

KAPARA, ODUSTANICA I KAUCIJA KAO INSTITUTI UGOVORNOG PRAVA

REZIME: Kapara ima veoma široku primenu u praksi ukoliko se radi o dvostranim obligacionim ugovorima. Ona je stvarno, realno obezbeđenje. Kapara svoju funkciju obezbeđenja obligacije ostvaruje u smislu psiho-loškog pritiska na dužnika da izvrši svoju obavezu. Sudbina kapare zavisi od sudbine glavnog ugovora. Stranka koja daje kaparu dužna je da kaparu preda drugoj strani prilikom zaključenja ugovora. Odustanica se plaća tek ako dođe do korišćenja prava na odustanak od ugovora. Ugovorna kazna služi kao naknada štete koju je poverilac pretrpeo usled povrede ugovora, pa pored preventivnog ima i represivno dejstvo.

Ključne reči: ugovor, kapara, odustanica, kaucija, ugovorna kazna

1. Kapara

Kaparu kao tradicionalnu ustanovu ugovornog prava prihvatio je Zakon o obligacionim odnosima, propisujući njeno značenje i funkciju u svojim odredbama od čl. 79 do 81. ZOO-a. Ima veoma široku primenu u praksi ukoliko se radi o dvostranim obligacionim ugovorima.

Kapara je inače vrlo stara ustanova. Poznavali su je Feničani, Grci i Rimljani. U klasičnom rimskom pravu kapara je bila znak o zaključenju ugovora i definitivnoj obavezi stranaka. U Justinijanovom pravu ona je služila i kao sredstvo odustanka od ugovora.

Kapara je određena svota novca ili količina drugih zamenljivih stvari koju jedna ugovorna strana daje drugoj u trenutku zaključenja ugovora kao znak da je ugovor zaključen. U takvoj situaciji ugovor se smatra zaključenim

* Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad

** Fakultet za ekonomiju i inženjerski menadžment, Novi Sad

tek kad je kapara data, ako ništa drugo nije ugovoreno (čl. 79. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima)

Kapara je stvarno, realno obezbeđenje. Osnovne njene funkcije su da je ona pravno sredstvo za pojačanje ugovora, za učvršćenje i osiguranje ispunjenja obligacionih odnosa, ali i kao znak da je jedan obligacioni ugovor zaključen. Njeno dejstvo je, dakle dvojako¹, Pojedini pravni pisci ističu i njenu treću funkciju, a ta je da kapara ima i svrhu da jednim delom predstavlja izvršenje obaveze ugovarača koji je kaparu dao „Davanje kapare u slučaju kad strane ispune svoje ugovorne obaveze, po pravilu ima i značenje delimičnog, ispunjenja obaveze strane koja je kaparu dala. Ako se ima u vidu da u najvećem broju slučajeva strane ispunjavaju svoje obaveze kada su one obezbeđene kaparom, može se zaključiti o praktičnom značaju te treće funkcije kapare”².

Svoju funkciju obezbeđenja obligacije, kapara ostvaruje u smislu psihološkog pritiska na dužnika da izvrši svoju obavezu. Ugovornoj strani koja svojom krivicom ne ispunji ugovornu obavezu preti gubitak kapare, pored posledica koja po opštim pravilima za slučaj neispunja mogu da je pogode, a ugovornoj strani koja ju je primila za slučaj krivice vraćanje udvostručenog iznosa.

Po svojoj pravnoj prirodi, kapara ne predstavlja naknadu štete za povredu ugovorne obaveze. Otuda, eventualno šteta koja bi nastupila za jednu stranu što druga svojom krivicom nije ispunila obavezu ne služi kao kriterijum za određivanje visine kapare. Zbog toga, takođe, u slučaju neispunjenja obaveze nevina strana uvek može da traži da zadrži kaparu, odnosno povraćaj udvoje-ne kapare, bez obzira koliku je štetu pretrpela i da li je uopšte pretrpela štetu³.

Zaključuje se uz glavni, samostalni ugovor čijem obezbeđenju služi, ili posle njegovog zaključenja a nikako ranije. Ako je nastanak ugovora uslovljen davanjem kapare ugovor se smatra zaključenim davanjem kapare ako nema drugojačijeg dogovora. Uzima se u teoriji i praksi da nije protivno svrsi kapare da se ona daje i posle zaključenja ugovora, a pre nego što je započelo ispunjenje ugovora, ali to samo ako postoji sporazum ugovarača u vreme zaključenja ugovora.

Može se ugovarati kod dvostranih pravnih poslova: kupoprodaje, zaku-pa, ugovora o delu, ugovora o građenju, ali se u praksi najčešće ugovora kod ugovora o kupoprodaji nepokretnih stvari.

