим решава, односно, одбиће признање одлуке страног суда који уговорној казни даје такво дејство, имајући у виду да §2–718 Једнообразног трговачког законика САД предвиђа да је уговорна одредба којом се предвиђа плаћање уговореног износа накнаде који је неразумно висок супротна јавном поретку, те као таква није утужива. Такође, постоје бојазни да би и признање и извршење стране арбитражне одлуке

за означавање овакве одредбе (нпр. избегавати употребу израза „уговорна казна“<sup>63</sup>) и уз уговорно прецизирање односа права на уговорену накнаду са другим правним средствима заштите за случај повреде уговора (извршење, раскид, накнада штете) и односа са одредбама које регулишу ослобођење од одговорности.<sup>64</sup>

У сваком случају, дубоко смо уверени да је најбољи пут за решење претходно уочених проблема у теорији и пракси у погледу пуноважности и дејства уговорних одредаба даљи рад на хармонизацији и унификацији уговорног права на глобалном нивоу,<sup>65</sup> а све с циљем обезбеђења правне сигурности свим учесницима у међународној трговини, стварањем услова за њен несметани даљи развој и смањењем трансакционих трошкова.<sup>66</sup>

---

могло да буде спорно у овом случају, а све с позивом на јавни поредак и одредбу члана V(2)(b) Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука. Вид. L. DiMatteo, *нав. чланак* (2010), стр. 200. У истом смислу вид. I. M. García, *нав. чланак*, стр. 99–101; A. Farnsworth, *нав. дело*, стр. 812.

63 С друге стране, поједини аутори указују да би англосаксонски правници требало да избегавaju употребу израза „уговорена накнада штете“ тј. „паушална накнада штете“ (енгл. *liquidated damages*) у међународним трговинским уговорима, уколико се она има захтевати пред судом неке од земаља континенталног правног система (нпр. Русија), јер таква формулација може навести судију да одлуку о усвајању оваквог захтева услови подношењем доказа о претрпљеној штети јер се, према одредбама националног права ових земаља, не може захтевати накнада штете без доказивања да је она заиста и наступила. Истовремено, таква формулација се може протумачити и као ограничење износа накнаде штете, те би захтев за накнадом штете изнад овог износа могао бити одбијен, иако би се сматрао основаним да је уговорена „уговорна казна“. Вид. Ivan Zykin, „The East European tradition: application of boilerplate clauses under Russian law“, у: Giuditta Cordero-Moss (ed.), *нав. дело*, стр. 336–337; Giuditta Cordero-Moss, „Conclusion: the self-sufficient contract, uniformly interpreted on the basis of its own terms: an illusion, but not fully useless“, у: Giuditta Cordero-Moss (ed.), *нав. дело*, стр. 364.

64 Вид. *The ICC Model International Sale Contract, Manufactured goods intended for resale*, ICC Publication No. 556, ICC Publishing, Paris 1997.

65 У истом смислу вид. I. M. García, *нав. чланак*, стр. 101–102; Милена Ђорђевић, „Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе у српском праву и пракси – искуства и перспективе“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2012, стр. 262–263.

66 М. Ђорђевић, *нав. чланак*, стр. 257–258.

**Milena ĐORĐEVIĆ, PhD, LL.M.**

**Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **VALIDITY OF CLAUSES ON PAYMENT OF FIXED SUMS FOR BREACH OF INTERNATIONAL SALES CONTRACTS**

### **Summary**

*Agreeing to payment of fixed sums in case of failure of performance is a wide-spread commercial practice in international trade. This does not, in itself, mean that different legal systems treat the validity of such clauses in the same manner, or provide for the same effect of such clauses. This paper attempts to provide an overview of conceptual differences regarding these clauses in common law and civil law jurisdictions. The paper continues with overview of international efforts in creating a uniform framework for such clauses. In the end, the author attempts to answer the question of validity of such clauses when contained in the contract to which the CISG applies and provides some drafting advice to legal counsel and businessman in this regard in order to ensure the enforceability of such clauses irrespective of the competent court and/or arbitration and the applicable law.*

**Key words:** CISG, contractual penalty, liquidated damages, agreed sums, validity.