¹ Kapor Vladimir, Carić Slavko, Ugovori robnog prometa, Novi Sad

² Stanković Vladan, (1978). Enciklopedija imovinskog prava, tom prvi, Beograd; Bogdan Loza, u Komentaru ZOO, red. Blagojević i Krulj

³ Stanković Vladan, op. cit.

U svojoj biti kapara je ugovor koji ima svoje karakteristike, a to su da je ugovor o kapari relan i akcesoran ugovor. Realan u smislu da se ugovor smatra zaključenim kada je kapara data. Ugovor o kapari je akcesorne prirode, a to znači da ona pretpostavlja postojanje glavnog valjanog ugovora čijem izvršenju služi i od čijeg postanka i opstanka i ona zavisi. Odredbe Zakona o obligacionim odnosima koje se odnose na kaparu mogu se dakle, primenjivati samo ako je glavni ugovor, čije se izvršenje učvršćuje ugovorom kao sporednom ugovoru, punovažno sklopljen. Ako glavni ugovor ne ispunjava uslove za punovažnost iz nekog razloga onda nema ni punovažnog ugovora o kapari.

Sudska praksa:

Ugovor o kapari kao akcesoran ne može biti samostalan predmet pobijanja u smislu zahteva tužbe – raskida ugovora o kapari i predaje u posed stambene zgrade, a bez pobijanja kupoprodajnog ugovora kao glavnog ugovora (Okružni sud u Zrenjaninu Gž. 1489/95 od 26. 11. 1997)

Kapara je akcesorne prirode i njena sudbina zavisi od sudbine osnovnog pravnog posla. Ukoliko je osnovni pravni posao ništav, u tom slučaju prestaje za stranke i obaveza u odnosu na gubitak kapare, odnosno vraćanje kapare u dvostrukom iznosu. (VSS – Odeljenje u N. Sadu Gž. 114/68)

Kada su stranke bile samo u pregovorima za zaključenje ugovora o kupovini i prodaji nekretnosti, i nije došlo do zaključenja ugovora, data kapara ima akcesornu prirodu. S obzirom da ni ugovor o kupoprodaji nije nastao zbog nedostatka zakonom propisane forme, jer su stranke bile samo u pregovorima o kupoprodaji, to nije nastao ni ugovor o kupoprodaji, pa prodavac nema pravo po ugovoru zadržati istu i po pravilima sticanja bez osnova dužan je tužiocu vratiti ono što je od njega primio (Okružni sud u Sremskoj Mitrovici Gž. 1448/96)

Sporazum o kapari predstavlja akcesorni ugovor u odnosu na ugovor čijem obezbeđenju služi. Pošto usmeni ugovor o kupoprodaji nepokrentosti ne proizvodi pravno dejstvo usled nedostatka zakonom propisane forme, to je ugovor o kapari ništav, pa je tuženi dužan da shodno čl. 104 ZOO tužiocu vrati iznos koji je primio po osnovu kapare (VSS Rev.2123/94 od 8. juna 1994).

Ugovor o kapari mora imati formu glavnog ugovora: „Ako je kapara znak zaključenja ugovora koji se zaključuje u pisanoj formi” (VSS, Rev. 1086/97)

„Time što u ugovorenom roku nije obezbedio potrebnu građevinsku dozvolu, kao svoju ugovornu obavezu iz predugovora o zakupu, tuženi je građanskopravno skrivio neizvršenje tog ugovora od koga je tužilac osnovano i

odustao. Stoga je na osnovu odredbe čl. 80, stav 2 ZOO-a u obavezi da tužiocu vrati primljenu kaparu sa zakonskom zateznom kamatom od podnošenja tužbe” (VSS Rev. 3594/93 od 3. 11. 1993)

Predugovor je ugovor kojim se preuzima obaveza da se kasnije zaključi drugi, glavni ugovor. Propisi o formi ugovora važe i za predugovor.

Novčani iznos predat u momentu zaključenja predugovora o prometu nepokretnosti nema karakter kapare.

„Pošto predugor o kupoprodaji stana nije overen kod nadležnog organa, ne mogu proizvoditi pravno dejstvo ugovora o prometu nepokretnosti.. Prema članu 454. Zakona o obligacionim odnosima predviđeno je da se ugovor zaključuje u pismenoj formi. Međutim, ovo je opšti propis, a on ima slabiju pravnu snagu od posebnog propisa iz člana 4. Zakona o prometu nepokretnosti po kome ugovor o prometu nepokretnosti mora biti overen od strane nadležnog organa. Bez overe nema ugovora, a kad nema ugovora nema ni kapare koja nastaje u trenutku zaključenja ugovora (presuda VSS, Rev. 3990/01)

Predugovor ne predstavlja pravni osnov za promet nepokretnosti, već samo stvara obavezu da se zaključi glavni ugovor kojim će se takav promet realizovati. To znači da se izvršenje predugovora iscrpljuje u zaključenju glavnog ugovora, a ne u prometu nepokretnost. Do prometa nepokretnosti može dići tek u slučaju da predugovor bude izvršen zaključenjem glavnog ugovora. Stoga je i konvalidacija moguća samo u slučaju izvršene realizacije glavnog ugovora. (VSS, Rev. 6074/99 od 6. 9. 2000).

Kapara se ne pretpostavlja, već mora biti ugovorena prećutno ili izričito.

Ako kapara nije izričito ugovorena, ono što je jedna stranka dala drugoj u trenutku zaključenja ugovora, ima značenje avansa⁴. U slučaju spora da bi se utvrdilo da li je određeni iznos novca koji je u trenutku zaključenja ugovora jedna ugovorna strana kapara ili delimično ispunjenje, potrebno je utvrditi da li se radi o kapari. Ukoliko se utvrdi da se ne radi o kapari, svi iznosi plaćeni posle zaključenja ugovora smatraju se delimičnim ispunjenjem ugovorne obaveze.

Kaparu obično daje jedna strana (dužnik), mada može da bude i obostrana (kod dvostranih obligacionih ugovora).

Stvari predate drugoj strani kao kapara (novac ili druge zameljive stvari) prelaze u njenu svojinu i ostaju u njenoj svojini dok se kapara ne vrati). Ovo njeno svojstvo je razlikuje od drugih vrsti obezbeđenja.

Kakva će sudbina kapare biti, zavisi od toga da li je ugovor čijem obezbeđenju služi ispunjen ili neispunjen kao i od uzroka neispunjenja ugovora.

⁴ VSS – Odeljenje u Novom Sadu – Gž. 1223/65

Kad je ugovor ispunjen u celosti

Kada se ugovor ispuni kapara se mora vratiti ili uračunati u ispunjenje obaveze (čl. 79. st. 2. ZOO). Prema ovoj odredbi kada dođe do ispunjenja ugovornih obaveza svrha kapare je prestala, ugovor o kapari prestaje te stoga primalac kapare istu treba da vrati. Kod vraćanja vraća se ono što je u kaparu dato, a to je novac ili druga zamenljiva stvar. Ukoliko se kapara uračunava u ispunjenje obaveze, postavlja se pitanje u koji deo obaveze, odnosno njenog izvršenja će se kapara uračunati. Zakon o obligacionim odnosima o tome ćuti. Opšte uzanse za promet robom su imale rešenje. Prema njima, do uračunavanja kamate odnosno njenog vraćanja dolazi prilikom poslednjeg obroka ukoliko je ispunjenje predviđeno u obrocima. Ovog pravila se drži i sudska praksa. Ukoliko je izvršenje dužnikove obaveze predviđeno odjedanput, u celini, od iznosa će po principu uračunavanja biti oduzet iznos kapare, ili vraćena ista. U slučaju da nije nešto drugo ugovoreno, strana koja je dala kaparu ne može odustati od ugovora ostavljajući drugoj strani kaparu, niti to može učiniti druga strana vraćanjem dvostruke kapare (čl. 79. st. 3. ZOO).

Kad je ugovor delimično ispunjen

Navedenu situaciju reguliše član 81. ZOO. Prema stavu 1 u slučaju delimičnog ispunjenja poverilac ne može zadržati kaparu nego može tražiti ispunjenje ostatka obaveze i naknadu štete zbog zadocnjenja ili naknadu štete zbog nepotpunog ispunjenja, ali se u oba slučaja kapara uračunava u naknadu. Stavom 2 istog člana predviđeno je da, ako poverilac raskine ugovor i vrati ono što je primio kao delimično ispunjenje, on može birati između ostalih zahteva koji pripadaju jednoj stvarni kada je ugovor ostao neizvršen krivicom druge strane. Prema navedenom, odredbe o zadržavanju kapare ili vraćanju udvojene kapare (čl. 79. ZOO) kao mogućnost koju može izabrati strana koja nije skrivila i nije odgovorna za neizvršenje ugovora ne postoji samo u situaciji u kojoj je došlo de delimičnog ispunjenja ugovornih obaveza. Nevina strana u slučaju delimičnog neispunjenja ugovornih obaveza nema mogućnost i pravo da izvrši označenu opciju zadržavanja kapare, odnosno vraćanja udvojenog iznosa. Strana koja nije skrivila neizvršenje ugovorne obaveze može tražiti ispunjenje ostatka obaveze, s obzirom da je ista delimično ispunjena i u tom slučaju svakako, a shodno opštim odredbama o naknadi štete koja je nastala zbog neblagovremnog ispunjenja dela obaveze ili može raskinuti ugovor u pogledu dela obaveze – neispunjenog dela obaveze i tražiti naknadu štete zbog neispunjenja. U oba slučaja kapara se uračunava u naknadu zapravo u situacijama u kojima je ista data u novčanom iznosu ona se uračunava

kao deo naknade, ali se tu u suštini ne radi o pravu iz kapare. Kad se opredeli za jednu od datih opcija nevina strana uračunava kaparu u naknadu štete, ali samo ako u sudskom postupku dokaže postojanje i visinu štete, što upravo ukazuje na činjenicu da se ne radi o pravu iz kapare, odnosno o pravu na zadržavanje kapare, već se radi o uračunavanju kapare u naknadu štete koja se mora dokazati u osnovi i visini. Ukoliko nevina strana ovakvu štetu ne može da dokaže, primljenu kaparu ne može zadržati već je mora vratiti davaocu. Isto je i u situaciji kad je došlo do nepotpunog izvršenja ugovorne strane koja je kaparu primila. Suprotna strana u takvoj situaciji nema prava da zahteva udvojeni iznos kapare već samo može zahtevati naknadu štete zbog nepotpunog ispunjenja obaveza ili ostatka obaveze i naknadu štete zbog zadocnjenja u ispunjenju dela obaveze. Davalac kapare je u takvoj situaciji ovlašćen da zatraži njeno vraćanje. Poverilac u takvoj situaciji ima pravo i mogućnost i da ugovor raskine. I tada poverilac uz zahtev za raskid ugovora može podneti zahtev za naknadu štete prouzrokovane raskidom, ali kaparu koju je primio nikada ne može zadržati, već je samo eventualno uračunati u naknadu štete ili iskoristiti za namirenje eventualnih troškova nastalih zbog nepotpunog ispunjenja obaveze suprotne strane. Opšte je pravilo međutim da je mora vratiti saugovorniku, ako je primalac kapare ili može tražiti samo vraćanje samo njenog punog iznosa, bez udvostručenja ako je davalac kapare.

Kad ugovor nije ispunjen

Pravo na vraćanje dvostruke kapare, odnosno na zadržavanje jednostruke kapare, nastaje tek kad ugovorna strana povredi svoju obavezu. Ako se ugovor koji je bio osiguran kaparom ne izvrši, postupi će na sledeći način: ako je za izvršenje ugovora odgovorna strana koja je dala kaparu, druga strana može po svom izboru tražiti izvršenje ugovora, ako je to još moguće i tražiti naknadu štete, a kaparu uračunati u naknadu, ili vratiti, ili se zadovoljiti primljenom kaparom. Međutim, ako je za neizvršenje ugovora kriva strana koja je primila kaparu, druga strana može o svom izboru, tražiti ispunjenje ugovora, ako je to još moguće, ili tražiti naknadu štete i vraćanje kapare, ili tražiti vraćanje dvostruke kapare. U svakom slučaju kad druga strana traži ispunjenje ugovora, ona ima pravo i na naknadu štete koju trpi zbog zakašnjenja.

„Ugovoru verna strana koja je dala kaparu, ako zaštitu svoga prava traži zakonskim putem, pravo na izbor mora izvršiti već u tužbi, tj. određeno tražiti jednu činidbu ili realnu činidbu ili povraćaj dvostruke kapare⁵.

⁵ Vrhovni privredni sud, Sl. 655/56

Kad nijedna ugovorna strana nije odgovorna za ispunjenje

Ukoliko ni jedan od ugovarača nije odgovoran za neispunjenje ugovora odnosno zadocnjenje u ispunjenju ugovora, pravila kapare kao sredstva obezbeđenja ugovora neće stupiti u dejstvo. U ovom slučaju kapara se ima vratiti davaocu u iznosu u kome je primljena. Ako bi se dogodilo da su oba ugovarača odgovorna za neizvršenje ugovora, pravila o vraćanju kapare neće se primeniti. Kapara će se i u ovom slučaju vratiti davaocu u punom iznosu.

Sudska praksa

Kada je zaključen ugovor o kupoprodaji stvari i kupac dao kaparu a da se ostatak cene isplati do određenog roka od prodate kuće supruge, s tim da se imao postići novi sporazum o produžetku roka za isplatu kupoprodajne cene, a on nije postignut, niti je kuća bračnog prodana do zaključenja glavne rasprave pred sudom, nisu ispunjeni uslovi za zadržavanje primljene kapare, niti vraćanje udvojene kapare, jer je neizvršenje ugovora o kupoprodaji rezultat objektivnih tržišnih uslova – nemogućnosti prodaje kuće bračnog druga tužioca, a što se ne može pripisati krivici ni jedne ugovorne strane, pa je u takvoj situaciji materijalno pravo pravilno primenjeno kada je tuženi obavezan da tužiocu vrati ono što je primio na ime kapare (Vrhovni sud Srbije Rev. 4388/97).

Sporazumni raskid ugovora i kapara

Sudbina kapare zavisi od sudbine glavnog ugovora. Ukoliko je glavni ugovor za čije je obezbeđenje data sporazumom ugovarača raskinut, tada se kapara vraća. Prestanak glavnog ugovora izaziva i prestanak ugovora o kapari obzirom na njegovu nesamostalnu prirodu. „Kad su stranke postigle sporazum da raskinu kupoprodajni ugovor uz obavezu prodavca da vrati kaparu koju je primio od kupca, bez pravnog je značaja je okolnost koja je ugovorna stranka skrivila raskid ugovora”⁶. Kada je ugovor raskinut sporazumom stranaka, ne dolaze do primene pravila o kapari.

Kad ugovor nije proizveo pravno dejstvo

Kada je prilikom zaključenja ugovora data kapara, a taj ugovor je nevažeći i ne proizvodi pravno dejstvo (zato što mu nedostaju bitni elementi, sačinila lice potpuno poslovno nesposobno, protivan je moralu i dr.), „ne mogu se

⁶ Vrhovni sud Vojvodine, Rev. 132/87 od 18. 2. 1987

primeniti pravna pravila imovinskog prava o povraćaju kapare (u dvostrukom iznosu ili njenom zadržavanju), već lice koje drži novac može biti obavezano na vraćanje primljenog iznosa, jer u takvom slučaju važi pravilo o naturalnoj rstituciji datog⁷, jer se iznos dat kao kapara ne može smatrati kaparom.

Sudska praksa

Ako ugovor o prodaji nekrenina nije zaključen u pismenoj formi, a potpisi ugovarača nisu overeni u sudu, on neće proizvesti pravno dejstvo. U takvom slučaju kupac koji je dao kaparu može tražiti povraćaj datog, a ne i kaparu u dvostrukom iznosu (Vrhovni sud Srbije, Rev. 1158/78; Rev. 3166/97).

Ako ugovarači nisu zaključili pismeni ugovor o kupoprodaji, a što predstavlja obaveznu formu za punovažnost ugovora o prodaji nepokretnosti shodno članu 455. Zakona o obligacionim odnosima, prodavac nema pravo da zadrži kaparu, ono što mu je kupac isplatio na ime kapare. (Vrhovni sud Srbije Rev. 3114/97 od 2. 12. 1997)

Stranka ima pravo na povrat kapare ako dođe do poništenja ugovora na osnovu koga je kapara data (Vrhovni sud Srbije, Rev. 1158/78).

Ako su stranke zaključile ugovor o kupoprodajni koji ne ispunjava uslove za konvalidaciju (nije realizovan u celini ili u pretežnom delu), ugovor je ništav, pa se primenjuje rešenje o posedicama ništavosti iz člana 104. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, a to je povraćaj datog.

S obzirom da je zaključenje punovažnog ugovora o prodaji nužan uslov i za punovažnost ugovora o kapari, to se za rešenje konkretnog odnosa ne mogu primeniti posledice iz člana 80 ZOO-a koje se odnose na izvršenje ugovora. Pod izvršenjem ugovora ne smatraju se radnje koji se odnose na poštovanje forme ugovora jer se kod prometa nepokretnosti ugovor smatra zaključenim tek kad se ispune svi formalni uslovi (između ostalog i overe potpisa stranke kod suda). S obzirom da uslov u pogledu forme nije ispunjen i da je ugovor nepunovažan, to je irelevantna činjenica neizvršenja ugovornih obaveza. Zato tuženmi kao prodavac ne može zadržati primljenu kaparu.

O odgovornosti lica krivog za ništavost ugovora u smislu člana 108. ZOO-a raspravlja se u posebnoj parnici, pa tuženi ne može kod ništavosti ugovora zadržati primljeno sa prigovorom da je saugovarač (tužilac) kriv za postojanje uzroka ništavosti i za zaključenje ugovora u posebnoj formi. (Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 1732/99)

⁷ Vrhovni sud Srbije, Gž. 1506/77

Smanjenje kapare

Ugovorne strane nisu ograničene u ugovaranju visine kapare ali sud može sniziti iznos koji obavezna strana treba da plati drugoj strani. Prema členu 80. st. 4. ZOO sud može na zahtev zainteresovane strane smanjiti preterano visoku kaparu. Zainteresovana stranka može biti i davalac i primalac kapare. Prilikom odlučivanja o obimu smanjenja preterano visoko ugovorene kapare sud polazi od načela pravičnosti, uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja i podjednako štiteći interese obe strane – kako o interesima strane koja traži smanjenje tako i o interesima druge strane.

Sudska praksa

„Visina ugovorene kapare od d. 20.000. dinara što čini 10% od ugovorene cene, nije preterana, pa stoga ne bi bila preterana ni obaveza obavezane strane da plati 20% od kupoprodajne cene na ime dvostrukog iznosa kapare. Međutim, okolnosti konkretnog slučaja mogu biti takve da opovrgavaju smanjivanje obaveze na vraćanje dvostrukog iznosa kapare, na primer opravdani razlozi za odustanak od ugovora i ekonomski neopravdano sticanje prekomerne koristi na strani davaoca kapare u obliku primanja njenog dvostrukog iznosa, teške ekonomske prilike strane koja odustaje od ugovora i koja bi, prema tome bila obavezna da da vrati dvostruki iznos kapare (iz obrazloženja odluke Vrhovnog suda Jugoslavije Rev. 154/70).

„Visoka i preterano visoka kapara može se umeravati po nahođenju suda. Kad je ugovorni iznos kamate nesrazmerno visok, tako da to više ne odgovara suštini i opravdanju kapare, jer prelazi meru koja nju opravdava kao faktora ugovorne discipline i sigurnosti prometa uopšte, a pretvara se u uslov preteranog oštećenja na jednoj i bezrazložnog bogaćenja na drugoj strani, onda se prelaženjem svoje granice kapara pretvara u kaznu za slučaj neizvršenja ugovora. Dosledno tome nedopušteno je i gledište po kome bi ma koliko visok iznos kapare bezuslovno važio kao kapara” (VSJ Rev. 2605/65-VSS Gž. 4000/64).

Prema odredbi člana 80. stav 4, sud može na zahtev zainteresovane stranke smanjiti preterano visoku kaparu.

U navedenoj odredbi nije međutim precizno navedeno koja je to preterano velika kapara. Očigledno je namera zakonodavca bila da o tome odlučuje sud kao faktičkom pitanju u svakom konkretnom slučaju, da li je ugovorena preterano visoka kapara odlučuje sud na zahtev stranke za smanjenje kapare uzimajući u obzir u svakom konkretnom slučaju odnos visine date kapare i glavne ugovorne obaveze „Data kapara u iznosu od 500 dinara prelazi 1/3

glavne obaveze u iznosu od 1.400 dinara, te se se radi o preteranoj velikoj kapari” (Vrhovni sud Srbije, Rev. 1054/91).

Postavlja se pitanje, a to je: da li sud može smanjiti kaparu ako u tom smislu nema zahteva stranke. Prema shvatanju sudske prakse, osporavanje prava na kaparu, kao generalno poricanje tog prava uopšte, sadrži u sebi traženje da se kapara smanji kao preterano visoka. To znači, ako je tuženi osporavao tužbeno traženje u celini, odnosno tužiočevo pravo, takvo osporavanje kao poricanje prava, sadrži u sebi i traženje da se kapara smanji kao preterano velika, pa je sud dužan da, ako nađe da je kapara previsoka, kaparu smanji na primeren iznos, imajući u vidu visinu ugovorenog posla i druge elemente”.

Dalje pitanje je, da li se prigovor za smanjenjem kapare mora staviti u prvostepenom postupku ili je to moguće u žalbi. Mišljenja smo da je to moguće delotvorno staviti i u žalbi, što će rezultirati ukidanjem ili preinačenjem provostepene odluke.

Sličnosti i razlike sa drugim sredstvima obezbeđenja

Predujam (avans)

Avans je suma novca koja se daje prilikom zaključenja ugovora na ime izvršenja obaveze iz ugovora, čija se obaveza sastoji u predaji novca. Avans se obično daje kod ugovora o kupoprodaji (na ime kupoprodajne cene i ugovora o zakupu (na ime zakupnine). On ne predstavlja nikakvo novo davanje, već otplatu duga unapred, akontaciju. Onaj ko je primo avans, ne može da ga zadrži ako druga strana ne izvrši ugovor. Avans se u svakom slučaju uračunava prilikom konačne isplate.

„Akontacija kupovne cene ne deli pravnu sudbinu kapare. Ona se ne može smatrati propalom u korist jedne strane, zbog toga što je druga strana odgovorna za neizvršenje ugovora” (Vrhovni privredni sud, Sl. 881/56, od 26. 11. 1956).

Ugovorna kazna

Ugovorna kazna je sporazum između ugovarača da dužnik plati poveriocu određeni novčani iznos ili pribavi neku drugu materijalnu korist ukoliko ne ispunji ili zadocni sa ispunjenjem obaveze. Odredbe o ugovornoj kazni nalaze se u čl. 270 – 276 ZOO. Osnovna svrha ugovorne kazne je da služi kao naknada štete koju je poverilac pretrpeo usled povrede ugovora, nezavisno od toga da li ugovorna kazna premašuje štetu, pa i kad štete nema. Iz ovoga proizilazi njen kazneni karakter, koji kapara nema.

2. Odustanica

Odustanicom se smatra određeni iznos novca ili koje druge imovinske vrednosti koja se pri zaključenju obligacionog ugovora kao sporedni uglavak kojim jedna ugovorna strana taj iznos obećava da isplati, odnosno da će dati drugoj strani ako odustane od ugovora.

Sporazumom ugovornih strana može se ovlastiti jedna ili svaka strana da odustane od ugovora davanjem odustanice (čl. 82, st. 2. ZOO).

Ugovorna strana koja ima pravo da odustane od ugovora uz davanje odustanice dužna je dati odustanicu istovremeno sa izjavom o odustajanju.

Ugovorne strane, po pravilu, određuju rok do kojega pojedina ugovorna strana može izjaviti da odustaje od ugovora plaćanjem odustanice. Ako ugovor nije određen, ugovorna strana može to učiniti sve dok ne protekne rok za ispunjenje njene obaveze (čl. 82, st. 4. ZOO). To pravo odustajanja od ugovora prestaje i kad jedna strana u čiju je korist ono ugovoreno počne ispunjavati obaveze iz tog ugovora ili počne primati ispunjenje od druge strane (čl. 82, st. 5. ZOO).

Sudska praksa

„Ako su stranke ugovorile odustanicu, pa jedna stranka odustane od ugovora, ugovoru verna strana ima pravo na ugovorenu odustanicu bez obzira na to da li je pretrpela štetu i da li je imala troškove oko odustanka” (Vrhovni privredni sud Sl. 1121/70).

Utanačenje u ugovoru da je jedna ugovorna strana, ako jednostrano raskine ugovor dužna drugoj strani da plati samo „penale” u iznosu od 20% od vrednosti robe znači da su stranke time ugovorile odustanicu (Vrhovni privredni sud Sl. 424/57 i Sl. 122/54).

Ugovorna odredba o pravu na jednostrani raskid ugovora u toku njegovog ispunjenja, uz obavezu plaćanja u ugovoru utvrđene naknade štete, nema karakter odustanice, već određivanja najvišeg iznosa naknade štete (čl. 265, stav 3 ZOO) (Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, Pž. 356/87, od 24. 8. 1988).

3. Kapara kao odustanica

Kapara i odustanica se značajno razlikuju. Davanjem kapare stranka ne stiče pravo da odustane od ugovora time što će drugoj strani ostaviti kaparu, niti druga strana može odustati od ugovora vraćajući dvostruki iznos kapare, osim u slučaju kad je uz kaparu ugovoreno da se može odustati od ugovora, ali se tada kapara smatra odustanicom. Razlika između kapare i odustanice je, između ostalog, i u sledećem: stranka koja daje kaparu dužna je kaparu

predati drugoj strani prilikom zaključenja ugovora, a odustanica se plaća tek ako dođe do korišćenja prava na odustanak od ugovora. Stranka koja odustaje od ugovora dužna je da plati odustanicu bez obzira na razloge zbog kojih odustaje, osim ako odustaje od ugovora iz opravdanih razloga. Ako ni jedna ni druga strana nisu odgovorne zbog neispunjenja ugovora, kapara se vraća stranci koja ju je dala.

Kad je uz kaparu ugovoreno pravo da se odustane od ugovora, kapara se smatra kao odustanica i svaka stranka može odustati od ugovora. U tom slučaju, ako odustane strana koja je dala kaparu ona je gubi, a ako odustane strana koja je kaparu primila ona je udvojeno vraća (čl. 83. ZOO).

I u takvom slučaju sud je, u načelu ovlašćen da u meri koja ima kapara da vrati ako nađe da bi plaćanje dvostrukog iznosa kapare bilo prekomerno.

Sudska praksa

„Kad stranke osim davanja kapare ugovore i pravo da mogu odustati od ugovora, kapara ima karakter odustanice, pa je ona stranka koja je kaparu primila a odustala od ugovora obavezna drugoj strani platiti iznos koji odgovara dvostrukom iznosu kapare.

I u takvom slučaju sud je, u načelu, ovlašćen ograničiti iznos koji primalac kapare mora da vrati ako oceni da bi plaćanje dvostrukog iznosa kapare bilo prekomerno (Vrhovni sud Jugoslavije R 192/70 od 15. 7. 1970).

Ugovarač koji u svoju korist u kupoprodajnom ugovoru ugovori pravo odustajanja uz plaćanje odustanice, ima pravo izbora između dva ponašanja, ili će ispuniti ugovor, ili će odustati od njega i platiti drugoj strani odustanicu, s tim da njegovo pravo izbora čim je strana koja je u svoju korist ugovorila odustanicu izabrala jednu od gornjih dveju alternativa, čim sama počne izvršavati ugovor ili primati izvršenje od druge strane (VSS Od. u Novom sadu, Gž. 935/66).

4. Kaucija

Kaucija samatra se ugovorom u kojem se davanjem zamenljive ili nezamenljive stvari osigurava naplata nekog sledećeg potraživanja. Iz formulacije sadržaja pojma kaucije vidi se da ona ima sličnosti sa ručnom zalogom (čl. 967. ZOO) i hipotekom. Ali ima i razlike. Ručnom zalogom i hipotekom redovno se osigurava postojeće potraživanje a kaucija se daje za osiguranje budućeg potraživanja.

Postoje gledišta prema kojima kaucija znači garanciju da će njen polagatelj zaključiti ugovor zbog kojeg je nadmetanje organizovano, ako se ispune

određeni uslovi, kao što je kod javnog nadmetanja kojim se koriste privredni subjekti. Radi se dakle o kauciji kao sredstvu kojim se osigurava zaključenje ugovora, za razliku od slučaja kojim se osigurava osiguravanje obaveze iz već zaključenog ugovora (npr. obaveza vraćanja ambalaže).

Sudska praksa

Prema svojoj pravnoj prirodi i kaucija služi kao sredstvo za pojačanje ugovora. Ona služi kao sredstvo za disciplinovanje obavezne stranke da će izvršiti ugovor, a i kao osiguranje od eventualne štete u korist druge stranke. Kaucija je po svojoj pravnoj prirodi i svrsi isto što i zaloga, s tom razlikom što je predmet zaloge stvar, a kaucija gotov novac ili vrednosni papiri, ali u oba slučaja zalogoprimac i onaj koji je primio kauciju imaju pravo da sebe podmire iz založene stvari, odnosno od položene kaucije, već prema prirodi pravnog odnosa. Međutim, ni u jednom slučaju zalogoprimac nema pravo da zadrži u vlasništvu založenu stvar, a ni onaj koji je primio kauciju nema pravo da zadrži celu kauciju koja prelazi njegov zahtev, bilo da se radi o naknadi štete ili o nekom drugom zahtevu. Drugim rečima, onaj koji je primio kauciju može zadržati samo onaj iznos koji odgovara njegovom zahtevu prema licu koje je dalo kauciju. (Vrhovni sud Jugoslavije Gz 78/66 od 18. 1. 1966).

Po svom opštem značenju kaucija obuhvata i pravna sredstva za pojačanje ugovora i osiguravanje njihove realizacije uopšte, ali ona ima i posebna značenje, tj. označava svotu novca koju jedna ugovorna stranka, u vezi sa zaključivanjem ugovora, predaje drugoj stranci, s tim da tu svotu gubi ako ne ispuni ugovor (Vrhovni privredni sud Sl. 856/63 od 24. 9. 1963).

Milan Počuča

The Faculty of Law, the University of Business Academy in Novi Sad

Maja S. Kovačević

The Faculty of Economy and engineering management, the University of Business Academy in Novi Sad

Earnest-money, withdrawal of a bid and deposit as institutes of contract law

A b s t r a c t

Earnest-money has a wide range of application in a practice if we are talking about two-sided contract law agreements. It is a kind of a true, real guarantee of fulfilling the agreed obligations. Earnest-money realizes its function of a guaranteed obligation in the sense of a psychological pressure on a debtor to fulfill his obligation. The realization of the earnest-money depends on the realization of the main contract. The party providing earnest-money is obliged to give it to the other party at the time of signing a contract. The abandonment should be paid only if there is an usage of the right to the abandonment of the contract. The agreed punishment serves as a compensation for a damage which a creditor has suffered because of a breach of contract. So, besides a preventive effect, it has a repressive one too.

Keywords: contract, earnest-money, withdrawal of a bid, deposit, the punishment determined by the contract

Literatura

1. Babić, I., (2008). Ugovori građanskog prava, Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd
2. Milić, D., Kapara kao sredstvo obezbeđenja i ispunjenja ugovora, Bilten VSS 2/2000.
3. Bilteni sudske prakse, Vrhovni sud Srbije 2006–2009 godine.
4. Kapor, V., Carić, S., (2007). Ugovori robnog prometa, Privredna akademija, Novi Sad
5. Blagojević, B., Krulj, V., (red.), (1980). Komentar Zakona o obligacionim odnosima, druga knjiga, Beograd, Savremena administracija

6. Perović, S., Stojanović, D., (red.), (1980). Komentar Zakona o obligacionim odnosima, druga knjiga, Kragujevac, Pravni fakultet
7. Ćosić, R., Krsmanović, T., (red.), (2003). Zakon o obligacionim odnosima sa aktuelnom sudskom praksom i registrom pojmova, Beograd, Poslovni Biro
8. Milić, D., Kapara kao sredstvo obezbeđenja i ispunjenja ugovora, Bilten VSS 2/2000.
9. Vuković, D., (1964). Obvezno pravo, knjiga druga
10. Radovanov, A., (2009). Obligaciono pravo, opšti deo, Novi Sad
11. Radovanov, A., (1996). Načelni stavovi i zaključci Saveznog suda, vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, Novi Sad, Pravo